

N° 399.922

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE EN INTERVENTION

POUR : 1°) ARTICLE 19

2°) HUMAN RIGHTS WATCH

3°) ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION

4°) OPEN NET KOREA

5°) DERECHOS DIGITALES

**6°) LA CLINIQUE D'INTERET PUBLIC ET DE POLITIQUE
D'INTERNET DU CANADA**

7°) REPORTERS SANS FRONTIERES

8°) INTERNATIONAL PEN

9°) CENTER FOR DEMOCRACY AND TECHNOLOGY (CDT)

SCP ROUSSEAU – TAPIE

CONTRE : La délibération n° 2016-054 du 10 mars 2016 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) prononçant une sanction pécuniaire de 100 000 euros à l'encontre de la société Google Inc.

FAITS ET PROCEDURE

I - A la suite de l'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne, en date du 13 mai 2014 (CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, n° 2014-009597), la société Google Inc. (ci-après la société Google) a mis en ligne un formulaire de demande de déréférencement¹ et prévu un système de retrait, en cas d'acceptation de la demande, portant sur tous les noms de domaine du moteur de recherche Google au sein de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE).

En dépit de ces mesures, la CNIL a été saisie par des internautes estimant insuffisantes les modalités de déréférencement mises en œuvre par Google.

Dans le cadre de l'instruction de ces plaintes, la Commission a rappelé à la société Google, par lettre du 9 avril 2015, que pour être effectifs, les déréférencements ne devaient pas être limités aux seules extensions européennes de son moteur de recherche.

Puis la Présidente de la CNIL a adopté, le 21 mai 2015, une mise en demeure enjoignant à la société Google de procéder aux déréférencements sur toutes les extensions du nom de domaine de son moteur de recherche sous un délai de quinze jours.

Le 8 juin 2015, le bureau de la CNIL a décidé de la publicité de cette mise en demeure.

Le 30 juillet 2015, la société Google a formé un recours gracieux auprès de la Présidente de la CNIL afin d'obtenir le retrait de la décision de mise en demeure et de la mesure de publicité associée.

Ce recours a été rejeté par lettre du 16 septembre 2015.

Le 25 septembre 2015, la Présidente de la Commission a décidé, sur le fondement de l'article 46 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, d'engager une procédure de sanction à l'encontre de la société Google.

¹ https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=fr

C'est dans ce contexte que la société Google a informé la CNIL de ce qu'en plus de déréférencer sur l'ensemble des noms de domaine du moteur de recherche Google de l'UE et de l'AELE, elle procéderait au déréférencement des résultats de recherche pour toute requête émanant du pays demandeur indépendamment du nom de domaine utilisé, de sorte que le contenu litigieux ne soit plus accessible depuis ce pays.

La CNIL n'ayant pas jugé cette mesure suffisante, elle a prononcé le 16 mars 2016 une sanction pécuniaire de 100 000 euros à l'encontre de la société Google. La CNIL a en effet considéré que l'information déréférencée demeurerait consultable par tout internaute situé en dehors du territoire concerné par la mesure de filtrage.

La société Google a déféré cette décision à la censure du Conseil d'Etat.

Les organisations internationales exposantes entendent, par cette intervention, s'associer aux conclusions de la société Google.

DISCUSSION

II - Sur la recevabilité de l'intervention :

1°) Les exposantes justifient d'abord de leur capacité à intervenir :

Conformément à la jurisprudence (CE, sect., 3 avr. 1998, *Féd. de la plasturgie*, n° 177.962, 180.754 et 183.067, Rec. CE, p. 127 ; CE 13 févr. 1981, *Assoc. pour la protection de l'eau et des ressources naturelles du bassin inférieur du Doubs et autres*, Rec. CE, p. 89), les auteurs de cette intervention justifient être habilités à ester en justice (*cf.* productions).

2°) Les exposantes justifient en outre d'un intérêt à intervenir :

a) L'intérêt à intervenir qui, d'une façon générale est apprécié souplement (CE, ass., 18 juin 1976, *Moussa Konaté*, Rec. CE, p. 321), est volontiers reconnu lorsque sont concernés des associations et des syndicats.

La recevabilité d'une intervention volontaire en demande est admise « *en raison de l'intérêt que peut présenter pour certains de ses membres la solution de la question de droit posée* » (CE, 27 mai 1964, *Choulet et Synd. national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, Rec. CE, p. 302 ; CE 6 mai 1998, *Le Roy*, n° 154.038, Rec. CE, p. 1102).

L'intérêt à intervenir peut également résulter de la prise en considération de la répercussion de l'acte attaqué sur l'activité de l'intervenant volontaire (CE 4 mai 1945, *Banco*, Rec. CE, p. 92).

Par ailleurs, l'intérêt à voir ériger une jurisprudence ou à éviter un précédent est suffisant pour justifier une intervention. Il a ainsi été jugé qu'un syndicat de forains est recevable à intervenir au soutien d'un recours contre un arrêté municipal interdisant une représentation de cirque (CE 2 nov. 1939, *Bouglione*, Rec. CE, p. 549).

Au cas présent, les exposantes démontrent que la solution qui sera donnée au litige aura une répercussion sur les intérêts qu'elles ont pour mission de protéger (CE 17 juin 1953, *Ville de Briançon*, Rec. CE, p. 291) et en particulier à la protection de la liberté d'expression et à la liberté d'information.

Cette justification ressort de façon explicite de la décision attaquée (CE, sect., 11 déc. 1942, *Dpt de la Seine c/ Sté Abehem*, Rec. CE, p. 351).

En effet, par sa délibération du 10 mars 2016, la CNIL s'est prononcée sur la question de la portée géographique du « droit à l'oubli » et a condamné la société Google pour avoir limité les déréférencements aux versions européennes de ses sites comme google.fr en France ou google.de en Allemagne. Selon la CNIL, le déréférencement doit s'appliquer à toutes les extensions géographiques et en particulier google.com.

La CNIL a par ailleurs considéré que la pratique adoptée par la société Google et consistant à appliquer un filtre qui bloque l'accès aux contenus déréférencés sur toutes ses extensions lorsqu'ils sont consultés depuis le pays où a été émise la demande de déréférencement restait insuffisante.

Il en résulte que la solution retenue par la CNIL préjudicie aux intérêts des exposants.

b) L'intérêt à intervenir de la société caritative ARTICLE 19 :

ARTICLE 19 est une organisation de défense et de promotion des droits fondamentaux régie par le droit britannique. Cette organisation indépendante, qui tire son nom de l'Article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, œuvre dans le monde entier en vue de protéger et promouvoir le droit à la liberté d'expression et le droit à la liberté d'information.

Dans ce but, ARTICLE 19 produit des publications qui présentent l'état du droit et des bonnes pratiques en droit international et en droit comparé, sur des sujets tels que la diffamation, l'accès à l'information, la régulation de l'audiovisuel, mais également le droit de bloguer, la liberté d'expression dans le contexte des TIC, ou le droit à l'oubli. L'association mène notamment un travail de campagne et de sensibilisation sur la défense et la promotion de la liberté d'expression et de la liberté d'information dans le contexte du numérique.

ARTICLE 19 intervient fréquemment en tant qu'*amicus curiae* devant des juridictions internationales et des hautes juridictions nationales, dont le Conseil d'Etat².

L'intérêt à intervenir d'ARTICLE 19 devant le Conseil d'Etat résulte à la fois de son objet social – la défense et la promotion du droit à la liberté d'expression et à la liberté d'information, notamment dans le contexte du numérique – et des répercussions que le modèle français est susceptible d'avoir dans de nombreux autres pays.

² CE, 15 février 2016, n° 389.140

c) L'intérêt à intervenir de Human Rights Watch (HRW) :

Human Rights Watch (ci-après HRW) est une organisation indépendante et internationale qui œuvre dans le monde entier pour la protection de la dignité humaine et l'avancement de la cause des droits de l'homme. HRW a été constituée, à l'origine, sous le nom de « Fonds pour la Liberté d'Expression » et a consacré, au long de son existence, une grande partie de son travail à la défense de la liberté d'expression et de l'accès à l'information.

Par ailleurs, HRW intervient fréquemment dans les affaires mettant en cause le respect des droits de l'homme. Par exemple, HRW est récemment intervenue dans l'affaire *Big Brother Watch et autres c. le Royaume-Uni* devant la Cour européenne des droits de l'homme et dans l'affaire du *FBI c. Apple Inc.* (abandonnée depuis), soulevant des questions de protection de la vie privée et de sécurité informatique. HRW est également intervenue devant la Cour Suprême du Canada, plus récemment dans l'affaire *Canada (Premier Ministre) c. Khadr*.

d) L'intérêt à intervenir de Open Net Korea :

Open Net Korea est une organisation non gouvernementale fondée en 2013 qui vise à promouvoir la liberté et l'ouverture de l'Internet en Corée du Sud.

L'association mène de nombreuses actions (propositions législatives, intervention en justice, campagnes médiatiques) afin de garantir la liberté d'expression sur Internet et de promouvoir la divulgation et l'utilisation des données publiques.

Open Net Korea est intervenue avec succès devant la cour constitutionnelle, ainsi que dans des affaires criminelles et civiles en faveur de la défense de la liberté d'expression.

e) L'intérêt à intervenir d'Electronic Frontier Foundation (EFF) :

Fondée en 1990, Electronic Frontier Foundation est une organisation américaine d'intérêt général à but non lucratif, dédiée à la défense des droits numériques aux Etats-Unis et dans le monde. Depuis son établissement, EFF s'est engagée dans la protection des droits numériques de ceux qui utilisent les nouvelles technologies pour exercer leur liberté d'expression.

EFF a une longue expérience d'intervention devant les tribunaux dans les affaires impliquant les droits numériques, y compris le droit à la vie privée, la propriété intellectuelle et la liberté d'expression. Forte de son expertise en la matière, EFF a pu intervenir en tant qu'*amicus curiae* en appel devant la Cour suprême des Etats-Unis ainsi que d'autres tribunaux supérieurs des Etats-Unis. EFF justifie donc d'un intérêt à intervenir sur les questions soulevées par la présente affaire, qui concerne la protection de la liberté d'expression sur internet, le droit à l'information et la protection du droit à la vie privée et le juste équilibre entre ces droits.

f) L'intérêt à intervenir de Derechos Digitales :

Fondée en 2005, Derechos Digitales est une organisation latino-américaine indépendante à but non lucratif, et dont l'objet consiste dans le développement, la défense et la promotion des droits de l'homme dans le contexte du numérique. Le travail de l'organisation se concentre sur trois thèmes fondamentaux : la liberté d'expression, la vie privée et les données personnelles, et les droits d'auteurs et l'accès à la connaissance. La mission de Derechos Digitales est la défense, la promotion et le développement des droits de l'Homme à l'ère du numérique en influençant les politiques publiques et les pratiques privées.

Derechos Digitales possède une grande expérience dans l'étude des domaines d'intérêt public en rapport avec internet. Derechos Digitales a notamment participé à la discussion de lois en rapport avec la liberté d'expression sur internet, en matière de neutralité d'internet et de propriété intellectuelle au Chili. Elle a aussi participé à des affaires judiciaires contre des technologies de surveillance, de registres d'utilisateurs au Chili, et est intervenue au titre d'« *amicus curiae* » dans des poursuites judiciaires en Colombie, Chili et au Mexique. Derechos Digitales a réalisé des campagnes à la portée régionale de l'Amérique Latine pour défendre la liberté d'expression.

g) L'intérêt à intervenir de la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC) :

La Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko (CIPPIC) est basée au Centre de recherche en droit, technologie et société dans la section de *Common law* de l'Université d'Ottawa au Canada, laquelle est une organisation sans but lucratif. Le mandat de CIPPIC est de promouvoir l'intérêt public dans les questions qui se situent à l'intersection du droit et de la technologie.

Le CIPPIC fournit régulièrement des témoignages d'experts devant des commissions parlementaires, mène des projets de recherche académique, participe à des procédures en justice ou devant des organes de régulation indépendants, et contribue aux processus de gouvernance d'Internet, sur des sujets qui comprennent notamment la vie privée en ligne, la liberté d'expression et les conflits de juridiction.

L'expertise du CIPPIC dans ces domaines a été reconnue par la Cour suprême du Canada, qui lui a octroyé la permission d'intervenir dans les affaires suivantes : *Crookes v Newton*, 2011 SCC 47 (une affaire relative à la question de la responsabilité d'un individu ou d'une plateforme en ligne pour publication d'un hyperlien vers des allégations présentant un caractère diffamatoire), *AB v Bragg Communications Inc*, 2012 SCC 46 (une affaire relative à la mise en balance de la protection de la vie privée avec le droit à la liberté d'expression dans le contexte du principe de publicité de la justice) et *Douez v Facebook Inc*, SCC File n°36616 (une affaire relative à l'application d'une clause non-négociable portant sur la compétence territoriale, dans un litige où un fournisseur de service sur Internet invoquait une telle clause contractuelle pour échapper à l'application des lois canadiennes sur le droit à la vie privée).

Le CIPPIC est également intervenu devant la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Lawson v Accusearch Inc*, 2007 FC 125, (concernant l'application du droit canadien relatif à la protection des données personnelles à un fournisseur de service établi aux Etats-Unis).

L'intérêt du CIPPIC à intervenir dans cette affaire résulte tant de son mandat que de son engagement et de son expérience en matière d'interventions en justice dans des affaires relatives à la vie privée en ligne, à la liberté d'expression et aux conflits de juridiction en ligne.

h) L'intérêt à intervenir de Reporters Sans Frontières (RSF)

Reporters sans frontières (RSF) est une association française reconnue d'utilité publique, régie par la loi 1901. Elle a pour but de défendre la liberté de l'information, le droit de diffuser et de recevoir des informations d'intérêt général.

Au terme de l'article 1.2 de ses statuts, son but est « *la défense de la liberté de la presse dans le monde et la protection des journalistes, conformément à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme selon lequel "tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit"* ».

A cet effet, conformément à l'article 1.3 des statuts de Reporters sans frontières, l'association se mobilise notamment pour :

- lutter pour faire cesser la censure, les saisies, les perquisitions et combattre les lois et réglementations visant à restreindre la liberté de la presse et à menacer la confidentialité de ses sources ;
- encourager, de la façon qu'elle juge appropriée, l'adoption de traités, conventions, lois et autres mesures propres à garantir la liberté de la presse ;
- soutenir, avec tous les moyens appropriés, les médias et les professionnels de la presse en lutte pour la liberté d'informer ;
- engager toute procédure judiciaire susceptible d'assurer une meilleure protection de la liberté de la presse ou de faire condamner les auteurs de ses violations et ceux qui les auront favorisées, de quelque manière que ce soit ;
- agir en justice pour la protection de ces objectifs et saisir toute autorité nationale ou internationale lorsque lesdits objectifs l'exigent.

A cet égard, il est de son devoir de s'opposer tout dispositif légal ou réglementaire constituant une entrave à la liberté d'information et une atteinte au droit de diffuser et de recevoir des informations.

Ses statuts lui permettent d'ester en justice. L'association intervient fréquemment devant des juridictions internationales et nationales, et a déjà soumis des recours au Conseil d'Etat (ainsi en 2015 contre le décret du 24 décembre 2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion).

En conséquence, l'association Reporters sans frontières intervient ici en conformité avec ses statuts.

i) L'intérêt à intervenir International PEN

P.E.N. International est la principale organisation d'écrivains, qui promeut la littérature et défend la liberté d'expression dans le monde.

Fondée en 1921, l'organisation est aujourd'hui présente dans plus de 100 pays – dont la France – avec 150 centres.

P.E.N. International a une importante expérience d'étude et d'évaluation des contextes de liberté d'expression en ligne, et plaide pour un internet ouvert.

En 2012, P.E.N. a publié une Déclaration sur la Liberté Digitale qui définit sa position sur la surveillance et ses préoccupations sur le secteur privé et, en particulier, sur les compagnies technologiques qui facilitent la censure en ligne et la surveillance.

j) L'intérêt à intervenir de CENTER FOR DEMOCRACY AND TECHNOLOGY (CDT)

CDT, dont le siège est à Washington DC, est un organisme caritatif agréé, enregistré aux États-Unis et disposant de bureaux à Bruxelles.

CDT est une organisation non-gouvernementale qui promeut les droits et libertés fondamentaux en ligne, et est engagée pour la recherche de solutions prospectives et techniquement solides en réponse aux défis les plus pressants auxquels sont confrontés les utilisateurs de technologies de communications électroniques.

Depuis sa constitution il y a plus de 20 ans, CDT a joué un rôle de premier plan dans l'élaboration de politiques, de pratiques et de normes afin de permettre aux individus de s'approprier les technologies en tant qu'entrepreneurs ou citoyens engagés.

CDT soutient activement le développement rigoureux de lois et de normes européennes respectueuses des droits de l'homme dans les domaines de la vie privée et de la liberté d'expression, et défend également la conformité des lois nationales au cadre juridique européen en matière de droits de l'homme lorsqu'il y a lieu.

L'organisation est déjà intervenue devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans un recours concernant l'accès gouvernemental aux données privées (Szabó et Vissy c. Hongrie, n°37138/14) et devant le Conseil d'Etat (FDN et al., n° 393099).

CDT intervient fréquemment devant la Cour suprême des États-Unis ainsi que devant d'autres tribunaux supérieurs des États-Unis, dans les affaires concernant la liberté d'expression et le droit à l'information.

En conséquence, CDT est recevable à intervenir dans la présente affaire.

III - Sur la légalité de la délibération du 10 mars 2016 :

Les exposantes entendent ici faire valoir que la délibération attaquée porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et est donc, de ce point de vue, entachée d'illégalité. En effet, la liberté d'expression, qui bénéficie d'une large protection par les normes issues du droit international et européen (1°), englobe le droit fondamental d'accéder à internet (2°) et ne peut subir de restrictions que dans le strict respect des conditions prévues par les instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme (3°). Or la délibération de la CNIL porte une atteinte à la liberté d'expression qui n'était pas prévisible (4°) et qui n'apparaît ni nécessaire ni proportionnée au but invoqué, à savoir la protection de la vie privée (5°).

1°) La liberté d'expression jouit d'une large protection :

Sur le plan international, la liberté d'expression est protégée par l'article 19 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) et par l'article 19 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP).

Il est loisible à un requérant d'invoquer les dispositions de l'article 19 du PIDCP dans le cadre d'un recours (CE, 17 février 1995, Meyet, n° 159.308, au Recueil).

Sur le plan européen, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoit que :

« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

La liberté d'expression constitue « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès » (CEDH, 7 déc. 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, req. n° 5493/72, Rec. A24, § 49).

Elle fournit un but, presque un devoir, aux organes de presse qui doivent communiquer, dans le respect de leurs devoirs et de leurs responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général (CEDH 24 févr. 1997, De Haes et Gijssels c/ Belgique, req. n° 19983/92, § 37, Rec. 1997-I).

Sur le plan communautaire, la liberté d'expression est protégée par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

« Liberté d'expression et d'information

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.

2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

Cette protection s'étend à toutes les composantes de la liberté d'expression, y compris dans ses développements les plus récents.

2°) **L'accès à l'Internet est essentiel à l'exercice de la liberté d'expression :**

L'accès à l'Internet et son utilisation constituent une condition déterminante et fondamentale d'un exercice effectif de la liberté d'expression.

Les Nations Unies portent une attention toute particulière à cette question. Ainsi, pour le Rapporteur spécial des Nations Unies :

« L'Internet permet aux individus de chercher, de recevoir et de partager instantanément et à peu de frais toutes sortes d'informations au-delà des frontières nationales.

En augmentant la capacité des individus à jouir de leur droit à la liberté d'opinion et d'expression, lequel facilite l'exercice d'autres droits de l'homme, l'Internet stimule le développement économique, social et politique, et contribue au progrès de l'humanité dans son ensemble »³.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a précisé que :

« toute restriction imposée au fonctionnement des sites Web, des blogs et de tout autre système de diffusion de l'information par le biais de l'Internet, de moyens électroniques ou autres, y compris les systèmes d'appui connexes à ces moyens de communication, comme les fournisseurs d'accès à Internet ou les moteurs de recherche, n'est licite que dans la mesure où elle est compatible avec le paragraphe 3 [de l'article 19]. »⁴

³ Rapporteur Spécial des Nations Unies pour la protection et la promotion du droit à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression, A/HRC/17/27, 2011, § 67.

⁴ Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, Observation générale n°34, CCPR/C/GC/34, § 43.

Le Conseil de l'Europe, pour sa part, a rappelé que « *la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales des utilisateurs d'internet ne doit être soumise à aucune restriction illégale, inutile ou disproportionnée* »⁵.

La Cour de justice de l'Union européenne a, quant à elle, jugé que les mesures prises par le fournisseur de services Internet doivent être strictement ciblées, dans le sens où elles doivent servir à mettre un terme à la violation du droit d'auteur ou d'un droit connexe d'un tiers mais sans affecter les utilisateurs d'Internet qui utilisent les services du fournisseur afin d'accéder légalement à des informations. A défaut, l'ingérence du fournisseur dans la liberté de l'information de ces utilisateurs serait injustifiée à la lumière de l'objectif poursuivi (CJUE, 27 Mars 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12).

En France, le Conseil d'État, dans son étude annuelle 2014, a livré une présentation de la généalogie du droit d'accès à l'Internet comme nouveau droit fondamental.⁶

Il y est notamment rappelé que le Conseil constitutionnel a inscrit la communication publique en ligne dans un lien de filiation directe avec le droit fondamental à la liberté d'expression en affirmant avec une remarquable clarté :

« en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, [la liberté d'expression] implique la liberté d'accéder à ces services » (Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, § 12).

3°) **La liberté d'expression, droit fondamental, ne peut subir des atteintes disproportionnées**

L'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ne peut être soumis à des restrictions que pour des raisons précises établies par le droit international et européen. Aucune restriction de la liberté d'expression ou d'information ne peut être imposée à moins que l'État ne puisse démontrer que la restriction :

a) est prévue par la loi : la loi doit être accessible, dénuée d'ambiguïté, rédigée de manière précise et étroite de façon à permettre aux individus de savoir si une action précise est illégale et de prévoir ainsi les conséquences de leurs actes ;

⁵ Recommandation CM/Rec(2014)6 du Comité des Ministres aux États membres sur un Guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet, adoptée par le Comité des Ministres le 16 avril 2014, § 3.

⁶ Conseil d'État, Etude annuelle 2014, *Le numérique et les droits fondamentaux*, septembre 2014, p. 90.

b) protège un intérêt légitime, à savoir le respect des droits et de la réputation d'autrui, la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public ou de la santé et de la moralité publiques ;

c) est nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour la défense de ces intérêts.

La Cour européenne détermine si les motifs invoqués par les autorités nationales pour justifier l'ingérence apparaissent « *pertinents et suffisants* » et si la mesure incriminée est « *proportionnée aux buts légitimes poursuivis* » (CEDH 29 juin 2004, *Chauvy et autres c/ France*, req. n° 64915/01, § 70, Rec. CEDH 2004-VI).

Les États contractants jouissent certes d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'une telle atteinte, mais cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante.

De façon générale, on retrouve de telles exigences en droit interne comme en droit international lorsqu'il est question de porter atteinte à la liberté d'expression.

Pour résumer, les conditions dans lesquelles il est permis de porter atteinte à la liberté d'expression font l'objet d'un encadrement précis et rigoureux, que l'on peut synthétiser de la façon suivante :

1. toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de diffuser des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, radiodiffusée, numérique, ou par toute autre forme de médias de son choix ;
2. la restriction doit être prévue par la loi, doit répondre à un but légitime et doit être proportionnée ;
3. les États doivent non seulement s'abstenir d'entraver le droit à la liberté d'expression, mais ils sont également tenus d'adopter des mesures positives pour garantir que les individus puissent exercer véritablement ce droit⁷ ;

⁷ Dans l'affaire *Dink c. Turquie*, req. n° 2668/07, 14 septembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « l'exercice réel et effectif de la liberté d'expression ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux. En effet, dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées. » (§ 106). Voy. aussi Cour européenne des droits de l'homme, Division de la Recherche, Positive obligations on member States under Article 10 to protect journalists and prevent impunity p. 7 / 20

4. il en résulte que les États ont l'obligation de protéger le droit à la liberté d'expression contre toute ingérence d'acteurs privés, mais aussi de créer un environnement favorable à la participation au débat public ainsi que des conditions pour garantir la libre circulation et des idées au sein de la société.

La délibération de la CNIL échoue à ce test.

4°) D'une part, la limitation apportée par la CNIL à la liberté d'expression n'était pas prévisible

La Cour européenne des droits de l'homme considère que la loi doit être énoncée avec suffisamment de précision « *pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* ».

Elle précise que « *le niveau de précision de la législation interne – qui ne peut en aucun cas prévoir toutes les hypothèses – dépend dans une large mesure du contenu de l'instrument en question, du domaine qu'il est censé couvrir et du nombre et du statut de ceux à qui il est adressé* » (CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n°30, § 47).

Au cas présent, la société Google ne pouvait prévoir qu'il lui était fait obligation de procéder au déréférencement sur toutes les terminaisons de son moteur de recherche.

En effet, la règle dont la CNIL a fait application était imprévisible, en particulier à la lecture de la jurisprudence de la cour de Luxembourg du 13 mai 2014.

Ainsi, les auteurs qui ont procédé à l'analyse de cette décision constatent que « *l'étendue géographique de la désindexation des liens figurant dans les résultats des moteurs de recherche doit encore être précisée* » (E. Scaramozzino, *Juris art. atc.* 2015, n° 22, p. 41).

En ce sens, un auteur, au moment de s'interroger sur l'effectivité et la géographie du droit à l'oubli, souligne :

« *La Cour donne ensuite quelques indications relatives à la balance des intérêts fondamentaux qui devra être effectuée pour déterminer si l'information doit être désindexée.*

La Cour est en revanche muette quant à la manière dont cet « oubli » doit être mis en œuvre en pratique et sur la nature de ses effets concrets. Or, la question de la mise en œuvre « dans l'espace » du droit à l'oubli ne se confond pas (ou pas entièrement) avec celle de l'applicabilité spatiale de la directive.

Si la Cour répond à la dernière question, elle n'envisage pas la première. Quelques précisions auraient pourtant été utiles » (B. Hardy, « Application dans l'espace de la directive 95/46/CE : la géographie du droit à l'oubli », RTD eur. 2014, p. 879).

Cette opinion est très largement partagée. Un autre auteur signale ainsi :

*« Dans cette affaire, la CJUE s'est simplement appuyée sur l'article 4 de la directive pour en déduire l'application du droit européen de la protection des données personnelles au moteur de recherche traité par Google Inc., parce que rentrant dans le cadre des activités de Google Spain. En effet, comme d'autres auteurs ont su le remarquer, la CJUE s'était abstenue de prendre position sur l'étendue du champ d'application territorial du droit au déréférencement (En ce sens, cf. C. Kuner, article préc., p. 11 ; B. Van Alsenoy et M. Koekoek, *The extra-territorial reach of the EU's « right to be forgotten »*, ICRI Working Paper January 2015, p. 15 ; D. J. B. Svantesson, *The « Google Spain case part of a harmful trend of jurisdictional overreach*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper 2015, <http://ssrn.com/abstract=2625908>, consulté le 3 sept. 2015, spéc. p. 7) » (« Protection des données personnelles : les difficultés de la mise en œuvre du droit européen au déréférencement », RTDE, 2016, p. 249).*

Il résulte de ce qui précède que la restriction à la liberté d'expression apportée par la délibération de la CNIL du 10 mars 2016 ne pouvait être regardée comme prévisible.

A cet égard déjà, la décision attaquée contrevient aux dispositions de l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

5°) D'autre part, l'atteinte portée à la liberté d'expression par la délibération de la CNIL n'apparaît ni nécessaire ni proportionnée au regard du but invoqué qui est relatif à la protection de la vie privée

a) Sur le but invoqué et le droit à l'oubli

Le droit au respect de la vie privée peut naturellement être invoqué à l'encontre de la liberté d'expression.

Ce droit figure à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, à l'article 17 du PIDCP ou encore à l'article 8 de la Convention européenne. Il a évolué afin de répondre aux difficultés liées à la collecte, l'utilisation et la dissémination d'informations à caractère personnel détenues par des gouvernements et des organes privés dans les systèmes d'information.

A partir des années 1960, des principes régissant la collecte et la gestion de ces informations, connus sous le nom de « pratiques équitables de traitement de l'information », ont été élaborés et adoptés par des organes internationaux et des gouvernements nationaux⁸.

À l'échelon international, ces principes ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies⁹, le Commonwealth¹⁰ et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)¹¹. En Europe, le Conseil de l'Europe¹² et l'Union européenne¹³ ont intégré ces principes dans les traités relatifs à la protection des données, dont la Directive de l'Union européenne sur la protection des données est la plus importante. Des principes similaires sont également envisagés par le forum de la Coopération économique pour l'Asie-Pacifique (APEC)¹⁴.

Cependant, le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu et supporte des limites qui doivent répondre aux mêmes conditions de légalité, nécessité et proportionnalité.

Dès lors, le « droit à l'oubli », qui découlerait du droit à la vie privée, ne saurait davantage être considéré comme un droit absolu.

Depuis l'arrêt *Costeja* de la CJUE, le « droit à l'oubli » est généralement entendu comme ouvrant un recours permettant à des individus, dans certaines circonstances, d'exiger des exploitants de moteurs de recherche le déréférencement d'informations les concernant apparaissant à l'issue d'une recherche à partir de leur nom. Il peut également se référer à des demandes de suppression de certaines informations, adressées à des hébergeurs de sites.

Plus globalement, le « droit à l'oubli » est considéré comme un droit des personnes à déterminer elles-mêmes quand, comment et dans quelle mesure les informations les concernant sont communiquées à d'autres personnes.

⁸ Voir OCDE, Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers de données à caractère personnel (1980).

⁹ Principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés, G.A. Res. 45/95, 14 décembre 1990.

¹⁰ Secrétariat du Commonwealth, *Model Data Protection Act*. 2002.

¹¹ CEDEAO, *Les ministres des Télécommunications de l'espace CEDEAO adoptent une série de textes sur la cybercriminalité et la protection des données à caractère personnel*, Communiqué de presse n° 100/2008, 16 octobre 2008 ; ou Loi sur la protection de la vie privée de l'Organisation des États de la Caraïbe orientale, avril 2004.

¹² Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Strasbourg, ETS 108, 1981.

¹³ Directive 95/46/EC relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Journal officiel* L 281, 23/11/1995 P. 0031 – 0050, 24 octobre 1995.

¹⁴ APEC Privacy Framework, 2005.

Il peut être rattaché par le biais du droit à la protection des données personnelles au droit au respect de la vie privée.

Pourtant, il n'existe aucun consensus sur la reconnaissance d'un tel droit à l'oubli, lequel n'a fait l'objet de reconnaissance expresse ni dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ni dans les constitutions nationales.

Aux Etats-Unis, le droit au déréférencement (en particulier lorsqu'il est conçu d'une façon aussi extensive que l'approche retenue par la CNIL) apparaît incompatible avec le Premier amendement de la Constitution.

En vertu du droit américain, les personnes ont le droit de publier, sur les questions d'intérêt public, les informations qu'elles acquièrent légalement, même face à des intérêts importants relatifs à la vie privée des intéressés (*Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 US 97, 103 (1979)). Il en découle que le droit de Google de publier les résultats de recherche est protégé par la Constitution.

Cette jurisprudence trouve à s'appliquer y compris lorsque des intérêts gouvernementaux importants plaident en faveur de la confidentialité (*Oklahoma Pub. Co. v. Dist. Court*, 430 US 308, 311-12 (1977)).

Récemment, la Cour suprême a affirmé que la règle issue de l'affaire *Daily Mail* s'applique même si un éditeur d'informations sait que sa source a obtenu l'information illégalement (*Bartnicki v. Vopper*, 532 US 514, 535 (2001)).

Le premier amendement protège également le droit de recevoir des informations (*Richmond Newspapers v. Virginia*, 448 US 555, 576 (1980)). Toutes les personnes vivant aux États-Unis et qui utilisent un moteur de recherche comme Google jouissent de ce droit.

Compte tenu des protections constitutionnelles, les tribunaux américains ont rejeté un droit à l'oubli (*Gates v. Discovery Communications Inc.*, 34 Cal. 4 679, 696 (2004)).

Par ailleurs, les initiatives législatives relatives à un droit au déréférencement ont une portée étroitement limitée. Ainsi, la législation californienne connue sous le nom de « Eraser Law », ne concerne que la possibilité pour un mineur de faire retirer d'un compte sur un média social des informations qu'il a lui-même postées sur ce même compte. De plus, à ce jour, la conformité de cette loi à la Constitution n'a pas encore été confirmée par la jurisprudence.

Au Canada, l'existence et la portée d'un éventuel « droit à l'oubli » demeure l'objet de débats juridiques et politiques, et met en évidence des divergences entre les niveaux provinciaux et nationaux.

Au niveau fédéral, le bureau du Commissaire au respect de la vie privée a entrepris une consultation qui vise à déterminer si la loi relative à la protection des données personnelles – le *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (SC 2000, c 5) – comprend un droit à l'oubli et, si tel est le cas, quels en seraient les paramètres, compte tenu notamment de la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et du droit à la liberté d'expression (Office of the Privacy Commissioner of Canada, Notice of Consultation on Online Reputation, January 21, 2016, <https://www.priv.gc.ca/en/about-the-opc/what-we-do/consultations/consultation-on-online-reputation/>).

En application de la loi du Québec sur la protection des données, la Commission d'accès à l'information du Québec a considéré que la législation provinciale (*An Act Respecting the Protection of Personal Information in the Private Sector*, CQLR, c P-39-1) ne reconnaissait pas explicitement de droit à l'oubli, et a affirmé que « *le droit d'une personne de faire rectifier dans un dossier qui la concerne des renseignements inexacts, incomplets ou équivoques n'est pas de l'ordre du « droit à l'oubli » qui vise à effacer des informations des espaces publics. D'ailleurs, il n'est pas certain que ce droit, reconnu en Europe, trouve application au Québec* »¹⁵.

Tant le droit au respect de la vie privée que le droit à la liberté d'expression sont des droits fondamentaux protégés par la Charte fédérale des droits et libertés. Le droit au respect de la vie privée doit être protégé, d'autant plus lorsque l'atteinte qui y est portée provoque le désarroi, une humiliation, nuit à la réputation ou est gravement insultante¹⁶.

Cependant, la protection de la vie privée et des données personnelles doit céder face à la liberté d'expression lorsque la protection empêche l'accès à des données qui relèvent de l'intérêt légitime du public ou lorsqu'elle sape l'utilisation d'outils nécessaires à la libre circulation de l'information sur Internet¹⁷.

¹⁵ C.L. v. BCF Avocats d'affaires 2016 QCCA 114 : <http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=7921B60F2DD6BDF2EEE7763C25A1A5F8&page=1>

¹⁶ *AB v Bragg Communications*, [2012] 2 SCR 567 : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/10007/index.do>, para 14 ; *Jones v Tsige*, 2012 ONCA 32 : <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2012/2012onca32/2012onca32.html>, paras 66-71 ; *Jane Doe 464533 v ND*, 2016 ONSC 541 : <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2016/2016onsc541/2016onsc541.html>, para 46 ; Office of the Privacy Commissioner of Canada, "Online Reputation: What Are They Saying About Me ?", Discussion Paper, January 2016 : https://www.priv.gc.ca/media/1810/or_201601_e.pdf, pp7-8

¹⁷ *Jane Doe 464533 v ND*, 2016 ONSC 541 : <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2016/2016onsc541/2016onsc541.html>, para 46 ; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v United Food and Commercial Workers, Local 401*, [2013] 3 SCR 733 : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13334/index.do>, para 37 ; *Crookes v Newton*, [2011] 3 SCR 269 :

Un droit à l'oubli, s'il devait être consacré au Canada ou dans l'une de ses Provinces, devrait respecter ces principes. Si un tel droit était adopté, il est probable que sa portée varierait d'un niveau de gouvernement à l'autre. Il est également fortement probable qu'il se distinguerait du droit élaboré par les juridictions européennes, qui l'ont fondé sur le manque de pertinence des informations collectées et stockées, ce qui diffère du critère de sensibilité des intérêts protégés par le droit au respect de la vie privée tel qu'il est envisagé en droit canadien.

En Corée du Sud, il n'existe pas de droit à l'oubli qui consisterait à obtenir le déréférencement d'informations personnelles qui ne seraient pas diffamatoires.

Aux Pays Bas, il ne saurait y avoir de droit à un déréférencement global. En atteste la jurisprudence qui affirme que les informations fausses ne bénéficient pas de la même protection que les informations véridiques¹⁸.

Au Pérou, si l'autorité de protection des données personnelles a pu ordonner à Google de bloquer une liste d'URL en relation avec le nom du citoyen, elle a limité à 16 le nombre de ces URL¹⁹.

En Colombie, si la Cour constitutionnelle a pu reconnaître une certaine forme de droit à l'oubli, la Haute juridiction a cependant refusé d'en faire peser la charge sur les fournisseurs de services intermédiaires tels que les moteurs de recherche. Dans une action en justice contre *El Tiempo* – principal journal du pays – un citoyen colombien faisait valoir que son droit à la vie privée avait été violé par la publication et l'indexation ultérieure par Google d'un article de journal dans lequel le journal avait mentionné sa participation à un crime. Pour la Cour constitutionnelle, les intermédiaires d'Internet – tels que Google – ne sont pas responsables des atteintes portées aux droits fondamentaux par des tiers tels qu'un journal. En outre, compte tenu des atteintes possibles à la liberté d'expression, la Cour a appliqué le « test de limitation admissible » des droits de l'homme pour évaluer son impact potentiel sur cette liberté.

Les juges ont conclu qu'ordonner à un moteur de recherche de bloquer les résultats constituerait une forme de contrôle excessif et ferait du moteur de recherche un censeur du contenu affiché par l'utilisateur, ce qui porterait atteinte aux principes directeurs d'égalité d'accès, de non-discrimination et de pluralisme devant s'appliquer à l'Internet²⁰.

<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7963/index.do>, paras 34-41

¹⁸ St. Kulk and F. J. Zuiderveen Borgesius, Freedom of Expression and « Right to Be Forgotten », Cases in the Netherlands after Google Spain (August 27, 2015), European Data Protection Law Review, 2015-2, p. 113-125, SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2652171>.

¹⁹ <http://www.hiperderecho.org/2016/06/google-fined-in-peru-for-ignoring-the-right-to-be-forgotten/>

²⁰ <https://www.eff.org/deeplinks/2015/08/google-france-we-wont-forget-it-you-wholesale>

Les organismes régionaux de protection des droits de l'homme demeurent, eux aussi, réservés sur cette question. Ainsi, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe n'aborde pas le sujet.

Au contraire, la recommandation 2015/6 du Conseil de l'Europe sur la libre circulation transfrontière de l'information sur Internet demande aux Etats de veiller à ce que les actions relevant de leur compétence ne gênent pas illégitimement l'accès à l'information dans d'autres États et n'impactent pas illégalement le flux transfrontalier de l'information sur l'Internet²¹.

Les organisations exposantes reconnaissent bien volontiers qu'il est fondamental de protéger le droit au respect de la vie privée, à l'ère du numérique.

Cependant, ce droit doit être concilié avec le droit à la liberté d'expression. Le principe de proportionnalité a tout particulièrement vocation à jouer en la matière.

b) L'obligation d'un déréférencement sur toutes les terminaisons du moteur de recherche telle qu'imposée par la CNIL porte une atteinte excessive à la liberté d'expression

i) **Premièrement**, cette mesure apparaît excessive dès lors que d'autres mesures, telles que le droit de réponse ou de correction, peuvent être mises en place.

Ces droits permettent à des individus de présenter leur propre version d'une histoire ou de rectifier des erreurs factuelles sans rendre l'information concernée plus difficile – voire impossible – à localiser.

A l'inverse, le « droit à l'oubli » permet à des individus de supprimer des informations ou de les rendre beaucoup moins accessibles, ce qui porte atteinte, de façon excessive, à la liberté d'expression.

ii) **Deuxièmement**, reconnaître à la CNIL la faculté d'ordonner le déréférencement mondial de résultats de recherche apparaît totalement disproportionné au regard de son champ d'application territorial.

En effet, la mesure qui impose un déréférencement mondial, quel que soit le cas d'espèce, est disproportionnée dès lors que, généralement, l'information en cause n'a qu'un intérêt national.

²¹ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f20

En ce sens, il est expliqué qu'« *un déréférencement paneuropéen n'ajoute simplement rien à un déréférencement national en termes de protection effective des individus* »²². Sur ce point, il faut rappeler que 95 % des utilisateurs des moteurs de recherche utilisent leur version nationale²³.

Le caractère disproportionné d'un déréférencement sur toutes les terminaisons du moteur de recherche est ainsi manifeste.

Un exemple concret permet de le comprendre : dans l'affaire *Google Spain*, l'information relative à la dette de sécurité sociale d'un citoyen espagnol, M. Costeja, avait été mise en ligne dans un journal espagnol. Elle aurait pu n'avoir d'intérêt que pour un seul État, l'Espagne. Dans ce cas, l'effectivité de la protection de la vie privée de M. Costeja aurait sans doute pu être atteinte par un simple déréférencement national.

De plus, il importe de souligner que l'appréciation du caractère pertinent d'informations déterminées, critère qui déclenche un éventuel déréférencement, peut varier de manière importante d'un pays à l'autre, voire selon les circonstances.

Au regard de la nature globale des moteurs de recherche et de l'importance de leur rôle dans la possibilité de découvrir et d'accéder à des informations en ligne, les juridictions nationales devraient faire preuve de prudence et de modération dans l'exercice de leur compétence, pour permettre à chaque Etat de fixer ses propres lois et standards conformément à l'esprit de courtoisie internationale (que l'on connaît, dans les juridictions anglo-saxonnes, comme le principe dit de la « comity »).

iii) Troisièmement, en imposant un déréférencement mondial en toute hypothèse, la CNIL s'affranchit de la nécessité d'une mise en œuvre circonstanciée et nécessitant un réel examen au cas par cas du déréférencement.

La CNIL affiche un parti radical qui fait prévaloir d'une façon générale et absolue le droit à la vie privée des personnes concernées par l'information sur l'intérêt du public à trouver une information. En ce sens encore, la mesure est nécessairement disproportionnée.

De plus, ce n'est pas parce que la décision de déréférencer n'est prise que si les conditions d'application des droits d'opposition ou de suppression sont réunies, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité, que se trouve justifiée la décision de procéder à un déréférencement global.

²² L. Floridi, *Should You Have The Right To Be Forgotten On Google Nationally, Yes. Globally*, n° 2, févr. 2015, http://www.huffingtonpost.com/luciano-floridi/google-right-to-be-forgotten_b_6624626.html, consulté le 24 août 2015.

²³ Lettre signée de P. Fleischer en réponse à la présidente du G29, disponible sur <https://docs.google.com/file/d/0B8syaai6SSfiT0EwRUFyOENqR3M/edit>, consulté le 24 août 2015, *cf.* pt 3.

En effet, l'approche *in concreto* ne saurait se limiter à la décision de déréférencer ou non. Elle doit également être mise en œuvre pour apprécier l'étendue géographique du droit au déréférencement.

Elle s'impose notamment lorsque le déréférencement concerne des noms de domaine et/ou des pays où les informations concernées sont licites.

iv) Quatrièmement, ce déréférencement absolu apparaît disproportionné au regard de l'atteinte portée au droit à l'information.

En effet, il existe un droit du public à rechercher et à accéder à l'information.

Pour cette raison, les individus n'ont pas et ne doivent pas avoir le droit absolu de contrôler l'accès à des informations les concernant.

En particulier, les individus ne doivent pas être habilités à restreindre l'accès à des informations les concernant qui ont été publiées par des tiers, sauf lorsque ces informations revêtent un caractère privé ou de nature diffamatoire ou que leur publication n'est pas justifiée pour d'autres raisons. En d'autres termes, ces informations peuvent également « appartenir » au public, en ce sens que celui-ci doit pouvoir y accéder.

A titre d'exemple, le fait qu'une personne ait été déclarée en faillite dix ans auparavant n'est pas une simple information sur la personne mais concerne aussi ses débiteurs. L'idée selon laquelle il appartient à l'individu de contrôler en dernier lieu cette information ne tient donc pas compte du droit plus large du public à partager et à recevoir des contenus qui se trouvent légalement dans le domaine public.

De plus, dans la mesure où une information peut être déjà dans le domaine public, il existe un intérêt à la préserver et à la garder à disposition à des fins de recherche ou d'archivage. Les autorités chargées de la protection des données considèrent elles-mêmes que la collecte de données historiques et culturelles – y compris des données à caractère personnel – doit être encouragée et traitée comme un moyen légitime de conserver des données au-delà de leur date « d'utilité opérationnelle »²⁴.

En définitive, la délibération de la CNIL est de nature à avoir un effet considérable sur les activités légitimes de nombreux acteurs, journalistes ou ONG, qui se servent des noms des personnes dans le cadre de leurs recherches pour découvrir des scandales, pour dénoncer des pratiques illégales ou encore pour rechercher des affaires portées devant les tribunaux.

²⁴ Voir Contribution de l'Autorité de protection des données belge à la consultation de la Commission européenne sur l'approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne, Bruxelles 2011.

La délibération du 16 mars 2016 de la CNIL restreint considérablement, par le déréférencement absolu qu'elle impose, le droit de rechercher des informations.

Dans la plupart des cas, elle revient à rendre, en pratique, l'accès à l'information impossible.

v) **Enfin**, la solution préconisée par la CNIL ne peut être validée en ce qu'elle est susceptible de produire un effet restrictif sur l'exercice de la liberté d'expression, en particulier dans les pays où les droits de l'Homme jouissent d'une protection moindre qu'en France.

L'expérience enseigne que les initiatives législatives ou décisions adoptées par les tribunaux ou autorités de régulation français exercent une influence sur les cadres législatifs et les pratiques des autorités de régulation ainsi que sur les décisions des tribunaux de nombreux autres pays. Si elle devait être validée, la décision de la CNIL serait susceptible d'être une source d'inspiration en dehors du territoire national.

Cette décision constituerait un précédent susceptible de conduire à la suppression d'informations sans la moindre vérification du fondement des demandes.

Des moteurs de recherche – en particulier des entreprises qui ne disposent pas de ressources comparables à celles de Google – hésiteront à contester des décisions de déréférencement pour le compte de leurs utilisateurs qui vivent en dehors du territoire de l'Union européenne, et se contenteront très probablement d'obtempérer, et ce même en ce qui concerne des pays où le droit d'accéder à l'information litigieuse aurait normalement prévalu.

Les utilisateurs individuels n'auront pas les moyens ou même la possibilité de contester les déréférencements mis en œuvre par ces compagnies pour faire valoir leur droit d'accéder à ces informations en dehors du territoire français. Et s'ils parvenaient malgré tout à obtenir, dans un autre pays que la France, une injonction judiciaire de lever le déréférencement, les fournisseurs de service se trouveraient placés dans la position intenable de devoir faire face à des injonctions contradictoires.

En réalité, la décision de la CNIL déplacerait la charge de la preuve, hors du territoire français, de la partie qui souhaite faire supprimer des informations vers celle qui souhaite pouvoir accéder à ces informations. Une telle solution irait à l'encontre du principe selon lequel la preuve incombe au demandeur.

Le droit à l'oubli n'étant pas universellement reconnu, un tel renversement de la charge de la preuve apparaîtrait aussi injuste qu'incohérent, d'autant qu'il pourrait conduire à des déréférencements plus larges que ce que permettraient d'autres ordres juridiques.

Si elle n'était pas annulée, la décision de la CNIL pourrait également avoir une portée néfaste, au-delà du droit à l'oubli : ce précédent pourrait être utilisé de façon très préjudiciable dans des pays peu respectueux des droits de l'Homme, qui pourraient se prévaloir de cet exemple pour imposer des restrictions globales sur la liberté d'expression et l'accès à l'information.

Et dans les pays démocratiques qui respectent les libertés fondamentales, la tentation de forcer à exécuter en dehors du territoire national des décisions appliquant des dispositions nationales ou l'interprétation nationale de dispositions internationales protégeant les droits fondamentaux peut conduire à des décisions contradictoires et à l'érosion du principe de la courtoisie internationale en matière de reconnaissance des décisions de justice étrangères.

En définitive, au regard de la conception absolutiste du droit à la vie privée et du droit à l'oubli qu'elle fait prévaloir en imposant un déréférencement universel, bien au-delà de son champ de compétence territoriale, en méconnaissance du droit international et au mépris des autres droits nationaux, la délibération de la CNIL porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

PAR CES MOTIFS, les exposantes concluent qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **ANNULER** la délibération attaquée.

Production :

1. Délibération attaquée

SCP Jérôme ROUSSEAU & Guillaume TAPIE
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation