

Nos 391000, 393769, 399999, 401258

- Mme C...

- M. F...

- M. H...

- M. D...

Assemblée

Séance du 2 février 2017

Lecture du 24 février 2017

## CONCLUSIONS

**Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public**

Les difficultés que cause à la mémoire collective l'hypermnésie permise par les techniques de conservation des données n'est pas une préoccupation nouvelle : si l'on en croit Platon, le roi d'Égypte Thamou, auquel l'inventeur de l'écriture présentait fièrement le « remède pour soulager la mémoire » qu'il pensait y avoir trouvé, s'inquiétait déjà qu'en permettant de traverser le temps à des empreintes d'idées coupées de leur contexte, cette invention détourne l'attention sur la surface des choses au détriment du souvenir de leur signification profonde (Platon, *Phèdre*, ou « *De la beauté* »). N'est pas non plus nouveau le souci qu'ont les individus de voir le temps faire son œuvre et effacer certaines traces d'un passé embarrassant : en France, on fait généralement remonter à 1965, date à laquelle une ancienne maîtresse de Landru a tenté d'obtenir réparation du préjudice causé par la mise en scène de cette relation dans un film de Claude Chabrol, la première revendication d'un « droit à l'oubli » interdisant que l'on confronte, au-delà d'un délai raisonnable, une personne repentie à ses errements passés (v. TGI Seine, 14 oct. 1965, *Mme. S. c. Soc. Rome-Paris Films*, JCP 1966.II. 14482, note Lyon-Caen, G. confirmé par CA Paris, 15 mars 1967, JCP 1967.II.20434, obs. Lindon ; v. aussi TGI Paris, 20 avr. 1983, *Mme. M. c. Filipacchi et soc. Cogedipresse*, JCP 1983.II.20434, obs. Lindon).

Depuis l'avènement d'internet toutefois, l'hypermnésie collective a changé d'échelle et, avec elle, tant les potentialités que les dérives qu'elle induit. Trois caractéristiques propres à la diffusion d'informations en ligne ont, en particulier, repoussé les limites inhérentes aux modalités antérieures de conservation des données : l'explosion des capacités de stockage, d'abord, a fait sauter tout plafond quantitatif à cette conservation, de sorte que la sélection ou l'effacement ne sont plus des nécessités techniques ; les facilités de publication en ligne, ensuite, ont déminé les filtres qualitatifs qui présidaient aux formes plus sélectives d'édition, si bien que n'importe quelle information, même fautive ou dépourvue d'intérêt, peut accéder sur internet à la notoriété ; la puissance des moteurs de recherche, enfin, a interdit que, dans cet océan de données en ligne, les informations se dispersent ou se fassent oublier : il est au contraire possible de rassembler en un clic l'ensemble des informations attachées depuis l'origine à un thème ou à un nom donnés. Au plan général, ces facilités ont peut-être

contribué, par-delà leurs indéniables bénéfiques, à l'avènement d'une ère dite de « post-vérité » qui semble concrétiser les plus sombres présages du roi Thamous. Rapportée à la question spécifique des données personnelles, elles ont à tout le moins permis qu'à l'identité d'une personne restent attachées, de façon perpétuellement visible par tous, les traces indélébiles de l'ensemble des comportements ou caractéristiques qui, à tort ou à raison, lui ont été un jour prêtés.

C'est dans ce contexte et au vu de ces préoccupations qu'est intervenu, le 13 mai 2014, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia espanola de proteccion de los datos et Mario Costeja Gonzalez* (Grande chambre, aff. C-131/12), dont tous, partisans comme détracteurs, s'accordent au moins à dire qu'il s'apparente à un tour de force jurisprudentiel au service de la protection des données personnelles et du droit des individus au respect de leur vie privée. La CJUE était saisie, par la voie d'une question préjudicielle posée par l'Audiencia Nacional espagnole, de la question de savoir si les moteurs de recherche – en l'occurrence Google – étaient débiteurs d'obligations à l'égard des personnes physiques au titre de la directive 95/46/CE du parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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. La difficulté d'interprétation tenait au fait que les moteurs de recherche jouent un rôle très particulier, à la fois incontournable et marginal, dans la chaîne de traitement des données présentes sur Internet. Marginal parce que, contrairement aux éditeurs de contenus, les moteurs n'introduisent pas de données nouvelles sur Internet, et se contentent, après avoir procédé à une exploration systématique du réseau et indexé des copies des pages visitées, d'organiser au moyen d'un algorithme l'accès à ces données préexistantes en réponse à la requête par mots-clés d'un internaute. Incontournable parce qu'en tenant lieu d'index de l'ensemble des données présentes en ligne, ils leurs donnent une résonance incommensurable à celle à laquelle elles pourraient prétendre s'il fallait, pour les trouver, saisir l'adresse URL<sup>i</sup> de la page virtuelle où elles se trouvent publiées. Or compte tenu de la date d'édiction de la directive de 1995, contemporaine des débuts de l'Internet et des premiers balbutiements de moteurs de recherche alors très peu perfectionnés, leur rôle particulier n'est pas pris en compte par ses dispositions.

Pour répondre par l'affirmative à la question préjudicielle, la Cour a, à la faveur d'un volontarisme assumé, franchi trois haies successives.

Première haie, la Cour a fait entrer l'activité d'exploitant de moteur de recherche exercée par la société Google Inc. depuis les Etats-Unis dans le champ d'application territorial de la directive. Pour ce faire, elle s'est attachée à la présence sur le territoire européen d'un établissement stable du responsable du traitement – en l'occurrence la filiale Google Spain chargée de l'activité publicitaire en Espagne. Elle en a déduit que, dès lors que les activités de la filiale permettent de rentabiliser l'activité de la société mère, elles en sont indissociables, de sorte que le traitement de données exploité par la société américaine doit être regardé comme effectué « dans le cadre des activités » de la filiale située en Europe, ce qui correspond au critère de rattachement visé au a du 1 de l'article 4 de la directive.

Deuxième haie, la Cour a attiré les exploitants de moteurs de recherche dans le champ matériel de la directive en estimant qu'ils constituent des responsables de traitements de données personnelles. La qualification de « traitement » n'a pas créé la surprise, au-regard du caractère très attractif de cette notion<sup>ii</sup> qui avait déjà conduit la Cour à y ranger toute mise en ligne sur une page Internet (CJCE, 6 nov. 2003, aff. C101/01, *Linqvist*)<sup>iii</sup>. L'assimilation de

l'exploitant d'un moteur de recherche à un « responsable » de traitement a, en revanche, fait sensation, l'avocat général ayant pour sa part défendu la thèse selon laquelle, dès lors que l'exploitant n'a pas de prise sur les données que son moteur indexe à l'aveugle, il ne saurait être regardé comme la personne qui « détermine les finalités et les moyens du traitement » – soit la définition donnée du responsable par le d de l'article 2. Il plaidait pour la reconnaissance d'une responsabilité des moteurs de recherche limitée et subsidiaire à celle des éditeurs de contenu, analogue à celle prévue pour les hébergeurs de sites par la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique<sup>iv</sup>. Cette position était également celle du groupe de travail dit G29, du nom de l'article de la directive qui le prévoit, regroupant l'ensemble des autorités de régulation de l'Union européenne en matière de protection des données.

Troisième haie, la Cour, se séparant même des conclusions formulées à titre subsidiaire par l'avocat général, a tiré des dispositions de la directive mal adaptées aux moteurs de recherche des obligations spécifiques à ces derniers, en consacrant ce qu'il est convenu d'appeler un « droit au déréférencement ». Elle a d'abord isolé les ingérences dans les droits des personnes physiques imputables au seul moteur de recherche, traitement autonome qui s'ajoute au traitement source effectué par les éditeurs de site web sans se confondre avec lui. L'arrêt en identifie deux : la possibilité d'obtenir, en effectuant une recherche à partir du nom d'une personne dans un moteur de recherche, une liste de résultats constituant un aperçu structuré des informations relatives à cette personne, et ainsi d'établir son profil plus ou moins détaillé ; et l'accroissement par le moteur de recherche de l'accessibilité des informations personnelles en ligne, qui leur confère un caractère ubiquitaire et démultiplie l'effet intrusif résultant de leur publication. La Cour a ensuite ajusté les moyens dont la directive dote les personnes physiques pour faire cesser les atteintes excessives à leurs droits au rôle d'amplificateur propre aux moteurs de recherche. Elle a interprété les droits d'opposition et de rectification consacrés par les articles 12 et 14 de la directive, qui permettent classiquement d'obtenir la suppression de contenus lorsqu'ils sont inexacts, incomplets, inadéquats, non pertinents ou excessifs<sup>v</sup>, comme comprenant aussi le droit d'exiger d'un moteur de recherche qu'il supprime de la liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, lorsque le surcroît de publicité induit par leur référencement porte à la vie privée une atteinte disproportionnée à la finalité du traitement, qui est de permettre l'accessibilité raisonnée des données en ligne.

Le droit au déréférencement tiré de la directive par la décision dite *Google Spain* est assez limité dans sa portée. D'une part, il n'entraîne pas la suppression du contenu, les données personnelles dont le demandeur déplore la présence sur internet ayant vocation à demeurer sur le site source qui continuera d'être entièrement accessible par saisie de son adresse URL : c'est uniquement l'accès à ce contenu par mot-clef qui sera supprimé. D'autre part, l'un des accès par mots-clefs seulement est concerné : c'est uniquement la corrélation entre les prénom et nom de la personne d'un côté et les informations personnelles de l'autre qui sera effacée, parce que c'est de cette corrélation, permise par le moteur, que naît le surcroît d'atteinte à la vie privée imputable à ce dernier. A cela s'ajoute que le chemin n'est effacé que dans les moteurs de recherche que l'intéressé a sollicités, la même requête pouvant continuer, malgré le déréférencement sur l'un des moteurs, à renvoyer via d'autres vers les contenus personnels.

En revanche, le droit au déréférencement est massif par son ampleur. La Cour a certes jugé que le caractère excessif de l'atteinte à la vie privée s'apprécie au cas par cas, au regard de l'information référencée, de la finalité légitime du traitement et des droits des tiers susceptibles d'être affectés par le déréférencement. Mais elle n'en a pas moins posé que les droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, respectivement protégés par les articles 7 et 8 de la Charte, « prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt du public à trouver ladite information ». Il en résulte un caractère assez systématique du droit au déréférencement, d'autant que la Cour a encore précisé qu'il n'était requis, pour l'obtenir, ni « que l'inclusion de l'information dans la liste de résultats cause un préjudice à la personne concernée », ni que sa publication sur le site source soit en elle-même illicite. Tout au plus le droit au déréférencement cède-t-il s'il apparaît, « pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par la personne [concernée] dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant du public à avoir (...) accès à l'information en question » via une requête par nom et prénom dans le moteur de recherche. Dans le cas sur lequel s'était greffée la question préjudicielle, la CJUE, joignant à l'effort prétorien une immixtion peu courante dans les faits de l'espèce, a ainsi estimé que M. Costejas Gonzalez était, en l'absence de circonstances particulières, fondé à exiger que n'apparaissent plus, dans la liste des résultats obtenus par une recherche à partir de son nom, les liens vers des pages d'archives en ligne vieilles de seize ans d'un quotidien annonçant une vente aux enchères immobilières organisée dans le cadre d'une saisie de ses biens aux fins de recouvrement de dettes de sécurité sociale.

Pour M. Costejas Gonzalez, l'effet recherché n'a pas été au rendez-vous, l'incroyable publicité dont a bénéficié la décision portant son nom ayant, faute d'anonymisation, donné une notoriété extraordinaire au mauvais souvenir qu'il entendait faire oublier. Mais son sacrifice n'a pas été vain pour les ressortissants de l'Union européenne qui se sont, massivement, approprié ce nouveau droit : Google, qui a réagi à l'arrêt en éditant un formulaire de demande de déréférencement, a dû faire face à pas moins de 12 000 demandes dès la première journée de sa mise en ligne<sup>vi</sup>. Depuis, Google a traité plus de 659 000 demandes, et déréféré 43% des liens litigieux, soit plus de 660 000 – dont un quart à la suite de demandes françaises. Il ressort de l'étude de droit comparé réalisée par votre centre de recherches et de diffusion juridiques que les autorités de régulation ont pris leur part à l'exercice, plus ou moins selon leur position légale dans la chaîne de traitement des plaintes des particuliers : plus de 600 demandes traitées en Allemagne<sup>vii</sup>, contre près de 400 en Espagne<sup>viii</sup>, une centaine aux Pays-Bas<sup>ix</sup>, une cinquantaine en Italie<sup>x</sup> et une seule au Royaume-Uni<sup>xi</sup>. Le G29 a publié des lignes directrices le 26 novembre 2014. Sont également intervenues plusieurs décisions juridictionnelles – environ 200 en Espagne, une poignée seulement aux Pays-Bas, en Italie, et une douzaine en France devant les juridictions judiciaires. Vous êtes en revanche, à notre connaissance, la première juridiction suprême nationale d'un Etat membre à être frontalement saisie de l'ensemble des questions que nous allons aborder<sup>xii</sup>.

Pour finir, le législateur européen s'est partiellement emparé du sujet en créant, à l'article 17 du nouveau règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 un droit à l'effacement baptisé « droit à l'oubli » qui n'est pas propre aux moteurs de recherche et que la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a partiellement transposé pour les seules données en ligne relatives aux mineurs. Les acteurs économiques ne sont pas en reste, sur le marché florissant des cabinets de conseil en e-réputation.

En pratique, la mise en œuvre du nouveau droit pose deux difficultés. L'une se niche en aval du déréférencement et concerne sa portée territoriale, les acteurs ne s'accordant pas sur le point de savoir s'il doit intervenir sur les seules extensions nationales européennes du moteur de recherche (google.fr pour la France) ou s'il doit également concerner les extensions des Etats tiers (et notamment google.com). Cette question délicate est posée au Conseil d'Etat dans un litige distinct des quatre affaires portées aujourd'hui devant votre formation de jugement. L'autre se pose en amont et concerne la méthode à retenir pour apprécier le droit au déréférencement lorsque sont en cause des données qui, bien que non dépourvues d'intérêt pour le public, au point qu'elles puissent être relayées par des articles de presse, revêtent un caractère de sensibilité justifiant que la directive en interdise en principe le traitement, ou conduisent à ce que la liste des résultats découlant de leur référencement donne de la personne concernée un aperçu radicalement incomplet ou inexact. C'est cette question de méthode que posent les quatre litiges, qu'il est grand temps de vous présenter.

La première affaire (n° 391000) concerne une candidate aux élections cantonales de 2011, alors directrice de cabinet du maire, par ailleurs ancien ministre, d'une commune du département. A l'époque de sa campagne, a été publié sur youtube un photomontage satirique la représentant assise dans la voiture du maire et lui murmurant des mots doux laissant clairement entendre qu'elle devrait à des faveurs sexuelles son statut de candidate. Pour être bien sûre que l'allusion soit comprise, l'auteur la représente équipée d'un parachute, le slogan « Si tu couches, tu touches » tenant lieu d'immatriculation du véhicule. L'intéressée a demandé à Google que les résultats des recherches effectuées à partir de ses prénom et nom ne comportent plus le lien vers ce photomontage. Elle expliquait ne plus avoir de responsabilités locales et être gênée dans sa recherche d'emploi par ce lien, qui apparaît en quatrième position des résultats de recherche associés à son nom.

La deuxième affaire (n° 393769) concerne un ancien responsable des relations publiques de l'Eglise de scientologie. Ce qu'il souhaite voir disparaître des résultats de recherche associés à son nom, c'est le lien pointant vers un article de presse, publié en 2008 sur le site du quotidien Libération. L'article fait état d'une note des renseignements généraux selon laquelle il aurait, à la suite du suicide d'une adepte de la scientologie, proposé de l'argent aux enfants de la défunte en échange de leur renoncement à intenter une action judiciaire. L'article relate également ses propos démentant ce point. Dans sa demande de déréférencement adressée à Google, l'intéressé invoquait la rupture de ses liens avec la Scientologie : il en déduisait que le référencement de l'article, qui continue de sortir en cinquième position des résultats de recherche à partir de son nom, était devenu inadéquat.

La troisième affaire (n° 399999) concerne un ancien conseiller auprès de M. Gérard Longuet. Les liens dont il a demandé le déréférencement à Google mènent vers plusieurs articles de presse qui ont en commun de faire état de sa mise en examen dans le cadre de l'affaire du financement occulte du parti Républicain. Ces articles sont contemporains de sa mise en examen et ne signalent donc pas que la procédure a, depuis, été clôturée par une ordonnance de non-lieu du 26 février 2010. Pour autant, ils sortent en bonne place dans les résultats de recherche associés à son nom et, pour beaucoup, avant les liens vers les articles, il est vrai plus rares, qui font état du non-lieu.

Enfin, la quatrième affaire (n° 401258) concerne un ex-animateur municipal condamné en 2010 à sept ans de prison et dix ans de suivi socio-judiciaire pour attouchement sexuel sur quarante-cinq fillettes. Il a souhaité obtenir le déréférencement des deux premiers

résultats de recherche associés à son nom, à savoir des liens vers deux chroniques judiciaires, l'une du Figaro et l'autre de Nice Matin, faisant état des faits, de sa condamnation et, pour l'un d'entre eux, de détails très intimes, relatifs à une malformation génitale de l'intéressé, à sa forte pilosité et au fait qu'il n'aurait pas eu de relation sexuelle avant l'âge de vingt-huit ans.

Dans chacune des affaires, les requérants, après avoir essuyé un refus de Google, ont demandé à la CNIL de mettre la société en demeure de procéder aux déréférencements. L'enclenchement de cette procédure aurait eu pour effet de rendre Google passible, en cas de non conformation à la mise en demeure, de sanctions administratives. Par les quatre décisions attaquées, la CNIL a mis en balance l'atteinte portée par le référencement à la vie personnelle des requérants avec l'intérêt qu'il présentait pour l'information du public. Dans les quatre cas, elle a estimé l'atteinte proportionnée et a refusé d'exercer son pouvoir de mise en demeure, ce qui explique que la société Google Inc. revendique la qualité de co-défendeur, que vous pourrez lui reconnaître, dès lors que vous y avez déjà consenti dans une configuration proche (CE, Section, 30 novembre 2007, *T...*, n° 293952, p.) et qu'en opportunité, la qualité de partie lui permettrait de présenter des observations devant la CJUE si vous nous suiviez pour lui renvoyer des questions<sup>xiii</sup>.

La CNIL était bien compétente pour connaître des demandes de déréférencement des intéressés. Territorialement, cela découle de ce que la filiale Google France exerce en France la même activité que Google Spain en Espagne ce qui, les mêmes causes produisant les mêmes effets, attire la société mère Google Inc. dans le champ d'application de la loi informatique et libertés, dont l'article 5 décline à l'échelle nationale les critères de rattachement de l'article 4 de la directive. Matériellement, sa compétence se déduit de l'arrêt *Google Spain*, qui dit pour droit que : « Lorsque le responsable du traitement ne donne pas suite à [une demande de déréférencement], la personne concernée peut saisir l'autorité de contrôle ou l'autorité judiciaire pour que celles-ci effectuent les vérifications nécessaires et ordonnent à ce responsable des mesures précises en conséquence ». Plus généralement, l'article 28 de la directive exige qu'une autorité de contrôle dispose, dans chaque Etat membre, du pouvoir de surveiller le respect par les responsables de traitement de la législation relative à la protection des données personnelles et de pouvoirs effectifs d'intervention pour faire cesser d'éventuels manquements. Or pour la transposition de ces dispositions, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite informatique et libertés a, d'une part, chargé la CNIL de recevoir « les réclamations, pétitions et plaintes relatives à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel » et, d'autre part, doté son président du pouvoir de « mettre en demeure [le responsable d'un traitement] de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'il fixe », faute de quoi la formation restreinte peut, après une procédure contradictoire, prononcer une sanction. Dans ce cadre, vous avez admis que la CNIL était compétente pour instruire les réclamations de personnes s'estimant lésées dans leurs droits d'opposition et de rectification, transposés des articles 12 et 14 de la directive aux articles 38 et 40 de la loi nationale et fondée à mettre le responsable en demeure de cesser ce manquement, puis à le sanctionner le cas échéant (v., par ex., pour le droit d'opposition, JRCE, 5 septembre 2008, *Société Directannonces*, n° 319071 ; CE, 6 novembre 2009, *Société Interconfort*, n° 304300, p. ; pour le droit de rectification, CE, 22 juillet 2016, *M. I...*, n° 391440). Or c'est des droits d'opposition et de rectification que la CJUE a fait découler le droit au déréférencement.

De la compétence de la CNIL pour connaître des quatre plaintes découle la compétence de la juridiction administrative pour connaître des quatre refus d'y faire droit,

quand bien même elle entraîne un certain recoupement des offices entre juge administratif et juge judiciaire. Le législateur n'est pas intervenu, en matière de fichiers, pour déroger aux règles de partage entre ordres juridictionnels qui découlent de la conception française de la séparation des pouvoirs et fait ressortir de la compétence naturelle du juge administratif le contrôle des décisions prises par les autorités administratives. Il en résulte que, tandis que les personnes qui s'estiment lésées dans leurs droits par un responsable de traitement personne privée peuvent l'assigner directement devant le juge judiciaire, notamment des référés, pour qu'il enjoigne de faire cesser ce manquement<sup>xiv</sup>, vous êtes toujours compétents pour connaître des décisions de la CNIL statuant sur une plainte, quand bien même elle a pour origine un litige entre personnes privées (v., pour la décision de ne pas donner suite à une plainte formée par un particulier et relative au fichier géré par une association, CE, 28 juillet 2000, *Mme R...*, n° 210311, p.). Cette combinaison des compétences, que l'on retrouve en Espagne, produit un effet curieux en matière de déréfèrement : celui-ci étant de droit dès lors que la balance des intérêts n'y fait pas obstacle, et la CJUE ayant chargé l'autorité de contrôle de faire usage de ses pouvoirs en cas de refus d'y procéder, il y a dans cet aspect de la mission du régulateur une forme d'automatisme, et en contrôlant son refus de faire droit à une demande, vous vous prononcez presque directement, malgré le filtre que constitue la prise de position de la CNIL, sur le droit au déréfèrement – le même dont pourrait connaître le juge judiciaire si le demandeur s'avisait de le saisir, ce que l'intervention préalable de la CNIL, vous pourrez le préciser, ne lui interdit pas. La seule différence serait que, si vous annuliez un refus de la CNIL, vous ne pourriez pas adresser d'injonction à la société Google, mais simplement enjoindre à la CNIL de mettre la société en demeure de déréférer à peine de sanctions administratives. Mais il nous semble que, sauf à créer au sein des décisions de la CNIL un îlot d'injusticiabilité incongru au regard de votre jurisprudence, vous ne pouvez résoudre par voie prétorienne ce problème – s'il en est un – de compétences parallèles. Seule une loi pourrait intervenir pour en refondre l'articulation, comme l'a fait le législateur italien, qui a prévu que la saisine de l'autorité de régulation interdit la saisine concurrente de l'autorité judiciaire, et inversement<sup>xv</sup>.

Et quitte à ce que la juridiction administrative soit compétente pour connaître des refus, le Conseil d'Etat l'est directement. Le 4° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative le charge de connaître en premier et dernier ressort des « recours dirigés contre les décisions prises par les organes » de la CNIL « au titre de [sa] mission de contrôle ou de régulation ». La présidente de la CNIL, auteur du refus, est un organe de cette dernière<sup>xvi</sup>, et c'est bien aux pouvoirs de régulation et de contrôle que la CJUE a rattaché le rôle des autorités de contrôle en matière de déréfèrement. Vous vous estimez d'ailleurs compétents en premier ressort pour connaître des refus du président de la CNIL de donner suite à une plainte (dans la rédaction actuelle des textes : CE, 10 avril 2015, *M. O...*, n° 376575, T. p.), et ne dérogez à cette règle que pour le cas très particulier des demandes formées au titre du droit d'accès dit indirect à certains fichiers de souveraineté, uniquement parce que vous estimez que la CNIL, chargé par la loi d'une fonction spécifique d'intermédiaire entre le titulaire du droit et le ministre responsable du traitement, n'y fait *in fine* que notifier les décisions individuelles du ministre, qui relèvent en premier ressort de la compétence du tribunal administratif (CE, 3 juin 2013, *M. X...*, n°s 328634-328639, T. p.)<sup>xvii</sup>.

De façon générale, vous connaissez des décisions relatives aux mises en demeure de la CNIL en excès de pouvoir, par opposition à ses décisions de sanction, justiciables d'un plein contentieux par détermination de la loi. Et dans les rares hypothèses où vous avez eu à connaître de refus de la CNIL de mettre en œuvre ses pouvoirs, vous vous en êtes tenus à un contrôle restreint (v., pour un refus de saisir le procureur de la République sur le fondement

de l'article 40 du code de procédure pénale, CE, 28 mars 1997, *J...*, n° 182912, p. 333 ; pour un refus de mettre en œuvre ses pouvoirs d'enquête, CE, 5 décembre 2011, *M. K...*, n° 319545-338379, p. 609). Ce degré de contrôle, qui n'est pas spécifique au contentieux de la CNIL (v., pour les refus de donner suite à une plainte de l'autorité de la Commission bancaire, CE, 30 décembre 2002, *Mme N...*, p. ; de l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, CE, Section, *M. T...*, n° 293952, p. 459 ; de l'Arcep, CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, n°s 334062-347163, T. p.)<sup>xviii</sup>, tient à ce que vous estimez que le régulateur a, dans le choix d'en recourir ou non à la menace d'une sanction, un large pouvoir d'appréciation qui ne doit n'être encadré qu'à la marge.

Cette justification est peu adaptée aux refus de la CNIL de mettre un moteur de recherche en demeure d'opérer un déréférencement. En cette matière, il ne s'agit pas tant de veiller de façon générale au respect de la réglementation sectorielle par les opérateurs régulés que de faire respecter un droit individuel des particuliers à l'égard des responsables de traitement. Compte tenu de la portée que la CJUE donne à ce droit, nous ne croyons pas qu'il y ait matière à appréciation de la CNIL pour savoir s'il faut mettre en demeure ou non dès lors qu'elle estime que le déréférencement s'impose. En conséquence, sa marge d'appréciation se résume au contrôle de proportionnalité qu'elle opère entre les droits fondamentaux du particulier et ceux du public et du responsable de traitement. S'agissant d'une telle appréciation, nous ne voyons pas de motif de déroger au plein contrôle qui est normalement celui du juge de l'excès de pouvoir. Nous en voyons d'autant moins que l'une des étrangetés de l'arrêt *Google Spain* est de faire peser sur des acteurs privés le soin d'opérer en première ligne une balance délicate entre droits fondamentaux : peut-être est-il utile, pour compenser, que lorsque c'est à la porte de l'autorité de contrôle que le demandeur toque, et que celle-ci se referme, un juge se charge de vérifier complètement que la pesée a été correctement exercée. Nous notons d'ailleurs, à titre confortatif, que les considérants liminaires du règlement du 27 avril 2016 affirment, au sujet des voies de recours ouvertes contre les décisions de l'autorité de régulation, y compris de rejet des réclamations, que les juridictions « devraient disposer d'une pleine compétence, et notamment de celle d'examiner toutes les questions de fait et de droit relatives au litige dont elles sont saisies » (cons. 143). Nous vous proposons donc d'effectuer un contrôle normal.

Nous avons même envisagé un contrôle de pleine juridiction, pour prendre en compte une double particularité de ce contentieux : il est dépourvu de portée rétroactive, une annulation ne pouvant conduire qu'à enjoindre à la CNIL de mettre en demeure de déréférencer pour l'avenir, sans aucune incidence possible sur la période passée ; la légalité du refus est particulièrement vulnérable à l'écoulement du temps, des événements décisifs tels que la clôture d'une procédure judiciaire, ou le simple au passage des ans, pouvant emporter un droit au déréférencement qui n'existait pas à la date du refus de la CNIL. Trois raisons nous en ont dissuadée. D'abord, consacrer un îlot de pleine juridiction au sein du contentieux non répressif de la CNIL aurait quelque chose de disproportionné pour des litiges où, compte tenu du caractère binaire des décisions à prendre, le pouvoir de réformation n'a pas d'utilité. Ensuite, ce choix jurerait avec celui d'en rester à l'excès de pouvoir en matière de régulation (CE, Assemblée, 21 mars 2016, *Société Numéricable*, n° 390023, p.), et surtout dans le contentieux très voisin des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat devant la formation spécialisée (CE, Formation spécialisée, 19 octobre 2016, *M. P...*, n° 400688, p.). Enfin, au plan pratique, il semble inopportun d'imposer le ministère d'avocat pour un contentieux de premier ressort sans enjeu financier.

Au-delà, le plein contentieux ne paraît ni nécessaire, ni suffisant à garantir l'élément de souplesse recherché. Pas suffisant parce qu'en plein contentieux objectif, la légalité de l'acte s'apprécie à la date de son édicition : ce n'est que « dans les cas où il défini[t] le contenu de la décision qui doit se substituer à celle de l'administration défaillante »<sup>xix</sup> que le juge prend en compte la situation de fait au jour où il statue. Pas forcément nécessaire parce que l'excès de pouvoir n'est pas exempt de plasticité. Dans l'épuration de l'excès de pouvoir classique, vous acceptez, lorsque la légalité de la décision dépend de la matérialité de faits sur lesquels une information judiciaire est ouverte, de faire rétroagir une décision de non-lieu postérieure, au motif qu'elle apporte un éclairage rétrospectif sur leur appréciation (CE, 28 novembre 2007, *Département de la Meurthe-et-Moselle c. Mme Q...*, n° 282307, T. p., qui annule un retrait d'agrément d'assistance maternelle du fait du non-lieu par la suite<sup>xx</sup>). Et dans cet autre contentieux exclusivement tourné vers l'avenir qu'est celui des refus d'abroger, que le président Guyomar décrit comme le laboratoire où s'expérimente l'appréciation dynamique de la légalité, vous pouvez tenir compte des circonstances postérieures affectant soit l'acte initial (CE, Section, 5 octobre 2007, *Ordre des avocats du barreau d'Evreux*, n° 282321, p.), soit son environnement juridique (CE, 30 mai 2007, *V...*, n° 268230, T. p.). Vous ne le faites certes que lorsqu'elles privent de valeur ajoutée une éventuelle annulation, mais la question est posée, dans une affaire encore pendante, de savoir s'il convient de faire de même pour l'hypothèse symétrique où les circonstances postérieures rendent le refus d'abroger illégal. En somme, le juge de l'excès de pouvoir peut d'ores et déjà faire preuve d'agilité dans le temps, et si d'autres évolutions sont encore à débattre, l'évolution de son office à plus ou moins long terme tend tout de même à une meilleure prise en compte de circonstances postérieures absolument décisives pour la crédibilité de sa décision. Armée de cette confiance en l'avenir et circonspecte sur l'utilité du plein contentieux sur ce point, nous pensons pouvoir parier sur l'efficacité de l'excès de pouvoir pour résoudre les hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le temps de la procédure rendra à lui seul illégal un refus d'ordonner le déréférencement.

\*

Ces questions préalables étant réglées, nous ne vous proposerons plus d'en résoudre aucune. Car nous pensons que la solution des affaires, qui toutes portent sur une face du droit au déréférencement demeurée cachée dans l'arrêt *Google Spain*, dépend d'interprétations de la directive auxquelles seule la CJUE est en situation de procéder.

Revenons un instant sur la face du droit au déréférencement visible dans la décision *Google Spain*, pour mieux expliquer en quoi c'est sa face cachée qui est en cause aujourd'hui. Le principal argument avancé devant la CJUE au soutien de la thèse selon laquelle il n'existait pas de droit au déréférencement pour le type de données visées par la question préjudicielle tenait à ce que leur traitement sur internet ne se heurtait, par lui-même, à aucun interdit, n'était-ce l'éventuelle atteinte au droit à l'oubli invoqué par le requérant. En premier lieu, personne ne soutenait que ces données étaient incomplètes ou inexactes, ce qui, aux termes de l'article 12, doit systématiquement entraîner la suppression ou la rectification des données. En second lieu, elles ne relevaient d'aucune des « catégories particulières de données » dont la directive soumet le traitement à conditions drastiques. Ces données sont, aux termes de l'article 8, celles « qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que [les] données relatives à la santé et à la vie sexuelle » (§1) et les « données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté » (§5). Confrontée à l'absence de tels motifs d'illicéité du traitement des données, la CJUE s'est bornée à juger que cette circonstance ne

suffisait pas à écarter le droit au déréférencement, précisant en particulier qu'il valait « même lorsque le traitement des données par le site source est licite ».

La Cour n'a en revanche pas dit un mot de la configuration symétrique, dans laquelle la teneur des données elles-mêmes pose un problème *a priori* d'illicéité de leur traitement. Or c'est cette configuration symétrique qui est en cause dans nos quatre espèces : tant l'ancienne candidate aux cantonales que l'ancien directeur des relations publiques de la scientologie soutiennent que les données dont le référencement les chagrine sont inexacts, l'ancien conseiller de Gérard Longuet soutenant pour sa part que les mentions de sa mise en examen sans référence au non-lieu ultérieur revêtent un caractère incomplet ; la relation sexuelle prêtée à l'ancienne candidate comme certaines des informations intimes relatives à l'ancien animateur municipal sont des données relatives à leur « vie sexuelle », et on peut raisonnablement soutenir que la révélation de liens d'une personne avec l'Eglise de scientologie révèlent ses « convictions religieuses et philosophiques », votre jurisprudence ayant qualifié ladite église de mouvement sectaire sans explicitement exclure son caractère religieux (CE, 18 mai 2005, *Association spirituelle de l'église de scientologie d'Ile-de-France et Association spirituelle de scientologie Celebrity Centre*, n° 259982, p. ; CE, 17 février 1992, *Eglise de scientologie de Paris*, n° 86954, p. 61 ; CE, 21 octobre 1988, *Eglise de scientologie de Paris*, n°s 68638-69439, p. 354) et la chambre criminelle de la Cour de cassation ayant jugé que le fichier de ses membres est un traitement en matière politique, philosophique ou religieuse (Cass. crim., 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-86604, Bull. crim. 2004 n° 224, p. 801) ; enfin, les données mentionnant la condamnation pour pédophilie d'un animateur municipal sont relatives à des infractions ou condamnations, tandis que celles concernant la mise en examen de l'ancien conseiller de Gérard Longuet, relatives à une procédure judiciaire pendante, pourraient être attirées dans une conception extensive de cette qualification – il n'y a pas de jurisprudence de la CJUE sur ce point.

Il vous faut donc, pour résoudre les litiges, déterminer si les dispositions de la directive que la loi française transpose et dont la CJUE a fait découler le droit au déréférencement doivent s'interpréter en ce sens que ce droit fonctionne selon des modalités particulières lorsque les données référencées sont inexacts, incomplètes ou sensibles.

C'est la question des données sensibles qui est la plus difficile.

L'article 8 de la loi informatique et libertés, qui recopie les paragraphes 1 à 4 de l'article 8 de la directive, pose une règle stricte : les données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que [les] données relatives à la santé et à la vie sexuelle, ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement, sauf exceptions limitativement énumérées. Ces exceptions tiennent pour certaines au consentement de la personne concernée, soit qu'elle ait expressément autorisé le traitement<sup>xxi</sup>, soit qu'elle ait rendu elle-même les informations publiques ; pour d'autres, elles tiennent à l'objet du traitement, qui peut avoir lieu s'il est nécessaire à la sauvegarde de la vie humaine<sup>xxii</sup>, à l'exercice d'un droit en justice<sup>xxiii</sup>, aux besoins de la statistique et de la recherche, ou à un intérêt public particulier sous condition d'autorisation ou de déclaration préalable ; pour d'autres encore, elles tiennent à la confidentialité du traitement<sup>xxiv</sup>. Quant aux données relatives aux infractions et condamnations, l'article 9 de la loi, décalque de l'article 8.5 de la directive, réserve leur traitement à de rares catégories de personnes<sup>xxv</sup>. Or toute la logique de l'arrêt *Google Spain* repose sur le postulat que le maniement de données par les moteurs de recherche constitue en lui-même un traitement autonome de ces données. Et il va de soi que ce traitement n'est, dans sa généralité, couvert

par aucune des exceptions que nous venons de citer. Si l'on referme le syllogisme, alors les moteurs de recherche ne sont pas autorisés à traiter des données personnelles sensibles au sens des articles 8 de la loi et de la directive.

En théorie, interdire le traitement de telles données aux moteurs de recherche ne serait pas incohérent, au regard de la possibilité qu'ils offrent de les rechercher par association à des mots clefs. Par ce biais, le moteur de recherche a pour effet de transformer les traitements « simples » de données qu'il référence en « fichier », notion qui renvoie dans la loi informatique et libertés à « tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés » et qui constitue la forme la plus intrusive de traitement. Ce sont précisément les risques qui s'attachent à la possibilité d'éditer des listes de noms en fonction de l'origine, des orientations sexuelles, des croyances ou des opinions qui ont justifié l'édiction d'une législation relative à la protection des données personnelles. Pour ce qui est des données relatives aux condamnations, alors même que les jugements sont publics, leur compilation raisonnée et rattachée à l'identité d'une personne est en principe uniquement opérée dans le cadre du casier judiciaire, dont le contenu, la mise à jour et l'accès sont strictement encadrés par les règles législatives du code de procédure pénale<sup>xxvi</sup>, les bases de données juridiques en ligne devant pour leur part être anonymisées. Or le référencement par les moteurs de recherche de condamnations mentionnées de façon non anonyme sur internet permet l'édiction d'un profil pénal d'une personne accessible à tous, une sorte de casier judiciaire virtuel sans garantie quant à l'exactitude et à la mise à jour des données y figurant.

En pratique toutefois, les données sensibles constituent une proportion très importante de ce qu'on trouve sur internet. Obliger les moteurs de recherche à renoncer à les traiter aurait pour corollaire un dépeuplement drastique des listes de résultats et ferait peser sur les responsables du traitement une charge quantitative impressionnante.

Plusieurs solutions sont envisageables pour endiguer les conséquences vertigineuses d'une telle conclusion, que l'avocat général estimait implacable mais « absurde »<sup>xxvii</sup> et que la doctrine n'a pas manqué de pointer comme faiblesse de l'arrêt. Aucune des juridictions ayant eu à connaître de demandes de déréférencement portant sur des données sensibles ne s'est d'ailleurs hasardée à consacrer une interdiction de principe de leur référencement – sans qu'aucune n'ait expliqué comment elle échappait à ce verdict. Certaines juridictions estiment même que les données relatives aux condamnations présentent par principe un intérêt pour le public justifiant, dès lors qu'elles sont exactes, qu'on ne les déréférence pas (pour s'en tenir au juge judiciaire français : TGI Paris, référé, 24 novembre 2014, n° 14/58075, mentionnant le « droit fondamental de toute personne intéressée d'être informée d'une procédure judiciaire » ; TGI Paris, référé, 10 juillet 2015, n° 15/54641 et CA Paris, 24 juin 2016, n° 14/24895, refusant de déréférencer des mentions de condamnations judiciaires, l'une parce qu'elle figure au bulletin n° 3 du casier judiciaire – qui liste les condamnations les plus graves et n'est normalement délivré qu'à l'intéressé – l'autre en dépit du fait qu'elle n'y figure pas ; TGI Lyon, référé, 15 février 2016, n° ordonnant le déréférencement d'une décision judiciaire uniquement parce que la peine est prescrite). Position qui vient d'être retenue, hors champ de la directive, par la Cour Suprême du Japon.

La première solution et la plus radicale consisterait à juger que les moteurs de recherche, bien que responsables de traitement, ne sont pas soumis aux exigences de l'article 8 de la directive, au motif qu'une telle soumission emporterait pour eux des conséquences excessives. Cette lecture peut s'appuyer sur un membre de phrase figurant au point 83 de

l'arrêt *Google Spain*, selon laquelle Google est un responsable de traitement dans la limite « de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités ». C'est la lecture que semble faire le G29 sans le dire puisque, dans les lignes directrices qu'il a édictées en matière de déréférencement<sup>xxviii</sup>, le caractère sensible des données au sens de l'article 8 ne figure que comme indice de ce que l'atteinte à la vie privée est importante, et n'entraîne pas à lui seul le déréférencement<sup>xxix</sup>.

Atteignable et plutôt opportune, cette lecture, qui désactive par souci de proportionnalité l'interdiction systématique de traiter les données sensibles pour les moteurs de recherche, n'est tout de même pas évidente. D'abord, parce qu'elle repose sur une interprétation constructive d'un membre de phrase qui pourrait être lu autrement : la Cour a peut-être simplement entendu souligner, en consacrant une responsabilité de Google ajustée à ses moyens, qu'elle n'attend pas de lui qu'il s'abstienne, comme tout responsable de traitement classique, de traiter les données personnelles qui ne doivent pas l'être, mais simplement qu'il déréfère de telles données lorsqu'on lui signale qu'il les a traitées, fût-ce inconsciemment. Ensuite, parce que les apories inhérentes à l'application de l'article 8 constituaient le principal argument brandi par l'avocat général pour empêcher la qualification de responsable de traitement : or la Cour ne s'est pas laissée impressionner, sans pour autant expliquer si c'était parce qu'elle assumait ce risque ou parce qu'elle entendait faire en sorte qu'il ne se concrétise pas. Enfin parce que la conception exigeante que déploie la Cour de la protection des données personnelles l'a récemment conduite à déjouer les anticipations, en jugeant que sa jurisprudence *Digital Rights Ireland*, qui l'a conduite à invalider la directive du 15 mars 2006<sup>xxx</sup>, interdit par principe la collecte préventive non ciblée des données de connexion, y compris dans un objectif de lutte contre la criminalité grave (*Tele2 Sverige* et *Secretary of State for the Home Department*). Et ce, à nouveau, aux conclusions contraires de l'avocat général, et alors même que le Conseil d'Etat avait misé sur une interprétation plus conciliante, et dans ses formations consultatives (v. l'étude annuelle 2014 du Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*), et au contentieux (CE, 12 février 2016, *Association French Data Network* et autres, n° 388134-388225).

Du reste, des solutions alternatives permettraient de concilier une soumission de principe des moteurs de recherche à l'article 8 avec un encadrement raisonnable des conséquences d'un tel interdit.

En premier lieu, s'agissant des seules données sensibles visées au 1 de l'article 8, la directive prévoit que le traitement est possible lorsqu'il « porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ». Si nous l'interprétons correctement, cette dérogation, transposée au 4° du II de l'article 8 de la loi informatique et libertés, n'impose pas que la publicité manifeste organisée par l'intéressé l'ait été en lien avec la perspective d'un traitement informatique. Elle permet donc en toute hypothèse à Google de référencer les liens menant vers des données sensibles qui sont de notoriété publique, à la condition toutefois, redoutable à vérifier pour la société Google Inc., que cette notoriété ait été manifestement déclenchée à l'initiative de la personne concernée.

En second lieu, s'agissant tant des données sensibles du 1 de l'article 8 que des données relatives aux infractions et condamnations de son 5, l'article 9 de la directive charge les Etats membres de prévoir des dérogations aux interdictions de principe « pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire ». L'article 67 de la loi informatique et libertés transpose cette exigence en permettant notamment aux responsables de traitements mis en œuvre « pour

l'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journalisme » de manier ces données pourvu qu'ils respectent les règles déontologiques de la profession<sup>xxxii</sup>.

La CJUE retient une acception large de la notion de traitement réalisé aux fins de journalisme, de sorte que la loi française, qui circonscrit la dérogation au journalisme professionnel devrait sans doute faire l'objet d'une interprétation conforme lui instillant plus de souplesse. La Cour juge ainsi que l'exemption s'applique « non seulement aux entreprises de média, mais également à toute personne exerçant une activité de journalisme » (§ 58), à savoir : « les activités ayant pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit » (§ 61) (CJCE, Grande Chambre, 16 décembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, aff. C-73/07). Cette déformation jurisprudentielle de la notion de journalisme a fait regretter à de nombreux commentateurs que la CJUE n'ait pas poussé plus loin en y incluant l'activité des moteurs de recherche, qui visent après tout la divulgation d'informations au public<sup>xxxiii</sup>. Cette extension tout de même un peu large a été refusée par la Cour qui affirme dans la décision *Google Spain* que, par opposition avec les sites de presse qui peuvent bénéficier de la dérogation de l'article 9, « tel n'apparaît pas être le cas s'agissant du traitement effectué par un moteur de recherche » formule dont le flou se retrouve dans la version anglaise de l'arrêt<sup>xxxiii</sup>, mais se dissipe dans sa version espagnole<sup>xxxiv</sup>.

On pourrait toutefois imaginer que, sans bénéficier directement et pour l'ensemble de son activité de la dérogation prévue en matière de presse, le moteur de recherche soit, par transitivité, dégagé de l'interdiction de traiter des données sensibles dans le cas particulier où ces dernières doivent leur présence en ligne à leur inclusion dans un article de presse. Il s'agirait en d'autres termes de faire bénéficier le moteur de recherche, traitement additionnel, de l'ombre portée des dérogations accordée au traitement source quant à la nature des données susceptibles d'être traitées.

Nous convenons volontiers qu'une telle façon de penser miroite avec le cloisonnement étanche que la Cour a entendu instaurer entre traitement additionnel et traitement source, pour justifier la double responsabilité qui en découle. Elle a même ouvertement assumé l'existence d'un hiatus entre responsabilité des éditeurs de presse en ligne et responsabilité des moteurs de recherche au détriment de ces derniers, en relevant qu' « il ne peut ainsi être exclu que la personne concernée soit dans certaines circonstances susceptible d'exercer [ses droits] contre ledit exploitant [du moteur de recherche] mais pas contre l'éditeur de ladite page web [bénéficiant de l'article 9] ». Mais la Cour a fait ce rapprochement en des termes très généraux, sans viser spécifiquement, parmi les dérogations ouvertes à la presse, celle relative aux données sensibles. Aussi bien pouvait-elle faire allusion à d'éventuelles dérogations aux droits d'opposition et de rectification (en France, seul le premier s'impose aux traitements à fins de journalisme), pour signifier seulement que l'absence de tout droit de regard des personnes sur le site source n'implique pas l'absence de tout recours à l'encontre du référencement de son contenu. Cette approche serait compatible avec la reconnaissance d'une faculté de principe de référencer toutes les données émanant de sites de presse, pourvu seulement qu'au cas par cas, l'intérêt de la donnée sensible pour l'information du public l'emporte, à peine de déréférencement, sur le droit au respect de la vie privée. Elle serait d'autant plus cohérente que les dérogations ouvertes aux traitements journalistiques le sont aux fins de respecter la liberté d'expression, et qu'à cette liberté s'attache, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une liberté de diffusion (v. not. CEDH, *Autronic AG v. Switzerland*, 22 mai 1990, 12726/87) à laquelle beaucoup soutiennent que le référencement par un moteur de recherche contribue<sup>xxxv</sup>. Le nouveau règlement

européen du 27 avril 2016 va d'ailleurs en ce sens quand il précise que le droit à l'oubli qu'il consacre ne s'applique pas aux traitements nécessaires à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information<sup>xxxvi</sup>, car il n'est pas évident qu'une interdiction de principe de faciliter l'accès par mots-clés aux données sensibles figurant dans les articles de presse soit compatible avec le respect de la liberté de diffusion.

Bref, la conciliation entre protection des données sensibles et respect des libertés que les moteurs de recherche contribuent *de facto* à garantir peut emprunter deux voies concurrentes, l'une passant par une désactivation de l'article 8, l'autre par la conciliation de cet article avec des dérogations ciblées. Il nous semble que c'est à la CJUE d'assurer l'aiguillage et, dans le silence de l'arrêt *Google Spain*, nous éprouverions quelque scrupule à vous proposer de décider vous-mêmes laquelle il convient d'emprunter.

Et ce d'autant plus que même à suivre la piste qui aurait notre préférence, toutes les difficultés d'interprétation ne seraient pas levées.

Dans l'hypothèse, que nous privilégions, où le traitement d'informations sensibles par les moteurs de recherche ne serait pas par lui-même illicite, resterait à déterminer les conséquences à tirer sur le droit au déréférencement de la potentielle illicéité de la publication de telles données par le site source. Hors des traitements à but artistique ou informationnel en effet, la présence de données sensibles sur une page web est théoriquement illégale. La CJUE a, on l'a vu, dit pour droit que le déréférencement vaut « même lorsque [la] publication en elle-même sur [les] pages [source] est licite ». Faut-il en déduire que la question de la licéité du traitement source est totalement inopérante, de sorte que son illicéité le serait tout autant, ou que l'illicéité du traitement source est au contraire un *a fortiori* conduisant à accorder systématiquement le déréférencement ?

Si la thèse de l'inopérance a pour elle l'étanchéité des traitements, force est de reconnaître une certaine logique à la thèse de l'*a fortiori*. L'un des deux effets intrusifs attribués aux moteurs de recherche par la Cour est leur effet d'écho amplificateur des données qu'ils référencent. Et il n'est pas absurde d'estimer que l'écho d'un traitement illégal est nécessairement illégal par capillarité. D'ailleurs, il serait paradoxal de refuser de soumettre les moteurs de recherche à la responsabilité limitée des intermédiaires au motif qu'elle est insuffisante, et de les soustraire dans le même temps à l'obligation de tirer les conséquences de l'illicéité du contenu référencé, alors même que les hébergeurs sont, pour leur part, tenus de supprimer les contenus illicites (art. 14 de la directive « commerce électronique). Pourtant, à notre connaissance, aucune juridiction européenne n'a à ce jour mené ce raisonnement. C'est même la thèse de l'inopérance qui a été privilégiée par le juge judiciaire français (v. Fabienne Siredey-Garnier, Présidente de la 17<sup>ème</sup> chambre du TGI de Paris, « Le droit à l'oubli et la loi du 29 juillet 1881 », *Legipresse, l'actualité du droit des médias et de la communication*, janvier 2016, n° 334).

Et il faut dire que si les moteurs de recherche devaient se préoccuper de l'éventuelle illicéité du traitement source, se poserait la redoutable question de savoir comment l'apprécier, pour le cas où ce traitement source n'entrerait pas dans le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne. Attendre de Google qu'il apprécie la licéité de tout traitement au regard du droit européen, au seul motif qu'il y est pour sa part soumis, reviendrait à conférer, par le biais du droit au déréférencement, un effet extraterritorial massif à la législation de l'Union. A l'inverse, faire peser sur Google la charge de déterminer le droit applicable à chacun des traitements pour apprécier une illicéité éventuelle semble assez

irréaliste. On en aperçoit les conséquences dans l'affaire de la publication du photomontage comportant des allégations relatives à la vie sexuelle sur Youtube, par un certain *savagecanard* dont on ignore tout de l'identité et de la localisation.

Enfin, et indépendamment du sort des données sensibles, se pose la question de savoir quelle attitude l'exploitant du moteur de recherche doit tenir lorsque les données litigieuses sont inexactes ou incomplètes. La Cour a fait découler le droit au déréférencement, à titre principal, du droit d'opposition prévu à l'article 14 de la directive qui impose, pour les traitements traitant des données personnelles sans consentement préalable comme c'est le cas des moteurs de recherche, que la personne concernée puisse « s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière », à la poursuite du traitement. Elle l'a également rattaché à une lecture élargie de l'article 12 relatif au droit de rectification, en estimant qu'il ouvrirait, malgré le silence du texte, droit à suppression des liens vers les données dont le traitement est devenu inadéquat avec le temps. Mais elle est restée muette sur le cœur du droit de rectification, dont le propre est en principe d'être automatique en cas de données inexactes ou incomplètes. En principe et à prendre les textes à la lettre, le déréférencement devrait être automatique en présence de telles données, sans qu'il y ait lieu d'opérer une balance avec l'éventuel intérêt du public d'en disposer.

La question est largement platonique pour les données inexactes : on voit mal quel intérêt s'attacherait à ce que le public en prenne connaissance. Encore faudra-t-il s'en tenir aux inexactitudes manifestes, car l'on voit mal comment Google pourrait apprécier la véracité, par exemple, de rumeurs contestée par l'intéressé, et ce d'autant plus— c'est une autre fragilité congénitale du système – que l'auteur des propos ne peut faire valoir son point de vue. Cela étant, une difficulté naît de ce que le déréférencement d'un lien est indivisible, alors qu'il se peut qu'une partie seulement des données vers lesquelles il renvoie soit inexacte. Imaginons qu'une certaine Aurélie Bretonneau soit l'objet d'une notice biographique en ligne indiquant qu'elle mesure 1,90 m – ce qui, vous en conviendrez, lui enlèverait tout son charme. Déreferencer automatiquement le lien au motif que cette donnée est entachée d'une inexactitude aussi manifeste que préjudiciable conduirait à priver les internautes qui tapent « Aurélie Bretonneau » dans le moteur de recherche de l'ensemble de la notice, donc des nombreuses autres informations édifiantes qu'elle contient.

La question est plus sérieuse pour les données incomplètes, ou plus précisément pour les données complètes au stade de leur publication, mais dont l'apparition dans la liste des résultats d'une recherche à partir du nom de la personne débouche sur un profil devenu incomplet au vu d'éléments postérieurs déterminants. Dans nos affaires, nous pensons aux articles sur la mise en examen de l'ancien conseiller de Gérard Longuet, donnée qui est parfaitement exacte, mais qui débouche sur un profil virtuel incomplet en l'absence de mention du non-lieu dont il a ensuite bénéficié. La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse apporte une réponse relative au traitement source par la voie de l'action en insertion forcée, dont l'article 13 prévoit que « toute personne nommée (...) dans un journal (...) à l'occasion de l'exercice de poursuites pénales peut [l']exercer (...) dans le délai de trois mois à compter du jour où la décision de non-lieu dont elle fait l'objet est intervenue ou celle de relaxe ou d'acquiescement la mettant (...) hors de cause est devenue définitive. » Mais la décision *Google Spain* part du principe que le déréférencement n'est pas conditionné par l'exercice d'actions sur le traitement source. Faut-il en déduire qu'il doit être automatiquement accordé dans ce cas de figure, ou estimer que, malgré le caractère incomplet des données relatives à la procédure judiciaire telles qu'agglomérées par le moteur de recherche, c'est au regard de l'intérêt que conserve l'information initiale pour le public qu'il

convient d'apprécier les demandes au cas par cas ? Nous relevons au passage que certains juges judiciaires des référés ont privilégié une tierce solution, consistant à dire que lorsque le déréférencement est demandé alors que la question pourrait se régler sur le fondement du droit de la presse, la demande doit se placer dans le cadre de cette procédure et est irrecevable sur le fondement de *Google Spain*.

Les questions relatives à la face cachée de *Google Spain* sont donc nombreuses, et les voies qui s'ouvrent à vous pour les résoudre le sont plus encore. Naturellement, les réponses à apporter ne sont pas neutres pour le règlement des quatre litiges. Une application stricte de l'article 8 de la directive aux moteurs de recherche conduirait au déréférencement automatique des liens révélant la vie sexuelle de l'ancienne candidate aux cantonales, la condamnation et la vie intime de l'animateur municipal, voire, si l'on devait retenir une acception large de la notion de traitement de données relatives aux infractions et condamnations pénales, la mise en examen de l'ancien conseiller de M. Longuet. Une application de cet article ménageant une exception pour les articles de presse suffirait à changer le sort de ces deux dernières espèces ; celui de l'article relatif à la mise en examen dépendrait alors de la question du traitement à réserver aux données incomplètes. Pour l'ancienne candidate aux cantonales, seule une inapplicabilité pure et simple de l'article 8 aux moteurs de recherche permettrait de contourner l'interdit qu'il pose ; mais continuerait de se poser la question de l'illicéité éventuelle du traitement source de données sensibles sur Youtube et des conséquences à en tirer sur le droit au déréférencement. Seul le cas de l'ancien responsable des relations publiques de l'Eglise de scientologie nous semble justiciable à coup sûr d'une mise en balance de sa vie privée avec l'intérêt du public : mais le raisonnement à tenir dépend de la réponse à apporter aux questions amont, car si jouait l'interdiction de traiter des données sensibles, il faudrait mobiliser à titre déterminant la circonstance que l'intéressé a manifestement rendu publiques ses convictions, avant d'affirmer que l'inexactitude des allégations qu'il invoque est en tout état de cause sans effet, dès lors qu'elle n'est pas manifeste.

Or si ces choix sont décisifs pour quatre espèces, ils le sont tout autant pour l'ensemble des demandes de déréférencement qui, à l'inverse de celle de M. Mario Costejas Gonzalez, sont motivées par le caractère sensible, illicite, incomplet ou inexact des données référencées. Aussi estimons-nous qu'il n'appartient qu'à la CJUE d'édicter pour ces demandes le mode d'emploi qui ne figure pas dans l'arrêt *Google Spain* et qui a vocation à être uniformément appliqué par l'ensemble des Etats membres de l'Union. Nous sommes d'autant plus déterminée en ce sens que les juridictions nationales ont porté, dans l'examen des premières demandes, des appréciations variables, certaines, comme les juridictions allemandes, faisant nettement primer l'intérêt du demandeur, rattaché au droit à « l'autodétermination informationnelle »<sup>xxxvii</sup>, d'autres, comme les juridictions néerlandaises, se montrant plus systématiquement sensibles à l'intérêt du public, au point d'exiger des motifs solides de procéder au déréférencement. Celles qui ont dû affronter la question des données sensibles l'ont parfois fait en mobilisant des critères nouveaux, comme celui de la gravité du délit à l'origine de la condamnation (not. *Provvedimento* n° 400 du 6 octobre 2016 de l'autorité de régulation italienne) ou de sa mention ou non au casier judiciaire (ordonnances françaises précitées), que la Cour n'a pas consacrés.

Nous vous proposons donc de poser à la CJUE la question de savoir si les dispositions de la directive du 24 octobre 1995 s'interprètent en ce sens qu'elles interdisent le traitement par les moteurs de recherche des données sensibles visées aux points 1 et 5 de son article 8, dont vous pourrez d'ailleurs l'inviter à préciser le champ s'agissant des procédures judiciaires

pendantes. Si tel est le cas et que la conséquence en est un déréférencement systématique, vous lui demanderez de préciser si des exceptions s'appliquent, en particulier pour le cas où le traitement source bénéficie des dérogations ouvertes à la presse. Si l'article 8 ne s'applique pas aux moteurs de recherche, vous lui demanderez de préciser si et, le cas échéant, comment il convient malgré tout de tirer des conséquences de l'illicéité éventuelle du traitement de ces données sensibles par le site source. Enfin et indépendamment de la question des données sensibles, nous vous proposons de demander à la Cour si l'article 12 de la directive doit être interprété en ce sens que le déréférencement s'impose lorsque le lien mène à des données inexacts ou incomplètes, ou que le référencement confère aux résultats d'une recherche un caractère inexact ou incomplet.

Ce faisant, il nous semble que, loin de vous décharger sur la CJUE d'appréciations qui vous reviennent, vous lui donnerez l'occasion, en bâtissant le second pilier de la jurisprudence *Google Spain*, de conforter l'édifice qu'elle a prétoriennement érigé.

### PCMNC – Renvoi à la CJUE des questions que nous avons exposées.

---

<sup>i</sup> *Uniform resource locator*

<sup>ii</sup> Elle vise, aux termes du b de l'article 2 de la directive, « toute opération (...) appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, (...) l'organisation, la conservation, (...) la consultation, (...) la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, (...) »

<sup>iii</sup> de même que toute communication par CD-ROM ou SMS (CJCE, 16 déc. 2008, aff. C - 73/07, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et al.*, point 49.

<sup>iv</sup> directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), transposée en droit français par transposée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. L'application pure et simple de cette directive s'avérait délicate, dans la mesure où Google ne fournit pas ses services de moteur de recherche contre rémunération de la part de ses utilisateurs, et ne remplit dès lors pas les critères d'applicabilité découlant des considérant 18 et article 2, rapprochés des dispositions de la directive 98/34/CE à laquelle ils renvoient.

<sup>v</sup> La Cour a en particulier relevé que la liste des motifs justifiant le droit de rectification figurant au b de l'article 12 de la directive revêtait « un caractère exemplatif et non exhaustif », de sorte que la non-conformité du traitement, justifiant le droit d'opposition, « peut également découler du non-respect des autres conditions de licéité imposées par celle-ci au traitement de données à caractère personnel.

<sup>vi</sup> « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I : Le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome », Valérie-Laure Bénabou et Judith Rochfeld, *Recueil Dalloz* 2014, p. 1476.

<sup>vii</sup> Par le délégué hambourgeois à la protection des données, territorialement compétent pour connaître des données propres à Google dont l'établissement stable est implanté à Hambourg. L'autorité de contrôle bavaroise, compétente pour les moteurs Bing de Microsoft et Yahoo!, est peu fréquemment saisie (v. *Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2013 und 2014*, p. 50).

<sup>viii</sup> 371 à la date du rapport annuel de *Agencia Española de Protección de Datos* pour 2015.

<sup>ix</sup> Statistiques de la *Dutch Data Protection Authority* publiées le 25 mai 2016 : Mediation by Dutch DPA concerning delisting of search results by Google, 25 mai 2016, <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/news/mediation-dutch-dpa-concerning-delisting-search-results-google>.

<sup>x</sup> Rapport d'activité pour 2015 de la *Garante per la protezione dei dati personali*.

<sup>xi</sup> ICO, Enforcement Notice dated 18 August 2015, Google Inc., <https://ico.org.uk/media/action-veve-taken/enforcement-notices/1560072/google-inc-enforcement-notice-102015.pdf>.

<sup>xii</sup> A notre connaissance, les chambres civile et administrative du Tribunal suprême espagnol ont surtout eu à connaître des questions de territorialité. Des questions très proches des nôtres sont traitées par un arrêt de la Cour de cassation belge du 29 avril 2016, mais le déréférencement était demandé – ce qui change la donne – au moteur de recherche d'un site de presse.

<sup>xiii</sup> Aux termes de l'article 96 du règlement de procédure de la CJUE, « sont autorisées à présenter des observations devant la Cour : a) les parties au litige au principal », définies à l'article 97 comme « celles qui sont déterminées comme telles par la juridiction de renvoi ».

<sup>xiv</sup> La CNIL est, elle-même, habilitée à saisir le juge des référés judiciaire en cas de manquement grave et immédiat aux droits et libertés par un tel responsable de traitement, aux termes du II de l'article 45 de la loi informatique et

libertés qui dispose que : « En cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés mentionnés à l'article 1<sup>er</sup>, le président de la commission peut demander, par la voie du référé, à la juridiction compétente d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, toute mesure nécessaire à la sauvegarde de ces droits et libertés. »

<sup>xv</sup> Selon la règle posée par le code pour la protection des données personnelles, introduit par le décret législatif n° 196 du 30 juin 2003, a

<sup>xvi</sup> Nous partons du principe que la compétence du président de la CNIL pour mettre en demeure emporte celle pour refuser de le faire ; mais même à estimer que la décision a été prise par le président au titre de ses compétences déléguées pour « connaître des plaintes et réclamations », le résultat serait le même au regard de l'article R. 311-1 du CJA.

<sup>xvii</sup> « Il résulte des dispositions de l'article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, et de l'article 88 du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour son application que, quand le responsable d'un traitement intéressant la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique oppose un refus à une demande d'accès indirect ou de rectification, l'indication alors fournie au demandeur par le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) selon laquelle il a été procédé aux vérifications nécessaires ne peut être regardée comme l'exercice par la CNIL de l'une de ses compétences, mais comme la simple notification d'une décision de refus d'accès prise par le responsable du traitement. »

<sup>xviii</sup> Et qui se veut cohérent avec le régime de faute lourde maintenu en matière de carence des autorités de régulation à exercer leur pouvoir disciplinaire (CE, Ass., 30 novembre 2001, *Kechichian*, n° 219562, p. ; CE, 18 février 2002, *Groupe Norbert Dentressangle*, n° 214179, T. p.).

<sup>xix</sup> Pour reprendre la formule de D. Botteghi et A. Lallet dans leur chronique intitulée « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA* 2011, p. 156.

<sup>xx</sup> Inspirée de CE, 9 mars 2007, Département de l'Hérault, n° 278651, inédite.

<sup>xxi</sup> et hors les cas où la loi prévoit que l'interdiction ne peut être levée par le consentement de la personne concernée.

<sup>xxii</sup> ainsi qu'à l'exercice de certaines activités d'ordre médical.

<sup>xxiii</sup> ainsi qu'à la constatation ou à la défense d'un tel droit.

<sup>xxiv</sup> soit qu'il soit en voie d'anonymisation, soit qu'il ne soit qu'à usage interne d'une association à vocation religieuse, philosophique, politique ou syndicale et ne contiennent que des données en rapport avec cet objet.

<sup>xxv</sup> juridictions, autorités publiques et personnes gérant un service public, auxiliaires de justice et organismes gestionnaires de droits d'auteur, dans la stricte limite de leurs besoins légaux.

<sup>xxvi</sup> articles 768 à 781.

<sup>xxvii</sup> selon l'avocat général, qualifier les moteurs de recherche de responsables de traitement « supposerait que les moteurs de recherche sur Internet sont incompatibles avec le droit de l'Union, une conclusion que je jugerais absurde. Plus particulièrement, si les fournisseurs de services de moteur de recherche sur Internet étaient considérés comme des responsables du traitement de données à caractère personnel sur des pages web source de tiers et que figuraient sur ces pages des «catégories particulières de données», telles que visées à l'article 8 de la directive (c'est-à-dire des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que des données relatives à la santé et à la vie sexuelle), l'activité du fournisseur de services de moteur de recherche sur Internet deviendrait automatiquement illégale, dès lors que les conditions strictes prévues dans cet article pour le traitement de telles données ne seraient pas remplies. »

<sup>xxviii</sup> pour sa version française mise en ligne sur le site de la CNIL :

[https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Droit\\_au\\_dereferencement-criteres.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Droit_au_dereferencement-criteres.pdf).

<sup>xxix</sup> encore l'article 8 n'est-il pas traité de façon homogène : les données de l'article 8.1 sont présentées comme plus susceptibles de faire l'objet d'un déréférencement ; mais il n'est recommandé de déréférencer les données de l'article 8.5 qu'en cas d'amnistie, et dans les cas où l'infraction est ancienne et d'un faible degré de gravité.

<sup>xxx</sup> directive n° 2006/24/CE sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

<sup>xxxi</sup> et désignent un correspondant à la protection des données auprès de la CNIL.

<sup>xxxii</sup> v., not., « La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit “à l'oubli numérique” : une fausse innovation, de varies questions », Romain Perray, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 109, 1<sup>er</sup> novembre 2014 ; “Freedom of expression and “right to be forgotten” cases in the Netherlands after Google Spain”, Stefan Kulk & Dr Frederik Zuiderveen Borgesius, *European Data Protection Review* 2015-2 p. 113-125 ; « Google Spain : Droit à l'oubli ou oubli du droit », Anne Debet, *Communication Commerce électronique* n° 7-8, juillet 2014, étude 13.

<sup>xxxiii</sup> “that does not appear to be so in the case of the processing carried out by the operator of a search engine”.

<sup>xxxiv</sup> “no es el caso en el supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda”.

<sup>xxxv</sup> v. par exemple la position des juridictions néerlandaises telles qu'analysée par l'article “Freedom of expression and “right to be forgotten” cases in the Netherlands after Google Spain” précité, juridictions qui sont allées pour certaines jusqu'à consacrer une liberté d'expression des moteurs de recherche. On trouverait également trace de cette

---

dernière position aux Etats-Unis (par ex. *Search King, Inc. v. Google Technology, Inc.*, 2003 WL 21464568, W.D. Okla. 2003 ; v. aussi E Volokh and DM Falk, ‘Google First Amendment Protection for Search Engine Search Results’ (2011-2012) 82 *Journal of Law, Economics and Policy* 883 et, pour une position critique, O Bracha, ‘The Folklore of Informationalism: The Case of Search Engine Speech’ (2014) 82 *Fordham Law Review* 1629 ; v. aussi, en France, CA Paris, 24 juin 2016, n° 14/24895.

<sup>xxxvi</sup> qui implique aussi un droit d’accès : CEDH, 19 février 2013, *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v Sweden*, n° 40397/12 ; 14 avril 2009, *Társaság a Szabadságjogokért v Hungary*, n° 37374/05.

<sup>xxxvii</sup> reconnue par la cour constitutionnelle fédérale de l’Allemagne depuis un arrêt du 15 décembre 1983.