

Le droit à l'oubli - Jeffrey Rosen

The Stanford Law Review (13 février 2012)

<http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten>

Fin janvier, la commissaire européenne en charge de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté, Viviane Reding a présenté le projet de la Commission européenne pour créer un droit à la vie privée radicalement nouveau : le « droit à l'oubli ». Le droit en question, qui suscite depuis deux ans un vif débat en Europe, a finalement été intégré au sein d'une large révision de la réglementation en matière de protection des données. Tandis que Reding le décrit comme une simple extension des droits existants en matière de protection des données à caractère personnel, ce nouveau droit représente en réalité la plus grande menace de la prochaine décennie pour la liberté d'expression sur Internet. Le droit à l'oubli pourrait astreindre Facebook et Google, par exemple, à payer jusqu'à deux pour cent de leur revenu global s'ils ne parviennent pas à supprimer des photos personnelles que les utilisateurs auraient après coup regretté avoir postées, même si les photos ont déjà été largement distribuées. Si le droit n'est pas défini plus précisément lors de sa promulgation au cours de l'année à venir, cela pourrait provoquer un grave affrontement entre les conceptions européenne et américaine quant au juste équilibre entre vie privée et liberté d'expression, et mener à un Internet bien moins ouvert.

En théorie, le droit à l'oubli aborde un problème urgent à l'ère du numérique : échapper à son passé sur Internet est devenu très difficile à l'heure où toute photo, mise à jour de statut et *tweet* vit éternellement dans le *cloud*. Mais Européens et Américains ont des approches diamétralement opposées en la matière. En Europe, les fondements intellectuels du droit à l'oubli peuvent être trouvés dans la loi française qui reconnaît « le droit à l'oubli », un droit qui autorise un criminel reconnu coupable, après avoir purgé sa peine et s'être réinséré dans la société, à s'opposer à la publication des informations figurant dans son casier judiciaire. Aux Etats-Unis par contre, publier les antécédents criminels d'un individu est protégé par le Premier Amendement, ce qui a permis à Wikipedia de ne pas céder face aux pressions de deux Allemands, qui, reconnus coupables du meurtre d'un acteur célèbre, souhaitaient que soient effacés de la page Wikipedia de l'acteur leurs antécédents criminels¹.

Les régulateurs européens estiment que tous les citoyens sont confrontés à la difficulté d'échapper à leur passé à l'heure où Internet enregistre tout et n'oublie rien (une difficulté auparavant réservée aux seuls criminels reconnus coupables). Lorsque la commissaire Reding a présenté le nouveau droit à l'oubli le 22 janvier, elle a pris pour exemple le risque pour les adolescents de révéler des informations compromettantes qu'ils pourraient ensuite regretter avoir divulguées. Puis, elle a exprimé la disposition principale du « droit à l'oubli » comme suit : « Si un individu ne souhaite plus que ses données personnelles soient traitées ou stockées par un

¹ John Schwartz, « Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent », *New York Times* (12 novembre 2009) <http://www.nytimes.com/2009/11/13/us/13wiki.html> ; voir aussi Walter Sedlmayr, *Wikipedia* (consulté le 6 février 2012) http://en.wikipedia.org/wiki/Walter_Sedlmayr.

responsable du traitement des données, et s'il n'y a aucune raison légitime pour leur conservation, les données doivent être effacées de leur système². »

Soutenant le nouveau droit, Reding a minimisé ses effets sur la liberté d'expression. « Il est évident que le droit à l'oubli ne peut pas être équivalent à un droit d'effacer complètement l'histoire³ » a-t-elle déclaré. Et se basant sur les déclarations de Reding, les articles de presse qui ont relaté la nouvelle proposition de droit à l'oubli ont été tout aussi rassurants quant à ses répercussions sur la liberté d'expression. Dans un billet posté sur le site Atlantic.com, intitulé « Why Journalists Shouldn't Fear Europe's 'Right to be Forgotten' », John Hendel écrit que quoique les propositions initiales « auraient potentiellement donné aux gens la possibilité d'éliminer toute référence numérique (issue des archives publiques, de la presse ou des réseaux sociaux) qu'ils auraient jugée hors de propos ou peu flatteuse », Reding avait proposé une définition plus limitée du type de donnée que les individus ont le droit de supprimer : à savoir « les données à caractère personnel que [les individus] ont eux-mêmes distribuées »⁴. Selon Hendel, « [cette] provision est centrale. La révision insiste sur le fait que les internautes contrôlent les données qu'ils mettent en ligne, non pas les références qui en sont faites dans les médias ou n'importe où que ce soit d'autre »⁵.

Mais Hendel ne semble pas avoir analysé les réglementations qui ont en réalité été proposées trois jours plus tard, le 25 janvier. Elles ne sont pas limitées aux données à caractère personnel que les individus « ont eux-mêmes distribuées ». Elles créent plutôt un nouveau droit de supprimer des données à caractère personnel, définies de façon générale comme « toute information se rapportant à une personne concernée »⁶. Pour cette raison, elles créent sans doute un droit contraignant d'exiger la suppression de toutes les photos ou données que je poste, même après qu'elles se soient diffusées à travers le réseau, sans parler des photos peu flatteuses où je figure ou bien comportant des informations sur moi que les autres mettent en ligne, que ce soit vrai ou non.

Dans un billet posté sur un blog en mars dernier et largement relayé, Peter Fleischer, responsable en charge de la protection de la vie privée chez Google, écrit que le droit à l'oubli débattu en Europe englobe souvent trois catégories distinctes, chacune d'elles représentant peu à peu des menaces de plus en plus grande pour la liberté d'expression⁷. Et le droit à l'oubli proposé fin janvier correspond sans doute aux trois catégories de Fleischer.

La première catégorie est la moins controversée : « Si je poste quelque chose en

² Viviane Reding, Vice-Présidente de la Commission européenne, « The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age » (22 janvier 2012) <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>.

³ *Ibid.*

⁴ John Hendel, « Why Journalists Shouldn't Fear Europe's 'Right to Be Forgotten' », *Atlantic* (25 janvier 2012) <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/01/why-journalists-shouldnt-fear-europes-right-to-be-forgotten/251955/>.

⁵ *Ibid.*

⁶ Proposition de la Commission de règlement du Parlement européen et du Conseil, article 4(2), COM (2012) 11 final (25 janvier 2012) [nommée ci-après Proposition de réglementation en matière de protection des données] http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_fr.pdf.

⁷ Peter Fleischer, « Foggy Thinking About the Right to Oblivion », *Privacy ... ?* (9 mars 2011) <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>.

ligne, ai-je le droit de l'effacer à nouveau ? » Cela concerne les cas où je poste une photo sur Facebook et plus tard change d'avis et veux l'enlever. Etant donné que Facebook et d'autres sites de réseaux sociaux me permettent déjà de faire cela, le fait de créer un droit contraignant dans ce cas est surtout symbolique et complètement acceptable. Ainsi qu'il a été proposé, le droit à l'oubli européen permettrait aussi de faire pression sur Facebook pour qu'il respecte ses propres règles en matière de protection de la vie privée en permettant aux utilisateurs de s'assurer que les photos et autres données ont bien été effacées de ses archives après leur retrait de l'accès public.

Mais le droit de supprimer les données devient bien plus discutable lorsqu'il implique la deuxième catégorie de Fleischer : « Si je poste quelque chose, et que quelqu'un d'autre le copie et le met en ligne sur son propre site, ai-je le droit de l'effacer ? » Imaginez qu'une adolescente regrette d'avoir posté une image d'elle avec une bouteille de bière sur son propre site et l'efface après coup, pour ensuite découvrir que plusieurs de ses amis ont copié et transféré la photo sur leurs propres sites. Si elle leur demande d'enlever les images, et que ses amis refusent ou ne sont pas joignables, Facebook devrait-il être contraint d'effacer l'image de l'album de ses amis sans le consentement des personnes concernées sur la seule base des déclarations de l'adolescente ?

Avec le droit à l'oubli européen tel que proposé, la réponse par défaut est sûrement oui. D'après la réglementation, lorsqu'un individu demande l'effacement de données à caractère personnel, un fournisseur d'accès à Internet « est tenu d'effectuer l'effacement sans délais », à moins que la conservation des données ne soit « nécessaire » pour l'exercice du « droit à la liberté d'expression » comme défini par les Etats membres dans leurs réglementations nationales⁸. Dans une autre section, la réglementation prévoit des exemptions au devoir de suppression des données pour « les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire »⁹. En fait, cela revient à faire peser sur Facebook la charge de prouver à la Commission européenne que la publication de mon ami concernant ma photo embarrassante rentre dans le cadre d'une activité journalistique (ou d'expression artistique ou littéraire). Si je contacte Facebook, où j'avais au départ posté la photo embarrassante, celui-ci doit prendre « toutes les mesures raisonnables » de sa propre initiative pour identifier tout tiers concerné et sécuriser le retrait du contenu¹⁰. A tout le moins, Facebook devra se livrer à des exercices difficiles de délimitation, tâche auparavant impartie aux tribunaux. Et la perspective de sanctions monétaires coûteuses à l'encontre de tout responsable du traitement des données qui « ne respecte pas le droit à l'oubli ou à l'effacement » (une amende pouvant s'élever à un million d'euros ou deux pour cent du chiffre d'affaires mondial annuel de Facebook¹¹) pourrait amener les responsables du traitement des données à opter pour la suppression dans les cas ambigus, produisant ainsi un effet dissuasif considérable.

Pour vous faire une idée de l'ampleur de cet effet dissuasif, il vous faut bien comprendre que le droit à l'oubli peut être prononcé non seulement contre l'éditeur du contenu (tel que Facebook ou un journal) mais également contre les moteurs de

⁸ Proposition de réglementation en matière de protection des données, voir note 6, article 17(3).

⁹ *Ibid.*, article 80.

¹⁰ *Ibid.*, article 17(2).

¹¹ *Ibid.*, article 79(5)(c), (6)(c).

recherche comme Google et Yahoo qui pointent vers le contenu. Par exemple, l'autorité espagnole de protection des données a engagé une procédure contre Google pour le forcer à supprimer des liens vers des articles de presse embarrassants, légaux au regard de la loi espagnole¹². Et des actions en justice entreprises contre des tiers intermédiaires menacent également la liberté d'expression en Argentine, comme le montre l'affaire Virginia Da Cunha. La *pop star* argentine avait posé pour des photos osées dans sa jeunesse, mais a récemment intenté une action en justice contre Google et Yahoo pour les supprimer, estimant qu'elles enfreignaient la version argentine du « droit à l'oubli ». Google a répondu qu'il ne pouvait pas se conformer technologiquement à une vaste injonction légale exigeant le retrait des photos, et Yahoo a déclaré que la seule manière de se conformer passerait par le blocage de l'accès à tous les sites faisant référence à Da Cunha pour tous ses moteurs de recherche Yahoo. Malgré tout, un juge argentin a pris le parti de Da Cunha et après avoir condamné Google et Yahoo à une amende, il leur a ordonné de supprimer tous les sites contenant des images sexuelles comportant son nom. La décision a été annulée en appel, sur les bases que Google et Yahoo ne pouvaient être tenus responsables que dans les cas où ils avaient connaissance du caractère diffamatoire et avaient par négligence omis de le supprimer. Mais il y a au moins cent trente plaintes similaires en attente de jugement en Argentine, exigeant le retrait de photos et de contenu généré par les utilisateurs, pour la plupart initiées par des professionnels du spectacle et des mannequins. Parmi les plaignants figure Yesica Toscanini, le modèle de maillot de bain de chez *Sports Illustrated* : lorsqu'un utilisateur de Yahoo Argentine rentre son nom dans le moteur de recherche Yahoo, le résultat est une page vide¹³.

Pour finir, il y a la troisième catégorie de Fleischer en matière de demandes de retrait : « Si quelqu'un d'autre poste quelque chose sur moi, ai-je le droit de le supprimer ? » Il s'agit bien sûr de ce qui menace le plus sérieusement la liberté d'expression. La Cour suprême américaine a considéré que les Etats ne peuvent pas édicter de lois entravant la capacité des médias à diffuser des informations véridiques mais embarrassantes (comme le nom d'une victime de viol) tant que les informations ont été obtenues légalement¹⁴.

Toutefois, la proposition de réglementation européenne considère de la même façon les demandes de retrait d'information véridiques postées par d'autres et les demandes de retrait de photos que j'ai moi-même postées et ayant été copiées par d'autres : les deux cas de figure sont compris dans la définition des données à caractère personnel entant que « toute information [me] concernant », quelle que soit sa source¹⁵. Je peux exiger son retrait et la charge, encore une fois, revient au tiers de prouver que cela correspond à l'exception pour une activité journalistique, d'expression artistique ou littéraire. Cela pourrait transformer Google, par exemple, en chef de la censure pour le compte de l'Union européenne, plutôt qu'en plateforme neutre. Et parce qu'il s'agit d'un rôle que Google ne voudra pas jouer, cela pourrait au contraire produire des pages vides à chaque fois qu'un utilisateur européen rentre le nom d'une personne qui se sera opposée à un message

¹² Peter Fleischer, « The Right to Be Forgotten, or How to Edit Your History », *Privacy ... ?* (29 janvier 2012) <http://peterfleischer.blogspot.com/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>.

¹³ Vinod Sreeharsha, « Google and Yahoo Win Appeal in Argentine Case », *New York Times* (20 août 2010) <http://www.nytimes.com/2010/08/20/technology/internet/20google.html>.

¹⁴ Affaire Florida Star contre B.J.F., 491 U.S. 524 (1989).

¹⁵ Proposed Data Protection Regulation, voir note 6, article 4(2).

désagréable posté sur un blog ou à une mise à jour de statut.

Bien sûr, il est possible que même si la réglementation européenne donne une définition très large du droit à l'oubli, l'application qui en sera faite soit plus stricte. Les Européens ont une longue tradition pour ce qui est de décréter en théorie un droit à la vie privée abstrait qu'ils n'arrivent ensuite pas à appliquer dans la pratique. Et la réglementation pourrait être précisée au cours de l'année à venir, lorsque le Parlement européen et le Conseil des ministres s'entendront sur les détails. Mais en annonçant la réglementation, Reding a déclaré la vouloir ambiguë afin qu'elle puisse s'ajuster aux nouvelles technologies à venir. « Cette réglementation doit durer 30 ans — elle doit être très claire mais assez imprécise afin que les évolutions des marchés ou de l'opinion publique puisse être prises en compte dans la réglementation » a-t-elle déclaré sur un ton qui ne laisse présager rien de bon¹⁶. De plus, une fois la réglementation adoptée, elle s'appliquera autant que loi simultanément à travers toute l'Union européenne, et si l'UE se retire de l'accord du *Safe Harbor* actuellement en vigueur, le cadre européen pourrait être imposé aux entreprises américaines qui font aussi affaires en Europe¹⁷. Il est difficile d'imaginer que l'Internet qui en résultera sera aussi libre et ouvert qu'il l'est maintenant.

¹⁶ Matt Warman, « EU Fights 'Fierce Lobbying' to Devise Data Privacy Law », *Telegraph* (9 février 2012) <http://www.telegraph.co.uk/technology/internet/9069933/EU-fights-fierce-lobbying-to-devise-data-privacy-law.html>.

¹⁷ « Private Data, Public Rules », *Economist* (28 janvier 2012) <http://www.economist.com/node/21543489>.