

La désindexation raisonnée plutôt que l'oubli

Gaël Henaff

Maître de conférences HDR en droit privé

Université de Rennes 2

Résumé

Les multiples affaires qui touchent depuis quelques années les sociétés Google en France mais également ailleurs dans le monde, témoignent de l'importance prise désormais par les moteurs de recherche en général et par celui de Google en particulier et de la revendication de plus en plus forte d'un droit à être laissé en paix que des propositions de réforme nationales et européennes résumant hâtivement en un droit à l'oubli numérique. La jurisprudence avance pas à pas, élaborant un statut juridique des moteurs de recherche fondé sur les services réellement proposés plutôt que sur les droits d'autrui.

Mots clefs

Moteur de recherche, Vie privée, Droit à l'oubli, Liberté d'expression, Système de traitement de données à caractère personnel, CNIL, Groupe « article 29 », Intermédiaires techniques, Hébergeurs, Google, CJUE, cour de cassation.

Dans une décision en date du 6 novembre 2013, le TGI de Paris condamne Google Inc. dans l'une des nombreuses affaires concernant Max Mosley, ancien président de la Fédération Internationale Automobile (de 1993 à 2009).

L'affaire était la suivante. Le journal britannique News of the World publia dans son édition du 30 mars 2008 des images de Max Mosley extraites d'une vidéo enregistrée à son insu dans un lieu privé et le représentant dans des scènes d'intimité sexuelle.

Il engage des procédures tant en France qu'en Grande Bretagne.

Devant le TGI de Paris, il obtient tout d'abord une ordonnance du juge des référés en date du 29 avril 2008 prononçant diverses mesures de retrait et l'interdiction de nouvelle diffusion des images ou de propos issus d'enregistrements provenant de la vidéo. Le 8 novembre 2011, la 17^e chambre correctionnelle du TGI de Paris condamne pénalement la société éditrice du journal pour avoir porté à la connaissance du public un enregistrement de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel et d'images d'une personne captées, à son insu, dans un lieu privé, délit prévu à l'article 226-2 du Code pénal.

Parallèlement, une ordonnance de la High Court of Justice de Londres du 24 juillet 2008 interdit la diffusion d'images et des scènes de la vidéo jugée attentatoire à la vie privée de Max Mosley.

Ces condamnations n'empêchent pas que les images litigieuses ainsi que les vidéos circulent sur Internet et deviennent très facilement accessibles grâce au moteur de recherche Google. Le plaignant informe alors la société Google des décisions qui ont été rendues et demande la « désindexation » de très nombreux sites, requêtes satisfaites par les services de Google.

M. Mosley demande en outre à Google France et à Google Inc. de faire en sorte que ces images n'apparaissent plus dans les pages de résultats du moteur de recherche. Cette demande est refusée par Google France.

Max Mosley assigne alors Google Inc et Google France devant le TGI de Paris qui, « ordonne à la société Google Inc, sous astreinte de mille euros (1 000 euros) par manquement constaté (...) de retirer et de cesser, pendant une durée de cinq années (...) l'affichage sur le moteur de recherche Google des images qu'elle exploite, des neuf images dont Max Mosley a demandé l'interdiction (...) ».

La décision rendue par le TGI de Paris n'est qu'un jugement parmi d'autres, qui plus est susceptible de recours. Elle risque donc d'être vite oubliée, surclassée et peut être invalidée par un arrêt rendu par une juridiction supérieure.

Elle témoigne cependant des très nombreuses actions en justice intentées contre les sociétés Google et leurs services pour violation de droit de propriété intellectuelle (contrefaçon de marque ou droits d'auteur) concurrence déloyale, atteinte à la vie privée, ou encore pour manquement aux règles relatives à la protection des données à caractère personnel. Sur ce dernier domaine, la société vient d'ailleurs d'être condamnée en janvier 2014¹ par la CNIL pour défaut de mise en conformité avec la loi Informatique et Libertés à 150 000 euros d'amende.

Les services rendus par les moteurs de recherche sont inestimables car ils donnent immédiatement accès aux informations les plus enfouies sur Internet et contribuent ainsi à assurer l'effectivité de principes fondamentaux tels que la liberté d'expression et de communication. D'après une enquête réalisée par Comscore et publiée en janvier 2010², plus de 4 milliards de recherches étaient enregistrées par jour dans le monde fin 2009, 175 millions par heure et 2,9 millions par minute. Sur la même période Google totalisait 87,8 milliards de recherches (66,8% du marché global du « search ») loin devant le second acteur Yahoo, ou le troisième Baidu (moteur de recherche chinois).

Mais en rendant visible ce qui ne le serait pas sans leur truchement, ils facilitent également les atteintes à d'autres droits tout aussi défendus, les intrusions dans la vie privée et la collecte d'informations sans le consentement des intéressés, les propagations injurieuses ou diffamatoires et les atteintes à la présomption d'innocence, la divulgation d'informations touchant à l'intimité sexuelle de personnes connues ou inconnues.

¹ Délibération de la formation restreinte n°2013-420 du 3 janv. 2014 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc.

² Les résultats sont disponibles sur le lien www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2010/1/Global_Search_Market_grows_46_Percent_in_2009

La décision rendue dans l'affaire Mosley illustre en quelque sorte la réactivité pragmatique, et peut-être un peu épidermique de certaines juridictions qui, face aux enjeux considérables que représente toute décision relative aux services de recherche et de référencement proposés sur Internet et ceux de Google en particulier, modèlent peu à peu le droit positif. Car il faut également voir dans cette décision, comme dans celles qui l'ont précédée et dans celles qui ne manqueront pas de suivre, le témoignage de la contribution expérimentale des juridictions à l'élaboration du droit applicable à Internet.

L'annonce tonitruante et précipitée de la reconnaissance d'un droit à l'oubli par le projet de règlement sur la protection des données personnelle dissimule mal la complexité et la technicité de sa mise en œuvre. C'est plutôt vers l'analyse concrète des services proposés par les moteurs de recherche, que l'on songe à assimiler aux prestataires techniques, qu'il faut se tourner (2), plus que vers la revendication d'un droit centré sur les individus (1).

1. Les ambivalences de la revendication d'un droit à l'oubli

La décision du TGI de Paris dans l'affaire Mosley a été saluée par certains commentateurs comme une consécration plus ou moins explicite du droit à l'oubli³. On peut en douter sérieusement, car malgré un énoncé prometteur, ce droit n'est pas (encore) vraiment consacré ni appliqué en droit positif.

Un droit déclaratif. Le droit à l'oubli pourrait être défini rapidement comme le droit reconnu à chacun de pouvoir demander à ce que soient effacées les informations personnelles divulguées volontairement ou récupérées à son insu sur Internet, et susceptibles de lui porter préjudice dans sa vie professionnelle, familiale ou sociale.

Le principe d'un droit à l'oubli numérique, qui prend toute sa consistance dans un univers marqué par l'omniprésence d'internet et de ses outils, est défendu depuis les années 2000 par la Cnil, à partir d'une disposition très discrète de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés. La loi interdit aux responsables de traitement de données à caractère personnel de conserver des données nominatives au-delà « de la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées »⁴. La Cnil s'est appuyée sur ce droit pour défendre notamment le principe

³ V. les commentaires à chaud de A. CHERON, « Affaire Max Mosley / Google : liberté d'expression, atteinte à la vie privée, et droit à l'oubli numérique », 8 nov. 2013, <http://www.village-justice.com/articles/Affaire-MOSLEY-GOOGLE-liberte.15566.html>; R. LETTERON, « Affaire Mosley : Google découvre le droit français de la vie privée », 14 nov. 2013, <http://libertescherries.blogspot.fr/2013/11/affaire-mosley-google-decouvre-le-droit.html>; B. POIDEVIN et V. GELLES, « Max Mosley contre Google : vers un droit à l'effacement numérique ? », 20 nov. 2013, <http://www.rue89.com/2013/11/20/max-mosley-contre-google-vers-droit-a-leffacement-numerique-247663>. Plus réservé ensuite, A. CHERON, « Affaire Mosley/Google : liberté d'expression, atteinte à la vie privée et droit à l'oubli numérique », Dalloz Actualité (<http://www.dalloz-actualite.fr>), 25 nov. 2013.

⁴ Loi n°78-17 du 6 janv. 1978, art. 6, 5°. La méconnaissance de cette interdiction constitue un délit pénal, le fait de conserver des données à caractère personnel au-delà de la durée prévue étant en effet passible de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, « sauf si cette conservation est effectuée à des fins historiques, statistiques ou scientifiques dans les conditions prévues par la loi. ». (C. pén. art. 226-20)

de l'anonymisation des décisions de justice dans les bases de données de jurisprudence ou la mise à jour des fichiers bancaires et l'effacement des listes de clients ayant régularisé leur situation aux fichiers des incidents de paiement.

Face au développement exponentiel des réseaux sociaux et à l'accroissement des capacités des moteurs de recherche, le groupe des CNIL européennes (G29) s'est inspiré de ce droit sans pour autant y faire référence expressément. En novembre 2008 le groupe de travail « article 29 » rendait un avis recommandant aux moteurs de recherche de renforcer la protection de la vie privée des utilisateurs en limitant notamment à 6 mois la durée de conservation des données personnelles⁵. Un avis similaire tendant à renforcer la protection de la vie privée des utilisateurs a été rendu en 2009 sur les réseaux sociaux⁶ (« services de réseautage social » SRS).

Un atelier lancé en novembre 2009 par le Secrétariat d'Etat chargé de la Prospective et du Développement de l'Economie et portant sur le droit à l'oubli numérique et le contrôle de l'internaute sur les données à caractère personnel qu'il diffuse sur Internet sera l'occasion pour Alex Turk, alors président de la CNIL, de proposer la « reconnaissance d'un droit constitutionnel à l'oubli ». De très nombreux groupes de travail se sont constitués pour réfléchir sur le sens et les conséquences d'un tel droit⁷. Devant les difficultés rencontrées par les internautes pour demander et obtenir les moyens de « nettoyer leur passé » ou l'effacement des informations les concernant circulant sur internet, un rapport sénatorial propose même de « réfléchir à la création d'un droit à « l'hétéronymat » et d'un droit à l'oubli. »⁸ Ce rapport débouchera sur une proposition de loi « visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique » adoptée en première lecture par le Sénat le 23 mars 2010, mais manifestement oubliée depuis....

Le gouvernement étant plutôt favorable à l'autorégulation, comme un certain nombre d'acteurs concernés, deux chartes sur le droit à l'oubli numérique seront signées en 2010 sous l'égide de la secrétaire d'Etat chargée de la Prospective et du Développement de l'économie numérique. Celle du 13 octobre porte plus spécialement sur le droit à l'oubli numérique dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche⁹. Malheureusement deux acteurs majeurs du web que sont Google et Facebook refuseront de s'engager.

Plus récemment encore, une nouvelle réglementation reconnaissant un droit à l'oubli au niveau européen était annoncée à grand renfort de communication par la commission européenne qui, dans un

⁵ Groupe de travail «article 29» sur la protection des données, Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/internet/wp148_fr.pdf

⁶ G29, Avis 5/2009 sur les réseaux sociaux en ligne adopté le 12 juin 2009, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_fr.pdf

⁷ Sur l'ensemble, v. la synthèse du groupe de travail de l'association Cyberlex, « L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? », 25 mai 2010.

⁸ Y. DÉTRAIGNE et A.-M. ESCOFFIER, *La vie privée à l'heure des mémoires numériques*, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois n°441 (2008-2009) - 27 mai 2009.

⁹ C. THIÉRACHE, « Le droit à l'oubli numérique : un essai qui reste à transformer », *RLDI* 2011, p.67.

communiqué daté du 25 janvier 2012 annonçait un «droit à l'oubli numérique» qui « aidera les citoyens à mieux gérer les risques liés à la protection des données en ligne ». Ce droit a été intégré dans la version initiale de la proposition de règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données¹⁰ présentée en janvier 2012. Le texte prévoit en effet un article 17 intitulé « Droit à l'oubli numérique et à l'effacement » dont l'intitulé français diffère d'ailleurs curieusement de la version anglo-saxonne non limitée au numérique. (« Right to be forgotten and to erasure »).

Le texte pourrait être voté au printemps 2014 et entrer en vigueur en 2016. Pourtant, avant même d'avoir vu le jour, le droit à l'oubli risque bien de tomber lui aussi dans l'oubli puisque la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) au Parlement européen qui a adopté le 21 octobre 2013 la proposition de règlement¹¹ en a biffé la mention.

Un droit faiblement effectif. Le droit à l'oubli est sans doute davantage une formule destinée à marquer les esprits qu'un véritable droit positif dont l'attractivité subjective¹² égale bien les réserves collectives qu'il peut susciter.

L'injonction du droit à l'oubli est tout à fait paradoxale si l'on veut bien admettre que l'oubli est plus souvent le signe d'une défaillance involontaire que la manifestation de l'exécution d'une obligation dont on ne perçoit pas toujours bien toute l'étendue. N'est-il pas d'ailleurs excessif de prétendre régir la mémoire, qu'elle soit individuelle ou collective, à coup d'injonctions juridiques qu'elles soient d'origine légale, réglementaire ou même contractuelle ? Les entreprises ayant collecté ou divulgué des données à caractère personnel sans le consentement des intéressés auront beau jeu de résister à toute demande d'effacement en arguant de l'impossibilité technique et/ou financière d'éradiquer l'ensemble de ces données d'Internet une fois qu'elles auront été disséminées. Elles argueront sans peine qu'une telle entreprise porterait en elle le risque d'atteinte aux droits des intéressés (effacement erroné de données) et de la collectivité des internautes (censure et atteinte à la liberté d'expression).

La radicalité de son énoncé rend de toute façon difficile toute conciliation avec d'autres intérêts tout autant défendus comme la libre recherche historique¹³, la liberté d'expression¹⁴ ou encore la protection

¹⁰ Comm. UE, Proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (règlement général sur la protection des données), 25 janv. 2012, COM(2012)11 final - 2012/0011 (COD) : <http://ec.europa.eu>. V. N. Metallinos et N. Botchorrichvili « Réforme du cadre européen de la protection des données à caractère personnel : où en est-on ? » *RLDI* 2013, p.99.

¹¹ Rapport déposé de la commission, 1ère lecture/lecture unique 2012/0011(COD) – 22/11/2013 ; v. C. CASTETS-RENARD et G. VOSS, Le « droit à l'oubli numérique » en Europe et en Californie, *RLDI* 2014, p.100 s.

¹² D. Forest « « Là-bas si j'y suis » ou les mirages du droit à l'oubli numérique », *RLDI* 2010, p.56 ; v. également du groupe de travail de l'association Cyberlex, préc., p.10 §.4.

¹³ CA Paris, 3 nov. 1965, *Gaz. Pal.* 1966, 2, jur., p. 34 ; TGI Paris, 26 mars 1999, *LPA* 1999, n°106 ; v. également Le « droit à l'oubli numérique » inquiète les historiens *Le Monde.fr* 3. octobre 2013, par F. Dumontet.

¹⁴ C. BIGOT, obs. sous civ. 2e, 3 juin 2004 : *D.* 2005, pan. 2647 ; v. également CEDH, 16 juill. 2013, n°33846/07, Wegrzynowski et Smolczewski c/ Pologne.

de l'ordre public¹⁵.

L'invalidation par le Conseil Constitutionnel, au nom de la liberté d'expression¹⁶, de deux interdictions de preuve des faits diffamatoires¹⁷ que l'on pouvait considérer comme des manifestations particulières du droit à l'oubli, en atteste largement. Plus récemment encore, dans une décision rendue le 16 juillet 2013, la cour européenne des droits de l'homme a rejeté tout « droit à l'oubli » en jugeant « *que ce n'était pas le rôle des autorités judiciaires de réécrire l'histoire en ordonnant le retrait du domaine public de toute trace de publications passées qui, par des décisions judiciaires définitives, ont été jugées constituer des atteintes injustifiées à la réputation d'individus.* »¹⁸. En l'espèce, le litige portait sur des informations contenues dans un article restant accessible sur le site internet du journal pourtant condamné pour avoir publié certaines informations portant atteinte à la vie privée et à la réputation des requérants.

Loin d'établir un « droit à l'oubli » général, le projet de règlement le cantonne doublement.

Il l'enferme d'une part dans un texte dont le domaine d'application ne concerne pas internet, ou les moteurs de recherche, mais les systèmes de traitement de données à caractère personnel. Ce cantonnement est d'ailleurs critiqué par la présidente actuelle de la CNIL : « *le renforcement des droits des citoyens passe, à nos yeux, par l'introduction d'un véritable «droit au déréférencement», qui est le corollaire du droit à l'oubli à l'ère du numérique. Comment, en effet, peut-on concevoir un droit à l'oubli qui ne serait qu'un simple droit à l'effacement des données, si celles-ci peuvent être rapidement et durablement répliquées à grande échelle, sans considération de temps ou de frontières ? Seul un droit effectif au déréférencement, dûment encadré bien sûr, permettra de rendre effectif le droit à l'oubli de demain, comme l'Union européenne a su rendre effectif le droit à l'effacement hier.* »¹⁹ Le projet de règlement européen ne prétend pas vraiment réguler la question du déréférencement. Le projet initial prévoit seulement que les personnes physiques peuvent obtenir l'effacement des données par le responsable du traitement éditeur qui en informe alors les tiers. L'obligation d'information n'est pas l'effacement des données. La Commission « LIBE » a ajouté l'obligation pour le responsable d'un traitement ayant publié ces données de veiller à ce qu'elles soient effacées par le tiers.²⁰ Une forme de « droit à l'effacement par tous » pourrait-on penser. Mais le communiqué de la commission relativise déjà cette obligation : « *le responsable du traitement devrait communiquer à chaque destinataire à qui les données ont été transférées toute rectification ou tout*

¹⁵ LCEN, 21 juin 2004, art. 6 II sur l'obligation de détenir et conserver « les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ».

¹⁶ Cons. Constit. , décision n°2011-131 QPC du 20 mai 2011 : et les très nombreux commentaires de la doctrine, et décision n°2013-319 QPC du 07 juin 2013

¹⁷ L. 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 35 b) et c).

¹⁸ CEDH, 16 juill. 2013, n°33846/07, Wegrzynowski et Smolczewski c/ Pologne.

¹⁹ I. FALQUE-PIERROTIN, « Quelle protection européenne pour les données personnelles ? » Fondation Robert Schuman/Question d'Europe n°250, 3 sept. 2012, p.4

²⁰ Rapport déposé de la commission 2012/0011(COD) préc.

effacement effectué, à moins qu'une telle communication se révèle impossible ou suppose un effort disproportionné. »

Le projet de règlement européen alourdit d'autre part les flancs du droit à l'oubli de 9 paragraphes eux-mêmes subdivisés en 4 ou 5 sous paragraphes, réglant laborieusement les limites de l'effacement de données à caractère personnel. La liberté d'expression, l'intérêt général, la recherche historique, statistique et scientifique, l'obligation légale de conserver les données à caractère personnel prévue par le droit de l'Union ou par la législation d'un État membre, constitueront les principales limites de ce droit.

On ne s'étonnera donc pas que l'effectivité de ces obligations laisse sceptique certains praticiens du droit²¹.

2. Les controverses sur la qualification juridique des moteurs de recherche

Il est peu probable que la réglementation actuelle ou future sur les traitements de données à caractère personnel apporte beaucoup de solutions nouvelles au flux croissant de contentieux mettant spécialement en cause les services de Google, car la qualification de système de traitement de données à caractère personnel semble aujourd'hui plutôt contestée (2.1). A défaut, les actions dirigées contre les moteurs de recherche devront être fondées sur les règles propres à chaque contentieux, qu'elles relèvent d'atteintes à la propriété intellectuelle, à la vie privée ou à la réputation, sans passer spécialement par un hypothétique droit à l'oubli. La question demeure alors de déterminer si le moteur de recherche peut ou doit bénéficier d'un régime spécifique de responsabilité (2.2).

2.1. La qualification discutée de responsable de traitement automatisé de données à caractère personnel

L'enjeu de la qualification. L'activité des moteurs de recherche peut-elle être considérée comme un traitement automatisé de données à caractère personnel au sens de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés et de la directive 95/46/CE 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 ? Dans l'hypothèse d'une réponse positive, tout intéressé pourrait revendiquer un droit d'opposition à ce que les données la concernant fassent l'objet d'un traitement, un droit d'accès aux données le concernant, un droit de rectification ou de suppression de ces données²². Mais surtout, et cette considération certainement essentielle dans la qualification retenue, le responsable du traitement devrait accomplir préalablement à la mise en œuvre de ce traitement un certain nombre de formalités et de déclarations (notamment de finalité) que les moteurs de recherche

²¹ N. METALLINOS et N. BOTCHORICHVILI, « Réforme du cadre européen de la protection des données à caractère personnel : où en est-on ? » *RLDI* 2013, p.99.

²² L. n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 38, 39 et 40.

comme Google n'ont pas accomplies.

La discussion. La qualification des moteurs de recherche de responsable de traitement de données à caractère personnel est discutée en doctrine²³ comme en jurisprudence.

Le groupe de travail «Article 29» considère que les moteurs de recherche sont susceptibles de relever de la législation sur les traitements de données à caractère personnel²⁴ parce qu'ils ne se contentent pas de récupérer et d'enregistrer les informations publiées sur des sites mais collectent également l'historique des recherches antérieures et enregistrent les adresses IP des utilisateurs²⁵. On peut considérer que cette position revient à distinguer entre les contenus, comprenant éventuellement des données à caractère personnel, auxquels les moteurs de recherche ne font que renvoyer, et les données à caractère personnel (adresses IP, cookies) qu'ils seraient susceptibles de collecter. Les moteurs de recherche ne seraient responsables que du traitement de ces dernières. La mise en demeure puis la condamnation de Google à une amende de 150 000 euros par la CNIL début janvier 2014²⁶ vient consacrer cette interprétation. L'amende, considérée comme ridicule dans la presse comparée au chiffre d'affaires de la société²⁷, représente malgré tout le maximum des pouvoirs de sanction reconnus à la CNIL²⁸.

La jurisprudence française ne s'est pas vraiment ralliée à cette position, à l'exception sans doute d'une position critiquée²⁹ du Tribunal de Grande Instance et de la Cour d'appel de Montpellier. En 2008, ces juridictions avaient en effet considéré Google responsable d'un traitement de données à caractère personnel, mais jugé que le moteur de recherche n'était tenu qu'au retrait a posteriori des données à caractère personnel en permettant la désindexation des pages à la demande de la personne concernée tout en rejetant l'obligation d'information préalable des personnes concernées.³⁰

Sans écarter la pertinence de la distinction entre « intermédiaire » et « principal responsable »³¹ faite par le groupe de travail «Article 29», N. JÄÄSKINEN, avocat général dans l'affaire Google Spain et

²³ J. LE CLAINCHE, « Les moteurs à la recherche d'un statut juridique », *Légipresse* 2011, n°284, p.368 ; Y. PADOVA et D. LEBEAU-MARIANNA, « Entre droit des données personnelles et liberté d'expression, quelle place pour les moteurs de recherche ? » *RLDI* 2013, p.90 ; A. DEBET, L'hébergeur d'un blog est un responsable de traitement au sens de la loi « Informatique et libertés », *Comm. com. électr.* 2012, n° 4, comm. 41.

²⁴ Groupe de travail «article 29» sur la protection des données, Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/internet/wp148_fr.pdf

²⁵ Si l'on admet que l'adresse IP est une donnée à caractère personnel ce qui ne correspond pas à la qualification actuelle donnée par la cour de cassation : Cass. crim. 13 janv. 2009, n°08-84088 : bull. n°13.

²⁶ Délibération de la formation restreinte n°2013-420 du 3 janv. 2014 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc.

²⁷ Amende estimée à environ 0,0003 % du chiffre d'affaires mondial ou encore deux minutes de chiffre d'affaires de Google en 2012.

²⁸ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 47. Par comparaison l'organisme espagnol de surveillance d'internet a ordonné à Google le 19 décembre 2013 de payer une amende de 900.000 euros pour de "graves violations" de la vie privée.

²⁹ A. Lepage, « Moteur de recherche, vie privée et la loi « Informatique et libertés » », *Comm. com. électr.*, mai 2011, n°5, comm. 47.

³⁰ TGI Montpellier, ordo. référé, 28 oct. 2010, Mme C. / Google France et Inc. ; confirmé par CA Montpellier Ch. 5, section A 29 sept. 2011 n°11/00832.

³¹ Selon l'analyse de Y. PADOVA et D. LEBEAU-MARIANNA, art. préc.

Google Inc. contre Agence Espagnole de Protection des Données en 2013, propose de différencier le traitement de données à caractère personnel et la responsabilité du traitement³². Dans ses conclusions présentées devant la CJUE le 23 juin 2013³³, il précise tout d'abord que parmi les différentes activités d'un service de moteur de recherche sur Internet il faut distinguer celles qui portent sur la récupération de données à caractère personnel de ses utilisateurs, adresses IP, préférences et termes de recherche qui, « *en cas d'«egosurfing» (c'est-à-dire de recherches effectuées sur son propre nom par un utilisateur), révèlent aisément l'identité des internautes.* » (§.48) qui relèvent des législations sur le traitement de données à caractère personnel et les activités de simple fournisseur de services de moteur de recherche sur Internet. Seules ces activités étaient concernées par la question préjudicielle posée par la juridiction espagnole (Audiencia Nacional). Pour l'avocat général, les opérations effectuées par les moteurs de recherche relèvent bien de la qualification de traitement de données à caractère personnel car « *elles comportent la collecte, l'enregistrement, l'organisation et la conservation de telles données à caractère personnel, et peuvent comprendre leur utilisation, leur communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition et l'interconnexion de données à caractère personnel* » (§.75). Toutefois le fournisseur de service de moteur de recherche « qui se borne à offrir un outil de localisation d'informations » ne peut être considéré en l'état actuel de la législation nationale ou communautaire comme un responsable du traitement des données à caractère personnel car il « *n'exerce pas de contrôle sur les données à caractère personnel figurant sur les pages web de tiers* ». (§.84).

Cette argumentation emporte la conviction, mais elle ne règle pas la question de la responsabilité des moteurs de recherche au regard des informations mises en lumière par ces prestataires de services.

Le 12 juin 2013, peu de temps avant les conclusions de l'avocat général Jääskinen, le tribunal de Grande Instance de Paris s'était prononcé contre l'application de la loi informatique et libertés au système de suggestion de Google (Google Suggest) au motif que la définition légale du fichier de données à caractère personnel, « *ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés* » ne s'appliquait au service proposé de mots suggérés.³⁴

2.2. Le bénéfice conditionné d'un régime aménagé de responsabilité

L'enjeu de la qualification. Un moteur de recherche peut-il être tenu pour responsable des données, images, vidéos ou tout autre contenu mis en ligne par des tiers mais dont il assure la visibilité et une certaine publicité grâce aux services qu'il propose aux internautes ?

³² V. la présentation générale des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. CJUE, Communiqué de presse n°77/13, Luxembourg, le 25 juin 2013.

³³ V. les conclusions intégrales disponibles sur le site de la CJUE, <http://curia.europa.eu/>

³⁴ TGI Paris, 17e ch. civile, 12 juin 2013, Les Editions R. / Google France, Google Inc.

Pour écarter ce qui pourrait être considéré comme une forme de responsabilité pour autrui, il faudrait rattacher la responsabilité des moteurs de recherche au régime de responsabilité aménagée des hébergeurs, tel qu'il a été défini par les textes nationaux et communautaires et précisé par la jurisprudence. Le prestataire intermédiaire qui se contente de stocker des données (hébergeur) ne peut en effet voir engager sa responsabilité pour les informations stockées sauf si, ayant eu effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite il n'avait pas agi « promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».³⁵

L'obligation de retrait après notification³⁶ ne saurait cependant se traduire par « *une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* » qui se manifesterait notamment par un système de filtrage généralisé, aux frais exclusifs du prestataire et sans limite de temps ». ³⁷ En effet, pour la CJUE un système de filtrage généralisé « *impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau, ces adresses étant des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs* »³⁸ et de l'autre qu'un tel système « *risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite* ».³⁹

Une responsabilité aménagée à l'image des services d'hébergement. La qualification de prestataire intermédiaire ou technique des moteurs de recherche ne fait sans doute pas vraiment débat⁴⁰ mais il semble malgré tout que leur qualification d'hébergeur mérite d'être examinée plus attentivement.

Dans la décision Vuitton c/Google Adwords du 23 mars 2010, la CJUE envisage explicitement la possibilité d'assimiler la prestation offerte par le service Google Adwords à un service d'hébergement de données⁴¹. Il semble cependant que la qualification de prestataire intermédiaire, en l'occurrence hébergeur dans cette affaire, tienne à la nature particulière du service Adwords de Google qui est un procédé de « *traitement des données introduites par des annonceurs et qu'il en résulte un affichage des annonces sous des conditions dont Google a la maîtrise.* »⁴²

³⁵ Directive 2000/31/CE 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, art. 14 et loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6-I-2.

³⁶ Très formalisée dans la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, art. 6 I. 5.

³⁷ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet c/ Sabam. – v. également CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, Sabam c/ Netlog et les très nombreux commentaires de ces décisions.

³⁸ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet c/ Sabam, §.51.

³⁹ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet c/ Sabam, §.52.

⁴⁰ R. HARDOUIN, « La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur internet : l'effet sur les moteurs de recherche en matière de déréférencement », *RLDI* 2013, p.96.

⁴¹ CJUE, aff. C-236/08 à C-238/08, 23 mars 2010, Google AdWords c/ Vuitton, §.110 s

⁴² CJUE, aff. C-236/08 à C-238/08, 23 mars 2010, Google AdWords c/ Vuitton, §.115 ; v. également en ce sens CA Paris, Pôle 2, ch. 7, 11 déc. 2013, Google Ireland, Google France / Olivier M.

Par plusieurs décisions en date du 12 juillet 2012⁴³, la cour de cassation intègre cette jurisprudence communautaire et clarifie la responsabilité des hébergeurs en retenant à leur charge une obligation de retirer les contenus litigieux notifiés (« notice and take down ») mais non d'interdire toute nouvelle mise en ligne (« notice and stay down »).⁴⁴ Pour la cour de cassation, « *la prévention imposée aux sociétés Google pour empêcher toute nouvelle mise en ligne des vidéos contrefaisantes, sans même qu'elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu'elles aient effectivement connaissance de son caractère illicite et de sa localisation et soient alors tenues d'agir promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible, aboutit à les soumettre, au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps* ». Mais ce faisant, la cour de cassation admet également l'application du régime des hébergeurs aux services proposés par des moteurs de recherche⁴⁵.

On remarquera que la décision du 6 novembre 2013 rendue par le TGI de Paris dans l'affaire Mosley, qui ordonne à la société Google Inc « *de retirer et de cesser, pendant une durée de cinq années (...) l'affichage sur le moteur de recherche Google Image qu'elle exploite, des neuf images dont Max Mosley a demandé l'interdiction* » paraît résister frontalement à l'interprétation donnée par la cour de cassation en 2012. En effet, le blocage requis est bien limité dans le temps mais ne satisfait aucunement à la condition de nouvelle notification du caractère illicite et de la localisation des images litigieuses. « *La connaissance effective du caractère illicite requise par l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 ne peut concerner que le passé et/ou le présent mais pas le futur* ». ⁴⁶

Est-ce vraiment une résistance ou l'application même des enseignements tirés des arrêts de 2012, la décision sur ce point est assez ambiguë. En effet, le tribunal semble à la fois considérer que Google était suffisamment avertie « de l'illicéité des images provenant de l'enregistrement réalisé à l'insu du demandeur », ce qui supposait admise l'application du régime de l'hébergeur, mais conteste dans le même temps cette qualification en raison de ses doutes sur le caractère « purement technique, automatique et passif » des services proposés par Google.

⁴³ Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2012, °11-13666, n°11-13669, n°11-15165 et n°11-15188 : publiées au bulletin ; ces arrêts ont été très abondamment commentés par la doctrine.

⁴⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, « Liens hypertextes, notice and stay down », *JCP éd. E.* 2012, 1627 ; C. CARON, « Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le « take down, stay down », *Comm. Com. Électr.* 2012, comm. 91 ; A. CASANOVA, « La Cour de Cassation préfère le « notice and take down » au « notice and stay down », au risque de voir les ayants droit « knocked down », *Lexbase, Hebdo Edition Affaires* n°307, 6 sept. 2012 ; C. CASTETS-RENARD, « Hébergement et contrefaçon en ligne : clarification du droit de la responsabilité sur l'internet », *Recueil Dalloz* 2012 p. 2075.

⁴⁵ V. les conclusions en ce sens de l'avocat général qui renvoie au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond : C. PETIT, « Google, une obligation de surveillance proportionnée ? » *Recueil Dalloz* 2012 p. 2071.

⁴⁶ C. PETIT, art. préc. citant l'avocat général Niilo Jaasken devant la CJUE dans l'affaire l'Oréal c/eBay du 12 juillet 2011.

Cette décision montre que les discussions sur le régime de responsabilité des prestataires techniques sont loin d'être closes, d'autant qu'à la condition de non connaissance du caractère illicite des données transmises ou stockées s'ajoute désormais celle de la neutralité de leur activité, tout aussi discutée.

La neutralité technique des services proposés par les moteurs de recherche. La cour de cassation, suivant en cela les juges communautaires dans l'affaire « Vuitton c/ Google Adwords » du 23 mars 2010⁴⁷ a rappelé que la responsabilité aménagée n'est plus envisageable lorsque le prestataire exerce « une fonction active » et sort ainsi de la « mise en oeuvre d'une simple fonctionnalité technique »⁴⁸. La cour juge qu'il en est ainsi lorsque les sociétés Google offrent à l'internaute la possibilité, à partir des liens vers les autres sites, de visionner des vidéos contrefaisantes sur leur propre site Google Vidéo France mettant ainsi « *en oeuvre une fonction active qui leur permet de s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients* ».

Or c'est bien désormais semble-t-il sur ce terrain de la neutralité technique que se déplacent aujourd'hui les débats sur la responsabilité des moteurs de recherche⁴⁹.

Certaines décisions des juges du fond ont fortement contesté la neutralité technologique, au moins dans ses effets, d'un service pouvant associer dans ses premiers résultats injures, comportements immoraux ou infractions pénales à des noms de personnes physiques ou de sociétés⁵⁰.

Par jugement du 14 novembre 2011, le TGI de Paris relevait par exemple, que « *compte tenu de la connaissance avérée par le responsable du service Adwords, du contenu des messages et mots clés, comme de la maîtrise éditoriale qui lui est contractuellement réservée* » il convenait « *d'exclure à son égard la qualification d'hébergeur et le bénéfice de dérogations de responsabilité qui lui est réservé* ».

51

Ou dans cette autre décision rendue à propos des fonctionnalités du service Google suggest par le TGI de Paris le 15 février 2012 jugeait que « *loin de la neutralité technologique prétendue dudit service, l'item litigieux, qui n'est nullement saisi par l'internaute mais apparaît spontanément à la saisie des premières lettres de sa recherche comme une proposition de recherche possible, est incontestablement de nature à orienter la curiosité ou à appeler l'attention sur le thème proposé et, ce faisant, de nature*

⁴⁷ CJUE, aff. C-236/08 à C-238/08, 23 mars 2010, Google AdWords c/ Vuitton, §.42.

⁴⁸ V. notamment Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2012, n°11-13666 et n°11-13669.

⁴⁹ V. déjà les développements du Rapport du Gouvernement au Parlement établi en application de l'article 33 de la loi n° 2009-1572 du 17 déc. 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, « La neutralité de l'Internet. Un atout pour le développement de l'économie numérique, 16 juill. 2010, spéc. p.330 s.

⁵⁰ Par ex. TGI Montpellier Ord. Référé 28 oct. 2010, Mme C. / Google France et Inc. ; TGI Paris, 17^e ch., 14 nov. 2011, Olivier M. / Prisma Presse, Google ; TGI Paris, Ord. Référé, 15 févr. 2012, Diana Z./Google ; TGI Paris, 17^e ch. civile, 12 juin 2013, Les Editions R. / Google France, Google Inc. ; TGI Paris, 17^e ch. civile, 23 oct. 2013, Bruno L., Ressources et actualisation / Google Inc., Google France.

⁵¹ TGI Paris, 17^e ch., 14 nov. 2011, Olivier M. / Prisma Presse, Google.

à provoquer un « effet boule de neige » d'autant plus préjudiciable à qui en fait l'objet que le libellé le plus accrocheur se retrouvera ainsi plus rapidement en tête de liste des recherches proposées. »⁵²

Dans une décision rendue le 19 février 2013, la cour de cassation n'exclut pas de mettre en cause la responsabilité directe d'un moteur de recherche dans ses suggestions litigieuses (association d'un nom de famille aux termes « viol » et « sataniste »), mais elle confirme cependant la décision des juges du fond qui l'avait écartée car la fonctionnalité se bornait « à renvoyer à des commentaires d'un dossier judiciaire publiquement débattu »⁵³ établissant ainsi l'excuse de bonne foi.

Dans un deuxième arrêt en date du 19 juin 2013, la cour de cassation fera un pas de plus vers la reconnaissance de la neutralité du système Google Suggest puisqu'elle jugera que « *la fonctionnalité aboutissant au rapprochement critiqué est le fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats, de sorte que l'affichage des « mots clés » qui en résulte est exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur seule fonction d'aide à la recherche* »⁵⁴

Même si les deux décisions rendues par première chambre civile l'ont été sur le fondement des articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté d'expression, elles prennent nettement parti en faveur de la neutralité des services de recherche et de saisie semi automatique proposés par Google.

Devant le flot des décisions judiciaires rendues, le juriste peut avoir l'impression de se trouver dans le lit d'une rivière en crue, sautant d'une décision de principe à une autre comme le randonneur d'un rocher au suivant, sans être toujours sûr de ne pas glisser trop vite d'une interprétation à l'autre.

On peut soutenir que la revendication d'un droit à l'oubli paraît difficilement tenable. Nécessairement décevant s'il se trouve cantonné aux traitements de données à caractère personnel car il ne concernerait alors pas les moteurs de recherche. Dangereux pour les libertés collectives s'il pouvait toucher l'ensemble des informations présentes sur Internet et justifier le contrôle systématique de l'information circulant.

La responsabilité aménagée des moteurs de recherche n'interdira pas les actions exercées par les entreprises, les propriétaires de droit de propriété intellectuelle, ou les personnes physiques dont la vie privée et la tranquillité est remise en cause. Ils devront seulement agir à titre principal contre les éditeurs de communication en ligne ou les auteurs qui auront porté atteinte à ces droits protégés.⁵⁵ Rien n'interdit alors que de manière complémentaire, et en tenant compte de la nécessaire conciliation entre

⁵² TGI Paris, 17^e ch. 15 févr. 2012, Kriss Laure / Larry P., Google Inc.

⁵³ Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2013, n°12-12798, P+B+I.

⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n°12-17591, P+B+I.

⁵⁵ En ce sens, R. HARDOUIN, « La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur internet : l'effet sur les moteurs de recherche en matière de déréférencement », *RLDI* 2013, p.96.

les intérêt en présence, le juge puisse demander le déréférencement de liens vers des sites ou des pages litigieuses sans pouvoir exiger des prestataires de service de moteurs de recherche l'effacement même des informations. A l'impossible nul n'est tenu.