

Thomas Haas
Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
1, rue Edmond About
75116 Paris
Tél. : 01.45.48.38.20

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX
MEMOIRE EN INTERVENTION RECTIFICATIF

POUR :

- 1°) Reporters Committee for Freedom of the Press
1156 15th Street, NW, Suite 1250, Washington, DC 20005
- 2°) Floyd Abrams Institute for Freedom of Expression
Yale Law School, 127 Wall Street, New Haven, CT 06520
- 3°) American Society of News Editors
209 Reynolds Journalism Institute, Missouri School of Journalism, Columbia, MO 65211
- 4°) The Associated Press
450 W. 33rd Street, New York, NY 10001
- 5°) Association of Alternative Newsmedia
116 Cass Street, Traverse City, MI 49684
- 6°) BuzzFeed, Inc.
111 E. 18th Street, 13th Floor, New York, NY 10003
- 7°) Chicago Tribune Company, LLC
435 N. Michigan Avenue, Chicago, IL 60611
- 8°) Dow Jones & Company, Inc.
1211 Avenue of the Americas, 7th Floor, New York, NY 10036
- 9°) The E.W. Scripps Company
Scripps Center, 312 Walnut Street, Suite 2800, Cincinnati, OH 45202
- 10°) First Look Media Works, Inc.
114 Fifth Avenue, 18th Floor, New York, NY 10011

- 11°) Gannett Co., Inc.
950 Jones Branch Drive, Suite 100, McLean, VA 22107
- 12°) Hearst Corporation
300 W. 57th Street, 40th Floor, New York, NY 10019
- 13°) Index on Censorship
292 Vauxhall Bridge Road, London SW1V 1AE, United Kingdom
- 14°) The International Documentary Association
3470 Wilshire Blvd., Suite 980, Los Angeles, CA 90012
- 15°) The Investigative Reporting Workshop
American University, 4400 Massachusetts Avenue, NW, Washington, DC 20016
- 16°) Los Angeles Times Communications LLC
202 West 1st Street, Los Angeles, CA 90012
- 17°) The Media Law Resource Center, Inc.
520 Eighth Avenue, North Tower, 20th Floor, New York, NY 10018
- 18°) The Media Legal Defence Initiative
17 Oval Way, London SE11 5RR, United Kingdom
- 19°) MPA – The Association of Magazine Media
1211 Connecticut Avenue, NW, Suite 610, Washington, DC 20036
- 20°) The National Press Photographers Association
120 Hooper Street, Athens, GA 30602
- 21°) National Public Radio, Inc.
1111 North Capitol Street, NE, Washington, DC 20002
- 22°) The New York Times Company
620 Eighth Avenue, New York, NY 10018
- 23°) The News Media Alliance
4401 Wilson Blvd., Suite 900, Arlington, VA 22203
- 24°) Online News Association
1111 North Capitol Street, NE, 6th Floor, Washington, DC 20002

25°) Reuters America
3 Times Square, New York, NY 10036

26°) The Seattle Times Company
1000 Denny Way, Seattle, WA 98109

27°) The Tully Center for Free Speech
S.I. Newhouse School of Public Communications, 215 University Place, Syracuse, NY 13244

28°) WP Company LLC (d/b/a The Washington Post)
1301 K Street, NW, Washington, DC 20071

29°) News Corp
1211 Avenue of the Americas, New York, NY 10036

AU SOUTIEN DE LA REQUETE PRESENTEE PAR :

La société Google Inc.

CONTRE :

La Commission nationale informatique et libertés (CNIL)

A l'appui de la requête n° 399.922

Le présent mémoire vise à rectifier l'omission d'une des parties intervenantes : le News Corp qui fait l'objet d'une note de présentation ci-annexée.

1. La présente intervention est présentée, par mémoire distinct, en application des dispositions de l'article R. 632-1 du code de justice administrative.

Cette intervention est volontaire et accessoire.

Elle tend à appuyer la demande de la société Google en annulation de la décision n° 2016-054 du 10 mars 2016 par laquelle la Commission nationale informatique et libertés (ci-après la CNIL) a estimé que la procédure de déréférencement mise en place par Google en vue de se conformer aux principes découlant de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Google Spain SL et Google Inc. c. AEPD et Mario Costeja González* du 13 mai 2014 était insuffisante, a prononcé à son encontre une sanction pécuniaires et a décidé de rendre publique sa décision.

Seront successivement examinés la recevabilité de l'intervention et les motifs qui conduisent le Reporters Committee for Freedom of the Press et les organes de presse et organisations non gouvernementales exposants à appuyer les conclusions de la requête.

Sur la recevabilité de l'intervention

2. Les intervenants sont le Reporters Committee for Freedom of the Press, et 28 organes de presse et organisations non-gouvernementales spécialisées dans les conflits relatifs à la liberté d'expression. Afin de ne pas alourdir la discussion, une présentation des intervenants figure, pour chacun, dans une note annexée (cf. productions).

Des millions de personnes comptent sur les publications des intervenants pour les éduquer et les informer sur des questions vitales relatives aux politiques publiques.

Les publications des intervenants comptent sur les protections juridiques que le droit international et la communauté internationale accordent à la liberté d'expression journalistique et aux droits des individus de recevoir des informations et des idées par le biais de quelque média que ce soit. Les intervenants se consacrent à la protection de la libre expression, de la liberté d'expression et d'opinion, du libre accès à l'information et de tous les droits et libertés nécessaires pour rechercher, localiser, réunir, analyser, diffuser et recevoir des nouvelles et des informations.

Le rôle central d'un organe de presse est de communiquer les informations au public.

Ces informations ne sont parfois pas populaires ou sont controversées, et il y a fréquemment des personnes qui souhaitent voir ces informations supprimées. Les journalistes et les organes de presse sont souvent visés par des gouvernements étrangers, des sociétés ou des individus puissants et il existe de nombreux endroits dans le monde où les gouvernements et autres intérêts au pouvoir cherchent à censurer, dénaturer ou contrôler le flux d'informations divulguées au public. Cependant, tout au long de l'histoire, les journalistes et les médias d'information ont trouvé une protection et se sont développés dans ces parties du monde, y compris en Europe, où le libre accès à l'information et la liberté d'expression et d'opinion sont protégés par la loi.

Et bien que chaque pays jouisse de la même prérogative consistant à établir un équilibre différent entre d'une part, le droit à l'accès à l'information et la liberté d'expression et d'opinion, et d'autre part, le respect de la vie privée, un principe essentiel du droit international demeure selon lequel la réglementation adoptée par un pays concernant ces droits et libertés ne peut s'étendre hors de ses propres frontières ni hors des limites traditionnelles de la compétence nationale. En effet, la tentative d'un seul pays de censurer ou de limiter l'accès à travers le monde aux informations publiques représente une menace existentielle pour la liberté journalistique et les droits des individus de recevoir des informations par quelque média que ce soit.

Les intervenants sont particulièrement bien placés pour commenter cette menace et son impact sur les droits fondamentaux des journalistes et de leurs lecteurs, y compris le droit d'accès à l'information publique et la liberté d'expression et d'opinion.

Ces protections, ces droits et ces libertés, accordés aux médias et au grand public, sont sérieusement mis en danger par la décision du 10 mars 2016 de la CNIL, selon laquelle le déréférencement d'informations publiques disponibles sur internet « doit être effectif sans restriction sur l'ensemble du traitement, quand bien même il serait susceptible d'entrer en conflit avec des droits étrangers »¹.

La présente affaire soulève donc, assurément, des questions de principe mettant en cause la liberté d'expression sur internet.

¹

Décision n° 2016-054 de la CNIL, p. 8

En effet, le droit à l'oubli porte, au regard du but même qu'il poursuit, atteinte à la liberté d'information, la liberté d'expression et la liberté de la presse.

Définir les contours du droit au déréférencement, c'est donc, en creux, poser des bornes à l'exercice de ces libertés sur internet.

Par suite, les intervenants ont un intérêt à l'annulation de la décision de la CNIL en ce qu'elle donne une portée maximaliste au droit au déréférencement.

Au demeurant, dès le 14 septembre 2015, le Reporters Committee for Freedom of the Press, aux côtés d'un grand nombre des parties intervenantes, ont écrit à la présidente de la CNIL pour lui exprimer les préoccupations susmentionnées, en réponse à la mise en demeure de la CNIL de mai 2015².

Les intervenants en appellent désormais au Conseil d'Etat à la suite de la sanction imposée par la CNIL à Google en mars 2016. Le fait que la CNIL pense pouvoir imposer sa conception personnelle du droit au déréférencement à travers le monde, sans invoquer aucune source ou pouvoir autre que le droit au respect de la vie privée en France et au sein de l'Union Européenne, n'est pas seulement déraisonnable mais enfreint également le « devoir international » de la France et va à l'encontre d'une forte présomption s'opposant à l'interprétation de ses propres lois de manière à ce qu'elles s'appliquent hors de ses frontières³. Adopter une position si étendue ferait entrer la France et l'Union Européenne en collision avec les protections accordées à la liberté d'expression et au droit de recevoir des informations à travers le monde.

L'intervention est donc recevable et elle sera admise.

² Lettre envoyée par les intervenants à Mme la Présidente Isabelle Falque-Pierrotin (14 septembre 2015), disponible à l'adresse https://www.rcfp.org/sites/default/files/RCFP_CNIL_Sept14-French-A4.pdf

³ Mémoire d'*amicus curiae* de la République française, *Morrison*, 2010 WL 723010, sections 5, 11, 30 (présentant la position de la France face au tribunal américain selon laquelle il y a une présomption s'opposant à l'application extraterritoriale des lois américaines sur le secteur des valeurs mobilières et que le droit international est en faveur d'interdire aux Etats-Unis d'imposer ses lois sur le secteur des valeurs mobilières à des sociétés en France)

Sur la légalité de la décision de la CNIL

3. En étendant le droit au respect de la vie privée hors des frontières françaises pour exiger un « déréférencement » d'informations publiques à l'échelle mondiale, la CNIL impose les normes françaises en matière de respect de la vie privée bien au-delà des frontières nationales, portant ainsi une atteinte directe aux droits des intervenants, ainsi qu'aux les droits de leurs lecteurs, à la fois au titre du droit international et des lois nationales applicables hors de France.

Le raisonnement de la CNIL, s'il était validé, compromettrait le libre accès aux informations publiques à l'échelle mondiale et permettrait de fait à un pays de priver unilatéralement les organes de presse et leurs lecteurs des protections juridiques auxquelles ils ont droit conformément aux lois des autres pays mais également au titre du droit international. Par exemple, des actualités publiées aux Etats-Unis, traitant de questions de politique publique américaine à destination d'un lectorat international, lesquelles sont fermement protégées à la fois par le droit international et le droit constitutionnel américain, pourraient ne pas atteindre un public mondial, en application d'une décision de la CNIL dont la portée ne serait pas limitée à la France mais affecterait les résultats de recherche dans le monde entier.

L'étonnante manière par laquelle la CNIL affirme son pouvoir extraterritorial est en contradiction avec le principe fondamental, reconnu par la France elle-même dans des écritures du Gouvernement français déposées auprès d'un tribunal américain, selon lequel si « *le droit [d'un pays] s'applique au niveau national, [il] ne gouverne pas le monde* ».⁴

La CNIL essaye de justifier le fait d'imposer la loi française au reste du monde par la croyance prétendue que le déréférencement mondial n'affecterait pas la liberté d'expression journalistique et la libre circulation des informations. Mais la CNIL a tort. Les moteurs de recherche sur internet sont l'un des premiers moyens par lequel le public recherche et s'informe des actualités. Limiter le contenu des informations disponibles à travers les moteurs de recherche sur internet a pour effet de limiter la capacité des organes de presse à communiquer des informations tout en privant le grand public du droit de les recevoir.

⁴ Mémoire *amicus curiae* de la République Française, Morrison c. Nat'l Australia Bank Ltd., n° 08-1191, 2010 WL 723010, section 6 (26 février 2010)

La CNIL peut affirmer que les organes de presse ne disposent pas d'un droit spécifique de publier librement des informations sur internet, mais il n'en demeure pas moins que les organes de presse comptent grandement sur internet comme principal support de diffusion et que limiter les informations disponibles à travers les moteurs de recherche aujourd'hui équivaut à limiter le contenu journalistique qui était disponible dans les kiosques à journaux ou les émissions télévisées pendant l'ère pré-internet. Bien que les informations déréférencées puissent toujours être diffusées via d'autres supports ou restent disponibles aux personnes ayant les compétences techniques nécessaires, elles sont cependant indisponibles pour la majorité du grand public. En d'autres termes, une confirmation de la décision de la CNIL empêcherait les informations d'être distribuées à grande échelle et d'atteindre le public visé. Une telle entrave à la diffusion et à la réception d'informations à l'ère d'internet constituerait tout autant une forme de censure que d'empêcher purement et simplement la publication des informations.

En elle-même, la décision de la CNIL constitue une violation manifeste du droit international. La Déclaration universelle des droits de l'homme (« DUDH ») et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« PIDCP ») ne protègent pas seulement le droit d'un journaliste de s'exprimer et de publier, mais également le droit d'un public de « recevoir [...] sans considérations de frontières, les informations et les idées *par quelque moyen d'expression que ce soit* »⁵. La France est partie à ces deux conventions⁶. La décision de la CNIL d'imposer une restriction mondiale à la réception d'informations par le biais d'un chemin spécifique – une recherche de nom sur Google – ne peut être conciliée avec les obligations de la France au titre du droit international de respecter la liberté des journalistes de publier et le droit du grand public de recevoir des informations « *par quelque moyen d'expression que ce soit* ».

Enfin, une confirmation de la décision de la CNIL ouvrirait la porte à un abus généralisé des autres Etats. En effet, même si le déréférencement imposé n'affectait que de manière limitée l'expression journalistique ou le droit du public à l'information, il n'y a aucune garantie que les autres pays s'arrêtent au déréférencement. Le problème en germe né de la décision de la CNIL n'est pas seulement que celle-ci exige un déréférencement, mais surtout qu'elle veuille que ce déréférencement soit *mondial*. Le fait que la CNIL fixe la limite au déréférencement ne rend pas moins dangereuse la possibilité que les autres pays puissent utiliser la règlementation extraterritoriale de la France comme précédent pour justifier leur propre empiétement sur les libertés et les droits protégés par le droit international et même par la loi française.

⁵ DUDH, G.A. Res. 217 (III) A, art. 19, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 décembre 1948) (italique ajouté) ; PIDCP art. 19, 16 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171

⁶ *Ibid.*

La confiance affichée par la CNIL que sa décision ne causera pas de sérieuses entraves à l'information et à l'expression ne permet pas de rassurer si l'on garde à l'esprit que, dans un système mondialisé, d'autres Etats seront tentés d'étendre leur propre règlementation en matière d'internet hors de leurs territoires nationaux respectifs.

4. C'est à la lumière de ces principes essentiels qu'il convient d'apprécier, sur un plan technique, la légalité de la décision de la CNIL au regard des cinq moyens suivants.

En premier lieu, l'application extraterritoriale du droit à l'oubli interfère avec les droits fondamentaux et les libertés dont jouissent les organes de presse et le public mondial au titre du droit international et des lois des pays à travers le monde. Le droit international assure depuis longtemps une solide protection de la libre expression et du libre accès à l'information publique et n'autorise les Etats à limiter l'expression et l'accès aux informations publiques que dans les cas les plus rares. Bien que la France dispose d'une certaine marge de manœuvre pour trouver l'équilibre approprié entre l'expression, l'accès à l'information et la vie privée au sein du territoire français, elle doit respecter l'équilibre que les autres pays ont défini au sein de leurs territoires respectifs (**point 5**).

En deuxième lieu, la décision de la CNIL ne tient pas compte de la courtoisie internationale et viole les droits souverains des autres Etats. Tout comme la France ne souhaite pas voir les droits étrangers interférer dans ses affaires intérieures, les autres Etats ne souhaitent pas non plus voir la France imposer sa volonté dans leurs affaires internes. La France, comme tous les autres pays, a l'obligation au titre du droit international - y compris de l'article 2 de la Charte des Nations Unies - de respecter la souveraineté des autres Etats agissant sur leurs territoires respectifs⁷. Les tribunaux américains, par exemple, se sont régulièrement abstenus d'appliquer le droit américain sur le territoire français. Les principes de courtoisie internationale exigent de la France qu'elle montre à son tour, le même respect et la même considération que ceux affichés par les Etats-Unis et les autres pays pour la souveraineté française (**point 6**).

En troisième lieu, les moteurs de recherche comme Google sont essentiels pour le travail des organes de presse, qui existent pour rechercher, enquêter, localiser, réunir et diffuser des informations et actualités au profit du grand public. A son tour, le grand public a le droit d'accéder et de recevoir ces informations et actualités.

⁷

Voir article 2 Charte des Nations Unies

Google et les autres moteurs de recherche constituent l'un des outils les plus importants à la disposition des organes de presse et du grand public pour rechercher, recevoir et répandre des informations et des idées. Google et les autres moteurs de recherche fournissent les moyens par lesquels de nombreux, si ce n'est la plupart des individus recherchent et localisent des informations ; sans la faculté de rechercher librement des informations déréférencées, la conséquence pratique serait que les informations déréférencées ne pourraient pas être trouvées autrement ; elle serait en effet censurée aux yeux du public. Même si la restriction ne concerne que les recherches effectuées à partir du nom d'une personne, si l'information ne peut pas être trouvée sur les moteurs de recherche, elle n'existe effectivement pas. Et l'effet est mondial car la décision de la CNIL exige que Google déréfère des informations sur l'ensemble de son réseau, y compris hors de France. Le résultat de la décision de la CNIL est donc que les actualités et autres informations publiques seront indirectement censurées non seulement en France, mais également dans le monde entier, de sorte que le grand public n'y aura plus accès.

En outre, la CNIL menace également la liberté d'expression en exigeant que Google limite la notification des déréférencements aux éditeurs⁸. Ce sujet est particulièrement important pour les intervenants. A moins que Google et les autres moteurs de recherche ne soient autorisés à informer les éditeurs des demandes de déréférencement, il n'existe aucun moyen pour les intervenants et autres organes de presse de donner leur avis quant à la question de savoir si la demande a été dûment accordée, ou de manière plus fondamentale encore, quant à la question de la réintégration des liens vers des sites web qui ont été déréférencés à tort (**point 7**).

En quatrième lieu, la logique de la décision de la CNIL est particulièrement dangereuse pour le système juridique international en ce qu'elle n'a pas de garde-fou. La CNIL revendique sa compétence, prétendant que Google constitue un traitement des données unique et que le droit d'un résident français au respect de sa vie privée s'étend au monde entier. Mais cette même justification pourrait être utilisée par tout autre Etat pour cacher un méfait au public. Par exemple, le gouvernement chinois a déjà exigé que certaines informations supposément "nuISIBLES" – comme les détails du massacre de la place de Tiananmen – soient supprimées par des moteurs de recherche en Chine.

⁸ Lettre envoyée par la CNIL à Google du 9 avril 2015 ; voir également Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'affaire "Google Spain et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González", C-131/12 (« Lignes Directrices du Groupe de travail Article 29 »), Groupe de travail Article 29 sur la protection des données, 9–10 (26 novembre 2014), <http://perma.cc/4MMC-2JDU>

Si Google était contraint de se conformer à la décision de la CNIL, qu'est ce qui empêcherait la Chine, pour ne prendre que cet exemple, d'obliger Google à déréférencer au niveau mondial des informations que la Chine cherche à supprimer ? (**point 8**).

5. L'application extraterritoriale par la CNIL du droit à l'oubli interfère avec les droits et libertés des organes de presse et du public mondial conformément au droit international et aux lois des pays à travers le monde

- 5.1** Le droit international protège les journalistes, les organes de presse et le public mondial contre la censure et la suppression d'informations. L'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politique et l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaissent un droit fondamental à la liberté d'opinion et d'expression, y compris la « *liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* »⁹.

Ces dispositions garantissent que les reporters, journalistes, auteurs, chercheurs et individus exerçant des professions similaires ne puissent être empêchés de faire leur travail et d'exercer leurs libertés et droits fondamentaux conformément au droit international¹⁰. Ces dispositions protègent également le droit du public mondial de rechercher, de recevoir, et de répandre des informations par quelque moyen d'expression que ce soit sans considérations de frontières, reconnaissant ainsi le fait qu'un marché mondial d'idées prospère dépend de la libre circulation des informations et des connaissances nécessaires à un public bien informé.

Il est particulièrement important que le droit international protège le droit à la liberté d'expression et le droit y afférent de « *rechercher, de recevoir et de répandre des informations* » « *sans considération de frontières* ».

⁹ DUDH, G.A. Res. 217 (III) A, article 19, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 décembre 1948) ; PIDCP, 16 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171

¹⁰ Voir observations générales n° 34, Comité des droits de l'homme des nations unies, 102^{ème} session, Pacte international relatif aux droits civils et politique, Remarques d'ordre général ¶ 20, 12 septembre 2011 (citations internes omises), disponible à l'adresse <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34-fr.doc> (« La communication libre des informations et des idées concernant des questions publiques et politiques entre les citoyens, les candidats et les représentants élus est essentielle. Cela exige une presse et d'autres organes d'information libres, en mesure de commenter toute question publique et capables d'informer l'opinion publique sans censure ni restriction »)

Ceci reflète un consensus selon lequel, contrairement au droit au respect de la vie privée, les droits à la libre expression et au libre accès aux informations transcendent les frontières internationales.

En effet, la possibilité pour les Etats de supprimer l'expression ou l'accès aux informations au profit du respect à la vie privée est très limitée même *au sein* de leur propre territoire. Conformément à l'article 19 du PIDCP, des restrictions mineures à l'exercice de la libre expression et au libre accès à l'information peuvent être tolérées dans certains cas sur le fondement du « *respect des droits ou de la réputation d'autrui* » ou de « *la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques* »¹¹.

Mais cela s'applique uniquement au sein du territoire même d'un pays et, même dans cette hypothèse, uniquement si le gouvernement peut démontrer que les restrictions imposées étaient « *absolument nécessaires* » et « *proportionnées* »¹². Dans ce cadre, le caractère "nécessaire" n'est pas établi uniquement si l'expression ou les informations en cause concernent, offensent ou ont trait à des individus ayant des intérêts concurrents en matière de vie privée. Le Comité des droits de l'homme a bien précisé que les exceptions à l'article 19(3) du PIDCP sont extrêmement limitées et que toute tentative d'un gouvernement d'invoquer ces exceptions pour justifier des limitations à la libre expression doit « *être justifiée en fonction de critères très strictes* »¹³. Il n'y a aucune autorité en droit international – et la CNIL ne se réfère à aucune autorité en droit international – pour appuyer l'idée qu'un pays puisse tenter d'imposer ces limitations hors de sa compétence nationale, au niveau mondial.

Ces autorités internationales établissent clairement que, si les différents pays peuvent établir leur propre équilibre entre le respect de la vie privée, l'expression et l'accès à l'information, il est universellement reconnu que la liberté d'expression et la liberté de rechercher, de recevoir, et de répandre des informations sont des droits fondamentaux, ne tenant pas compte des frontières nationales. En effet, même en Europe, après la reconnaissance du droit à l'oubli, il est admis que l'anonymat sur internet doit parfois céder la priorité à la liberté d'expression et au libre accès à l'information¹⁴.

¹¹ Article 19(3) du PIDCP

¹² Voir *Abdel Rahman al-Shaghouri c. République arabe syrienne*, Groupe de travail sur la détention arbitraire, Op. n° 4/2005, U.N. Doc. E/CN.4/2006/7/Add.1, ¶ 13, disponible à l'adresse <http://www1.umn.edu/humanrts/wgad/4-2005.html>; *Abdul Kareem Nabil Suliman Amer c. Égypte*, U.N. Doc. A/HRC/13/30/Add.1, 146 (2010), Op. n° 35/2008

¹³ Observations générales n° 34, ¶ 23

¹⁴ Voir directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, article 9, 1995 O.J. (L 281) (exigeant que les Etats membres « prévoient, pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations [à la présente directive] »)

Cela ne veut pas dire que toute tentative de limiter l'expression et l'accès à l'information en faveur du respect à la vie privée enfreindrait le droit international.

Les intervenants acceptent que certains liens soient déréférencés en Europe conformément à la décision *Google Spain*. Mais, à la lumière des protections reconnues fermement en droit international, les intervenants maintiennent qu'aucun pays n'est en droit de limiter l'expression et l'accès à l'information à travers le monde conformément au droit à l'oubli français ou européen ou tout autre ensemble de lois nationales.

- 5.2** Il est particulièrement problématique qu'un pays limite l'expression ou l'accès à l'information à l'étranger car les différents pays parviennent à des équilibres différents entre les droits d'accès à l'information et la liberté d'expression et d'opinion, d'une part, et le droit au respect de la vie privée d'autre part. Les Etats-Unis, par exemple, ne reconnaissent pas un droit à l'oubli, en partie car l'histoire du pays quant à la protection de la liberté d'expression ne permet pas au gouvernement d'ordonner systématiquement la suppression d'informations de la vue du public. Une cour d'appel américaine a récemment affirmé cette notion en mai 2015¹⁵.

La CNIL a davantage exacerbé les conflits avec le droit américain en ordonnant que des décisions rendues par des tribunaux américains et des archives de procédures judiciaires soient supprimées des résultats de recherche de Google à travers le monde, menaçant de ce fait le libre accès à l'information et le système d'audience publique qui constitue une partie tout aussi fondamentale du système américain.

En effet, les Etats-Unis reconnaissent un droit d'accès au procès et autres instances judiciaires, fondé sur le premier amendement et protégé par la Constitution¹⁶. La Cour suprême des Etats-Unis en a jugé ainsi car « *à travers son évolution, le procès est devenu accessible à tous ceux qui souhaitent observer* », ce dont elle a déduit que toute « *interférence arbitraire avec l'accès aux [informations relatives à la procédure] constitue une restriction des libertés d'expression et de la presse protégées par le premier amendement* »¹⁷.

¹⁵ Voir *Garcia c. Google, Inc.*, 786 F.3d 733, 745 (9th Cir. 2015) (qui a jugé qu'une actrice américaine ne pouvait pas obliger Google à supprimer son lien avec une vidéo sur YouTube)

¹⁶ *Press-Enter. Co. c. Superior Court (Press-Enter. II)*, 478 U.S. 1, 10, 12–13 (1986) ; *Press-Enter. Co. c. Superior Court (Press-Enter. I)*, 464 U.S. 501 (1984) ; *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555, 569 (1980)

¹⁷ *Richmond Newspapers, Inc.*, 448 U.S., 564, 583 (Stevens, J., concordant)

Cette reconnaissance a mené à reconnaître une présomption que le public bénéficie d'un accès libre aux tribunaux, qui ne se limite pas au droit d'assister aux procès mais inclut également le droit d'accéder aux documents judiciaires¹⁸.

La CNIL a ordonné le déréférencement de liens vers des sites web américains contenant des archives de procédures judiciaires et des couvertures médiatiques de procédures judiciaires en violation de la loi américaine et des protections constitutionnelles garantissant l'accès aux procédures judiciaires et aux archives de procédures judiciaires.

Par exemple, la CNIL a récemment ordonné le déréférencement de six sites web situés aux Etats-Unis – qui concernaient tous des actions en justice à l'encontre d'un demandeur soumis à la loi Dodd-Frank, une loi américaine concernant le secteur des valeurs mobilières¹⁹. Les liens, commentant ou publiant des décisions judiciaires officielles, ne sont pas liés à la France autrement que par la nationalité française du défendeur. L'employeur du défendeur est une société new-yorkaise, et les allégations à son encontre ont trait à des faits qu'il aurait commis hors de France en tant que président-directeur général de cette société. Cependant, selon la CNIL, le droit à l'oubli implique que Google censure effectivement toutes les informations se trouvant aux Etats-Unis le concernant, même si celles-ci font parties d'archives de procédures judiciaires des Etats-Unis, dont l'accès est protégé par la Constitution américaine.

En outre, la CNIL a ordonné à Google de déréférencer un lien vers une décision rendue par une cour d'appel du Minnesota, dont le site avait pour seul lien avec la France la nationalité du demandeur²⁰. La décision a été considérée si importante pour les habitants du Minnesota qu'elle a été rendue publique sur le site web du gouvernement du Minnesota.

Cependant, s'il était autorisé d'étendre le droit à l'oubli au-delà de l'Union européenne, le public américain ne serait plus en mesure de trouver les informations avec le nom du demandeur, même si celles-ci font parties des archives publiques, protégées par la Constitution américaine, et que le comportement de la personne a eu lieu exclusivement aux Etats-Unis.

¹⁸ Voir également *Globe Newspaper Co. c. Superior Court*, 457 U.S. 596, 604–05 (1982) (qui a jugé que le premier amendement confère un probable droit d'accès public pour promouvoir « la libre discussion des affaires gouvernementales »)

¹⁹ Voir pièce : lettre de la CNIL à Google du 9 avril 2015

²⁰ *Ibid.*

Ces décisions enfreignent les notions de souveraineté des Etats-Unis, violent les droits fondamentaux des intervenants aux Etats-Unis et constituent une tentative extraordinaire par une agence administrative d'un pays de s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre pays, en violation totale du droit international²¹ et de la Constitution américaine, qui garantit un libre accès aux tribunaux, la liberté de la presse et la liberté d'expression.

- 5.3** Reconnaissant que différents pays règlementent l'expression, l'accès à l'information et le respect de la vie privée différemment, le Conseil d'Etat a considéré qu'*« [i]l serait cependant hâtif d'en déduire que les Etats européens ont intérêt à réclamer l'application systématique à leurs internautes de leurs règles de droit, quel que soit le pays d'origine du site web. Il est en effet difficilement envisageable que le principe du pays de l'internaute devienne une règle générale et absolue de détermination de la loi applicable sur internet, car il ne peut être raisonnablement demandé à un site de se conformer à toutes les règles de droit de tous les pays du monde, ne serait-ce que parce qu'elles sont sur bien des points contradictoires entre elles, et que se conformer à certaines d'entre elles pourrait le mettre en infraction avec les règles de son propre Etat. »*²².

Les intervenants souscrivent à cette position, qui devrait régir le cas d'espèce.

La décision de la CNIL va à rebours de la position adoptée par Conseil d'Etat en érigéant la réglementation française en matière d'internet en une « règle générale et absolue » à travers le monde. Une telle approche, aux frontières illimitées, concernant la réglementation en matière de vie privée réduit l'exercice des droits de publier et de recevoir des informations et des idées.

En décidant de mettre en œuvre la décision rendue dans l'affaire *Google Spain* d'une façon qui entraverait l'accès à l'information pour les internautes à travers le monde, la CNIL n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe de respecter l'équilibre entre les droits au respect de la vie privée, la liberté d'expression et la liberté de rechercher, de recevoir, et de répandre des informations et des idées que d'autres nations ont trouvé. Ses décisions laissent supposer que la CNIL est prête à prendre les mesures extraterritoriales les plus extraordinaires pour protéger la vie privée, sans se soucier des dommages collatéraux causés – au-delà des frontières de la France et de l'Europe – au journalisme, à l'information des citoyens et au libre mouvement des informations.

²¹ Voir par ex. : Charte des Nations Unies, art. 2(1) (reconnaisant l'égalité souveraine de tous les Etats Membres des Nations Unies)

²² Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux* (2014), disponible à l'adresse <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>

Le fait de ne pas prendre ces droits et libertés concurrents en compte va à l'encontre des obligations de la CNIL dans le cadre de l'ordre juridique communautaire et menace l'expression en dehors de la France et à travers le monde. Cela enfreint également le droit du public mondial de rechercher, de recevoir, et de répandre des informations sans considérations de frontières, par quelque moyen d'expression que ce soit, lequel est garanti au titre du droit international et des lois de nombreux pays.

- 5.4** Ignorant la divergence entre le système juridique français et les autres systèmes juridiques nationaux, en particulier celui des Etats-Unis, et les conflits y afférents qu'une application mondiale du droit à l'oubli créerait, la CNIL n'a cessé de préciser qu'elle n'accepterait aucune solution n'impliquant pas un déréférencement mondial sur l'ensemble des extensions, y compris en dehors de la France. Alors que son raisonnement a quelque peu changé, à chaque fois qu'elle s'est penchée sur les efforts consentis par Google pour mettre en place le déréférencement au sein de l'Union Européenne – seule juridiction couverte par l'arrêt *Google Spain* – elle continue à considérer être fondée à ordonner un retrait global au motif que, dans le cas contraire, les liens déréférencés demeureraient accessibles²³. D'abord, en 2015, la CNIL a fondé sa demande de retraits mondiaux sur le fait que le contenu Internet déréférencé sur Google.fr demeurait accessible sur des domaines de Google hors de l'Union européenne²⁴. Puis, au début de l'année 2016, en réponse aux étapes supplémentaires franchies par Google, la CNIL a décidé que le contenu Internet déréférencé au profit des utilisateurs physiquement présents en France (ou ailleurs au sein de l'Union européenne) était encore insuffisant au motif que le contenu était toujours accessible par les utilisateurs situés en dehors de ces juridictions²⁵. Dans une tentative évidente de dissimuler son intention de contrôler l'accès aux informations par tous les utilisateurs, y compris ceux en dehors de France et de l'Union européenne, la CNIL exprimait une inquiétude relative au fait que le contenu déréférencé puisse être visible par un résident français en vacances « *hors de l'Union européenne* »²⁶. Mais cette inquiétude ne peut pas justifier le fait d'imposer le droit français d'une manière qui empêcherait le monde entier de voir ces contenus et par là-même, enfreindrait le droit international ainsi que les lois des Etats qui ont un point de vue différent.

Bien que la CNIL ne soit pas le premier organe à utiliser la notion d'accessibilité du contenu en ligne pour rationaliser la réglementation extraterritoriale en matière d'internet, cette approche est impraticable car elle ne contient pas de garde-fou.

²³ Voir Décision n° 2016-054 de la CNIL, p. 8-9 ; Décision n° 2015-047 de la CNIL, p. 4

²⁴ Voir Décision n° 2015-047 de la CNIL, p. 4

²⁵ Voir Décision n° 2016-054 de la CNIL, p. 8-9

²⁶ *Ibid.*, p. 9

Chaque site est en théorie accessible depuis tout ordinateur dans chaque pays connecté à Internet. Dans le contexte du droit à l'oubli, les gouvernements affirmant qu'une information publique accessible sur un site web à travers le monde viole leurs lois seraient libres de la censurer en ordonnant son déréférencement tout en essayant par la suite de faire bonne figure face à la communauté internationale en prétendant que cette information est toujours techniquement ou théoriquement, si ce n'est pratiquement, disponible au public puisque le contenu n'a pas réellement été effacé, seul le chemin pour y accéder ayant été bloqué.

Bien entendu, le problème est que les informations déréférencées deviennent, en pratique, indisponibles pour la grande majorité des internautes, même si elles restent accessibles pour un faible pourcentage d'internautes ayant les connaissances et les compétences techniques nécessaires pour les trouver par des moyens alternatifs. Dès lors qu'une large majorité du public mondial ne saurait pas que les informations ont été déréférencées, et encore moins comment les trouver, il est fallacieux de la part de la CNIL de suggérer que les informations demeurent librement disponibles. Conformément à la décision de CNIL, dès lors qu'un pays décide que des informations devraient être déréférencées, ces informations seront inaccessibles via une recherche internet pour une grande partie du public mondial.

Une telle règle laisse présager qu'elle encouragera le *forum shopping* pour les personnes cherchant à entraver l'accès à l'information ou à supprimer l'expression journalistique – c'est-à-dire, tout individu, gouvernement ou société pourrait rechercher une juridiction dans le monde qui serait prête à supprimer mondialement un lien ou un article.

A suivre sa logique jusqu'à son terme, la CNIL permettrait à l'Iran, à la Corée du Nord ou toute autre société fermée de contrôler l'accès du public mondial à l'information en ordonnant simplement un déréférencement mondial d'informations qu'il considère répréhensibles ou en imposant des restrictions servant ses propres intérêts quant aux droits de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées.

D'après l'expérience des intervenants, une analogie intéressante peut être tirée de l'exemple du *tourisme de la diffamation* qui consiste pour les demandeurs à rechercher un tribunal favorable à leurs plaintes à portée mondiale en diffamation, chaque fois que le droit local impose des règles plus strictes aux auteurs et éditeurs, parfois seulement basées sur la présence d'une publication sur Internet²⁷.

Les exemples tirés de ces articles montrent le danger particulier d'avoir de multiples réglementations concernant les journalistes, les auteurs et les médias qui empièteraient les unes sur les autres. Si la décision de la CNIL était acceptée, dès qu'une seule juridiction demanderait le déréférencement d'un lien, il serait déréférencé à l'échelle mondiale.

Même une question d'importance publique vitale pourrait être supprimée de la vue du public à l'échelle mondiale simplement car un individu dans un pays étranger se trouvant à des milliers de kilomètres aurait cherché une juridiction favorable à sa demande. Dans un monde en mondialisation constante, où de nombreuses actualités sont en lien avec plusieurs pays, la liberté journalistique et l'accès public à l'information serait grandement en danger.

Les droits d'un résident français ne peuvent automatiquement prévaloir sur ceux du public mondial, y compris les citoyens de tout autre pays et les intérêts que pourrait avoir la France d'imposer un déréférencement automatique ne peuvent être plus importants que le droit international et les politiques publiques de chaque autre pays. C'est pourquoi la portée de la décision de la CNIL doit être circonscrite au territoire français : le déréférencement en France protège de manière appropriée les résidents français, dont les informations ne seront pas visibles pour quiconque accédant aux informations depuis le territoire français.

Le bénéfice obtenu par la protection des données d'un résident contre des personnes qu'il ne rencontrera probablement jamais ne peut supplanter les intérêts légitimes du public mondial, y compris les citoyens de chaque autre pays de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées par quelque moyen d'expression que ce soit, pas plus qu'il ne peut justifier de s'immiscer dans les décisions de tout autre Etat souverain étranger respectant leurs propres politiques publiques.

²⁷ Voir de manière générale Robert Balin, Laura Handman, et Erin Reid, *Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American Perspective*, 3 EUR. HUM. RTS. L. REV. 303 (2009) ; Bruce D. Brown, *Write Here. Libel There. So Beware*, WASHINGTON POST (23 avril 2000), <https://perma.cc/G7LD-M4R7>

6. Les principes de courtoisie et de réciprocité font obstacle à ce que la CNIL entend faire appliquer la loi informatique et libertés hors des frontières nationales

Un des principes fondamentaux du droit international est que chaque pays doit « éviter d'interférer avec l'autorité souveraine des autres pays ».

« *La courtoisie, en tant que règle d'or des pays, oblige [chaque pays] à respecter les lois, politiques et intérêts des autres pays* »²⁸. Il est de la responsabilité des tribunaux de chaque pays d'« œuvrer à garantir l'harmonie des lois potentiellement contradictoires des différents pays, sujet de plus en plus important dans un monde toujours plus interdépendant »²⁹.

Les tribunaux américains se sont montrés très soucieux du droit des pays étrangers, y compris de la France, de réglementer les comportements au sein de leurs propres frontières. Conformément à cette préoccupation, les tribunaux américains ont depuis longtemps appliqué une présomption s'opposant à l'application extraterritoriale du droit américain. Cette présomption « a pour objet d'éviter les conflits non-intentionnels entre le droit [américain] et celui des autres pays qui pourraient mener à un désaccord international ».³⁰ La République française a explicitement plaidé devant la Cour suprême américaine en faveur de cette présomption. Dans son mémoire déposé dans le cadre de l'affaire *Morrison c. National Bank of Australia*, concernant l'application extraterritoriale des lois américaines sur le secteur des valeurs mobilières, la France a officiellement affirmé que « *la courtoise internationale plaide contre une application extraterritoriale étendue* » du droit national, particulièrement dans les cas impliquant « *des intérêts majoritairement étrangers, qui de fait interfèrent avec l'autorité souveraine des pays étrangers* »³¹. Citant le mémoire de la France, la Cour suprême a jugé dans l'affaire *Morrison* que les lois américaines sur le secteur des valeurs mobilières ne s'appliquaient pas à l'étranger, notamment du fait de leur « *probable incompatibilité avec les lois applicables des autres pays* »³². La présomption s'opposant à l'extraterritorialité a été appliquée par les tribunaux américains même dans des cas impliquant des comportements aussi scandaleux que l'extorsion de fonds ou les crimes contre l'humanité³³.

²⁸ *Mujica c. AirScan Inc.*, 771 F.3d 580, 608 (9th Cir. 2014) (guillemets omis)

²⁹ *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 761 (2004) (Breyer, J., concordant)

³⁰ *E.E.O.C. c. Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248 (1991) (citation omise)

³¹ Mémoire d'*Amicus Curiae* de la République française, *Morrison*, 2010 WL 723010, section 3

³² *Morrison c. Nat'l Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 269 (2010) (citation du mémoire de la République française)

³³ Voir de manière générale *RJR Nabisco, Inc. c. European Cnty.*, 136 S. Ct. 2090 (2016) ; *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

Le respect et la considération affichés par les tribunaux américains pour les intérêts de la France doivent désormais être appliqués réciproquement. L'application de la loi française par la CNIL à des publications qui sont produites et publiées à l'étranger, concernant des questions essentielles de politique publique au sujet desquelles les citoyens étrangers ont le droit d'être informés, constitue une violation manifeste de la courtoisie internationale.

Une telle intrusion dans la sphère intérieure des autres pays peut engendrer des représailles et déstabiliser l'harmonie et la réciprocité du droit international. La France ne peut attendre des tribunaux américains et des autres pays qu'ils limitent l'application extraterritoriale de leurs lois à la France, si la CNIL dicte les droits à l'expression pour le reste du monde.

7. Le déréférencement mondial aurait un impact drastique sur la liberté journalistique et le droit du public de rechercher, de recevoir et de répandre des informations

7.1 Dans son rapport annuel pour 2014, le Conseil d'Etat a reconnu que les résultats de recherche sont fondamentalement liés à l'expression et l'accès à l'information : « *Cependant, le déréférencement affecte la liberté d'expression de l'éditeur du site en rendant l'information publiée moins accessible et en le ramenant ainsi à la situation antérieure à l'internet, où les informations relatives à une personne, publiée de manière licite sur différents supports, ne pouvaient pas être recoupées de manière instantanée et sans limitation dans le temps.* »³⁴.

Les moteurs de recherche comme Google sont nécessaires pour que les individus puissent recueillir des informations de manière effective et prendre des décisions. Le public compte sur ces sites pour les informer, évaluer les questions nationales et internationales, et prendre part à un débat public. Un « *débat ouvert et informé* » est crucial pour favoriser des démocraties efficaces³⁵.

En tant que médias d'information, les intervenants s'appuient sur des interactions mondiales sur internet pour enquêter et relater des informations importantes pour le public mondial.

³⁴ Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 187–88 (2014), disponible à l'adresse <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>

³⁵ *International standard: Right to information*, ARTICLE 19 (5 avril 2012), <https://perma.cc/7Y88-V2VZ>

S'ils n'étaient pas en mesure d'atteindre ce public, les éditeurs ne pourraient pas diffuser des informations contribuant au débat public, privant ainsi les lecteurs de leur capacité à assimiler et communiquer du contenu relatif à des sujets d'intérêt public.

- 7.2** La CNIL soutient que cette décision n'interférera pas avec la liberté d'expression et le droit d'accès à l'information, car elle « *n'entraîne aucune suppression de contenu sur Internet, ni même de désindexation des pages des sites web concernées* »³⁶.

Mais ceci ne prend pas en compte la manière dont les internautes utilisent les moteurs de recherche.

Si les auteurs, les journalistes, les éditeurs, les organes de presse et le grand public se sont autrefois appuyés sur les kiosques à journaux, les librairies et les émissions de radios et télévisées pour rechercher, recevoir et répandre des informations, ils s'appuient désormais de plus en plus sur internet et sur les moteurs de recherche, tels que Google, en tant que premier portail pour l'échange d'informations, plutôt que le site web d'un éditeur particulier³⁷.

Le déréférencement d'un article de presse sur Google rend donc cette information bien moins susceptible d'être trouvée par le public.

Chris Moran, membre de l'équipe éditoriale de The Guardian en charge de superviser la manière dont les lecteurs accèdent au site du journal via les moteurs de recherche, a déclaré en octobre 2014, peu de temps après la décision rendue dans l'affaire Google Spain, que « *au cours des sept derniers jours, [The Guardian a] été consulté plus de 20 millions de fois depuis Google, plus de la moitié de ces consultations concernant du contenu publié il y a plus d'une semaine. [...] Google représente, très concrètement, la première page de nos archives* »³⁸. Google a également reçu des plaintes supplémentaires d'éditeurs au sujet de retrait conduisant à un trafic réduit vers leurs sites³⁹.

³⁶ Décision n° 2016-054 de la CNIL, p. 7

³⁷ DONALD CLEVELAND & ANA CLEVELAND, INTRODUCTION TO INDEXING AND ABSTRACTING 259 (4ème éd. 2013)

³⁸ Réunion du comité consultatif de Google sur le droit à l'oubli (16 octobre 2014), disponible à l'adresse <https://perma.cc/B2VB-ZF6Z>

³⁹ Lettre de Google à la CNIL du 31 juillet 2014, disponible à l'adresse <https://perma.cc/KB7A-YJ7T>

De fait, le fait que la CNIL suggère qu'elle peut supprimer des informations des résultats de recherche Google sans impacter l'accès du monde à l'information est tout bonnement faux. Le déréférencement ne nous ramène pas simplement à l'ère pré-internet, où les individus devaient s'appuyer sur d'autres sources pour trouver des informations. Au lieu de cela, puisque le déréférencement laisse sous-entendre à de nombreux membres du public qu'il n'y a *rien à trouver* au sujet d'un individu spécifique, l'effet pratique du déréférencement serait de priver les personnes d'informations qu'elles auraient autrement trouvées. En d'autres termes, le déréférencement d'informations laisse croire à de nombreuses personnes que l'information n'existe pas, lorsqu'en fait elle existe mais est cachée aux yeux du public par décision de l'Etat.

La CNIL ne devrait pas établir une réglementation extraterritoriale fondée sur le postulat erroné que ses décisions ont uniquement un impact secondaire sur la liberté d'information. En tant que représentants des médias d'information mondiaux, les intervenants ont pleine légitimité pour affirmer que le déréférencement supprime de précieuses informations du domaine public et constitue une grave entrave à la liberté journalistique et au droit du public de rechercher, de recevoir et de répandre des informations par quelque moyen d'expression que ce soit.

- 7.3** En outre, les intervenants s'inquiètent que la logique de la CNIL puisse être combinée à de récentes décisions rendues ailleurs en Europe pour menacer la collecte et la divulgation d'informations à travers le monde.

Les autres pays européens ont récemment étendu le droit à l'oubli des moteurs de recherche aux archives en ligne.

Le 29 avril 2016, par exemple, la Cour suprême belge a exigé du journal *Le Soir* qu'il anonymise le nom d'un individu sur la version en ligne d'un article publié 22 ans auparavant, jugeant que l'inclusion de l'article dans les archives en ligne du journal constituait une « *nouvelle divulgation de faits concernant le passé judiciaire de l'individu en question* »⁴⁰. La Cour belge a fait une distinction entre journalisme papier et journalisme en ligne, laissant entendre que la liberté d'expression doit être retenue pour la version papier et non pour la version en ligne, s'autorisant le pouvoir unilatéral de censurer des informations deux décennies après leur première publication.

⁴⁰ Elena Perotti, *The transformation of Right to be Forgotten into Right to Forget the News*, WAN-IFRA (22 juillet 2016, 16h12), <https://perma.cc/PG23-TADT>

Une décision rendue récemment par la Cour suprême d'Italie ayant également fait cette distinction entre journalisme papier et journalisme en ligne a adopté une position encore plus extrême, en jugeant que « *tout comme le lait, les yaourts ou une crème glacée* », le journalisme a une date d'expiration – de deux ans et demi au cas d'espèce⁴¹. Dans le cadre d'une mesure sans précédent, la Cour a demandé à ce qu'un article de presse soit supprimé après cette courte période de temps, considérant de manière injustifiée qu'une actualité perd l'intérêt de son public après deux ans et demi. Comme l'a affirmé le journal *The Guardian*, « *en Italie à tout le moins, "le droit à l'oubli" a une nouvelle signification : le droit de supprimer un journalisme inopportun des archives* »⁴².

Ces décisions en Belgique et en Italie ont, certes, une portée territoriale limitée.

Mais si la décision de la CNIL n'était pas censurée et devenait ainsi un précédent en matière de déréférencement mondial, il apparaîtrait inévitable que ceux des pays qui ont d'ores et déjà demandé le retrait d'articles des archives insisteront pour obtenir l'extension de leurs décisions au niveau mondial.

Cela créerait une menace incomparable pour la liberté journalistique puisque cela signifierait que la Belgique, l'Italie ou tout pays du monde, pourrait solliciter la suppression permanente et mondiale d'une publication d'informations sur le site web d'un journal, notamment américain.

Les intervenants combattaient vigoureusement une telle demande et ne reconnaîtraient pas la compétence d'une autorité étrangère sur des organes de presse aux Etats-Unis, mais la décision de la CNIL menace d'ouvrir la porte à de tels comportements.

7.4 Les craintes des intervenants ne sont pas simplement hypothétiques.

La CNIL a affirmé que le déréférencement mondial n'affecte pas les activités journalistiques, mais la réalité est que plus de 30 % des plaintes que la CNIL reçoit concernent les médias⁴³.

⁴¹ Di Guido Scorsa, *Une décision de la Cour Suprême italienne : Les actualités [sic] « expirent.» Les archives en ligne auraient besoin d'être supprimées*, L'ESPRESSO (1^{er} juillet 2016), <https://perma.cc/Y2G3-5JMK>; voir Athalie Matthews, *How Italian courts used the right to be forgotten to put an expiry date on news*, THE GUARDIAN (20 septembre 2016), <https://perma.cc/5QZ9-745H>

⁴² Athalie Matthews, *How Italian courts used the right to be forgotten to put an expiry date on news*, THE GUARDIAN (20 septembre 2016), <https://perma.cc/5QZ9-745H>

⁴³ Réponse de Google Inc. au rapport du Rapporteur de la CNIL, p. 32, du 17 novembre 2015

Sur les 31 demandes que la CNIL a énumérées au soutien de la lettre adressée à Google au mois d'avril 2015, environ un tiers demandent le déréférencement d'articles de presse⁴⁴.

Les décisions de la CNIL démontrent que les préoccupations des intervenants au sujet de l'impact du déréférencement sur l'accès à l'information et les libertés des médias sont pleinement justifiées.

Par exemple, dans cette lettre, la CNIL demande à Google de supprimer un lien vers un article concernant un commissaire de police accusé de vol, ignorant le fait que le demandeur est toujours un fonctionnaire aux Etats-Unis et que sa condamnation demeure pertinente pour sa profession et son rôle dans la communauté⁴⁵. Dans cette même lettre, la CNIL a demandé à Google de supprimer une interview d'un fonctionnaire qui s'était présenté aux élections municipales et avait exprimé ses opinions sur un sujet d'intérêt public.

Les intervenants affirment qu'il est essentiel que les médias soient en mesure de diffuser largement des sujets d'intérêt public. En déréférençant le travail des journalistes sur des sujets d'intérêt public, la CNIL empêche les médias de communiquer librement avec le public et de remplir leur rôle fondamental dans une société démocratique.

7.5 La décision de la CNIL menace en outre la liberté d'expression car elle empêche Google d'informer les éditeurs en temps utile des demandes de déréférencement⁴⁶.

Dans sa lettre du mois d'avril 2015, la CNIL fait référence à « *l'interprétation commune* » faite par les autorités européennes de protection des données de l'arrêt de la CJUE comme fondement de cette demande supplémentaire faite à Google⁴⁷.

Ceci crée une menace unique envers les éditeurs et les médias d'information.

⁴⁴ Voir Pièce au soutien de la lettre de la CNIL à Google du 9 avril 2015

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.* Voir également Recommandations du groupe de travail Article 29, 9–10 Lettre de la CNIL à Google du 9 avril 2015

A moins que les moteurs de recherche ne puissent informer les éditeurs des demandes de déréférencement, les éditeurs et les médias d'information ne pourront pas contester les suppressions effectuées à tort.

Les organes de presse ont le droit de savoir lorsque la loi est utilisée pour priver le public de sa capacité à trouver des informations fiables incluses dans les contenus qu'elles ont publiés. Ces préoccupations sont d'autant plus aiguës qu'il existe un risque concret que l'autorité française de protection des données cherche à s'immiscer non seulement dans les relations de Google avec les éditeurs européens mais également dans ses relations avec les médias américains.

Les moteurs de recherche tels que Google discutent régulièrement avec les organes de presse américains sur des questions d'intérêts partagés, comme la manière dont le public recherche et consomme les actualités et informations. La mise en œuvre du droit à l'oubli s'inscrit dans le cadre de ce dialogue. La mise en place de limitations par une autorité étrangère sur les discussions qu'une société américaine (tel qu'un moteur de recherche) peut avoir avec une autre société américaine (tel qu'un organe de presse) va à l'encontre des protections fondamentales conférées par le premier amendement de la Constitution américaine et par le droit international.

Le fait que les éditeurs soient informés des demandes de déréférencement de liens vers leurs contenus est essentiel pour leur permettre de connaître le contexte et de contester des décisions injustifiées et pour garantir un examen éclairé des demandes⁴⁸.

Selon la BBC, les régulateurs ont été ennuyés de voir que Google avertissait les organes de presse de la suppression de leurs liens⁴⁹. Mais le maintien de la libre circulation des informations entre les moteurs de recherche et les médias n'est pas uniquement imposé par des raisons de politique générales. Il est primordial dans cette situation particulière à cause de l'imprécision du champ d'application de l'arrêt rendu en mai 2014 dans l'affaire *Google Spain*, ainsi que du fait que l'application de cet arrêt puisse conduire à des sur-suppressions en l'absence de notification.

⁴⁸

Dave Lee, *BBC Forgotten List 'Sets Precedent'*, BBC (26 juin 2015), <http://perma.cc/Q2GH-38Y9>
Ibid.

⁴⁹

Lorsque les éditeurs peuvent demander à Google d'examiner une décision de déréférencement, ils peuvent s'assurer que Google « respect[e] l'obligation légale qui lui incombe d'examiner le bien-fondé des demandes »⁵⁰.

La Cour de justice de l'Union européenne a considéré que les individus peuvent demander le déréférencement des résultats de recherche qui « *ne sont pas adéquats ou pertinents, ont perdu leur caractère pertinent ou apparaissent excessifs* ».

Comme l'a fait remarquer Google, les éditeurs en ligne ont d'ores et déjà fourni des informations à Google qui a permis à celle-ci de « *réévaluer les suppressions et réinstaurer des résultats de recherche. Un tel retour de la part des webmasters permet aux organes de presse de mieux mettre en balance les droits en présence et, de fait, d'améliorer le processus de prise de décision et les conséquences pour les internautes et les webmasters*

Ces informations s'avèrent cruciales au regard de l'incertitude entourant les prétendus critères de déréférencement, qu'une commission de la Chambre des Lords britannique a qualifiés de « *vagues, ambigus et inutiles* »⁵¹.

En outre, d'après l'expérience de Google, de nombreuses demandes de déréférencement proviennent de « concurrents qui tentent d'abuser des processus de retrait pour réduire la présence des autres sur le web »⁵².

Dans une étude relative aux retraits pour atteinte aux droits d'auteur effectuée par Google, plus de 50 % des demandes de déréférencement provenaient de ces concurrents, essayant d'amoindrir le trafic sur les autres sites⁵³. De fait, la capacité des éditeurs à faire appel des décisions de Google est importante pour éviter des abus similaires dans le cadre du droit à l'oubli.

⁵⁰ Peter Fleischer, Réponse au questionnaire adressé aux moteurs de recherche par le groupe de travail « Article 29 » concernant l'application de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur le « droit à l'oubli », 7–8 (31 Juillet 2014), disponible à l'adresse <http://perma.cc/SE8L-AGPC> ; voir également Google Transparency Report, Foire aux Questions, disponible à l'adresse <https://perma.cc/834Z-KRLQ>

⁵¹ Owen Bowcott, *Right to be forgotten is unworkable, say peers*, THE GUARDIAN (29 juillet 2014), <http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/30/right-to-be-forgotten-unworkable-peers>

⁵² Lettre de Google à la CNIL du 31 juillet 2014, disponible à l'adresse <https://perma.cc/KB7A-YJ7T>

⁵³ *Ibid.*

Le risque que les entités concernées s'éloignent au maximum de la zone de danger lors de l'évaluation des demandes de déréférencement - une réaction qui apparaît parfaitement compréhensible, les entités ayant été refroidies par des règles qui restent vagues malgré les tentatives de clarification du groupe de travail « Article 29 » - accroît également l'importance qu'il y a à laisser les médias jouer leur rôle traditionnel de garde-fou pour veiller à ce que le droit au déréférencement ne soit pas utilisé de manière abusive⁵⁴.

Comme cela a récemment été soutenu dans un article du Wall Street Journal, « *le droit à l'oubli n'est pas aussi inoffensif qu'on veut le croire. Depuis son entrée en vigueur, la règle a en effet généré un nombre inquiétant de cas de censure d'articles très divers présentant un intérêt légitime pour le public* »⁵⁵. Ce cas de censure n'est pas la seule sanction à laquelle Google fait face. En plus de l'amende ordonnée par la CNIL à l'encontre de Google pour un montant de 100 000 euros du fait de l'expression par le moteur de recherche de sa liberté d'expression, l'autorité espagnole de protection des données a récemment sanctionné Google à hauteur de 150 000 euros pour avoir informé les éditeurs de retraits au titre du droit à l'oubli⁵⁶.

8. Si elle était confirmée, la décision de la CNIL mènerait à un niveling par le bas

L'examen des limitations existantes en matière de liberté d'expression fait apparaître les divers visages de la censure.

L'Arabie saoudite n'autorise aucune critique de ses dirigeants, ni aucune remise en question des croyances islamiques. Singapour interdit les propos qui « dénigrent les musulmans et les Malais ». La Thaïlande proscrit les insultes envers la monarchie. Tout discours soutenant les droits des homosexuels écrit par un auteur européen à destination d'un public européen est considéré comme une infraction à la loi russe.

⁵⁴ Voir Recommandations du groupe de travail « Article 29 », 13-20

⁵⁵ James L. Gattuso, *Europe's Latest Export: Internet Censorship*, WALL ST. J. (11 août 2015), <https://perma.cc/EK8H-R96K> ; voir également L. Gordon Crovitz, *Hiding on the Internet*, WALL ST. J. (30 août 2015), <https://perma.cc/WX89-CL79>

⁵⁶ Voir Procédimiento no. PS/00149/2016, disponible à l'adresse http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2016/common/pdfs/PS-00149-2016_Resolucion-de-fecha-14-09-2016_Art-ii-culo-10-16-LOPD.pdf

Même des pays bien plus favorables à la liberté d'expression possèdent des lois restrictives : l'Australie interdit ainsi aux mineurs de consulter des contenus « inappropriés » sur Internet, qui traitent de problèmes conjugaux ou de la mort notamment, et le Canada considère toujours la diffamation séditieuse comme un acte criminel⁵⁷.

Il existe d'innombrables autres exemples de ce type. Dans *Internet and the Law: Technology, Society, and Compromises*, le professeur Aaron Schwabach explique qu'interdire toutes expressions en ligne contrevenant à la loi de n'importe quel pays signifierait que « les utilisateurs d'Internet ne seraient pas soumis à la loi de leur propre pays mais à une loi composite interdisant l'ensemble des propos proscrits par les lois de tous les pays et donc bien plus contraignante que la loi d'une nation individuelle »⁵⁸.

On craint déjà que le droit à l'oubli ne déclenche une surenchère numérique mondiale sur Internet. Dans *The New Yorker*, le journaliste Jeffrey Toobin s'est interrogé sur ce qui se passera « si les Français établissent leur définition du droit à l'oubli et si les Danois en établissent une autre »⁵⁹. Il a fait remarquer que les pays « du monde entier, en appliquant leurs propres lois et traditions, pourraient imposer des obligations variables » pour les résultats des moteurs de recherche⁶⁰.

Si Google était contraint de se conformer à la décision de la CNIL, il lui serait impossible ainsi que pour d'autres services sur internet de s'opposer aux efforts menés, par exemple, par les autorités, en particulier chinoises et russes, d'effacer d'internet les preuves de leurs mauvaises conduites.

Google, en tant que plateforme multinationale, doit se conformer à tous les droits locaux. Si les résidents français avaient le droit de voir des informations être déréférencées au niveau mondial, même lorsque ces informations sont bien plus importantes hors de France qu'en France, Google et les autres fournisseurs de services ne pourraient justifier leurs refus des régimes autoritaires pour faire « oublier » leurs transgressions au monde.

⁵⁷ Voir OpenNet Initiative Research, <https://opennet.net/research/profiles/saudi-arabia> ; <https://opennet.net/research/profiles/singapore> ; <https://opennet.net/research/profiles/thailand> ; License to Harm: Violence and Harassment against LGBT People and Activists in Russia, Human Rights Watch (15 décembre 2014), <https://perma.cc/XF7A-HEJA> ; <https://opennet.net/research/australia-and-new-zealand> ; Code criminel du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-46 ss. 59–61)

⁵⁸ Aaron Schwabach, *Internet and the Law: Technology, Society, and Compromises* 132–33 (2^{ème} éd. 2014)

⁵⁹ Jeffrey Toobin, *The Solace of Oblivion*, THE NEW YORKER (29 septembre 2014), <http://perma.cc/P8PU-3RR6>
⁶⁰ *Ibid.*

La CNIL ne doit pas engager le monde dans une course que les régimes les plus tyranniques sont destinés à gagner.

9. **En conclusion**, il n'est évidemment pas dans les intentions des intervenants de nier aux autorités de régulation françaises le pouvoir de mettre en balance les intérêts concurrents que sont, d'un côté, la protection de la vie privée et des données à caractère personnel et, de l'autre, la protection de la liberté d'expression et d'opinion et le droit d'accès à l'information, d'une manière qui reflète ses valeurs.

En revanche, si la conception de la CNIL devait être imposée aux internautes hors de l'Union Européenne, en découlerait un inquiétant précédent de censure sur internet qui mettrait en péril les libertés d'expression et de la presse à travers le monde.

Dans son rapport annuel 2014, le Conseil d'Etat a considéré qu'il « *aurait manqué à son office et son étude annuelle, à son objectif, si n'avaient pas été concomitamment traités les deux aspects d'une même réalité : l'innovation numérique et le respect des droits fondamentaux des citoyens* »⁶¹.

À la lumière de cette déclaration, les intervenants demandent au Conseil d'Etat d'examiner cette affaire à l'aune de la courtoisie internationale et de la réciprocité et de respecter les différents équilibres que les différents pays du monde établissent entre le droit au respect de la vie privée d'une part et la liberté d'expression et d'opinion, la liberté de la presse et le droit de rechercher, recevoir et diffuser des informations et idées d'autre part.

Tout comme la France n'autoriserait pas d'autres pays à établir cet équilibre au sein de son territoire, les autres Etats rejeteront également toute tentative d'établir cet équilibre au sein de leurs territoires respectifs.

Pour l'ensemble de ces raisons, la décision sera annulée.

⁶¹ CONSEIL D'ETAT, LE NUMERIQUE ET LES DROITS FONDAMENTAUX (2014), disponible à l'adresse <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin d'office, plaise au Conseil d'Etat :

- **ADMETTRE** la présente intervention volontaire ;
- **FAIRE DROIT** aux conclusions présentées par la société Google Inc. ;
avec toutes conséquences de droit.

Productions :

1-29 : Notes de présentation des intervenants

**Thomas Haas
Avocat aux Conseils**