

LE TEMPS, LE DROIT À L'OUBLI ET LE DROIT À L'EFFACEMENT

[Maryline Boizard](#)

Dalloz | « Les Cahiers de la Justice »

2016/4 N° 4 | pages 619 à 628

ISSN 1958-3702

ISBN 9782996216047

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

© Dalloz. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement

par Maryline Boizard

Maryline Boizard, Maître de conférences HDR, IODE, Université de Rennes 1.

Le règlement général sur la protection des données à caractère personnel, adopté le 27 avril 2016, scelle le sort du droit à l'oubli en le réduisant à un droit à l'effacement des données. Outre l'absence de correspondance totale entre ces deux droits, le législateur européen adosse le droit à l'oubli sur le régime des durées de conservation des données sans avoir préalablement œuvré à l'harmonisation de ces durées, créant une insécurité juridique regrettable.

The general regulation on the protection of personal data, adopted April 27, 2016, sealed the fate of the right to be forgotten by reducing it to a right to erasure of data. Besides the lack of complete correspondence between these two rights, the European legislature leans the right to be forgotten about the system of data retention periods without having previously worked on the harmonization of the retention periods, creating an unfortunate legal insecurity.

« **N**ul bonheur, nulle sérénité, nulle espérance, nulle fierté, nulle jouissance de l'instant présent ne pourrait exister sans faculté d'oubli »¹. Si l'oubli est avant tout perçu, dans l'opinion commune, comme une défaillance de la mémoire, les philosophes et les psychanalystes y voient également un phénomène vital, un outil de

reconstruction psychologique de la personne. Pour Bergson et Nietzsche, l'oubli conditionne l'état de conscience. « La conscience signifie d'abord mémoire »². L'oubli viendrait donc moduler la mémoire pour « fermer de temps en temps les portes et les fenêtres de la conscience »³. Cet équilibre nécessaire entre deux phénomènes psychiques, la mémoire et l'oubli, est étroitement lié à un paramètre élémentaire : l'écoulement du temps. Chaque individu n'est certes pas doué

1. Nietzsche F., *Considérations intempestives*, II, 1, 1874 tr. fr. Bianquis G., éd. Aubier-Montaigne. Voir aussi Freud S., « Psychonévroses de défense », in *Névrose, Psychose et Perversion*, Paris, P.U.F.

2. Bergson H., *L'Energie spirituelle*. Essais et conférences (1919), P.U.F., 2009, Chapitre I, p.34.

3. Nietzsche F., *Généalogie de la morale*, Flammarion, 1996

de la même faculté d'occultation mais, hormis les cas de dégénérescence résultant de maladies neurodégénératives qui entraînent la perte progressive des fonctions mémorielles – c'est le cas de la maladie d'Alzheimer par exemple – l'oubli n'est pas instantané et implique que s'écoule un minimum de temps durant lequel l'événement n'est pas rappelé à la personne.

C'est précisément pour éviter les conséquences néfastes ou douloureuses de ces rappels d'informations que le concept de droit à l'oubli a été imaginé. Il apparaît sous la plume de Gérard Lyon-Caen, en 1966, commentant un jugement du Tribunal de grande instance de Seine qui se prononçait sur la demande de l'une des anciennes maîtresses du célèbre Landru de retirer d'un livre un passage la concernant. Le droit à l'oubli est, à l'époque, analysé comme « *la prescription des faits qui ne sont plus d'actualité* »⁴. Les juges, eux-mêmes, y évoquent la « *prescription du silence* »⁵, établissant ainsi un lien indiscutable entre le droit à l'oubli et le droit de la prescription⁶. Ce lien se manifeste tout particulièrement dans le cadre de la prescription de l'action publique qui repose sur l'idée que « passé un certain délai, il est superflu de rappeler en justice les crimes qui ont été oubliés

et dont les effets ont disparu »⁷. On parle de la « grande loi de l'oubli ». D'aucuns soulignent que le « délai qui s'écoule avant que la prescription ne soit acquise est la « peine naturelle du crime », temps passé dans le remord et la crainte d'être découvert et puni ce qui justifierait que le principe s'applique aussi aux crimes secrets »⁸. D'autres décisions ont suivi dans lesquelles était revendiqué un droit à l'oubli de faits ou d'événements touchant une personne à l'encontre de journalistes, ou bien d'auteurs de films ou de romans relatant ces événements. Ce contentieux est resté relativement marginal et la jurisprudence a préféré recourir à des dispositifs éprouvés plutôt qu'à un hypothétique droit à l'oubli.

Le développement des technologies numériques et informatiques, dont l'une des qualités est de permettre la mémorisation de très grandes quantités d'informations, a toutefois donné un nouveau souffle à la problématique du droit à l'oubli⁹. Toute donnée numérisée peut accéder à une vie autonome. Tout fait relaté sur un support numérique est susceptible de réapparition permanente. Plus encore, la multitude d'informations et de données recueillies par les acteurs du marché numérique, conjuguée à l'abysale capacité

4. Costaz C., *Le droit à l'oubli*, Gaz. Pal 1995. 2 Doctr. 965.

5. TGI Seine, 4 oct. 1965, JCP 1966 II, 14482, obs. Lyon-Caen. – Voir aussi Hassler T., *Droit de la personnalité : Rediffusion et droit à l'oubli*, D. 2007, p. 2829, §1.

6. Voir Tambou O., *Protection des données personnelles : les difficultés de la mise en œuvre du droit européen au déréférencement*, RTD Eur. 2016 p.249 s pour qui le droit à l'oubli « *laisse entendre qu'une donnée doit nécessairement avoir une durée de vie limitée afin de rendre supportable la vie en société. Le concept juridique tel que la prescription repose depuis longtemps sur cette idée* ».

7. Danet J., *La justice pénale entre rituel et management*, PUR 2010, p. 123 se référant à Pufendorf S., *Le droit de la nature et des gens* (édition de Bâle 1732), IV, 12 ? 1-2, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1987, t. 2, pp. 589-592.

8. Ibid.

9. Mayer-Schönberger V., *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, 2009, Princeton university press. V.-Berguig M. et Thiérache C., « L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? », Cyberlex, rapport du 25 mai 2010, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2010 – n°62.

de stockage et de mémorisation des données ainsi qu'aux techniques de data mining, permettent aujourd'hui à de nombreux opérateurs de dresser un profil, parfois très précis, d'un individu. Naturellement, les activités de traitement de données peuvent engendrer des conséquences fâcheuses lorsqu'elles portent atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés de la personne. Le droit à l'oubli a donc été imaginé dans le but de limiter ces atteintes.

La CNIL a défini le droit à l'oubli numérique comme « *la possibilité offerte à chacun de maîtriser ses traces numériques et sa vie en ligne, qu'elle soit privée ou publique* »¹⁰. Dans cette conception, chaque individu devrait être en mesure de contrôler le traitement des données à caractère personnel le concernant. C'est l'une des idées défendues dans le rapport d'information rendu le 8 octobre 2015 par la Commission de réflexion sur le droit et les libertés à l'âge du numérique¹¹ qui préconise, « *en complément de la reconnaissance constitutionnelle des droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, (de) consacrer dans notre législation un droit à l'autodétermination informationnelle donnant sens aux droits reconnus à l'individu sur les réseaux numériques* »¹². Dans un rapport publié en Février 2015, nous avons considéré que le droit à l'oubli pouvait être

défini comme une prérogative dont disposerait chaque individu d'exiger que ne soit plus accessibles à tous certains événements ou certaines données le concernant¹³. Ce serait une soustraction à la mémoire collective. Le droit à l'oubli ne saurait toutefois permettre une maîtrise totale des traces numériques. Il est des événements ou des données qui ne peuvent être soustraits à la mémoire collective parce que chaque individu est tenu

« La CNIL a défini le droit à l'oubli numérique comme "la possibilité offerte à chacun de maîtriser ses traces numériques et sa vie en ligne, qu'elle soit privée ou publique". »

d'un certain nombre d'obligations envers la société et qu'une soustraction librement contrôlée par l'individu se heurterait à d'autres droits et libertés.

C'est sur le terrain de la protection des données à caractère personnel, dont le régime a été réformé par le Règlement 2016/679 du 27 avril 2016 (Règlement général sur la protection des données)¹⁴, qu'a été portée la problématique du droit à l'oubli. Toutefois, animé par la volonté d'améliorer la protection des individus, tout en préservant les intérêts économiques des acteurs du marché, le législateur européen propose un dispositif dont on peut difficilement se satisfaire. La question du droit à l'oubli a été particulière-

10. CNIL, Rapport d'activité 2013, p. 16.

11. http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/numerique/numerique_rapport.pdf.

12. Rapport d'information, Recommandation 58.

13. Boizard M. (dir.), Blandin A., Corgas C., Dedessus Le Moustier G., Gamsb S., Lejealle C., Moisson-Chataigner S., Pierre P., Piolle G., Rousvoal L., *Le droit à l'oubli*, rapport élaboré pour le GIP de la Mission de recherche Droit et Justice, févr. 2015, p. 13

<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/le-droit-loubli-2/>.

14. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) du 27 avril 2016, JOUE 4 mai 2016, L 119/1.

ment discutée, les versions successives du règlement l'attestent. Le droit à l'oubli a fait son entrée dans la première version de la proposition de règlement, en date du 25 janvier 2012¹⁵. L'intitulé de l'article 17 y faisait une référence directe, aux côtés du droit à l'effacement, mais le contenu de l'article lui-même n'y revenait explicitement à aucun moment. Totalement éradiqué de la proposition du 12 mars 2014 du Parlement européen¹⁶, le terme droit à l'oubli réapparaît dans le titre de l'article 17 du règlement intitulé : « *Droit à l'effacement ("droit à l'oubli numérique")* ». Ce titre exprime à lui seul le refus du législateur de créer un droit dont le bien-fondé et les contours sont assez largement discutés et signifie que le droit à l'oubli numérique est purement et simplement, un droit à l'effacement des données. Le règlement est d'autant plus décevant que le droit à l'effacement est en étroite corrélation avec la réglementation relative aux durées de conservation des données personnelles qui brille par son obscurité. Le droit à l'oubli numérique se trouve donc supplanté par le droit à l'effacement (I) et empêtré dans le dispositif des durées de conservation des données (II).

15. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, plus simplement nommé Règlement général sur la protection des données, COM/2012/011 final – 2012/0011 (COD).

I – Un droit à l'oubli supplanté par le droit à l'effacement des données

L'article 17, paragraphe 1, offre à la personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, l'effacement de données à caractère personnel la concernant dans des cas qu'il énonce limitativement. Ainsi, chaque individu peut demander l'effacement des données qui le concernent dès lors qu'elles « *ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière* ». L'hypothèse est en corrélation directe avec celle prévue à l'article 6 paragraphe 1 f) du règlement dont il résulte que le traitement des données personnelles est licite s'il « *est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant* ». L'effacement peut également être demandé lorsque « *la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, (...), et (qu') il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement* ». Le règlement reprend le principe du consentement de la personne concernée au traitement de ses

16. Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

données¹⁷ et complète le dispositif en introduisant son corollaire, le droit de retirer son consentement à tout moment¹⁸. L'effacement est ici la conséquence du retrait du consentement de la personne concernée.

La demande d'effacement peut encore être formulée à la suite d'une procédure d'opposition au traitement, menée sur la base de l'article 21 du règlement. Le droit d'opposition permet à toute personne physique de « s'opposer, à tout moment, pour des raisons tenant à sa situation particulière, à un traitement des données à caractère personnel la concernant fondé sur l'article 6, paragraphe 1, point e) ou f), y compris un profilage fondé sur ces dispositions. Le responsable du traitement ne traite plus les données à caractère personnel, à moins qu'il ne démontre qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice ». La personne concernée est également en droit de s'opposer à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur. Ainsi, une personne devrait pouvoir se prévaloir du droit d'opposition à l'encontre d'un éditeur de site Internet ou d'un fournisseur de services de réseautage social lorsqu'il exploite, à des fins commerciales, les données à caractère personnel la concernant. Il

s'agira, par exemple, de s'opposer à ce que l'opérateur établisse des profils de ses clients ou membres à des fins de prospection commerciale, pour son compte ou pour le compte d'un tiers. Dans cette hypothèse, l'article 21, paragraphe 3, indique que les données à caractère personnel ne sont plus traitées à ces fins. On en déduit qu'elles ne sont pas automatiquement effacées et qu'elles peuvent être traitées à d'autres fins, ce qui cantonne la portée du droit d'opposition.

L'effacement est également possible lorsque « les données à caractère personnel ont fait l'objet d'un traitement illicite » ou lorsque les données « doivent être effacées pour respecter une obligation légale qui est prévue par le droit de l'Union ou par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis ». Enfin, plus spécifiquement, un droit à l'effacement pourra être mis en œuvre lorsque les données « ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information visée à l'article 8, paragraphe 1 ». La disposition s'adresse aux mineurs de plus de 16 ans qui auraient consenti au traitement de leurs données ainsi qu'aux mineurs de moins de 16 ans autorisés à transmettre leurs données par le titulaire de l'autorité parentale¹⁹. Son terrain de prédilection sera celui des réseaux sociaux. Le succès de la demande d'effacement formulée par la personne concernée génère une obligation accessoire pour le responsable de traitement qui aurait rendu les

17. Articles 6 §1 a).

18. Article 7 §3.

19. Article 8 §1 : « Lorsque l'article 6, paragraphe 1, point a), s'applique, en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants, le traitement des données

à caractère personnel relatives à un enfant est licite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. Lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans, ce traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ».

données publiques. Il est tenu de prendre des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, pour informer les responsables de traitement qui traitent ces données que la personne concernée a demandé l'effacement par ces responsables du traitement de tout lien vers ces données à caractère personnel, ou de toute copie ou reproduction de celles-ci. Le caractère *raisonnable* des mesures sera apprécié à l'aune des technologies dispo-

« Le droit à l'oubli et l'effacement ne sont pas à placer au même rang juridique. L'effacement est une modalité du droit à l'oubli, permettant de le rendre effectif. »

nibles et des coûts de mise en œuvre. La nature de l'obligation mise à la charge du responsable de traitement ne fait aucun doute, il supporte une obligation de moyens.

La solution consistant à assimiler le droit à l'oubli au droit à l'effacement est, de prime abord, assez séduisante. Nul ne contestera que l'oubli peut être garanti par l'effacement des données. De là à considérer que le droit à l'oubli est un droit à l'effacement des données, il y a un pas, que le législateur a franchi, créant une situation peu satisfaisante. En effet, tout d'abord, l'effacement des données est davantage la conséquence d'un droit, qu'un droit à proprement parler. Le droit à l'oubli et l'effacement ne sont pas à placer au même rang juridique. L'effacement est une modalité du droit à l'oubli, permettant de le rendre effectif. Ensuite, le droit à l'oubli peut

justifier l'effacement des données mais ce n'est pas la seule justification possible à l'effacement. L'analyse, ci-dessus, de l'article 17 du règlement permet de s'en convaincre. Enfin, le droit à l'oubli peut exister en dehors de l'effacement des données, notamment par la voie d'un déréférencement de résultats de recherches, ce que n'envisage pas directement le législateur. Pourtant, dès 2014, la jurisprudence reconnaissait que, dans leur rôle d'indexation des pages web source, les fournisseurs de services de moteurs de recherche avaient une responsabilité à l'égard des personnes visées dans certaines de ces pages²⁰. Certes, le déréférencement peut être analysé comme l'effacement d'un lien comportant des données personnelles et, par conséquent, comme un effacement de données. Il nous semble toutefois qu'il eut été plus satisfaisant de l'énoncer explicitement. Le raisonnement qui préside à la création d'un droit à l'effacement soulève deux critiques supplémentaires. D'une part, dès lors que, conformément aux prévisions de l'article 17 paragraphe 1, les données collectées par un opérateur « *ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière* », que « *la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, (...), et (qu') il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement* », que « *la personne concernée s'oppose au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 1, et il n'existe pas de motif légitime*

20. Décision du 13 mai 2014, affaire C-131/12 *Google Spain c/ Agencia Española de Protección de Datos*, JCP G 2014, p. 768, note L. Marino ; JCP E 2014, p. 1327, note G. Busseuil ; JCP E

2014, p. 1326, note M. Griguer. – V. aussi, Conseil d'État, « Le numérique et les droit fondamentaux », Les rapports du Conseil d'État, sept. 2014, p. 187 et suiv..

impérieux pour le traitement », que « les données à caractère personnel ont fait l'objet d'un traitement illicite », ou bien encore qu'elles « doivent être effacées pour respecter une obligation légale », leur traitement n'est plus justifié et devient illicite au sens de l'article 6, paragraphe 1. Il en résulte implicitement mais nécessairement, que le responsable du traitement perd le droit de traiter la donnée, ce qui devrait inclure le droit de conserver la donnée²¹. L'intérêt d'offrir à la personne concernée un droit à l'effacement engendre alors une interrogation : existe-t-il un état intermédiaire entre la conservation et l'effacement ? La CNIL invite à distinguer entre la conservation et l'archivage, plus précisément, entre la conservation et l'archivage des données *sur un support distinct*, dans le respect des dispositions du Code du patrimoine et des règles fixées par les services des archives²². La distinction peut surprendre. En effet, l'archivage peut être défini comme « l'ensemble des actions, outils et méthodes mises en œuvre pour conserver à moyen ou long terme des informations dans le but de les exploiter » (dictionnaire du multimédia, AFNOR, 1995). La maîtrise de l'archivage est une démarche d'organisation et de contrôle de la production, de la conservation et du sort final des informations

liées à l'environnement réglementaire et aux besoins de traçabilité (CSTIC : commission spécialisée de terminologie et de néologie de l'informatique et des composants électroniques) »²³. L'archivage apparaît bien comme un mode de conservation. Par conséquent, chaque fois que l'archivage est juridiquement possible, l'effacement est illusoire.

D'autre part, on soulignera que, certes, les articles 13 et 14 du règlement imposent au responsable de traitement une obligation d'informer la personne concernée de l'existence de ses droits. Il nous semble néanmoins que le dispositif s'avère finalement assez peu protecteur de la personne. Dès lors que l'effacement est un droit pour la personne concernée, et non une obligation pour le responsable de traitement, il crée une situation d'incertitude puisque tant que la demande d'effacement n'est pas formulée par la personne, les données peuvent être conservées. En outre, pour un certain nombre de professionnels, l'information des personnes s'avère complexe en raison du nombre et de la diversité des données collectées dont les durées de conservation sont extrêmement variées²⁴.

21. La notion de traitement est définie à l'article 4 §2 du règlement comme, « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

22. Voir Délibération n°2005-213 du 11 octobre 2005, portant adoption d'une recommandation concernant les modalités d'archivage électronique, dans le secteur privé, de données à caractère personnel. Délibération n°88-52 du 10 mai 1988 portant adoption d'une recommandation sur la compatibilité entre les lois n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

23. http://www.afcdp.net/IMG/pdf/Document_de_base_Conservation_des_donnees_V2_2.pdf

24. V. Desgens-Pasanau G., RGPD : entre incertitudes et occasions manquées, Dalloz IP/IT 2016.335.

II – Un droit à l'oubli empêtré dans le dispositif des durées de conservation des données

À l'heure où le législateur œuvre à la clarification du droit de la prescription²⁵, il y a lieu de s'étonner du flou qui règne autour des durées de conservation des données à caractère personnel alors même qu'elles conditionnent très largement le droit à l'oubli. Au-delà de l'épineuse et médiatique question de l'opposabilité d'un droit à l'oubli aux fournisseurs de services de moteurs de recherche – réglée de manière si peu satisfaisante par le législateur européen – la référence à un droit à l'oubli numérique au sein de l'article 17 du règlement général sur la protection des données se heurte à une dimension temporelle que la réglementation sur les durées de conservation des données n'éclaire pas réellement.

Le temps est une composante caractéristique du droit à l'oubli. Ce facteur temporel explique par exemple que des données publiques puissent être protégées par le droit à l'oubli alors qu'elles ne sauraient l'être par le droit au respect de la vie privée. Mais inversement, cela signifie qu'un même fait peut tantôt être protégé par le droit à l'oubli, tantôt, ne pas l'être. S'il est vrai que la fixation d'une durée unique à partir de laquelle un droit à l'oubli pourrait être opposé est impossible et peu souhaitable, on constate tout de même que le régime des

durées de conservation s'avère très obscur. Cela tient notamment à la source de ces durées mais également à la nature des données et à la finalité du traitement. Par principe, la fixation de la durée de conservation est laissée à l'appréciation du responsable du traitement, sous le contrôle de l'autorité régulatrice qui peut formuler des recommandations ou prononcer des sanctions. Par exception, le législateur fixe lui-même des durées de conservation. Dans tous les cas, la durée de conservation doit être proportionnée à la finalité du traitement. La personne concernée n'est pas totalement mise à l'écart puisque le règlement lui reconnaît la possibilité de demander un effacement dans des cas qu'il détermine. Il en résulte, en théorie, un droit de contrôle de la personne sur la durée de conservation des données la concernant.

La détermination de la durée de conservation n'est pas totalement discrétionnaire. Qu'elle soit laissée à l'appréciation du responsable de traitement ou fixée par le législateur, elle doit être proportionnée à la finalité du traitement. Il s'agit toutefois d'une restriction bien tenue qui ne contribue pas à éclairer les personnes concernées. Il est vrai que parmi les informations à porter à la connaissance de la personne dont les données ont été collectées, figure « *la durée pendant laquelle les données à caractère personnel seront conservées ou, lorsque ce n'est pas possible, les critères utilisés pour déterminer cette durée* ».

25. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile et proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, adopté en 1^{re} lec-

ture par l'Assemblée nationale le 10 mars 2016 et discutée au le Sénat le 2 juin 2016.

L'invalidation par la CJUE en 2014²⁶ de la Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 dite « rétention des données »²⁷, qui imposait la conservation des données de communications électroniques pour qu'elles soient accessibles aux autorités judiciaires et policières, démontre que le principe de proportionnalité de la durée de conservation des données est de large portée. En effet, la finalité de la directive, qui s'inscrit dans le cadre de la lutte contre la criminalité, ne dispense pas le législateur de respecter le principe de proportionnalité. La Cour souligne notamment que la directive « impose, à son article 6, la conservation (des données) pendant une période d'au moins six mois sans que soit opérée une quelconque distinction entre les catégories de données prévues à l'article 5 de cette directive en fonction de leur utilité éventuelle aux fins de l'objectif poursuivi ou selon les personnes concernées. Cette durée se situe, en outre, entre six mois au minimum et vingt-quatre mois au maximum, sans qu'il soit précisé que la détermination de la durée de conservation doit être fondée sur des critères objectifs afin de garantir que celle-ci est limitée au strict nécessaire ».

L'appréciation de la durée de conservation des données par les fournisseurs de moteurs de recherche s'inscrit également dans un environnement des plus flous. Dans la déci-

sion *Google Spain / AEPD* de la CJUE du 13 mai 2014, il s'était écoulé 10 ans entre la publication des informations et la demande de déréférencement. En France, le Tribunal de grande instance de Paris, dans une décision du 19 décembre 2014, a ordonné à Google de supprimer de ses résultats de recherche²⁸ un lien entre le nom de la plaignante et un article relatant sa condamnation, en 2006, pour escroquerie. Elle faisait valoir que la présence de ce lien nuisait à sa recherche d'emploi. Lors d'une première tentative de retrait, elle avait utilisé le nouveau formulaire de droit à l'oubli de Google. En septembre 2014, sa demande a été rejetée, le moteur de recherche jugeant l'article d'intérêt public. Le tribunal a statué au regard de l'ancienneté de l'affaire, puisqu'il s'est écoulé près de 8 ans entre la publication de l'article et le dépôt de la plainte, et a considéré que la demanderesse justifiait de « raisons prépondérantes et légitimes prévalant sur le droit à l'information ». Le juge a également retenu

« En France, le Tribunal de grande instance de Paris, dans une décision du 19 décembre 2014, a ordonné à Google de supprimer de ses résultats de recherche un lien entre le nom de la plaignante et un article relatant sa condamnation, en 2006, pour escroquerie. Elle faisait valoir que la présence de ce lien nuisait à sa recherche d'emploi. »

26. CJUE, 8 avril 2014, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, LPA 2014, n° 197, p. 16, Duclercq J.-B. ; Gaz. Pal. 2014, n° 107, p. 3, Kleitz C. ; RLDI mai 2014, n° 3426, E. Derieux et n° 3464, p. 44, Costes L. ; AJDA 2014, p. 1147, Aubert M., Broussy E. et Cassagnabère H. ; D. 2014, p. 1355, Castets-Renard C..

27. Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou

traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

28. TGI de Paris, ord. Réf. 19 décembre 2014, *Marie-France M. / Google France et Google*, Inhttp://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/01/16/01007-20150116ARTFIG00005-google-condamne-pour-la-premiere-fois-en-france-sur-le-droit-a-l-oubli.php.

que cette condamnation pour escroquerie ne figurait pas sur le bulletin n°3 du casier judiciaire de la plaignante et qu'il n'avait par conséquent pas sa place dans les résultats de recherche de Google.

Le rapport du Comité exécutif de Google a dégagé des critères permettant de guider la décision d'effacement²⁹. Le comité invite à tenir compte du rôle joué par le citoyen dans la vie publique, de la nature de l'information, de la source de l'information (journalistiques, gouvernementales, blogueurs réputés, etc...) et enfin, du temps qui peut rendre une information moins pertinente qu'au moment de sa divulgation ou au contraire, plus pertinente, si elle concerne une personne qui compte désormais sur la scène publique. Aucune durée n'étant mentionnée, l'appréciation est effectuée au cas par cas. La grille de critères proposée par la CNIL³⁰ témoigne des incertitudes que génère la détermination de la dimension temporelle. Le 7^e critère proposé consiste pour l'examineur à se demander si l'information dont se plaint le demandeur est à jour et si elle a été rendue disponible plus longtemps que nécessaire pour le traitement. La CNIL précise qu'il s'agit « d'apprécier si une information est tou-

jours d'actualité ou si, au contraire, elle est périmée et doit être déréférencée. Cette analyse s'effectue en prenant en compte le contexte initial de mise en ligne et l'objectif poursuivi par la diffusion du contenu concerné ». À titre d'exemple de saisine, elle mentionne une demande de déréférencement d'une information en ligne relative à une condamnation pénale, alors que le plaignant a finalement fait l'objet d'une relaxe en appel ou bien encore, une demande de déréférencement d'un contenu en ligne datant des années 90 et exposant l'échec du plaignant à un examen³¹. Les exemples sont anecdotiques et le dispositif laisse, à notre sens, une trop large latitude aux responsables de traitement qui ont pris en charge le déréférencement. La dimension temporelle du droit à l'oubli semble pourtant être le point cardinal entre le droit de la personne à la protection de ses données, le droit des responsables de traitement à exploiter les données et, dans le cas spécifique des moteurs de recherche, le droit à l'information des tiers. Dans un impératif de sécurité juridique et de respect des droits fondamentaux, il est donc urgent d'engager une réflexion visant à une harmonisation des durées de conservation des données.

29. The advisory council to Google on the right to be forgotten, 6 fév. 2015, <https://drive.google.com/file/d/0B1UgZshetMd4-cEi3Sjlv0hNbDA/view?pli=1>

30. CNIL, Droit au déréférencement, les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Droit_au_dereferencement-criteres.pdf

31. A la demande des autorités européennes de protection des données réunies au sein du G29, le sous-groupe « Futur de la vie privée » du G29 a défini des lignes directrices pour permettre aux autorités européennes de protection des données

d'adopter une approche commune dans la mise en œuvre pratique de cet arrêt. Grâce à ces lignes directrices, les autorités pourront coordonner leurs réponses aux plaintes qui leur sont adressées lorsque des moteurs de recherche ne donnent pas suite favorable à une demande d'effacement : Guidelines on the implementation of the Court of justice of the european union judgment on « Google Spain and inc v. Agencia española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González », 26 nov. 2014, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf et C-131/12 <http://www.cnil.fr>.