

**UNIVERSITE DE MONTPELLIER I**  
**Faculté de Droit**

**LA FORCE DU DROIT À L'OUBLI**

**Louis-xavier RANO**

**Mémoire de D.E.A. Informatique et Droit**  
**2003/2004**

**Sous la direction de J. FRAYSSINET**

**Equipe de Recherche Informatique et Droit**

Données à caractère personnel	Personal data
Traitement	Processing
Droit à l'oubli	Right to be forgotten
Reconnaissance	Acknowledgement
Protection des libertés	Protection of freedom

**« Sans oubli, il ne saurait y avoir de bonheur, de belle humeur, d'espérance, de fierté, de présent »<sup>1</sup>**

Le droit à l'oubli est une notion issue de la doctrine. Il fait référence à la protection des droits des personnes contre les risques du temps et de la mémoire activée. Tout fichier contenant des données à caractère personnel est réalisé dans un but déterminé. Le régime des informations enregistrées est fonction de cette finalité. La loi du 6 janvier 1978<sup>2</sup> modifiée récemment par celle du 6 août 2004<sup>3</sup> transposant la directive européenne du 24 octobre 1995<sup>4</sup> encadre la liberté de constitution de fichiers nominatifs à destination des pouvoirs publics ou des personnes privées. Dans ces textes, s'exprime le droit à l'oubli. La personne humaine possède des droits et la mémoire de l'histoire d'un pays permet de comprendre la dimension revêtue des prérogatives individuelles. Les pouvoirs publics, les personnes privées ont cette obligation d'exercer leurs libertés en respectant celles des autres. « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*<sup>5</sup> ». La quête vers l'espoir d'aboutir à un équilibre entre la mise en œuvre cohérente des nouvelles technologies et les libertés<sup>6</sup>, est encouragée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

---

<sup>1</sup> Nietzsche, *Généalogie de la morale*, Flammarion, 1996, p.68 ; reprise dans la thèse Séverine LEGER-GRESSOT, 22 décembre 2000, « *l'oubli en droit pénal* », p. 5

<sup>2</sup> Loi n°78-17 du 6 janvier 1978

<sup>3</sup> Loi n°2004-801 du 6 août 2004

<sup>4</sup> Directive n°95/47/CE

<sup>5</sup> Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

<sup>6</sup> Du latin « *Libertas* », condition de l'homme libre

# SOMMAIRE

## Introduction

### **Première partie. L'existence du droit à l'oubli**

#### **Chapitre I. La notion de droit à l'oubli**

Section I. La définition et la place du droit à l'oubli

Section II. La fundamentalité recherchée du droit à l'oubli

#### **Chapitre II. Les caractères du droit à l'oubli**

Section I. Le droit à l'oubli confondu à des notions de droit pénal

Section II. Le droit à l'oubli, protecteur des libertés individuelles

### **Deuxième partie. Les atteintes portées au droit à l'oubli**

#### **Chapitre I. Les atteintes légitimées**

Section I. La sécurité, un enjeu prépondérant

Section II. Le rôle déterminant de la CNIL

#### **Chapitre II. Les atteintes difficilement combattues**

Section I. Le droit à l'oubli confronté à l'économie

Section II. Le droit à l'oubli confronté au monde virtuel

## CONCLUSION

## INTRODUCTION

« Sans oublier, il ne saurait y avoir de bonheur, de belle humeur, d'espérance, de fierté, de présent »<sup>7</sup>

1. - La pensée de Nietzsche est révélatrice de l'homme. Philosophe du XIXe siècle<sup>8</sup>, il s'est toujours opposé à l'autorité, que ce soit celle de l'église ou de l'Etat. Ses écrits font ressentir l'indépendance d'esprit, l'autonomie de l'être humain. Il est de celui qui rejette le sentiment de culpabilité. L'espoir, la fierté ne peuvent prospérer qu'au présent. L'homme se nourrit de son histoire pour tendre et grandir vers le bonheur qui demeure une quête personnelle. « Loin de nous l'idée de rédiger une dissertation de philosophie » ! Cependant il existe souvent dans la matière du droit des exposés qui tiennent des pensées philosophiques. Des notions notamment comme la mémoire, le présent, l'oubli, l'avenir, l'espoir, sont autant d'images à se représenter pour y observer la substance de ce qui est essentiel à la vie de l'humain. Selon Nietzsche, une société qui dénie toute valeur à l'oubli empêche l'Homme de rechercher son bonheur. L'oubli est une notion impalpable et la cerner serait appréciable et réalisable en décrivant ce qu'il n'est pas.

2. - L'oubli s'inscrit dans le temps. Il est différent du pardon mais reste cependant intimement lié au passé. La mémoire constitue son opposé dans le langage courant. L'anonymat fait appel, quant à lui, à d'autres sentiments. Il n'est pas attaché directement à l'oubli sauf à croire qu'un être oublié tombe dans l'anonymat.

3. - Les personnes n'ont pas d'emprise sur le temps et elles sont contraintes d'accepter un passé, un présent, un avenir. Le temps est décrit comme une continuité indéfinie dans laquelle s'inscrit l'oubli. L'homme traverse des étapes dans sa vie qui s'inscrivent chacune dans un intervalle du temps différent. Le **droit** doit prendre en compte nécessairement le temps. L'exemple du code pénal a un grand intérêt car il est le témoin de ce qu'entend protéger le législateur. En effet, le juge judiciaire est garant des libertés individuelles et il ne peut exercer sa mission qu'en accord avec les dispositions du code. Le chapitre II du code pénal est entièrement consacré à l'application de la loi pénale **dans le temps**. L'oubli jaillit lorsque la loi prévoit par exemple, qu'à l'écoulement d'un certain temps, une personne en particulier ne

---

<sup>7</sup> Nietzsche, *Généalogie de la morale*, Flammarion, 1996, p.68 ; tirée de la thèse Séverine LEGER-GRESSOT, 22 décembre 2000, « *l'oubli en droit pénal* », p. 5

<sup>8</sup> Friedrich Nietzsche 1844-1900

pourra plus être poursuivie<sup>9</sup>. L'oubli intervient légalement à un moment, à un temps précis et il se distingue du pardon.

4. - La confusion, avec la notion de pardon consistant à « *tenir une offense pour non avenue, à ne pas en garder de ressentiment, à renoncer à en tirer vengeance* »<sup>10</sup> serait malhabile. Le pardon génère un autre résultat. Il se rapproche de l'oubli puisque précisément, ses effets sont recherchés. Cependant, alors que l'oubli s'entend généralement d'un acte involontaire, le pardon suppose au contraire l'expression d'une résolution particulière. Il relève en conséquence de « *l'économie du don* »<sup>11</sup>. La personne qui accorde son pardon n'a pas effacé les agissements commis mais décide en toute conscience de ne pas en tenir compte pour la continuité de son évolution personnelle. Le pardon est intrinsèquement attaché à l'existence d'une décision individuelle et souveraine. En droit, il a des traces dans l'inaction d'une personne qui, volontairement refuse d'agir en justice pour dénoncer l'inexécution contractuelle de son partenaire. En droit de la famille, il est relativement peu courant d'être témoin de l'action d'un enfant devenu majeur contre son ascendant direct, pour exiger devant le juge l'exécution de sa pension alimentaire sur le fondement de l'article 373-2-2 du code civil. La crainte de détruire les liens entre deux personnes est souvent plus puissante que le pur intérêt économique. Il faudrait qualifier le pardon qui s'apparenterait alors à un pardon « forcé ». Pour l'enfant, il lui reste à se construire avec son passé.

#### 5. -

« ...*Je suis, du temps écoulé, le prolongement,  
Je suis, du temps présent, le "palpitement..."* »<sup>12</sup>

Faire table-rase de son passé, c'est oublier le chemin qui a mené au présent. Tout ce qui n'est plus du présent est d'ors et déjà du passé et énoncer l'inverse serait faux. Le passé se définit comme l'écoulement du temps. Se servir du passé pour s'élever dans le présent et en ressentir le « *palpitement* » évoque une conception qui n'est pas éloignée de celle de Nietzsche. En droit, le casier judiciaire d'un délinquant retrace ses agissements préjudiciables. Il constitue un indice vigoureux pour le juge désireux de se faire une idée précise du profil de la personne pour en apprécier la dangerosité. Souvent la récidive est perçue comme un échec

---

<sup>9</sup> La prescription de l'action pénale

<sup>10</sup> Dictionnaire de la langue française, PETIT ROBERT, 2000

<sup>11</sup> P. RICOEUR, La critique et la conviction. CALMAN-LEVY, 1995, p.175

<sup>12</sup> Deux vers issus du poème « je suis » écrit par Jean-Baptiste ACHERITEGUY, poète du XX s, né à Bordeaux le 24 octobre 1937, a publié notamment les poèmes « neige », « plaisir »

du système qui n'a pas pris les mesures appropriées en fonction du passé du délinquant. La mémoire est admirable tant qu'elle peut servir au présent.

6. - La mémoire s'entend de la conservation du souvenir et s'occupe du temps passé. Elle est présentée comme l'antonyme de l'oubli. Une société a besoin de son histoire pour éviter les erreurs survenues. En cette époque de commémoration du passé, il est attribué une grande valeur au souvenir pour qu'il profite aux générations présentes et futures. Les jeux olympiques d'août 2004 en Grèce, imprégnés de l'idée de partage, de confraternité, d'embrassement de toutes les cultures, ont été organisés sous le signe du souvenir et de la réactivation de la mémoire. En droit civil et face aux allégations des parties, les juges exigent des preuves. La constitution des preuves pourrait être considérée comme la matérialisation de la mémoire. Pour exemple, une blessure corporelle sans gravité particulière, se cicatrise par l'écoulement du temps. La constatation officielle du préjudice se réalise par la constitution d'une preuve qui prendra une forme spécifique selon la situation. Une autre illustration concernera les actes « ad probationem ». Celui-ci, complétant une mise en demeure émise à l'encontre du partenaire contractuel qui manque à une de ses obligations, servira au souvenir du destinataire, à sa mémoire.

7. - Il est intéressant de recourir au langage commun pour définir le terme de l'oubli car il n'est pas issu du domaine juridique. L'oubli se caractérise par la disparition de la mémoire. Le paradoxe provient du fait, que parfois l'oubli est combattu, parfois il est favorisé et même recherché. Les pensées philosophiques se joignent pour accepter l'idée selon laquelle la société ou une personne physique a besoin de souvenirs pour progresser. Nous ne reprenons pas les développements sur l'intérêt de garder un certain passé en mémoire sauf pour réaffirmer ce besoin d'exister grâce à la mémoire. A l'inverse de ce raisonnement, l'oubli pourra profiter à l'individu dans des circonstances qui touchent des intérêts qui s'éloignent des siens. Le monde moderne se distingue de l'époque des siècles derniers par un développement de la mécanisation et de l'automatisation. Les révolutions industrielles sont la marque de ce phénomène qui explique pour certains les maux de la société, pour d'autres une transformation irréversible des modes de pensées et stratégies de fonctionnement. Dans cet environnement moderne qui n'a pas vocation à être maîtriser surtout dans une démocratie comme la France, la personne humaine doit pouvoir s'y retrouver pour vivre simplement. Dans la perspective exposée, l'individu peut exiger la tranquillité et demander à bénéficier de la suppression des traces qu'il laisse dans sa vie courante. En effet, les données des gens font

l'objet d'intérêt de la part de l'Etat mais aussi de personnes privées, physiques ou morales. Naturellement, l'oubli **des données** est sollicité et il est demandé aux tiers le retour à l'anonymat.

8. - L'anonymat, dans le domaine examiné, est l'effet direct de l'oubli. Il se rapproche de la notion de secret. Dans la matière du droit, le secret est amplement présent pour sauvegarder des intérêts. Logiquement, le juriste pense à l'obligation légale du secret professionnel imposée particulièrement aux médecins. La loi du 4 mars 2002<sup>13</sup> relative aux droits des malades et des usagers du système de santé affirme expressément des droits fondamentaux appartenant aux malades. L'article L. 1110-4 du code de la santé publique proclame l'obligation pour le professionnel de santé de garantir le secret des informations concernant le malade. Vis à vis du public, toute divulgation illicite sera sanctionnée. Les fichiers contenant des données relatives aux malades restent transparents vis à vis du public. L'oubli n'est pas exactement associé au secret. Les données existent effectivement, toutefois, dans l'intérêt spécifique de l'individu, elles feront l'objet d'un encadrement renforcé et aucun préjudice ne sera à déplorer. L'illustration qui précède montre exactement la nécessité de considérer **un droit à l'oubli** qui permettra la sauvegarde des droits des personnes dans les hypothèses où l'anonymat n'est pas requis légalement.

9. - Les différentes formes syntaxiques entre le « droit » et l'« oubli » ne concourent pas à des significations analogues. Ainsi le droit à l'oubli se distingue

-« du droit contre l'oubli » : l'adverbe « contre » suppose l'opposition, la contradiction et met en balance des intérêts contraires. Deux parties au procès proposent généralement des arguments qui s'opposent directement et le juge doit trancher le litige. Le droit contre l'oubli revient à applaudir les contradicteurs de Nietzsche. L'expression n'a pas de sens dans le domaine juridique. Le concept de droit est trop large pour admettre l'acception du droit contre l'oubli.

-« du droit pour l'oubli » : être favorable à quelque chose, par exemple être pour ou contre la légalisation d'une mort provoquée et consentie sur le fondement de la dignité<sup>14</sup>. L'adverbe « pour » prend le contre-pied du « contre » et il entraîne la même conclusion. Le droit pour l'oubli ne signifie rien puisqu'il existe bien des domaines où la mémoire est indispensable.

---

<sup>13</sup> Loi n°2002-303 du 4 mars 2002

<sup>14</sup> Le ministre de la santé dépose un projet de loi qui va dans le sens d'une légalisation d'une mort provoquée par des professionnels de la santé, consentie par l'intéressé ou ses représentants sur le fondement de la dignité de la personne humaine

Coordonner le droit et l'oubli par la préposition « à » permet d'insérer cet ensemble parmi toutes les règles juridiques. Il sera requis dans une situation et rejeté dans une autre. Il pourra avoir une existence distincte des autres droits. Le législateur disposera d'une notion extensive pour notamment débattre de la force du droit à l'oubli des données à caractère personnel.

**10.** – La force d'une chose évoque sa puissance, sa vigueur. Historiquement et malheureusement récemment, elle sert à donner l'image d'une armée. La force de l'individu est physique (le muscle), psychologique (le puissant caractère amoindrit les peines consécutives de la vie.) Un athlète médaillé aux jeux olympiques possède ces qualités. Le droit à l'oubli procède de la même démarche. Il serait propice de savoir s'il présente les aptitudes et caractères souhaités pour aider à la protection des données à caractère personnel contribuant ainsi à la sauvegarde des droits et libertés des personnes.

**11.** – La notion de données à caractère personnel est dévoilée dans le paragraphe précédent. Elle est au cœur des intérêts en cause et dépend d'elle toutes les études relatives au droit à l'oubli. Depuis le moment de la collecte d'informations nominatives, sont concernées les droits et libertés des personnes. La mémoire d'une société est l'image par interprétation du futur, de l'avenir. Pour cela, un régime rigoureux encadre les données archivées.

**12.** - Le droit à l'oubli est l'objet de débat. Nos raisonnements tendront vers un certain résultat. La construction de théories suppose qu'au préalable, aient été proposés les éclaircissements suffisants du cadre de l'analyse.

Le droit à l'oubli, en supposant son existence, viendrait apporter sa contribution pour aider à la protection des données à caractère personnel insérées dans un fichier faisant l'objet d'un traitement.

Le danger tient sa source du développement actif des nouvelles technologies. Une base de données est devenue aujourd'hui, du fait de la valeur marchande grandissante de l'information, une menace potentielle pour les droits et libertés des individus. Par exemple, les spécialistes généticiens seraient prêts à délivrer des sommes colossales pour disposer de la base de données de l'Islande qui contient les données génétiques de toute la population.

En France, il a fallu pousser le législateur à l'action pour encadrer la liberté de constitution des fichiers. Il en a saisi cette occasion en 1978. La loi votée protège les données des gens à travers tout un dispositif légal. A partir de quel moment ce procédé entre t-il en application ? Il doit s'agir de données à caractère personnel et d'un traitement.

13. – La protection légale s’applique aux données à caractère personnel qui font l’objet d’un traitement. L’explicitation des notions permettra de comprendre la démarche qui vise à faire ressortir le « dynamisme » du droit à l’oubli. La loi du 6 janvier 1978 parle d’informations nominatives tandis que la directive traite des données à caractère personnel. Dès lors, le législateur entend protéger les informations nominatives. Elles sont définies initialement à l’article 4 de la loi du 6 janvier 1978 comme « *les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, **l’identification des personnes physiques** auxquelles elles s’appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale* ».

La directive du 24 octobre 1995<sup>15</sup> et la loi de transposition du 6 août 2004<sup>16</sup> modifiant la loi du 6 janvier 1978<sup>17</sup> ne parle plus d’informations nominatives mais de données à caractère personnel désignées comme « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); **est réputée identifiable une personne** qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d’identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ».

Les termes employés ne sont pas identiques mais la protection s’appliquait de la même façon. A partir du moment où un lien peut être établi entre une donnée et une personne, elle sera considérée « à caractère personnel ». En d’autres termes, une donnée pourrait ne pas être nominative mais permettre l’identification d’une personne. Dans cette hypothèse, la protection jouera dans les mêmes conditions.

Les différentes expressions seront usitées dans le corps de ce mémoire et il est convenable de souligner qu’elles ont pour nous, la même signification.

La loi semble efficace mais il a fallu tout de même connaître le moment de son intervention. Elle protège les données à caractère personnel insérées dans un fichier qui fait l’objet d’un traitement. Celui-ci pourra être automatisé et aussi non automatisé. L’article 5 de la loi du 6 janvier 1978 ne le précisait pas clairement. Il énonçait simplement que le traitement automatisé est l’ « *ensemble d’opérations réalisées par des moyens automatiques, relatif à la collecte, l’enregistrement, l’élaboration, la modification, la conservation et la destruction* ».

---

<sup>15</sup> Directive n°95/47/CE relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

<sup>16</sup> Loi n°2004-801

<sup>17</sup> Loi n°78-17

*d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature*<sup>18</sup> ». Les traitements manuels étaient concernés. Cependant, pour éviter toute contestation et tout malentendu, l'insertion dans le texte du qualificatif « non automatisé » ou simplement l'enlèvement de tout qualificatif au terme « traitement », était attendu.

La directive du 24 octobre 1995 affirme ouvertement l'indifférence des moyens utilisés : « *toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés* »<sup>19</sup>.

14. – L'interprétation a contrario est requise pour signaler logiquement que, les fichiers traitant des données qui ne permettent en aucune manière l'identification d'individu ou celles qui ne font pas l'objet de traitement, peuvent librement être constitués sans risque de porter atteinte aux personnes et la loi modificative du 6 août 2004 ne s'applique pas. Une autre hypothèse dénie tout intérêt au texte. L'archivage, strictement encadré par la loi du 3 janvier 1979<sup>20</sup> est le système permettant en toute sécurisation la protection des données à caractère personnel. Le mot « archive » a une origine latine « archivum », grecque « arkheia » qui signifie le lieu de conservation des archives. La langue courante définit l'archivage comme « *l'ensemble de documents provenant d'une collectivité, d'une famille ou d'un individu* »<sup>21</sup>. Les dispositions qui le régissent sont insérées dans le code du patrimoine aux articles L. 211-1 et suivants. La loi donne la définition des archives : « *les archives sont l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité* ».

Le législateur distingue à l'article L. 211-4 et L. 211-5 du code entre les archives publiques et privées.

15. - La Commission nationale de l'informatique (CNIL) et des libertés, créée par la loi du 6 janvier 1978 s'est interrogée sur la compatibilité de la loi avec celle qui l'institue dans une délibération du 10 mai 1988<sup>22</sup>. En effet, malgré des garanties légales telles le secret professionnel exigé à l'article L. 211-3 du code du patrimoine, elle s'est inquiétée du sort des informations archivées. Principalement, ses conclusions peuvent être synthétisées en trois points, pour nous principaux :

---

<sup>18</sup> Article 5 initial de la loi du 6 janvier 1978

<sup>19</sup> Article 2 de la directive

<sup>20</sup> Loi n°79-18 du 3 janvier 1979

<sup>21</sup> LAROUSSE ENCYCLOPEDIQUE, édition France loisirs, 1977

<sup>22</sup> Délibération de la CNIL n°88-052 du 10 mai 1988

- Certaines archives, de part leur nature, restent régies par la loi « informatique, fichiers et libertés »
- L'archivage doit aller dans l'intérêt de la recherche et de l'histoire<sup>23</sup> car la durée d'existence de l'archive est imprescriptible (article L 212-1 du code du patrimoine) d'où un risque potentiel pour le droit à l'oubli expressément énoncé par la CNIL
- L'archive est légale dès qu'elle ne permet plus le lien avec la personne

La loi du 6 août 2004 apporte des modifications au code du patrimoine mais dans l'esprit, il faut retenir une amplification de la protection des données à caractère personnel qui induit un encadrement renforcé des informations archivées.

Un domaine scientifique est très concerné par l'archivage. Les décisions de justice sont une matière qui permet de constater l'évolution des comportements dans une société. Les études pertinentes de Serge BORIES<sup>24</sup> à ce propos témoignent de l'importance à accorder à la jurisprudence. La conséquence est que l'anonymisation prend tout son essor et devient un principe fort de notre droit. Le site internet « *www.legifrance.fr* », est le service public de l'accès au droit en ligne. Il applique depuis 2002 ce principe d'anonymisation. Les décisions de justice peuvent alors être archivées sans porter préjudice.

**16.** - Le droit à l'oubli semble pétillant. Il n'est pas encore enlacé officiellement dans le droit. Toutefois les professionnels l'ont fait naître et ne perdent aucune occasion de l'énoncer à l'appui de leurs démonstrations. Ceci dit, puisqu'il n'est pas saisi par le droit, maintes questions se soulèvent. Le précepte latin « *ubi societas, ibi jus* » (là où est la société, là est le droit) s'applique t-il ? Lorsque sont ressentis des besoins, la logique juridique impose la recherche de solutions pour atteindre une relative satisfaction. Une société sans droit est une société dans laquelle les Hommes n'ont pas de libertés. Le droit à l'oubli est énoncé notamment par la CNIL qui tient une place intéressante sur l'échiquier des organismes de l'Etat. Cette institution veille au respect des règles encadrant les traitements de fichiers et propose aux internautes un listing des droits qui leur appartiennent.

Dans l'énumération agréablement présentée y figure le droit à l'oubli qui participerait à la protection « *des dangers liés à la multiplication des fichiers contenant des informations nominatives* ». Elle ajoute sur son site que « **la loi reconnaît à l'individu un droit à l'oubli en**

---

<sup>23</sup> Argument en conformité avec l'article 6c de la directive n°95/47/CE du 24 octobre 1995

<sup>24</sup> Serge BORIES, maître de conférences en sciences de l'information et de la communication, président du centre d'étude et de traitement de l'information juridique à la faculté de droit de Montpellier

*limitant dans le temps la conservation des données nominatives stockées dans la mémoire des ordinateurs afin d'éviter d'attacher aux personnes des étiquettes définitives* » et que des sanctions pénales punissent l'auteur d'un traitement illicite.

La CNIL affirmerait que le droit à l'oubli serait reconnu. Aucun texte législatif ne mentionne expressément le droit à l'oubli. La CNIL joue un rôle pédagogique vis à vis de tout le public. Elle s'adresse à lui avec des mots du langage courant. C'est la raison pour laquelle l'expression « droit à l'oubli » paraît.

La CNIL a conscience de l'état du droit et connaît la position du juge qui rejète tout fondement sur le droit à l'oubli<sup>25</sup>.

**17.** - Se situer correctement par rapport aux éléments donnés préalablement, est un exercice souhaitable. Nous prenons du recul et constatons que les données à caractère personnel sont concernées et potentiellement en danger à partir de l'instant où elles font l'objet d'un traitement. Le droit à l'oubli est un droit qui n'est pas reconnu dans le droit positif. Cependant il se terre sous des dispositions notamment dans l'article 6 (5°) de la loi modifiée du 6 janvier 1978.

S'il se cache, c'est l'attestation qu'il existe d'où l'exigence de pousser le raisonnement jusqu'au bout en creusant la notion de droit à l'oubli qui permettra d'en comprendre ses caractères. Ce cheminement conduira à admettre sa dimension véritable. Dès lors qu'il fera l'objet de toutes les attentions puisque nous l'admettrons dans la sphère des droits, il doit pouvoir résister et survivre en attendant une éventuelle reconnaissance dans les textes législatifs.

**18.** - Cette étude n'a pas la prétention d'analyser toutes les situations qui font appel au droit à l'oubli. L'approche s'en tient à déterminer la force de ce droit dans notre société contemporaine, démocratique dans laquelle les droits et libertés des individus sont reconnus et respectés. Nous soutenons que notre appartenance à cette société suppose l'existence d'un droit à l'oubli prêt à combattre les atteintes qui lui sont portées tant de la part de la puissance publique que des personnes privées par des moyens toujours en évolution.

---

<sup>25</sup> Pour illustration : Cour de cassation, première chambre civile, 20 novembre 1990 ou encore de la chambre criminelle du 11 février 1998 pour un cas où les juges ne reprennent pas les moyens au pourvoi

## **PREMIERE PARTIE.**

### **L'EXISTENCE DU DROIT A L'OUBLI**

## **Première partie. L'existence du droit à l'oubli**

**19.** - Aucun texte législatif ne mentionne expressément le droit à l'oubli d'où la difficulté de définir cet ensemble. Pourtant, il est essentiel de donner les théories qui permettent de concevoir l'étendue de ce droit dans la société car il sert à la protection de l'individu d'où la discussion qui s'impose. Le débat devra s'orienter vers deux voies dont les issues permettront de distinguer la réalité du droit à l'oubli. Le premier axe d'étude aidera à comprendre la substance de ce droit à l'oubli. Dans un second, resteront à déterminer les caractères du droit exprimés dans un ensemble de textes normatifs<sup>26</sup> importants.

### **Chapitre I. La notion de droit à l'oubli**

**20.** – Le terme « notion d'une chose » signifie que nous visons la connaissance intuitive de cette chose. Le droit à l'oubli, comme tout autre droit même, non-reconnu, est définissable grâce à une approche didactique. La doctrine parle de droit à l'oubli avec des perceptions qui sont toutes très personnelles. Il serait opportun de tirer de ces conceptions des points communs pour mieux cerner la portée de cette notion particulière.

#### **Section I La définition et la place du droit à l'oubli**

**21.** - La définition du droit à l'oubli permettra de le situer parmi d'autres, donner cette possibilité de le distinguer dans tout un ensemble de règles issues du droit positif (loi, directive européenne, jurisprudence notamment). La démarche consiste ainsi en amont à décrire le droit à l'oubli afin de pouvoir le situer, en aval.

##### **Paragraphe I. La définition du droit à l'oubli**

**22.** - Le droit à l'oubli se compose de deux concepts qui sont :

- Le droit
- L'oubli

---

<sup>26</sup> La norme est définie comme le « *terme synonyme de règle de droit, de règles juridiques, générale et impersonnelle* » Termes juridiques, édition Dalloz, 10<sup>e</sup>, 1995

Au regard de cette décomposition, nous pouvons croire que le second des concepts doit être rapproché du premier et non le contraire. En d'autres termes, la curiosité serait celle de partir de l'oubli et de l'amener vers le droit. L'objectif est de lier le concept de l'oubli à la notion de droit. Comment l'oubli peut-il être saisi par le droit ? Dans un premier temps, une définition du terme « droit » s'impose pour progressivement comprendre l'expression « droit à l'oubli » dans un second temps avec l'aide des réflexions de quelques auteurs issus de la doctrine.

## I. La définition du terme « droit »

23. - La définition du terme « droit » conduit à différencier juridiquement deux notions, à savoir le droit objectif et le droit subjectif. Le droit objectif est déterminé comme « *l'ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique* »<sup>27</sup> (*ubi societas, ibi jus*<sup>28</sup>) tandis que le droit subjectif est la « *prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation* »<sup>29</sup>. Ces explications amènent à penser que le droit à l'oubli constituerait un droit subjectif. En effet, il s'apparente à une prérogative individuelle opposable aux tiers dont le respect ou la reconnaissance pourrait être réclamée en justice. Ce droit subjectif naît par des circonstances, qui se réalisent à un moment donné, encadrées par le droit objectif. De ce commentaire, nous restons septiques sur l'opportunité d'assimiler le droit à l'oubli à un droit subjectif. En effet elle ne permet pas d'insérer le droit à l'oubli étant donné qu'il n'est pas l'objet d'une reconnaissance juridique. Par conséquent, tout argument fondé sur celui-ci devant le juge resterait sans suite puisqu'il n'existe pas officiellement<sup>30</sup>. Malgré cette absence regrettable, la doctrine débat de son importance sans toutefois apporter de définitions claires.

## II. La perception du « droit à l'oubli »

24. - Les auteurs du « *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* »<sup>31</sup> mentionnent le droit à l'oubli et écrivent qu'il est une « *obligation de limiter dans le temps la conservation des informations sous forme nominative* »<sup>32</sup>. L'obligation impose une exécution dont le

<sup>27</sup> Termes juridiques, édition Dalloz, 10<sup>e</sup>, 1995

<sup>28</sup> « *où il y a une société, il y a du droit* »

<sup>29</sup> Termes juridiques, édition Dalloz, 10<sup>e</sup>, 1995

<sup>30</sup> Cour de cassation, première chambre civile, 20 novembre 1990

<sup>31</sup> « *LAMY DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RESEAUX* » sous la direction de Michel VIVANT, édition 2003

<sup>32</sup> LAMY, n°558 page 354

manquement est sanctionné par le droit. Le reproche que nous pourrions relever est que le droit justement ne fait aucune référence à quelque sanction constatant la violation du droit à l'oubli. Quoiqu'il en soit, la loi du 6 janvier 1978<sup>33</sup> modifiée récemment par la loi du 6 août 2004<sup>34</sup> contient des dispositions qui ont le même sens. Dans ce cas, le droit à l'oubli exprimerait ces obligations de limite temporelle. Tout le débat dans ce paragraphe est confiné à ce constat. Des dispositions existent et leur substance se fonde sur le principe de l'oubli. Cependant, formellement, le « droit à l'oubli » ne figure dans aucun texte de loi sauf à prendre le risque d'attribuer valeur normative au 24<sup>e</sup> rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>35</sup>. Doit-il être réduit au risque encouru par la conservation des données nominatives dans le temps ?

25. - Jean Frayssinet<sup>36</sup> écrit que l'individu ne doit pas être gêné « *toute sa vie durant par des informations fichées et utilisées à son insu*<sup>37</sup> ». Il continue en soulignant qu'il s'agit d'un droit « *à l'habeas data ou d'un droit à l'oubli* ». La référence au temps qui s'écoule est faite une nouvelle fois. Le droit servira à encadrer les fichiers contenant des données à caractère personnel pour limiter les durées de conservation.

26. - La Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>38</sup> a expressément donné son avis sur le contenu du droit à l'oubli pour apporter les arguments qui s'imposaient pour fournir un cadre aux listes noires.<sup>39</sup> Le droit à l'oubli, pour la CNIL aboutit au respect des libertés, en ce sens que le temps ne doit pas nuire aux individus et s'analyse en fonction des enjeux à protéger. Nous sommes favorables à croire que cet acte représente une étape forte qui pourrait mener vers la reconnaissance du droit à l'oubli. Ce n'est pas la première fois que la CNIL mentionne ce droit dans une délibération : pour exemple celle du 12 novembre 2002 ainsi formulée : « *les éditeurs de bases de données de décision de justice accessibles sur les sites Internet s'abstiennent, dans le souci du respect de la vie privée des personnes physiques concernées et de l'indispensable "droit à l'oubli", d'y faire figurer le nom et l'adresse des parties au procès ou des témoins*<sup>40</sup> ». Dans son rapport annuel, elle donne le contenu avec une précision surprenante du droit d'où l'intérêt que nous portons à cet acte.

---

<sup>33</sup> Loi n°78-17 du 6 janvier 1978, article 28

<sup>34</sup> Loi n°2004-801 du 6 août 2004

<sup>35</sup> Voir infra n°23

<sup>36</sup> Jean Frayssinet, professeur à la faculté de droit de l'Université d'Aix Marseille III, consultant en droit de l'informatique

<sup>37</sup> Jean Frayssinet, « *Informatique, fichiers et libertés* », éditions LITEC, 1992, page 74

<sup>38</sup> CNIL, institution créé par la loi du 6 janvier 1978 qui a pour objet de veiller au respect de la loi précitée

<sup>39</sup> 24<sup>e</sup> rapport d'activité annuel de la CNIL, page 186

<sup>40</sup> Délibération de la CNIL n°02-082 du 19 novembre 2002

**27.** - Ces conceptions aident à croire en la potentialité de la définition du droit à l'oubli. Cependant cette possibilité n'est pas unique. Il apparaît en fonction des créations doctrinales qu'un élément revient, un dénominateur commun est mis en relief. Il est certain que le droit a vocation à sauvegarder les intérêts d'autrui en cadrant les fichiers comportant les données à caractère personnel des individus dans le temps, en organisant ce que nous pouvons nommer « l'oubli ». A partir de ces déductions, lier les concepts entre eux est un exercice facilité. La doctrine puis la CNIL jouent un rôle déterminant pour apporter les bases qui servent à démontrer l'existence du droit à l'oubli.

**28.** - La définition est plus claire. Pour nous, le droit à l'oubli consiste en l'association de deux éléments qui participent à la préservation des droits des personnes : l'automatisme de la suppression des données après l'écoulement d'un certain délai fixé en fonction des finalités du traitement, aussi la mise à jour des informations lorsque le type de traitement l'exige. Nous assumons l'influence de la vision de la CNIL dans la proposition de cette définition. La notion du droit à l'oubli s'accompagne de la détermination de sa place parmi les autres droits.

## **Paragraphe II. La place du droit à l'oubli**

**29.** - Rapprocher le droit à l'oubli avec d'autres est un exercice nécessaire dans le but que nous poursuivons. Cet aspect permettra éventuellement d'observer l'autonomie du droit à l'oubli.

### **I. A la recherche des droits proches**

**30.** - La doctrine n'est pas riche en ce domaine et les auteurs mentionnent des droits ou catégories de droits qui contiendraient ce droit à l'oubli. Certains estiment qu'il appartiendrait à la liste des droits de la personnalité, d'autres lui donnent un sens dans le concept de la vie privée. La démonstration tentera d'être très enrichissante pour souscrire à une vision claire de la place du droit à « l'oubli » par rapport aux autres.

#### **A. Un droit de la personnalité**

**31.** - Les droits de la personnalité sont une catégorie développée par la doctrine. Il s'agirait de prérogatives suffisamment précises dans leur objet pour pouvoir être qualifiées de droits subjectifs et munies d'actions en justice. Sont habituellement classés dans cette

énumération, le droit à la vie, le droit à l'intégrité corporelle, le droit à l'honneur, le droit à la dignité, le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image. Ces notions ont toutes, valeur constitutionnelle et ont pris le qualificatif de droits fondamentaux.

**32.** - Le droit à l'oubli, quant à lui, est une notion exclusivement explicitée par la doctrine qui n'est pas reconnue comme tel par les autorités publiques. Il semblerait de ce fait qu'il n'entrerait pas dans ce rang et ne bénéficierait donc pas de la protection espérée.

Lorsque nous avons proposé une définition du droit à l'oubli<sup>41</sup>, il était toujours présenté comme une arme de sauvegarde des intérêts de chaque individu. Le droit à la vie privée a un contenu très large, y insérer ce droit pourrait se justifier.

## B. Un droit intégré à la vie privée

**33.** - Le droit à la vie privée est un droit fondamental. Il est consacré dans de grands textes fondamentaux. Pour illustrations, sur le plan international, le pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>42</sup> énonce en son article 17 *"nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son bonheur et à sa réputation"*.

**34.**- Sur le plan européen, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme signée le 4 novembre 1950<sup>43</sup> dispose que *"toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance"*. Ce droit fondamental a valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 18 janvier 1995<sup>44</sup> portant sur la loi relative à la vidéosurveillance.

**35.** - La jurisprudence a développé considérablement la portée de ce droit en matière civile et pénale. Les juges judiciaires ont pour mission la sauvegarde des libertés individuelles.

**36.** - Le Code civil d'abord, à l'article 9 édicte une règle de procédure d'urgence très efficace. *"Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé"*.

La jurisprudence des juridictions civiles montre que la protection de la vie privée a un champ d'application élargi et que le contenu de la vie privée a un rapport direct avec des éléments

---

<sup>41</sup> Voir supra n°28

<sup>42</sup> Texte des Nations-unies (ONU)

<sup>43</sup> Dans le cadre du Conseil de l'Europe

<sup>44</sup> Décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995

apparentés à des données à caractère personnel. Le terme d'intimité de la vie privée est associé naturellement aux données qui permettent l'identification de l'individu à qui le droit doit protection. Les juges sont sévères à l'encontre des atteintes portées à l'image d'une personne<sup>45</sup>, la confidentialité de son adresse personnelle<sup>46</sup>, sa vie affective<sup>47</sup>, son état de santé<sup>48</sup>. Dans un fichier licite au sens de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, qui contiendrait ce genre de renseignements, le droit à l'oubli participe au respect de la vie privée étant donné qu'il constitue les bases du système de sauvegarde des droits dans la loi de 1978. Dès lors, il ne constitue pas le droit à la vie privée mais participe à son respect. La jurisprudence ne le reconnaît pas malgré l'attachement au concept. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 novembre 1990 rappelle que les parties ne peuvent pas se prévaloir d'un droit à l'oubli. La requérante *''ne pouvant se prévaloir d'un droit à l'oubli pour empêcher qu'il en soit, à nouveau, fait état''*<sup>49</sup> »

**37.** - Le Code pénal ensuite à l'article 226-1 du Code pénal sanctionne les comportements qui révéleraient l'atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée. Tout responsable, d'un fichier nominatif exercé en violation des dispositions le régissant, encoure des peines d'emprisonnement et d'amende s'il n'efface pas les informations qui permettent l'identification d'une personne dans les délais prévus.

**38.** - Il paraît plus évident de rapprocher le droit à l'oubli à la vie privée. Dans un premier temps, son association tel quel dans la liste des droits de la personnalité n'a pas convaincu. Dans un second temps, sa place semble être au côté de la vie privée. Nous arrivons à le situer. Cependant son autonomie reste discutable.

## II. L'autonomie relative du droit à l'oubli

**39.** - Le paragraphe précédent pourrait inspirer à la détermination de l'autonomie de ce droit. Ce recueil présente un intérêt pour offrir le recul souhaitable. Associé au droit à la vie privée, il n'est pas autonome. L'autonomie d'un droit est celui qui ne dépend d'aucun autre, qui a ses propres règles pour exister. Toutes les fois que le droit positif se préoccupe des effets

<sup>45</sup> Crim. 20 oct. 1998 : Bull. Crim. N° 264

<sup>46</sup> Civ. 1re, 6 nov. 1990 : DALLOZ 1991, 353, note Prévault

<sup>47</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 1998 : Bull. Civ. I, n° 274

<sup>48</sup> Civ. 1re, 6 juin 1987 : Bull. Civ. I, n° 191

<sup>49</sup> Civ. I, 20 novembre 1990

néfastes du temps écoulé dans des cas précis, il prévoira un système de sauvegarde des intérêts. Alors le droit à l'oubli est mis en avant sans que son nom ne soit prononcé. Il est souvent repéré dans des situations concrètes. Par exemple et s'agissant d'un autre domaine, lorsque le droit au logement est traité, celui-ci n'a pas besoin d'autres précisions pour fixer son régime, son objet ; le but étant de garantir la nécessité d'un logement pour autrui. Quant à lui, le droit à l'oubli n'a pas d'objet précis. Il se rapporte à une situation en particulier. Le législateur ne pourra pas édicter une loi qui sauvegarde l'oubli sans d'autres explications. Elle n'aurait aucun sens si elle n'entre pas dans un cadre déterminé. « Protéger l'oubli pour quelque chose ». Afin de bien saisir les derniers propos, illustrons-les. Le législateur a organisé les modalités de l'oubli des délinquants notamment mineurs pour qu'ils puissent avoir une chance de réinsertion dans la société et éviter que toute leur vie, autrui se souvienne du passé peu louable de l'individu. L'objet est relatif à un cas concret. Le droit à l'oubli montre son intérêt et trouve à s'exprimer aussi dans les dispositions relatives à la prescription<sup>50</sup>. La question de l'autonomie permet de situer plus efficacement ce droit. Il est compris comme étant un « outil » aidant à la protection de certains intérêts fondamentaux. En est-il pour autant fondamental ?

## **Section II. La fondamentalité recherchée du droit à l'oubli**

**40.** - Mettre en relief un droit qualifié de fondamental présente un intérêt indéniable d'où la proposition de rechercher des liens entre le droit à l'oubli et la théorie de droit fondamental.

### **Paragraphe I. L'intérêt d'un droit fondamental**

**41.** - Le droit fondamental est défini par beaucoup d'auteurs depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Une synthèse des interprétations sera appréciable pour constater de la force sans équivoque d'un droit fondamental. Toutefois, la fondamentalité d'un droit ne s'impose pas pour lui attribuer la force et la protection qu'il mérite.

---

<sup>50</sup> Séverine LEGER-GRESSOT, « *l'oubli en droit pénal* », thèse soutenue le 22 décembre 2000

## I. La détermination de la qualification « Droit fondamental »

42. - « *La soif que la liberté inspire est toujours exaltante et son discours est plus porteur d'espoir que le silence et l'oppression. Encore faudrait-il ne jamais oublier qu'elle est un bien fragile et qu'à vouloir trop souffler sur la flamme, on risque de l'éteindre* »<sup>51</sup>.

Ces propos donnent le sentiment réellement que les libertés vivent telles des « pierres précieuses » pour l'Homme. Les droits fondamentaux ont subi une évolution incroyable. La doctrine fait la distinction entre plusieurs notions : libertés publiques, droits de l'homme, droit fondamental qui témoignent de la progression.

43. – La date du 26 août 1789 est devenue une référence car celle-ci a marqué le renversement par le peuple de l'Ancien régime caractérisé par son arbitraire. Ont été proclamés des droits qui touchent directement à la vie des personnes notamment la liberté d'aller et de venir, la liberté des opinions, d'expression etc.

44. - Dans un second mouvement, à une date unanimement reconnue, le préambule de la Constitution de la IV République française d'octobre 1946 adoptée par référendum, proclame des droits concernant surtout le travailleur. Ainsi, droits syndicaux, droits de grève sont autant de principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* » qui appartiennent à l'individu. Le préambule de cette Constitution fait partie intégrante des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». (PFRLR)

Le Conseil constitutionnel se base sur cette notion de PFRLR pour définir dans sa jurisprudence un certain nombre de principes à valeur constitutionnelle fondés sur les textes fondamentaux applicables dans notre droit.

45. - Enfin, sont venus se greffer relativement récemment à cette liste des droits fondamentaux dits « droits-créances » qui s'apparentent à de nouvelles exigences sociales. Ceci est la marque d'une société en pleine évolution. Pour illustration le droit au logement, le droit à la solidarité, le droit à la santé, le droit à la non-discrimination, appartiennent à la cette liste non limitative des « droits-créances »<sup>52</sup>. Le législateur, conscient des nouvelles attentes des personnes, construit généralement sa stratégie politique autour de ces grands thèmes et aménage la législation en vigueur.

---

<sup>51</sup> François TERRE, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris II), co-auteur de « *libertés et droits fondamentaux* », éditions Dalloz, 2002, page 6

<sup>52</sup> « Les droits à ... »

46. - Comment reconnaître un droit fondamental ? La jurisprudence du Conseil constitutionnel apporte énormément à ce propos. Le 29 juillet 2004, il a rendu une décision<sup>53</sup> après avoir été saisi de la conformité de la loi de transposition de la directive du 24 octobre 1995<sup>54</sup> relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Le corps du texte du Conseil ne fait pas apparaître de déclaration particulière et il serait aventureux d'interpréter l'esprit pour arriver à un certain résultat. D'ailleurs, lorsque le Conseil attribue à un droit, valeur constitutionnelle, il le dit expressément. Dans sa décision du 19 janvier 1995<sup>55</sup>, il reconnaît valeur constitutionnelle au droit au logement : « *Considérant qu'il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle* ».

47. - Nous regrettons que le Conseil n'ait pas saisi cette opportunité pour reconnaître la fondamentalité de la protection des données à caractère personnel. Par suite, il aurait été aisé d'affirmer par assimilation la fondamentalité du droit à l'oubli. Cependant, ce critère n'est pas le seul indice qui permet d'apprécier l'importance d'un droit.

## II. La fondamentalité d'un droit, critère dispensable

48. - Les caractères principaux des droits fondamentaux sont notamment qu'ils sont opposables aux pouvoirs publics, aux tiers et que l'individu ne peut pas y renoncer<sup>56</sup>. La loi n'a le droit de les limiter que pour protéger un intérêt supérieur ou prioritaire. De fait, la recherche de la fondamentalité d'un droit est intéressante mais elle n'est pas forcément déterminante pour en retenir la place de celui-ci car, du moment où il permet la sauvegarde des libertés individuelles, sa force n'a plus à être discutée.

49. - Jean Frayssinet<sup>57</sup> exprime cette idée selon laquelle le droit de la protection des données à caractère personnel protège l'ensemble des droits et libertés des personnes ; ces derniers n'étant pas nécessairement fondamentaux. A partir de ces théories, quelle est la force supposée du droit à l'oubli ?

---

<sup>53</sup> Décision n°2004-499 DC

<sup>54</sup> Directive n°95/46/CE

<sup>55</sup> Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995

<sup>56</sup> Un nain ne peut pas renoncer à sa dignité : Conseil d'Etat Ass. 27 octobre 1995, commune de Morsang-sur-Orge

<sup>57</sup> Professeur à la faculté de droit de l'université d'Aix Marseille III

## Paragraphe II. Le poids du droit à l'oubli

50. - Les argumentations des paragraphes précédents, notamment à propos de la définition, la perception du droit à l'oubli, de ses rapports avec d'autres droits, apportent les idées qui permettent d'aboutir à une déduction du poids du droit à l'oubli.

En d'autres termes, le droit à l'oubli peut-il être considéré comme un droit fondamental ? Il n'est pas risqué d'affirmer que ce droit est à géométrie variable. En d'autres termes, il a plusieurs fonctions qui ajoutent à son intérêt.

### I. Droit à l'oubli et droit fondamental

Une analyse de l'esprit des textes déduite de l'enchaînement des dispositions et la conception de l'oubli dans la notion de prescription sont autant de points qui penchent vers la qualification de droit fondamental.

#### A. La teneur de l'oubli dans des textes référents :

51. - L'article premier de la loi du 6 janvier 1978 n'a pas subi de modification<sup>58</sup>  
« *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ». En résumé, l'informatique ne doit pas porter atteinte aux droits et libertés des personnes.

52. - Ce principe pose l'idée selon laquelle les informations nominatives font l'objet d'une protection renforcée. Tout traitement d'informations personnelles est soumis au respect de conditions cumulatives et la loi de transposition votée le 6 août 2004<sup>59</sup>, de la directive du 24 octobre 1995<sup>60</sup>, donnent ces règles de licéité dans le chapitre qui suit **immédiatement** celui relatif aux principes et définitions.

53. - C'est dire à quel point le législateur tient à donner du poids à ces conditions.

---

<sup>58</sup> Le législateur avait l'occasion de procéder à une substitution de terme : le mot « personne » est plus approprié que « citoyen »

<sup>59</sup> Loi n°2004-801

<sup>60</sup> Directive n°95/46/CE

Parmi celle-ci, les données « *sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées* ». Le droit à l'oubli, même s'il souffre d'une reconnaissance qui n'est pas établie dans les textes, s'exprime profondément et sert à l'objectif de la loi rappelé par l'article premier précité.

**54.** - Jacques RAVANAS parle de « *cette faculté créatrice de toute rupture* », et de « *cette puissance positive dans la vie affective et dans l'action* » qui poussent à le considérer fortement.

**55.** - Catherine COSTAZ dit que l'oubli apparaît comme « *une liberté fondamentale de l'homme et mérite d'être protégé par le droit* ». Au fond, l'oubli pourrait s'élever au rang des droits de l'homme dans la mesure où ceux-ci reposent sur l'affirmation philosophique de certaines valeurs. Selon elle, « *l'oubli est une valeur essentielle, il tient à la nature même de l'homme<sup>61</sup> et refuser un droit à l'oubli, c'est nourrir l'homme du remords qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue.* »

**56.** - Tous ces propos n'emmènent pas à sa reconnaissance et la jurisprudence refuse de lui accorder la place espérée<sup>62</sup>. Comparativement au droit au logement, celui qui use de l'immeuble à usage d'habitation peut, en cas d'atteinte, faire valoir ses droits devant le juge. Le droit au logement est un droit fondamental. L'utilité de la protection est de préserver un intérêt fondamental. L'atteinte au droit à l'oubli peut révéler à l'encontre de la personne un dommage grave. L'application de la législation préventive de certains pays des Etats-Unis d'Amérique témoigne des dangers engendrés par la priorité attribuée à la mémoire. Lorsque la notion d'oubli se lie naturellement à certains concepts fondamentaux comme la prescription, l'envie est de le qualifier de droit essentiel à la vie des gens.

## B. La teneur de l'oubli dans le concept de la prescription

**57.** - La prescription de l'infraction et de la peine est celle qui, dans le premier cas éteint les poursuites contre l'auteur du fait dommageable et dans le second, fait échec à l'exécution des sanctions pénales. La prescription incarne un des droits fondamentaux de tous les systèmes juridiques modernes. Cette notion de prescription repose essentiellement sur l'oubli. La prescription de l'infraction est un domaine important du droit français et les articles 7 et suivants du code de procédure pénale s'inscrivent dans le titre préliminaire du dit code ;

---

<sup>61</sup> P. KAYSER, « *la protection de la vie privée* »

<sup>62</sup> Voir supra n°36

preuve d'une intention de poser l'oubli comme un des grands principes fondamentaux qui vont encadrer la mise en oeuvre des dispositions du code pénal. Ce dernier constitue une avancée indéniable pour bannir l'arbitraire. L'article 111-4 du code pénal énonce que « *la loi est d'interprétation stricte* », ce qui interdit d'engager la responsabilité pénale d'un individu sur un fondement qui n'aurait pas été prévu par le législateur. Le législateur a considéré que les infractions visées expressément dans le code pénal n'ont plus vocation à s'appliquer après l'écoulement d'un délai qui court généralement à partir de la commission de l'infraction.

**58.** - Socialement, elle peut être ressentie comme une forme d'échec de l'Etat en ce qu'il a failli dans sa mission de réparation des dommages subis à la société. Juridiquement, la prescription se fonde sur le caractère indispensable des mesures de l'oubli. La société s'est remise de comportements passés. Elle n'a plus à sanctionner des actes commis à une époque où la société était différente d'où cette limite à la répression constituée par l'oubli, par la prescription.

Cependant, certaines infractions traversent les générations d'hommes et de femmes qui gardent en mémoire des douleurs qui dépassent le cadre habituel. Par conséquent, la société attend une réponse punitive pour condamner les auteurs notamment des crimes contre l'humanité (imprescriptibilité prévue à l'article 213-5 du code pénal) ou encore des crimes contre les mineurs, énoncés à l'article 706-47 du code de procédure pénal, pour lesquels le législateur a récemment étendu la prescription à 20 ans à compter de sa majorité dans la loi du 9 mars 2004<sup>63</sup>.(Article 7 alinéa 3 du code de procédure pénale).

La prescription est un domaine psychologiquement lourd à traiter. Elle permet à une société d'accepter sa transformation et évoluer par rapport aux erreurs du passé. Elle est une notion de droit pénal vitale et le droit à l'oubli est intimement lié à ce concept.

Le débat est lancé et nous nous attacherons à donner au préalable les pensées de certains auteurs référents pour ensuite tenter de tirer une vision objective des choses.

---

<sup>63</sup> Loi n°2004-204 du 9 mars 2004

## II. Le droit à l'oubli, un droit fonctionnel

**59.** - Le droit à l'oubli existe. Droit fondamental pour certains, simple droit pour d'autres, comment imaginer l'évolution de ce droit ? La réponse à la question est liée inéluctablement au développement de la société et à l'application de la loi « informatique, fichiers et libertés ». Les gens ne se préoccupent pas du problème lié au devenir des données qu'ils dissipent à leur insu, parce qu'ils n'en connaissent pas les enjeux. Les bases de données jurisprudentielles sont pauvres en matière d'action sur le fondement de la loi du 6 janvier 1978. La raison en est simple : les individus agissent peu sur ce fondement. Les informations nominatives restent dans le domaine du virtuel sauf si surviennent des répercussions préjudiciables.

**60.** – De fait, pour être contre l'opportunité de reconnaître le droit à l'oubli, nous pourrions arguer que le droit positif contient les gardes-fous suffisants pour protéger les individus. En cas de préjudice, le droit à l'oubli constituerait un argument secondaire. La violation des règles de la loi peut-elle faire naître à elle-seule un préjudice ? L'article 226-16 du code pénal va dans ce sens car il prévoit la responsabilité pénale même en cas de négligence de la violation de la loi. Le droit à l'oubli serait fonctionnel.

**61.** – La particularité du droit est qu'il obéit à ses propres règles. « Nul n'est censé ignorer la loi » est une présomption dont son renversement est aisé. Dans la société actuelle, personne n'a idée de tous les fichiers qui traitent de leurs données à caractère personnel. La proclamation du droit à l'oubli aura l'avantage de la publicité. Certainement que les fonctions du droit à l'oubli éclateront lorsque le droit positif le saisira formellement.

**62.** – Le droit à l'oubli présente tous les critères pour devenir un droit fondamental. Il a une âme et pourrait être à la source d'un changement dans les équilibres économiques. Sa situation profite à ceux qui ont les moyens techniques pour user des données à leur bon vouloir. Dans le domaine contractuel, le législateur tend à protéger le consommateur s'agissant des clauses abusives dont la liste indicative est insérée dans le code de la consommation. Dans le même esprit, il faudrait venir assurer la sécurité des gens en les incitant à agir au nom du droit à l'oubli. Sa notion a pu être dégagée, reste à en donner ses caractères.

## Chapitre II. Les caractères du droit à l'oubli

63. – L'étude qui suit est consacrée à la détermination de l'étendue du droit à l'oubli en pratique. Dans un premier temps, la doctrine l'associe parfois maladroitement à des notions de droit pénal alors même qu'il faudrait préférer parler « de l'oubli » et non de « droit à l'oubli » car il présente des caractères propres qui ne doivent pas être confondus. Dans un second, il est inséré sans que le terme ne soit employé directement, dans des textes législatifs créés dans un souci de protection des libertés individuelles.

### Section I. Le droit à l'oubli confondu à des notions de droit pénal

64. - La doctrine associe souvent maladroitement le droit à l'oubli avec des notions fortes du droit pénal. Ces concepts, par leurs effets, mettent en cause un certain passé mais toutefois, faut-il parler de droit à l'oubli ou de seulement d'oubli ? La définition de l'ensemble « droit à l'oubli » est valable pour nous<sup>64</sup> à toutes les situations tout en ajoutant que la reconnaissance d'un droit suppose sa protection par le juge.

#### Paragraphe I. La prescription

Le droit français fait la distinction entre la prescription civile et pénale et dans un souci de pédagogie, nous la reprenons.

65. - La prescription civile est consacrée par le titre vingtième du code civil. D'abord se définit comme « *la consolidation d'une situation juridique par l'écoulement d'un délai. La prescription est acquisitive lorsque l'écoulement du délai a pour effet de faire acquérir un droit réel à celui qui en fait l'exerce. Elle est extinctive lorsqu'elle fait perdre un droit réel ou un droit personnel du fait de l'inaction prolongée du titulaire du droit* »<sup>65</sup>.

66. - La loi détermine les délais. Par exemple l'article 2262 du code civil énonce « *toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.* »

---

<sup>64</sup> Voir supra n°28

<sup>65</sup> *Termes juridiques*, 10<sup>e</sup> édition, 1995

67. - La définition de la prescription pénale n'est pas reprise étant donné qu'elle a fait l'objet d'une attention particulière préalablement lorsque l'étude portait sur la détermination des liens étroits entre la prescription et le concept de l'oubli pour en tirer son essence<sup>66</sup>. La justification principale portait sur l'intérêt de l'oubli. En effet la sanction, pour être efficace, doit frapper rapidement. En revanche, passé un certain temps, la répression perdrait beaucoup de son utilité.

La doctrine insiste sur le fait également que le délinquant a pu comprendre son acte et se « ranger » pour le restant de son existence. Ainsi, la machine judiciaire ne servirait plus à remplir sa fonction de répression. En matière de preuve, les professionnels du droit ont conscience que plus le temps s'écoule et moins le responsable d'une infraction n'a de chance d'être inquiété. La prescription peut se justifier en ce sens que les erreurs judiciaires seraient évitées par ce biais.

68. - Le simple constat du délai écoulé déclenchant la prescription aboutit à un résultat notamment de refuser de poursuivre sur une infraction considérée. Les acteurs du procès pénal ou civil ont l'obligation de faire droit à une exception de poursuite basée sur sa prescription. Dans notre définition, a été mis en avant le principe d'automatisme d'effacement des données. L'appliquer à la prescription semble logique. Automatiquement, en droit pénal, la vie d'une infraction commise prend fin, en matière civile, le titulaire d'un droit perd son action. En d'autres termes, en matière de prescription, nous pouvons parler de droit à l'oubli. La question se pose pour l'amnistie.

## Paragraphe II. L'amnistie

69. - La doctrine estime que l'amnistie constitue une mesure d'oubli qui efface rétroactivement le caractère délictueux des faits entraînant la disparition de l'élément légal<sup>67</sup>. « *Synonyme de pardon légal. Sans effacer les faits matériels et leurs conséquences civiles, l'amnistie, prévue par une loi, éteint l'action publique et efface la peine prononcée* »<sup>68</sup>

L'amnistie se définit comme étant un acte émanant du Parlement qui a pour objet de prescrire formellement l'oubli et le pardon en faveur de certaines personnes condamnées ou en phase de l'être. Pour telle infraction ou telle catégorie d'infraction, elle prohibe les poursuites, arrête les procédures en cours, annule les condamnations.

---

<sup>66</sup> Voir supra n°57 et 58

<sup>67</sup> Jacques BORRICAND et Anne-Marie SIMON, Droit pénal ; Procédure pénale, 3<sup>e</sup> édition, 2002

<sup>68</sup> Termes juridiques, édition Dalloz, 10<sup>e</sup> 1995

**70.** - L'amnistie se distingue à cet égard de la grâce qui est « *une mesure de clémence prise par le Président de la République en vertu d'un droit qu'il tient de la Constitution de 1958 (a. 17) ; elle soustrait le condamné à tout ou partie de la peine (remise de peine) ou diminue la gravité de celle-ci (commutation de peine)*<sup>69</sup> ».

**71.** - L'étymologie du mot révèle que les Grecs l'utilisaient<sup>70</sup>. Assurément, la première loi d'amnistie fut adoptée en l'an 403 avant Jésus-Christ sous l'impulsion de l'Athénien THRASYBULE qui a restauré la démocratie à Athènes. L'amnistie proclamée visait à mettre fin aux conflits au sein de la cité<sup>71</sup>. Ce droit est dévolu au pouvoir législatif depuis la troisième République<sup>72</sup>.

**72.** - La Cinquième République française du 4 octobre 1958 est une période durant laquelle les lois d'amnistie se sont multipliées. Elles représentent souvent un argument politique fort. Ainsi, à chaque élection présidentielle, une loi d'amnistie prend usuellement naissance.

**73.** - Par ordre décroissant, sont présentées les différentes lois d'amnistie depuis la Constitution de la Cinquième République :

- Loi n°2002-1062 du 6 août 2002
- Loi n°95-884 du 3 août 1995
- Loi n°90-33 du 10 janvier 1990
- Loi n°89-473 du 10 juillet 1989
- Loi n°88-828 du 20 juillet 1988
- Loi n°81-736 du 4 août 1981
- Loi n°72-1127 du 21 décembre 1972
- Loi n°69-700 du 30 juin 1969
- Loi n°66-409 du 18 juin 1966
- Loi n°66-396 du 17 juin 1966
- Loi n°59-940 du 31 juillet 1959
- Loi n°58-526 du 9 juin 1958
- Loi n°51-18 du 5 janvier 1951
- Loi n°46-729 du 16 avril 1946

---

<sup>69</sup> Jacques Borricand, Anne-Marie Simon, « *droit pénal, procédure pénale* », 3<sup>e</sup> édition, 2002, p. 224

<sup>70</sup> « Effacer » en grec

<sup>71</sup> Faisant suite au changement politique intervenu

<sup>72</sup> Loi constitutionnelle du 25 février 1875

Le nouveau Code pénal donne les effets de l'amnistie aux articles 133-9 à 133-11 et chaque loi rappelle les conditions pour que l'individu bénéficie de la loi d'amnistie. Toutefois, notre intérêt porte sur les effets de l'amnistie.

Les effets de l'amnistie :

**74.** - Selon le nouveau code pénal, trois effets principaux peuvent être relevés :

D'abord l'amnistie est une mesure relative d'oubli qui a pour effet de supprimer rétroactivement le caractère délictueux des faits auxquels elle s'applique. Le nouveau Code pénal dit « *L'amnistie efface les condamnations prononcées ou éteint l'action publique*<sup>73</sup> ». Cependant, la mesure reste relative étant donné que l'oubli ne sera pas réalisé complètement. La doctrine distingue clairement deux phases :

*L'amnistie intervient avant une condamnation définitive :*

**75.** - Dans le cas où les poursuites n'auraient pas été encore engagées, le responsable ne sera pas inquiété pour les faits entrant dans le champ de l'amnistie. Dans l'hypothèse contraire, c'est à dire les poursuites auraient déjà été déclenchées, la juridiction d'instruction rendra un non-lieu ou une relaxe prononcée par la juridiction de jugement. La jurisprudence parle de « cristallisation des qualifications. » Ainsi, le fait délictueux amnistié ne peut pas entrer sous une autre qualification pénale.

*L'amnistie intervient après une condamnation devenue définitive :*

**76.** - Les condamnations sont annulées étant donné qu'un des éléments constitutifs de l'infraction à savoir l'élément légal disparaît. Par conséquent, tous les documents relatifs au passé délictueux de l'intéressé seront effacés. L'article 22 de la loi du 6 août 2002 prévoit en ce sens que « *cesseront d'être mentionnées au casier judiciaire les condamnations prononcées par des juridictions autres que les juridictions françaises pour les infractions de la nature de celles qui sont mentionnées au chapitre Ier commises avant le 17 mai 2002.* »

L'article 133-9 énonce à ce propos que « l'amnistie efface les condamnations prononcées ». Cette mesure est une exception du code pénal. En principe, les lois nouvelles plus douces ne s'appliquent qu'en faveur du délinquant qui peut encore exercer des recours devant une juridiction française<sup>74</sup>. L'amnistie a un champ d'application large.

---

<sup>73</sup> Article 15 alinéa 1 de la loi du 6 août 2002

<sup>74</sup> Article 112-1 alinéa 3 du code pénal

**77.** - Ensuite l'article 133-11 du nouveau Code pénal dispose que « *Il est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation* ».

**78.** - Ces dispositions sont systématiquement rééditées dans les différentes lois d'amnistie et les sanctions sont prévues en cas de violation de cet article. La dernière loi<sup>75</sup> portant amnistie précise que « *Toute référence à une sanction ou à une condamnation amnistiée sur le fondement de la présente loi est punie d'une amende de 5 000 Euros. Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction définie au présent alinéa. La peine encourue par les personnes morales est l'amende, dans les conditions prévues par l'article 131-38 du code pénal.*<sup>76</sup> »

**79.** - Le domaine d'application de cette loi de 2002 semble plus large concernant les personnes qui ont l'obligation de tenir ce genre d'informations secrètes. Il ne s'agit pas « *des personnes dans l'exercice de leurs fonctions* » mais de toute personne quelle que soit sa qualité professionnelle. Au regard des précédentes lois et du Code pénal, la loi du 6 août 2002 apparaîtrait ainsi plus protectrice de l'oubli.

**80.** - Enfin, le troisième effet principal concerne les tiers qui pourront tout de même déclencher la responsabilité civile de la personne qui a bénéficié de la mesure d'amnistie<sup>77</sup>. Il est certain que l'infraction a souvent comme conséquence de porter préjudice à autrui. La réparation des dommages est un critère fondamental dans une société moderne. L'équilibre nécessite toujours de rechercher les intérêts en cause.

**81.** - L'amnistie appartient au pouvoir politique qui s'en servira à l'occasion d'une stratégie politique préétablie. Le domaine de l'amnistie varie ainsi en fonction de la volonté politique du moment. Le constat est celui-ci : la dernière loi d'amnistie est plus restrictive que

---

<sup>75</sup>Loi n°2002-1062 du 6 août 2002

<sup>76</sup> Article 15 alinéa 3 de la loi du 6 août 2002

<sup>77</sup> Article 133-10 du nouveau Code pénal

celle de celle de 1995<sup>78</sup>. Le législateur est plus prudent et « oubli » moins parce que la société change, la sécurité est un enjeu politique très fort aujourd'hui à cause notamment du développement de la délinquance, des actes terroristes.

**82.** - La population a besoin de sentir une relative paix. Par conséquent la loi d'amnistie dans l'ensemble concerne moins de catégories d'infractions en comparaison avec les premières lois qui s'étendaient à toutes les formes de délinquance. L'automatisme de l'oubli est conditionnée à une intervention du législateur. Un droit essentiel à la vie des gens n'appartient pas à la volonté des élus<sup>79</sup> mais, au contraire, s'impose à eux. Si nous classions le droit à l'oubli parmi les droits fondamentaux, il sera inhérent à la personne humaine. En d'autres termes, nous refusons d'associer « amnistie » et « droit à l'oubli ». L'amnistie est une mesure d'oubli mais n'est point un droit à l'oubli.

Dans le même raisonnement, la réhabilitation découle-t-elle de l'oubli ou d'un droit à l'oubli ?

### **Paragraphe III. La réhabilitation**

**83.** - La réhabilitation est une mesure d'indulgence qui récompense la bonne conduite durable d'un ex-condamné et lui rend la situation légale qu'il a perdu du fait de sa condamnation<sup>80</sup>. Elle a pour effet principal d'effacer la condamnation exécutée qui n'apparaît plus dans le casier judiciaire et de façon secondaire elle permet l'extinction de la totalité des peines complémentaires.

**84.** - Cette mesure est distincte de l'amnistie parce qu'elle ne vaut que pour l'avenir et a pour objectif de remettre les compteurs au point zéro. Le passé judiciaire de l'individu restera dans sa mémoire et plus dans celle des autorités entraînant la réhabilitation de tous ses droits perdus. Dans une hypothèse, véritablement se manifestera le droit à l'oubli. Par contre, dans une autre, il ne le sera pas. Il existera lorsque la réhabilitation interviendra de plein droit<sup>81</sup>. Autrement dit, la réunion de conditions données par le texte entraînera automatiquement la réhabilitation. A l'inverse, la réhabilitation judiciaire est soumise à l'acceptation de l'autorité judiciaire. Le droit à l'oubli n'est pas concerné malgré que les effets de l'oubli seront similaires.

La prescription et la réhabilitation de plein droit sont des concepts de droit liés au droit à l'oubli. Par contre l'amnistie et la réhabilitation judiciaire organisent l'oubli mais ne peuvent

---

<sup>78</sup>Loi n°95-884 du 3 août 1995, loi portant amnistie

<sup>79</sup> Voir supra n° relatif à la fundamentalité d'un droit

<sup>80</sup> Article 133-12 du code pénal

<sup>81</sup> Article 133-13 du code pénal

en aucun cas être confondues au droit à l'oubli, de part ses propres caractères, qui participe à la protection des libertés individuelles. Puisqu'il est acteur de la sauvegarde des droits et libertés, il exprime un nouveau caractère.

## **Section II. Le droit à l'oubli, protecteur des libertés individuelles**

**85.** – La loi du 6 janvier 1978<sup>82</sup> constitue le texte référence du droit à l'oubli. Ses caractères y sont présentés. Nous décrétons l'affirmation du droit à l'oubli dans ce corps. Sous l'influence de la loi « informatique, fichiers et libertés », d'autres situations légales ont pris naissance. C'est la raison pour laquelle nous considérons que la date du 6 janvier 1978 a provoqué l'essor du droit à l'oubli.

### **Paragraphe I. L'affirmation du droit à l'oubli**

#### **I. Au plan national : La loi du 6 janvier 1978**

La méthode consistant à poser les choses sert à leur compréhension.

##### **A. Le contexte de la loi**

**86.** - Les progrès de l'informatique sont inestimables. Ils ne doivent surtout pas être remis en cause et sont la preuve que la société vit. Cependant, malgré les apports de l'informatique, il est nécessaire constamment de vérifier les équilibres entre tous les intérêts en présence. L'apport des systèmes automatisés facilite indéniablement le quotidien des utilisateurs.

**87.** - Le respect des droits des individus est une priorité. La sauvegarde des libertés reste une option qui a été prise depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>83</sup>. L'article 4 de ce texte énonce en des termes très forts que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

**88.** - Chacun peut décider de procéder au traitement de données. Le législateur, constatant des dérives insupportables à l'encontre des droits des personnes, est intervenu le 6 janvier 1978.

---

<sup>82</sup> Loi n°78-17

<sup>83</sup> DDHC, 26 août 1789

**89.** - L'Académie française définit le terme « informatique » ainsi : « *l'informatique est la science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines, technique, économique et social* ».

Dans le cadre de notre étude, deux notions de cette définition sont à relever : le traitement, l'information.

**90.** - Le terme « information » est délicate à définir. Il est admis qu'elle représente les données qui auraient été transformées sous une forme significative. La loi du 6 janvier 1978 a fourni la définition de ce qu'elle entendait protéger. Les données nominatives « *sont réputées nominatives au sens de la présente loi, les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale* ».

**91.** - Le traitement, quant à lui, serait la manière d'agir, de se comporter pour obtenir un résultat déterminé. L'inquiétude est logique. En effet, le fait de traiter des données relatives à des personnes sans leur attribuer des droits, reviendrait à méconnaître les apports de l'informatique. Les destinataires enregistrent des données dans le but d'aboutir à un résultat prédéterminé. Ce résultat peut être légitime mais la question est bien celle de la préservation des droits des personnes et c'est la raison pour laquelle les députés et sénateurs se devaient d'intervenir pour encadrer les traitements qui se développaient pour le compte des pouvoirs publics mais également des personnes privées. Les autorités publiques, ont vu une occasion formidable pour développer les opportunités de contrôle de la population.

**92.** - Professeur à la faculté de droit de l'Université d'Aix Marseille III, Jean FRAYSSINET a mis en évidence l'intérêt pour le législateur d'intervenir<sup>84</sup> :

« *La multiplicité des cas survenus depuis dix ans, amènent à considérer qu'en changeant de dimension, le problème de la défense des droits et libertés face au développement des nouvelles technologies de l'informatique a changé de nature : il réclame alors une réponse adaptée, le droit existant avant 1978 n'apportant que des solutions partielles et inadéquates. L'objet de la loi est de prévenir les atteintes aux droits et libertés, et de donner aux individus un droit de regard sur l'usage et la qualité des données les concernant* ».

**93.** - La protection des libertés a été l'enjeu principal de la loi du 6 janvier 1978<sup>85</sup>. Le législateur énonce les règles à respecter pour le traitement des données. Parmi ces règles, des

---

<sup>84</sup> Jean FRAYSSINET « *Informatique, fichiers et libertés* », Edition LITEC, 1992

<sup>85</sup> Loi n°78-17 du 6 janvier 1978

dispositions relatives à la durée de conservation sont édictées. Il nous semble que, précisément, elles constituent la base du système de protection.

#### B. L'avènement du droit à l'oubli : article 28 de la loi du 6 janvier 1978

**94.** - Le droit à l'oubli n'est pas reconnu malgré son emploi dans des recommandations de la CNIL<sup>86</sup>. Il n'a donc pas de régime qui lui serait propre et sa violation ne fait pas l'objet de sanctions devant le juge<sup>87</sup>. En fonction des explications qui précèdent sur la nécessité de protéger les droits des personnes et l'opportunité saisie par le législateur en 1978, nous allons tenter d'identifier ce droit à l'oubli. Aucun droit n'entourait le traitement des données avant la loi « informatique, fichiers et libertés ». Nous supposons ainsi que l'existence du droit à l'oubli ne peut être recherchée qu'à partir de cette date<sup>88</sup>.

**95.** - La loi précitée contient 7 chapitres. L'enchaînement a consisté à présenter plusieurs éléments à savoir les définitions essentielles permettant la compréhension du dispositif mis en place, la rédaction d'un chapitre entier consacrée à l'institution nouvelle appelée « Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>89</sup> » chargée de veiller au respect de la loi, la détermination de la procédure à mettre en œuvre pour permettre les traitements automatisés. Le chapitre IV est intitulé « collecte, enregistrement et conservation des informations ». Cet enchaînement s'explique de la sorte : le cadre et la précision des règles essentielles au respect des droits suite à la mise en œuvre du traitement sont posés.

**96.** - L'enjeu est la protection des libertés. La collecte doit être loyale, licite « *La collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite<sup>90</sup>* ». Un droit d'opposition est attribué, une obligation d'information envers les destinataires du traitement est érigée<sup>91</sup>. L'article 28 de la loi est relatif aux modalités de durée de conservation. Ces modalités participent pleinement à la réalisation de la protection des données. Le texte pose que les données nominatives ne sont conservées que le temps nécessaire à la « *réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées* » de façon licite.

**97.** - Toujours dans ce souci de trouver un équilibre entre les intérêts en présence, ce principe souffre d'exceptions limitativement exprimées dans le texte de loi :

---

<sup>86</sup> Délibération n°88-052 du 10 mai 1988

<sup>87</sup> Voir supra n°36

<sup>88</sup> Cette supposition ne concerne pas les délinquants

<sup>89</sup> CNIL

<sup>90</sup> Article 25 de la loi

<sup>91</sup> Article 27 de la loi

- Les données nominatives peuvent être conservées « à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ». Cependant, le choix des informations suivra le régime établi par la loi du 3 janvier 1979 sur les archives<sup>92</sup>.
- Les personnes qui font l'objet du traitement doivent consentir expressément à la conservation de leurs données.
- La CNIL autorise cette conservation lorsqu'il en va de l'intérêt « des personnes concernées ».

**98.** - Le système de protection des données nominatives repose sur les modalités de conservation. Les individus ont ce droit de ne plus figurer dans des fichiers pour plusieurs raisons notamment une situation personnelle à un moment donné de la vie qui reste un élément de son passé. Les agissements d'autrui n'ont pas à venir troubler son présent sans son consentement exprès. En quelque sorte, le droit à l'oubli a une existence dans ce texte. Les mêmes raisons qui animent le régime de conservation du passé des délinquants se valent au même titre ici. Pourquoi n'appliquer l'oubli qu'aux personnes qui ont fait l'objet de condamnations devant un juge ? Le délinquant a payé sa dette, il doit être réinséré dans la société. Cet argument est repris pour justifier l'effacement des condamnations de son casier judiciaire.

**99.** - La loi du 6 janvier 1978 dit qu'étant donné l'évolution des techniques, la vie des individus peut être retracée et ainsi leur porter préjudice à un moment donné<sup>93</sup>. Pour illustration, aujourd'hui, la CNIL s'investit dans le problème soulevé par les listes noires établies par les sociétés commerciales pour se protéger des « mauvais payeurs ». Il peut arriver que le client traverse une période délicate entraînant une inexécution d'une obligation de payer. Il sera fiché dans une liste de mauvais payeurs et perdra maintes opportunités pour l'acquisition d'un bien quelconque pendant un temps qui n'est pas défini.

**100.** - L'atteinte à ses droits est caractérisée, car, redevenu « in bonis », le commerçant refuse de contracter à cause de son inscription sur cette liste de « mauvais payeurs ». L'importance du droit à l'oubli surgit complètement et à ce propos, il est intéressant de constater que la CNIL, officiellement dans son 24<sup>e</sup> rapport d'activité annuel de 2003<sup>94</sup> vise le droit à l'oubli et l'intérêt de sa protection. Le droit d'accès à ces fichiers aurait permis à l'intéressé de demander la modification des informations antérieurement recueillies.

---

<sup>92</sup> Loi n°79-18 du 3 janvier 1979

<sup>93</sup> Voir infra le développement sur les listes noires

<sup>94</sup> Rapport de la CNIL, 24<sup>e</sup> page 186

## II. Sur le plan européen

**101.** - Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne protègent les droits des individus dont leurs données sont insérées dans des fichiers. La protection s'exerce notamment grâce à la place accordée au droit à l'oubli. La distinction entre ces deux institutions de l'Europe est celle de l'intégration des Etats-membres. Il s'agit d'une coopération dans le Conseil de l'Europe mais d'une véritable intégration avec transfert de compétences étatiques dans l'Union européenne.

### A. Le conseil de l'Europe

**102.** - La convention « 108 » du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel marque un changement d'état d'esprit des Etats européens.

**103.** - Le Conseil de l'Europe a été créé suite aux évènements tragiques de la seconde guerre mondiale. Son statut est officiellement signé le 5 mai 1949 à La Haye. « *Les Etats européens ont pris conscience de la nécessité de s'unir afin de mettre en avant leurs traditions et valeurs culturelles, juridiques et morales communes : la démocratie, l'Etat de droit, le respect des droits de l'homme* »<sup>95</sup>.

**104.** - Le Conseil de l'Europe repose sur des principes de concertation intergouvernementale. Il édicte des actes qui ont pour objet la préservation des grandes valeurs fondamentales telles le respect des droits de l'homme. L'illustration que nous prenons est la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme signée le 4 novembre 1950.

**105.** - La Convention 108 a été pensée et rédigée dans le même esprit que la loi française. Elle est relative à la protection des données à caractère personnel. Sept chapitres et vingt-sept articles composent le texte. Le chapitre II s'intitule « principes de base pour la protection des données ». Parmi ceux-ci, nous remarquons que l'article 5 concerne les qualités requises par les données enregistrées. En cinquième position, la durée de conservation des données est présentée comme constituant un principe de base. « *Les informations sont « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées* ». Les termes s'apparentent vraiment à ceux de la loi du 6 janvier 1978<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Harald W. RENOUT, « *Institutions européennes* », manuel, édition Paradigme, 2002-2003

<sup>96</sup> Article 28 de la loi du 6 janvier 1978

**106.** - L'acte du Conseil de l'Europe prévoit même la possibilité pour toute personne d'« *obtenir, le cas échéant, la rectification de ces données ou leur effacement lorsqu'elles ont été traitées en violation des dispositions du droit interne donnant effet aux principes de base énoncés dans les articles 5 et 6 de la présente Convention* ». En comparaison, l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 donne à l'intéressé un droit d'accès et peut demander au destinataire du traitement d'effacer ses données. Véritablement, l'individu peut jouer un rôle dans le contrôle des données lui appartenant et ces dispositions participent à respecter ce droit à l'oubli.

**107.** - La Convention 108 est entrée en vigueur le 01 octobre 1985<sup>97</sup> mais les garanties obtenues par la loi du 6 janvier 1978 enlèvent de l'intérêt à ce texte. Toutefois, il est relativement intéressant de constater que les modalités de conservation des données font partie des principes qui sauvegardent les droits de l'homme.

## B. L'union européenne

**108.** - La construction européenne est longue et loin d'être achevée. Les premières bases ont été édifiées par le traité de Paris le 18 avril 1951 créant la communauté européenne du charbon et de l'acier. La signature du traité de Rome le 25 mars 1957 constitue la marche principale de l'édifice<sup>98</sup>. Aujourd'hui, l'Europe évolue progressivement politiquement, socialement, économiquement dans l'Union européenne créée par le traité de Maastricht du 7 février 1992. Elle se compose de 25 Etats depuis l'élargissement effectué le 01 mai 2004. L'originalité de cette institution par rapport au Conseil de l'Europe est que les Etats-membres ont accepté de transférer une partie de leurs compétences étatiques afin d'harmoniser au mieux possible les politiques européennes.

**109.** - De là, l'Union européenne a des compétences spécifiques et les institutions qui l'a composent<sup>99</sup> ont chacune leurs attributions. La charte des droits fondamentaux a été signée le 7 décembre 2000 à Nice par les représentants du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Nous donnons ces éléments pour accorder davantage de valeur à ce qui suit. Cette charte est le fruit d'une procédure originale et contient une énumération de droits fondamentaux.

---

<sup>97</sup> 5 ratifications dans les Etats-membres suffisent pour l'entrée en vigueur du texte

<sup>98</sup> Nous ne rappelons pas toute l'histoire de la construction européenne

<sup>99</sup> Conseil des ministres, Parlement européen, Commission, Cour de justice, Cour des comptes

**110.** - La doctrine est unanime pour signaler que, pour une première fois, un texte unique de l'Union européenne reprend l'ensemble des droits civiques, politiques, économiques et sociaux des résidents sur le territoire de l'Union.

L'article 8 de la charte énonce que les données à caractère personnel « *doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification* ».

**111.** - Ce texte a énormément de significations. Nous prenons le risque d'en déduire la présence du droit à l'oubli. La loyauté est apparentée à la probité, l'honnêteté à la bonne foi. A côté, l'expression « *à des fins déterminés* » signifie que, la finalité du traitement doit être spécifiée à la personne car celle-ci joue un rôle déterminant en apportant son consentement. La loi peut déroger à ces principes. En raison de la loyauté, lorsque nous sommes en présence d'un traitement de données, la personne fichée a normalement connaissance du temps pendant lequel elle restera dans ce fichier. Si elle ne consent plus à la conservation de ses données, elle peut faire valoir son droit à la suppression des données.

**112.** - Selon nous, la loyauté contient le respect du droit à l'oubli. En comparaison, en droit des contrats, le contractant a l'intention de vendre son bien. Son partenaire ne doit pas entrer en possession de cette chose en pensant qu'il est le bénéficiaire d'une donation. Il faut raisonner en terme de finalité du traitement et cette notion de finalité fait partie intégrante de la politique de la CNIL. Celle-ci raisonne en terme de finalité. Tant que le fichier continu à exister pour un même but **consenti**, la loyauté est présente. Maintenant, la loi peut y déroger et nous pensons aux fichiers des autorités publiques. « *L'autorité indépendante* »<sup>100</sup> veillera au respect des droits.

Le constat est que ces dispositions présentent un intérêt pour nous car, puisque le droit à l'oubli y est ressenti dans ce texte fondamental, son importance est retentissante.

**113.** – Tous ces écrits officiels nationaux et européens confortent nos arguments sur l'existence du droit à l'oubli. Les mots-clés désignés, finalité du traitement, durée dépendante de la finalité, loyauté, consentement, ont imprégné l'esprit des textes. Puisque ces notions mises ensemble montrent manifestement les fonctions du droit à l'oubli, l'aboutissement serait de reconnaître ce droit.

---

<sup>100</sup> Article 8 « in fine » de la Charte

**114.** - L'action gouvernementale, les initiatives privées ont, à partir de la loi du 6 janvier 1978, dû exercer leurs libertés en tenant compte des dispositions de la loi. Les fichiers constitués présentent, pour leur grande majorité, le point commun de viser la loi de 1978. Chaque acte procède selon son objet. Cependant, les garanties sont celles de la loi d'où, le respect logique du droit à l'oubli. Il est souhaitable à ce stade de nos développements d'indiquer que l'objectif a été posé et reste celui d'établir l'existence du droit que nous traitons. Il ne s'agit pas de faire étalage de tous les textes en vigueur mais simplement de ceux qui viennent appuyer notre argumentation. En d'autres termes, les dispositifs qui, à ce jour, portent atteintes au droit à l'oubli seront traités dans la seconde partie de l'étude.

## **Paragraphe II. L'essor du droit à l'oubli en faveur des libertés**

**115.** - Le dénominateur commun à chacun des textes interprétés est qu'ils visent tous, la loi du 6 janvier 1978. Il n'existe pas d'exceptions à la licéité. Tout fichier, quel que soit son origine est concerné par la loi. Au regard des nouvelles dispositions de la loi du 6 août 2004 modificative de la loi du 6 janvier 1978 transposant la directive du 24 octobre 1995, les fichiers sont illicites s'ils remplissent des conditions énoncées par la loi. Les traitements, ainsi, ont l'obligation d'en tenir compte pour rester dans la légalité. La loi modificative est récente et nos références textuelles se basent sur la loi initiale du 6 janvier 1978. Toutefois, l'esprit ne change pas et les principes détaillés dans la loi nouvelle étaient présents dans la loi initiale par interprétation.

### **I. Règles applicables à tout fichier**

**116.** - La CNIL ne manquera pas de sanctionner un fichier qui ne respecterait pas les principes érigés mais encore faut-il que celui-ci soit déclaré. Les termes explicités dans la nouvelle loi mais qui se déduisaient dans l'ancienne, sont la preuve que le législateur a entendu être ferme dans la protection des individus. La « *finalité* » est réellement le noyau dur du dispositif. Dès lors que, le fichier ne répond plus à sa finalité, les données contenues doivent être supprimées.

**117.** - L'article 6 de la loi nouvelle expose effectivement que les données « *sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées* ». En comparaison le texte initial énonçait « *Au-delà de la durée nécessaire à la*

*réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées, les informations ne peuvent être conservées sous une forme nominative qu'en vue de leur traitement à des fins historiques, statistiques ou scientifiques. Le choix des informations qui seront ainsi conservées est opéré dans les conditions prévues à l'article 4-1 de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives »*

La loi du 6 août 2004 est comparable à la loi initiale. La version se distingue cependant par une écriture positive. La durée de conservation des informations dépend obligatoirement de la finalité du fichier et des procédés de mise à jour sont à prévoir « *si nécessaire* ». La CNIL est particulièrement en phase avec la loi car, elle livre, dans son 24<sup>e</sup> rapport annuel, le contenu du droit à l'oubli. Si nous osions réaliser des rapprochements, il est certain qu'il serait aisé de considérer que la loi, officiellement a reconnu le droit à l'oubli.

## II. Mise en œuvre de la législation

**118.** – Des textes législatifs se multiplient en même temps que la délinquance évolue. La CNIL a toujours été plus vigilante s'agissant des fichiers créés par les autorités publiques qui ont les moyens techniques, les informations utiles pour aboutir à des résultats souhaités. Le droit à l'oubli impose le respect de la législation et les exemples pris montrent que sûrement, il symbolise un atout dont peuvent bénéficier les libertés individuelles. Deux catégories de textes sont mises en relief : des textes qui ont pour finalité la sécurité des individus et des textes qui cadrent l'activité des personnes privées.

### A. Le droit à l'oubli et les fichiers de la puissance publique

**119.** - Le casier judiciaire, la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, la loi sur la vidéosurveillance, le système de prêt, sont les illustrations choisies afin de comprendre l'influence réalisée par les dispositions relatives au droit à l'oubli. Nous n'avons opté ici que pour des textes qui ne posent pas ou plus de problème. Cependant, d'autres textes présentent davantage de difficultés sur le plan de l'analyse et des chocs entre droits. Leur étude sera réalisée dans la partie 2 consacrée aux « atteintes au droit à l'oubli ». En attendant, des règles s'appliquent à tous les fichiers constitués par la puissance publique. Leurs applications montreront les précautions motivées par la loi.

## 1. *Le casier judiciaire*<sup>101</sup>

### a. La notion de « casier judiciaire »

**120.** - Le casier judiciaire se définit comme un fichier personnes condamnées. Il a été créé en 1848 pour centraliser les renseignements relatifs aux condamnations pénales prononcées à l'encontre d'une même personne et connaître ainsi ses antécédents judiciaires. Il a donc en premier lieu une fonction d'enregistrement des données communiquées par la justice et permet la centralisation et la conservation de l'état des condamnations prononcées, de gestion des condamnations afin de mieux profiler la personnalité d'un accusé ou d'un prévenu le cas échéant devant les tribunaux. En second lieu, l'individu a la possibilité d'apporter la preuve parfois obligatoire de l'état de ses condamnations passées dans le dessein d'accession notamment à un recrutement dans la fonction publique.

**121.** - Par conséquent, le casier judiciaire contient des informations à partir duquel la personnalité de l'individu peut être déterminée même à partir d'un casier vierge car chaque individu dispose d'un casier judiciaire. Il ne peut être délivré qu'aux seules personnes strictement autorisées par la loi. L'article 781 du code de procédure pénale<sup>102</sup> dispose en effet que « *quiconque, en prenant un faux nom ou une fausse qualité, s'est fait délivrer un extrait du casier judiciaire d'un tiers est puni de 7500 euros d'amende.* » Le régime du casier judiciaire est encadré de sorte à éviter toute utilisation qui porterait atteinte gravement aux intérêts de l'individu. Le droit à l'oubli concerne principalement les personnes qui ont un passé ayant fait l'objet d'une inscription à ce casier.

La loi du 4 janvier 1980 organise l'informatisation du casier. Il comporte des fiches, des bulletins et concerne tant les personnes physiques que morales.

### b. L'organisation de l'oubli

**122.** - Les articles 768 et suivants du Code de procédure pénale<sup>103</sup> donne le contenu du casier judiciaire. Principalement il faut retenir que les condamnations prononcées sont notées dans le casier. L'oubli trouve sa place dans ce système de mémorisation du passé des

---

<sup>101</sup> La notion de casier judiciaire est réalisée par Maryvonne AUTESSERRE « *A quoi sert le casier judiciaire des mineurs ?* » Revue sciences criminelles avril/juin 2003

<sup>102</sup> Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 entrée en vigueur le 01 mars 1994

<sup>103</sup> CPP

individus. Le législateur a prévu tout un régime spécifique qui concerne l'effacement du casier. En effet la durée de conservation des données n'est pas illimitée. La doctrine parle « d'organisation de l'oubli. »

**123.** - Les informations disparaissent à l'expiration de délais définis. D'une manière générale, le casier s'efface au décès de l'intéressé ou lorsqu'il a atteint l'âge de 100 ans.

Pour ce qui concerne les condamnations pénales, les fiches sont retirées 40 ans après le prononcé de la dernière condamnation.

Les mineurs bénéficient de régime de faveur étant donné que toutes les mesures qui viennent les sanctionner sont appréciées en fonction de leur chance de réinsertion dans la société. La plupart des sanctions s'effacent à la majorité du mineur. (Article 769-2 du CPP)

Le droit à l'oubli se montrerait plus favorable aux mineurs car la société a le devoir d'aider les plus jeunes à l'insertion.

Il faut rappeler à ce stade des développements que d'autres causes légales suppriment le passé judiciaire de l'individu du casier. Il s'agit tout particulièrement de l'amnistie<sup>104</sup> et de la réhabilitation<sup>105</sup>.

Le casier judiciaire fait ressortir les caractères du droit à l'oubli du point de vue de l'automatisme des suppressions de données mais également des mises à jour effectuées.

Il est intéressant de noter que la législation relative au casier judiciaire est en parfait accord avec la loi de 1978.

## 2. *La loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière.*<sup>106</sup>

**124.** - La loi poursuit l'objectif de réduire le nombre des accidents sur la route. Cependant, le droit à l'oubli est fortement exprimé dans le texte car le mode de collecte des données des personnes est redoutable.

### a. *Objet de la loi*

**125.** - Les accidents de la route ont toujours existés depuis la création des véhicules à moteur. Cependant, ils sont de moins en moins acceptés par l'opinion publique parce qu'ils génèrent la souffrance dans les familles. La population aujourd'hui, connaît le chômage, la

---

<sup>104</sup> Voir supra n°69

<sup>105</sup> Voir supra n°83

<sup>106</sup> Loi n°2003-495

peur du terrorisme, une délinquance qui s'étend. Le législateur a un rôle à jouer pour donner l'impression d'un contrôle de l'Etat sur les transformations de la société en créant des mécanismes d'aide ou de protection. Les juges ont eu à connaître de situations douloureuses. Pour illustration, un automobiliste qui commet des infractions au code de la route, renverse une mère enceinte et provoque le décès de son enfant in utero. Les juges refusent d'admettre la qualification d'homicide involontaire sur le fœtus sur la base du principe du respect de la stricte application de la loi pénale en vertu des articles 111-5 et 221-6 du nouveau code pénal<sup>107</sup>. Cet exemple fait partie des justifications qui ont influencé la politique de l'Etat à faire de la sécurité routière un enjeu national. Les statistiques de la sécurité routière mettent en relief une constance dans les décès constatés<sup>108</sup>. La loi du 12 juin 2003 met en place des systèmes automatisés de contrôle de certaines infractions routières. Pour ce faire, les radars routiers constatent les infractions au code de la route d'excès de vitesse mais pourront en relever d'autres notamment celles reconnues dangereuses. Le droit à l'oubli est concerné car un traitement de données nominatives est opéré.

#### b. Mode de collecte des informations

**126.** - Au-delà de l'objectif noble de la loi, notre attention se porte sur cette occasion pour l'Etat de tracer les individus car ces radars efficaces enregistrent, en cas d'excès de vitesse, les plaques d'immatriculation des véhicules terrestres à moteur, captent la photographie du chauffeur. Les fichiers qui recueillent les informations se doivent de respecter les conditions de validité imposées par la loi du 6 janvier 1978 puisque les données permettent directement d'identifier le propriétaire du véhicule d'où le regard méfiant porté à la loi. Pour atténuer nos peurs, les dispositions législatives ou réglementaires qui mettent en œuvre des fichiers de constatation des infractions routières visent la loi de 1978. En effet, l'article L. 130-9 du code de la route prévoit expressément la licéité du traitement effectué « *conformément aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* ».

La sauvegarde des droits des personnes est la priorité essentielle pour la CNIL qui n'a pas manqué de réagir concernant la loi relative à la sécurité routière concernant la conservation des données.

---

<sup>107</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2001

<sup>108</sup> Les statistiques du ministère de l'intérieur font ressortir un chiffre moyen de 6500 morts par an

c. Garanties pour les individus autour du droit à l'oubli :

**127.** - La CNIL, le 23 septembre 2003<sup>109</sup> s'exprime à propos de la durée de conservation des données collectées. Elle estime que les garanties sont réunies si les délais sont celles de l'article L. 130-9 du code de la route qui notamment s'applique au permis à points<sup>110</sup>. Le traitement des informations ne doit pas excéder dix ans.

Nous considérons que, malgré des durées qui peuvent paraître longues, cette loi est un exemple remarqué d'un régime acceptable de l'oubli des informations. Le conducteur peut selon la loi, demander au procureur la suppression des informations le concernant du fichier s'il a pu récupérer les points perdus du permis. Nous aurions préféré un système de suppression automatique dans lequel le procureur n'interviendrait pas.

**128.** - Par ce texte, le législateur a-t-il entendu reconnaître officiellement ce droit à l'oubli ? La réponse est loin d'être certaine mais sa considération de plus en plus grande et remarquée dans les textes de loi est un indice suffisant pour en déduire de son existence.

### 3. *La loi sur la vidéosurveillance*

**129.** - La loi du 21 janvier 1995<sup>111</sup> et le décret du 17 octobre 1996<sup>112</sup> relative à la réglementation de la vidéosurveillance ont pour objet de diminuer les délinquances et de sanctionner, à l'aide des images, les auteurs d'infractions.

**130.** - Les vidéosurveillances sont installées sur la voie publique d'où une précaution particulière, car nombreuses sont les informations captées, enregistrées et conservées. Dès lors que celles-ci permettent d'établir l'identification des personnes, la loi de 1978 représente le cadre légal.

L'installation de caméras est soumise à l'autorisation du représentant de l'Etat. Un dossier consistant à apporter les justifications nécessaires lui est adressé par application de l'article 10 de la loi. Les lieux qualifiés de criminogènes au regard de la régularité des infractions perpétrées, sont en général envahis de vidéosurveillances.

**131.** - La loi est équilibrée dans le sens où les informations captées ne sont conservées que pendant un temps limité et cette observation nous ravit. L'article 10 de la loi énonce

---

<sup>109</sup> Délibération n° 03-041 du 23 septembre 2003

<sup>110</sup> Article 225-2 IV du code de la route

<sup>111</sup> Loi n° 95-73

<sup>112</sup> Décret d'application n° 96-926

expressément que « ...*les enregistrements sont détruits dans un délai maximum fixé par l'autorisation. Ce délai ne peut excéder un mois* ».

Il faut l'avouer, sauf en cas de nécessité judiciaire, autrement dit « *une enquête de flagrant délit, d'une enquête préliminaire ou d'une information judiciaire* », le délai de conservation, par rapport à d'autres textes de même nature, est court. La CNIL a joué un rôle déterminant à ce sujet même si le gouvernement a eu le dessein de l'écarter en n'imposant son contrôle que si les enregistrements servent à la constitution de fichiers nominatifs. Cette disposition semblerait être incompatible avec le considérant 14 de la directive signée quelques mois plus tard le 24 octobre 1995 qui précise que notamment l'enregistrement d'une image suffit à l'identification d'une personne. Cependant, à la lecture du considérant 15, nous pouvons soulever la clarté de la loi du 21 janvier 1995<sup>113</sup>.

Malgré cela, les déclarations de la CNIL ont eu des répercussions aboutissant au respect des droits. Le législateur a prévu des sanctions pénales dissuasives dans le cas où les informations ne seraient pas détruites dans les délais visés.

Toujours dans cette perspective de sauvegarde des libertés, le droit à l'oubli, malgré l'absence de reconnaissance, se manifeste vigoureusement encore. Si la CNIL arrive à influencer les actes du législateur, a fortiori, les personnes privées se soumettent sans limitation aux règles légales, donc au droit à l'oubli.

## B. Le droit à l'oubli et les fichiers des personnes privées

Une illustration suffira à notre étude. Elle est relative à la gestion des prêts de livres de supports audiovisuels et d'œuvres artistiques.

La norme simplifiée du 22 avril 1999<sup>114</sup> remplace et abroge la norme du 6 mai 1980. Une norme simplifiée se définit ainsi<sup>115</sup> : « *L'ensemble des conditions que doivent remplir certaines catégories les plus courantes de traitements pour être regardées comme ne comportant manifestement pas de risques d'atteinte à la vie privée et aux libertés et comme pouvant dès lors faire l'objet d'une déclaration simplifiée* ».

**132.** - La norme simplifiée n°9 cadre les actes concernant les traitements automatisés d'informations nominatives, *relatifs à la gestion des prêts de livres, de supports audiovisuels*

---

<sup>113</sup> Loi n°95-73 du 21 janvier 1995

<sup>114</sup> Norme simplifiée n°99-27

<sup>115</sup> Article 17 de la loi initiale du 6 janvier 1978

*et d'œuvres artistiques et à la gestion des consultations de documents d'archives publiques.*  
La Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>116</sup> a rendu une délibération riche le 22 avril 1999.<sup>117</sup>

1. *L'objet de la norme simplifiée n°9*

**133.** - Cet acte vient clarifier les modalités de conservation des données nominatives des utilisateurs de livres de supports audiovisuels et d'œuvres artistiques. Il a pour objectif d'éviter de réaliser tout profil d'individus qui serait effectué par rapport à ses lectures. Le passé révèle que des conclusions pouvaient hâtivement être tirées à l'encontre d'un utilisateur. Avant tout développement, la CNIL vise un ensemble de texte donnant l'esprit de la norme.

2. *Le contenu de la norme simplifiée n°9 :*

**134.** - La construction de cet acte permet de comprendre que les moyens développés sont à la hauteur des objectifs visés. Les finalités, les informations nominatives pouvant être recueillies, la durée de conservation de ces données sont autant d'éléments explicités par la CNIL. Les personnes, chargées de mettre en œuvre ces dispositions et chargées ainsi du traitement des données ont même été pensées par la CNIL.<sup>118</sup>

a. Les finalités du recueil des données

**135.** - Cette délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>119</sup> contient des dispositions qui devraient empêcher les risques de dérapage. Les bibliothèques tiennent compte de cet acte pour organiser leur procédure de prêt.

Lors de cette procédure, le recueil des données ne peut avoir que deux finalités en vertu de l'article 2 de la norme simplifiée :

*« -fournir des informations individuelles pour la gestion financière des prêts et la récupération des ouvrages ou supports prêtés ou consultés ;  
-éditer des états statistiques dépersonnalisés pour les besoins de gestion et d'amélioration des services rendus (nature des ouvrages et des documents d'archives*

---

<sup>116</sup> CNIL

<sup>117</sup> Délibération n°99-27

<sup>118</sup> Article 5 de la norme simplifiée n°9

<sup>119</sup> CNIL

*le plus souvent consultés, nom des oeuvres et des auteurs ou références des documents d'archives, etc.) »*

b. Les informations nominatives limitatives à recueillir

**136.** - Les informations demandées doivent permettre uniquement de remplir les finalités recherchées. Selon la CNIL, il s'agit de

*« - nom, prénoms, adresse, année de naissance, catégorie professionnelle, numéro de téléphone et, sous forme facultative, la nature de la recherche s'agissant des documents d'archives ;*

*- caractéristiques du prêt ou de la communication : désignation de l'œuvre (titre, nom de l'auteur, de l'éditeur, etc.) ou du document d'archive, cotes de catalogage ou de classement, date, date(s) de relance »*

c. La suppression des données recueillies<sup>120</sup>

**137.** - Durant la participation au service du prêt, l'identité de l'emprunteur est conservée. Cependant *« la radiation peut être demandée par l'emprunteur lui-même. »* Toutefois cette radiation devient automatique à l'issue d'un délai d'un an à compter de la date de fin du prêt précédent.

Ces informations concernaient l'identité de l'emprunteur dans les fichiers nominatifs du service de prêt.

Par contre, un régime particulier est associé aux objets empruntés. Ainsi, *« les informations concernant chaque prêt sont conservées jusqu'à la fin du quatrième mois suivant la restitution de l'objet du prêt. Au-delà de ce délai, les informations sur support magnétique sont détruites ; elles ne peuvent être conservées sur support papier que pour les besoins et la durée d'un contentieux éventuel. »*

**138.** - Il est particulièrement étonnant que la CNIL ait utilisé cette catégorie d'acte par application de l'article 17 de la loi fichiers et libertés de 1978. *« Pour les catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent **manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés**, la commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie des normes simplifiées inspirées des caractéristiques mentionnées à*

---

<sup>120</sup> Article 4 de la norme simplifiée n°9

*l'article 19 de la loi. Pour les traitements répondant à ces normes, seule une déclaration simplifiée de conformité à l'une de ces normes est déposée auprès de la commission ».*

Les informations des personnes collectées dans l'enceinte d'une bibliothèque touchent à leur liberté à cause du lien pouvant hâtivement s'établir à cause des lectures de l'intéressé.

**139.** - La preuve de l'existence du droit à l'oubli constituait notre but. En arrivant au terme de cette réflexion, le recul est indispensable et il semble nécessaire de secouer l'arbre pour en ramasser les fruits. La notion de droit à l'oubli a été explicitée. La recherche de sa fondamentalité a conduit en l'affirmation qu'il était nécessaire à l'homme et que sa reconnaissance est espérée. Une certaine vigueur se détache de ce droit. Il n'avait pas telle portée à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978. Il grandit avec les années et son évolution va dans le sens d'une meilleure considération des hommes et des femmes. La CNIL doit multiplier les occasions de le mentionner pour faire monter le besoin de le reconnaître. Nous sommes convaincus qu'une connaissance plus large des droits des personnes envers leurs données fera naître officiellement ce droit. Le législateur réagit souvent lorsque la contestation se généralise. Avec la croissance des techniques, les associations de défense des droits vont se créer pour tenter de faire grimper cette contestation car, à l'observation, les atteintes aux personnes se perfectionnent.

## **Deuxième partie.**

### **Les atteintes portées au droit à l'oubli**

## **Deuxième partie. Les atteintes portées au droit à l'oubli**

**141.** - Dans un premier temps et d'une part la période que nous vivons depuis les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés à New York, est heurtée par la menace terroriste mais aussi par ce sentiment généralisé d'insécurité, généré notamment par des comportements délinquants de plus en plus répétés. Le législateur français est intervenu à plusieurs reprises et a fait de la sécurité un enjeu principal de politique nationale. Cette atmosphère sécuritaire est présente dans différents pays notamment les Etats-Unis d'Amérique directement touchés par les attentats du 11 septembre 2001. D'autre part la CNIL tient une place prépondérante pour tenter dans la mesure du possible de protéger les droits des personnes à travers ces fichiers gérés par les autorités publiques françaises. La loi lui accorde à cet effet un droit de disposer préalablement, à toute ratification de lois affectant les données nominatives, de l'acte législatif pour y apposer son avis. Notre étude se restreint à la détermination du rôle de ce droit à l'oubli dans la protection des libertés.

**142.** - Dans le second temps de l'analyse, l'ère des nouvelles technologies modifie nos comportements et par la même occasion les techniques d'enregistrement des données à caractère personnel. En effet, d'une part, les entreprises développent et commercialisent des puces qui permettent de tracer un produit mais aussi qui ont cette faculté de contrôler telle ou telle activité. D'autre part, les utilisateurs profitent in crescendo des potentialités offertes par l'internet. Ce changement des comportements n'est pas sans risque déjà pour l'utilisateur mais aussi pour celui qui resterait en retrait car tous les individus peuvent être concernés par des traitements « sauvages » de leurs données sur le réseau de l'internet. Tous ces éléments méritent d'y porter une attention particulière au regard de notre problématique. Le droit à l'oubli peut-il être le rempart nécessaire à la protection des libertés individuelles ?

## Chapitre I. Les atteintes légitimées

**143.** - Une atteinte légitimée est celle qui est juridiquement fondée, consacrée par la loi ou qui est reconnue conforme au droit. Cette atteinte doit être contenue dans un acte entrant dans le corpus du droit et cette insertion lui accorde le bénéfice de la qualification de la légitimité. Pour la lui retirer, seul un acte de même valeur doit être adopté.

L'option prise est de se concentrer sur des lois qui portent atteinte au droit à l'oubli, notamment celles qui ont pour objet la sécurité des personnes. Il faudra soulever également les tentatives de règlement des controverses sur la protection des libertés causées par l'action politique. Celle-ci tendrait à tout mettre sous le joug de la sécurité pour faire voter des lois qualifiées de véritablement attentatoires aux libertés individuelles. Ensuite, avec un esprit de synthèse, il semble opportun de dégager l'influence de la CNIL dans ces débats de société car cette institution y a pris une place déterminante.

### Section I. La sécurité, un enjeu prépondérant

**144.** - La sécurité des personnes est une cause d'atteinte légitime du droit à l'oubli dès lors qu'il n'y a pas d'exagération dans l'atteinte portée aux personnes. Dans ce domaine, il est privilégié de parler des fichiers de conservation des données des individus ayant fait l'objet de poursuites judiciaires. Les fichiers contiennent, notamment depuis la multiplication de faits terroristes, de plus en plus de données sur une personne et de plus en plus de personnes sont concernées. Les lois dites « SARKOSY »<sup>121</sup> ont élargi le champ d'application des lois applicables. Dans le même esprit, on ne peut que parler du problème de la politique américaine qui oblige les compagnies étrangères à transférer les données « passagers » de leurs clients. Tous ces éléments ont pour but de démontrer que l'atteinte au droit à l'oubli peut, dans certaines circonstances, s'expliquer malgré notre ferme intention de dénoncer le déséquilibre provoqué par les dispositions au détriment des libertés individuelles.

Dans un souci de clarté, la distinction entre les mesures de police sur le plan interne et sur le plan international permet de mieux comprendre en même temps les difficultés rencontrées notamment par la CNIL pour combattre les atteintes portées aux individus.

---

<sup>121</sup> Du nom du ministre de l'Intérieur en 2002 et 2003

## Paragraphe I. Les mesures de police au plan interne

**145.** - Le fichier national automatisé des empreintes génétiques retient particulièrement notre attention surtout depuis les lois dites « SARKOSY » qui ont conduit à l'élargissement de leur champ d'application. Dans le même temps, le système de traitement des infractions constatées constitue un volet incontournable.

### I. Le STIC : système de traitement des infractions

**146.** - Commenter avec objectivité une loi suppose la connaissance des éléments pertinents. Ainsi, l'objet, le contenu du STIC sont une étude préalable qui permettra de tirer des constats relatifs aux atteintes au droit à l'oubli.

#### A. L'objet du STIC

**147.** - Le STIC a survécu sans existence légale durant une longue période. Cependant, le décret du 5 juillet 2001<sup>122</sup> lui donne son statut légal. Il a pour objet « *l'exploitation des informations contenues dans les procédures établies par les services de police, dans le cadre de leur mission de police judiciaire, aux fins de recherches criminelles et de statistiques.*<sup>123</sup> »

#### B. Les informations contenues dans le fichier

**148.** - Les informations pouvant être recueillies ont varié en application des différentes lois lui faisant suite. Le contexte politique ayant changé avec les attentats perpétrés à New York le 11 septembre 2001, le législateur a été dès lors influencé. Ainsi la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001<sup>124</sup> a étendu le domaine des personnes concernées. Cette loi sur la sécurité quotidienne a été enrichie et modifiée par la loi du 18 mars 2003<sup>125</sup> relative à la sécurité intérieure.

---

<sup>122</sup> n°2001-583 du 5 juillet 2001

<sup>123</sup> Article 1 du décret 5 juillet 2001

<sup>124</sup> n°2001-1062

<sup>125</sup> Loi n°2003-239 du 18 mars 2003

### *Les infractions concernées*

**149.** - Le texte de loi est extrêmement large car, peuvent être enregistrées dans le fichier les données nominatives des intéressés par « *tout crime ou délit ainsi que les contraventions de la cinquième classe sanctionnant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques ou une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'Etat* »<sup>126</sup>

### *Les personnes visées*

**150.** - L'enregistrement des données ne concerne pas uniquement les personnes mises en cause dans l'enquête judiciaire mais s'étend aux victimes des infractions.

Les services de police ont cette possibilité accordée par la loi<sup>127</sup> de réunir multitudes d'informations nominatives qu'ils recueillent pendant leur enquête afin de les insérer dans le fichier. La loi dispose en ce sens que les données peuvent être « *recueillies au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire.* » De simples témoins pourraient se retrouver dans un tel fichier contrairement aux arguments de la CNIL dans son communiqué du 3 décembre 1998<sup>128</sup>.

**151.** – De plus, les personnes mises en examen sont directement concernées : « *des informations sur les personnes, sans limitation d'âge, à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission des infractions* »

**152.** - Enfin l'attention est attirée ici sur cette option de collecter les données des victimes d'infractions : « *informations sur les victimes de ces infractions ; ces dernières peuvent toutefois s'opposer à ce que les informations nominatives les concernant soient conservées dans le fichier dès lors que l'auteur des faits a été définitivement condamné* ».

Les informations à recueillir ont été déterminées par le décret du 5 juillet 2001.<sup>129</sup>

### *Les informations recueillies*

**153.** - Le décret distingue clairement entre les victimes et les personnes mises en cause<sup>130</sup>. Dans ce souci de porter un regard objectif sur le nombre des informations enregistrées, il semble opportun de retranscrire cet article 4 du décret du 5 juillet 2001 sous forme de tableau.

---

<sup>126</sup> Article 21 de la loi du 18 mars 2003

<sup>127</sup> Article 21 de la même loi

<sup>128</sup> Communiqué disponible sur son site « [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr) »

<sup>129</sup> Décret n°2001-583 du 5 juillet 2001

<sup>130</sup> Article 4 du décret

Type d'information	Concernant les personnes mises en cause	Concernant les victimes
Identité (nom, nom marital, nom d'emprunt officiel, prénoms, sexe)	Oui	Oui
Surnom, alias	Oui	Non
Date et lieu de naissance	Oui	Oui
Situation familiale	Oui	Oui
Filiation	Oui	Non
Nationalité	Oui	Oui
Adresse (s)	Oui	Oui
Profession (s)	Oui	Oui
Etat de la personne	Oui	Oui
Signalement	Oui	Oui pour - personnes disparues - corps non identifié
Photographie	Oui	Oui pour - personnes disparues - corps non identifiés

En comparaison, le constat est flagrant, les informations insérées dans le fichier ne diffèrent pas en fonction de la qualité de la personne engagée dans la procédure judiciaire.

### C. Le droit à l'oubli, l'arme idéal ?

La position du problème

**154.** - L'opinion s'est dressée contre ce texte qui porte atteinte selon elle, démesurément aux libertés individuelles. Pourtant, le STIC avait été déclaré respectant les valeurs constitutionnelles de la République française. En effet le Conseil constitutionnel, suite à sa saisine par un groupe de parlementaires<sup>131</sup>, a rendu une décision du 13 mars 2003<sup>132</sup> critiquée

<sup>131</sup> Article 61 de la Constitution de la V République «...les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ».

par nombre de professionnels du droit. Il énonce notamment que « *le texte est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* ».

Les termes sont précis et révélateurs de la pensée du Conseil. Il admet tout de même par l'expression « *manifestement déséquilibrée* » que les droits des individus ne sont plus respectés mais qu'ils ne sont pas suffisamment violés pour sanctionner le texte. Le Conseil prend certainement en compte les impératifs imposés par le contexte qui a guidé le législateur à adopter ce texte.

**155.** - Pourtant certains droits fondamentaux sont bafoués notamment la présomption d'innocence car les personnes simplement mises en cause font l'objet d'enregistrement et pour combien de temps ?

La CNIL à plusieurs reprises<sup>133</sup>, réclame fortement au législateur l'inscription de principes de conservation et de mise à jour des données nominatives. En cela elle estime indispensable de prévoir « *un principe de limitation de la durée de conservation des informations traitées et enregistrées* » ; de renforcer « *le principe de mise à jour, voire, dans certaines conditions, de l'effacement des données nominatives concernant aussi bien les personnes mises en cause que les victimes* ».

**156.** - Ces éléments manquent alors qu'ils sont de ceux qui garantissent le respect des libertés d'où la nécessité de les inscrire dans un texte légal. La CNIL donnait davantage de précision de durée lors de la conférence de printemps le 4 avril 2003 à Séville.

La présentation des propositions de la CNIL est réalisée sous forme de tableau :

---

<sup>132</sup> Décision du Conseil constitutionnel n°2003-467 DC du 13 mars 2003

<sup>133</sup> Conférence de printemps du 4 avril 2003 ; 23<sup>e</sup> rapport annuel d'activité, 2002, page 23

	<b>Durée de conservation</b>	<b>Mise en cause des majeurs</b>	<b>Mise en cause des mineurs</b>
	5 ans		Oui
	20 ans	Oui	
	75 ans	Oui	Oui
<b>Mise à jour</b> (amnistie, classement sans suite, insuffisance de charges...)		Oui	Oui

La CNIL a grandement conscience de l'atteinte portée au droit à l'oubli. Son rôle déterminant mais non toujours décisif fait toutefois évoluer les choses et a le mérite de provoquer les réactions vives de l'opinion publique lorsque le législateur joue la « sourde oreille ».

**157.** - Le syndicat de la magistrature, à l'appel notamment de la Ligue des Droits de l'Homme, a dénoncé ce texte attentatoire aux libertés. A part les atteintes à la vie privée du fait du nombre impressionnant des informations collectées et des personnes concernées par le système, l'une des critiques principales serait que les informations risquent d'être conservées au-delà de la prescription légale.

Le droit à l'oubli, exprimé notamment par la durée de conservation des données est un des arguments fondamentaux pour contrer les dispositions les plus critiquables. En l'état actuel de la législation, nous ne pouvons que tirer des constats au-delà des propositions courageuses de la CNIL. Le STIC est en vigueur, il est utilisé chaque jour par les services de police. Nous ne pouvons que déplorer cette utilisation qui paraît aujourd'hui sans limite, sans contrôle.

En parallèle, le fichier national automatisé des empreintes génétiques soulève également des discussions.

## II. Le fichier national automatisé des empreintes génétiques

**158.** - Dans la même logique de l'étude du STIC, le procédé d'analyse sera le même avec l'examen de l'objet, du contenu et de la durée de conservation des empreintes.

### A. Objet du fichier

**159.** - Le fichier national automatisé des empreintes génétiques<sup>134</sup> a été créé par la loi du 17 juin 1998<sup>135</sup> qui est relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

### B. Contenu du fichier

**160.** - Le fichier est régi par la loi. Ainsi peuvent être déterminées légalement les infractions et les personnes concernées mais avec moins de précision la durée de conservation des empreintes.

#### *1. Les infractions concernées*

**161.** - A l'origine, ce fichier ne pouvait contenir que les personnes condamnées définitivement pour des infractions graves présentant un caractère sexuel. Son domaine restait ainsi restreint et était légitimé par le fait que les croisements de profil génétiques permettaient de solutionner des affaires traumatisantes pour les victimes.

Similairement au STIC, la loi du 15 novembre 2001<sup>136</sup> sur la sécurité quotidienne a élargi le domaine de la loi du 17 juin 1998 aux infractions terroristes et d'atteintes contre les biens. Enfin la loi du 18 mars 2003<sup>137</sup> sur la sécurité intérieure enlève toute précaution relative au cadrage des infractions car la quasi-totalité des infractions est concernée. L'article a fait l'objet d'une codification dans le Code de procédure pénale aux articles 706-54 à 706-56 (CPP) plus particulièrement l'article 706-55 CPP précise les classes des infractions concernées. Les individus concernés par les collectes sont définis dans l'article 706-54 CPP.

---

<sup>134</sup> FNAEG

<sup>135</sup> Loi n°98-468 du 17 juin 1998

<sup>136</sup> Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001

<sup>137</sup> Loi n°2003-239 du 18 mars 2003

## 2. Les personnes concernées

**162.** - L'article 706-54 CPP contient les deux types de collecte des empreintes génétiques. En effet, soit les empreintes sont enregistrées et conservées soit, elles sont simplement collectées pour réaliser un croisement, un « rapprochement » avec les enregistrements du fichier selon les termes du texte.

D'abord, sont enregistrées les empreintes génétiques

- des « personnes condamnées »<sup>138</sup>

- des « personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 »<sup>139</sup>

Ensuite, peuvent faire l'objet de comparaison et de croisement avec les enregistrements du fichier les empreintes de « toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier »<sup>140</sup>

**163.** - Le champ d'application large de la loi s'accompagne de faibles garanties protectrices pour les personnes fichées à cause de la durée de conservation. Les principes de durée de conservation sont pourtant des bases d'un équilibre certain.

### C. La durée de conservation des empreintes

**164.** - La durée de conservation des empreintes génétiques est régie par l'article 706-54 CPP. Ces dispositions posent un certain nombre de difficultés au regard des garanties des individus. La CNIL mène un combat pour rééquilibrer le texte.

#### *\*Les dispositions de l'article 706-54 CPP*

**165.** - La durée de conservation des empreintes dépendra du degré d'implication de l'intéressé dans la procédure pénale au regard de l'article 706-54 CPP qui distingue trois catégories de personnes. Ainsi, celui-ci ne prévoit aucune prévision de durée de conservation des empreintes des personnes condamnées. Par contre, à l'alinéa 2 de l'article et concernant

---

<sup>138</sup> Article 706-54 alinéa 1 CPP

<sup>139</sup> Article 706-54 alinéa 2 CPP

<sup>140</sup> Article 706-54 alinéa 3 CPP

les empreintes des « *personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55* », elles sont effacées sous deux conditions cumulatives :

- Intervention du Procureur de la république d'office ou sur demande de l'intéressé
- Disparition de la cause de conservation

Il faut noter que l'intéressé dispose d'un recours en cas de refus de suppression de ses empreintes génétiques du fichier auprès du juge des libertés et de la détention. Il peut être fait appel de la décision du juge précité devant le « *président de la chambre de l'instruction* »<sup>141</sup>.

Pour la personne contre qui il n'existe qu' « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier* », les empreintes ne font pas l'objet de conservation selon le texte.

*\*Les difficultés inhérentes au texte*

La lecture de ces dispositions laisse perplexe.

**166.** - D'une part concernant les condamnés, le texte aurait dû prévoir, comme le recommande la CNIL dans ce genre de situations, les moyens de mise à jour du fichier pour notamment supprimer les données si l'intéressé obtient gain de cause en faisant jouer les recours de l'appel par exemple. Qu'est-il envisagé à l'occasion d'un acquittement ou d'un non-lieu rendu après l'exercice de l'appel ? Le principe régissant le droit pénal est le principe de la légalité. Le législateur n'a pas considéré qu'il était opportun de prévoir ce genre de situation ou peut-être a-t-il considéré de façon exagérée que les données des personnes mises hors de cause après un appel exercé, devaient être conservées au même titre que les données des individus définitivement condamnés. Quel que soit le raisonnement, le résultat reste choquant.

**167.** - D'autre part, dans la continuité du raisonnement, concernant les données génétiques des « *personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55* », notre gêne provient du fait que les intéressés restent, dans l'esprit des libertés garanties en droit pénal, présumés innocents. Pourtant l'effacement des empreintes est soumis à l'intervention du procureur de la république qui devra constater la disparition de la cause de conservation des données. Ces conditions paraissent extrêmement pesantes et ne semblent pas être respectueuses surtout dans l'hypothèse où l'individu serait mis hors de cause par la suite.

---

<sup>141</sup> Article 706-54 CPP alinéa 2 « in fine »

Aucune garantie textuelle ne prévoit, comme le suggère d'ailleurs la CNIL dans son 23<sup>e</sup> rapport annuel 2003, l'effacement automatique des données génétiques.

**168.** - Enfin l'alinéa 5 de l'article 706-54 CPP réserve à l'adoption d'un décret les précisions sur « *notamment la durée de conservation des informations enregistrées* ». L'article 34 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République du 4 octobre 1958 énonce que « *La loi est votée par le Parlement* » tandis que l'article 37 de cette même Constitution dispose explicitement que « *Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets* ». Par comparaison, les lois font l'objet d'un vote au Parlement, lui-même composé d'élus désignés par le suffrage universel. Les décrets, quant à eux, sont pris par le pouvoir exécutif et n'est pas soumis au vote du Parlement. Ils ne sont pris, dans l'esprit du texte de la Constitution que pour faciliter, préciser les modalités d'application du texte de loi. L'article 706-54 alinéa 5 CPP le dit d'ailleurs expressément « *un décret...détermine les modalités d'application* ». Comment accepter reléguer les durées de conservation des données génétiques à de simples modalités d'application ? Ces précisions restent la clé de ce système. L'équilibre recherché entre l'impératif de sécurité à long terme et les garanties des individus se réalise véritablement grâce à la durée de conservation des données qui ne doit pas être la propriété du pouvoir exécutif. Ces dispositions doivent faire l'objet de discussions parlementaires, être débattues et votées par les représentants élus. Cependant, mises à part ces contestations, la CNIL a eu à se prononcer sur le projet de décret dans lequel elle a pu faire valoir ses opinions.

*\*Le projet de décret d'application de l'article 706-54 CPP*

**169.** - Force est de reconnaître que la CNIL a réussi à obtenir quelques garanties à ce sujet. Lors de l'élaboration du projet de rédaction du décret d'application, par l'intermédiaire d'un communiqué, la CNIL nous fait part des éléments satisfaisants : « *La durée maximale de conservation des informations relatives aux personnes mises en cause est fixée à vingt-cinq années au lieu des quarante prévues à l'origine* ». L'intervention de l'autorité judiciaire n'est plus une condition de l'effacement et un principe d'automaticité de suppression est assurément mis en œuvre. Aussi « *la circulaire d'application du décret sera soumise à la commission, tout spécialement du point de vue des conditions de mise à jour et d'apurement* ». Notre sourire réapparaît à la lecture de ce communiqué. Des garanties semblent être présentes dans le texte. Toutefois le projet de décret reste un préalable et la CNIL devra garder son attention sur l'action gouvernementale respectueuse des principes.

**170.** - Comme le signale juste titre la CNIL, le Gouvernement n'a pas consenti à accorder une valeur plus tranchante à l'oubli. Le Gouvernement a refusé :

- De moduler « *la durée de conservation des informations en fonction de la nature ou de la gravité des infractions* »
- D'ériger des exceptions de durée de conservation notamment pour « *les personnes atteintes, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli leur discernement ou le contrôle de leurs actes* »
- D'effacer « *des informations quand la personne a été mise hors de cause* »

Ces propositions de la CNIL se comprenaient aisément et auraient permis d'appliquer un texte équilibré dans le respect naturel et espéré de l'oubli de l'individu.

**171.** - Sur le plan interne, la politique qualifiée de sécuritaire met à mal les libertés individuelles. Au-delà des frontières l'action de la CNIL ne permet pas, dans la logique du droit international, une négociation sur des pieds d'égalité avec les institutions étrangères. Des dispositions unilatérales d'autres pays et notamment du gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, imposent aux compagnies aériennes de se soumettre à leurs règles de traitement des données nominatives des ressortissants français et plus largement européens en violation de toute la législation européenne applicable. Il nous faudra déterminer que cet état d'esprit provenant de certains pays étrangers, n'est pas forcément étonnant au regard de leur conception particulière des libertés, du droit à l'oubli.

## **Paragraphe II. Les mesures de police au plan international**

*« Un cas délicat qui oscille entre la liberté d'expression et le respect de la vie privée, entre le droit d'une collectivité de savoir, et le droit d'individus de se faire oublier<sup>142</sup> ».*

**172.** - Le gouvernement américain, suite aux événements terroristes déroulés sur leur territoire, a exigé des compagnies étrangères notamment françaises la communication de leurs données « passager. » Au-delà, les conceptions anglo-américaines du droit à l'oubli sont différentes des conceptions françaises. Il serait pertinent de comprendre ces conceptions étrangères dans le but que le droit à l'oubli à la « française » ne serait pas applicable dans

---

<sup>142</sup> Jean-Pierre CLOUTIER, <http://www.cyberie.qc.ca/chronik/20000502.html>

d'autres droits étrangers d'où, pour les français, une impression de violation de leurs droits lorsqu'ils se déplacent dans ces pays anglo-américains.

### I. Les données « passagers » exigées

**173.** - Notre démonstration n'a pas la prétention de tout dire à ce propos<sup>143</sup> et l'intérêt pour nous reste de déterminer en quoi et pourquoi le droit à l'oubli est manifestement remis en cause. Les événements de terreur du 11 septembre 2001 ont déclenché les réactions du gouvernement des Etats-Unis. Des problèmes d'application de la loi américaine ont entraîné des négociations internationales dont les résultats ne nous paraissent pas fidèles à la politique européenne de protection des données.

#### A. Les faits :

**174.** - Les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés à New York entraînant malheureusement de nombreuses victimes et détruisant des édifices d'une grandeur reconnue, ont changé le contexte et la politique sécuritaire dans le monde et plus spécifiquement aux Etats-Unis d'Amérique<sup>144</sup>. Une législation antiterroriste américaine a été votée dans des délais assez brefs. Elle impose notamment depuis le 5 mars 2003 à toutes les compagnies aériennes européennes la délivrance aux services de douanes américains, de leur dossier de réservation des passagers se rendant aux USA. Les éléments demandés sont sous la forme du sigle PNR. (Passenger Name record) Une sanction importante a même été prévue et consiste à interdire l'atterrissage aux compagnies qui se refuseraient à délivrer les données PNR.

#### B. Les données du problème

**175.** - Les obligations imposées par le gouvernement des USA sont réellement surprenantes parce que les débiteurs de ces obligations n'ont consenti à rien. (Nous employons des termes de droit civil pour montrer une réalité.) Cet aspect a déclenché les réactions naturelles de l'opinion publique mais aussi des acteurs politiques et notamment de

---

<sup>143</sup> Ce thème constitue un mémoire rédigé par une étudiante de l'ERID, promotion 2003-2004, Université Montpellier I

<sup>144</sup> USA : United States of America

l'Union européenne<sup>145</sup>. Le dernier élargissement de l'Union européenne s'est opéré en mai 2004. Elle contient désormais 25 pays. Cependant les réunions qui ont eu pour objet de trouver des solutions aux problèmes soulevés par la loi antiterroriste américaine, n'ont concerné que les représentants des pays membres avant la date de l'élargissement. Il ne faut pas oublier qu'aujourd'hui, tout particulièrement s'agissant de problèmes transfrontaliers, les Etats européens doivent pouvoir s'entendre dans le cadre de l'Union européenne. Cette institution, faut-il le rappeler, édicte des actes qui s'imposent aux Etats membres dans l'esprit d'harmonisation et les directives européennes sont un exemple significatif<sup>146</sup>.

176. - Sur le plan européen, les directives européennes du 24 octobre 1995<sup>147</sup> relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et du 12 juillet 2002<sup>148</sup> concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, mettent en place un certain nombre de principes garantissant la protection des données des individus. Brutalement, cette protection ne serait plus à espérer à cause de la loi USA antiterroriste.

177. – La CNIL ne pouvait que réagir. Elle a pris position en compagnie de ses homologues<sup>149</sup> européens pour dénoncer la loi USA et ses dangers pour les données à caractère personnel. Le droit à l'oubli est effectivement fortement en danger car un transfert de données nominatives sans contrôle ne peut que provoquer l'indignation. Combien de temps les autorités américaines vont-elles conserver les informations ? Quelles informations exactement font l'objet du transfert ? Quelles sont les finalités du transfert ? Quel genre de base de données les autorités ont-elles mis en place ? Toutes ces interrogations devront obtenir des réponses et elles sont fondamentales.

Il a fallu une année complète de négociation entre les institutions concernées<sup>150</sup> pour entériner un accord international. Cet accord est intervenu le 17 mai 2004.

---

<sup>145</sup> UE

<sup>146</sup> Article 249 CE « La directive *lie* tout Etat membre... »

<sup>147</sup> Directive n°95/46/CE du 24 octobre 1995

<sup>148</sup> Directive n°2002/58/CE du 12 juillet 2002

<sup>149</sup> Groupe « article 29 » créé par la directive précitée n°95/46CE

<sup>150</sup> Institutions américaines et européennes

## C. L'accord du 17 mai 2004

178. - Les négociations ont dû être assez difficiles. Le sentiment d'un véritable traumatisme touchant les autorités américaines est réellement perceptible et le contenu de l'accord paraît de surcroît relativement décevant. La commission européenne détenait les attributions pour représenter l'UE.

Les deux parties se sont entendues sur plusieurs éléments. Ainsi :

- Trente-quatre catégories de données sont transférées
- Les données dites « sensibles » sur la religion ou la santé ne seront pas transmises sauf si elles faisaient l'objet de filtrage ou de suppression ultérieurement
- Les données ne seront utilisées que dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou la grande criminalité
- **Les données seront effacées après un délai maximum de trois ans et six mois sauf concernant les données consultées dans le cadre d'investigation spécifiques ou bien manuellement**
- Les autorités doivent informer les individus à chaque collecte des données sur les finalités du transfert
- Il doit y avoir un droit d'accès et de rectification
- Le transfert des données vers d'autres pays est rendu possible après notification à une autorité de l'UE

## D. Les conséquences de l'accord intervenu

179. - Nous pensons qu'il est encore trop tôt pour tirer les conséquences de l'accord récemment intervenu. Toutefois nos peurs s'expriment. Le groupe « article 29 » et le Parlement européen ont réagi et estiment que l'accord ne permet pas une protection adéquate notamment s'agissant des durées de conservation excessives.

Notre sentiment se rapproche de celui des opposants à l'accord. Déjà l'étonnement vient du fait de la rédaction ambiguë des dispositions de l'accord. A deux reprises un principe fort est rappelé mais qui prévoit à chaque fois une exception regrettable. D'abord, les données sensibles qui concernent la religion ne seront pas transmises **sauf si** elles feront l'objet de filtrage ou si elles seront ultérieurement supprimées. Qu'entendent les autorités américaines par « filtrées » ? Comment seront-elles filtrées ? Quels seront les résultats du filtrage ? Le plus

important pour nous est que l'exception relate d'une suppression « *ultérieure* ». Le terme nous pose problème car il manque cruellement de précision.

**180.** - Ensuite, les données seront effacées **après un délai maximum de trois ans et six mois sauf pour les données consultées dans le cadre d'investigation spécifiques ou bien manuellement**. Les causes d'une durée de conservation si longues et en même temps si précises ne conviennent pas. A supposer que nous en comprenions les causes, qu'en est-il de l'exception ? Le délai précisé est écoulé mais malgré cela, les autorités pourront conserver ces données qui seront consultées dans le cadre d'investigations spécifiques ou bien manuellement. Nous supposons qu'il doit s'agir des données qui concernent des personnes soupçonnées d'appartenir à tel ou tel groupe terroriste.

**181.** - Ces éléments permettent de conclure en l'imprécision des dispositions de l'accord, à l'indétermination des durées de conservation du fait des exceptions prévues qui semblent trop générales.

Le droit à l'oubli a énormément de difficulté à s'imposer dans un cadre international. Le rôle de la CNIL et de ses homologues ne peut que s'inscrire dans la politique européenne. L'UE par l'intermédiaire de la Commission européenne a eu à négocier tant bien que mal avec les autorités américaines. L'accord conclu n'est pas, au regard de la politique sécuritaire des USA, si surprenant et malheureusement le droit à l'oubli ne pouvait que diminuer en importance d'autant plus que les conceptions du droit à l'oubli sont bien différentes dans les autres pays notamment dans les pays anglo-américains.

## II. Les conceptions anglo-américaines du droit à l'oubli

**182.** – Le droit à l'oubli n'est pas reconnu en France et semble moins l'être dans les autres pays. En effet les conceptions du droit à l'oubli sont différentes dans ces pays. Il semble tout à fait intéressant de comprendre l'esprit et ainsi mieux accepter leurs points de vue sur le sujet et mieux apprécier avec objectivité les atteintes portées et plus spécialement au droit à l'oubli. Nous choisissons d'associer l'Islande à la démonstration car cette île a une histoire très particulière et surtout parce qu'elle a mis en place une base de données sur des informations génétiques et généalogiques complète sur sa population. Un peu d'histoire permet de ressentir les raisons pour lesquelles l'Islande se rapproche des pays anglo-américains. Une émigration scandinave favorisée par le roi norvégien Harald Ier est intervenue à la fin du Xe siècle. Le christianisme s'est imposé au XIIème siècle. Le traité de KIEL signé en 1814 fit revenir l'île au Danemark. Etant donné son importance stratégique sur le plan spatial, les Britanniques et

les Américains, à des moments différents<sup>151</sup>, ont envahi l'île pendant la seconde guerre mondiale. En 1949, l'île adhère à l'O.T.A.N<sup>152</sup>. Depuis 1951, les Américains ont une base militaire dans la capitale Reykjavik<sup>153</sup>. Toutes ces raisons nous influencent dans le choix d'associer l'Islande aux pays anglo-américains à cause de cette relative complicité historique surtout que leur législation relative à la protection des individus ressemble à celle des pays anglo-américains.

**183.** - Ces atteintes restent légitimes pour la majorité des habitants de ces pays.

Nous prenons deux exemples à l'appui de la démonstration : dans un premier temps débattre des lois qui permettent la divulgation au public des informations des ex détenus, et dans un second, plus succinctement montrer que des fichiers de personnes privées peuvent être constitués englobant un nombre impressionnant d'informations et d'individus.

#### A. La publicité des condamnations des délinquants

**184.** - Elle n'est point identique sur un même continent. Les USA et le Canada, pourtant séparés par une frontière terrestre, conçoivent différemment l'organisation de l'oubli.

##### 1. *La divulgation d'informations au public*

**185.** - Les USA donnent la priorité à la prévention et en l'information destinée à renseigner les habitants de la présence d'ex détenus tandis que le Canada est plus prudent.

##### a. Aux USA : priorité absolue à l'information

**186.** - L'affaire de la jeune fille nommée Megan a été le fait déclenchant pour aboutir à une loi fédérale s'appliquant à tous les Etats.

##### *Le fait déclenchant :*

L'Etat du New Jersey a adopté en 1994 la loi dite « MEGAN » suite à des évènements qui ont perturbé l'opinion. Du nom de la loi, une jeune mineure de sept ans a été violée et assassinée par un individu vivant dans une maison voisine. L'analyse de son passé criminel montre qu'il avait déjà fait l'objet de poursuites et condamnations pour atteintes aux mœurs. Cette triste

---

<sup>151</sup> Invasion de l'Islande par les Britanniques en 1940 et par les Américains en 1941

<sup>152</sup> Organisation du Traité de l'Atlantique Nord

<sup>153</sup> Ces précisions sur l'Islande ont été rédigées grâce au Larousse Encyclopédie France-loisirs, Ed. 1988

histoire a conduit le législateur de l'Etat considéré à créer des systèmes d'alerte lorsqu'un ex délinquant s'installe dans une ville.

#### *Finalités des textes*

**187.** - Les textes ont l'objectif louable d'accentuer la prévention des atteintes sexuelles notamment sur les mineurs mais nous dénonçons les moyens utilisés car, en créant une information destinée directement à des personnes publiques ou privées, physiques ou morales, le droit de la personne est gravement atteint.

#### *La propagation de ce type de textes aux USA :*

**188.** - La loi « de Megan » a été votée en 1994 une vingtaine d'Etats américains a adopté des lois semblables très rapidement.

Une contestation faible s'est élevée et elle n'a pas eu d'influence sur les actes législatifs postérieurs. Au contraire la généralisation des dispositions est réalisée par la version fédérale américaine en 1996 d'où une application sur tout le territoire des USA. Les textes obligent à la divulgation d'une information précise.

#### *L'obligation de la divulgation des données par l'ex délinquant :*

**189.** - Les détenus remis en liberté ont l'obligation d'avertir formellement les autorités de police de la collectivité dans laquelle ils ont l'intention de résider.

La loi « de Megan » a instauré trois niveaux de dangerosité du détenu et selon ceux-ci, l'information suivra des modes de divulgation différents comme suit :

- Dangerosité **faible, modérée ou élevée** : les procureurs locaux sont avertis par les services correctionnels de la sortie du délinquant
- Dangerosité **modérée et élevée** : L'information est délivrée à tous les organismes qui oeuvrent auprès des enfants (école, garderie, associations de victimes d'agressions sexuelles...)
- Dangerosité **élevée** : une obligation supplémentaire ne concerne que ce niveau. L'information sera divulguée officiellement aux voisins des ex détenus.

Ces dispositions incitent à la vigilance et poussent à la suspicion. Le texte est protecteur des individus **selon le législateur**, du fait que les informations ne seraient pas divulguées au grand public mais uniquement dans les quartiers dans lesquels habitent les ex délinquants. Nous n'admettons pas cette argumentation. En théorie, une personne détenue, si elle est considérée comme dangereuse lors de son incarcération, doit faire l'objet de travaux psychologiques

pendant sa peine. Dans l'hypothèse où l'inefficacité de la peine est relevée, il est regrettable quand même, de le libérer sans espoir de réinsertion sociale parce que les personnes informées vont la craindre naturellement.

*Type de données enregistrées :*

**190.** - Les informations divulguées sont complètes. Il s'agit d'un signalement facilitant au mieux l'identification de la personne :

- Nom
- Photographie
- Mensurations
- Signes particuliers

*Le lieu de la divulgation des données :*

**191.** - Les informations sont disponibles par affichage dans les mairies. Un numéro vert a même été créé renseignant par téléphone des signalements.

La pratique a révélé des lieux de divulgations originaux en Californie. Ainsi, des attractions à succès nommées « outing » sont organisées à l'occasion de foires de comtés en même temps que les courses de chevaux ; le but étant de délivrer des informations à propos des personnes condamnées qui ont exécuté une peine relative à l'atteinte aux mœurs. Les moyens matériels sont fournis par le ministère de la justice californienne lui-même. Il participe ainsi à l'application de la loi.

La Cour suprême des USA, dans deux arrêts rendus le 5 mars 2003, valide la création de fichiers mis en ligne sur l'internet et contenant les signalements des individus remis en liberté, condamnés pour crimes sur mineurs. Aucune place n'est laissée à l'oubli.

*Atteinte grave aux droits des personnes :*

**192.** - Avons-nous cette opportunité de discuter des modalités de durées de conservation ? Il apparaît que cette question des modalités ne trouve plus de sens à partir du moment où, il sera difficile d'admettre ou de demander aux destinataires de l'information, d'oublier par exemple au bout d'un certain temps, du jour au lendemain, que son voisin avait été dans le passé, condamné pour crimes. La Cour suprême a exprimé le souhait de ne laisser les données sur les bases d'internet que durant une période de 10 ans mais a-t-elle conscience que la transmission au public de telles informations est réalisée en pratique « in perpetuum » (à

perpétuité). Les premiers effets néfastes de la législation ont rapidement été déplorés et les constats ont été :

- Des suicides
- Des agressions dans les rues parce qu'elle ressemblait à une photo publiée
- Des humiliations, insultes, harcèlement
- Des familles obligées de déménager

Pour les coupables comme pour les victimes, « *le fardeau physique ou psychologique demeure lourd pour le futur* ». <sup>154</sup>

La politique n'est pas identique au Canada qui préfère jouer la carte de la prudence.

#### b. Au Canada : Prudence dans la divulgation d'informations

**193.** - Sur le même continent, le Canada présente une politique plus prudente préférant protéger ce type d'information et réservant sa divulgation sous conditions restrictives établies par la loi. Elle fonde son choix sur la Charte canadienne des droits et libertés <sup>155</sup>.

La loi canadienne relative au « système correctionnel et la mise en liberté sous condition » donne une latitude certaine aux autorités qui ont ainsi le choix de communiquer ou non des renseignements sur les délinquants à certaines personnes sans le consentement de l'intéressé. Les autorités devront, in concreto, contrôler l'éventuel excès dans l'atteinte à la vie privée à l'encontre de l'ex détenu. La loi leur impose de rechercher l'équilibre entre la violation de la vie privée et la sauvegarde des autres intérêts publics ou privés notamment ceux de la victime. Les services de la justice doivent s'être forgés l'intime conviction que le détenu sera en mesure de créer un danger. A partir des preuves suffisantes, il aura la mission de prévenir soit la victime, soit d'autres personnes <sup>156</sup> ou encore la police <sup>157</sup>.

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada s'est exprimé et affirme que « *le système d'inscription obligatoire auprès de la police et la communication obligatoire de renseignements à la collectivité qui existe dans bien des États américains peut paraître beaucoup trop sévère, surtout lorsqu'on se demande si la société est mieux protégée pour autant* ».

---

<sup>154</sup> LE MONDE DIPLOMATIQUE | DECEMBRE 1999 | Page 25  
<http://www.monde-diplomatique.fr/1999/12/WACQUANT/12761>

<sup>155</sup> Loi constitutionnelle de 1982

<sup>156</sup> Article 26 de la loi canadienne de 1992, ch. 20

<sup>157</sup> Article 25 de la loi canadienne de 1992, ch. 20

**194.** - La législation canadienne est plus protectrice des libertés de **toutes** les personnes y compris celle des ex délinquants. Cette législation se distingue sans difficulté de celle des USA. Cependant, elle s'y approche à cause de cette possibilité de violer le droit à l'oubli de l'ex délinquant.

En théorie, un homme ou une femme qui sort de détention, redevient en principe un individu comme les autres. Ces législations surprennent car elles se construisent en fonction de la dangerosité de l'ex délinquant. Il semblerait que ceci constitue un aveu de l'échec de la détention. Le droit à l'oubli, si nous devons approuver sa reconnaissance, souffre d'exceptions notamment du fait qu'il ne s'appliquerait pas à certaines personnes considérées alors comme des êtres inégaux devant la loi. Par conséquent, la consécration d'un droit à l'oubli impliquerait la violation de l'article 15 de la loi constitutionnelle canadienne de 1982 qui énonce expressément l'égalité de toute personne devant la loi.

Parallèlement à la législation, des associations proposent un service particulier aux individus, celui d'organiser leur oubli.

## *2. Un développement accru d'une aide à l'oubli*

**195.** - La notion de « pardon » a été rapprochée de celle de l'oubli. Le pardon n'est pas l'oubli mais il peut y participer. Lorsque le pardon provient des pouvoirs publics, ils conviennent à garder à leur mémoire les faits passés en ne les propageant pas dans le public. Ils considèrent que la blessure commise à la société est cicatrisée par la condamnation de l'individu. Un organisme en particulier s'est créé au Canada. Il se nomme « le centre national du pardon »<sup>158</sup>. Les statuts mentionnent une accréditation de la ville de Montréal (ville du Canada) d'où la preuve du caractère relativement officiel du centre.

Il a la prétention de changer la vie des gens en organisant l'oubli envers le public. Ce service est payant mais il est précisé que ce groupement a un caractère non-lucratif comme les associations françaises régies par la loi du 1 juillet 1901 relative au contrat d'association. Cette initiative nous paraît intéressante parce qu'elle semble unique en son genre et elle participe à la réflexion qu'a engagé les acteurs du Canada.

**196.** - La société canadienne apporte énormément dans la prospection de solutions et ceci est vrai dans beaucoup de domaines autres que celui du droit, ceci tout spécialement dans l'éducation. Elle a compris assurément les embarras soulevés en considérant tous les intérêts

---

<sup>158</sup> [http://www.nationalpardon.org/french/NPC\\_profile.html](http://www.nationalpardon.org/french/NPC_profile.html)

en cause : Faut-il préférer la vie privée de tous les individus sans exceptions au détriment de la sécurité ou faut-il bafouer les libertés de certains pour prévenir absolument des dangers de l'oubli ?

Tout l'enjeu est présenté. Les USA ont tranché en faveur de la prévention du risque par tout moyen et celui de la divulgation d'informations personnelles au public. Avec davantage de prudence, le Canada a mis en place un système qui analyse in concreto chaque cas et soumet la décision à un agent compétent.

Si nous devons rapprocher ces systèmes du cas de la France, celle-ci s'écarte profondément des USA. Par rapport au Canada, l'élément qui semble commun est que, dès lors qu'un ex détenant est libéré suite à une condamnation pour des faits graves d'atteintes aux personnes, les services de police qui s'étaient occupés de l'enquête, sont avertis de la mise en liberté. Ils ont cette faculté de mettre des procédés en œuvre pour surveiller les agissements de l'ex délinquant.

## B. L'organisation de fichiers nominatifs

Le fichier de l'Islande présente cet attribut de collecter des données génétiques. Le Royaume-Uni, quant à lui, est intégré dans l'union européenne, ce qui ne l'empêche pas de poursuivre des cibles définies.

### 1. *Le fichier de l'Islande*

**197.** - Le gouvernement islandais a mis en œuvre une base de données qui contient les informations génétiques de toute sa population.

L'étude de la génétique et de la généalogie des populations constitue le but de la base. Selon les scientifiques, l'Islande aurait l'avantage d'abriter une population relativement homogène.

Sur l'initiative de sociétés privées en 1998, l'idée de monter la base cheminait. Nombreux étaient les manifestants à se déclarer contre le projet. La société privée travaille sur les informations et effectue des croisements, des statistiques. Les données n'ont pas uniquement pour objet de répertorier les habitants. Elle traite des données dont les particularités sont « piquantes ».

**198.** - Nous restons pantois face au traitement de ce type de base. Les risques de transfert des informations sont inquiétants et les auteurs avertis notamment le professeur Jean Frayssinet de l'université d'Aix Marseille III ne manquent pas de le rappeler. La décision du 27 novembre 2003 de la Cour suprême de l'Islande interdit le transfert du dossier médical

d'un patient décédé sur le fondement du respect à la vie privée de ses héritiers mais l'issue de ce procès ne calme pas nos appréhensions.

Des organisations internationales, européennes, et même nationales (France, Royaume-Uni) ont déclaré, par l'intermédiaire de leur groupe d'éthique, qu'ils se penchaient sur la question de la régulation de telle pratique car il n'existe pas de cadre légal international. Il faut observer que d'autres pays veulent imiter l'Islande et il serait effectivement opportun de régler le problème d'éthique inhérent.

## 2. *Les fichiers de surveillance au Royaume-Uni*

**199.** - Depuis le premier janvier 1973, la Grande-Bretagne, sans conviction, a intégré la communauté européenne en même temps que le Danemark et l'Irlande. Elle a donc l'obligation d'appliquer, de transposer dans sa législation les directives européennes et notamment celle relative à la protection des données à caractère personnel du 24 octobre 1995<sup>159</sup>. La CNIL anglaise se plaint régulièrement des difficultés à se faire écouter. A plusieurs reprises, elle avertit le gouvernement des limites qui, une fois franchies, violeraient les dispositions européennes. L'embarras est que la conception anglo-saxonne se rapproche davantage de celle des USA que des pays européens latins sur nombre de matières et pas uniquement dans le domaine de la protection des données à caractère personnel. Comme modèle, l'engagement des anglais et non de la France dans la dernière guerre en Irak montre ces clivages et les divergences d'intérêts qui ne peuvent que rejaillir dans d'autres domaines.

**200.** - Le Royaume-Uni reste le pays d'Europe qui développe le plus la surveillance de la population en utilisant des caméras dans nombre de rues. Il est prévu que la quantité des vidéos va exploser car le moyen servira à contrôler les véhicules en captant les numéros des plaques numérogiques. Le but serait de suivre automatiquement les délinquants en combinant l'enregistrement de cette base avec celle des services de police. Ce système vivra, selon le « Times<sup>160</sup> » très prochainement.

Les voix de la contestation se sont élevées pour dénoncer l'action du gouvernement. Les utilisations des plaques capturées sont illimitées. Conformément à notre raisonnement, le président de la CNIL anglaise affirme récemment que « *le 'profiling des consommateurs et de leurs habitudes à des fins marketings ne connaît pas de limites* ». Il craint fortement que le pays devienne complètement sous surveillance avec toutes les informations que le gouvernement réunit.

---

<sup>159</sup> Directive N)95/47/CE du 24 octobre 1995

<sup>160</sup> Quotidien anglais, parution le 23/09/2003

**201.** - La CNIL française ne détient aucune attribution internationale pour tenter de faire valoir sa position sur l'importance du concept de l'oubli. Elle ne dispose donc pas de pouvoir de commenter les orientations des lois notamment la loi de Megan. Par conséquent, la recherche de renseignements sur des points des droits étrangers sur le site de la CNIL<sup>161</sup> n'aboutit à aucun résultat. Il se révélerait exact de dire que ces lois n'auraient pas pu être adoptées en France parce que les conceptions du droit à la vie privée sont distinctes. Nous pouvons même croire en l'inconstitutionnalité des textes par rapport à la Constitution de la Ve République et aussi sur leurs caractères inconventionnels au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme signée le 4 novembre 1950.

La CNIL n'a d'attribution que pour veiller à l'application de la loi « informatique, fichiers et libertés » et étant donné que les lois votées par le Parlement français ne s'appliquent que sur le territoire français<sup>162</sup>, les préoccupations internationales ne peuvent concerner que des organisations internationales. Dans cet espace limité, la CNIL veille au respect des droits des personnes en contrôlant les fichiers contenant des données nominatives.

## **Section II. Le rôle déterminant de la CNIL**

**202.** - La CNIL joue un rôle essentiel pour la protection des données. Ce qui est intéressant serait de démontrer dans la mesure du possible son poids non négligeable malgré le fait qu'elle n'ait pas légalement la possibilité d'imposer ses choix sur la politique du gouvernement. Ce n'est pas simple de parler de la CNIL, elle donne des directives mais quelle en est la portée ? On ne parlera du concret que pour ce qui a déjà été mentionné plus haut car par la suite, on sera amené à parler d'elle dans ses combats contre ces puces RFID et autre instrument qui porteraient atteintes aux libertés.

La justification sera apportée du choix de parler de la CNIL dans cette partie particulièrement et pas ailleurs. La question ici est de se demander si elle joue son rôle véritablement. Les pouvoirs publics lui permettent-ils d'agir ? Ses décisions reflètent-elles véritablement ce désir de protéger les données des individus notamment pour éviter l'atteinte au droit à l'oubli ?

---

<sup>161</sup> [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)

<sup>162</sup> Article premier du code civil, 1804

## Paragraphe I. Le poids de la CNIL dans les textes

203. - La théorie est capitale pour comprendre les répercussions des décisions prises par la CNIL. Le but serait de démontrer que la CNIL est une institution influente permettant la protection des libertés individuelles notamment du droit à l'oubli. Le rôle joué par la CNIL reste un débat controversé. Certains pensent qu'elle suit l'action gouvernementale sans la remettre en cause, d'autres n'hésitent pas à applaudir cette institution tellement elle a apporté aux libertés. L'appréciation de l'implication de la CNIL nécessite de s'attarder succinctement sur ses pouvoirs réels, sur son influence qui s'exerce notamment grâce à son indépendance. Des articles récents insistent sur le fait que la loi nouvelle de transposition de la directive du 24 octobre 1995 anéantit les pouvoirs de la CNIL. La vérité est-elle celle-ci ? La réponse est essentielle pour nous. L'objectivité de la réflexion s'en ressentira. Toutefois, il est important de préciser que nous croyons au dynamisme authentique de la CNIL. Son statut lui permet d'agir concrètement et d'exercer ses larges pouvoirs sans influence.

### I. Le statut de la CNIL

204. - L'article 8 de la loi du 6 janvier 1978<sup>163</sup> énonce que « *La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante* ». Ces dispositions sont reprises par la loi de transposition<sup>164</sup> de la directive du 24 octobre 1995<sup>165</sup> entrée en vigueur le 7 août 2004. La doctrine a permis de comprendre fidèlement les termes de la loi. Une autorité administrative se caractérise par trois éléments<sup>166</sup> : elle est d'abord une autorité qui peut se définir comme un organe doté d'un pouvoir autonome de décision et d'influence sur un secteur déterminé. « *Ensuite elle est un organe administratif, ce qui implique qu'il ait un caractère public et que les décisions qu'il prend aient une nature administrative. Enfin, elle est une institution indépendante, ce qui la distingue des autres autorités administratives parce qu'elle n'est pas intégrée dans une hiérarchie et ne relève pas d'un pouvoir de tutelle*<sup>167</sup>. » Son indépendance s'apprécie notamment par la composition<sup>168</sup> de la commission,

---

<sup>163</sup> Loi n°78-17 du 6 janvier 1978

<sup>164</sup> Article 11 de la loi n°2004-801

<sup>165</sup> Directive européenne n°95/46/CE du 24 octobre 1995

<sup>166</sup> Les caractéristiques d'une autorité administrative sont fournies par le « LAMY DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RESEAUX » édition 2003

<sup>167</sup> « LAMY DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RESEAUX » page 425 n°600

<sup>168</sup> Article 8 de la loi du 6 janvier 1978

par certaines incompatibilités de fonction. Ces dispositions ont pour finalités de casser tout lien de dépendance avec un corps constitué, étatique ou non.

L'article 21 de la loi de transposition du 7 août 2004 rappelle dans les mêmes termes édictés dans la loi du 6 janvier 1978<sup>169</sup> un principe à grande signification que « *dans l'exercice de leurs attributions, les membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité* ». Le statut de la CNIL est clairement établi et il semble délicat de remettre en cause cette indépendance si précieuse.

L'analyse des membres composant<sup>170</sup> la CNIL présente cet intérêt d'apporter davantage d'indices pour montrer la valeur de cette indépendance. Nous ne nous attardons pas sur ces précisions.

## II. Les pouvoirs de la CNIL

**205.** - La CNIL dispose d'attributions légales depuis la loi du 6 janvier 1978 relative à la protection des données à caractère personnel. Quels actes peut-elle prendre ? Le renforcement de ses pouvoirs est réalisé par la loi du 6 août 2004.

La loi nouvelle est structurée autrement en comparaison de la loi du 6 janvier 1978. Le chapitre (II) est intitulé « *conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel* ». Il s'agit d'une création dans laquelle il est énoncé des conditions positives dans le sens où sont présentées les règles pour lesquelles un traitement de données à caractère personnel est valable. Il doit répondre ainsi à des conditions édictées expressément par le texte nouveau. Ce chapitre paraît s'imposer dans la logique de la rédaction du texte car à partir de ces éléments, la CNIL exercera son contrôle et pourra user de son pouvoir érigé dans les articles 11 à 21 de la loi nouvelle. En effet placer le chapitre relatif aux conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel avant celui relatif aux pouvoirs de la CNIL, est un choix structurel pertinent.

Les pouvoirs traditionnels de la CNIL peuvent être présentés sous forme de catégorie :

- Un pouvoir de décision
- Un pouvoir de proposition
- Un pouvoir de formulation des avis
- Un pouvoir de contrôle
- Un pouvoir d'information

---

<sup>169</sup> Article 13 de la loi du 6 janvier 1978

<sup>170</sup> Article 13 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée

- Une mission de réflexion

La loi nouvelle ajoute des pouvoirs de sanctions et élargit ses pouvoirs d'investigation.

**206.** - L'article 25 de la loi nouvelle exclut expressément du champ du contrôle les fichiers destinés aux autorités publiques. La loi met en œuvre plusieurs sortes de régime d'autorisation. L'un soumet à l'autorisation préalable de la CNIL le traitement des données et l'autre suit une procédure différente étant considéré que les destinataires sont des autorités publiques ou agissent pour le compte de l'Etat. Cette procédure dépendra du type des données nominatives traité. Notre perspective est d'analyser ce régime d'autorisation et de la place de la CNIL. Pour une vision d'ensemble, la représentation d'un tableau nous paraît fonctionnelle. Nous ne tirons de la loi que certaines dispositions.

<b>Objet des données</b>	<b>Procédure</b>	<b>Destinataire</b>	<b>Article de la loi</b>
--------------------------	------------------	---------------------	--------------------------

			<b>nouvelle</b>
La sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique	-Avis simple de la CNIL -Autorisation par le ministre compétent	L'Etat	Article 26 I
La prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté	-Avis simple de la CNIL -Autorisation par le ministre compétent	L'Etat	Article 26 I
Le traitement requiert la consultation du répertoire national d'identification des personnes physiques sans inclure le numéro d'inscription à ce répertoire	-Avis simple de la CNIL -Autorisation par le ministre compétent	-Personne morale de droit public  -Personne morale de droit privé gérant un service public	Article 27 I 1°
Les données dites « sensibles »	-Avis simple motivé et publié de la CNIL -Autorisation du Conseil d'Etat	L'Etat	Article 26 II
Données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes.	-Avis simple motivé et publié de la CNIL -Autorisation en Conseil d'Etat	L'Etat	Article 27 I 2°

Il faut relever que la loi est plus détaillée s'agissant des données traitées pour le compte de l'Etat. La loi du 6 janvier 1978 ne contenait qu'un article 15 qui énonçait simplement que les traitements effectués pour le compte de l'Etat « *sont décidés par un acte réglementaire pris*

*après avis motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés* ». En comparaison, il est intéressant de constater que la CNIL pouvait freiner<sup>171</sup> la procédure de création d'un texte qu'elle jugeait contraire aux principes établis grâce à son avis qui devait être **favorable**. Une telle déduction s'établissait à la lecture des dispositions faisant suite : « *Si l'avis de la commission est défavorable, il ne peut être passé outre que par...* ». La nouvelle loi permet de relever que la CNIL donnera son avis mais que ce commentaire, même motivé et publié, n'entachera pas la continuité de la procédure. Est-ce le signe d'une atténuation de son influence dans le système ?

## **Paragraphe II. L'influence des décisions de la CNIL**

**207.** - La CNIL dit le droit et rend des actes reconnus influents par les acteurs de la société grâce à la valeur de sa doctrine reconnue comme riche et rayonnante. En fonction de ce que nous démontrerons, un choix des actes basé sur des critères objectifs sera effectué. Le législateur prend en considération les avis de la CNIL et tente d'améliorer les textes antérieurs ; ce qui permettrait l'adoption d'une réglementation assez protectrice des droits. Nous l'expliquerons.

### **I. Le choix des actes reconnus influents**

**208.** - La Reconnaissance de l'influence de la CNIL est déduite des textes adoptés ou non par le législateur. En portant un regard sur la doctrine de la CNIL depuis sa création, nous constatons qu'à chaque fois qu'elle a eu l'occasion de se prononcer sur un texte susceptible de léser les individus dans leurs droits, le législateur a tenu compte de l'avis de l'institution. Pour lancer le débat, le choix des textes est fonction du temps écoulé. D'abord la norme simplifiée n°9 est un acte de la CNIL initialement formant la délibération du 6 mai 1980<sup>172</sup>. La CNIL a pris une nouvelle délibération le 22 avril 1999<sup>173</sup> qui remplace et abroge celle de 1980. Ensuite, l'opinion publique a été heurtée lorsque le projet d'installation de vidéosurveillances dans les lieux publics a été divulgué. Enfin, récemment, la loi enregistrant les empreintes génétiques des délinquants a fait l'objet de vives contestations.

### **II. Le devenir de ces actes**

---

<sup>171</sup> Article 15 alinéa 2 de la loi ancienne prévoyait la procédure de contournement de l'avis de la CNIL

<sup>172</sup> Délibération n°80-017 du 6 mai 1980

<sup>173</sup> Délibération n°99-27 du 22 avril 1999

La société évolue et curieusement, plus le temps s'écoule et plus la CNIL est confrontée à davantage de réticence de la part du législateur.

#### A. La CNIL et la norme n°9

**209.** - La norme n°9 de la CNIL a pour objet principal de défaire le lien entre le nom du livre emprunté et l'emprunteur pendant le temps nécessaire à l'exercice des formalités administratives. La CNIL n'a pas voulu vivre des histoires malheureuses dans lesquelles le profil d'un individu était déduit de ses lectures. Cette délibération n'est contenue dans aucun texte législatif. La CNIL dit le droit. En fonction des intérêts en jeu, elle recherche un équilibre. Devons-nous retenir que le législateur considère que son intervention serait inutile et accorderait-il dès lors même valeur des délibérations de la CNIL par rapport aux lois ? En pratique les règlements intérieurs des bibliothèques sont compatibles formellement avec la délibération de la CNIL. La lecture de l'article 18 du règlement de la bibliothèque universitaire de Perpignan confirme que la norme n°9 sert de fondement. *« Le module automatisé de prêt a fait l'objet conformément à la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, d'une déclaration simplifiée de conformité à la norme 9 concernant le traitement du prêt des documents auprès de la Commission Nationale de l'Information et des Libertés ».*

Les conclusions de la CNIL dans la délibération mettent en relief l'intérêt de suppression des données. Les délibérations de la CNIL seraient « source de droit ».

#### B. La CNIL et la vidéosurveillance

**210.** – Les commentateurs ont été nombreux pour dénoncer le peu de considération exercée sur la CNIL par le gouvernement de l'époque. Ils ont interprété l'article 10 alinéa 1 de la loi ainsi formulée *« Les enregistrements visuels de vidéosurveillance répondant aux conditions fixées au II sont soumis aux dispositions ci-après, à l'exclusion de ceux qui sont utilisés dans des traitements automatisés ou contenus dans des fichiers structurés selon des critères permettant d'identifier, directement ou indirectement, des personnes physiques, qui sont soumis à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux*

libertés ». Partir de la recommandation de la CNIL du 21 juin 1994<sup>174</sup> et la comparer avec le texte du 21 janvier 1995<sup>175</sup> est notre choix.

Une des recommandations retient l'attention :

*« Que la durée maximale de conservation des images ne soit pas **excessive au regard de la finalité poursuivie** et que tout enregistrement d'images directement ou indirectement nominatives, si ces dernières **ne sont pas effacées ou détruites dans un délai de quinze jours à compter de leur enregistrement**, soit remis en original à l'autorité judiciaire, ou, sous son contrôle, à un officier de police judiciaire, sans que la personne responsable du dispositif de vidéosurveillance ne puisse en conserver copie autrement que sur l'autorisation de l'autorité judiciaire »*

L'article 10 IV de la loi énonce quant à lui : *« Hormis le cas d'une enquête de flagrant délit, d'une enquête préliminaire ou d'une information judiciaire, **les enregistrements sont détruits dans un délai maximum fixé par l'autorisation. Ce délai ne peut excéder un mois.** »*

De lui-même le législateur aurait été plus laxiste concernant les modalités de conservation. Cette comparaison prouve l'influence de la CNIL dans le texte. D'autres juxtapositions complèteraient la preuve car elles aboutiraient à des résultats similaires.

Ce dernier constat ne peut pas servir de démonstration concernant les rapprochements entre les recommandations de la CNIL et les lois légalisant les fichiers de police des délinquants.

### C. La CNIL et les fichiers des délinquants

**211.** - Les délibérations de la CNIL et le texte de loi présentent des dissemblances notables telles que relevées dans les discussions correspondantes à la « durée de conservation des empreintes »<sup>176</sup>. Le gouvernement a refusé de donner une suite favorable à toutes les propositions de la CNIL notamment -l'effacement des informations quand la personne a été mise hors de cause. Cette exigence présentait pourtant l'intérêt de sauvegarder les principes fondamentaux de la procédure pénale comme la présomption d'innocence. Les raisons qui poussent le législateur nous échappent. Elles peuvent être la protection d'intérêts supérieurs ou jugés prioritaires.

---

<sup>174</sup> Recommandation de la CNIL du 21 juin 1994 sur les dispositifs de vidéosurveillance

<sup>175</sup> Loi n°95-73 du 21 janvier 1995

<sup>176</sup> Voir supra n°169 et 170

**212.** - Quoiqu'il en soit, au fil des années, la CNIL est confrontée à une opposition rude de la part du gouvernement. Elle est chargée de la préservation des droits et libertés dont elle tire ses attributions de la loi. Il est paradoxal d'observer que le législateur peine à accepter ses recommandations alors que lui-même a la mission de protéger les droits.

**213.** - La Cnil a de plus en plus de difficultés à imposer ses visions au législateur. La société change et des priorités sont favorisées par rapport à d'autres.

## **Chapitre II. Les atteintes difficilement combattues**

**214.** - La société de l'information se développe dans une société marquée par l'économie. Naissent des procédés tels les puces RFID qui ont des finalités appréciables. Toutefois, face à ce constat, le juriste a tendance à tirer la « sonnette d'alarme » pour signaler un feu déclaré dans le monde de la protection des droits<sup>177</sup>. L'internet devient l'instrument privilégié pour accéder rapidement et relativement facilement<sup>178</sup> à une information particulière. Encore une fois, un incendie est déclaré car le réseau internet n'est pas sans créer des problèmes juridiques oppressants pour le droit en général.

### **Section I. Le droit à l'oubli confronté à l'économie**

**215.** – L'économie est suspectée de diriger la politique d'un pays moderne. Elle se définit comme « *la science des phénomènes concernant la production, la distribution et la consommation des richesses, des biens matériels, dans un groupe humain*<sup>179</sup> ».

Les sociétés commerciales manient l'informatique parce qu'il est vecteur de développement, de prévention. Elles sont particulièrement efficaces pour diminuer leur coût en main-d'œuvre ou en l'investissement de matériels pour développer l'entreprise. Lorsque les chercheurs découvrent des systèmes capables de remplir maintes activités, les sociétés sautent sur l'occasion dans leur propre intérêt. Ainsi les nouvelles puces dites « RFID » ont un succès retentissant car leurs fonctionnalités sont phénoménales. Les entreprises rendent des services contre le paiement de contrepartie. Ensemble elles ont créé des fichiers (les listes noires) qui contiennent les identités des clients qui ne satisfont pas à leurs obligations à un moment

---

<sup>177</sup> Paragraphe 1

<sup>178</sup> En terme de coût de connexion et en terme d'outils tels les moteurs de recherche

<sup>179</sup> Dictionnaire de la langue française, *LE ROBERT*, édition « poche », 1998

donné. La raison pour laquelle nous traitons de ces deux objets en est que le droit à l'oubli des individus est fortement touché.

### **Paragraphe I. Les listes noires**

Le problème est embarrassant pour toutes les personnes qui, à un moment de leur vie, font face à des soucis financiers engendrant l'inexécution de leurs obligations. La CNIL a formulé ses craintes à propos de l'illicéité de la pratique de « fichage » dans son 24<sup>e</sup> rapport d'activité annuel de 2003.

#### **I. Les données du problème :**

**216.** – Les sociétés commerciales ou plus largement les entreprises, se créent dans le but de produire des bénéfices et ainsi en faire partager entre les acteurs de la structure. Une définition du commerçant, personne physique ou morale, pourra être : « acheter pour revendre » ou de produire des biens ou service pour les vendre. Leurs dépenses se compensent par les gains opérés lors de l'exécution d'un contrat de vente par exemple. Les entreprises ont ressenti le besoin de se protéger contre les mauvais payeurs qui augmentaient. La méthode n'est pas celle d'exercer systématiquement des poursuites devant le juge car l'action en justice a un coût calculé en fonction des honoraires élevés des défenseurs professionnels ou du coût de la procédure. La stratégie s'assimilant à une véritable sanction est d'insérer les mauvais payeurs dans un fichier spécial. Les contestations n'ont pas tardées à s'élever. Il semble peu admissible que ce genre de fichier ne prévoit pas de moyens de mise à jour des données car la liberté du consommateur est violée.

#### **II. Les solutions préconisées par la CNIL**

**217.** - Il n'est pas courant qu'une institution publique mentionne directement l'expression « droit à l'oubli » en l'expliquant précisément. En effet la CNIL, dans son 24<sup>e</sup> rapport d'activité annuel de 2003, fait mention du « droit à l'oubli » à l'occasion de sa discussion à propos des listes noires.

L'opportunité est toute trouvée pour retranscrire exactement l'argumentation de la CNIL.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> 24<sup>e</sup> rapport annuel de la CNIL, paragraphe « garantir le droit à l'oubli » page 185

La CNIL raisonne de la manière et en la forme suivante :

« *Garantir le droit à l'oubli* »

« *La fixation de la durée de conservation et l'existence de procédés de mise à jour doivent permettre le respect du principe du « droit à l'oubli ». Pour le fichage d'impayés, ce principe se traduit par la suppression de l'inscription dès régularisation de l'incident. La commission recommande également que l'obligation de mise à jour soit contractualisée sous la forme d'une obligation à la charge des organismes ayant accès au fichier avec un mécanisme de sanctions en cas de manquement allant de la suspension de l'accessibilité aux informations inscrites par cet organisme à la suppression pure et simple de l'ensemble des informations inscrites par l'organisme défaillant* ».

Ce paragraphe est fort d'enseignement. Le droit à l'oubli serait ainsi le fait de prévoir une durée de conservation des données adéquate et de surtout mettre en place des procédés de mise à jour. La CNIL, pour des commentaires relatifs à d'autres textes, fait mention du droit à l'oubli sans préciser de la sorte son contenu.

Le droit à l'oubli se traduit par la suppression de l'inscription lorsqu'est intervenue la régularisation de l'incident. Lorsque l'économie provoque une croissance, se mouvoir à contre-sens devient une mission périlleuse. La CNIL n'a pas pour objectif de restreindre les évolutions technologiques. Cependant les libertés lui commandent d'encadrer les pratiques attentatoires.

## **Paragraphe II. Les puces RFID, les étiquettes radio**

**218.** - L'utilisation et la commercialisation de ces puces se développent et il est exact qu'elles présentent des avantages sur le plan de leur efficacité et de leur coût. Néanmoins, déterminer leur mode de fonctionnement permet d'observer convenablement les problématiques juridiques qui y sont attachées.

### **I. Définition et fonctionnement des puces RFID**

Les explications relatives au mode de fonctionnement sont souvent fournies par des entreprises privées qui sont dans la chaîne de conception de ces produits en quête de faire croître leurs commandes.

## A. Définition

**219.** - Il s'agit d'une technologie de marquage et de lecture sans contact des marchandises. Les objets encore appelés « étiquettes » sont équipés de pastilles (légers tags) qui sont lues à courtes distances à l'aide de petits terminaux portables. Un système capable de répondre à une sollicitation radio est appelé transpondeur. Cette technologie peut permettre ainsi de limiter les risques de fraude.

## B. Fonctionnement

**220.** - Deux catégories d'étiquettes existent mais offrent chacune cette possibilité d'être lues à distance à l'aide d'un signal radio.

Les étiquettes dites « passives » sont excitées par induction électromagnétique (onde émise par le lecteur) et elles renvoient à courte distance un signal.

Les étiquettes dites « actives » sont équipées d'une source d'énergie (d'où leur coût plus élevé) et d'une puce. Elles ont deux particularités principales qui sont de pouvoir se signaler seules et d'avoir la capacité d'établir un dialogue construit avec le lecteur.

Leurs avantages principaux sont que ces puces peuvent être très petites de l'ordre du millimètre, peu coûteuses, insérées dans tout produit, interactives avec le lecteur, caractérisées par leur indépendance et leur autonomie. Les informations contenues sont larges et ont cette possibilité d'être mises à jour.

Plus performantes que le code barre, leur essor est prévu dans un moyen terme. Certains domaines l'utilisent notamment le transport avec les péages routiers, des cartes de transport en commun (la RATP par exemple), le département de la défense américaine qui impose d'ailleurs partiellement cet usage pour leurs approvisionnements.

## II. La légalité de ces moyens

La problématique est tirée directement du mode de fonctionnement de ces puces et les solutions juridiques efficaces sont recherchées.

#### A. Les données du problème

**221.** - La définition du procédé permet de comprendre que la puce RFID accompagne le produit et non l'individu détenteur du dit produit. Ce procédé trace la vie du produit et ici est posé la vraie difficulté. Par le produit l'individu pourrait être tracé, ses habitudes de consommateur par exemple.

Il est certain que ces puces permettent d'améliorer la traçabilité des produits périssables, peuvent venir au secours des fraudes et des vols mais, suite à cette possibilité technique de suivre également le détenteur propriétaire du produit, le respect des droits n'est plus assuré.

#### B. Le droit à l'oubli bafoué

**222.** - La CNIL expose que « *le maillage dense de milliers d'objets qui entoureront une personne, pourra ainsi être analysé de façon permanente* » pouvant amener au profilage d'une personne. Ce qui n'est pas rassurant est que les individus eux-mêmes trouvent des intérêts à utiliser ces puces sur le produit consommé. La CNIL a donc placé les puces RFID sur sa liste noire et affirme que ces moyens traitent des données personnelles au sens de la loi du 6 janvier 1978. Tant les industriels que les commerçants devraient suivre les dispositions de la loi notamment celle de la déclaration obligatoire pour utiliser ces puces. En pratique si ces puces se développent rapidement, les contrôles seront très délicats à opérer pour des problèmes évidents de moyens humains et techniques. Par conséquent, respecter le droit à l'oubli pourrait sembler utopique mais il est trop tôt pour tirer de telles conclusions.

### **Section II. Le droit à l'oubli confronté au monde virtuel**

**223.** - Les informations sur l'internaute ou sur toute autre personne sont collectées sur l'internet et ceci, sans qu'il en ait donné son consentement. De quelles façons ces informations sont-elles collectées et existent-ils des moyens pour lutter contre ?

A chaque fois qu'est relevé un traitement de données qui ne respecterait pas le cadre légal, le droit à l'oubli est en péril et il est indispensable d'insister sur les effets des agissements déloyaux.

## Paragraphe I. Le traitement illégal des données des individus

Seul le respect des dispositions légales permettra la protection du droit à l'oubli.

### I. Les principes directeurs

**224.** - Les méthodes de collectes de données à caractère personnel sur internet sont nombreuses notamment dans le cadre d'achat en ligne, d'une inscription à un forum de discussion. La directive européenne de 1995<sup>181</sup>, relative à la protection des données à caractère personnel transposée par la loi du 6 août 2004<sup>182</sup>, donne des principes de base à respecter lors de toute collecte. En toute légalité, les données à caractère personnel des internautes peuvent être collectées à condition de leur fournir clairement un ensemble d'informations et parmi celles-ci :

- L'identité et l'adresse physique et électronique du responsable du traitement
- L'identité suffisante des interlocuteurs chargés de répondre aux interrogations des personnes dont les données sont collectées
- **Les finalités du traitement des données recueillies**
- Le caractère obligatoire ou facultatif des informations à fournir. Les informations qualifiées d'obligatoires sont celles qui permettent directement l'accès au service proposé dans le cadre d'un site internet. A l'inverse, les informations facultatives sont celles qui ne font pas obstacle, du fait de leur absence, à l'accès au service proposé
- L'existence et les modalités d'exercice du droit de consentir ou de s'opposer. Les internautes qui font l'objet de collecte ont des droits d'accès, de rectification, de suppression des données
- Les destinataires des informations collectées. En effet les données pourraient faire l'objet de négociation par le responsable de la collecte. Celui-ci devra fournir cette information selon laquelle les données pourront être communiquées à des tiers et préciser l'objectif de la transaction
- Lorsque les données sont destinées à être transférées par le responsable du traitement vers un pays tiers à l'Union européenne, le responsable de la collecte devra apporter deux précisions relatives au niveau de protection adéquate ou non des données à

---

<sup>181</sup> Directive n°95/47/CE du 24 octobre 1995

<sup>182</sup> Loi n°2004-801 du 6 août 2004

caractère personnel par ce pays tiers et relatives à l'identité et les coordonnées suffisantes des destinataires

- L'existence de procédés automatiques des données préalablement à toute collecte

- **Une durée de conservation qui correspond à la finalité du traitement**

La loyauté de la collecte suppose que l'internaute ait pu prendre connaissance de ces différents éléments préalablement à toute collecte.

La liste établie n'a pas pour objectif d'être complète et sert à donner une idée précise des principes de base à respecter par tout responsable de collecte. Il suffit de signaler au responsable de la collecte et traitement de se référer aux dispositions légales le concernant.

## II. La légalité des procédés

**225.** - Il faut reconnaître que ces principes posés ne sont, en général pas respectés. Pourquoi entre t-il dans le cadre du droit à l'oubli ? A partir du moment où des données sont collectées, elles peuvent faire l'objet d'un traitement et celui-ci, s'il ne remplit pas des principes de base, **la durée de leur conservation des données n'est absolument plus contrôlable** d'où une atteinte logique au droit à l'oubli. Des exemples techniques montreront aisément les nécessités de donner un cadre légal à ces pratiques. Les forums de discussion, les cookies, les fichiers log, les spywares constituent autant de pratiques<sup>183</sup> mettant à mal le droit à l'oubli.

### A. Les forums de discussion

#### 1. *Définition*

**226.** - La notion d'un forum<sup>184</sup> de discussion est donnée dans le journal officiel du 16 mars 1999. En effet, les pouvoirs publics ont senti ce besoin d'offrir le premier lexique officiel contenant du vocabulaire de base de l'internet dans le but de pousser la France dans la société de l'information. Selon ce lexique le forum est un « *service permettant l'échange et la discussion sur un thème donné : chaque utilisateur peut lire à tout moment les interventions de tous les autres et apporter sa propre contribution sous forme d'articles.* »

---

<sup>183</sup> La liste des illustrations n'est pas complète. Il existe d'autres méthodes d'atteintes au droit à l'oubli

<sup>184</sup> Forums ou newsgroups en anglais

Ces forums de discussion peuvent être accessibles soit sur le réseau *Usenet*<sup>185</sup> soit sur le web. Quel qu'en soit, à partir du moment où les forums sont accessibles par le public, le forum de discussion est considéré comme étant un lieu public d'échange. Cette qualification est très importante pour notamment engager la responsabilité des intermédiaires qu'ils soient, modérateur ou tout simplement créateur du forum car ils se voient appliquer tout un corpus législatif comme la loi 1881<sup>186</sup> relative à la presse. Cette précision est nécessaire pour notre analyse car le droit à l'oubli n'a pas à être bafoué dans ces espaces. Cette affirmation n'est plus valable concernant les lieux qualifiés de privés.

## 2. *Mode de collecte des informations*

**227.** - L'utilisateur devra s'identifier en inscrivant soit un pseudonyme, soit son vrai nom. Dans un souci d'anonymat, il préférera utiliser un pseudonyme. La lecture d'un message dans un forum s'accompagne de l'adresse IP de l'ordinateur. Cette adresse IP est considérée à juste titre comme pouvant être qualifiée de données nominatives car le propriétaire de l'ordinateur est associé à cette adresse IP.

## 3. *La recherche de solutions*

**228.** - Les forums de discussion sont divisés en thème pour faciliter l'interactivité. L'embarras est que, à un thème donné, l'utilisateur pourrait faire l'objet d'une détermination de profil par une personne physique ou morale de droit privé ou de droit public. Ainsi ces individus ont cette possibilité de constituer des fichiers, créer une base de données à finalité quelconque. L'adresse IP de l'ordinateur est attachée au message donc indirectement, l'identification de l'utilisateur est rendue envisageable. Le danger est bien réel car le message est gardé et laissé à la disposition du public ; celui-ci pourrait faire l'objet d'interprétation diverse. Le plus choquant est justement cette possibilité de retracer les messages d'un utilisateur même après l'écoulement de plusieurs années. La liberté d'expression<sup>187</sup> est en jeu car elle pourrait être atteinte à cause d'individus qui se serviraient de propos par nature changeants au fil du temps. La réaction contre cette situation doit être vive et rapide car ne pas

---

<sup>185</sup> Ensemble de machines reliées à différents réseaux qui véhiculent des articles postés dans des groupes de discussions

<sup>186</sup> Loi n°1881-07-29

<sup>187</sup> Liberté d'expression protégée par les grands textes fondamentaux notamment la Convention européenne des droits de l'homme en son article 10 signée le 4 novembre 1950

agir reviendrait à remettre en cause l'efficacité reconnue des forums de discussion. Ces propos mettent grandement en évidence l'étendue de ce droit à l'oubli et en l'occurrence, l'oubli des propos écrits sur un espace de liberté et d'échange.

**229.** - Les droits notamment formulés dans la loi « informatique, fichiers et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée<sup>188</sup>, permettraient de donner le cadre, dans le sens où les utilisateurs pourront supprimer leurs anciens messages à tout moment.

Les outils à mettre en place ne paraissent pas techniquement insurmontables. La législation applicable, fournissant les éléments au juge pour engager les responsabilités des intermédiaires, peut être améliorée en exigeant à celui qui possède les moyens techniques de prévoir cette possibilité accordée aux utilisateurs de supprimer les messages. Il serait d'ailleurs opportun de régler toutes ces questions de l'internet clairement et légalement.

Toutefois dans certains newsgroups, l'auteur du message peut procéder lui-même au retrait d'un message posté mais cette possibilité concerne une quantité infime des espaces interactifs disponibles et accessibles publiquement.

## B. Les cookies

### 1. Définition

**230.** - Les cookies sont des informations persistantes enregistrées sur l'ordinateur du client internet. Le serveur a besoin, dans un certain nombre de cas, de pouvoir créer une relation avec l'internaute. Il peut envoyer un ou plusieurs cookies au programme de navigation. Les cookies peuvent être représentés comme constituant un paquet d'informations.

### 2. Mode de collecte des informations

**231.** - Ce paquet d'informations contient généralement :

- Le nom du cookie. Un même serveur peut stocker plusieurs cookies de noms différents.
- Le nom du domaine auquel appartient l'ordinateur envoyant le cookie. Par la suite, seuls les ordinateurs du même domaine pourront une nouvelle fois accéder à ce cookie.
- La date d'expiration du cookie. Dans la pratique cette date est souvent lointaine;

Le navigateur recevant un cookie stocke celui-ci dans un fichier particulier situé sur l'ordinateur de l'utilisateur.

---

<sup>188</sup> Loi n°2004-801 du 6 août 2004

Par la suite, si la date d'expiration du cookie n'est pas atteinte, le navigateur le communiquera systématiquement lors de chaque requête HTTP (lien visible ou invisible.).

### 3. *La recherche de solutions*

**232.** – La gêne est réellement celle de la date d'expiration du cookie car permettrait de marquer un utilisateur en particulier avec certaines données le concernant. Il est techniquement possible d'inclure dans ces cookies des données sensibles que l'on aurait pu déduire de certaines réponses à des formulaires envoyés précédemment. Deux éléments ont conduit au vote de la directive européenne du 12 juillet 2002<sup>189</sup> relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. D'abord la date d'expiration des cookies n'est pas clairement établie, ensuite la collecte d'informations par ces cookies se réalise à l'insu de l'utilisateur qui ne peut ainsi pas faire valoir ses droits.

**233.** - Toute utilisation de cookies n'est pas à proscrire. L'intérêt des cookies pour la navigation n'est plus à démontrer. Ils sont précieux du fait d'un gain de temps lors de la navigation de l'internaute mais les droits d'accès, de rectification, d'opposition, appartenant à la personne fichée, ont à être respectés. La directive européenne précitée du 12 juillet 2002 relate expressément des cookies et insiste sur le fait que la directive du 24 octobre 1995<sup>190</sup> s'applique directement. Les cookies sont par conséquent des données à caractère personnel dont leur collecte et traitement font l'objet d'une rigoureuse réglementation notamment la loi du 6 janvier 1978 modifiée relative à la protection des données à caractère personnel. La transposition de la directive du 12 juillet 2002 est prévue avant 2006 et permettrait ainsi de donner un cadre légal aux cookies qui, pour le moment, portent atteinte au droit à l'oubli à cause d'un traitement de données non-contrôlé capable de constituer un fichier retraçant l'ensemble de la navigation de l'internaute.

Il existe des solutions techniques pour bloquer les cookies mais elles restent peu efficaces et contraignantes.

---

<sup>189</sup> Directive européenne n°2002/58/CE

<sup>190</sup> Directive européenne n°95/46/CE

## C. Les fichiers log

### 1. Définition

**234.** - Le fichier log est le journal de bord d'un serveur d'hébergement d'un site web dans lequel un programme consigne les traces de certains types d'évènements à chaque fois qu'ils se produisent, en l'occurrence les requêtes adressées aux serveurs et les opérations qu'il effectue en retour, comme l'affichage de certaines pages de site.

### 2. Mode de collecte des informations

**235.** - Ainsi, l'adresse IP<sup>191</sup> de l'ordinateur permettant le lien avec le titulaire de la connexion, les dates et heures de connexion et requêtes, le système d'exploitation utilisé, sont autant d'éléments qui peuvent être archivés par les serveurs et plus spécifiquement par les fournisseurs d'accès internet. Chacune de ces opérations génère une ligne dans le fichier journal considéré sous la forme d'un fichier texte constituant une véritable base de données susceptibles de créer des statistiques relatives aux comportements de l'internaute et malheureusement généralement à son insu.

Le droit à l'oubli est une nouvelle fois concerné du fait que ces enregistrements de données peuvent **perdurer dans le temps** et ainsi permettre ficher un internaute pour le rattacher pendant un temps non-défini à un profil quelconque sans que celui-ci n'en soit conscient. La démarche consisterait alors à trouver des solutions éventuellement techniques (l'analyse juridique de ces techniques serait d'ailleurs souhaitable) et juridiques.

### 3. La recherche de solutions

**236.** - En premier lieu, l'anonymiseur et les proxies sont considérés comme assurant l'anonymat. L'anonymiseur est un procédé gratuit<sup>192</sup> ou payant mis en oeuvre soit par un site soit par un logiciel. La navigation de son utilisateur n'est pas consignée dans les fichiers log des sites qu'il visite. La machine, l'adresse IP et la localisation géographique sont dissimulées par l'anonymiseur qui fait office d'intermédiaire entre l'internaute et la page internet sur laquelle il se trouve.

---

<sup>191</sup> IP = Internet protocol

<sup>192</sup> La contrepartie étant l'affichage de publicité

Le procédé est relativement simple et il suffit de donner l'adresse du site dont l'anonymat est requis. Cependant le passage est signalé sur le fichier journal. Toutefois ne seront consignées que les données relatives à l'anonymiseur.

**237.** - Ce procédé ne résout pas forcément le problème de la collecte « sauvage » des données de l'internaute car celles-ci sont tout naturellement dirigées vers le serveur de l'anonymiseur. Le gestionnaire de ce serveur aura alors tout le loisir d'exploiter ces données. Les proxies ou pare-feu utilisent relativement les mêmes principes en substituant l'adresse IP du serveur intermédiaire à celle de l'internaute et les données de ce dernier se retrouveront sur le serveur du proxy.

Ces méthodes qui visent à rendre la navigation plus anonyme quoique moins évidente, n'ont pas de cadre légal et ce vide juridique laisse perplexe.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés tente de donner des pistes qui pourraient conduire au respect des libertés notamment du droit à l'oubli.

**238.** - En second lieu, la recherche de solutions juridiques s'avère nécessaire.

Le fichier log est considéré comme contenant des informations nominatives<sup>193</sup> puisque techniquement le rattachement à une personne déterminée reste simple à effectuer ; ce qui pourrait entraîner le traitement de ces données régi notamment par la loi « informatique, fichiers et libertés » du 06 janvier 1978 modifiée.

Plusieurs points doivent être abordés pour concevoir les difficultés du problème. La loi sur la sécurité quotidienne<sup>194</sup> du 15 novembre 2001 prévoit la création dans le code des postes et télécommunications une obligation de conservation des données de connexion à la charge des opérateurs, notamment le fournisseur d'accès, **pendant une durée maximale d'un an**<sup>195</sup> « pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition à l'autorité judiciaire d'informations<sup>196</sup>. » Ces dispositions n'ont pas été jugées inconstitutionnelles par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 27 décembre 2001<sup>197</sup>.

**239.** - A priori le droit à l'oubli semblerait respecter ici sauf que la définition de « données de connexion » fait défaut. La loi précise que « *les données de connexion portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les*

---

<sup>193</sup> Une information nominative est toute donnée permettant d'identifier directement ou indirectement une personne privée.

<sup>194</sup> Loi n°2001/1062

<sup>195</sup> L'association des fournisseurs d'accès et de service internet (A.F.A) propose la conservation des fichiers log pendant 6 mois

<sup>196</sup> Article 29 de la loi du 15 novembre 2001

<sup>197</sup> Décision n°2001/457 DC

*opérateurs et sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers [...] ; elles ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications.»*

Il aurait été souhaitable que la notion de données de connexion inclut expressément l'adresse IP de l'émetteur et celle du destinataire de l'information afin que ces informations bénéficient **du délai maximum de conservation**. Ces données permettent, même de façon indirecte à identifier l'internaute.

**240.** - Les dispositions de l'article 29 de la loi « sécurité quotidienne » renvoient la définition des données de connexion à un décret voté en Conseil d'Etat. Ceci reste fâcheux car il apparaît que cette matière est du ressort exclusif du Parlement<sup>198</sup> étant donné que les libertés des individus sont strictement en jeu. La procédure oblige à la consultation de la CNIL mais celle-ci, au-delà de sa grande influence, ne possède ni légitimité électorale ni compétence législative.

**241.** - Théoriquement, toutes les personnes qui collectent des données à caractère personnel ont le devoir de respecter les principes énoncés dans la loi du 6 janvier 1978 modifiée. La pratique révèle que les fournisseurs d'accès font partie de ceux qui mettent difficilement en application les règles légales en vigueur.

Pour atténuer ces propos, des dispositions contraignent les fournisseurs d'accès à la transmission de leurs données à des destinataires légalement autorisés<sup>199</sup> dont la violation est sanctionnée pénalement.

Cet argumentaire apparaît alarmiste mais permet de se rendre compte que les prestataires techniques ont la possibilité de créer des bases de données à finalité détournée mises à jour pendant **des durées indéterminées** dont la conséquence est irrémédiablement des atteintes graves notamment au droit à l'oubli des individus.

Les fichiers log font l'objet de discussions mais l'action, en faveur d'un cadre juridique clair et dénué de toute contradiction, permettrait de donner les garanties indispensables aux droits des individus.

---

<sup>198</sup> Article 34 de la Constitution de la V République

<sup>199</sup> Autorités judiciaires, Commission des opérations boursières

## D. Les spywares

### 1. Définition

**242.** - Un spyware<sup>200</sup> est un logiciel distribué généralement en complément d'un programme principal chargé de collecter des données à caractère personnel à des fins commerciales, statistiques ou techniques sans que l'utilisateur soit explicitement mis au courant de son existence.

### 2. Mode de collecte des informations

L'espioniciel n'est jamais livré seul et est associé à un autre programme distribué généralement gratuitement<sup>201</sup>. Il a la faculté de s'installer en même temps que le logiciel-mère tout en restant distinct de celui-ci.

Les ressources économiques de ces services proviennent essentiellement de la publicité : Tous ont conclu des contrats avec des services de marketing en ligne pour leur permettre d'intégrer des programmes espions. L'éditeur du logiciel gratuit héberge le mouchard contre une redevance. Cependant, les spywares peuvent également être intégrés dans des logiciels payants qui ont d'ailleurs conduit à la condamnation de certains constructeurs pour avoir introduit des éléments susceptibles de recueillir des données à caractère personnel dans des programmes.

**243.** - Les informations collectées restent diverses. Il pourra s'agir d'espionner notamment les historiques de la navigation, les adresses des courriels, les fichiers téléchargés, l'enregistrement de l'adresse IP et bien d'autres informations qui correspondraient à la finalité de la collecte. Le danger d'atteinte au droit à l'oubli est édifiant surtout que les internautes méconnaissent ces procédés réalisés à leur insu.

---

<sup>200</sup> Spyware ou espioniciel en français

<sup>201</sup> par téléchargement ou autre méthode

### 3. *La recherche de solutions*

#### a. Solutions techniques applicables :

Plusieurs mesures facilitent la protection contre les spywares :

**244.** - Pour prévenir l'installation d'espioniciel, il est recommandé d'abord de redoubler de vigilance en restant par exemple attentif lors de l'installation d'un logiciel. Ensuite, l'utilisation d'un firewall<sup>202</sup> permet de détecter la présence d'un logiciel espion, l'utilisation d'un software<sup>203</sup> est une méthode efficace pour les repérer. Enfin, des sites internet spécialisés mettent à jour des listes d'espioniciels et fournissent les moyens en connaissance pour s'en débarrasser.

#### b. Solutions juridiques préconisées :

**245.** - Le problème est délicat à cause de la technicité des spyware. Tout un ensemble de textes trouverait à s'appliquer, ce qui pourrait garantir le respect du droit à l'oubli. Les spywares espionnent en quelque sorte l'activité en ligne de l'internaute.

En premier lieu, sur le principe du respect à la vie privée, l'action devant les tribunaux pourrait être envisagée sur les fondements des textes sanctionnant l'atteinte. Par exemple, l'article 9 du code civil français instaure une procédure d'urgence pour faire cesser sans délai l'atteinte portée à la vie privée, et l'article 226-1 du code pénal protège l'intimité de la vie privée.

En second lieu et en considérant que la collecte des informations pourrait faire l'objet de traitement par des tiers, la loi du 6 janvier 1978<sup>204</sup> modifiée, les directives du 24 octobre 1995<sup>205</sup> et du 12 juillet 2002<sup>206</sup> ont pour point commun de poser des règles précises qui soumettent des obligations aux gestionnaires des collectes.

L'agence pour la diffusion de l'information technologique<sup>207</sup> rappelle ainsi que la collecte des données s'appuie sur un principe de loyauté ; ce qui implique la délivrance de certaines informations au profit des personnes concernées afin qu'elles aient la possibilité de faire valoir leurs droits.

---

<sup>202</sup> Pare-feu en français

<sup>203</sup> Anti-logiciel espion

<sup>204</sup> Loi « informatique, fichiers et libertés »

<sup>205</sup> Directive européenne n°95/46/CE

<sup>206</sup> Directive européenne n°2002/58/CE

<sup>207</sup> L'A.D.I.T.

La recherche de législation applicable se limite au cadre de l'individu. Il existe d'autres règles qui peuvent sanctionner l'utilisation abusive d'un spyware<sup>208</sup>. Toutefois le droit à l'oubli est en danger à partir du moment où des données à caractère personnel sont collectées illicitement.

Le monde virtuel est truffé de complications malsaines pour l'application du droit. Une avancée est toutefois à relever. La priorité accordée à l'anonymisation des décisions de justice profite à nombre d'individus qui dénonçaient le rôle néfaste joué par les moteurs de recherche en ce domaine.

## **Paragraphe II. L'anonymisation face à la médiatisation des décisions de justice**

**246.** - L'anonymisation des décisions de justice n'empêche pas la médiatisation de celles-ci. L'équilibre, simplement se devait d'être trouvé pour répondre aux intérêts de chacun. Le but est d'éviter une atteinte trop importante au droit à l'oubli qui se retrouve dans cette notion d'anonymisation.

### **I. Intérêt de la médiatisation**

**247.** - La médiatisation des décisions de justice est essentielle pour faciliter l'accès au droit, l'accès à toutes les sources du droit. Celle qui pose des soucis et amène à la considérer comme pouvant porter atteinte au droit à l'oubli, est la jurisprudence. La jurisprudence est définie généralement comme l'ensemble des décisions de justice et plus précisément Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT<sup>209</sup> la définissent comme étant « *la solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit.* » Une décision de justice se rend en audience publique sauf les exceptions légalement prévues par la loi. L'audience publique est une condition du procès équitable et le « peuple » en est le témoin. La Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme<sup>210</sup> énonce à cet effet en son article 6 que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, **publiquement**...* »

---

<sup>208</sup> En faveur de la protection des systèmes informatiques

<sup>209</sup> Lexique « Termes juridiques » 10<sup>ème</sup> édition 1995 sous la direction de Serge GUINCHARD et de Gabriel MONTAGNIER

<sup>210</sup> Conseil de l'Europe 4 novembre 1950

**248.** - Toutes ces données informationnelles justifient le choix de la médiatisation. Rendre le droit plus accessible et plus intelligible est devenu un objectif à valeur constitutionnelle<sup>211</sup>. Par tous les moyens, l'Etat doit rendre accessible la jurisprudence sur support papier mais aussi développer l'accès sur support électronique. Ainsi, répondant à ces exigences, la loi du 12 avril 2000<sup>212</sup> relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations énonce en son article 2 que « *le droit de toute personne à l'information, est précisé et garanti par le présent chapitre en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens.* » La loi a fait l'objet d'un décret d'application du 7 août 2002<sup>213</sup>. Ce décret met gratuitement à la disposition du public la jurisprudence dans son ensemble. Cependant ces décisions mises à la disposition du public contiennent l'identification des parties d'où une atteinte au droit à l'oubli qui y est consécutive.

## II. Intérêt de l'anonymisation

La recommandation de la CNIL a entraîné une prise de conscience donnant lieu à une réflexion d'ensemble de tous les acteurs composant la justice.

### A. La recommandation de la CNIL du 29 novembre 2001<sup>214</sup>

**249.** - La recommandation de la CNIL est extrêmement riche de sens et apparaît bien structurée. En premier lieu, elle constate des faits, elle rappelle en second lieu la législation applicable, préconise des solutions en dernier lieu.

#### I. *Constat :*

**250.** - D'abord, elle insiste sur la facilité d'accéder aujourd'hui à internet et aux informations en mettant en exergue les faibles coûts de connexion et en donnant l'importance qui sont les siens **aux moteurs de recherche devenus très puissants.**

Ensuite la pratique montrerait l'utilisation abusive pratiquée sur le passé d'une personne et que les moyens ne permettent pas de faire barrages à ce genre de situation.

---

<sup>211</sup> Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999

<sup>212</sup> Loi n°2000-321 du 12 avril 2000

<sup>213</sup> Décret d'application n°2002-1064 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet

<sup>214</sup> Délibération n°01-057 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence

## 2. *Rappel de la législation applicable :*

**251.** - Tous les propos tenus par la CNIL sont intéressants et une synthèse s'impose. Elle dit clairement qu'un ensemble de droit édicté dans la loi du 6 janvier 1978 est bafoué et que le moment est venu pour les individus d'agir.

Un exemple poignant est celui de l'application de l'article 31 de la loi initiale du 6 janvier 1978. Cet article énonce qu'il « **est interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes** ». Or les jugements et arrêts comportent selon les termes même de la CNIL « *des informations de cette nature lorsqu'elles sont intrinsèquement liées à l'instance en cause.* » Cette illustration permet de comprendre que l'établissement d'un profil d'un individu **sans son consentement**, qui prend en compte son passé grâce à des données captées du fait des décisions accessibles librement sur internet, reste fortement attentatoire à sa liberté. L'admission d'un droit à l'oubli généralisé aurait pu permettre la protection de l'individu.

## 3. *Solutions proposées par la CNIL :*

**252.** - La CNIL établit une liste limitative des informations à exclure des décisions publiées. **Elle a tenu à ne pas élargir ses exigences aux données indirectement nominatives** car elle a ce souci de la pratique et prévoit ce qui est envisageable de ce qui l'est moins d'où ce choix de lister les informations qu'elles souhaitent ne plus voir apparaître dans les décisions librement accessibles. Il s'agit de supprimer uniquement les noms et adresses des parties et des témoins. La recherche documentaire n'est pas lésée. Il existe tellement d'autres informations qui permettent l'accès à la décision.

La CNIL apporte des limites importantes à savoir d'abord que ce principe d'anonymisation laissera la place à la liberté d'expression si celle-ci est en cause. Ensuite, l'anonymisation n'a pas à s'appliquer notamment pour les sites spécialisés en accès restreint.

La CNIL ajoute que certains pays notamment l'Allemagne et les Pays-Bas ont d'ors et déjà fait le choix de cette anonymisation.

## B. Vers une anonymisation généralisée

**253.** - L'anonymisation des décisions de justice fait couler beaucoup d'encre et les auteurs de la doctrine ont été nombreux à commenter les différents intérêts en cause. Les propos tournent souvent autour de la lourdeur d'une anonymisation systématique.

Sur le terrain des textes, une avancée déterminante a été réalisée par l'arrêté du 9 octobre 2002 relatif au site internet de Légifrance qui, et directement sous l'influence de la recommandation de la CNIL, prévoit le cadre de l'anonymisation à partir du 15 septembre 2002.

Les discussions récentes,<sup>215</sup> conclues par le vote de la loi du 6 août 2004 relative à la transposition de la directive du 24 octobre 1995<sup>216</sup> correspondante à la protection des données à caractère personnel, font ressortir un intérêt fort à l'anonymisation.

L'anonymisation des décisions de justice participe directement à la protection de ce droit à l'oubli dont l'importance est de plus en plus ressentie.

## CONCLUSION

**254.** - Garantir les droits des personnes revient à sauvegarder la tranquillité publique d'un pays. Lorsque des comportements viennent troubler la quiétude, les craintes s'amplifient et ne contribuent pas à espérer en l'avenir.

Les acteurs de la société ont senti l'urgence de donner un cadre légal au traitement des données à caractère personnel. Les nouvelles technologies sont la cause du mouvement déclenché le 6 janvier 1978 en faveur des libertés. Nous ne remettons pas en question les avancées considérables, les apports indéfinissables pour la vie au quotidien des personnes. Cependant, ordre a été donné de ne pas commettre les erreurs du passé dans lequel, le droit était absent. Contrôler et limiter les abus ne signifie pas restreindre la liberté qui s'en trouve au contraire sauvegardée. Le droit n'a pas su prévoir le degré d'avancement des procédés. Dans maints domaines d'ailleurs, le droit est en retard parce qu'il a des difficultés à se projeter vers l'avenir. À l'inverse, un constat est que la directive du 24 octobre 1995 s'appliquera à des cas qui n'ont pas encore vu le jour. Les termes du texte sont choisis avec

---

<sup>215</sup> Notamment celle du 29 avril 2004

<sup>216</sup> Directive européenne n°95/46/CE

tellement de minutie. Signée depuis sept années, elle donne l'impression d'un acte rédigé tout récemment.

**255.** - Les chiffres mettent en évidence un faible taux de déclaration de traitement de données par rapport au nombre estimé. La loi du 6 août 2004 a la finalité d'inciter vivement les gestionnaires de traitement à s'enregistrer. La CNIL, notamment sur son site, explicite clairement avec un langage courant les modalités de déclaration. L'information doit parvenir au gestionnaire. La CNIL recherche les moyens pour que les gens prennent conscience que leur activité consiste en un traitement de données à caractère personnel.

**256.** - Les droits des personnes ont du mal à s'imposer malgré l'efficacité affirmée de la loi. Toutefois la valeur d'une loi suppose qu'elle contribue entièrement au but poursuivi, c'est à dire protéger les droits des personnes au regard des traitements déclarés mais surtout des traitements non déclarés. La nouvelle loi d'août 2004 a prévu un renforcement des pouvoirs de la CNIL. Il est tôt pour tirer les conséquences du texte. Les répercussions pourraient être celles espérées mais pour cela, dès le début, l'énergie doit rester vigoureuse.

**257.** - Aujourd'hui, le droit à l'oubli est en avance sur son temps. Il semblerait que le législateur n'ose pas le reconnaître car, il changerait la donne. Il a un régime qui lui est propre, il s'apparente à un droit **transversal**, utilisable dès qu'un traitement de données est réalisé. La vie s'organise autour de la collecte d'informations nominatives. Les acteurs économiques livrent l'impression qu'ils deviendraient des incapables économiquement sans user d'un traitement de données. La personne est obligée d'y adhérer si elle désire obtenir au service concerné. Prendre le train, payer une borne de péage ou tout autre service avec sa carte de paiement, partir aux USA, tout ceci n'est possible qu'en acceptant implicitement le traitement des données. Nous ne sentons pas la société prête en terme de moyens à reconnaître le droit à l'oubli. Sa portée n'est pas encore tout à fait mesurable. Devant le juge, se profilent des contentieux sur des conservations illicites alléguées par les parties en discutant de la finalité du traitement. Sans besoin de reconnaissance, ce type de procès est envisageable. Il faudrait se poser la question de savoir des conséquences de la reconnaissance du droit à l'oubli. Quels seraient ses apports en terme de protection des droits ?

**258.** - Nous sommes favorables pour une reconnaissance sur le plan européen qui laisserait aux pays-membres une latitude souhaitable quant aux moyens à mettre en oeuvre. L'intérêt d'une protection européenne ne fait pas débat. Les données traversent les frontières. Les entreprises, « l'essence » d'un pays, se délocalisent, prospectent de la main-d'œuvre moins chère, recherchent des nouveaux marchés surtout depuis l'élargissement de l'union européenne. Nous assistons à une profusion des énergies sortir de l'espace inter frontalier.

Cet aspect des choses est corroboré par l'apport d'internet. L'internaute n'a en général, aucune conscience des données qui lui sont soutirées. La virtualité engendre la naïveté. Cette observation est loin d'être péjorative. Internet a bouleversé profondément les modes de pensées. Toute la législation en vigueur est en libre accès, sans se déplacer, des contrats sont souscrits, des produits sont livrés. Mis à part le coût du service, les données des internautes font régulièrement l'objet de transaction en toute illégalité. Le droit n'a pas su ou n'a pas pu anticiper une législation pour sauvegarder les droits sur l'internet obligé au cas par cas d'édicter des règles, qui si elles ne restent votées que par le législateur français, n'aura d'efficacité que sur le territoire français. La nature d'internet, c'est justement qu'il raisonne hors la visualisation et le concept des frontières ; internet est universel. La façon de penser le droit est remise totalement en question. A quoi servirait un droit à l'oubli reconnu en France pour une personne qui achète une automobile provenant d'un autre pays via internet ?

Le droit à l'oubli doit être mûrement réfléchis déjà sur le plan européen. Sur le plan international la question de l'oubli, notamment aux USA ne sera même pas discutée.

L'utopie consisterait à croire que le droit à l'oubli sera reconnu expressément dans les prochaines années dans un traité international.

**259.** - L'individu est forcé de consentir malgré lui à l'inacceptable s'il veut continuer à vivre normalement. L'automatisation s'est substituée aux machines manuelles. En guise de conclusion après des propos d'agacement dénonçant la soumission de la personne aux technologies nouvelles, l'article premier de la loi du 6 janvier 1978 éveille l'attention *« l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »*.

La reconnaissance du droit à l'oubli aiderait à ce résultat.

# TABLES DES MATIERES

<b>Introduction</b>	p.4
<b><u>Première partie. L'existence du droit à l'oubli</u></b>	p.4
<b>Chapitre I. La notion de droit à l'oubli</b>	p.14
Section I. La définition et la place du droit à l'oubli	p.14
<b>Paragraphe I. La définition du droit à l'oubli</b>	p.14
I. La définition du terme « droit »	p.15
II. La perception du « droit à l'oubli »	p.15
<b>Paragraphe II. La place du droit à l'oubli</b>	p.17
I. A la recherche des droits proches	p.17
II. L'autonomie relative du droit à l'oubli	p.19
Section II. La fondamentalité recherchée du droit à l'oubli	p.20
<b>Paragraphe I. L'intérêt d'un droit fondamental</b>	p.20
I. La détermination de la qualification « Droit fondamental »	p.21
II. La fondamentalité d'un droit, critère dispensable	p.22
<b>Paragraphe II. Le poids du droit à l'oubli</b>	p.23
I. Droit à l'oubli et droit fondamental	p.23
II. Le droit à l'oubli, un droit fonctionnel	p.26
<b>Chapitre II. Les caractères du droit à l'oubli</b>	p.27
Section I. Le droit à l'oubli confondu à des notions de droit pénal	p.27
<b>Paragraphe I. La prescription</b>	p.27
<b>Paragraphe II. L'amnistie</b>	p.28
<b>Paragraphe III. La réhabilitation</b>	p.32
Section II. Le droit à l'oubli, protecteur des libertés individuelles	p.33
<b>Paragraphe I. L'affirmation du droit à l'oubli</b>	p.33
I. Au plan national : La loi du 6 janvier 1978	p.33
II. Sur le plan européen	p.37

<b>Paragraphe II. L'essor du droit à l'oubli en faveur des libertés</b>	p.40
I. Règles applicables à tout fichier	p.40
II. Mise en œuvre de la législation	p.41

## **Deuxième partie. Les atteintes portées au droit à l'oubli**

### **Chapitre I. Les atteintes légitimées** p.52

#### Section I. La sécurité, un enjeu prépondérant p.52

##### **Paragraphe I. Les mesures de police au plan interne** p.53

- I. Le STIC : système de traitement des infractions p.53
- II. Le fichier national automatisé des empreintes génétiques p.58

##### **Paragraphe II. Les mesures de police au plan international** p.62

- I. Les données « passagers » exigées p.63
- II. Les conceptions anglo-américaines du droit à l'oubli p.66

#### Section II. Le rôle déterminant de la CNIL p.74

##### **Paragraphe I. Le poids de la CNIL dans les textes** p.75

- I. Le statut de la CNIL p.75
- II. Les pouvoirs de la CNIL p.76

##### **Paragraphe II. L'influence des décisions de la CNIL** p.79

- I. Le choix des actes reconnus influents p.79
- II. Le devenir de ces actes p.80

### **Chapitre II. Les atteintes difficilement combattues** p.82

#### Section I. Le droit à l'oubli confronté à l'économie p.82

##### **Paragraphe I. Les listes noires** p.83

- I. Les données du problème p.83
- II. Les solutions préconisées par la CNIL p.83

##### **Paragraphe II. Les puces RFID, les étiquettes radio** p.84

- I. Définition et fonctionnement des puces RFID p.84
- II. La légalité de ces moyens p.85

<b>Section II. Le droit à l’oubli confronté au monde virtuel</b>	p.86
<b>Paragraphe I. Le traitement illégal des données des individus</b>	p.87
I. Les principes directeurs	p.87
II. La légalité des procédés	p.88
<b>Paragraphe II. L’anonymisation face à la médiatisation des décisions de justice</b>	
I. Intérêt de la médiatisation	p.97
II. Intérêt de l’anonymisation	p.97
<b>CONCLUSION</b>	p.100

## BIBLIOGRAPHIE

### 1. - Dictionnaires

- Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT sous la direction de Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, « *Lexique termes juridiques* » 10e édition, 1995,
- « *Larousse Encyclopédique* », France loisirs
- « *LE ROBERT* », dictionnaire de la langue française, 1998
- Henri ROLAND, « *Lexique juridique, expressions latines* », édition LITEC, 2<sup>e</sup> 2002

### 2. - Codes

- Code Pénal, édition DALLOZ, 2003
- Code de Procédure pénale, édition DALLOZ, 2004
- Code civil, édition DALLOZ, 2004

### 3. - Ouvrages (Par ordre alphabétique)

- Roger BERNARDINI, « *Droit pénal général* », édition GUALINO, 2003
- Jacques BORRICAND, Anne-Marie SIMON, « *Droit pénal, procédure pénale* », 3<sup>e</sup> édition, 2002
- Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, « *Libertés et droits fondamentaux* », édition DALLOZ, 8<sup>e</sup> 2002
- Patrick COURBE, « *Droit de la famille* », édition ARMAND COLIN, 3<sup>e</sup>, 2003
- Patrick COURBE, « *Les personnes, la famille, les incapacités* », édition DALLOZ, 4<sup>e</sup>, 2003
- Jean FRAYSSINET, « *Informatique fichiers et libertés* », édition LITEC, 1992
- Martine LOMBARD, « *Droit administratif* », édition DALLOZ, 4<sup>e</sup>, 2001
- M. LONG, P. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, « *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* », édition DALLOZ, 13<sup>e</sup> 2001
- André POUILLE, Jean ROCHE, « *Libertés publiques et droits de l'homme* », édition DALLOZ, 14<sup>e</sup> 2002
- Harald RENOUD, « *Institutions européennes* », édition PARADIGME, 4<sup>e</sup> 2002
- Jacques ROBERT, Henri OBERDORFF, « *Libertés fondamentales et droits de l'homme* », édition MONTCHRESTIEN, 4<sup>e</sup>, 1999
- Michel VIVANT, « *Lamy Droit informatique et des réseaux* », édition LAMY, 2003

#### 4. - Monographie

-Séverine LEGER-GRESSOT « *L'oubli en droit pénal* », 22 décembre 2000, Université Montpellier I

#### 5. - Rapports annuels de la CNIL

-23<sup>e</sup> rapport, 2002

-24<sup>e</sup> rapport, 2003

#### 6. – La législation

##### a. - Sur le plan national

###### *Textes fondamentaux*

-Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789

-Préambule de la Constitution de la IV<sup>e</sup> république de octobre 1946

-Constitution de la Ve république du 1956

###### *Les lois*

-Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, fichiers et libertés

-Loi n°79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives

-Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

-Loi n°2004-204 du 9 mars 2004

-Loi n°2004-801 du 6 août 2004

*Les règlements*

-Décret n°96-926 du 17 octobre 1996 relatif à la vidéosurveillance pris pour l'application de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995

b. - Sur le plan européen

*Par ordre croissant :*

-Convention européenne du Conseil de l'Europe pour la sauvegarde des droits de l'homme, 4 novembre 1950

-Convention du Parlement européen et du Conseil pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 28 janvier 1981

-Directive n°95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, 24 octobre 1995

-Directive n°2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, 12 juillet 2002

c. - Sur le plan international

-Pacte international de l'Organisation des nations unies relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966

d. - Loi étrangère

Loi « de MEGAN »

## 7. - Sites internet

www.cnil.fr

www.legifrance.fr

www.assemblee-nat.fr

## 7. – Jurisprudence

### Décisions de la Cour de cassation

- Première chambre civile, 6 juin 1987
- Première chambre civile, 6 novembre 1990
- Première chambre civile, 20 novembre 1990
- Chambre criminelle, 11 février 1998
- Première chambre civile, 6 octobre 1998
- Chambre criminelle, 20 octobre 1998

### Décision du Conseil d'Etat

- Conseil d'Etat, assemblée, 27 octobre 1995, commune de Morsang-sur-orge

### Décisions du Conseil constitutionnel

- 19 janvier 1995, n°94-359
- 29 juillet 2004, n°2004-499

## Annexes

### Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

**Article 4.** « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

### Loi sur la vidéosurveillance : article 10

I- Les enregistrements visuels de vidéosurveillance répondant aux conditions fixées au II sont soumis aux dispositions ci-après, à l'exclusion de ceux qui sont utilisés dans des traitements automatisés ou contenus dans des fichiers structurés selon des critères permettant d'identifier, directement ou indirectement, des personnes physiques, qui sont soumis à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

IV. - Hormis le cas d'une enquête de flagrant délit, d'une enquête préliminaire ou d'une information judiciaire, les enregistrements sont détruits dans un délai maximum fixé par l'autorisation. Ce délai ne peut excéder un mois.

VI. - Le fait de procéder à des enregistrements de vidéosurveillance sans autorisation, de ne pas les détruire dans le délai prévu, de les falsifier, d'entraver l'action de la commission départementale, de faire accéder des personnes non habilitées aux images ou d'utiliser ces images à d'autres fins que celles pour lesquelles elles sont autorisées est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, sans préjudice des dispositions des articles 226-1 du code pénal et L. 120-2, L. 121-8 et L. 432-2-1 du code du travail.

### **Exemple de recommandation de la CNIL**

Recommandation n°88-052 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

Considérant en second lieu que la loi du 6 janvier 1978, dont l'un **des fondements réside dans le droit à l'oubli**, permet à la CNIL d'ordonner la destruction des traitements informatiques dans les cas où elle estimerait que leur conservation est de nature à porter atteinte à l'identité humaine, aux droits de l'homme, à la vie privée ou aux libertés individuelles ou publiques ; que la loi du 3 janvier 1979, tout en prévoyant que les archives publiques sont imprescriptibles, ne s'oppose cependant pas à ce que les documents les constituant puissent être totalement éliminés, si les services des archives considèrent qu'ils sont sans intérêt pour la recherche et l'histoire ; que rien ne s'oppose dès lors, à ce que la CNIL puisse ordonner la destruction d'un traitement informatique, sous réserve d'avoir au préalable pris l'accord de l'administration des Archives ;

### **Jurisprudence**

#### **Première chambre civile de la cour de cassation, arrêt du 20 novembre 1990**

« Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a constaté que les faits touchant à la vie privée de Mme X... avaient été livrés, en leur temps, à la connaissance de public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale ; qu'ainsi ils avaient été licitement révélés et, partant, échappaient à sa vie privée, Mme X... ne pouvant se prévaloir d'un **droit à l'oubli** pour empêcher qu'il en soit, à nouveau, fait état ; que dès lors et abstraction faite des autres motifs critiqués par le moyen, qui, bien qu'erronés, sont surabondants, l'arrêt se trouve légalement justifié ».

### **Charte canadienne des droits fondamentaux de 1982**

#### **Droit à l'égalité**

**15.** « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».