

LE DROIT FONDAMENTAL DU PUBLIC À L'INFORMATION SUR INTERNET DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE¹

Par

Thomas PÉRENNOU

Doctorant en droit à l'Université de Rennes 1 et à L'IMT Atlantique

Le droit fondamental du public à l'information dans le domaine d'Internet est au cœur de l'actualité juridique de l'Union européenne. Internet a en effet induit des bouleversements majeurs concernant l'accès à l'information par les citoyens européens. La récente communication de la Commission européenne sur la lutte contre la désinformation en ligne l'illustre parfaitement² : face aux tentatives de désinformation sur Internet, la Commission européenne met en avant la nécessité pour les citoyens européens d'avoir accès à une information de qualité, afin de permettre « un débat démocratique sain ». Mais le droit à l'information est également invoqué à tout va : tel un slogan, il est régulièrement brandi par les thuriféraires des libertés en ligne. Il se trouve même parfois détourné par certains acteurs économiques, à l'instar des GAFA³, lorsqu'il converge avec les intérêts commerciaux de ces grandes entreprises du web. Le droit du public à l'information devient alors une sorte de droit des intermédiaires d'Internet d'informer le public⁴.

Les conceptions du droit du public à l'information sur Internet fluctuent donc en fonction des intérêts en jeu, bien aidées, par le fait que, sur Internet, il est aisé de ramener tout contenu à de l'information disponible⁵, dont chacun pourrait profiter à sa guise. Cette disponibilité de fait ne saurait pourtant justifier un droit du public à l'information sans limite, au prétexte qu'il est exercé sur Internet. Se pose alors la question de sa définition. À cet égard, le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est déterminant : Internet et les droits fondamentaux sont en effet depuis une quinzaine d'années⁶, une terre d'élection pour la jurisprudence de la Cour⁷. Si, au sein de cette jurisprudence, le droit du public à l'information a pu être décrit comme le « parent pauvre »⁸, cette étude cherchera à montrer que cette affirmation doit être nuancée.

Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, le droit du public à l'information - ou plus simplement le droit à l'information - est consacré à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est également exprimé en des termes identiques au sein de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le § 1 de ces articles prévoit ainsi que :

« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. »

¹ Ce travail a bénéficié d'une aide de l'État attribuée au labex COMIN LABS et gérée par l'Agence Nationale de la Recherche au titre du programme « Investissements d'avenir » portant la référence ANR-10-LABX-07-01

² Commission européenne, Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne, COM (2018) 236 final, 26/04/2018.

³ L'acronyme désigne les grandes sociétés du monde numérique : Google, Apple, Facebook et Amazon.

⁴ V. à propos du moteur de recherche Google, S. CARRÉ., G. VERCKEN., « Google et la fortune du droit d'auteur » in J-P. CLAVIER, A. LUCAS-SCHLOETTER, F-X. LUCAS (dir), *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, 830 p., p. 126.

⁵ Ce qui constitue un glissement dangereux. En matière de droit d'auteur, par exemple, si toute œuvre contient des informations, une œuvre ne se résume pas à de l'information. Voir, A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1990, 355 p.

⁶ K. LENAERTS., « The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014) », *Elte law Journal*, n°1, 2014, p. 93.

⁷ J-C. BONICHOT, « La Cour de justice de l'Union européenne et les nouvelles technologies de l'information : vers une cour 2.0 ? », *LPA*, n°53, 2016, p. 8 ; N. JÄÄSKINEN, « Internet et la Cour de justice » in A. TIZZANO, A. ROSAS, R. SILVA DE LA PUERTA, K. LENAERTS et J. KOKOTT (dir), *Liber Amicorum Vassilios Skouris*, Bruylant, 2015, 756 p., p. 25.

⁸ Voir cependant, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen », *Journal européen des droits de l'homme*, n°2, 2015, p. 173.

Ces articles distinguent la composante active de la liberté d'expression, le droit de communiquer des idées ou des informations, de la composante passive de cette liberté, le droit du public de recevoir des informations⁹. Le droit du public à l'information est ainsi le « corollaire du principe général de la liberté de communication, lui-même issu du principe plus général de liberté d'expression »¹⁰. Le présent article a uniquement pour objectif d'analyser la place, sur Internet, de cette seconde dimension de la liberté d'expression au sein de la jurisprudence de la CJUE. Le droit du public à l'information est en effet peu étudié¹¹ et sa portée sur Internet demeure assez incertaine. Sa détermination constitue pourtant un impératif au regard des enjeux qui s'y rattachent.

Grâce au média Internet la quantité et la variété d'informations disponibles a considérablement augmenté. Pourtant, paradoxalement, cette accessibilité accrue ne garantit pas que le public puisse librement en disposer. Deux axes d'explications permettent d'en rendre compte. Premièrement, il peut s'avérer difficile de trouver et d'identifier une information pertinente parmi les milliards de données dont est désormais constitué le web¹². L'initiative de la Commission européenne dans le domaine de la lutte contre la désinformation en ligne, auparavant évoquée, en témoigne. Un premier enjeu se situe donc dans la possibilité pour le public de trouver des informations pertinentes en ligne. Deuxièmement, la protection d'intérêts concurrents, souvent d'autres droits et libertés fondamentales, peut également faire obstacle au droit du public à l'information. Ces autres droits fondamentaux viennent alors s'ériger en limite au droit du public à l'information. La protection du droit d'auteur sur Internet, renforcée par l'adoption récente de la directive DAMUN, impose par exemple aux plateformes de partage de vidéos, le filtrage de certains contenus (nous constaterons que la CJUE a délimité le cadre d'un tel filtrage afin de protéger le droit du public à l'information). De telles restrictions sont d'ailleurs prévues par le droit de l'UE, conformément à l'article 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cependant, cet article impose également que ces limitations respectent le contenu essentiel du droit du public à l'information, qu'elles soient nécessaires et proportionnées. Si les principes sont clairs, leur application apparaît moins évidente dans le contexte d'Internet : c'est tout l'enjeu du filtrage des communications illicites en ligne.

Ces deux problématiques, celle de l'identification des informations pertinentes et celle de la mise en balance du droit du public à l'information avec d'autres droits fondamentaux, illustrent la nécessité qu'il y a, en droit de l'Union européenne, à déterminer la portée du droit du public à l'information dans le contexte d'Internet.

Or, depuis le début des années 2010, de retentissants arrêts de la CJUE, parmi lesquels les décisions *Scarlet*¹³, *Google Spain*¹⁴, ou *GS Media*¹⁵, ont impliqué le droit du public à l'information. Si ces décisions ont rarement été étudiées de manière systématique sous cet angle de ce droit¹⁶, il apparaît pourtant qu'il s'y trouve à chaque fois mis en exergue. Selon une méthode caractéristique de la Cour de justice ces arrêts ont, par touches successives, formé ce que la doctrine européeniste nomme « un bloc de jurisprudences »¹⁷ impliquant le droit du public à l'information. À travers l'analyse systématique de cette chaîne de décisions, nous souhaitons montrer que la CJUE a circonscrit la portée du droit du public à l'information dans le contexte d'Internet.

Pour ce faire, la CJUE a procédé à une délimitation de ce droit fondamental au regard de deux aspects essentiels qui en déterminent la portée : sa signification (Que revêt la liberté d'information du public sur Internet ?) et sa conciliation avec la lutte contre la circulation des contenus illicites (Comment s'organise l'articulation du droit du public à l'information avec les limites qui peuvent lui être imposées en vue de sauvegarder des intérêts ou des droits fondamentaux concurrents ?). À cet égard, nous observerons, dans un premier temps, qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice, une définition du droit du public à

⁹ Sur cette distinction voir par ex. A. STROWEL, F. TULKENS., *Liberté d'expression et droit concurrent : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité*, Anthémis, 2008, 178 p., n°56 et s.

¹⁰ P. KAMINA, « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur », *Rec. Dalloz*, 1999, p. 580.

¹¹ V. cependant Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen », préc. ; Zollinger A., *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, 2008, Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, coll. Thèse, 478 p., spéc., n°873 et s.

¹² Au moment où ces lignes étaient écrites, selon le site internetlifestats.com, le web était composé de près de 1, 7 milliards sites web. Dans la journée du 20 juin 2019, près de 3, 4 millions billets de blog avait été écrits et 403 millions de tweets envoyés.

¹³ CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended*, Rec. p. I-11959.

¹⁴ CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain*, Rec. général.

¹⁵ CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général.

¹⁶ Voir cependant, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen », préc., p. 173.

¹⁷ B. BRUNESSEN, « Les blocs de jurisprudence », *RTD Eur.*, 2012, p. 741.

l'information au regard de la spécificité d'Internet (I). La conciliation opérée par la CJUE entre les droits et intérêts précités soulève, quant à elle, certaines difficultés dans le contexte de l'Internet, ce que nous envisagerons dans un second temps (II).

I - LA DELIMITATION DU DROIT DU PUBLIC À L'INFORMATION SUR INTERNET

L'étude de la jurisprudence de la CJUE dans le domaine d'Internet révèle que les juges européens ont rapidement consacré un droit de recevoir des informations par le biais d'Internet (A). Plus récemment, il semble que la Cour tend à considérer que l'exercice effectif de ce droit implique également la possibilité de pouvoir trouver des informations en ligne (B).

A – L'affirmation d'un droit de recevoir des informations par Internet

Selon la CJUE, le droit à l'information du public implique le droit pour le public de recevoir des informations sur Internet. Le point de départ de cette affirmation est l'arrêt *Scarlet c. SABAM*, rendu par la CJUE le 24 novembre 2011. Dans cette affaire, une société de gestion collective belge, la *SABAM* demandait à ce qu'il soit enjoint à un FAI belge, *Scarlet*, de mettre en place un filtrage permettant d'identifier et de bloquer à titre préventif et sans limitation de durée les œuvres inscrites au répertoire de la *SABAM*. Par le biais, d'une question préjudicielle, la CJUE était sollicitée afin de se prononcer sur la validité d'un tel dispositif.

La Cour a jugé qu'un tel système de surveillance était contraire au droit de l'Union, notamment au regard de la liberté d'information. Ce système risquerait en effet de ne pas distinguer entre les contenus illicites et les contenus licites et pourrait, de ce fait, entraîner le blocage des contenus licites. La liberté d'information du public s'oppose donc au blocage de communications licites. Autrement dit, ce droit implique celui de recevoir des communications licites sur Internet. L'arrêt *Netlog* du 16 février 2012 viendra confirmer mot pour mot cette approche en l'étendant aux réseaux sociaux.

L'arrêt *UPC Telekabel* du 27 mars 2014, rendu toujours en matière de filtrage, est lui plus explicite sur le droit du public de recevoir des informations. La Cour y a jugé qu'un système de filtrage des communications contrefaisantes peut être mis en place, sans toutefois que la capacité des utilisateurs « d'accéder de façon licite à des informations s'en trouve affectée. « À défaut, l'ingérence dudit fournisseur dans la liberté d'information des utilisateurs s'avérerait injustifiée au regard de l'objectif poursuivi »¹⁸. L'expression « accéder » ne doit cependant pas tromper : elle est employée par la Cour au sens où l'on accède à un site internet. L'utilisateur a donc le droit de recevoir les informations licites mises à disposition sur un site internet. On ne peut en aucun cas déduire de cette formulation un droit d'obtenir d'un tiers une information qu'il aurait en sa possession¹⁹.

Il convient en outre de souligner que la Cour de justice a opté pour une acception large du droit de recevoir une information licite. Dans les arrêts *Scarlet* et *Netlog*, elle a en effet estimé que le filtrage doit distinguer l'illicite du licite. Cela signifie qu'un système de filtrage ne doit pas conduire à bloquer la réception, par le public, d'une œuvre mise en ligne dans le cadre d'une exception au droit d'auteur. Il faut en inférer que, même si la licéité du contenu est relative, parce que conditionnée par le contexte de la communication, le public doit pouvoir y accéder. Cette précision nous semble importante dans un contexte où différentes initiatives au niveau de l'UE visent à imposer aux hébergeurs une obligation de filtrage proactif des contenus illicites qu'ils véhiculent. Parmi ces initiatives, on peut évoquer, à cet égard, la recommandation de la Commission sur les mesures destinées à lutter contre les contenus illicites en ligne.²⁰ ou encore la directive DAMUN²¹ récemment adoptée.

¹⁸ CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Rec. général, point 56.

¹⁹ Rappr. A. STROWEL, Tulkens F., *Liberté d'expression et droit concurrent : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité*, op.cit., F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^{ème} éd., P.U.F, coll. Droit fondamental, 2016, 1005 p., n°538. Ces auteurs considèrent qu'on ne saurait déduire du droit à l'information, le droit d'obtenir d'un tiers une information qu'il a en sa possession ; F. SUDRE, « Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *EJIL*, Vol. 2, n°2, 1991, p. 33. Voir également, N. MALLET-POUJOL, « Le double langage du droit à l'information », *Rec. Dalloz*, 2002, p. 2420.

²⁰ Commission européenne, Recommandation (UE) 2018/334 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, JOUE L 63, p. 53.

²¹ Pour la version adoptée par le Parlement européen, v. Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM (2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), P8_TA-PROV(2019)0231. Cette version correspondra à la version qui entrera en vigueur puisque l'acte final a été signé par le Conseil européen.

Face à la surabondance d'informations, le droit du public de recevoir des informations peut cependant apparaître comme insuffisant. Le recours à des outils de localisation de l'information est désormais indispensable pour permettre aux internautes de se repérer parmi la masse des contenus présents sur la toile²². La Cour semble en avoir pris acte : certains de ses arrêts récents tendent à établir que le droit à l'information implique également le droit de trouver des informations.

B – L'émergence d'un droit de trouver des informations sur Internet

Dans deux récents arrêts, la Cour a implicitement reconnu que le droit à l'information devait comprendre un droit de trouver ou de rechercher des informations sur Internet. Ce droit est dégagé du rôle indispensable des moteurs de recherche et des hyperliens dans l'accès à l'information. Le premier arrêt dans lequel cette reconnaissance a été opérée est l'arrêt *Google Spain*. Dans cette affaire, la CJUE était sollicitée afin de déterminer si un particulier pouvait obtenir le déréférencement de données le concernant au sein d'un moteur de recherche, au regard du droit à la protection des données personnelles. Pour établir si tel pouvait être le cas, la Cour a notamment procédé à une mise en balance du droit à la protection des données personnelles avec droit du public à l'information. La Cour a estimé que : « Le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles prévalent, en principe, [...] sur l'intérêt de ce public à trouver ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. »²³

Au détour de cette mise en balance, la Cour estime donc que le public peut avoir un intérêt fondamental à trouver une information sur Internet par le biais d'un moteur de recherche. L'arrêt *GS Media*, rendu le 8 septembre 2016, va également dans ce sens. Dans cette affaire, la CJUE devait répondre à la question de savoir si un hyperlien renvoyant vers une œuvre librement accessible, mise en ligne sans l'autorisation des titulaires de droit, constituait une communication au public au sens du droit d'auteur. Le raisonnement de la Cour étant complexe et technique, il ne sera pas ici présenté de manière exhaustive. Pour ce qui nous concerne, il s'agit uniquement de relever que, pour la Cour :

« Il convient de constater qu'Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertextes contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations. »²⁴

La dernière partie de l'affirmation, *dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations*, est selon nous essentielle. Elle révèle que, pour la CJUE, l'accès à l'information sur Internet implique de pouvoir s'orienter parmi la masse d'informations qui s'y trouvent. C'est pour cette raison que l'hyperlien doit être protégé selon la Cour : il est un outil permettant de retrouver l'information en ligne et est, à ce titre, un vecteur indispensable de la liberté d'information. Dès lors, et même si cela n'est pas expressément affirmé par la Cour, cet arrêt emporte la conséquence que le droit à l'information sur Internet implique un droit de trouver des informations. Cette spécificité de l'hyperlien par rapport au droit à la liberté d'expression et d'information a depuis été rappelée par la CJUE dans l'arrêt *Renckhoff*²⁵.

Tous les arrêts précédemment présentés permettent donc de mettre en évidence que la CJUE a donné au droit du public à l'information une signification spécifique dans le contexte de l'Internet. Ces arrêts avaient pour enjeu la conciliation du droit d'auteur ou du droit à la protection de la vie privée et des données personnelles avec le droit du public à l'information. C'est cet aspect qu'il convient désormais d'envisager afin de déterminer quelle est la portée exacte du droit du public à l'information sur Internet à l'échelle de l'UE.

II - UNE CONCILIATION DIFFICILE ENTRE LE DROIT DU PUBLIC A L'INFORMATION ET LA LUTTE CONTRE LES CONTENUS ILLICITES SUR INTERNET

Le droit du public à l'information n'est pas un droit absolu. Des limitations peuvent lui être imposées afin de préserver l'intérêt général ou des droits et libertés concurrents. Sur Internet, ces limitations ont spécifiquement vocation à prendre la forme d'un filtrage des communications : il s'agira d'empêcher que le contenu litigieux ne circule sur le réseau en l'identifiant, puis en le

²² Sur ce point, v. par ex. V-L BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, 106 p.

²³ CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain*, point 97.

²⁴ *Ibid.*, point 45.

²⁵ CJUE, 7 août 2018, aff. C-161/17, *Renckhoff*, Rec. général, point 40.

bloquant. Se pose alors le problème de la conciliation d'un tel filtrage avec le droit du public à l'information, qui implique le droit de recevoir et de trouver des informations sur Internet. Tel était l'un des enjeux au cœur de plusieurs arrêts de la CJUE, dans le domaine du droit d'auteur ou de la protection des données à caractère personnel.

La mise en balance des droits fondamentaux opérée par la CJUE au sein de ces décisions a été conçue de manière à préserver au maximum le droit du public à l'information (A). Cette conciliation est en revanche susceptible de rencontrer certains obstacles au regard du cadre prévu par la Cour pour sa mise en œuvre (B).

A - Une conciliation conçue pour préserver le droit du public à l'information

L'ensemble des affaires soumises à la CJUE, qui impliquaient de restreindre le droit du public à l'information, concernait le filtrage de communications qui portaient atteinte aux droits fondamentaux d'un tiers. Il s'agissait plus exactement du droit d'auteur d'une part et, d'autre part, du droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. Dans ces affaires, la Cour a établi des principes directeurs clairs visant à garantir que les limitations au droit à l'information, induites par ce filtrage, sont strictement proportionnées.

Ces principes ont d'abord été posés dans les arrêts *Scarlet* et *Netlog* déjà évoqués. Dans ces décisions, la Cour a estimé que, si le filtrage des communications pouvait être nécessaire au regard de la protection du droit d'auteur, il ne pouvait en revanche que s'agir d'un filtrage ciblé et curatif²⁶. Pour la Cour, un filtrage global et préventif des communications serait en effet incompatible avec les droits fondamentaux des internautes, et en particulier avec le droit à l'information. Plus précisément, aux yeux de la CJUE, le respect du droit à l'information exige que le blocage ne porte que sur des contenus strictement illicites. La Cour fait donc une application rigoureuse du principe de proportionnalité, tel qu'il ressort de sa jurisprudence : pour la Cour, la limitation d'un droit fondamental est proportionnée dès lors qu'elle est apte à réaliser l'objectif poursuivi et si elle ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif. Or, le blocage de contenus licites irait au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché par le filtrage, à savoir la lutte contre la diffusion de contenus contrefaisants. La Cour a, en revanche, jugé dans l'arrêt *McFadden* qu'une mesure obligeant un fournisseur d'accès à Internet à sécuriser la connexion à son réseau par un mot de passe n'était pas incompatible avec le droit à l'information²⁷. En ce cas, en effet, aucun blocage des communications n'a lieu ; la limitation est donc proportionnée.

Dans le célèbre arrêt *Google Spain*, la Cour a également défini le cadre de la conciliation entre la protection des données personnelles et le droit à l'information dans le cadre du droit au déréférencement. Si au regard des circonstances de l'espèce la Cour a estimé que le droit du requérant de voir ses données personnelles déréférencées prévalait sur le droit du public à l'information, la Cour a également souligné que le droit au déréférencement n'est pas absolu. Elle a jugé, en effet, que des raisons particulières, tel que le rôle joué par une personne dans la vie publique, peuvent justifier que l'intérêt du public à accéder à l'information prévaut sur la protection des données personnelles. Deux affaires pendantes devant la Cour, qui concernent respectivement la portée territoriale²⁸ et la portée matérielle du déréférencement²⁹, devraient permettre à cette dernière de mieux cerner les hypothèses dans lesquelles le droit du public à l'information devrait primer ou au contraire s'effacer.

On notera que les conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar dans ces deux affaires sont favorables à la prise en compte du droit du public à l'information tant s'agissant la faculté du public à accéder à l'information qu'à la trouver. Ainsi, dans ses conclusions relatives à l'affaire C-507/17 concernant la portée territoriale du déréférencement³⁰, l'avocat général a estimé que le droit d'accéder à l'information justifie qu'un moteur de recherche ne soit pas tenu de faire droit à une demande de déréférencement sur l'ensemble des noms de domaines de son moteur, de telle sorte que ce déréférencement soit mondial. Selon l'avocat général, il existerait en effet « un danger que l'Union empêche des personnes dans des pays tiers d'accéder à l'information. Si une autorité au sein de l'Union pouvait ordonner un déréférencement à l'échelle mondiale, un signe fatal serait envoyé aux pays tiers, lesquels pourraient ordonner également un déréférencement en vertu de leurs propres lois ». Dans l'affaire

²⁶ CJUE 24 novembre 2011, aff. C-70/10 *Scarlet Extended*, Rec. général, p. I-11959 ; CJUE 6 février 2012, aff. C-360/10, *SABAM*, Rec. général.

²⁷ CJUE, 15 septembre 2016, aff. C-484/14, *Mc Fadden*, Rec. général, point 95.

²⁸ CJUE, aff. C-507/17.

²⁹ CJUE, aff. C-136/17.

³⁰ CJUE, aff. C-507/17, conclusion de l'avocat général Maciej Szpunar 10 janvier 2019.

CJUE, aff. C-136/17, qui concerne la portée matérielle du déréférencement, l'avocat général a estimé qu'un moteur de recherche doit pouvoir bénéficier de l'article 9 de la directive 95/46/CE³¹, qui prévoit pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire une exception à l'interdiction de traiter des données dites « sensibles »³². Au soutien de cette position, l'avocat général relève que « le droit du public de recevoir et de communiquer des informations mises à disposition sur l'internet est protégé par l'article 11 de la Charte. Cela concerne aussi bien les informations figurant sur les pages source que les informations fournies par les moteurs de recherche »³³. Il sera donc intéressant d'observer si la CJUE suivra l'avocat général quant à la protection du droit du public à l'information dans le domaine de la protection des données à caractère personnelle

Les principes posés par la CJUE sont en tout cas connus : les limitations portées au droit du public à l'information du fait d'autres droits fondamentaux doivent être strictement proportionnées. La Cour se montre constamment soucieuse d'imposer des limites fines et précises, de sorte à préserver au maximum le droit du public à l'information sur Internet. Cela traduit sans doute l'importance de ce média au sein de l'ordre juridique communautaire, aux yeux de la Cour, lorsqu'il est exercé sur Internet. Pourtant, le cadre, que la CJUE a établi pour la mise en œuvre concrète de cette conciliation, apparaît en décalage avec ces principes.

B - Une conciliation incertaine quant à sa mise en œuvre

La définition de principes encadrant les limitations au droit du public à l'information ne suffit pas à en garantir l'effectivité. En raison de la haute technicité de l'outil Internet, les conditions concrètes et techniques de mise en œuvre de ces principes sont particulièrement déterminantes. Or sur ce point, la jurisprudence de la CJUE ne garantit pas que le droit du public à l'information puisse être effectivement protégé. La raison en est que la mise en œuvre concrète de la balance des droits est, en premier lieu, déléguée à des opérateurs privés³⁴. Dans l'arrêt *UPC Telekabel*³⁵, la Cour a ainsi établi qu'une injonction de filtrage prononcée contre un FAI doit laisser à ce dernier :

« Le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité. »³⁶

La seule obligation à la charge de l'intermédiaire sera de prévoir des mesures de filtrage suffisamment efficaces pour décourager la consultation des publications contrefaisantes. Pour la Cour, en effet, une injonction qui ne précise pas les modalités concrètes du filtrage permettrait de réaliser un équilibre entre les droits fondamentaux en présence, à savoir la liberté d'entreprise, la propriété intellectuelle et le droit du public à l'information. Les modalités concrètes du filtrage sont donc laissées à la libre appréciation de l'intermédiaire technique, ce qui pourra être préjudiciable au droit du public à l'information. Les intérêts des intermédiaires, essentiellement commerciaux, se trouvent en effet largement éloignés de ceux du public, même si en certaines occasions ils peuvent converger³⁷.

De manière similaire, dans l'arrêt *Google Spain*, la Cour est restée relativement silencieuse sur la façon dont, *in concreto*, le droit au déréférencement devrait être mis en balance avec le droit du public à l'information³⁸. À la suite de cette décision, il revient ainsi au moteur de recherche de définir ce que doit être « un intérêt prépondérant du public » devant prévaloir sur le droit d'une

³¹ Désormais abrogée par le règlement général sur la protection des données. Les affaires en cause sont néanmoins antérieures à l'entrée en vigueur du règlement précité.

³² CJUE, aff. C-136/17, conclusion de l'avocat général Maciej Szpunar, 10 janvier 2019, point 83 et s.

³³ *Ibid.*, point 85.

³⁴ Sur les dangers de la régulation privée d'Internet pour les droits fondamentaux, voir notamment Barraud B., *Les sources du droit de la communication par internet*, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, Thèse, 617 p, spéc. p. 231 et s.

³⁵ CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Rec. général.

³⁶ *Ibid.*, point 52.

³⁷ Sur cette problématique, v. par exemple D. CARDON., *À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'ère du Big data*, 2015, Seuil, coll. La République des idées, 112 p., spéc. 79. ; G. SIRE., *Les moteurs de Sire recherche*, 2016, coll. Repères, La Découverte, 126 p., spéc. p. 85.

³⁸ En ce sens, v. O. TAMBOU, « Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement », *RTD eur.*, 2016, p. 249.

personne de voir ses données personnelles déréférencées³⁹. Espérons que la Cour se montrera plus prolixe sur ce point, lorsqu'elle répondra aux questions préjudicielles posées par le Conseil d'État quant à la portée matérielle et territoriale du droit au déréférencement⁴⁰. Il sera par exemple intéressant de regarder si des orientations techniques seront fournies par la CJUE afin d'encadrer la portée territoriale du déréférencement ou si, au contraire, le moteur de recherche pourra choisir la technique à mettre en œuvre pour définir la portée du déréférencement.

La Cour a néanmoins pleinement conscience du danger que représente la « sous-traitance » de la mise en balance des droits, pour la préservation du droit du public à l'information. Dans l'arrêt *UPC Telekabel*, elle a ainsi prévu un mécanisme de contrôle judiciaire du caractère adéquat du filtrage, au regard du droit du public à l'information. Pour la Cour, il est en effet nécessaire « que les règles nationales de procédure prévoient la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits devant le juge » une fois connues les mesures de filtrage⁴¹. L'intention de la Cour est louable mais elle risque de ne pas être suivie d'effet. En effet, l'accès au juge par le public ne pourra être effectif que si ce dernier a connaissance des mesures de filtrage. Or, rien n'est prévu à ce sujet dans l'arrêt *UPC Telekabel* ni, évidemment, dans l'arrêt *Google Spain*⁴². Sur un plan plus pratique, l'accès au juge dépendra également de la volonté des internautes d'initier une action en justice afin de faire valoir leur droit à l'information. Le contrôle du juge sur le respect du droit du public à l'information revêt ainsi une caractère très aléatoire et relatif⁴³. À ce titre, elle ne nous semble pas apporter des garanties suffisantes au droit du public à l'information.

De ce fait, d'aucuns plaident pour que le droit du public à l'information soit pris en compte dès le moment où les mesures de filtrage sont ordonnées⁴⁴. Cette solution ne nous paraît néanmoins pas réaliste. Il en effet douteux que le juge soit à même d'évaluer *in abstracto*, dans un contexte hautement technique, le caractère adéquat d'une mesure de filtrage ou de déréférencement au regard du droit du public à l'information. De toutes les manières, en vertu d'une récente recommandation de la Commission européenne, les prestataires intermédiaires sont désormais soumis à une obligation de filtrage proactif et ciblé des contenus illicites qu'ils véhiculent. La nouvelle directive DAMUN va également dans ce sens en ce qui concerne les contenus protégés par le droit d'auteur⁴⁵. La tendance est donc claire : l'efficacité de la lutte contre la diffusion de l'illicite requiert que l'intervention rapide des intermédiaires, ce qui implique de les laisser libres de choisir les modalités concrètes du filtrage.

Il n'en demeure pas moins que le contrôle *a posteriori* du filtrage, tel qu'il ressort de l'arrêt *UPC Telekabel* apporte des garanties trop incertaines quant au respect du droit du public à l'information. Mais sans doute la Cour de justice n'est-elle pas la mieux placée pour définir précisément le cadre de ces garanties. Leur édicton relève plus certainement de la compétence du législateur de l'Union. Or, malgré quelques timides recommandations données par la Commission en matière de transparence du filtrage, la préservation du droit du public à l'information sur Internet n'apparaît pas, à l'heure actuelle, spécifiquement prise en compte, au contraire de la liberté de communiquer des informations. Ce vide nous semble fort regrettable car il risque de freiner l'exercice de ce droit sur Internet, tel que la CJUE l'envisage : le droit de recevoir et le droit de trouver des informations.

³⁹ Des lignes directrices, sans valeur contraignante, ont toutefois été mises en place par le G29 : Groupe « Article 29 », Guidelines on the implementation of Court of justice of the european union judgement on « Google Spain and Inc.

⁴⁰ Sur la portée territoriale : CJUE, aff. C-507/17. Sur la portée matérielle : CJUE, aff. C-136/17.

⁴¹ CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, préc., point 57.

⁴² En ce sens, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen », préc., p. 173.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ V. en particulier l'article 17 c) de la directive DAMUN telle qu'adoptée par le Parlement européen : « ils ont agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur [...] ». V. également le considérant 66 de la même directive.