

RAPPORT CANADIEN

Le déréférencement à l'ère numérique – une approche hybride pour faire le pont entre la vision européenne et américaine du « droit à l'oubli »

Karen Eltis* et Pierre Trudel**

Introduction.....	1
1. La protection canadienne du droit à l'oubli : Une protection assurée par le droit commun (Questions 1-5).....	3
1.1 Les limites du droit à l'oubli.....	5
1.2 Les recours, la mise en œuvre et l'efficacité.....	7
2. Une vue contextuelle du droit à l'oubli : l'accueil réservé à l'arrêt Costeja au Canada (Questions 6-11).....	8
3. Conférer un pouvoir de limiter l'expression à des acteurs privés?.....	11
4. Prochaines étapes (Q12) : Réviser la notion d'action gouvernementale et la responsabilité des plateformes au delà de Costeja.....	12
4.1 L'action gouvernementale et la Charte.....	13
4.2 La responsabilisation des intermédiaires.....	13
5. Le contrôle contextuel : entre le droit civil et la common law.....	17
6. Le retour de <i>LICRA c. Yahoo?</i> L'avenir de la juridiction extraterritoriale sur le déréférencement.....	18
Conclusion.....	19
ANNEXE - Réponses au questionnaire.....	21

* Professeure, Faculté de droit, Université d'Ottawa, < Karen.Eltis@uOttawa.ca >, affiliée Princeton CITP.

** Professeur, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.
<www.pierretrudel.net>

“The one thing [the victorious plaintiff] Costeja did not want us to know about him is now the only thing the entire world knows about him”¹

« Dis-moi ce que tu oublies, je te dirai qui tu es »
(Augé 2001 : 26).

Introduction

La technologie joue un rôle incontestablement crucial dans nos récits personnels, et ce au delà des frontières envisagées par les traditions juridiques, ancrées fermement dans les logiques territoriales. Compte tenu du rôle ubiquitaire du réseau, il est apparu très tôt que l’usage d’Internet n’est en pratique possible que moyennant la disponibilité des moteurs de recherche ces outils capables d’identifier rapidement l’information qui est susceptible de répondre aux besoins de l’internaute.

Les moteurs de recherche agglomèrent des informations sur les personnes ou sur les diverses entités à propos desquelles on peut formuler une requête de recherche exprimée habituellement sous forme de mots-clés. Ils sont essentiels aux internautes qui ont à trouver de l’information. Ils délivrent à l’utilisateur des documents ou des liens à des documents doivent être le plus pertinents possibles eu égard à sa requête. Les informations sont repérées dans des espaces virtuels; elles sont en principe publiques.

Par leur efficacité, les moteurs de recherche contribuent puissamment à réduire les phénomènes d’«obscurité pratique » qui rendent souvent difficiles l’accès et la compilation d’un ensemble de documents portant sur une personne ou sur un sujet déterminé. C’est probablement ce qui explique qu’ils ont été ciblés comme des ressources susceptibles de mettre à mal le « droit à l’oubli ».

L’émergence des technologies de l’information s’inscrit dans un contexte socioculturel appelant un cadre normatif vivant et évolutif. C’est pourquoi ce rapport propose de

¹ Commentaires du comédien John Oliver au sujet des conséquences inattendues de la l’arrêt *Costeja* de 2014, en ligne, *You Tube*, < <https://www.youtube.com/watch?v=r-ERajkMXw0> > à la cinquième minute de la séquence.

contribuer à l'amélioration de la protection des droits de la personne par la promotion d'une meilleure cohérence des principes fondamentaux dans les environnements désormais sans frontières engendrés par les logiques du numérique. Pour rendre compte du droit en émergence du fait de la « révolution technologique » qui ne connaît pas de frontières, le rapport met de l'avant la perspective bi juridique canadienne et la méthode comparatiste².

En cohérence avec son système de droit civil comme de Common Law, le Canada est particulièrement bien placé pour « faire le pont » entre traditions européennes et américaines et apporter un éclairage sur les grandeurs et faiblesses, les tenants et aboutissants du « droit à l'oubli »³. Le champ de vision bi juridique et bilingue procure des opportunités de transcender « les conceptions orthodoxes » du droit⁴.

Ce rapport se penche donc sur la notion « hybride », du déréférencement en droit canadien. Un droit certes en émergence mais qui représente un réel potentiel de procurer les équilibres qui semblent nécessaires afin de garantir à la fois la libre circulation de l'information et la dignité des personnes.

Dans un premier temps, nous abordons les particularités du cadre normatif canadien et québécois (en réponse aux questions 1-5). Dans un deuxième temps, nous proposons

² Voir pour des analyses de l'état du droit canadien sur ce sujet: Eloïse Gratton and Jules Polonetsky, « Droit À L'Oubli: Canadian Perspective on the Global 'Right to Be Forgotten' Debate », *Colorado Technology Law Journal*, Vol 15, Issue 2 (2017); Geneviève Saint-Laurent, "Vie privée et « droit à l'oubli » : que fait le Canada?", *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*. Vol. 66 (2015), p. 185-197; Pierre Trudel, « Moteurs de recherche, déréférencement, oubli et vie privée en droit québécois », (2016) 21 *Lex electronica* 89. En ligne : <http://www.lex-electronica.org/s/1535>.

³ Karen Eltis, "Breaking Through the 'Tower of Babel': A 'Right to be Forgotten' and How Trans-Systemic Thinking Can Help Re-Conceptualize Privacy Harm in the Age of Analytics, (2011) 22 *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 69-95; Karen Eltis, "The Anglo-American/Continental Privacy Divide? How Civilian Personality Rights Can Help Reconceptualize the 'Right to be Forgotten' Toward Greater Transnational Interoperability", [2016] 94 *Canadian Bar Review*, 355-380.

⁴ Selon les mots du professeur Robert Leckey, doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill, voir à : < <https://www.mcgill.ca/law/about/deans-welcome> >.

quelques observations d'ordre général et contextuel pour mieux caractériser l'accueil réservé au Canada à l'arrêt Costeja (Q6-11) de la Cour de justice de l'Union européenne. Enfin, nous proposons en conclusion certaines pistes à envisager afin de répondre aux défis de la protection des droits dans l'espace virtuel (Q 12).

1. La protection canadienne du droit à l'oubli : Une protection assurée par le droit commun (Questions 1-5)

Il est bien établi au Canada que les tribunaux peuvent, après avoir constaté qu'un document se trouvant sur Internet contrevient aux lois, ordonner sa suppression. Les juges ordonnent aussi la suppression des liens hypertexte menant à des documents contraires aux lois. Il y a donc un équilibre entre le droit de rechercher librement des informations et le droit de protéger la vie privée et la réputation. Dès lors qu'il est démontré qu'un document viole la réputation d'une personne ou sa vie privée, un juge peut ordonner sa suppression de même que l'effacement des hyperliens qui y conduisent.

En droit civil québécois les tribunaux appliquent les règles générales de la responsabilité civile. Dans ce cadre, ils ont considéré qu'en certaines circonstances, on peut commettre une faute de violation d'oubli. Certains auteurs en ont déduit l'existence d'un droit à l'oubli. Ainsi, le rappel d'évènements survenus dans le passé a été jugé fautif lorsqu'il y a absence de démonstration d'un intérêt public de la part de la personne qui a fait la divulgation. Les exemples suivants sont tirés de la jurisprudence québécoise.

Dès 1889, la Cour supérieure du Québec a estimé qu'un journal *Le Violon* avait eu tort de faire revivre certaines «accusations depuis longtemps oubliées» concernant le demandeur. Cette décision fut confirmée par la Cour de révision⁵. Plus récemment, dans l'affaire *Lévesque*⁶, la Cour Supérieure a dû trancher sur une revendication du droit à l'oubli. Le requérant, Lévesque, poursuivait le *Journal de Québec* pour avoir rappelé le crime qu'il

⁵ *Goyette c. Rodier* (1889) 20 R.L. 108,110 (C. Rév)

⁶ *Lévesque c. Communications Quebecor inc.* (C.S., 1999-06-21), SOQUIJ AZ-99021730, J.E. 99-1527, [1999] R.R.A. 681

avait commis deux ans auparavant dans une « piquerie » de la ville de Montréal. Lévesque avait alors été impliqué dans une bagarre entre groupes criminels. La juge a conclu que le *Journal* n'avait pas commis de faute étant donné que l'information dévoilée était accessible au public. De plus, puisque l'objet de l'article portait sur l'incendie de la « piquerie » où Levesque avait jadis commis son crime, l'information divulguée demeurait d'intérêt public.

Par contre, dans une affaire semblable⁷, Gilbert Ouellet a poursuivi le journal *Photo-Police* pour avoir publié un article relatant le crime commis par sa défunte épouse dix ans auparavant. Cette dernière avait tué leurs quatre enfants pour ensuite s'enlever la vie. Le juge de la Cour du Québec a conclu que l'article publié était « sensationnaliste » et qu'il ne pouvait être justifié par l'intérêt du public à l'information. Dans une autre affaire de la Cour du Québec⁸, le juge Barbe rappelle qu'il est difficile pour celui qui participe à des « activités publiques de nature politique » d'invoquer un droit à l'oubli. Se référant aux propos de la juge Piché dans *Szabo c. Morissette*⁹, le juge de la Cour du Québec mentionne que « celui qui est à l'origine de l'histoire ne peut blâmer d'autres que lui-même s'il n'a pas aimé qu'on parle de lui ».

La faute de violation de l'oubli telle que reconnue en droit québécois découle de la diffusion d'une information autrefois connue mais en conférant à celle-ci une portée temporelle et spatiale différente de celle découlant de la diffusion initiale. Ce qui est jugé fautif et sanctionné est la redivulcation considérée injustifiable dans le contexte où elle se produit. À ce titre, la légitimité juridique de la prétention à l'oubli se structure par l'appréciation du contexte de la diffusion de l'information. L'oubli est donc un droit pour la personne concernée lorsqu'il est jugé déraisonnable de diffuser l'information. Alors, la diffusion est jugée fautive, c'est à dire qui n'aurait pas été faite par une personne raisonnable oeuvrant dans des circonstances analogues. Le contexte dans lequel s'effectue la diffusion est un facteur très important dans ce processus de détermination de son caractère fautif

⁷ *Ouellet c. Pigeon*, REJB 1997-03106, 1997 (C.Q.)

⁸ *Mathieu c. Presse ltée (La)*, (C.Q., 1998-11-24), SOQUIJ AZ-99036093, B.E. 99BE-169

⁹ (1993) R.R.A. 554, J.E. 93-1385 (C.S.)

1.1 Les limites du droit à l'oubli

Le « droit à l'oubli » tel que décrit ici-haut doit être distingué du droit de faire effacer les liens générés par un moteur de recherche créé par la décision de la Cour de justice européenne. En droit canadien, on ne peut postuler que le droit de la protection des renseignements personnels procure un droit au déréférencement des résultats de recherche¹⁰.

La garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, entendue comme protégeant la liberté de rechercher des informations ne contrevenant pas à la loi, s'oppose à une application d'un « droit au déréférencement » qui prétendrait se réclamer du droit à la protection des renseignements personnels. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*¹¹, la Cour suprême du Canada, dans une décision unanime, a invalidé la loi albertaine sur la protection des renseignements personnels en ce qu'elle prohibait la prise d'images dans un lieu public.

La Loi attaquée interdisait de recueillir des renseignements, ici des images de personnes franchissant une ligne de piquetage et ne comportant aucune information intime, sans le consentement de celles-ci. Dans la situation présentée à la Cour, aucun détail concernant le mode de vie ou les choix personnels des intéressés n'avait été dévoilé. Or, la loi, à l'instar des autres lois sur la protection des renseignements personnels en vigueur au Canada ne fait aucune distinction : tout renseignement personnel y est traité de la même façon, même ceux qui ne relèvent pas de la vie privée. Il est interdit de le collecter et de le diffuser sans consentement sauf pour des motifs définis de manière très étroite. C'est cette absence de possibilité de laisser un espace à l'exercice des autres droits fondamentaux qui rend excessive la loi sur la protection des renseignements personnels. En somme, la Cour fait échos à une évidence : il existe des renseignements portant sur les personnes qui ne

¹⁰ *C.L. c. BCF Avocats d'affaires*, 2016 QCCA 114 (CanLII), 14 avril 2016, en ligne : <<http://canlii.ca/t/gr5q0>>.

¹¹ [2013] 3 RCS 733.

relèvent pas de la vie privée de celles-ci. La Cour rappelle la nécessité de baliser les interdictions se trouvant dans les lois sur la protection des renseignements personnels. Telles que rédigées, ces lois interdisent de capter, conserver et diffuser toute information relative à une personne identifiable sans sa permission et cela même lorsqu'elle se trouve dans des lieux publics. La Cour juge que de tels interdits limitent la liberté d'expression de façon déraisonnable.

La Cour explique que ces lois doivent comporter des balises afin de permettre l'exercice des activités expressives ne portant pas sur des matières relevant de l'intimité des personnes. La Cour a jugé que la loi albertaine sur la protection des renseignements personnels empêchait de recueillir des renseignements personnels, telles que des prises d'images ou des vidéos lors d'une manifestation au cours de laquelle le public pouvait facilement observer les personnes qui y prennent part.

Cette décision de la Cour suprême invalide l'approche qui a prévalu au Canada depuis plus de trois décennies en matière de protection des renseignements personnels. Portées par un mouvement qui semble postuler que la vie privée est le seul droit fondamental à devoir être protégé, ces lois ignorent pratiquement les impératifs de la libre circulation de l'information dans les espaces publics. En invalidant la loi albertaine, la Cour met fin à ce déséquilibre.

Bien sûr la Cour reconnaît la légitimité de protéger le droit à la vie privée et d'assurer que la collecte et la communication de renseignements personnels soient encadrées. Mais elle vient rappeler que tout renseignement personnel n'est pas automatiquement un renseignement sur la vie privée d'une personne, surtout s'il s'agit d'un renseignement se trouvant légitimement dans l'espace public. Il est donc excessif de considérer tout renseignement personnel comme étant assujéti à son bon vouloir. Les libertés expressives imposent de baliser la faculté de l'individu à l'égard des informations le concernant en tenant compte des droits des autres et du public en général.

Pour l'heure, bien qu'il porte sur un phénomène passablement distinct de ceux qui sont concernés par les moteurs de recherche, ce prononcé de la Cour suprême laisse planer

d'importants doutes sur la possibilité, en droit canadien, d'un droit au déréférencement qui se fonderait sur les principes issus des lois sur la protection des renseignements personnels.

Par contre, les moteurs de recherche génèrent des liens hypertextes. Dans *Crookes c. Newton*¹², la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si l'incorporation dans un texte d'hyperliens menant à des propos prétendument diffamatoires équivaut à la « diffusion » de ces derniers. Selon les six juges majoritaires de la Cour, une personne ne peut en diffamer une autre simplement en publiant un hyperlien menant au site Web ou à un document d'un tiers qui contient des propos diffamatoires : la juge en chef McLachlin et le juge Fish expliquent qu'« [...] un hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la "diffusion" du contenu auquel il renvoie »¹³. Ils souscrivent à l'analyse de la Juge Abella qui écrit que : « Le fait de mentionner l'existence d'un contenu et/ou l'endroit où il se trouve par le biais d'un hyperlien ou de toute autre façon, sans plus, ne revient pas à le diffuser »¹⁴.

Les juges majoritaires estiment que les hyperliens s'apparentent aux notes de bas de page d'un document papier. Si l'hyperlien offre, contrairement aux notes de bas de page, un accès immédiat au site Web d'un tiers auquel il renvoie, les lecteurs n'en savent pas moins que ce lien les mènera à une source différente.

1.2 Les recours, la mise en œuvre et l'efficacité

Les recours en responsabilité civile sont les voies privilégiées pour sanctionner les diffusions intempestives et fautives de faits passés qui ne correspondent pas à un intérêt public démontrable. Quant au droit au déréférencement, il est possible en vertu des principes du droit commun dès lors qu'il est démontré que le document vers lequel pointe un hyperlien contrevient à la loi.

¹² [2011] 3 RCS 269.

¹³ Au paragraphe 47 de la décision.

¹⁴ Au paragraphe 42 de la décision.

Dès lors qu'il est judiciairement établi qu'un document fautif est en ligne, les tribunaux peuvent rendre les décisions et ordonnances nécessaires afin de protéger les droits des personnes. Au Canada, le droit à l'oubli s'entend du droit de faire supprimer l'information fautive ramenant dans le présent des faits passés. Il est rarement invoqué sauf dans les situations où les rappels de faits passés ne sont pas d'intérêt public.

2. Une vue contextuelle du droit à l'oubli : l'accueil réservé à l'arrêt Costeja au Canada (Questions 6-11)

L'exemple le plus frappant des changements qualitatifs entraînés par l'ère numérique semblerait-il est celui d'un phénomène que le quotidien Britannique *The Guardian* surnomme « the Internet's "law of unintended consequences" »¹⁵.

Le cas de M Costeja (précité) est maintenant bien connu. Moins connu est celui de son prédécesseur, qui a en réalité déclenché le débat entourant le « droit à l'oubli ». Il s'agit d'un médecin espagnol nommé, Hugo Guidotti Russo. Les faits de cette cause, qui ne s'est pas rendue devant les tribunaux, sont pourtant très saillants et semblent résumer la problématique bien mieux que ceux de M Costeja¹⁶.

Il se résume comme suit. Il y a plus de vingt cinq ans, une des patientes du docteur Rossi a allégué la négligence professionnelle¹⁷. La dispute, alors documentée dans un journal local, fut réglée et le docteur Rossi pratiqua depuis sans incident. Néanmoins, et compte tenu de la nature même d'Internet, toute recherche à son sujet produisait sans faute les allégations publiées dans ce reportage choquant, cru et décontextualisé. Inévitablement, cela avait pour effet d'éclipser la résolution amiable du dossier (hors cour) et d'entacher vingt ans de pratique professionnelle respectable.

¹⁵ <http://www.theguardian.com/world/blog/2014/may/14/mario-costeja-gonzalez-fight-right-forgotten>

¹⁶ Karen Eltis, *Courts, Litigants and the Digital age*, 2d ed. Irwin Law, 2016.

¹⁷ Paul Sonne, Max Colchester, & David Roman, "Plastic Surgeon and Net's Memory Figure in Google Face-Off in Spain" *The Wall Street Journal* (7 March 2011).

Les moteurs de recherche génèrent des liens hypertextes en appliquant des algorithmes. Ces algorithmes fonctionnent de façon automatisée, en des temps s'exprimant en fractions de secondes. Pour y arriver, ces algorithmes¹⁸ analysent des masses considérables de données incluant notamment des données sur le contexte dans lequel se trouve la personne qui introduit la requête de recherche, son historique de recherche, sa position géographique etc.

Par contre, en raison du caractère contextuel de ce traitement algorithmique, il paraît impossible de postuler que l'introduction des mêmes mots dans des requêtes de recherche lancées en différents points du réseau par des personnes ayant forcément un historique de recherche différent va forcément générer les mêmes résultats.

On peut même se demander si le type de résultats qu'obtient un individu en introduisant son propre nom dans une requête de recherche sera identique à celui obtenu par une autre personne se trouvant dans un contexte donnant à penser qu'elle a des intérêts éloignés de ceux de la première personne.

Mais la Cour de justice de l'Union européenne semble avoir ignoré cet aspect pourtant fondamental. Elle semble avoir été préoccupée par une perception au sujet d'un autre type de décontextualisation. Sa décision a ultimement exigé que les moteurs de recherche (qualifiées de contrôleurs de données) déréférencent les résultats que l'on prétend être décontextualisés¹⁹ en vertu du « droit à l'oubli » qu'elle déduit de l'article 12 de la Directive européenne 95/46/EC.

Comme exposé ailleurs dans ce texte, les tribunaux canadiens sont soucieux de respecter la liberté d'expression, valeur constitutionnelle enchassée dans la Charte canadienne (et

¹⁸ Un algorithme est un ensemble d'instructions donné à un ordinateur permettant d'obtenir un résultat en effectuant des calculs. Voir : Seema GHATNEKAR, « Injury by Algorithm », (2012-2013) 33 *Loy. L.A. Ent. L. Rev.* 171.

¹⁹ *Ibid.* As Bernal explains, only search results arising from a search under a particular name are removed. Neither the underlying source material itself, nor the same (contentious) search results obtained when searched for in any other way are required to be removed. See e.g. Paul Bernal, "Is Google Undermining the « right to be forgotten'?", *CNN Opinion* (7 July 2014), online: CNN <<http://www.cnn.com/2014/07/07/opinion/bernal-google-undermining-privacy-ruling/>>.

québécoise). La plupart des groupes ayant pris part à une consultation du Commissaire à la vie privée sur le droit au déréférencement ont estimé qu'un tel droit est difficilement conciliable avec les impératifs de la liberté d'expression telle qu'elle est comprise en droit canadien.

Au nom des mêmes préoccupations, la décision fut aussi attaquée aux États-Unis et plus tard au Royaume Uni²⁰ et dénoncée comme : [TRADUCTION] « la plus importante menace à la liberté d'expression ».²¹ Cette critique trahit une divergence importante entre la vision continentale de la vie privée, axée sur la protection procédurale des données et l'approche absolutiste des États-Unis qui pour sa part repose sur le Premier Amendement. Cette division tel que noté s'étend au delà des États-Unis et semble caractériser l'approche de la common law qui pour toutes fins pratiques rejeté un droit au déréférencement basé sur la protection des données nonobstant les particularités de Internet²².

Ainsi, le ministre britannique de la Justice, Simon Hughes a exprimé son opposition farouche à l'arrêt *Costeja* qu'il caractérise de [TRADUCTION] « censure ²³inexécutable qui met en cause la liberté d'expression et d'information »²⁴.

²⁰ European Union Committee - Second Report EU Data Protection law: a 'right to be forgotten'?, <<https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldecom/40/4002.htm>>.

²¹ See Jeffrey Rosen, "The Right to be Forgotten" (2012) 64 *Stan. L. Rev Online* 88, online: Stanford Law Review <<http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten>>. Many American scholars view as this topic as the biggest threat to free speech on the Internet in the coming decade.

²² Walker, Robert, The Right to be Forgotten (November 20, 2012). 64 *Hastings Law Journal* 257, December 2012. <https://ssrn.com/abstract=2017967> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2017967>

²³ "We have criticized the government of China... for closing down people's right to information. There are other countries with strict information access. It is not a good position for the EU to be in to look as if it is countenancing restrictions in the access of the citizen to access to information because it could be a very bad precedent". Stuart Lauchlan, "Britain pledges to fight Europe's Right to be Forgotten bad law" *diginomica* (10 July 2014), online: Diginomica <<http://diginomica.com/2014/07/10/britain-pledges-fight-europes-forgotten-bad-law/>>.

²⁴ Hughes said: "If politicians think they can delete findings about their expenses, that's not going to happen. If people think they can delete their criminal history, it won't occur. It looks to me as if it may be an unmanageable task. It will be a phenomenal task. It's not technically possible to remove all traces of data loaded on to the internet from other sources. You can't exercise the right to be forgotten. The information system could not be made to do it"

3. Conférer un pouvoir de limiter l'expression à des acteurs privés?

Le mécanisme institué par la Cour de justice européenne est ainsi conçu qu'il est plus facile pour un moteur de recherche de donner suite aux demandes de déréférencement que d'y résister. Pour chaque moteur de recherche, faire l'effort d'analyser et ensuite d'expliquer que certains liens conduisent à des documents qui présentent un réel intérêt pour le public représente un coût que certains d'entre eux pourraient ne pas souhaiter encourir²⁵.

Mais au delà de la question de censure comme telle, se pose la question de savoir s'il est compatible avec le respect de l'État de droit de confier à une entreprise privée, américaine, un pouvoir judiciaire normalement réservé à une institution étatique (conseil constitutionnel ou analogue) ; le pouvoir de trancher les limites raisonnables de la liberté d'expression? Et ce dans l'absence de balises claires et connues ?

En effet Peter Barron de Google semble lui-même s'être confessé aux nouvelles BBC News que la compagnie « apprend en faisant » (« we're "learning as we go" ») adoptant inévitablement une approche ad hoc à l'exécution du jugement. Une autre remarque édifiante semble confirmer cette incertitude : « no one really knows what the criteria is ... So far, we're getting a lot of noes... It's a complete no man's land »²⁶.

Car la transparence et la reddition de comptes ne sont pas faciles à cultiver lorsqu'on laisse la pondération de valeurs constitutionnelles délicates à des acteurs privés étrangers et possiblement réticents à se mettre à juger d l'opportunité du maintien en ligne d'un lien hypertexte vers un document. Le cadre juridique garantissant la protection des des droits de la personne énoncé au Canada dans Charte des droits et libertés, vise exclusivement les

Owen Bowcott, "EU 'right to be forgotten' law unenforceable, says justice minister", *The Guardian* (9 July 2014), online: <http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/09/eu-right-to-be-forgotten-law-unenforceable-justice-minister-simon-hughes>.

²⁵ Simon WECHSLER, « The Right to Remember : The European Convention on Human Rights and the Right to be Forgotten », [2015] 49 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 135-165.

²⁶ Mr. Wadsworth of the U.K. ORM firm Igniye, referring to the ECJ's recent decision (Mark Scott, "European Companies See Opportunity in the 'Right to Be Forgotten', *The New York Times* (8 July 2014), online: http://www.nytimes.com/2014/07/09/technology/european-companies-see-opportunity-in-the-right-to-be-forgotten.html?_r=0).

mesures gouvernementales. Les droits fondamentaux sont constitutionnalisés - en tant que rempart contre les abus du gouvernement²⁷. Mais à l'ère numérique il va sans dire que le pouvoir d'enfreindre - - même par mégarde - les valeurs constitutionnelles - y compris, la liberté d'expression ne réside pas exclusivement - dans les instances de l'Etat. Au contraire, dans un monde post-Costeja, les parties privées, à savoir les «contrôleurs de données» ayant une influence globale, utilisant l'intelligence artificielle, sont devenues des arbitres involontaires du discours public à l'échelle globale», et ce dans l'absence de balises précises ou de transparence. C'est la réalité que la Cour suprême du Canada semble reconnaître (même si indirectement) dans les arrêts clé *Douez et Equustek*²⁸.

En effet, Facebook, Twitter et d'autres plates-formes se voient assigner la discrétion de déterminer quelle expression supprimer, ce qui conduit inévitablement à des approches ad hoc de ces entreprises, tâche normalement réservée au Législateur et aux tribunaux. La difficulté augmente lorsque les «équilibres» sont des acteurs corporatifs inexpérimentés et ayant peu d'incitatif économique à agir dans l'arbitrage des demandes de déréférencement. De plus, ces acteurs sont pour la plupart situés aux Etats-Unis, là où le cadre juridique demeure très protecteur pour les intermédiaires d'Internet. Enfin, les entreprises dominantes du web maîtrisent des algorithmes et des solutions fondées sur de l'intelligence artificielle qu'ils déploient de plus en plus à cette fin²⁹. C'est dire l'ampleur des enjeux que pose la solution mise de l'avant par la Cour européenne lorsqu'on a le moindre souci de garantir le respect de l'État de droit.

4. Prochaines étapes (Q12) : Réviser la notion d'action gouvernementale et la responsabilité des plateformes au delà de Costeja

²⁷ Art 32..

²⁸ *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 SCC 33 et *Google Inc. c. Equustek Solutions*, 2017 SCC 34.

²⁹ <http://csre1.huji.ac.il/people/inadvertently-appointing-digital-judges-canadian-perspective-restricting-speech-and>

4.1 L'action gouvernementale et la Charte

Pour applanir les contradictions aux discordes entre les logiques issues du droit civil et celles découlant du common law en ce qui concerne « droit au déréférencement » sur le plan transfrontalier, la notion d'« action gouvernementale » doit être soigneusement revue. Autrement, les ultimes arbitres des limites appropriées aux droits fondamentaux pourraient être des algorithmes ou d'autres formes d'intelligence artificielle déployées par des plates-formes qui, ne possèdent pas la légitimité démocratique que l'on reconnaît habituellement aux juges dans les sociétés démocratiques.

Alors que nous luttons pour définir les limites du discours dans un monde post-Charlottesville³⁰, reconnaissons l'importance de maintenir la surveillance des tribunaux sur les valeurs constitutionnelles et les limites appropriées de l'expression, plutôt que de les laisser devenir des domaines de l'inconnu (tranchés par des « bots » d'intelligence artificielle).

Qui plus est et dans un deuxième temps, les intermédiaires doivent être responsabilisés selon le modèle du « **contrôle contextuel** » décrit ici bas, et ce encore sur le plan transfrontalier.

4.2 La responsabilisation des intermédiaires

Il y a quelques années, le professeur Jonathan Zittrain a baptisé le droit à l'oubli tel qu'élaboré dans *Costeja* de “bad solution to a very real problem”³¹ [une mauvaise solution à un problème réel] ». Reconnaisant donc que les renseignements déroutants ou decontextualisés représentent un problème réel mais rejetant néanmoins la solution retenue en Europe, ce dernier s'est plus récemment penché sur la nécessité de repenser le

³⁰ http://csrcl.huji.ac.il/people/inadvertently-appointing-digital-judges-canadian-perspective-restricting-speech-and?ref_tid=3718

³¹ Jonathan Zittrain “Don't Force Google to Forget”, *New York Times* (14 May 2014), online: The New York Times <http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html>. See also: David Streitfeld, “European Court Lets Users Erase Records on Web”, *The New York Times* (13 May 2014), online: The New York Times <http://www.nytimes.com/2014/05/14/technology/google-should-erase-web-links-to-some-personal-data-europes-highest-court-says.html?_r=0>.

U.S. *Communications Decency Act's* et l'immunité totale que cette loi octroie aux intermédiaires aux Etats-Unis par le biais de son article §230³² :

« Section 230 nearly entirely eliminated the liability of Internet content platforms under state common law for bad acts, such as defamation, occasioned by their users. The platforms were free to structure their moderation and editing of comments as they pleased, without a traditional newspaper's framework in which to undertake editing was to bear responsibility for what was published. If the New York Times included a letter to the editor that defamed someone, the Times would be vulnerable to a lawsuit (to be sure, so would the letter's author, whose wallet size would likely make for a less tempting target). Not so for online content portals that welcome comments from anywhere—including the online version of the New York Times ». ³³

Mais la rationalité sous-jacente de cette immunité ne convient plus à une industrie qui n'est plus dans son enfance (selon le professeur Zittrain « an infant industry has grown up »)³⁴. Ainsi pour nos fins, même des commentateurs proéminents américains, toujours résistants à la désindexation comme réponse aux maux de la decontextualisation, semblent maintenant envisager une certaine responsabilisation des « contrôleurs de données » compte tenu des pouvoirs de ces derniers qui croissent de manière exponentielle. Il s'agit donc d'un moment charnière pour peaufiner le droit au déréférencement par le biais de la responsabilisation contextuelle des moteurs de recherche puisqu'on constate doré et déjà des fissures dans l'armure de l'immunité de ces derniers.

Si le déréférencement dans son état actuel ne s'accorde pas avec la vision américaine (ou britannique) de la liberté d'expression, le Canada semble particulièrement bien situé pour proposer une approche mesurée au déréférencement. Selon cette approche hybride, l'accent n'est pas sur la protection des données mais sur la protection des individus. Autrement dit, l'idée est de permettre aux protections existantes (enchâssées dans la Charte québécoise et canadienne ainsi que dans le Code civil du Québec entre autres) de s'« étendre » aux interactions des canadiens dans le « cyberspace », suivant la logique de

³² <https://www.law.com/therecorder/sites/therecorder/2017/11/10/cda-230-then-and-now-does-intermediary-immunity-keep-the-rest-of-us-healthy/>

³³ *Id*

³⁴ *Id.*

Douez c. Facebook inter alia qui vise à pallier les inéquités inhérentes au monde numérique et son « caractère automatique ».

Pour que le droit au déréférencement soit opérable sur le plan transfrontalier, il serait prudent de s'éloigner graduellement de l'emphase formelle sur les logiques du droit de la protection des données sur lequel on tente de fonder le « droit à l'oubli »³⁵. Le raisonnement sur lequel s'appuie la Cour européenne pour fonder une exigence de déréférencement procède d'une importation dans le droit commun, des notions issues du droit de la protection des données personnelles. Négligeant les différences qui existent entre les données personnelles à caractère privé en fonction desquelles furent développés les lois sur la protection des données personnelles dans les années '70 et les informations du domaine public, qui n'ont jamais été destinées au régime juridique des données personnelles lors de la conception des lois sur la protection des données, la Cour a choisi d'importer et de plaquer aux données ayant un caractère public le modèle conçu pour assurer la protection des données intimes. Le glissement conceptuel n'est pas expliqué par la Cour européenne et il est difficile à concilier avec l'impératif d'équilibre entre les droits et libertés qui caractérise les raisonnements des tribunaux canadiens.

Par contre, lorsqu'il est démontré que le propos contrevient à une loi ou viole un droit fondamental, les tribunaux canadiens n'ont aucune hésitation à ordonner le déréférencement. Dans *Corriveau c. Canoe*,³⁶ une affaire où l'intermédiaire avait concédé être responsable de tous et chacun des propos diffusés sur un blogue, une cour québécoise a condamné un intermédiaire de retirer des propos diffamatoires. Suivant cette logique fondée sur les droits de la personne (contrairement à la protection des données), la Cour fédérale du Canada a pour sa part et pour toutes fins pratiques reconnu un droit au déréférencement « Canadien » dans *A.T. c. Globe24H.com*³⁷ et ce au delà des frontières

³⁵ (surtout puisque la définition des données personnelles est très problématique)

³⁶ 2010 QCCS 3396.

³⁷ <https://www.canlii.org/fr/ca/cfpi/doc/2017/2017cf114/2017cf114.html>

canadiennes³⁸. Mais dans l'une et l'autre des situations, le caractère diffamatoire ou contraire aux lois applicables avait été constaté par la Cour.

Selon l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³⁹ du Québec, « le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche » n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. » La possibilité d'engager sa responsabilité peut découler notamment de sa connaissance de fait que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité.

En vertu de la législation québécoise, étant donné une disposition législative explicite⁴⁰ selon laquelle ils n'ont pas d'obligation de surveiller, il est logiquement impossible de considérer que les moteurs de recherche effectuent un « traitement » de données personnelles qui pourrait découler de l'introduction de mots qui s'avèreraient correspondre au nom d'une personne. Tout au plus, ils pourraient avoir une responsabilité suite à l'introduction de tels mots s'ils ont connaissance préalable du caractère illicite du document référencé.

D'ailleurs, contrairement au droit européen, les lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels ne retiennent pas la notion de « traitement ». Les lois canadiennes régissent la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels. Pour constituer une collecte au sens de ces lois, il faut que l'entité ait au

³⁸ Notons que cette cause impliquait un site roumain qui avait republié/ ré-indexé des décisions judiciaires canadiennes dans le but d'exiger un paiement en échange du retrait de ces renseignements.

³⁹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C.1.1. Voir, Pierre Trudel, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, pp. 189 et ss.

⁴⁰ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, art. 27.

minimum une connaissance de la teneur et du sens des renseignements sur lesquels il acquiert ainsi le contrôle⁴¹.

5. Le contrôle contextuel : entre le droit civil et la common law

Enfin, cette convergence des deux grandes traditions juridiques réunies en droit canadien se traduit dans l'approche privilégiée par une Cour australienne qui dans l'arrêt *Duffy c. Google* s'est inspirée d'une décision de la Cour suprême du Canada (obiter) pour responsabiliser le moteur de recherche. Dans cette cause qui emprunte explicitement la logique de la Cour suprême du Canada dans *Crookes c. Newton* (obiter) - et ouvre la possibilité de responsabilité pour les intermédiaires lorsque ceux-ci vont au-delà de fournir des hyperliens - le tribunal australien tient le moteur de recherche responsable pour ne pas avoir déréférencé des sites diffamatoires ainsi que d'avoir proposé ces sources par le biais de sa fonction « autocomplete » entre autres. Cette approche qui s'inspire du droit Canadien concorde fort mieux avec la logique qui anime le déréférencement dans l'ère numérique et atteint un meilleur équilibre entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée et à la réputation, valeurs sur lesquelles on prétend fonder le droit à l'oubli.

Qui plus est, cette vision contextuelle ancrée dans les droits de la personne plutôt que dans la protection des données, permet à des tribunaux compétents, plutôt qu'à des acteurs corporatifs inexpérimentés, de juger de ce qui est réellement décontextualisé voir même diffamatoire (plutôt que simplement « non pertinent » selon Costeja) et doit donc être désindexé⁴². Le test du « contrôle contextuel »⁴³ illustre les difficultés sérieuses précédemment décrites et caractéristiques de l'ère numérique.

⁴¹ Pour pouvoir collecter et conserver des documents contenant des renseignements personnels, il faut au minimum acquérir le contrôle sur ceux-ci. Sur cette question voir : Vincent Gautrais et Pierre Trudel, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 59 et s.

⁴² BCF avocats C.L. c. BCF Avocats d'affaires 2016 QCCA 114, droit de rectification en vertu de la Loi sur le secteur privé,) « l'entreprise doit prendre tous les moyens raisonnables pour rectifier les renseignements de la demanderesse à l'interne (sur son site Internet), ce qui n'équivaut toutefois pas à un devoir de déréférencement (à l'externe, sur le reste de la Toile) ». La décision ne traite pas du devoir d'un intermédiaire.

6. Le retour de *LICRA c. Yahoo?* - l'avenir de la juridiction extraterritoriale sur le déréférencement

Les systèmes juridiques contemporains postulent que chaque état applique ses normes dans les limites de ses propres frontières⁴⁴. De toute évidence, cette supposition qui sous-tend nos cadres normatifs ne correspond plus à la réalité de l'ère numérique.

Comme l'explique si éloquemment le Professeur Yuval Shany, Directeur du nouveau Centre sur la cyber sécurité à Jérusalem « les interactions actuelles ne se produisent pas principalement sur le territoire physique, mais dans un cyberspace. La réalité est très différente de celle dans laquelle nos lois ont été créées et sont appliquées »⁴⁵.

Dans un arrêt très récent, présageant de l'avenir, le tribunal du district de la Californie, district du Nord a émis une ordonnance enjoignant à une compagnie canadienne (Equustek) d'exécuter une ordonnance mondiale de désindexation que la Cour suprême du Canada avait rendue contre Google quelques mois avant. L'injonction accordée dans le cadre d'un différend de propriété intellectuelle/secret de commerce obligeait Google à déréférencer tous les sites Web qui vendaient des produits qui contrevenaient à la marque de commerce de Equustek, la plus haute juridiction du Canada ayant déclaré comme suit: «Internet n'a pas de frontières – son habitat naturel est mondial »⁴⁶.

Malgré cette réalité, les présupposés traditionnels du droit restent intimement liés au territoire. Le «renversement» impensable de la Cour suprême du Canada devant un tribunal inférieur de l'autre côté de sa frontière illustre habilement cette dissonance de plus en plus dérangeante entre les racines intransigeantes du droit ancrés fermement dans le territoire et le caractère sans frontières du cyberspace. Reflétant le changement important de circonstances évoqué par l'ère numérique en ce qui concerne la portée

⁴³ “Duffy v Google: is this the end of the Internet as we know it?” *Defamation e-bulletin* (30 October 2015). Online: <http://www.landars.com.au/publications/dispute-resolution/duffy-v-google-is-this-the-end-of-the-internet-as-we-know-it/>.

⁴⁴ Voir par exemple Yuval Shany, Jerusalem

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc*, 2017 CSC 34, au par. 41 (J.Abella).

extraterritoriale des jugements, Google s'est tournée vers un tribunal dans son état de la Californie, qui, comme indiqué, a bloqué l'injonction accordée par la décision canadienne. Elle a jugé (sur la base de l'article 23 de la Communications Decency Act – précité, bien que Google ait plaide le Premier Amendement) que l'injonction mondiale n'aurait aucun effet au-delà des frontières étroites du Canada, autorisant ainsi Google à «remettre en vente» les résultats de recherche contestés. Google.ca, malgré la décision canadienne.

Inutile de dire qu'une telle décision fait non seulement violence à la plus haute cour du Canada, mais rend sa décision sans effet. Car, dans un monde où le commerce électronique ne connaît pas de frontières, quel est l'effet pratique de désindexer des résultats uniquement à l'intérieur de « frontières données? Il confirme également l'appréhension évidente de la Cour canadienne dans une affaire antérieure, *Douez c. Facebook* (précité), que les choix d'ordre public consacrés par la loi canadienne finiraient par être dénués de sens (ou à tout le moins inapplicables) à l'ère d'Internet. Cette difficulté est aggravée lorsque les normes en jeu sont des valeurs constitutionnelles, comme dans la liberté d'expression, qui attire une attention particulière dans *Equustek*.

Equustek souligne donc l'incapacité de l'Etat à régler la conduite qui défie les frontières traditionnelles de brique et de mortier efficacement. Cela crée inévitablement un vide juridique où la forme de conduite la plus omniprésente (soit le cybercommerce) est de manière absurde gouvernée par des normes dépassées inadaptées aux interactions dans le cyberspace.

Conclusion

Les controverses au sujet du « droit à l'oubli » envisagé comme procurant un droit de forcer à la suppression des liens vers des documents qui ne contreviennent pas aux lois sont emblématiques de la désuétude de lois protection des données personnelles fondées sur la fiction du « consentement ». Reflétant l'informatique centralisée des années 1970, ces législations ne procurent plus les équilibres appropriés pour garantir que l'utilisation des données générées par la collectivité se fera dans le respect des droits fondamentaux et

des valeurs démocratiques. Cela apparaît de plus en plus comme une régulation d'autrefois pour encadrer les pratiques du futur.

Faute d'innover sur les mécanismes de régulation, on s'épuise à tenter d'appliquer des lois persistant à postuler que les données relatives à une personne ne peuvent être utilisées que moyennant son consentement et uniquement pour des finalités précises. Cette vision individualiste est fondée sur la fiction d'un « consentement » que les internautes et tous les usagers d'objets connectés donneraient en pleine connaissance de cause.

Avec ce type de loi, la régulation qui compte vraiment est celle qu'imposent les plateformes de ce monde!

Désormais, les données massives essentielles à la création de valeur dans les environnements connectés sont laissées à la disposition des entreprises sans réelles obligations d'en garantir la protection. Avec le droit au déréférencement tel que créé en Europe, on s'enfonce plus profondément dans une vision formaliste fondée sur le « consentement » et l'hypothèse selon laquelle il est encore possible de déterminer les finalités d'une information qui circule dans le cyberspace.

Or, les traitements de données massives procèdent de logiques qui font fi des finalités au nom desquelles elles ont été initialement collectées. Devenues « Big Data », ce ne sont plus des données « appartenant » aux individus. Massivement utilisées, les données sont une ressource commune à tous, comme l'air et l'eau que nous utilisons. Comme l'eau, l'air ou les fréquences radioélectriques, les données sont au cœur de la création de valeur fondée sur l'IA. Leur utilisation doit se concevoir comme un privilège régi par des balises que les États doivent avoir le courage d'imposer et de faire respecter. Mais pour arriver à une telle refondation du cadre juridique de la protection des libertés, il faut oser remettre en cause les certitudes et les dogmes qui tiennent trop souvent lieu de fondement au droit de la protection des données personnelles.

ANNEXE - Réponses au questionnaire

The Right to Be Forgotten / Le droit à l'oubli – Questionnaire Franz Werro

Question 1

Comment votre droit protège-t-il le droit à l'oubli ? Le droit à l'oubli est-il consacré de manière spécifique dans une loi ou découle-t-il de dispositions générales ?

How is the right to be forgotten protected under your law? Does your law specifically grant a right to be forgotten or does this right derive from a more general framework?

En droit civil québécois les tribunaux appliquent les règles générales de la responsabilité civile. Dans ce cadre, ils ont considéré qu'en certaines circonstances, on peut commettre une faute de violation d'oubli. Certains auteurs en ont déduit l'existence d'un droit à l'oubli. Ainsi, le rappel d'évènements survenus dans le passé a été jugé fautif lorsqu'il y a absence de démonstration d'un intérêt public de la part de la personne qui a fait la divulgation. Les exemples suivants sont tirés de la jurisprudence québécoise.

Dès 1889, la Cour supérieure du Québec a estimé qu'un journal *Le Violon* avait eu tort de faire revivre certaines «accusations depuis longtemps oubliées» concernant le demandeur. Cette décision fut confirmée par la Cour de révision⁴⁷. Plus récemment, dans l'affaire *Lévesque*⁴⁸, la Cour Supérieure a dû trancher sur une revendication du droit à l'oubli. Le requérant, Lévesque, poursuivait le *Journal de Québec* pour avoir rappelé le crime qu'il avait commis deux ans auparavant dans une «piquerie» de la ville de Montréal. Lévesque avait alors été impliqué dans une bagarre entre groupes criminels. La juge a conclu que le *Journal* n'avait pas commis de faute étant donné que l'information dévoilée était accessible au public. De plus, puisque l'objet de l'article portait sur l'incendie de la «piquerie» où Lévesque avait jadis commis son crime, l'information divulguée demeurait d'intérêt public.

⁴⁷ *Goyette c. Rodier* (1889) 20 R.L. 108,110 (C. Rév)

⁴⁸ *Lévesque c. Communications Quebecor inc.* (C.S., 1999-06-21), SOQUIJ AZ-99021730, J.E. 99-1527, [1999] R.R.A. 681

Par contre, dans une affaire semblable⁴⁹, Gilbert Ouellet a poursuivi le journal *Photo-Police* pour avoir publié un article relatant le crime commis par sa défunte épouse dix ans auparavant. Cette dernière avait tué leurs quatre enfants pour ensuite s'enlever la vie. Le juge de la Cour du Québec a conclu que l'article publié était «sensationnaliste» et qu'il ne pouvait être justifié par l'intérêt du public à l'information. Dans une autre affaire de la Cour du Québec⁵⁰, le juge Barbe rappelle qu'il est difficile pour celui qui participe à des «activités publiques de nature politique» d'invoquer un droit à l'oubli. Se référant aux propos de la juge Piché dans *Szabo c. Morissette*⁵¹, le juge de la Cour du Québec mentionne que « celui qui est à l'origine de l'histoire ne peut blâmer d'autres que lui-même s'il n'a pas aimé qu'on parle de lui ».

La faute de violation de l'oubli telle que reconnue en droit québécois découle de la diffusion d'une information autrefois connue mais en conférant à celle-ci une portée temporelle et spatiale différente de celle découlant de la diffusion initiale. Ce qui est jugé fautif et sanctionné est la redivulgateion considérée injustifiable dans le contexte où elle se produit. À ce titre, la légitimité juridique de la prétention à l'oubli se structure par l'appréciation du contexte de la diffusion de l'information. L'oubli est donc un droit pour la personne concernée lorsqu'il est jugé déraisonnable de diffuser l'information. Alors, la diffusion est jugée fautive, c'est à dire qui n'aurait pas été faite par une personne raisonnable oeuvrant dans des circonstances analogues. Le contexte dans lequel s'effectue la diffusion est un facteur très important dans ce processus de détermination de son caractère fautif

Question 2

Quelles sont les limites au droit à l'oubli selon votre droit ?

What are the limits to the right to be forgotten under your law?

⁴⁹ *Ouellet c. Pigeon*, REJB 1997-03106, 1997 (C.Q.)

⁵⁰ *Mathieu c. Presse ltée (La)*, (C.Q., 1998-11-24), SOQUIJ AZ-99036093, B.E. 99BE-169

⁵¹ (1993) R.R.A. 554, J.E. 93-1385 (C.S.)

Le « droit à l'oubli » doit être distingué du droit de faire effacer les liens générés par un moteur de recherche créé par la décision de la Cour de justice européenne. En droit canadien, on ne peut postuler que le droit de la protection des renseignements personnels procure un droit au déréférencement des résultats de recherche⁵².

La garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, entendue comme protégeant la liberté de rechercher des informations ne contrevenant pas à la loi, s'oppose à une application d'un « droit au déréférencement » qui prétendrait se réclamer du droit à la protection des renseignements personnels. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*⁵³, la Cour suprême du Canada a invalidé la loi albertaine sur la protection des renseignements personnels en ce qu'elle prohibait la prise d'images dans un lieu public.

La Loi attaquée interdisait de recueillir des renseignements, ici des images de personnes franchissant une ligne de piquetage et ne comportant aucune information intime, sans le consentement de celles-ci. Dans la situation présentée à la Cour, aucun détail concernant le mode de vie ou les choix personnels des intéressés n'avait été dévoilé. Or, la loi, à l'instar des autres lois sur la protection des renseignements personnels en vigueur au Canada ne fait aucune distinction : tout renseignement personnel y est traité de la même façon, même ceux qui ne relèvent pas de la vie privée. Il est interdit de le collecter et de le diffuser sans consentement sauf pour des motifs définis de manière très étroite. C'est cette absence de possibilité de laisser un espace à l'exercice des autres droits fondamentaux qui rend excessive la loi sur la protection des renseignements personnels. En somme, la Cour fait échos à une évidence : il existe des renseignements portant sur les personnes qui ne relèvent pas de la vie privée de celles-ci. La Cour rappelle la nécessité de baliser les interdictions se trouvant dans les lois sur la protection des renseignements personnels. Telles que rédigées, ces lois interdisent de capter, conserver et diffuser toute information relative à une personne identifiable sans sa permission et cela même lorsqu'elle se trouve

⁵² *C.L. c. BCF Avocats d'affaires*, 2016 QCCA 114 (CanLII), 14 avril 2016, en ligne : <<http://canlii.ca/t/gr5q0>>.

⁵³ [2013] 3 RCS 733.

dans des lieux publics. La Cour juge que de tels interdits limitent la liberté d'expression de façon déraisonnable.

La Cour explique que ces lois doivent comporter des balises afin de permettre l'exercice des activités expressives ne portant pas sur des matières relevant de l'intimité des personnes. La Cour a jugé que la loi albertaine sur la protection des renseignements personnels empêchait de recueillir des renseignements personnels, telles que des prises d'images ou des vidéos lors d'une manifestation au cours de laquelle le public pouvait facilement observer les personnes qui y prennent part.

Cette décision de la Cour suprême invalide l'approche qui a prévalu au Canada depuis plus de trois décennies en matière de protection des renseignements personnels. Portées par un mouvement qui semble postuler que la vie privée est le seul droit fondamental à devoir être protégé, ces lois ignorent pratiquement les impératifs de la libre circulation de l'information dans les espaces publics. En invalidant la loi albertaine, la Cour met fin à ce déséquilibre.

Bien sûr la Cour reconnaît la légitimité de protéger le droit à la vie privée et d'assurer que la collecte et la communication de renseignements personnels soient encadrées. Mais elle vient rappeler que tout renseignement personnel n'est pas automatiquement un renseignement sur la vie privée d'une personne, surtout s'il s'agit d'un renseignement se trouvant légitimement dans l'espace public. Il est donc excessif de considérer tout renseignement personnel comme étant assujéti au bon vouloir du sujet. Les libertés expressives imposent de baliser la faculté de l'individu à l'égard des informations le concernant en tenant compte des droits des autres et du public en général.

Pour l'heure, bien qu'il porte sur un phénomène passablement distinct de ceux qui sont concernés par les moteurs de recherche, ce prononcé de la Cour suprême laisse planer d'importants doutes sur la possibilité, en droit canadien, d'un droit au déréférencement qui se fonderait sur les principes issus des lois sur la protection des renseignements personnels.

Question 3

Quels sont, dans votre droit, les moyens de droit pour mettre en oeuvre son droit à l'oubli ?

What are, in your law, the legal remedies available to enforce the right to be forgotten?

Les recours en responsabilité civile sont les voies privilégiées pour sanctionner les diffusions intempestives et fautives de faits passés qui ne correspondent pas à un intérêt public démontrable. Quant au droit au déréférencement, il est possible en vertu des principes du droit commun dès lors qu'il est démontré que le document vers lequel pointe un hyperlien est contraire à la loi.

Question 4

Dans le prolongement de la question précédente, est-ce que votre droit permet à une personne qui s'estime lésée par une information sur internet d'obtenir une réparation de son dommage ou de son tort moral ? Si oui, est-ce que la mise en oeuvre d'une telle action en responsabilité est réalisable en pratique ?

As a follow-up to the previous question, does your law allow the plaintiff to receive material or immaterial damages? If yes, is such remedy realistic in practice?

Dès lors qu'il est judiciairement établi qu'un document fautif est en ligne, les tribunaux peuvent rendre les décisions et ordonnances nécessaires afin de protéger les droits des personnes.

Question 5

De manière générale, comment évaluez-vous la mise en oeuvre du droit à l'oubli dans votre droit ? Est-elle efficace ? Le droit à l'oubli est-il souvent utilisé en pratique ? Existe-t-il des obstacles particuliers à sa mise en oeuvre ?

In general, how do you assess the implementation of the right to be forgotten in your law? Is it effective? Is it used in practice? Are there particular obstacles in the implementation of this right?

Au Canada, le droit à l'oubli s'entend du droit de faire supprimer l'information fautive ramenant dans le présent des faits passés. Il est rarement invoqué sauf dans les situations où les rappels de faits passés ne sont pas d'intérêt public.

Question 6

Comment les tribunaux et les auteurs de doctrine ont-ils accueilli la décision *Google c. González* de la CJUE dans votre État ?

How did courts and commentators in your country welcome the ECJ ruling on Google v González?

Un grand nombre d'auteurs ont souligné le caractère déséquilibré du prononcé européen qui d'ailleurs ne dit rien du droit des internautes d'accéder à l'information licite qui se trouve en ligne.

Question 7

Pour les ressortissants d'un État qui ne fait pas partie de l'Union européenne, est-ce que les tribunaux de votre État ont suivi la décision de la CJUE ? Pensez-vous qu'ils vont le faire ?

For those who are from a country that is not part of the European Union, did your courts follow the ECJ ruling on the right to be forgotten? Is it likely Do that they will follow it?

Il faut souhaiter que les tribunaux canadiens se tiendront loin de l'approche représentée par la décision de la CJUE.

Question 8

Est-ce que votre droit accordait déjà un droit à l'oubli sur internet similaire à celui consacré par la CJUE ?

Did your law already grant a similar right to be forgotten than the one stated in the ECJ ruling?

En droit canadien, on ne peut postuler que le droit de la protection des renseignements personnels procure un droit au déréférencement des résultats de recherche⁵⁴. Un droit au déréférencement qui se fonderait sur les principes issus des lois sur la protection des renseignements personnels apparaît poser d'importants problèmes de compatibilité avec la liberté d'expression.

Question 9

Pour mettre en oeuvre la décision de la CJUE, Google a mis en place un formulaire permettant à toute personne intéressée de déposer une requête pour déréférencer une information qui la concerne. Sur la base de cette demande, Google doit faire une pesée des intérêts entre l'intérêt privé de la personne à déréférencer son information et l'intérêt public à ce que l'information soit publique. Google ne rend toutefois pas publique la manière dont il traite les requêtes de déréférencement. En particulier, Google n'informe pas le public du nombre de demandes qu'il reçoit, du type de demande, du cercle des personnes concernées, du nombre d'acceptation et de refus et des raisons des refus. Pensez-vous que Google doive améliorer la transparence dans la mise en oeuvre du droit à l'oubli ?

To implement the ECJ ruling, Google has created a form in which anyone interested can submit a request to have information about him-or herself be delisted. Based on this request, Google will weigh between the private interest of the petitioner and the public interest to be informed. Google does not disclose the ways in which it deals with requests. In particular, Google does fully not disclose, the category of requests that are excluded or accepted, the proportion of requests and successful de-listings and, among others, the reason for the denial of delisting. Do you think that Google should be more transparent about the ways it uses to implement the right to be forgotten?

⁵⁴ C.L. c. BCF Avocats d'affaires, 2016 QCCA 114 (CanLII), 14 avril 2016, en ligne : <<http://canlii.ca/t/gr5q0>>.

Dans beaucoup de pays démocratiques, on commencerait par s'étonner qu'un tribunal supposément attaché au respect de l'État de droit ne trouve aucun problème à confier à une entreprise, le soin de décider des conflits entre le droit du public d'accéder à des documents licitement en ligne et les revendications de ceux qui aimeraient mieux que leurs faits publics passés soient rendus introuvables. À cet égard, la question de transparence ne serait pertinente que dans la mesure où l'on trouve conforme à l'État de droit, le fait de confier à une société privée le soin d'arbitrer entre les droits fondamentaux.

Question 10

Est-ce que les citoyens de votre État font usage du formulaire de Google pour mettre en oeuvre le droit à l'oubli sur internet ?

Is the procedure prepared by Google used in your country?

Le droit au déréférencement n'est possible en droit canadien qu'une fois constaté par une instance judiciaire que le document vers lequel pointe l'hyperlien est contraire aux lois.

Question 11

Des réformes sont-elles prévues au niveau législatif pour renforcer ou modifier la protection du droit à l'oubli dans votre droit ?

Is there any upcoming legal reform in your country whose purpose is to reinforce or modify the right to be forgotten?

On considère généralement qu'il y a des priorités plus urgentes au plan de la protection des renseignements personnels que celles qui consiste à censurer l'information du domaine public.

Question 12

Quelle devrait être à votre avis la prochaine étape dans la protection du droit à l'oubli ? Pensez-vous que les États devraient protéger davantage la personnalité des utilisateurs sur

internet ? Pensez-vous que l'Union européenne devrait modifier ou adapter ses normes qui protègent le droit à l'oubli ?

In your opinion, what should be the next step in the protection of the right to be forgotten? Do you think that one must go further and strengthen the right to be forgotten? Do you think that the European Union should modify or adapt its legislation on the right to be forgotten?

Les lois actuelles de protection des données personnelles fondées sur la fiction du « consentement » ne procurent plus les cadres appropriés pour garantir que l'utilisation des données générées par la collectivité se fera dans le respect des droits fondamentaux et des valeurs démocratiques. En Europe, là où la réflexion est parfois plus avancée sur ces questions, on continue d'envisager la régulation des données associées aux personnes comme on le faisant dans le dernier quart du 20^e siècle. Une pareille approche donne une régulation d'autrefois pour encadrer les pratiques du futur.

Faute d'innover sur les mécanismes de régulation, on s'épuise à tenter d'appliquer des lois persistant à postuler que les données relatives à une personne ne peuvent être utilisées que moyennant son consentement et uniquement pour des finalités précises. Cette vision individualiste s'accroche à la fiction d'un « consentement » que les internautes et tous les usagers d'objets connectés donneraient en pleine connaissance de cause. Cette approche produit un résultat déficient: pratiquement la plupart des utilisations des données par les géants du web, même celles qui soulèvent beaucoup d'inquiétudes, sont autorisées. Nous avons tous cliqué le rituel « J'accepte » dès lors que nous avons décidé d'utiliser une application, un site ou un objet de ce monde connecté !

Les lois actuelles sur les données personnelles ne font que gérer l'abandon de nos libertés aux conditions définies par les géants du web. À cet égard, le droit au déréférencement est un mécanisme qui confère à ceux qui en ont les moyens, les capacités de compliquer la vie de ceux qui recherchent une certaine transparence à l'égard des gens de pouvoir comme les professionnels ou les personnalités publiques.

Désormais, les données massives sont essentielles à la création de valeur dans les environnements connectés. Pour l'heure, les lois persistent à imposer que ces masses

d'information ne soient utilisées que pour des « finalités » définies. Avec le droit au déréférencement tel que créé en Europe, on s'enfonce plus profondément dans une vision formaliste fondée sur le « consentement » et l'hypothèses selon laquelle il est encore possible de déterminer les finalités d'une information qui circule dans le cyberspace.

Or, les traitements de données massives procèdent de logiques qui font fi des finalités au nom desquelles elles ont été initialement collectées. Devenues « Big Data », ce ne sont plus des données « appartenant » aux individus. Massivement utilisées, les données sont une ressource commune à tous, comme l'air et l'eau que nous utilisons. Comme l'eau, l'air ou les fréquences radioélectriques, les données sont au cœur de la création de valeur fondée sur l'IA. Leur utilisation doit se concevoir comme un privilège régi par des balises que les États doivent avoir le courage d'imposer et de faire respecter.