Centre
Michel de l'Hospital
EA 4232

La Revue

Dossier "Le droit à l'oubli"

Actes du colloque de Clermont-Ferrand
25 mars 2015

Textes réunis par

Anne-Blandine CAIRE, Professeur de droit privé et de sciences criminelles
et Caroline LANTERO, Maître de conférences en droit public

Numéro 8 - Septembre 2016
La Revue (Centre Michel de l'Hospital) ISSN 2273-872X

École de Droit
UdA | Université d'Auvergne

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

Sommaire

Les Annonces

Le Dossier :
Le droit à l'oubli
Actes du colloque du 25 mars 2015

PROPOS INTRODUCTIFS, *par Anne-Blandine* ***CAIRE***

LE DROIT A L'OUBLI A L'ERE DU NUMERIQUE, *par Lamia* ***EL BADAWI***

LE DROIT A L'OUBLI ET LA GESTION DES DONNEES PERSONNELLES EN MATIERE DE FICHIERS, *par Claire* ***MARLIAC***

LE DROIT A L'OUBLI ET LA GESTION DU PASSE : LE PHENOMENE DE LA LUSTRATION EN EUROPE DE L'EST, *par Marie-Elisabeth* ***BAUDOIN***

LE DROIT A L'OUBLI EN MATIERE D'INFRACTIONS PENALES, *par Evan* ***RASCHEL***

L'ANONYMAT EN DROIT DE LA FILIATION, REFLET D'UN DROIT A L'OUBLI, *par Sandrine* ***TISSEYRE***

Le Commentaire :
LE POINT DE DEPART DE LA PRESCRIPTION BIENNALE EN MATIERE DE CREDIT IMMOBILIER : UN EQUILIBRE RETROUVE, *par Anthony* ***MAYMONT***

Table des matières

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

Mentions légales

La Revue (Centre Michel de l'Hospital)
ISSN 2273-872X

éditeur
Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232
Ecole de droit-Université d'Auvergne
41 boulevard F. Mitterrand
CS 20054
63002 CLERMONT-FERRAND Cedex 1
recherche.cmh@udamail.fr

directeur de la publication
Jean-Baptiste PERRIER, Professeur de droit privé et de sciences criminelles,
Directeur du Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232

réalisation
Audrey VITALIEN-CHARBONNEL, Secrétaire du Centre Michel de l'Hospital

comité de rédaction
Marie-Elisabeth BAUDOIN, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université d'Auvergne
Anne-Blandine CAIRE, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université d'Auvergne
Frédéric CHARILLON, Professeur de science politique à l'Université d'Auvergne
Allison FIORENTINO, Maître de conférences HDR en droit privé et en sciences criminelles à l'Université d'Auvergne
Anne JACQUEMET-GAUCHE, Professeur de droit public à l'Université d'Auvergne
Nicolas LAURENT-BONNE, Professeur d'histoire du droit et des institutions à l'Université d'Auvergne
Vincent MAZEAUD, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université d'Auvergne

parution
n° 8, septembre 2016

Les Annonces

Manifestations scientifiques

http://cmh.u-clermont1.fr/event

- cycle de conférences ***Droit et cohésion : Laïcité et pluralisme religieux***, sous la direction de Florence FABERON, 6 octobre 2016, Ecole de droit-Université d'Auvergne

- cycle de conférences ***Droit et cohésion : Pauvreté et environnement***, sous la direction de Florence FABERON, 17 octobre 2016, Ecole de droit-Université d'Auvergne

- colloque ***Regards croisés sur le formalisme : nouveaux enjeux et nouvelles contraintes***, sous la direction de Nicolas LAURENT-BONNE et Sandrine TISSEYRE, 20 octobre 2016, Univ. de Pau et des Pays de l'Adour, avec le CRAJ Centre de recherche et d'analyse juridiques

- Forum ***Guerre & Politique – Analyser la guerre et la recomposition des liens dans les sociétés***, sous la direction d'Amandine GNANGUENON, 2-5 novembre 2016, Paris, avec le CSFRS Conseil supérieur de la formation et de la recherche stratégiques

- ***Les Doctoriales de Sciences criminelles***, sous la direction d'Audrey DARSONVILLE et J-Baptiste PERRIER, 7-8 novembre 2016, Univ. de Lille 2, avec le CRDP Centre de recherche droits et perspectives du droit

- colloque ***L'organisation du système de santé : pour une efficacité renouvelée***, sous la direction de Florence FABERON et Claire MARLIAC, 14 novembre 2016, Ecole de droit-Université d'Auvergne

- colloque ***Les litiges entre personnes publiques***, sous la direction de Ch-André DUBREUIL, Anne JACQUEMET-GAUCHE et Caroline LANTERO, 17-18 novembre 2016, Ecole de droit-Université d'Auvergne

- journée d'études ***Republicans, Democracy and Power / Les Républicains, la démocratie et le pouvoir***, sous la direction de M-Elisabeth BAUDOIN, MCF HDR en droit public et Marie BOLTON, MCF en histoire et civilisation américaine, 19 novembre 2016, Maison des Sciences de l'Homme de Clermont-Ferrand, avec le CHEC Centre d'Histoire "Espaces et Cultures"

- colloque ***Mater semper certa est : passé présent et avenir d'un adage***, sous la direction de Karen FIORENTINO et Allison FIORENTINO, 24-25 novembre 2016, Université de Bourgogne, avec le CREDESPO Centre de recherche et d'étude en droit et en science politique

- colloque ***La Transsystémie : pour une approche renouvelée de la conception et de l'enseignement du droit***, 12-13 décembre 2016, sous la direction de J-François RIFFARD et Sylwia WYSZOGRODZKA, Maison des Sciences de l'Homme, Clermont-Ferrand, avec McGill University, Montréal-Canada

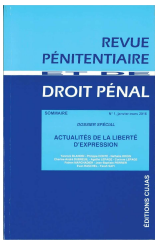
Nouvelles publications

http://cmh.u-clermont1.fr/publication/1/all/0

L'évolution du droit administratif en France et en Russie, sous la direction de Ch-André DUBREUIL
Actes de la conférence internationale de Clermont-Ferrand, 23-24 janvier 2014
PUF, Coll. Thémis/Essais, 2016, 308 p.



Dossier spécial "Actualités de la liberté d'expression", sous la direction d'Evan RASCHEL
Actes du colloque de Clermont-Ferrand, 1er octobre 2015
Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal, *Cujas*, n° 1, 2016



Le Dossier

Le droit à l'oubli

Actes du colloque du 25 mars 2015

sous la direction d'Anne-Blandine CAIRE et Caroline LANTERO

Propos introductifs
Anne-Blandine CAIRE,
Professeur de droit privé et de sciences criminelles
Université d'Auvergne

Le droit à l'oubli à l'ère du numérique
Lamia EL BADAWI,
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Université d'Auvergne

Le droit à l'oubli et la gestion des données personnelles en matière de fichiers
Claire MARLIAC,
Maître de conférences en droit public
Université d'Auvergne

Le droit à l'oubli en matière d'infractions pénales
Evan RASCHEL,
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Université d'Auvergne

L'anonymat en droit de la filiation, reflet d'un droit à l'oubli
Sandrine TISSEYRE,
Professeur de droit privé et de sciences criminelles
Université de Pau et des Pays de l'Adour

PROPOS INTRODUCTIFS

*Anne-Blandine **CAIRE**,*
Professeur de droit privé et de sciences criminelles,
Ecole de droit-Université d'Auvergne, CMH EA 4232

Il faut être en mesure de se souvenir de tout, ou presque, pour revendiquer un véritable droit à l'oubli. En effet, les traces du passé doivent être singulièrement prégnantes et la volonté de les effacer très forte pour requérir la consécration d'un véritable droit à l'oubli.

Mais la mémoire n'a-t-elle pas pour caractéristique d'être imprécise, lacunaire et vouée à l'altération? Comment pourrait-il être nécessaire de juridiciser l'oubli, phénomène *a priori* naturel et inéluctable? Le paradigme processuel, focalisé sur la recherche de preuves aptes à établir la vérité, ne vise-t-il pas au contraire à combattre l'oubli? Si l'instruction pénale révèle l'importance de la préservation des preuves, que dire des mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile qui permettent, *ad futuram memoriam*, de conserver des preuves avant tout procès?

De prime abord, on le voit, l'oubli se situerait plutôt à l'opposé des préoccupations juridiques et judiciaires. Pourtant, la doctrine mentionne souvent le droit à l'oubli, au même titre que d'autres droits.

A vrai dire, l'expression n'est pas nouvelle. La doctrine en attribue la paternité à Gérard Lyon-Caen qui l'aurait utilisée en 1965 dans sa note consacrée à l'action en justice de l'ancienne maîtresse de Landru, Fernande Segret. Celle-ci avait demandé réparation du prétendu préjudice découlant de la sortie du film de Claude Chabrol consacré à son amant[1]. Par la suite, le TGI de Paris utilise directement cette notion en 1983[2]. La juridiction affirme que, « *toute personne qui a été mêlée à des évènements publics peut, le temps passant, revendiquer le droit à l'oubli* ». Elle ajoute que « *le rappel de ces évènements et du rôle qu'elle a pu y jouer est illégitime s'il n'est pas fondé sur les nécessités de l'histoire ou s'il peut être de nature à blesser sa sensibilité* » et que « *ce droit à l'oubli qui s'impose à tous, y compris aux journalistes, doit également profiter à tous, y compris aux condamnés qui ont payé leur dette à la société et tentent de s'y réinsérer* ».

Depuis, l'expression a fait florès chez les juristes comme les profanes. Il faut dire qu'elle possède le charme ambivalent de toute formule alliant à la rigidité du droit le flou d'un processus psychologique. Dans cet ordre d'idées, le droit à l'oubli n'est pas sans rappeler d'autres droits aux dénominations originales et à la juridicité variable comme le droit à l'autodétermination, le droit à l'autonomie personnelle ou encore le droit au bonheur et au bien-être.

Face au succès du droit à l'oubli, se pose alors la question de son existence, de sa nature et de son éventuelle portée. Comment présenter un droit qui semble juridiciser un phénomène naturel souvent considéré comme une défaillance? Ce droit a-t-il une consistance réelle ou est-ce seulement une expression accrocheuse dont l'usage s'est répandu sans qu'elle ait de réel fondement? Résoudre ces interrogations passe nécessairement par un tentative de définition.

[1] TGI Seine, 14 octobre 1965, Mme S. c/ Soc. Rome Paris Film, *JCP*, 1966, I, 14482, n. Lyon-Caen. Confirmé en appel: CA Paris 15 mars 1967.
[2] TGI Paris, 20 avril 1983, M. c/ Filipacchi et Cogedipresse, *JCP*, 1983, II, 20434 ; note R. Lindon.

Au sens large, l'oubli correspond à un « *phénomène complexe, à la fois psychologique et biologique, normal ou pathologique (dans ce cas, relevant de l'amnésie) qui se traduit par la perte progressive ou immédiate, momentanée ou définitive du souvenir* »[3]. Ainsi le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* d'André Lalande présente-t-il l'oubli soit comme « *le fait (normal) de cesser, momentanément ou définitivement, de penser à quelque chose* », soit comme une « *défaillance (anormale) de la mémoire dans le rappel d'un souvenir* »[4]. De ces définitions, on retiendra que l'oubli est un processus mémoriel sur lequel on imagine mal quel impact pourrait avoir le droit. Dans une optique similaire, le Professeur Letteron assimile l'oubli à un phénomène psychologique qui ne concerne pas le juriste. « *Perte d'un souvenir, il ne peut être appréhendé de manière substantielle par le droit pour lequel il restera toujours une fiction*, observe cet auteur. *Si une norme juridique peut imposer le silence, elle ne peut en aucun cas imposer l'oubli* »[5].

La question initiale resurgit alors : pourquoi consacrer un droit à l'oubli si le système juridique est inapte à le réaliser ? En vérité, la réponse se situe précisément dans la définition même du terme d'oubli, lequel semble revêtir, en droit, un sens autonome, c'est-à-dire différent de sa signification courante. Plus précisément, l'oubli juridique ne serait pas vraiment un phénomène mémoriel; il correspondrait aux effets que produit habituellement un tel phénomène, à savoir la mise de côté voire l'effacement de certaines données. Du point de vue réthorique, l'expression de droit à l'oubli est proche de la métonymie: elle ne désigne pas réellement des cas d'oubli mais la situation de celui qui « *obtiendra, par une norme juridique, la disparition définitive de certaines informations la concernant* »[6]. En somme, pour reprendre la formule de Charles-Edouard Sénac, il s'agit du « *droit d'une personne de réclamer la disparition d'informations diffusées ou conservées par un tiers* »[7].

Ce processus langagier est d'ailleurs confirmé par une analyse, même superficielle, de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Brunet contre France* du 18 septembre 2014. En l'espèce, la juridiction strasbourgeoise estime que la conservation de données relatives à des faits de violence conjugales classés sans suite pendant vingt ans dans le fichier STIC (système de traitement des informations constatées) constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne concernée. Or, si le droit à l'oubli n'est pas directement mentionné par la Cour qui préfère évoquer, de façon plus pragmatique, l'effacement des données, la doctrine y a clairement rattaché cette affaire[8].

Dès lors, si l'on considère que l'oubli revient à ne pas diffuser voire à effacer certaines données, un lien se dessine entre le droit à l'oubli et les droits de la personnalité. Cette catégorie de droits, encore relativement récente, assure la protection de la personnalité et concerne donc ce qui touche à l'intimité[9]. Le droit à l'oubli qui permet de ne pas divulguer certaines données et se décline notamment sous la forme d'une droit à l'anonymat ou d'un droit à la confidentialité[10] appartient donc incontestablement à ce type de droits. Mieux encore, il relève du droit au respect de la vie privée et se

[3] Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), « Oubli », http://www.cnrtl.fr/definition/oubli, (22-03-2014).
[4] A. Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 14e éd., PUF, Paris, 1983, « Oubli », pp. 728-729.
[5] R. Letteron, « Le droit à l'oubli », *RDP*, 1996, pp. 385 sq., spéc. p. 386.
[6] *Ibid.*, p. 388.
[7] C.-E. Sénac, « Le droit à l'oubli en droit public », RDP, 1er juillet 2012 n° 4, p. 1156.
[8] J. Gaté, « STIC : la France doit respecter un certain droit à l'oubli dans ses fichiers policiers », *D. Actu.*, 29sept. 2014.
[9] A. Lepage, « Personnalité (Droits de la) », *Rép. dr. civ.* (mise à jour : janvier 2015).
[10] C.-E. Sénac, *loc. cit.*.

trouve protégé par les dispositions qui garantissent ce dernier[11]. Il bénéficie également d'une protection spécifique. On pense notamment à la Convention du 5 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, à la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. On pense également à la Charte de 2010 consacrée à l'oubli numérique.
En définitive, le droit à l'oubli apparaît comme une revendication légitime voire naturelle; le Professeur Kayser le constate d'ailleurs qui dresse le constat suivant: « *L'oubli est une valeur essentielle, il tient à la nature même de l'homme et refuser un droit à l'oubli c'est nourrir l'homme de remords, qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue* »[12].

L'émergence du droit du droit à l'oubli s'est faite progressivement et le rôle de l'oubli en droit n'a rien de nouveau. Plus précisément, certains mécanismes juridiques traditionnels reposent sur l'oubli (**I**), ce qui met en évidence son rôle dans la construction juridique et le maintien de la paix sociale. Néanmoins, le droit à l'oubli, en tant que véritable droit subjectif, mis en valeurs par des polémiques actuelles, est un droit dans l'air du temps (**II**).

I. DES MECANISMES JURIDIQUES TRADITIONNELS FONDES SUR L'OUBLI

Il y a dans l'oubli quelque chose de salvateur, de libérateur, comme la promesse d'une seconde chance et d'un renouveau. Qui, en effet, pourrait vivre sans oublier? Certaines formes d'hypertrophie de la mémoire comme l'hypermnésie peuvent même constituer des pathologies. Dès lors, il n'y a rien d'étonnant à ce que le droit prône parfois l'oubli.

Les figures juridiques de l'oubli sont diverses. La plus flagrante est sans doute la prescription. Véritable principe général du droit qu'on retrouve en droit civil, en droit pénal et en droit administratif, la prescription correspond à la durée au-delà de laquelle une action en justice n'est plus recevable. La doctrine s'interroge sur les raisons d'être de la prescription et un consensus existe autour de l'idée selon laquelle « *la prescription joue un rôle fondamental qui est d'aligner le droit sur le fait quand la discordance entre l'un et l'autre a trop longtemps duré* »[13]. De manière générale, la prescription consiste à oublier certaines réalités. A titre d'exemple, l'usucapion qui permet d'acquérir la propriété immobilière revient à mettre de côté le fait que l'intéressé n'était que possesseur. De même, en matière pénale, le fait de plus pouvoir porter plainte ou de ne plus pouvoir engager de poursuite au-delà d'un certain délai revient en quelque sorte à effacer l'infraction. De manière spécifique, le lien entre prescription et oubli est singulièrement patent si celle-là est extinctive, c'est-à-dire si elle éteint un droit personnel ou réel[14].

Autre figure de l'oubli, la péremption se situe dans la droite ligne de la prescription. Dans un article consacré à la distinction de ces deux notions, le Professeur C. Grimaldi rappelle que « *le délai de péremption est le délai de validité d'un droit substantiel* »[15]. A titre d'exemple, il évoque notamment la

[11] Article 9 du Code civil, article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 8 de la Convention européenne de droits de l'Homme.
[12] P. Kayser, La protection de la vie privée, PUAM, 3e éd., 1995.
[13] M. Brandac, « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *RIDC*, Vol. 46 n° 2, Avril-juin 1994, pp. 359-377, spéc. p. 359.
[14] L'article 2219 du Code civil définit la prescription extinctive comme « *un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ».
[15] C. Grimaldi, « La durée des droits : péremption ou prescription ? Approche empirique », *D.* 2012, pp. 514 sq., n° 2.

personne qui profite d'une garantie personnelle et dispose du droit d'appeler le garant pendant un certain délai au-delà duquel ce droit sera éteint ou, pourrait-on dire, oublié.

On songe également à la déchéance et à la forclusion qui reposent sur des mécanismes comparables à ceux de la prescription et de la préemption et paraissent liées à une forme d'oubli. On pourrait encore citer la désuétude, d'ailleurs évoquée par le Professeur Ost aux côtés de la prescription comme l'une des « *deux formes les plus connues de reflux juridique* »[16]. La désuétude est la situation d'une loi qui, sans avoir été abrogée, n'est plus appliquée. Oubliée mais pas totalement, elle n'a presque plus de vigueur mais devra cependant être appliquée si un plaideur l'invoque. Comme la Cour européenne des droits de l'Homme l'a rappelé dans l'affaire *Norris contre Irlande*, « *même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer à nouveau à tout moment, par exemple à l'occasion d'un changement de politique* »[17]. Certes, l'oubli est à l'œuvre dans la désuétude mais il n'a pas la même force que dans la prescription, la péremption ou d'autres mécanismes voisins.

En définitive, on voit donc que le temps accomplit son œuvre, en droit comme ailleurs. Il passe et éteint les obligations, affaiblit les lois, détruit les preuves, ferme la porte des prétoires. Bref, il passe et apporte l'oubli et, avec lui, une forme d'apaisement[18]. Dans certains cas, il permettra aussi à certains individus de se reconstruire. On pense alors à l'effacement du casier judiciaire qui intervient automatiquement quarante ans après la dernière condamnation. On pense aussi à l'amnistie qui correspond à l'oubli l'oubli d'actes contraventionnels, délictueux ou criminels qui, en principe, devraient engendrer une sanction pénale. Dès lors, on comprend que l'oubli peut être perçu comme une vertu et peut donner naissance à un véritable droit subjectif.

II. L'EMERGENCE D'UN DROIT SUBJECTIF A PART ENTIERE

Et si le droit à l'oubli était un phénomène de mode? Sans aller jusqu'à le présenter comme tel, on admettra qu'il est actuellement en plein essor, certaines affaires médiatisées ayant attiré l'attention sur les perspectives qu'il est susceptible d'offrir.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, une remarque d'ordre sociologique s'impose. Il convient de rappeler que l'hypermnésie est un mal endémique de notre société. Devenue artificielle, la mémoire a désormais acquis des capacités extraordinaires grâce au stockage informatique de données, stockage quasi-illimité et pérenne. Combinée à l'usage débridé d'internet, notamment des réseaux sociaux, ces capacités mémorielles nouvelles réalisent une atteinte permanente à la vie privée des individus. Le droit à l'oubli apparaît alors comme un contrepoids indispensable à cette mémoire démesurée et sans faille.

En définitive, c'est une forme de droit à l'oubli spécifique, à savoir le droit à l'oubli numérique, qui est dans l'air du temps. Bien évidemment, les révélations d'Edward Snowden concernant de la surveillance mondiale d'internet par l'Agence nationale de sécurité américaine (NSA) ne sont pas pour rien dans la médiatisation du droit à l'oubli. Cette affaire a en effet mis en évidence le risque que l'idéologie sécuritaire mondialisée fait peser sur les libertés et la nécessité de concilier respect de la vie privée et sécurité[19].

[16] F. Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999, p. 131.
[17] CEDH, 26 octobre 1978, Norris c/ Irlande, req. n° 8225/78, § 32.
[18] F. Ost, *op. cit.*, p. 123 et p. 135. L'auteur évoque d'ailleurs des formes « d'« *oubli-apaisement* ».
[19] Etude annuelle 2014 du Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française.

Par ailleurs, l'affaire dite « *Google Spain* »[20] du 13 mai 2014, par laquelle la CJUE a obligé Google à respecter le souhait des personnes cherchant à obtenir le dé-référencement de contenu les concernant, a également défrayé la chronique. En l'espèce, un ressortissant espagnol s'est plaint du fait que l'accès à d'anciennes informations le concernant était toujours possible car Google référençait un lien permettant d'accéder à un article de 1998 du quotidien *La Vanguardia* divulguant ces informations. Plus précisément, le journal annonçait la vente aux enchères d'un immeuble à la suite d'une saisie en vue du paiement des dettes de l'intéressé. C'est dans ce contexte que la CJUE s'est vue poser des questions préjudicielles. Elle a alors estimé que l'exploitant d'un moteur de recherche est responsable du traitement de données personnelles au sens de la directive 95/46/CE[21]. En effet, lorsqu'il indexe des données personnelles figurant sur des pages web publiées par des tiers, le moteur de recherche est à l'origine du programme qui trie ces données. Dès lors, la personne concernée peut s'adresser directement au moteur de recherche pour obtenir la suppression de la liste des résultats des liens obtenus en tapant son nom. Autrement dit, la Cour estime qu'un individu peut avoir un intérêt à obtenir l'effacement d'informations le concernant auprès des moteurs de recherche. Depuis lors, Google a mis en ligne des formulaires qui permettent de réclamer la suppression du référencement de pages web et des décisions concernant ce droit à l'oubli ou dé-référencement sont intervenues[22].

On voit donc que le droit à l'oubli, particulièrement dans son volet numérique, n'en est qu'à ses débuts. Dans d'autres domaines le droit à l'oubli est plus classique mais toujours d'actualité. C'est notamment le cas dans le domaine du droit de la filiation. Ainsi le droit au secret dont bénéficie les femme qui accouchent sous X n'est-il rien d'autres qu'un forme de droit à l'oubli. D'une manière générale, la question du secret médical et de la confidentialité est-elle aussi liée à l'oubli. Ainsi le Président Hollande a-t-il signé mardi au siège national de la Ligue contre le cancer un protocole d'accord sur le droit à l'oubli pour les anciens malades souhaitant obtenir un crédit ou souscrire une assurance.

* * *

En définitive, le droit à l'oubli est un droit en pleine émergence. Il n'en reste pas moins un droit évanescent, difficile (pour ne pas dire impossible) à définir. Les difficultés pour le cerner sont d'autant plus importantes qu'oubli et mémoire sont intimement liés au sein d'une dialectique. A titre d'exemple, pour en revenir au droit de la filiation, le droit à l'oubli est donc limité par le droit à la connaissance de ses origines. Plus précisément, l'article 325 du Code civil dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 16 janvier 2009 a supprimé la fin de non-recevoir relative à l'accouchement sous X. Désormais, l'enfant qui retrouverait sa mère et qui n'aurait pas été adopté pourra intenter une action en recherche de maternité jusqu'à ce qu'il ait vingt-huit ans puisque la prescription décennale ne lui est pas opposable pendant sa minorité. En définitive, oubli et mémoire vont de pair ce qui explique qu'on évoque, à côté du droit à l'oubli, le devoir de mémoire.

[20] CJUE, Gr. ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*; D. 2014, p. 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld; D. 2014, p. 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld ; AJDA 2014, p. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; AJCT 2014, p. 502, obs. O. Tambou ; RTD eur. 2014, p. 283, édito. J.-P. Jacqué ; Constitutions 2014, p. 218, chron. D. de Bellescize.

[21] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J. O.* n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031-0050.

[22] TGI de Paris, Ordonnance de référé du 16 septembre 2014, *M. et Mme X et M. Y / Google France*; TGI de Paris, ordonnance de de référé du 19 décembre 2014, *Marie-France M. / Google France et Google Inc.*

LE DROIT A L'OUBLI A L'ERE DU NUMERIQUE

*Lamia **EL BADAWI**,*
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université d'Auvergne, CMH EA 4232

Il est paradoxal à notre époque de parler de « droit à l'oubli » alors que le « devoir de mémoire »[23] devient l'une préoccupation des différents gouvernements qui se succèdent. L'oubli doit être combattu, la mémoire doit être sauvegardée. L'oubli s'oppose en quelque sorte à la mémoire[24]. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1798 le place d'ailleurs, dès sa première phrase, aux côtés de l'ignorance et du mépris des droits de l'homme[25]. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité trouve ainsi son fondement dans le devoir de mémoire.

Dans l'opinion courante, l'oubli est également considéré comme un affaiblissement de la mémoire. Lorsque nous cherchons par exemple un mot ou qu'un nom nous échappe, le constat de l'oubli est un aveu de défaillance intellectuelle.

Pourtant, l'oubli a été considéré avec beaucoup de faveur par de nombreux d'écrivains surtout lorsqu'il s'agit d'oublier et de faire oublier ses propres fautes. Dans ses maximes, La Rochefoucauld affirmait que « *nous oublions aisément nos fautes lorsqu'elles ne sont sues que de nous* »[26].

Cette faculté d'oublier ses fautes ou des événements douloureux est en effet celle qui permet de regarder vers l'avenir. Balzac rappelait en effet que « *la vie ne va pas sans de grands oublis »*[27]. Si la mémoire est indispensable à la conscience, le souvenir étant un instrument de mesure du passé, l'oubli est également une valeur essentielle. Notre mémoire sélective nous permet en effet de ne retenir du passé que ce qui est utile à notre projection dans le futur, en cela la possibilité d'oublier et de faire oublier les personnes informées est un besoin humain presque vital[28]. Or il arrive parfois que ce besoin individuel d'oublier et de se faire oublier s'oppose au droit à l'information du public.

En effet, dans certains cas des faits graves méritent d'être portés à la connaissance du public, car ce sont les intérêts de l'ensemble de la société qui ont été bafoués. Il est bien sûr question des infractions pénales. Avoir été pénalement condamné constitue cependant un frein à la réinsertion sociale et une marque indélébile de défiance de la société, et notamment parce que le passé pénal de l'individu demeure conservé dans le casier judiciaire, véritable mémoire de la justice pénale[29]. Si pour l'individu condamné, le casier judiciaire est en effet une source d'exclusion, il s'agit aussi d'un moyen pour la société de lui rappeler les atteintes qu'elle a subies.

[23] Devoir de mémoire, droit à l'oubli ?, T. Ferenczi (dir.), éd. Complexe, 2002.
[24] C. Costaz, Le droit à l'oubli, Gaz. Pal., 26-27 juillet 1995, p. 2.
[25] R. Letteron, Le droit à l'oubli, RDP, 1996, p. 387.
[26] F. de La Rochefoucauld, Réflexions ou sentences et maximes morales, édition de 1678, GF Flammarion, n° 196.
[27] H. de Balzac, La cousine Bette, Folio classique, chapitre 131, p. 460.
[28] S.- D. Kipman, L'oubli et ses vertus, éd. Albin Michel, 2013, p. 95 et *seq*.
[29] M. Giacopelli, Casier judiciaire, Rép. pén., 2007, n° 51.

L'oubli est ainsi apparu comme indispensable aux mécanismes de la justice pénale. Le droit pénal connaît en effet divers mécanismes qui permettent d'effacer l'infraction[30] ou de ne pas la poursuivre après un certain délai, et ce afin de garantir la paix et la tranquillité publiques.

Les prescriptions de l'action publique et celle de la peine en sont une illustration parmi d'autres. Il s'agit en l'occurrence d'une prescription extinctive, qui, à la différence des prescriptions acquisitives, prive le titulaire d'un droit d'agir lorsqu'il est resté trop longtemps inactif[31].

L'oubli en matière pénale se distingue ainsi du pardon. L'effacement de la faute se réalise de façon objective grâce à l'écoulement du temps[32], alors que le pardon suppose une démarche subjective indépendamment du temps écoulé.

L'oubli en matière pénale est souvent cité comme référence lorsqu'il s'agit d'aborder la question du droit à l'oubli numérique. Il convient pourtant de réaliser une double distinction.

Tout d'abord, le droit à l'oubli, organisé dans un intérêt public doit être distingué du droit à l'oubli protecteur de l'intérêt individuel[33]. Ce droit protecteur de l'intérêt individuel relève probablement de la catégorie de ces nouveaux droits subjectifs[34] qui viendraient s'ajouter à la liste croissante des « droits à... »[35] dont certains manquent de consistance[36]. Il a été pourtant présenté par la doctrine classique des libertés publiques comme une modalité non autonome du droit au respect de la vie privée[37].

Ensuite, une distinction s'impose également selon qu'il s'agit d'oublier ou d'être oublié. La faculté d'oublier des faits anciens ne pourrait être consacrée par un droit subjectif, car sa mise en œuvre suppose un processus interne purement psychologique[38]. En revanche, il peut y avoir un droit à l'oubli si la personne obtient, par une norme juridique, la disparition définitive d'informations la concernant portant sur un événement passé. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une prérogative dont se prévaut son titulaire qui aspire à imposer aux autres un silence définitif sur son passé. En d'autres termes, il s'agit davantage d'un « droit à être oublié par autrui » que d'un « droit à l'oubli ».

Cette notion apparaît pour la première fois sous la plume du professeur Gérard Lyon-Caen commentant en 1965[39] une affaire dans laquelle la maîtresse de Landru, le Barbe-bleue de Gambais, s'opposait à ce que Claude Chabrol rappelle dans un film son ancienne liaison avec le criminel. Dans son commentaire, il invoque le droit à l'oubli comme fondement possible d'une action intentée par cette dernière qui demandait réparation du dommage que lui aurait causé le film litigieux. Le juge a alors évoqué une prescription du silence, pour finalement rejeter sa demande au motif que la requérante avait elle-même

[30] C. Hardouin-Le Goff, L'oubli de l'infraction, Bibl. sc. crim., Tome 44, LGDJ, 2008 ; H. Matsopoulou, L'oubli en droit pénal, *in* Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 771.
[31] C. Courtin, Prescription pénale, Rép. pén., 2008, n° 1.
[32] C. Coquin, Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal, Arch. pol. crim., n° 20, 1998, p. 34.
[33] R. Letteron, Le droit à l'oubli, *op.cit*., p. 389.
[34] A. Lepage, Droit à l'oubli, une jurisprudence tâtonnante, D. 2001, 2079.
[35] D. Cohen, Le droit à..., *in* Mélanges François Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 393 ; M. Pichard, Le droit à - Étude de législation française, Economica, 2006.
[36] A. Marais, Le droit à l'oubli numérique, *in* La communication numérique, un droit, des droits, B. Teyssié (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 64.
[37] R. Letteron, *op.cit*., p. 406.
[38] A. Marais, *op.cit*., p. 64.
[39] Note sous TGI Seine, 14 octobre 1965, JCP, 1966.II.14482.

publié ses mémoires et ne pouvait donc plus invoquer à son profit cette prescription du silence. Autrement dit, il n'est pas possible de prescrire le silence à autrui si on ne se l'impose pas d'abord à soi.

Ce droit à l'oubli a été évoqué par la suite dans certaines décisions sans jamais être véritablement consacré par la Cour de cassation. Dans une décision du 20 avril 1983[40], le tribunal de grande instance de Paris a estimé que « *toute personne qui a été mêlée à des événements publics peut, le temps passant, revendiquer le droit à l'oubli* ». Le juge va encore plus loin puisqu'il considère que « *ce droit à l'oubli s'impose à tous* », sans vraiment en expliquer les contours. Si un tel droit a été sporadiquement évoqué par certaines décisions, la Cour de cassation ne l'a jamais consacré sous cette appellation.

Ce fait peut s'expliquer par l'enjeu relativement limité de cette question. L'écoulement du temps suffisait en effet jusqu'à lors à effacer certains faits de la mémoire humaine.

La situation change radicalement avec le développement de l'internet. L'internet assure en effet une conservation illimitée contrairement au livre ou au journal, dont les tirages ou la diffusion s'épuisent. S'est ainsi substitué à la mémoire éphémère du papier une mémoire illimitée et universelle[41]. Des positions anciennes peuvent refaire surface, ce qui laisse peu de place à l'évolution de la pensée et à l'oubli des erreurs du passé. Il suffit désormais d'un ordinateur et d'une connexion internet pour récolter des données variées concernant un individu lambda.

En outre, on assiste, avec le développement des réseaux sociaux à un phénomène de surexposition de soi qui conduit les individus à rendre publiques des informations personnelles qui pourront être consultées et utilisées à leur insu par des tiers. L'internet rend ainsi possible la constitution de casiers numériques fichant certaines des données les plus intimes d'un individu.

L'aspiration à être oublié est devenue depuis quelques années une revendication des plus pressantes des internautes, surtout avec le développement des moteurs de recherche, et notamment de l'omniprésent Google. Les moteurs de recherche sont certes des outils précieux qui facilitent la navigation sur l'internet, mais ils permettent l'accès aux informations les plus enfouies sur le réseau, ce qui est susceptible d'entraîner des intrusions dans la vie privée des individus. Toutefois, en raison de l'imprécision de cette nouvelle prérogative et la difficulté de sa mise en place technique, le droit à oubli numérique peine à trouver une réelle consécration juridique. L'actualité récente semble pourtant offrir un certain renouveau à l'idée d'un droit à l'oubli numérique. La décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 mai 2014 marque en effet un tournant majeur[42]. Cette décision ne doit toutefois pas faire illusion car elle ne consacre pas un véritable « droit à l'oubli » comme certains l'auraient souhaité.

Il convient ainsi de revenir sur la lente gestation de cette revendication, qui est loin d'être nouvelle, et les réponses qui lui ont été apportées par la législation en vigueur (**I**) et d'analyser sa timide consécration tant par la décision de la CJUE du 13 mai 2014 que par le règlement européen sur la protection des données personnelles récemment adopté (**II**).

[40] TGI Paris, 20 avril 1983, JCP., 1983.II.20434, obs. R. Lindon.
[41] C. Charrière-Bournazel, Propos autour d'Internet : l'histoire et l'oubli, Gaz. Pal., 21 avril 2011, n° 111, p. 6.
[42] CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL et Google Inc., affaire numéro C-131/12 ; D. 2014, n° 25, p. 1476 note V.-L. Benabou et J. Rochfeld et p. 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld ; RTDE, n° 4, 2014, p. 879, note B. Hardy ; RTDE, n° 2, 2014, p. 283, note J.-P. Jacqué ; RLDI, n° 107, 2014, p. 92, note J. Le Clainche et p. 32, note O. Pignatari ; JCP, G, 2014, 1300, note L. Marino ; JCP, G, 2014, 1068, note F. Picod ; JCP, E, 2014, 49, note M. Griguer.

I. LA LENTE GESTATION D'UN DROIT A L'OUBLI NUMERIQUE

Il est vrai que la loi française actuelle ainsi que la législation européenne encore en vigueur ne suffisent pas actuellement à instaurer un réel droit à l'oubli. La revendication de se faire oublier n'est cependant pas totalement absente de ces législations. Il existe en effet actuellement quelques manifestations d'une forme de droit à l'oubli (**A**). Faute de consécration législative, on a vu apparaître cette idée de l'oubli numérique dans des instruments d'autorégulation. Certaines chartes professionnelles concerne en effet explicitement le « droit à l'oubli ». Ces instruments de *soft law* ou droit mou, dont la valeur juridique reste discutable, ont pour ambition de garantir le respect de la vie privée des internautes en leur permettant de mieux maîtriser la publication des données les concernant (**B**).

A. Les manifestations d'une forme de droit à l'oubli dans la législation actuelle

La notion d'oubli n'a pas été ignorée par le droit qui en connaît un certain nombre de manifestations. Le droit à l'oubli partage en effet un domaine commun avec le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 9 du Code civil qui en serait même la matrice[43] (**1**). Il serait également indirectement consacré par la loi du 6 janvier 1978 dite Informatique et Libertés qui protège les données personnelles dont un certain nombre de dispositions peuvent servir de vecteur à la suppression des données issus du passé (**2**).

1°) Le droit au respect de la vie privée : matrice du droit à l'oubli

En vertu de l'article 9 du Code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée. Tous les éléments liés à la vie privée d'une personne (opinions politiques, religieuses philosophiques, orientation sexuelle, etc.) font l'objet d'une protection et ne peuvent être diffusés sur l'internet, comme sur tout autre support, sans l'autorisation de la personne concernée. Les moyens de défense classiques qui s'offrent à une personne victime d'une atteinte à l'un de ses droits de la personnalité se retrouvent ainsi en matière de l'internet.

Sur le fondement des articles 9 du Code civil et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la suppression de l'information relevant de la vie privée mise en ligne peut être ordonnée. Il n'y a en effet aucune raison pour que les contenus mis en ligne échappent à l'application de ces textes.

La décision du tribunal de grande instance de Paris du 6 novembre 2013[44] dans l'affaire *Max Mosley c/ Google France* constitue une illustration intéressante de l'application des dispositions de l'article 9 du Code civil. Dans cette affaire, le demandeur était impliqué dans le scandale dit de l'orgie nazie, un tabloïd britannique avait publié des images extraites d'une vidéo captée à son insu dans un lieu privé le représentant dans des scènes d'intimité sexuelle. Ce dernier a assigné le moteur de recherche afin d'obtenir le retrait définitif de ces clichés.

[43] J. C. Saint-Pau, L'article 9 : matrice des droits de la personnalité, D. 1999, p. 541. V. J. Rochfeld, La vie tracée ou le code civil doit-il protéger la présence numérique des personnes ?, *in* Mélanges J. Hauser, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 619.
[44] TGI Paris, 17e chambre, 6 novembre 2013, *Max Mosley/Google France*, n° 10/07970, RLDI 2013/99, n° 3296, obs. L.C ; L. Marino, Google et la machine à effacer le passé. À propos de l'affaire Max Mosley, JCP, G, 2013, 978.

Dans sa décision, le juge a ordonné à la société Google de retirer et de cesser l'affichage des photos attentatoires à la vie privée du demandeur, et ce pendant cinq ans. Il rappelle que : « *Le droit français prévoit, notamment dans l'article 9 du Code civil, la possibilité pour les juges de prescrire toutes mesures, [...] propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée* ». Il est à noter que l'article 9 distingue les mesures de cessation des mesures préventives, même si dans les faits les deux se complètent lorsqu'il existe une menace de réitération des faits illicites.

Concrètement, les moteurs de recherche n'ont pas l'obligation de désindexer des images sur simple demande d'une personne en l'absence d'une décision judiciaire. Le droit à l'image et au respect de la vie privée doivent en effet être mis en balance avec le droit à la liberté d'expression et d'information.

Le déréférencement spécifique et limité est certes envisageable. Dans cette espèce, le demandeur réclamait pourtant davantage puisqu'il exigeait de la part du moteur de recherche un filtrage général qui permettrait d'empêcher à l'avenir la diffusion des images[45]. Autrement dit, il réclamait une obligation de surveillance de la part du moteur de recherche. Ce « déférencement préventif » consacrerait indubitablement un droit à l'oubli inconditionnel qui n'existe pas dans les textes actuels. Cette sanction s'apparente pourtant à la mise en place d'une « machine à censure » que craint la société Google dont la mise en œuvre pèserait sur un intermédiaire technique sur qui ne pèse pas en principe une obligation de surveillance. Est-elle d'ailleurs proportionnée au but poursuivi qui est la protection de la vie privée ?

La Cour européenne des droits de l'homme, qui s'était déjà prononcée dans cette affaire, avait à ce titre fait prévaloir la liberté d'expression sur la violation de la vie privée en refusant de reconnaître une obligation de notification préalable à la charge de l'éditeur ayant l'intention de publier des informations le concernant. Une telle notification aurait eu, selon le requérant, pour effet de lui permettre de solliciter en amont une injonction provisoire destinée à empêcher la diffusion des informations[46].

Le même raisonnement a été suivi devant le tribunal de grande instance qui a accueilli la demande circonscrite à seulement neuf images précisément identifiées et a donc exclu le principe du filtrage général de toute image déjà publiée ou non. Le juge a cependant assorti sa décision d'une limite temporelle. Il décide en effet de limiter cette mesure d'interdiction au délai cinq ans. Le choix de cette durée n'a pas été expliqué. Les juges ont sans doute estimé qu'il s'agit de la durée nécessaire pour se faire oublier[47]. Le droit à l'oubli apparaît donc en filigrane dans cette décision.

Cette dernière a d'ailleurs été saluée par certains commentateurs comme une consécration plus ou moins explicite du droit à l'oubli[48]. Il est possible d'en douter car cela réduirait le champ d'application de cet éventuel droit au seul domaine des données relevant de la vie privée.

En effet, dans cette décision, l'atteinte à la vie privée était caractérisée et indiscutable, elle n'était d'ailleurs pas contestée. C'est en effet sur le terrain de la sanction que s'est porté le débat. Or, de façon générale, le fondement du droit au respect de la vie privée ne peut être choisi que si la donnée personnelle fait partie de la vie privée et toute donnée personnelle ne relève pas nécessairement de la

[45] L. Marino, *op.cit.*
[46] CEDH, 10 mai 2011, Mosley c/ Royaume-Uni, aff. 48009/08, JCP, G, 2011, 659, obs. G. Gonzalez ; Gaz.Pal. 13 octobre 2011, n° 286, p. 20, note C. Michalski ; D. 2011, p. 1487 ; Légipresse 2011, p. 356, comm. G. Gil.
[47] B. Gleize, Google et l'oubli à durée déterminée, RLDC, 2014, n° 114, p. 74.
[48] R. Letteron, Affaire Mosley : Google découvre le droit français de la vie privée, 14 nov. 2013 : http://libertescheries.blogspot.fr/2013/11/affaire-mosley-google-decouvre-le-droit.html

vie privée. Il en est ainsi des informations relatives aux activités publiques d'une personne ou de ses fonctions représentatives qui sont bien des données personnelles, mais qui ne relèvent pas de la vie privée.

L'intérêt du droit à l'oubli est pourtant d'obtenir par le biais de l'écoulement du temps le retour des informations personnelles publiées, et donc devenues publiques, dans le « giron de la vie privée »[49]. Il s'agit en effet de protéger la vie privée de l'individu en le protégeant contre le rappel d'événements qu'il souhaite oublier et faire oublier. Si l'on doit considérer que la rediffusion d'un fait ancien doit être jugée licite, car la première divulgation l'avait été, on devrait estimer que le droit à l'oubli n'est pas envisageable quelle que soit la situation.

En réalité, on peut se demander si des faits originellement publics ne deviennent pas privés grâce à l'écoulement du temps, ce qui empêcherait les tiers de les exhumer du passé sans le consentement de la personne. Une personne peut-elle imposer le silence aux tiers sur une activité publique qu'elle avait autrefois librement exercée, mais qu'elle juge aujourd'hui déshonorante, en se prévalant de son droit au respect de la vie privée ? Certaines décisions semblent l'admettre[50].

L'article 9 du Code civil peut ainsi servir de fondement au droit à l'oubli numérique. Ce droit pourrait d'ailleurs être considéré comme l'une des composantes de la protection de la vie privée[51]. Sur ce fondement, une personne peut interdire aux tiers de diffuser sur le réseau des faits personnels dont le caractère public avait été reconnu dans le passé. Le retrait de données à caractère personnel autrefois licitement publiées peut être également exigé sur le fondement de la loi Informatique et Libertés qui est désormais un vecteur autonome du droit à l'oubli.

2°) La protection des données à caractère personnel : vecteur du droit à l'oubli

Le droit au respect de la vie privée et la protection des données personnelles n'avaient pas à l'origine vocation à se rencontrer : le premier protégeait la personne dans ses relations avec les particuliers tandis que le second assurait la protection du citoyen contre l'État[52]. La Charte européenne des droits fondamentaux consacre d'ailleurs cette autonomie puisqu'elle reconnaît le droit au respect de la vie privée à son article 7 et le droit à la protection des données à caractère personnel à son article 8.

Avec le développement de l'internet, les protections ont convergé l'une vers l'autre. Le droit à la protection des données personnelles, organisée par la loi du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004, dite Informatique et Libertés[53], sert désormais aussi à protéger la vie privée des internautes contre les pratiques intrusives.

Les personnes concernées par le traitement de données sont l'élément central de cette loi qui a prévu plusieurs droits à leur disposition[54]. Cette dernière avait instauré ce qu'on a pu qualifier de « droit à

[49] C. Caron, À propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée, D. 2003, 1715.
[50] TGI Montpellier, réf., 28 octobre 2010, CCE, 2011, comm. 47, obs. A. Lepage ; TGI Paris, réf., 15 février 2012, CCE, 2012, comm. 2012, comm. 54, obs. A. Lepage.
[51] C. Caron, *op.cit.*
[52] Y. Détraigne et A.-M. Escoffier, Rapport d'information relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques, 2009, Sénat, n° 441, p. 38.
[53] G. Desgens-Pasanau, La protection des données à caractère personnel. La loi « informatique et libertés », LexisNexis, coll. « Carré droit », 2012.
[54] C. Castets-Renard, Droit de l'internet : droit français et européen, 2e éd., Montchrestien, 2012, p. 42 et *seq*.

l'oubli », mais qui est en réalité une obligation de limiter dans le temps la conservation des informations sous forme nominative.

Son article 6 précise en effet que la durée de conservation ne peut excéder la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles les données ont été collectées[55]. En pratique, la durée est déterminée par le responsable du traitement pour le temps nécessaire au traitement. Ce délai, court ou long, ne dépendra que de la finalité du traitement. Pour les moteurs de recherche qui sont amenés à traiter des quantités importantes d'informations sur leurs utilisateurs, notamment à travers l'historique des recherches effectuées et les sites consultés qui peuvent relever des informations concernant la vie privée, la CNIL a estimé que la durée de conservation des données allait de 6 mois à 18 mois. Le G29, le groupe des CNIL européennes, avait recommandé dans un avis de 2008 de réduire la durée de conservation des données personnelles à six mois maximum[56]. La CNIL a d'ailleurs prononcé, le 3 janvier 2014, une sanction pécuniaire à l'égard de Google pour ne pas s'être mis en conformité avec la législation européenne en matière de protection des données[57]. L'un des points litigieux était justement l'absence de fixation de durée de conservation des données.

Autre disposition qui intéresse également le droit à l'oubli : l'article 38 de la loi Informatique et Libertés qui prévoit un droit pour toute personne de s'opposer pour un motif légitime à ce que ses données personnelles fassent l'objet d'un traitement. L'exigence d'un motif légitime (atteinte à la vie privée, à l'honneur, etc.) pour l'exercice de ce droit constitue un obstacle certain à la reconnaissance d'un véritable droit à l'oubli. Cette exigence peut se comprendre lorsque l'opposition au traitement des données à caractère personnel entre en conflit avec un autre intérêt concurrent tel que la recherche scientifique. Elle est en revanche difficilement justifiable en l'absence d'un intérêt concurrent légitime. En pratique, la jurisprudence usant de son pouvoir d'interprétation adopte une conception souple de cette exigence, elle statue généralement en faveur de la demande d'exercice du droit d'opposition[58] même si cette solution n'est pas systématiquement admise. Ce droit d'opposition ne s'applique pas en effet lorsque le traitement répond à une obligation légale.

Le 13 janvier 2015, la CNIL a d'ailleurs émis plusieurs propositions visant à réformer la loi Informatique et Libertés. Parmi les propositions envisagées, la CNIL propose d'introduire pour les mineurs la possibilité de s'opposer aux traitements de données les concernant sans motif légitime. L'exigence d'un « motif légitime » serait donc écartée, ce qui fait que les données concernant une personne mineure constituerait en soi un motif légitime. La CNIL propose ainsi que soit consacrée un véritable droit à l'oubli pour les mineurs ou pour les données qui ont été mises en ligne avant l'âge de la majorité et qui seraient susceptibles de nuire par la suite à leur réputation[59]. Prenant en compte les préoccupations de la CNIL, le projet de loi pour une République numérique prévoit d'intégrer à l'article 40 de la loi Informatique et Libertés une disposition consacrant le droit d'obtenir l'effacement, dans les meilleurs délais et sans motif particulier, des données personnelles collectées lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte[60]. Cette disposition consacrerait ainsi un véritable droit à

[55] R. Perray, Conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel, J.-Cl. Communication, Fasc. 4715, 2014, n° 42.
[56] Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche.
[57] CNIL, Délibération de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc., n° 2013-420, 3 janvier 2014 ; JCP, G, 2014, 211, obs. E. Derieux.
[58] Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 03-86.604 : « *En matière politique, philosophique ou religieuse, l'exercice de l'opposition suffit à en établir la légitimité* » ; Dr. pén. 2005, comm. 18, obs. M. Véron ; Gaz.Pal., 9 avril 2005, n° 99, p. 38, note A. C.
[59] Propositions de la CNIL sur les évolutions de la loi informatique et libertés dans le cadre du projet de loi numérique, 13 janvier 2015, p. 3.
[60] Projet de loi pour une République numérique adopté le 26 janvier 2016 par l'Assemblée nationale, article 32.

l'effacement pour le mineur qui aurait mis en ligne des données à caractère personnel devenues préjudiciables à l'âge adulte[61].

Au-delà de cette situation particulière, le droit d'opposition de l'article 38, lorsqu'il n'est pas exercé lors de la collecte des données, peut jouer ultérieurement, en demandant notamment la rectification et la suppression des données conservées. La Charte des droits fondamentaux fait référence à ce droit dans son article 8 qui ne vise toutefois que le droit d'accès et de rectification et non le droit de la suppression des données.

L'article 40 de loi Informatique et Libertés prévoit, quant à lui, que toute personne physique peut exiger du responsable d'un traitement que ses données soient « *rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées* ». Ces données doivent être inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou être de celles dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite.

Concrètement, la loi Informatique et Libertés prévoit ainsi un droit d'opposition lorsqu'il existe un motif légitime et un droit de rectification et de suppression pour certaines données[62]. Elle ne prévoit aucun droit inconditionnel et permanent à la suppression des données. Il est d'ailleurs difficile de dessiner les contours du droit à l'oubli, notamment dans sa déclinaison numérique, dans la mesure où ses défenseurs n'ont pas expliqué ce qu'il désigne concrètement. Pour certains, ce droit serait une « chimère » qui ne constitue pas un nouveau droit subjectif[63]. Sa revendication révèle toutefois un besoin de maîtrise des informations personnelles de la part des utilisateurs de l'internet, besoin qui n'est pas suffisamment assuré par les limites restrictives des textes actuels[64].

En l'absence de consécration légale, certains instruments d'autorégulation ont tenté de mettre en place une forme de droit à l'oubli numérique.

B. Le droit à l'oubli dans des instruments d'autorégulation

Le droit souple[65] intervient sous différentes formes dans la vie des entreprises qu'il soit produit par les entreprises elles-mêmes ou par des organisations professionnelles. C'est en cela le propre du droit souple que de laisser aux acteurs la possibilité de produire des normes de manière unilatérale. Ce droit produit par les acteurs eux-mêmes a pu être qualifié de « droit spontané »[66], voire négocié pour le distinguer du « droit dur ». Le mode d'élaboration et le langage utilisé par le droit souple peut parfois donner l'illusion d'être en présence de véritables règles de droit, mais ce n'est qu'une illusion[67]. Le droit souple peut en effet être défini comme l'ensemble des instruments qui ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion et sans créer par eux-mêmes des droits ou des obligations pour ces derniers[68].

[61] L. Maisnier-Boché, Projet de loi « pour une République numérique » : quels impacts sur la protection des données personnelles ?, RLDI, 2016, n° 122, p. 36.
[62] C. Strugala, La protection de la personnalité à l'épreuve du numérique, RLDI, 2010, n° 66, p. 51.
[63] J.-M. Bruguière, Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier, D. 2014, 299, n° 6.
[64] L. Cytermann, La loi Informatique et libertés est-elle dépassée ?, RFDA 2015, p. 99.
[65] Conseil d'État, Le droit souple, Étude annuelle 2013, Doc.Fr., 2013, p. 40.
[66] P. Deumier, Le droit spontané, Economica, 2002.
[67] Voir par exemple : F. Osman, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : Réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, RTDciv. 1995, p. 528.
[68] Conseil d'État, Le droit souple, *op.cit.*, p. 31.

Les évolutions technologiques ont été un domaine de prédilection de la multiplication des instruments de droit souple, peut-être parce qu'il est plus aisé de les faire évoluer et permettent d'ouvrir la voie à l'adoption de règles contraignantes. La production de ce droit souple s'est accompagnée d'une réflexion sur les méthodes de sa production. Plusieurs approches sont en effet envisageables. L'une de ces approches consiste à laisser aux acteurs économiques le soin de s'autoréguler en produisant leurs propres normes à travers l'adoption de codes de bonne conduite ou chartes éthiques, de labels commerciaux, etc. D'autres méthodes ont été envisagées comme celle de la corégulation visant à instaurer un dialogue entre les pouvoirs publics et les acteurs privés[69]. Cette coopération est cependant difficilement envisageable sans une définition claire des objectifs recherchés.

Ces instruments de droit mou ont été souvent encouragés au niveau national et européen, mais ils n'auraient pas bénéficié d'un tel engouement s'ils ne présentaient aucune utilité. Ils peuvent en effet préparer le terrain à l'adoption de règles contraignantes et être ainsi considérés comme des outils d'expérimentation. Ils peuvent aussi inviter les acteurs privés à aller au-delà de leurs obligations juridiques au sens strict[70]. Les défenseurs de l'autorégulation mettent d'ailleurs souvent l'accent sur la libre adhésion des acteurs économiques aux règles qu'ils ont eux-mêmes définies et qui font appel à leur esprit de responsabilité[71]. Si le recours aux instruments d'autorégulation peut accompagner les évolutions technologiques, la question de l'effectivité de ces instruments soulève un certain nombre de difficultés, car ils ne disposent pas d'un caractère contraignant. Ces instruments peuvent certes présenter une certaine utilité mais cela suppose qu'ils parviennent à susciter l'adhésion de leur destinataire et à modifier sans réelle contrainte leur comportement. L'expérience française de la consécration d'un droit à l'oubli numérique dans de tels instruments a été, à ce titre, peu convaincante.

C'est, par exemple, le cas de la charte « Réseaux sociaux, internet, vie privée et recrutement » signée le 12 novembre 2009 par des cabinets de recrutement. Ces derniers se sont notamment engagés à ne pas utiliser les moteurs de recherche et les réseaux sociaux afin d'enquêter sur leur futur salarié et à privilégier l'utilisation des réseaux sociaux professionnels et non personnels. Aucune sanction n'est prévue en cas de non respect de ces engagements, il n'existe donc aucun moyen d'en assurer l'effectivité. L'entreprise non respectueuse de la charte à laquelle elle a adhéré s'expose toutefois à la désapprobation de ses concurrents et de ses partenaires. La sauvegarde de sa réputation peut parfois être une raison suffisante à son respect, mais encore faut-il qu'elle accepte d'adhérer à ces instruments.

L'engouement pour ces chartes a conduit à l'adoption, après une consultation publique, d'une autre charte signée, le 13 octobre 2010, sous l'égide du secrétaire d'État en charge du numérique portant explicitement sur le « droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche »[72].

La charte affiche des objectifs louables puisqu'elle prétend avoir pour ambition de « *permettre à l'internaute de garder la maîtrise des données personnelles qu'il a publiées sur internet* » et par là même « *de mieux garantir le respect de la vie privée pour les internautes en leur permettant d'exercer simplement un meilleur contrôle sur les données qu'ils ont publiées* ».

Elle ne constitue pourtant rien d'autre qu'une déclaration d'intention fixant des objectifs assez vagues à ses signataires. Ces derniers s'engageaient par exemple à améliorer la transparence de l'exploitation des

[69] C. Paul, Du droit et des libertés sur l'internet - La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale, Doc.Fr., 2000, p. 17.
[70] Conseil d'Etat, *op.cit.*, p.99.
[71] *Ibidem*, p. 102.
[72] C.Thiérache, Le droit à l'oubli numérique : un essai qui reste à transformer, RLDI, 2011, n° 67, p. 6.

données publiées par l'utilisateur et à mettre en place des outils de réclamation. Les engagements adoptés laissaient une fois de plus une totale liberté aux signataires de sorte que l'on peut encore une fois s'interroger sur l'effectivité de ce texte. L'absence de caractère contraignant n'a pourtant pas suffi à susciter l'adhésion de tous les acteurs du réseau, et surtout de deux principaux acteurs : Google et Facebook.

L'effectivité réelle de ces instruments d'autorégulation est ainsi discutable, car ils n'ont pas véritablement de portée juridique contraignante. En l'absence d'une réelle volonté d'adhésion de la part du destinataire de ces instruments, il semble difficile de lui imposer de manière contraignante le respect de certains comportements. À ce titre, Google avait d'ailleurs ironiquement justifié son absence en évoquant la liberté d'expression[73].

La Cour de justice de l'Union européenne est pourtant parvenue à vaincre la résistance du géant américain Google en lui faisant accepter la mise en œuvre de ce que beaucoup ont appelé un peu rapidement un « droit à l'oubli numérique ».

II. LA TIMIDE CONSECRATION D'UN DROIT A L'OUBLI NUMERIQUE

L'arrêt du 13 mai 2014[74] marque une étape majeure dans la reconnaissance d'un droit à l'oubli numérique, mais sa portée reste limitée puisqu'il consacre avant tout un droit conditionnel au déréférencement (**A**). Cela signifie que les informations litigieuses ne disparaîtront pas de la toile mais deviendront difficilement accessibles sauf si l'on se montre très curieux et persévérant. Une forme plus complète du droit à l'oubli pourrait être consacrée grâce au règlement général sur la protection des données[75] qui a été finalement adopté le 14 avril 2016 après quatre années de négociation (**B**).

A. La consécration d'un droit conditionnel au déréférencement par la Cour de Justice de l'Union européenne

La personne à l'origine de cette évolution cherchait paradoxalement à faire oublier certains événements de sa vie, sa démarche a pourtant eu l'effet inverse puisque la décision rendue par la Cour de justice leur assure une plus large publicité.

En 2010, un citoyen de nationalité espagnole, a en effet introduit auprès de l'Agence espagnole de protection des données, (AEPD) une réclamation à l'encontre d'un éditeur d'un quotidien largement diffusé en Espagne, ainsi qu'à l'encontre de *Google Spain* et de *Google Inc*. Il faisait valoir que, lorsqu'un internaute introduisait son nom dans le moteur de recherche Google, la liste de résultats affichait des liens vers deux pages du quotidien, datées de janvier et mars 1998. Ces pages annonçaient notamment une vente aux enchères immobilière organisée à la suite d'une saisie destinée à recouvrer ses dettes de sécurité sociale. Aussi, il demandait, d'une part, qu'il soit ordonné à l'éditeur du quotidien soit de supprimer ou de modifier les pages en cause afin que ses données personnelles n'y apparaissent plus. D'autre part, qu'il soit ordonné à *Google Spain* ou à *Google Inc.* de supprimer ou d'occulter ses données personnelles afin qu'elles disparaissent des résultats de recherche et des liens du quotidien.

[73] « Droit à l'oubli » sur Internet : une charte signée sans Google ni Facebook, Le Monde, 13 octobre 2010.
[74] CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL et Google Inc., précité.
[75] GDPR pour General Data Protection Regulation.

À l'appui de sa requête, il affirmait que la saisie dont il avait fait l'objet avait été entièrement réglée depuis plusieurs années et que la mention de celle-ci était désormais dépourvue de toute pertinence. L'Agence espagnole de protection des données a rejeté la réclamation dirigée contre le quotidien, estimant que l'éditeur avait légalement publié les informations en cause. En revanche, elle a accueilli sa demande à l'encontre de *Google Spain* et *Google Inc* en demandant à ces deux sociétés de prendre les mesures nécessaires pour retirer les données de leur index et pour en rendre l'accès impossible à l'avenir. La société Google a attaqué la décision ainsi que le demandeur devant la Haute juridiction espagnole. Cette dernière mesurant les enjeux en présence a posé plusieurs questions préjudicielles à la CJUE pour interprétation de la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données[76] applicable à la cause ainsi que les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Les premières questions posées à la Cour étaient de savoir si le moteur de recherche procède à un traitement de données[77] et s'il en est un responsable[78] au sens de la législation actuelle.

Au sujet du champ d'application matériel de la directive, la CJUE constate que les données présentées dans les résultats de *Google Search* peuvent permettre l'identification d'une personne physique et ont donc un caractère personnel. La Cour précise dès lors que l'exploitant du moteur de recherche extrait, enregistre, organise, conserve, le cas échéant communique et met à disposition de ses utilisateurs des données personnelles[79]. Elle conclut logiquement que ces opérations caractérisent « *de manière explicite et inconditionnelle* » un traitement de données à caractère personnel.

L'existence d'un traitement étant établie restait encore à déterminer qui en est le responsable. La CJUE relève à ce titre que c'est bien l'exploitant du moteur de recherche qui détermine les moyens et les finalités de son activité[80]. Elle observe également que le traitement réalisé par l'exploitant s'ajoute et se distingue de ceux réalisés par les éditeurs de sites. Le moteur de recherche rend en effet certaines informations « accessibles » aux internautes qui n'auraient pas trouvé la page web sans lui. Et l'interconnexion des diverses données disponibles permet de plus l'établissement d'un « profil » de la personne. Ce faisant, elle balaye l'argument selon lequel le moteur se borne à indexer des contenus sans pouvoir exercer une réelle maîtrise. Bien au contraire, aux yeux de la Cour, il effectue un traitement de données à caractère personnel qui doit respecter les exigences de la directive à partir du moment où celui-ci relève de son champ d'application territorial.

La Cour répond donc positivement à ces premières interrogations, ce qui laisse entrevoir une troisième question : l'exploitant du moteur de recherche est-il tenu de mettre en place un droit à l'oubli ? La question posée était en réalité de savoir si l'article 12 de la directive du 24 octobre 1995 qui prévoit

[76] JOCE, n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.
[77] La directive du 24 octobre 1995 définit à son article 2 b) le traitement comme étant : « *toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* ».
[78] L'article 2 d) de la même directive définit le responsable du traitement comme étant : « *la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel; lorsque les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par des dispositions législatives ou réglementaires nationales ou communautaires, le responsable du traitement ou les critères spécifiques pour le désigner peuvent être fixés par le droit national ou communautaire* ».
[79] Pt 28.
[80] Pts 33-36.

des droits de rectification, d'effacement, de verrouillage et l'article 14 qui prévoit un droit d'opposition au traitement de données dans certains cas, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données, ou pour des raisons prépondérantes et légitimes, permettent aux personnes de s'adresser directement aux exploitants des moteurs de recherche pour demander l'effacement de données les concernant.

La Cour répond ici encore par l'affirmative, au terme d'un raisonnement conciliant les droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles avec la liberté d'expression et d'information.

Elle constate que l'existence d'un lien sur Google donne à une information une portée universelle. En obtenant toutes les informations sur une personne par une recherche sur son nom, cela constitue une ingérence considérable dans la vie privée dès lors que ledit traitement permet à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne disponibles sur l'internet. Dans ces conditions, l'intérêt économique de l'activité de Google ne peut prévaloir sur la protection de la vie privée[81]. En revanche, il doit être établi un équilibre entre la protection de la vie privée et le droit à l'information, qui comporte la liberté de recevoir ou de communiquer des informations.

L'intéressé peut dès lors obtenir la suppression d'informations relatives à sa vie privée, même lorsqu'elles restent disponibles sur le site d'origine, dès lors qu'elles paraissent au regard du traitement effectué par Google « *inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé* »[82].

Ce droit ne présuppose pas en tant que tel l'existence d'un préjudice. L'équilibre est réalisé au détriment de la liberté d'entreprendre.

En ce qui concerne la liberté d'information, il convient de concilier le respect de la vie privée avec l'intérêt prépondérant du public, ce qui peut impliquer le maintien d'une information dans des cas spécifiques, notamment lorsque la personne concernée a ou a eu une activité publique[83]. Le juge communautaire apporte donc une limite à l'exercice du droit à l'oubli numérique, car dans certains cas, la balance pourrait pencher en faveur de la liberté d'information.

Ce faisant, c'est aux exploitants de moteurs de recherche d'apprécier chacune des demandes de désindexation qui leur seront adressées. L'efficacité d'un tel dispositif est discutable dans la mesure où le contenu n'est lui-même pas supprimé à la source et qu'il peut toujours être consulté par les internautes indélicats.

Par ailleurs, un opérateur privé est-il habilité à opérer une telle balance ? Sur ce point, la décision n'est pas à l'abri de la critique[84]. En effet, on peut regretter le fait de confier aux moteurs de recherche la tâche d'analyser le bien-fondé des demandes de déréférencement. En laissant à un acteur privé le soin d'apprécier le caractère acceptable de l'information, un risque de dérive arbitraire est à craindre.

[81] Pts 80-81.
[82] Pt 93.
[83] Pt 97.
[84] A. Debet, Google Spain : Droit à l'oubli ou oubli du droit ?, Com. com. élec., juillet 2014, étude 13, p. 23.

Une autre zone d'ombre plane sur le critère d'exclusion du droit à l'oubli, à savoir « *l'intérêt prépondérant du public* » à avoir accès à l'information, et ce même si la Cour précise ce à quoi peut renvoyer cette notion en citant l'exemple d'une personne jouant un rôle dans la vie publique. L'emploi de l'adverbe « notamment » laisse néanmoins entrevoir d'autres hypothèses susceptibles d'être considérées comme relevant d'un intérêt public prépondérant. Mais une question demeure. Que recouvre le « *rôle joué par cette personne dans la vie publique* » ? Le critère demeure flou et, donc, d'application délicate[85]. Le doute est encore plus grand s'agissant de l'application qu'en feront les moteurs de recherche lorsqu'ils répondront aux demandes d'effacement formées par les internautes mécontents.

Dès le 29 mai 2014, Google s'est pourtant plié à cette décision en proposant un formulaire en ligne afin de recueillir les demandes de suppression de résultats de recherche. La demande doit identifier le requérant et l'adresse (URL) des liens à supprimer, et indiquer en quoi le lien vers des informations personnelles est « non pertinent, obsolète ou inapproprié » (ces termes renvoyant à l'arrêt Google). Dans son rapport « Transparence des informations » actualisé au 25 avril 2016, Google indique avoir reçu 294 046 demandes de déréférencement à partir des pays européens. C'est en France que le plus grand nombre de demandes a été introduit (89 971), suivie par l'Allemagne (72 267) et le Royaume-Uni (51 641). Environ la moitié des demandes formulées reçoivent une réponse favorable.

L'impact pratique de la décision du 13 mai 2014 n'est ainsi pas négligeable et révèle une véritable attente de la part des utilisateurs de l'internet. Cette procédure ne doit toutefois pas faire illusion, car il ne s'agit pas d'un droit inconditionnel, et ce d'autant plus que le traitement des demandes est effectué par Google lui-même qui appréciera s'il convient de désindexer ou pas les pages web litigieuses même s'il doit respecter les lignes directrices tracées par la CJUE.

Afin de limiter le risque d'arbitraire, les autorités de protection européennes du groupe de l'article 29 dit « G29 » ont défini, le 26 novembre 2014, des lignes directrices d'interprétation de l'arrêt de la CJUE[86]. Elles préconisent notamment d'extension du déréférencement à toutes les extensions pertinentes, y compris le « .com » et non sa limitation aux extensions européennes afin de garantir de manière satisfaisante le droit des personnes[87].

Elles dressent également une liste de 13 critères à prendre en compte afin de déterminer si un contenu doit ou non être déréférencé[88], ce qui permettra d'éviter à Google de nouvelles condamnations qui ne se sont pas, d'ailleurs, faites attendre. Les premières applications de la décision de la CJUE commencent

[85] L. Marino, Un « droit à l'oubli » numérique consacré par la CJUE, JCP, G, 2014, 768.
[86] E. Geffray, Droit au déréférencement : les CNIL européennes publient leurs lignes directrices, Légipresse, n° 324, 2015, p. 124.
[87] La Cnil a d'ailleurs mis en demeure la société Google de procéder aux déréférencements sur toutes les extensions du moteur de recherche, y compris les extensions non européennes (Décision n° 2015-047 du 21 mai 2015 mettant en demeure la société Google Inc.). Cette dernière conteste cette interprétation en arguant qu'une autorité nationale de protection des données n'est pas compétente pour contrôler les informations accessibles à travers le monde. Le moteur de recherche a finalement consenti au début de l'année 2016 à appliquer le droit au déréférencement en fonction de l'adresse IP des internautes. Autrement dit, une personne située dans le pays du demandeur ne pourra pas accéder à un contenu déréférencé, peu importe le nom de domaine qu'elle utilise, que ce soit Google.fr ou Google.com. Inflexible, la CNIL a infligé, le 10 mars 2016, une amende de 100 000 euros à Google estimant que la solution consistant à faire varier le respect des droits des personnes en fonction de l'origine géographique de ceux qui consultent le traitement ne permet pas aux personnes de bénéficier du plein effet de leur droit au déréférencement (Délibération de la formation restreinte n° 2016-054 du 10 mars 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc.). En effet, il demeure toujours techniquement possible pour des relations personnelles ou professionnelles vivant en dehors de l'Europe, voire en Europe, d'accéder au contenu pouvant porter atteinte à la vie privée. Par conséquent, pour que le droit au déréférencement des personnes résidant en France soit efficacement respecté, conformément à la décision de la CJUE, il doit être exercé sur l'ensemble de ce traitement, et donc sur toutes les extensions du moteur de recherche.
[88] CNIL, Droit au déréférencement. Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, 28 novembre 2014.

à se multiplier. Citons à ce titre deux ordonnances de référé du tribunal de grande instance de Paris des 24 novembre 2014 et 19 décembre 2014[89], dans lesquels Google a été condamné à désindexer des liens litigieux après avoir essayé de concilier le droit au respect de la vie privée avec le droit d'information du public. Toutefois, dans une ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris du 23 mars 2015, une demande de suppression et de désindexation d'un article paru en ligne sur le site internet d'un quotidien a été rejetée au nom de la liberté d'information et en l'absence d'abus de la liberté de la presse. En se prononçant en ce sens, il prend le contrepied de sa décision du 19 décembre 2014 en faisant primer la liberté d'information sur le droit à l'oubli. En réalité, dans cette décision, le tribunal a d'abord cherché à établir un juste équilibre entre les libertés d'expression et d'information, et la protection de la vie privée et des données personnelles rappelant ainsi que le droit à l'oubli reste conditionnée par les circonstances propres à chaque espèce[90].

Ce raisonnement a été celui de la CJUE qui a en effet tenté de rétablir l'équilibre qui existait entre le droit à la protection de la vie privée et la liberté d'information qui prévalait avant l'arrivée des moteurs de recherche. Même si la revendication à être oublié n'a pas totalement abouti à la reconnaissance d'un droit à l'oubli numérique inconditionnel, l'impact de la décision de la CJUE du 13 mai 2014 sera très certainement considérable surtout au regard du nouveau règlement sur la protection des données qui consacre, de son côté, un timide droit à l'effacement.

B. La consécration incertaine du droit à l'oubli dans le règlement général sur la protection des données

Actuellement, la protection des données à caractère personnel au sein de l'Union européenne relève de la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Ce cadre juridique a été élaboré alors que l'utilisation d'internet n'en était qu'à ses balbutiements. Or, depuis lors, les technologies, mais également les comportements des utilisateurs ont considérablement évolué.

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la protection des données personnelles a été consacrée comme un droit autonome. En effet, le traité donne force juridique contraignante à la charte européenne des droits fondamentaux, dont l'article 8 dispose que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ». L'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacre lui aussi ce droit, et prévoit qu'il appartient au Parlement européen et au Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, d'adopter les règles relatives à la protection des personnes à l'égard du traitement de leurs données personnelles et à leur libre circulation.

C'est pour prendre en compte cette évolution que la Commission européenne a présenté deux textes le 25 janvier 2012 : une proposition de règlement général sur la protection des données[91] et une

[89] TGI Paris (ord. réf.), 24 novembre 2014 et 19 décembre 2014, Marie-France M. / Google France et Google Inc, disponible sur le site www.legalis.net

[90] TGI Paris, réf., 23 mars 2015, M P.c./Sté 20 Minutes France, Comm. com. électr., 2015, n° 5, p. 40, obs. A. Debet ; RLDI, 2015, 114, obs. L. Costes.

[91] Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). Les négociations ont pris fin le 15 décembre 2015, le projet a été voté en Commission LIBE le 17 décembre et le texte final du règlement a été voté le 14 avril 2016 mais non encore publié au journal officiel. L'analyse de la présente étude est basée sur la version de décembre 2015. Le texte est disponible à l'adresse : http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5419-2016-INIT/fr/pdf

proposition de directive spécifique aux données policières et judiciaires. Le texte proposé par la Commission européenne est ambitieux. Il l'est dans sa forme, puisque qu'il s'agit d'un règlement et non plus d'une directive, qui sera donc d'application directe et ne nécessitera pas de transposition, permettant ainsi une réelle harmonisation des droits nationaux. Les divergences de point de vue entre les États et la complexité de certaines questions techniques ont cependant considérablement retardé son adoption.

Les révélations d'Edward Snowden sur le programme PRISM semblent toutefois avoir donné un nouvel élan aux négociations ayant permis son adoption le 14 avril 2016.

Le règlement prévoit de renforcer les droits des individus et de créer de nouveaux droits[92], dont un droit prévu à son article 17 baptisé « droit à l'effacement » et qui se nomme aussi « droit à l'oubli numérique ». Selon son première paragraphe, la personne concernée pourra solliciter du responsable du traitement l'effacement, dans les meilleurs délais, des données à caractère personnel la concernant pour l'un des six motifs énumérés par cet article : données qui ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées, révocation du consentement, exercice du droit d'opposition, traitement illicite, données à caractère personnel devant être effacées pour respecter une obligation légale ou ayant été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information.

Le second paragraphe de l'article 17 prévoit que le responsable du traitement doit, lorsque les données ont été rendues publiques, prendre des mesures raisonnables pour informer les autres responsables auxquels les données ont été communiquées, que leur effacement a été demandé par la personne concernée par ces données. Ces mesures raisonnables, laissées à l'appréciation du responsable du traitement, dépendront des technologies disponibles et des coûts de mise en œuvre. La rédaction imprécise de cette disposition ouvre la voie à divers abus de la part du responsable du traitement qui pourraient ainsi retarder, voire bloquer la transmission de l'information à d'autres responsables.

Le caractère incertain de ce nouveau droit se confirme à la lecture du troisième paragraphe qui prévoit des exceptions aux deux premiers paragraphes, permettant de ne pas accéder à la demande de la personne concernée si le traitement est nécessaire : à la liberté d'expression et d'information ; au respect une obligation légale ou à l'exécution une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique ; pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique ; à des fins d'archivage et à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice.

Cet article a connu une spectaculaire évolution. En effet, dans la version de 2012[93], le texte prévoyait que le responsable du traitement devait procéder à l'effacement des données mais également à la cessation de leur diffusion. Cette disposition ayant disparu, il est dès lors possible pour un responsable du traitement de transmettre ces données à un tiers avant de les supprimer, ce qui affaiblit considérablement l'intérêt de ce nouveau droit. Rien n'interdit par ailleurs qu'il récupère ces données dans la mesure où, dans la version de 2015, le paragraphe 8 de l'article 17 a disparu. Ce dernier prévoyait en cas d'effacement, l'obligation pour le responsable du traitement de ne plus procéder à

[92] M. Lemperière, Données personnelles : les dernières évolutions du règlement communautaire, janvier 2014, n° 387, p. 14 ; N. Martial-Braz, J. Rochfeld, E. Gattone, Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ?, D. 2013, 2788, n° 15.
[93] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final.

aucun autre traitement de ces données à caractère personnel. Il y a donc là un net recul par rapport aux ambitions du texte initial.

Concrètement, à l'heure actuelle, l'article 17 prévoit la possibilité de demander au responsable du traitement d'effacer ces données seulement si l'un des motifs prévus par le celui-ci peut être invoqué. Il va sans dire que ce texte ne révolutionne pas la législation actuelle qui permet déjà de s'opposer à un traitement et de faire supprimer des données lorsque le traitement est illicite ou réalisé sans le consentement de l'intéressé.

Par ailleurs, limiter le droit à l'oubli à une demande d'effacement des données semble très réducteur et ne tient pas compte des attentes des personnes concernées. C'est en effet la diffusion d'une information en dehors de la volonté de l'individu concerné qui se trouve au cœur de la problématique du droit à l'oubli plus que son effacement. Il est certain que sa non-diffusion sera une conséquence logique de l'effacement des données, il reste qu'une telle approche ne permet pas vraiment de saisir les contours de ce nouveau droit et de comprendre son apport par rapport aux droits existants. Il participe tout au plus à renforcer la maîtrise de ses données par la personne allant dans le sens d'un droit à l'autodétermination informationnelle qui vise à « *garantir la capacité de l'individu à décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel* »[94]. Sans exiger la reconnaissance d'un nouveau droit dont le contenu serait incertain, le droit à l'autodétermination informationnelle pourrait servir de principe directeur afin d'interpréter les droits existants et les mettre en œuvre afin de garantir une véritable protection des données personnelles. C'est semble-t-il l'option choisie par le projet de loi pour une République numérique qui prévoit à son article 26 d'insérer une disposition dans la loi Informatique et Libertés reconnaissant à toute personne le droit « *de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant..*»[95]. Cette consécration serait une réponse à la perte de maîtrise par les individus de leurs données sans aller jusqu'à leur reconnaître un véritable droit de propriété sur celles-ci. Il ne s'agirait donc plus simplement de protéger le droit au respect de la vie privée, mais d'affirmer la primauté de la personne qui doit pouvoir exercer sa liberté[96]. Si le droit à la protection des données peut-être actuellement perçu comme un concept défensif, le droit à l'autodétermination devrait en revanche lui conférer un contenu positif.

L'objectif semble louable, mais il est cependant certain que la seule affirmation de cette prérogative ne permet pas de la rendre effective sans que ne soit menée une réflexion globale sur les différents instruments de protection des données à caractère personnel afin qu'ils tendent vers cet objectif. Il conviendrait également que soit discutée l'opposition entre la thèse personnaliste et la thèse patrimoniale qui semble avoir été trop rapidement écartée du débat.

À l'heure actuelle, la véritable maîtrise des données par les individus ne peut réellement exister que grâce leur sensibilisation. La voie de la prévention est d'ailleurs encouragée par la CNIL[97] qui rappelle constamment aux utilisateurs de prendre garde aux informations qu'ils publient, de veiller aux paramètres de configuration de leur compte virtuel et de leur accès internet, etc.

[94] V. Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, Doc.Fr., 2014, p. 267 et *seq.*
[95] Projet de loi pour une République numérique adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 26 janvier 2006 et par le Sénat le 3 mai 2016.
[96] Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, *op.cit*., p. 268.
[97] La CNIL édite régulièrement sur son site internet des fiches de vulgarisation afin de sensibiliser les utilisateurs à la protection de leurs données personnelles. V. www.cnil.fr

La meilleure mise en œuvre du droit à l'oubli numérique serait alors tout simplement la prévention. Comme le dit le vieil adage « mieux vaut prévenir que guérir ». Il n'est certes pas totalement exclu qu'un tel droit puisse exister un jour si tant est que cela soit techniquement possible, mais force est de constater qu'à l'heure actuelle, ses manifestations demeurent limitées. La prudence reste donc toujours de mise.

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

LE DROIT A L'OUBLI ET LA GESTION DES DONNEES PERSONNELLES EN MATIERE DE FICHIERS

*Claire **MARLIAC**,*
Maître de conférences en droit public,
Université d'Auvergne, CMH EA 4232

« Sans oubli, il ne saurait y avoir de bonheur, de belle humeur, d'espérance, de fierté, de présent », Nietzsche[98]

La loi « Informatique, fichiers et libertés » date de 1978[99]. Plusieurs décennies se sont donc écoulées et les progrès réalisés dans le domaine des sciences et des techniques sont sans commune mesure[100]. Depuis 1978, plus d'un million de traitements de données personnelles a été déclaré auprès de la CNIL. Cette loi « est-elle dépassée ? »[101], rien n'est moins sûr. Si certains termes désuets (données nominatives informatiques) ont été changés (données personnelles), il n'en reste pas moins que le fond du dispositif législatif reste incontournable. La loi a su s'adapter aux différentes révolutions technologiques successives.

Le « droit à l'oubli » est un droit fondamental consacré indirectement par la loi Informatique et Libertés. Face à la mémoire informatique, seul le principe du « droit à l'oubli » peut garantir que les données stockées, archivées par les détenteurs de l'information en question ne soient pas conservées pour des durées qui pourraient apparaitre comme manifestement excessives[102]. Cette disposition vise les données personnelles qui sont techniquement toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable[103]. Pour la CNIL, le droit à l'oubli consiste à éviter « *d'attacher aux personnes des étiquettes définitives qui portent atteinte à leur capacité de changement et au sentiment le plus intime de leur liberté* »[104].

Le droit à l'oubli repose également sur l'exigence conduisant à limiter les informations enregistrées. Les capacités techniques permettraient de tout enregistrer, conserver. C'est interdit puisqu'un fichier ou traitement doit présenter un objectif précis, auquel les données correspondront.

---

[98] Nietzsche, Généalogie de la morale, Flammarion, 1996, p. 68. Voir Louis-Xavier Rano, « La force du droit à l'oubli », La Revue du droit des techniques de l'information et de la communication, n° 56, septembre 2006. Sous un autre angle, voir : « *A défaut du pardon, laisser venir l'oubli* », Alfred de Musset, « La nuit d'octobre ».

[99] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Refondue en août 2004 pour transposer la directive européenne n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[100] Evolutions constatées et estimées en prenant appui par exemple sur les lois de Moore qui ont trait à l'évolution constante de la puissance des ordinateurs et de la complexité du matériel informatique ; cit in « Le Conseil d'Etat, héraut de la révolution numérique ? Protection des données personnelles (Conseil d'Etat)», Jean-Philippe Foegle, La Revue des droits de l'homme, Lettres « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 30 décembre 2014, http://revdh.revues.org/1038

[101] Laurent Cytermann, « La loi Informatique et libertés est-elle dépassée ? », RFDA 2015, janv-mars, p. 99 et s.

[102] Le « droit à l'oubli » doit se concilier avec d'autres droits opposés, tant publics (archivage, exigence d'ordre public avec les fichiers policiers ou judiciaires) que privés (activités économiques).

[103] Art. 2 de la loi n° 78-17, art. 2 de la Convention n° 108 et art. 2 de la directive n° 95/46/CE.

[104] CNIL, Dix ans d'informatique et libertés, Economica, 1988, p. 18.

La loi de 1978 est née d'un contexte sensible déclenché quelques années plus tôt par un projet gouvernemental visant à connecter les différents fichiers publics existants via un numéro à la fiabilité certaine, à savoir le NIR. Le projet en question était connu sous le nom de SAFARI[105], la critique s'empressera de pointer ce « *SAFARI ou la chasse aux Français* »[106]. A partir de cette affaire, l'opinion publique, les médias et les milieux politiques ont pris conscience des dangers que pouvaient générer certaines utilisations de l'informatique. Dès lors le législateur appelé à travailler sur le sujet commencera par donner un cadre général pour l'application informatique préconisé à l'article 1er de la loi : « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. (…) Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ». Cette loi[107] sert de base à l'ensemble de droits relatifs à la protection des personnes face aux usages de l'informatique, c'est-à-dire notamment les fichiers. La personne dont les données personnelles sont utilisées dispose d'un certain nombre de droits qui concrétisent la protection de sa vie privée. Cette dernière repose notamment sur l'oubli. L'oubli, s'il est une base du dispositif (**I**), doit être confirmé (**II**).

I. LE DROIT A L'OUBLI : UN PRINCIPE FONDAMENTAL MAIS IMPLICITE

La loi de 1978 ne renvoie pas directement, au titre des droits reconnus aux personnes dont les « données personnelles » sont traitées informatiquement, à un « droit à l'oubli ». Ce dernier est compris pas référence à d'autres règles définies par différentes normes (**A**) et se concrétise par une exigence juridique propre (**B**).

A. Une assise certaine

La protection des données personnelles relève de la vie privée[108], la Cour européenne le rappelle : « *La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention* »[109]. La CEDH a, à plusieurs reprises, condamné des Etats pour violation du droit au respect de la vie privée en raison de fichages, notamment policiers[110], correspondant à un laps de temps excessif (mais condamnation sans s'appuyer expressément sur un droit à l'oubli). Il en va ainsi de la France en 2013 ou 2014 ou encore de la Suisse en 2011[111].

[105] Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus.
[106] Philippe Boucher, Le Monde, 21 mars 1974.
[107] La loi de 1978 a fait l'objet d'une révision importante par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004.
[108] CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie.
[109] CEDH, 17 décembre 2009, Gardel c. France. La Cour a développé une jurisprudence sur le droit à la protection des données personnelles. « *La CEDH interprétant l'article 8, en la matière, à la lumière de la Convention n° 108* », Laurent Cytermann, op cit.
[110] Cette question s'inscrit dans la problématique générale et récurrente opposant sécurité et liberté.
[111] CEDH, 2e sect., 18 octobre 2011, Khelili c. Suisse. Req. n° 16188/07. Voir Nicolas Hervieu, « Conservation au sein d'un dossier de police de données à caractère personnel et à l'exactitude douteuse », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 19 octobre 2011, dont note sur la constitution de fichiers et la conservation des données à caractère personnel : Cour EDH, 5e Sect. 10 février 2011, Dimitrov-Kazakov c. Bulgarie, Req. no 11379/03 – ADL du 12 février 2011 ; Cour EDH, 4e Sect. 18 mai 2010, Kennedy c. Royaume-Uni, Req. n° 26839/05 – ADL du 20 mai 2010 ; Cour EDH, 5e Sect. Dec. 2 février 2010, Gheorghe Dalea c. France, Req. no 964/07 – ADL du 9 mars 2010 ; ; Cour EDH, 5e Sect. 17 décembre 2009,B. ; G. ; M.B. c. France, Req. n° 5335/06 ; 16428/05 ; 22115/06 – ADL du 18 décembre 2009 ; Cour EDH, G.C. 4 décembre 2008, S. et Marper c. Royaume-Uni, Req. nos 30562/04 et 30566/04 – ADL du 5 décembre 2010 (comp. en France : Conseil constitutionnel, Décision 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C. – ADL du 18 septembre 2010 ; Conseil d'État, 20 octobre 2010, Gisti, IRIS, LDH, n° 334974 – ADL du 25 octobre 2010).

Les textes européens plus récents s'attachent à protéger les données personnelles, il en est ainsi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[112] ou encore du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[113].
Précisément la Charte des droits fondamentaux organise la protection des données à caractère personnel en proclamant en premier lieu que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ». Puis précise que « *ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir rectification* ». Et termine en rappelant que « *le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante* ». La Charte est un texte généraliste mais récent, pourtant il ne s'attache pas à mentionner un droit à l'oubli au bénéfice de la personne dont les données ont pu être collectées et stockées.

De plus, il est rappelé que « *la liberté personnelle (article 2 DDHC) implique le droit au respect de la vie privée »*[114]. Cette base constitutionnelle[115] propose ainsi un appui complémentaire à la protection des données personnelles.
Le droit comparé ne permet pas de systématiser une telle approche protectrice de la vie privée[116].

La première approche globale tend donc à comprendre le droit à l'oubli comme une simple déclinaison du droit à la protection de la vie privée. Il pourrait pourtant peut-être être conçu comme un droit autonome fondamental[117]. Quoi qu'il en soit, le droit à l'oubli n'est pas en lui-même consacré par le droit sous cette dénomination.

B. La concrétisation de ce droit : une conservation des données conditionnée

La loi de 1978[118] prévoyait initialement, parmi les précisions à apporter lors des formalités préalables à la mise en œuvre des traitements automatisés (chapitre III), que le responsable du fichier précise notamment « la durée de conservation » des informations nominatives (art. 19, al. 7).

De plus, au titre des exigences relatives à la collecte, à l'enregistrement et à la conservation des informations nominatives, « *sauf dispositions législatives contraires, les informations ne doivent pas être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la demande d'avis ou à la déclaration, à moins que leur conservation ne soit autorisée par la commission* » (art. 28). Cette seconde

[112] Article 8, et notamment « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. (…) ». La Charte a depuis le Traité de Lisbonne une portée contraignante.
[113] Article 16 TFUE.
[114] Xavier Bioy, « Droits fondamentaux et libertés publiques », LGDJ, 2014, p. 416.
[115] Certains ont pu s'interroger aussi sur l'inscription dans le Préambule de la Constitution du droit à la protection des données personnelles : voir « Rapport au Président de la République, Redécouvrir le Préambule de la Constitution », ss dir. S. Veil, La Documentation française, 2008. Nous noterons par ailleurs que la jurisprudence du CC s'attache à contrôler l'utilisation des données personnelles en veillant à ce qu'il n'y ait pas d'atteinte à la liberté individuelle. Par exemple voir CC n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique dans les procédures publiques, JO du 30 janvier 1993, p. 1588.
[116] Voir par exemple aux EU la loi obligeant les ex-détenus condamnés pour atteintes aux mœurs à se déclarer à leur sortie, au service de police de leur quartier et la possibilité pour ce dernier de relayer ces informations auprès des voisins (loi de MEGAN de 1994).
[117] Question à l'étude : voir « Le droit à l'oubli » Recherche CRJ de Grenoble, dir. David Dechenaud, Mission de recherche « Droit et Justice », à paraître. Lettre de la mission 03 2015.
[118] La question informatique et liberté a été complétée fréquemment par des textes spécifiques propres à gérer des traitements de données ciblés. Ainsi le rapport Braibant, « Données personnelles et société de l'information », Doc. Fr. 1998, dressait une liste d'une trentaine de lois et ordonnances touchant cette question, ou encore à compléter avec les éléments, une quinzaine, listés dans le Lamy, « Droit de l'informatique et des réseaux », 2011, p. 361-362.

disposition exige donc tout d'abord le respect d'une durée maximale de conservation, sauf à ce qu'il soit procédé, ensuite, à une anonymisation des informations nominatives.

Enfin l'article 36 de la loi, au titre de l'exercice du droit d'accès par la personne concernée, autorise la demande expresse d'effacement des informations notamment lorsque les informations sont « périmées », la péremption devant par exemple jouer si la durée de stockage autorisé est dépassée, permettant l'application de l'oubli là aussi. Les données personnelles ne peuvent être conservée au-delà de la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

La version consolidée de la loi nous indique désormais, au chapitre 2 consacré aux « *conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel* », que les données à caractère personnel « *sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées* » (art. 6, al. 5)[119]. Nous relèverons que la finalité constitue une pierre angulaire du dispositif de protection, s'appuyant ici sur le droit à l'oubli.
De plus, l'article 30, commun à toutes les formes permises d'officialisation des fichiers (déclaration, autorisation, avis) auprès de la CNIL, exige de toujours mentionner « *la durée de conservation des informations traitées* » (5e point), supposant au-delà l'impératif d'oubli.

Par contre l'exercice du droit d'accès a été réaménagé. Il est prévu à l'article 39 un « droit d'interrogation » portant sur différents points (5) auprès du responsable du traitement de données à caractère personnel. La personne concernée par le traitement de données n'y dispose plus du droit d'effacement.

De manière générale la législation impose qu'il soit mis fin aux traitements informatiques lorsque la durée nécessaire aux finalités poursuivies est achevée. Toutes les méthodes d'archivage doivent répondre à des durées de conservation spécifiques, proportionnées à la finalité poursuivie par le traitement de données personnelles. La durée est toujours spécifiée dans le cadre des dossiers de formalités préalables adressées à la CNIL. Les responsables de traitement doivent établir des procédures afin de gérer les durées de conservation et effectuer, le cas échéant, toute purge ou destruction sélective de données à caractère personnel. La suppression devrait intervenir de manière automatique une fois la finalité pour laquelle les données ont été collectées atteinte[120].

La pratique et l'application du droit à l'oubli nous montrent ainsi que l'absence de précision de la durée de conservation des données est susceptibles d'entacher d'irrégularité une délibération portant création ou modification d'un traitement de données personnelles[121]. La durée de conservation a également été discutée devant la Haute juridiction administrative, notamment en ce qui concerne la

[119] Le non-respect des dispositions de l'article 6 al. 5 est passible des peines prévues à l'article 226-20 du Code pénal : « *Le fait de conserver des données à caractère personnel au-delà de la durée prévue par la loi ou le règlement, par la demande d'autorisation ou d'avis, ou par la déclaration préalable adressée à la CNIL, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, sauf si cette conservation est effectuée à des fins historiques, statistiques ou scientifiques dans les conditions prévues par la loi. Est puni des mêmes peines le fait, hors les cas prévus par la loi, de traiter à des fins autres qu'historiques, statistiques ou scientifiques des données à caractère personnel conservées au-delà de la durée mentionnée au premier alinéa* ».

[120] Sauf motif légitime, et avec anonymisation. Voir Jessica Eynard, « Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace ? », Michalon, 2013, p. 208. Nous préciserons que le droit à l'oubli connaît deux types d'exception avec tout d'abord la « mémoire obligée » via l'exception des traitements historiques, statistiques ou scientifiques (art. 36 al. 1 (pour les modalités, voir le Code du patrimoine et loi sur les archives du 3 janvier 1979, n° 79-18) et enfin l'exception des traitements journalistiques (expression littéraire et artistique et exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste).

[121] En ce sens, CE, 18 mars 2005, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, JCP G 2005, IV, p. 1992.

durée, de cinq ans, appliquée au fichier des demandes de validation des attestations d'accueil des étrangers[122] ou encore au fichier détenu par l'Office français de l'immigration et de l'intégration[123]. La durée de quinze ans a de même été confortée par le Conseil d'Etat à propos de la « Base élèves 1er degré »[124]. Le juge administratif a été conduit à apprécier la légalité du décret portant application du TAJ (traitement des antécédents judiciaires)[125], et notamment la question renouvelée des durées de conservation des données (oscillant de 5 à 40 ans) pour lesquelles il considère qu'elles « *trouvent une justification (…) dans la finalité de police judiciaire du traitement (…), ces durées n'excèdent pas (…) ce qui est nécessaire* ».

Enfin le Conseil constitutionnel a également été saisi de la question des durées de conservation admissibles. Il s'est prononcé sur ce point avec la décision portant sur les empreintes génétiques et le FNAEG[126] dans laquelle il a précisé qu'il « *appartient au pouvoir réglementaire de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs »* (considérant n° 18).

Du côté de la CNIL il semble que la pratique en matière de droit à l'oubli soit attentive au type de public visé. Ainsi « *le droit à l'oubli doit bénéficier en priorité aux 'populations les plus dépendantes et les plus fragiles'. Enfants et adolescents sont particulièrement concernés, qu'il s'agisse des informations relatives à la scolarité des élèves (… éviter la pérennisation de l'échec scolaire) ou d'information propres à intéresser l'autorité militaire, ou encore d'informations spécifiques aux enfants dépendants de l'administration sanitaire et sociale (effacement exigé 15 mois après que les intéressés ont quitté le service). Les ex-populations pénales sont aussi, dans une perspective de réinsertion, parmi celles que ce droit à l'oubli concerne au premier chef »*[127].

Il ressort de ces développements que concrètement l'oubli est exigé via une durée de conservation limitée, et cela même si l'appréciation faite reste variable quant à cette dernière. Cependant l'attention sur ce droit doit être de mise.

II. LE DROIT A L'OUBLI : UN PRINCIPE FONDAMENTAL A MAINTENIR

Finalement quel est le contenu de ce droit à l'oubli ? La connaissance de cet aspect permet de faire vivre ce droit (**A**) mais peut nous conduire à le positionner dans un concept plus globalisant (**B**).

[122] Durée jugée comme étant légitime pour le CE : 26 juillet 2006, D. 2006, p. 2347. Voir les observations in Lamy, op cit, p. 415.
[123] CE 20 octobre 2010, n° 334974, GISTI.
[124] CE, 19 juillet 2010, n° 317182, Rec. CE, JCP G 2010, AJ, p. 822. Mais refus pour une durée de 35 ans : CE, 19 juillet 2010, n° 334014, Rec. CE tables, JCP G 2010, AJ, p. 822.
[125] Fusion des anciens fichiers STIC et JUDEX utilisés respectivement par la police et la gendarmerie nationales. Décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 pris en application de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI), et décision du CE, 10e et 9e SSR, 11 avril 2014, Ligue des droits de l'homme, Req. n° 360759. Et voir Marc Duranton et Jean-Philippe Foegle, « Fichage partout, oubli nulle part ? Le Conseil d'Etat ouvre un boulevard au fichier 'TAJ' », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 16 juillet 2014, http://revdh.revues.org/849
[126] CC, 16 septembre 2010, QPC, n° 2010-25, M. Jean-Victor C. D. 2010, p. 2160.
[127] Nathalie Mallet-Poujol, in Lamy, op cit, p. 416.

A. Le droit à l'oubli oublié ?

En tant que tel le « droit à l'oubli » n'est pas consacré[128]. Il n'est pas un droit expressément consigné dans la loi. Il est cependant concrétisé par diverses modalités.

L'exigence d'oubli des données à caractère personnel permet de développer trois pans complémentaires dans la législation informatique et libertés, à savoir la règle de l'anonymisation, le droit à l'effacement (destruction) et la limitation de toute durée de conservation. Ce droit à l'oubli appartient à l'individu et la législation française de 1978 débute par la précision générale selon lequel « *l'informatique doit être au service de chaque citoyen (…) et ne doit porter atteinte (…) ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée* (…) ». La CNIL a ainsi pu rappeler[129] que « *la fixation de la durée de conservation et l'existence de procédés de mise à jour doivent permettre le respect du droit à l'oubli* ». La détermination d'une durée maximale de conservation permet de jouer sur deux conséquences, avec tout d'abord l'automaticité de la suppression des données qui n'ont plus à être stockées de manière nominative, laissant donc la charge ici de cette responsabilité au gestionnaire du fichier, et ensuite la possibilité de faire mettre à jour les données personnelles, voire demander un effacement, ces aspects relevant de la personne concernée directement[130], montrant par là le rôle actif qu'elle doit jouer (voir infra B). Le droit de suppression s'applique ici aux informations pour lesquelles la finalité du traitement a expiré. C'est donc la conséquence de l'application du droit à l'oubli.

Nous rappellerons parallèlement que le droit à l'oubli admet une forme de conservation non nominative des données car il s'agit d'accorder aux personnes un droit à ne plus être reconnues ou identifiables (principe de l'anonymisation, à la condition qu'elle soit irréversible).

La CNIL a consacré dans une vingtaine de ses délibérations[131] cette exigence de droit à l'oubli. Ainsi elle précise que l'un des fondements de la loi du 6 janvier 1978 « *réside dans le droit à l'oubli* », permettant « *d'ordonner la destructions des traitements informatisés* »[132]. Pour compléter son approche, mais sans être exhaustif, elle préconise par exemple son respect dans le cadre d'internet[133], spécifie que ce droit est « *particulièrement garanti pour les mineurs* »[134]. Pour la Commission, le droit à l'oubli correspond au droit à la destruction/suppression des données[135]. Le droit à l'oubli est donc cette exigence imposant aux responsables des traitements de ne plus conserver, au-delà de la finalité d'origine, les données à caractère personnel. « *Cette perte de mémoire a vocation à protéger l'individu par rapport à son passé. Il devient le seul archiviste de son histoire personnelle* »[136].

La durée de conservation dépend de la finalité établie aux fins de collecte et traitement des données personnelles. Les notions de « durée raisonnable » ou de « délai minimum de conservation » sont à apprécier par la CNIL voire les juridictions, mais posent naturellement le problème du droit à l'oubli.

---

[128] Jacques Fauvet, « La commission nationale de l'informatique et des libertés, vingt temps après… », in Mélanges Jacques Robert, *Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, Coordination Xavier Robert, p. 115.
[129] CNIL, 24e rapport d'activité, 2003, p. 185.
[130] L'obligation de radiation ne peut être exigée par la personne concernée que si toutes les finalités relatives à un traitement ont expiré : CAA Douai 29 décembre 2006, Olivier Q. c. Agence nationale pour l'emploi, note Jean Frayssinet, RLDI 2007/28, n° 916.
[131] Voir le site Légifrance.gouv.fr sur lequel l'ensemble des délibérations de la CNIL est accessible.
[132] délib. n° 88-52 du 10 mai 1988.
[133] Délib. n° 2011-238 du 30 août 2011.
[134] Délib. 2011-204 du 7 juillet 2011.
[135] Délib. 2011-081 du 17 mars 2011 ou 2010-449 du 2 décembre 2010.
[136] Alain Bensoussan, « Le droit à la mort virtuelle : plaidoyer pour les droits de l'homme numérique », cit in, A. Bensoussan, « Informatique et libertés », Ed. F. Lefebvre, 2e éd., 2010, p. 41.

B. Un droit reformulé : vers un « droit à l'autodétermination informationnelle » ?

L'établissement de règles de conservation des données dans le temps devrait avoir pour objectif de garantir à l'individu son « *droit légitime à l'oubli ou habeas data* »[137]. Mais cette disposition pourrait être complétée par un dispositif plaçant la personne concernée par le traitement de ses données personnelles au cœur même du dispositif de protection.

Le droit à l'autodétermination informationnelle joue dès lors un rôle clé. C'est un concept juridique allemand. Il a été dégagé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans un arrêt du 15 décembre 1983. Le juge suprême s'est fondé pour cela sur le socle constitutionnel en prenant précisément pour appui les articles 1er et 2 de la Loi fondamentale relatifs à la dignité de l'homme et au droit au développement de sa dignité. Il est rappelé que la Cour allemande définit ce droit à l'autodétermination comme « *la capacité de l'individu à décider, en principe, de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel* ». Ces deux aspects impactent bien évidemment sur la maîtrise de l'information, son devenir, son oubli.

Ainsi dans cette continuité, le droit à l'oubli découlerait de l'application de ce droit à l'autodétermination informationnelle. Pour certains, il peut être difficile de poser un « droit à l'oubli » car le droit ne saurait garantir l'oubli[138], qui ne se décrète pas. Par contre le droit peut « *accorder au sujet de droit des prérogatives qui lui permettent d'obtenir l'effacement ou l'anonymisation de données personnelles qui le concernent, ce qui rend l'oubli possible* »[139]. L'individu doit être à même de gérer cette communication (ici un refus de communication renouvelée) touchant ses données personnelles et gérer cette utilisation (également refusée pour cause d'oubli souhaité).

La personne doit rester au cœur du dispositif puisque ce sont ses données personnelles dont il est question. Elle doit, à ce titre, jouer un rôle actif, même s'il ne peut être exclusif. Ainsi par exemple, même si l'analyse porte principalement sur les données numériques, nous pouvons citer Laurent Cytermann, Maître des requêtes au CE[140] : « *on ne peut envisager un cadre juridique de la protection des données dans lequel le consentement de l'individu ne jouerait aucun rôle. Le principe de consentement est la conséquence directe du caractère personnel des données : puisque les données ont trait à la personne, celle-ci doit être en mesure d'exercer un pouvoir sur leur communication et leur utilisation. Les critiques énoncées (…) sur le caractère formel du recueil du consentement sont fondées mais elles ne portent que sur les modalités de mise en œuvre du principe ».* Le Conseil d'Etat[141] propose de prendre appui sur le droit à l'autodétermination informationnelle pour renforcer le droit à la protection des données personnelles. Au-delà des seuls et simples fichiers, le Conseil d'Etat se tourne vers un droit « d'autodétermination numérique »[142]. L'autodétermination conduit à gérer l'utilisation faite des données personnelles. Ainsi l'effacement du fichier doit pouvoir être demandé, dans les

[137] Jean Frayssinet, « Informatique, fichiers et libertés », Litec, Paris 1992, p. 74 ; cit in Affoua Victorine Kossi, « La protection des données à caractère personnel à l'ère de l'Internet », Publications Universitaires Européennes, Peter Lang, 2011, p. 103.
[138] Le droit se préoccupe d'ailleurs parfois de l'aspect opposé : le devoir de mémoire.
[139] David Dechenaud, op cit, note de synthèse.
[140] Op cit.
[141] Conseil d'Etat, Rapport « Le numérique et les droits fondamentaux », 2014, p. 26. Nous renvoyons également à notre thèse, « La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale », PUAM, 2001, notamment p. 720 et s.
[142] Cela répondrait à une logique « d'empowerment », c'est-à-dire « l'octroi de plus de pouvoir aux individus ou aux groupes pour agir sur les conditions sociales, économiques, politiques ou écologiques qu'ils subissent », cit in J-Ph. Foegle, op cit, note 27.

conditions fixées lors de la création du fichier. L'apurement du fichier est une concrétisation du droit à l'oubli.

Certains préconisent, dans un même esprit, un droit à la portabilité des données[143], permettant à la personne d'obtenir auprès du responsable de traitements une copie des données faisant l'objet du traitement automatisé, ces données étant alors réutilisables par les personnes mêmes qu'elles concernent. Elles disposeraient de la maîtrise sur leurs données.

De manière plus globale, « *Envisager la protection des données personnelles comme un droit à l'autodétermination informationnelle lui donne du sens : cela montre qu'il ne s'agit pas d'un enjeu décisif, mais d'un enjeu d'épanouissement de l'individu. Pour rester libre dans une société numérique où des données sont constamment collectées et susceptibles d'être réutilisées de manière préjudiciable à l'individu, celui-ci doit être en mesure de décider à tout moment de leur communication et de leur utilisation* »[144].

* * *

Pour conclure, je me tournerai vers les fondements eux-mêmes. Dès lors en tout premier lieu, puisque « *l'informatique doit être au service de chaque citoyen* » et permettre le respect des droits et libertés, elle devrait poser plus clairement la reconnaissance du droit à l'oubli. Ensuite si la vie privée n'a pas disparu, elle s'est transformée, et du droit d'être laissé en paix, on doit passer au droit de contrôler ce que l'on divulgue ou laisse divulguer de nos données personnelles et ainsi avoir une maîtrise sur ces dernières, faire jouer ainsi un droit à l'autodétermination informationnelle.

[143] Voir Jessica Eynard, op cit, p. 209.
[144] Ibidem.

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

LE DROIT A L'OUBLI ET LA GESTION DU PASSE : LE PHENOMENE DE LA LUSTRATION EN EUROPE DE L'EST

Marie-Elisabeth ***BAUDOIN****,*
Maître de Conférences - HDR en Droit public,
Université d'Auvergne, CMH EA 4232

En 2006, le film *La vie des autres* du réalisateur allemand Florian Henckel von Donnersmarck donne à voir au grand public la surveillance mise en place par le régime communiste à l'égard d'un couple d'intellectuels qui n'adhèrent pas aux idées du parti. Il montre à la fois le climat de peur qui règne au sein de la société et la surveillance opérée sur la société et les élites par la police secrète, la *Stasi*. Ce film ne montre pas à proprement parler le phénomène de lustration, mais il permet de comprendre la complexité de la situation à laquelle ont dû faire face les Etats d'Europe centrale et orientale au lendemain de la chute du Mur de Berlin. Il met en images, d'une part, le rôle d'espionnage et d'intrusion dans la vie privée des citoyens et, d'autre part, la compassion que l'agent secret va ressentir à l'égard de ce couple d'artistes qu'il écoute et surveille en permanence. La fin du film laisse aussi entrevoir la question de l'accès aux dossiers secrets et la possible réconciliation entre ceux qui ont été les victimes du régime communiste et leurs bourreaux – parfois ou souvent – malgré eux. Cette œuvre cinématographique fixe ainsi le cadre complexe et ambivalent auquel les Etats à l'Est de l'Europe ont été confrontés à la fin des années 1980. Complexe, parce que la vérité sur les faits passés s'avère particulièrement difficile à établir. Ambivalent, parce que la société a été meurtrie, divisée et la responsabilité pour les crimes et délits commis se révèle fort peu simple à établir.

De fait, au lendemain de l'effondrement du Rideau de fer, les Etats est-européens ont dû résoudre une série de questions liées à leur passé socialiste. En effet, comme dans tout processus de transformations politiques et sociales, souvent synthétisé de manière simplificatrice par l'expression « transition démocratique », les nouveaux régimes ont été amenés à « régler les comptes » avec leur passé. Afin de se projeter dans l'avenir et de reconstruire l'Etat, tout nouveau régime doit en effet se pencher sur le sort à réserver aux dirigeants, aux collaborateurs et aux agents de l'ancien régime. Que faire ? Les amnistier ? Les traduire en justice ou les punir par un autre moyen ? Les instruments juridiques sont en réalité multiples allant du recours au droit pénal dans certains cas pour condamner la commission de crimes graves perpétrés sous l'ancien régime jusqu'au recours à diverses mesures administratives pour écarter les responsables de la gestion du nouvel Etat. Se pose également la question de savoir comment recréer la concorde et la cohésion nationales. Dans une société déchirée ou divisée en deux camps, la pacification sociale se suffit-elle de la prise en compte du sort des dirigeants ou faut-il également se soucier du sort des victimes de l'ancien système étatique ? Et là encore les interrogations sont nombreuses : la punition des anciens acteurs est-elle une réponse adaptée ? Ou bien est-elle insuffisante à panser les blessures ? Est-il préférable ou non d'engager une procédure ouverte de dialogue entre victimes et bourreaux, à l'instar du mécanisme des Commissions « Vérité et Réconciliation » apparues en Amérique latine et en Afrique du Sud ?

Si l'on analyse la question de la régulation du passé, de manière plus générale, on s'aperçoit que de nombreuses solutions ont pu être envisagées en fonction des contextes étatiques, solutions variables selon la nature même du régime concerné, que soit en cause un régime de ségrégation raciale comme en Afrique du Sud ou un régime totalitaire comme en Allemagne nazie ou encore en URSS.

Mais schématiquement deux postures peuvent être distinguées. Afin de « tourner la page », le choix peut être fait de l'amnistie, qui peut alors dans certains cas s'accompagner d'une certaine amnésie. Dans d'autres cas, le choix a pu être fait au contraire de ne pas oublier, voire bien plus, de révéler au grand jour la vérité sur le passé. C'est précisément ce qui a été fait en Europe centrale, notamment avec le recours à la lustration.

Que faut-il entendre par lustration ? Le terme « Lustration » vient du latin *lustratio*[145] qui correspondait dans l'Antiquité à une cérémonie purificatrice célébrée tous les cinq ans. Cette cérémonie publique ou privée servait à purifier une personne ou un lieu souillé au moyen d'eau lustrale, de sacrifices et de processions. Ce terme a été repris, dans un sens moderne, dans les années 1990, et ce, pour la première fois en Tchécoslovaquie, traduit en tchèque par *lustrace*[146]. La Tchécoslovaquie fut ainsi le premier Etat de l'Europe centrale et orientale à adopter le 4 octobre 1991 une loi de lustration[147]. Elle fut ensuite suivie par la plupart des pays d'Europe Centrale et Orientale et les Etats baltes. Initialement, la lustration a été introduite dans neuf Etats : la Tchécoslovaquie – mais à la suite de la partition du pays en 1992, seule la République tchèque poursuivra la politique de lustration, la République slovaque préférant l'abandonner – l'ex-RDA[148], la Hongrie[149], l'Albanie[150], l'Estonie[151], la Bulgarie[152], la Pologne[153], la Lituanie[154] et la Lettonie[155]. Ultérieurement, des lois de lustration ont également été adoptées en Roumanie en 1999[156] et en Macédoine en 2008[157]. A l'exception des Etats baltes, les Etats de l'ex-URSS n'ont pas été touchés par ce phénomène, du moins jusqu'à très récemment. C'est ainsi que la Géorgie a adopté le 31 mai 2011 une Charte des libertés qui prévoit, entre autres, des limitations dans l'accès aux fonctions publiques pour les anciens collaborateurs des services secrets soviétiques. De même, une loi de lustration a été adoptée en Ukraine en 2014, intitulée Loi relative à l'intégrité du gouvernement[158].

Il faut, bien sûr, souligner qu'il n'existe pas un modèle unique de lustration. Les mesures législatives varient d'un pays à l'autre et présentent dans certains cas un caractère radical[159] et dans d'autres cas un

[145] Le dictionnaire latin-français Félix Gaffiot de 1934 donne comme premier sens « lustration, purification par sacrifices », p. 928.
[146] Voir Jérémy André, « La lustration en République tchèque, Hongrie et Albanie : de sa « nécessaire » émergence à son application souvent incertaine », *Revue de Justice Constitutionnelle Est-Européenne*, n° 2, 2004, p. 144.
[147] Il s'agit de la loi n° 451/1991 relative aux conditions de recrutement à certaines fonctions dans les organes étatiques et organisations de la République fédérale tchèque et slovaque.
[148] Les mesures de lustration se sont fondées sur le traité d'unification entre la RDA et la RFA. Ainsi était-il établi que les fonctionnaires de la RDA pouvaient être jugés inaptes à intégrer la fonction publique de l'Allemagne réunifiée s'ils avaient porté atteinte aux droits de l'homme et à la prééminence du droit ou s'ils avaient travaillé pour la *Stasi*.
[149] La loi a été adoptée le 9 mars 1994 (n° XXIII/1994) et a été abrogée en 2005.
[150] En Albanie, dès 1995, deux lois instaurent une lustration très sévère.
[151] Plusieurs textes ont été adoptés qui comprenaient des éléments de lustration, mais la loi de lustration *stricto sensu* date du 6 février 1995, la particularité étant que cette loi visait les collaborateurs non seulement des services secrets estoniens mais aussi d'Etats ayant occupé l'Estonie, tels que l'Allemagne de 1941 à 1944 ou encore l'URSS avec la présence du KGB sur le sol estonien de 1944 à 1991.
[152] Les mesures de lustration ont été introduites en 1997 dans la loi du 30 juillet sur l'accès aux documents du service de sûreté de l'Etat.
[153] La première loi en Pologne est adoptée le 11 avril 1997 (*Dziennik Ustaw*, 1999, n° 42, poz. 428).
[154] La Lituanie a adopté plusieurs lois qui concernaient partiellement la lustration dont une loi adoptée le 16 juillet 1998 sur l'évaluation du Comité pour la Sécurité de l'Etat de l'URSS puis une loi du 23 novembre 1999.
[155] Une première loi a été adoptée en Lettonie le 19 mai 1994 sur l'archivage, l'utilisation des documents du KGB et le constat du fait de collaboration avec le KGB. Elle a été modifiée par une loi ultérieure du 27 mai 2004, qui l'a prorogée de dix ans, la faisant s'appliquer jusqu'en 2014.
[156] La loi roumaine est la loi n° 187 relative à l'accès aux dossiers de la police politique, la *Securitate*.
[157] Après une première loi adoptée en 2008 et invalidée par la Cour constitutionnelle, la Macédoine a adopté une nouvelle loi de lustration en 2012.
[158] La loi a été adoptée le 16 septembre 2014 par la *Verkhovna Rada* et publiée au *Journal Officiel* le 15 octobre 2014.
[159] La première loi tchécoslovaque prévoit que les collaborateurs ou informateurs de la police secrète seront exclus de la fonction publique pendant cinq ans.

caractère beaucoup plus modéré[160]. Malgré cela, on peut avancer des éléments pour une définition générale de la lustration, même si cette dernière n'est pas présente expressément dans les textes de loi. Schématiquement, la lustration est une procédure de « disqualification » qui consiste en l'adoption d'une loi qui prive certaines catégories de collaborateurs de l'ancien régime « de responsabilités publiques, d'un statut social ou de prestations spécifiques (allocations spécifiques, retraites) » pour reprendre l'analyse d'Aleksander Smolar[161]. Ce processus de purification revêt ainsi plusieurs aspects tels qu'épurer, purifier les administrations et écarter des fonctions de l'Etat et de certaines professions, les anciens collaborateurs du régime communiste et plus spécifiquement les anciens collaborateurs des services secrets. Ce processus implique donc de répondre à un questionnaire et de révéler au grand jour s'il y a eu faits de collaboration ou non avec les services secrets de l'ancien régime socialiste.

Ainsi, les lois de lustration sont le reflet d'un droit à la vérité et consacre par ricochet un refus d'oublier ou d'effacer, mais ceci dans l'optique de permettre le changement de régime et la reconstruction étatique. Le facteur « temps » est alors très important. Pendant combien d'années peut-on accepter que certaines personnes soient ainsi écartées de la vie publique qu'il s'agisse de l'exercice de fonctions électives ou de fonctions administratives ? Au bout d'un certain laps de temps, ne peut-on pas considérer que la transition étatique est achevée et que les bases du nouvel Etat sont définitivement établies ? Or précisément, certains Etats en adoptant très récemment de nouvelles lois de lustration, comme par exemple la Pologne en 2007 ou l'Ukraine en 2014, ont donné à voir un usage dénaturé du mécanisme de lustration. Un autre élément à considérer est également celui de l'échelle retenue. Les conséquences sont en effet très différentes entre une loi dont le champ d'application conduit à lustrer des dizaines de personnes comme en Bulgarie ou des milliers de personnes comme en République tchèque. Et lorsque la loi prévoit par ailleurs que seront également concernées les personnes qui travaillent dans le secteur privé, comme ce fut le cas avec la loi polonaise de 2007, cela conduit à s'interroger sur les finalités poursuivies et sur le danger que pourrait alors constituer pour la cohésion sociale l'absence de droit à l'oubli.

Dès lors, on le comprend, au droit à la vérité va s'opposer un droit à l'oubli. Dans le contexte de reconstruction étatique des Etats européens post-socialistes, la lustration est l'expression même d'un conflit, d'une tension entre droit à la vérité et droit à l'oubli (**I**). Sa légitimité se trouve dès lors conditionnée par la nécessaire conciliation de ce droit à la vérité et de ce droit à l'oubli (**II**).

I. LA LUSTRATION, REVELATRICE D'UN CONFLIT ENTRE DROIT A LA VERITE ET DROIT A L'OUBLI

Les processus de lustration en Europe centrale n'ont pas constitué un long fleuve tranquille. Instruments présentés comme permettant de faire la transition entre le passé communiste et l'avenir européen, ils ont, de manière assez logique, engendré deux positions inverses : d'un côté, la revendication d'un droit à la vérité avancée par les acteurs du nouveau régime (**A**) et de l'autre, la revendication d'un certain droit à l'oubli mis en avant par les agents ou proches de l'ancien système (**B**).

[160] Ainsi la loi hongroise de 1994 prévoit seulement que pour toute personne ayant collaboré avec la police politique, ayant fait partie en 1956 des escouades pour « l'ordre et la loi » ou ayant appartenu au mouvement fasciste des Croix Fléchées, leur nom sera rendu public au *Journal Officiel* dans le cas où ils refuseraient de démissionner.
[161] Aleksander Smolar, « Les aventures de la décommunisation », *Critique internationale*, 1999, volume 5, numéro 1, p. 155-156.

A. Un droit à la vérité, nécessaire à la transition étatique

Les objectifs assignés à la lustration par les promoteurs des textes législatifs ont été pluriels. Mais quels qu'ils soient, la lustration a été présentée comme un droit à la vérité sur le passé, nécessaire à la reconstruction de l'Etat et à la transformation démocratique.

Parmi les motifs avancés, figurait notamment la volonté de redonner confiance dans les institutions publiques. Ainsi, les débats parlementaires à l'Assemblée fédérale tchécoslovaque en 1991 ont montré qu'un des buts premiers était de redonner confiance dans l'appareil d'Etat[162]. En effet, les acteurs de l'ancien système communiste apparaissaient comme corrompus, inefficaces et donc inaptes à conduire les processus de réforme démocratique. En Pologne et en République tchèque, les membres de l'ancienne *nomenklatura* étaient perçus comme cherchant à préserver leur statut social et à protéger leurs richesses acquises sous le système communiste. Par leur capacité à garder la mainmise sur l'économie de marché naissante, ils étaient ainsi vus comme un obstacle à toute possibilité d'épanouissement de la démocratie. La lustration semblait par conséquent être le moyen adapté pour « démanteler la clique post-communiste et affaiblir son capital social, politique et économique »[163].

Au-delà de restaurer la confiance, un autre argument avancé au soutien de la lustration était celui de la réussite de la démocratisation. En Pologne, les parlementaires estimaient qu'évincer les anciens agents et collaborateurs des services de sécurité de la scène étatique était « une simple exigence de justice et une condition essentielle pour le bon déroulement de la démocratie en Pologne »[164]. Ainsi, les différentes législations étaient présentées comme s'inscrivant dans une dynamique de régulation sociale, inhérente à la règle de droit. Il s'agissait d'écarter des hautes sphères étatiques, pour quelques temps, ceux qui avaient été au cœur des abus de l'ancien système, afin précisément de permettre au processus de démocratisation de se dérouler sereinement, sans entraves. La « jeune » démocratie étant jugée trop fragile, elle nécessitait d'être consolidée et pour ce faire, les partisans de l'ancien système communiste devaient céder la place à une élite renouvelée. En outre, la lustration semblait à même de conférer une légitimité à la nouvelle élite politique[165], dans la mesure où en menant à bien cette « purification » des structures de l'Etat, les nouveaux gouvernants apportaient la preuve que les choses allaient changer et que le mouvement de réforme était une réalité.
Enfin, un dernier argument militait en faveur de la lustration : la protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique. Dans certains États comme la Lituanie, dont l'existence même avait été niée par l'occupation soviétique, les anciens agents de la police secrète soviétique, le *KGB*, étaient perçus comme un danger pour la pérennité de la construction étatique. Et à cette étape transitionnelle, le *KGB*, en tant qu'institution encore en activité jusqu'à sa disparition en 1991 avec la fin de l'URSS, était vu comme une menace pour la démocratie et pour la sécurité des Etats baltes, d'où la nécessité d'écarter ses anciens agents des fonctions de l'Etat.

Il résultait de ces différents éléments que dans la plupart des Etats, le but déclaré des lois de lustration était avant tout préventif et non répressif. Pour certains Etats, il pouvait s'agir de manière très modérée simplement de révéler les faits de collaboration sans pour autant que cela entraîne de conséquences sur

[162] Voir Roman David, « Lustration Laws in Action : The Motives and Evaluation of Lustration Policy in the Czech Republic and Poland (1989-2001) », *Law and Social Inquiry*, vol. 28, n°2, 2003, p. 392.
[163] Natalia Letki, « Lustration and Democratisation in East-Central Europe », *Europe-Asia Studies*, vol. 54, n° 4, 2002, p. 540.
[164] Voir Charles Bertschi, « Lustration and the Transition to Democracy : The cases of Poland and Bulgaria », *East European Quaterly*, 28, 4, 1995, p. 446.
[165] Natalia Letki, *Op. cit*., p. 541.

la carrière professionnelle. Ce fut par exemple l'objectif poursuivi par la loi hongroise adoptée le 9 mars 1994, qui prévoyait seulement l'organisation d'une enquête pour déterminer les faits de collaboration avec les organes de sécurité de l'Etat et la publication au *Journal Officiel* du nom des personnes ayant collaboré. Ainsi, les acteurs publics avaient le choix entre rester à leur poste à la condition de reconnaître publiquement avoir été un rouage de l'ancien système communiste ou refuser de dévoiler publiquement la vérité, à condition de démissionner de leurs fonctions étatiques.

La vérité était également au cœur de la première loi polonaise de 1997 puisque la menace d'être démis de ses fonctions ne concernait que ceux qui mentaient. En effet, la loi du 11 avril 1997 prévoyait une procédure en plusieurs étapes[166] et la création d'un tribunal *ad hoc* (la Cour de lustration, *Sąd Lustracyjny*). Ainsi, toute personne se portant candidat aux fonctions publiques prévues par la loi ou les exerçant devait remplir une déclaration de lustration dans laquelle elle indiquait ou non avoir travaillé ou collaboré avec les organes de sécurité de l'Etat. La deuxième étape se déroulait devant la Cour de lustration[167] chargée d'établir, à l'occasion d'une procédure contradictoire, si la déclaration était conforme à la vérité. La loi ne prévoyait de sanction que pour ceux qui avaient fait de fausses déclarations et qui, en conséquence, étaient démis de leurs fonctions et écartés de la haute fonction publique pour une période de dix ans (article 30 al.2). Quant à ceux qui avaient reconnu avoir collaboré, leur seule sanction était de voir leur nom et leur déclaration rendus publics. Ainsi, la loi ne tendait pas à punir les actes commis dans le passé, mais sanctionnait le mensonge et la malhonnêteté. Le but poursuivi était donc bien la transparence publique et la vérité sur le passé. Certains auteurs ont ainsi pu voir une similitude avec le mécanisme sud-africain de la Commission Vérité et Réconciliation : si en Afrique du Sud, l'amnistie a pu être accordée en échange de la vérité, en Pologne, la vérité a permis de conserver de hautes fonctions publiques[168].

Vue par les acteurs du nouveau régime, la lustration se justifiait ainsi par un « droit à la vérité ». La vérité sur le passé se devait d'être dite pour pouvoir opérer la transformation de l'Etat. A cette aspiration légitime du nouvel Etat de se reconstruire en s'appuyant sur des forces vives qui n'avaient pas contribué au fonctionnement de l'Etat socialiste ou qui avaient « confessé » leur passé, s'oppose le droit à l'oubli des anciens agents du régime socialiste.

B. Un droit à l'oubli, indispensable à la transition sociétale

Si l'on change de perspective et que l'on adopte le point de vue des anciens agents du système socialiste, l'analyse de la lustration peut se présenter d'une toute autre manière, beaucoup plus critique. C'est alors un droit à l'oubli qui peut lui être opposé, au nom de l'impératif de pacification sociale.

En effet, les procédures de lustration soulèvent la question de savoir de quelle vérité parle-t-on ? Comment savoir de manière certaine qui a collaboré ou non ? Comment accéder aux preuves de collaboration ? Ouvrir l'accès aux dossiers et aux fichiers des anciennes polices secrètes est-il suffisant pour mettre à disposition des preuves fiables ? Et qu'est-ce qui pouvait, sous le régime socialiste, être

[166] Pour une analyse détaillée, voir Malgorzata Ulla, *La lustration dans les Etats postcommunistes européens*, LGDJ – Lextenso éditions, 2014, p. 151 et suiv.
[167] Cette Cour a été créée, le 1er décembre 1998, sous la forme de la Ve Chambre de la Cour d'Appel de Varsovie. Voir Adam Czarnota, « The Politics of the Lustration Law in Poland (1989-2006) », in Alexander Mayer-Rieckh and Pablo de Greiff (dir.), *Justice as Prevention : Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Social Sciences Research Council, 2007, p. 224.
[168] Susanne Y. P. Choi and Roman David, « Lustration Systems and Trust : Evidence from Survey Experiments in the Czech Republic, Hungary, and Poland », *American Journal of Sociology*, vol. 117, n° 4, 2012, p. 1177.

assimilé à une collaboration consciente et volontaire ? Une collaboration contrainte et forcée constitue-t-elle un fait de collaboration dans le contexte très spécifique des Etats d'Europe de l'Est ?

Certes, on peut tenter d'ériger la vérité en un véritable droit de l'homme individuel. Des évolutions en ce sens ont notamment vu le jour en droit international humanitaire. C'est ainsi que la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a adopté, le 20 avril 2005, une Résolution sur le droit à la vérité, qui va de pair, d'une part, avec le droit à l'accès à la justice, le droit à un recours utile et à réparation et, d'autre part, avec le droit de savoir et d'être informé[169]. Puis, sous l'influence des familles de disparus, le droit à la vérité a été consacré en 2006 par la *Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*[170]. Mais ainsi que le souligne le Professeur de Frouville, « cette ambition d'établir la vérité, et de faire de la vérité un « droit de l'Homme » – c'est-à-dire un droit universel et réputé inhérent à la nature humaine – ne risque-t-elle pas de conduire à des blocages, à des impasses, voire à un grippage total de la mécanique sociale, l'empêchant ainsi de se renouveler et de se reproduire, autrement dit de vivre ? »[171] Appliqué au contexte est-européen post-socialiste, ce droit à la vérité est-il véritablement réalisable ? Les archives secrètes des services de sécurité communistes peuvent-elles livrer « la » vérité ou bien ne sera-ce que « leur » vérité ?[172] Finalement, l'Etat communiste – déchu – serait-il à même, par ses propres instruments d'espionnage – pourtant vilipendés – d'apporter son concours à la connaissance de la vérité ? Serait-ce là l'ironie de l'Histoire ? Ou bien, à l'inverse, l'histoire ne serait-elle pas plutôt falsifiée ?

Bien plus, la vérité est-elle souhaitable ? De fait, la transition étatique doit aller de concert avec la transition sociétale. La réussite de la transformation d'un Etat est aussi dépendante du contexte pacifié dans lequel la société va se reconstruire. Or les lois de lustration – envisagées selon une approche radicale – peuvent engendrer une division de la société en procédant à l'exclusion de certaines personnes. À la fin de son ouvrage *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paul Ricœur en vient à écrire dans l'épilogue intitulé « Le pardon difficile » : « La question est alors posée : une politique sensée est-elle possible sans quelque chose comme une censure de la mémoire ? La prose politique commence où cesse la vengeance, sous peine que l'histoire reste enfermée dans la mortelle alternance entre la haine éternelle et la mémoire oublieuse. Une société ne peut être indéfiniment en colère avec elle-même »[173]. Le célèbre philosophe, pourtant partisan d'un travail de mémoire plutôt que d'un devoir de mémoire, conclut ainsi à la fin de sa vie à l'existence d'un droit à l'oubli.

Le danger de la lustration réside en effet dans le risque de stigmatisation d'une partie de la population. Le droit à l'oubli peut à l'inverse être invoqué au nom de la nécessaire réconciliation ou du pardon.

[169] Dans sa résolution 2005/66, la Commission des droits de l'homme « *Reconnaît* qu'il importe de respecter et de mettre en œuvre le droit à la vérité afin de contribuer à mettre fin à l'impunité et à promouvoir et protéger les droits de l'homme ».
[170] L'article 24 al.2 de la Convention adoptée le 20 décembre 2006 énonce explicitement le droit à la vérité : « 2. Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue. Tout État partie prend les mesures appropriées à cet égard. »
[171] Olivier de Frouville, « Le droit de l'Homme à la vérité en droit international : à propos de quelques « considérations inactuelles », in Olivier Guerrier (dir.), *La vérité*, Presses Universitaires de Saint-Etienne, 2013.
[172] Au-delà du contenu même des documents, c'est aussi la question de leur existence qui se pose. Wojciech Sadurski explique ainsi qu'après la Révolution de Velours en Tchécoslovaquie, près de 90 % des registres de la police secrète ont été détruits. En effet, les services secrets qui contrôlaient les archives n'avaient fait l'objet d'aucune réforme jusqu'en Juin 1990, de sorte qu'il a été loisible aux agents concernés de faire disparaître les documents compromettants. Voir Wojciech Sadurski, « "Decommunisation", "Lustration", and Constitutional Continuity : Dilemmas of Transitional Justice in Central Europe », *EUI Working Paper LAW* n° 2003/15, p. 5-6.
[173] Paul Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil, 2000.

Les deux points de vue – des promoteurs de la lustration, d'une part, et des anciens agents du régime socialiste, d'autre part – s'affrontant, la légitimité des lois de lustration repose sur une nécessaire balance, un nécessaire équilibre à trouver entre droit à la vérité et droit à l'oubli.

II. LA LEGITIMITE DE LA LUSTRATION, CONDITIONNEE PAR LA NECESSAIRE CONCILIATION DU DROIT A LA VERITE ET DU DROIT A L'OUBLI

D'un instrument de régulation sociale, les lois de lustration peuvent facilement être transformées en un outil politique, attentatoire aux principes mêmes de la démocratie. La frontière entre la nécessaire régulation sociale et l'instrumentalisation du droit à des fins politiques peut être facilement franchie. C'est ce qui a été rappelé à la fois par les instances européennes, au niveau du Conseil de l'Europe, et par les Cours constitutionnelles au niveau des Etats. Ainsi deux conditions ont été dégagées qui permettent de garantir la légitimité de la lustration et d'établir un équilibre entre droit à la vérité et droit à l'oubli. La première condition concerne la durée d'application des lois de lustration (**A**) et la seconde leur champ d'application (**B**).

A. Le caractère nécessairement transitoire des lois de lustration

Destinées à faciliter le passage d'un système à un autre système, les lois de lustration ont vocation à s'inscrire dans un laps de temps plutôt court. Aussi, lorsqu'une loi de lustration est adoptée très tardivement, à un moment où l'on peut penser que la transition est si ce n'est achevée, du moins près de s'achever, elle conduit à douter de sa finalité première.

Ainsi, les instances du Conseil de l'Europe, et notamment sa commission des questions juridiques et des droits de l'homme, ont évalué à environ cinq ans la durée de l'interdiction d'exercer certaines fonctions dans le cadre de la lustration. En effet, un rapport du Conseil de l'Europe en date du 3 juin 1996 portant sur les mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes[174], contient les « Principes directeurs à respecter pour que les lois de lustration et les mesures administratives analogues soient conformes aux exigences d'un Etat de droit ». Selon ce rapport, il ne faut pas « sous-estimer la capacité d'un individu à modifier dans le bon sens son comportement et ses habitudes ; il serait préférable que les mesures de lustration prennent fin au plus tard le 31 décembre 1999, car à cette date les nouveaux régimes démocratiques devraient être consolidés dans tous les pays anciennement soumis à un régime totalitaire communiste » (point g). La lustration est présentée comme ayant vocation à protéger « la démocratie naissante ».

La Commission de Venise, également appelée Commission Démocratie par le Droit a, elle aussi, rappelé à plusieurs reprises dans les avis qu'elle a pu rendre à propos de différentes lois de lustration[175] qu'un des quatre critères à respecter était le suivant : « la lustration doit être strictement limitée dans le temps, ce qui vaut aussi bien pour la période d'application que pour la période à examiner »[176].

[174] Ce rapport rédigé par M. Severin (document n° 7568) a conduit à l'adoption, le 27 juin 1996, du projet de résolution qu'il préconisait (Résolution 1096).
[175] Elle a notamment rendu un avis à propos de la loi de lustration albanaise (CDL-AD(2009)044) et de la loi de lustration de l'ex-République yougoslave de Macédoine (CDL-AD(2012)028).
[176] Voir l'avis intérimaire relatif à la loi sur l'intégrité du gouvernement de l'Ukraine adopté par la Commission de Venise lors de sa 101e session plénière (Venise, 12-13 décembre 2014) – CDL-AD (2014)044-f.

Enfin, une position similaire a été adoptée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans ses décisions[177]. Ainsi, dans l'arrêt du 27 juillet 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, la Cour de Strasbourg a admis que les buts poursuivis par la loi sur le KGB de 1999 étaient légitimes : la loi de lustration avait bien pour objectif la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, du bien-être économique du pays et des droits et libertés d'autrui. Elle a cependant condamné la Lituanie sur le fondement d'une violation de la Convention et plus précisément de l'article 14 interdisant toute discrimination, combiné avec l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée. En effet, la Cour a également tenu compte du fait que la loi avait pris effet presque dix ans après la déclaration d'indépendance de la Lituanie[178]. La Cour Européenne a donc conclu à l'aspect disproportionné de la mesure, « même si l'on a égard à la légitimité des buts qu'elle poursuivait ». Elle a ensuite établi, par une jurisprudence constante, comme quatrième condition de la conventionnalité d'une mesure de lustration que « les autorités nationales doivent garder à l'esprit que, les mesures de lustration étant, par leur nature, temporaires, la nécessité objective d'une restriction des droits individuels résultant d'une telle procédure décroît avec le temps »[179].

Le facteur « temps » a également été au centre des décisions des Cours constitutionnelles nationales. Ce fut notamment un élément-clé du raisonnement du Tribunal Constitutionnel de Pologne dans la décision qu'il a rendue le 11 mai 2007[180] à propos de la deuxième loi de lustration polonaise adoptée le 18 octobre 2006 et entrée en vigueur le 15 mars 2007[181]. Cette loi avait été adoptée sous l'impulsion des frères Kaczyński du Parti *Droit et Justice* arrivés au pouvoir en 2005. Elle prévoyait que tous les hauts fonctionnaires, les professeurs, les avocats, les directeurs d'école et les journalistes nés avant août 1972 devaient avouer s'ils avaient collaboré « secrètement et consciemment avec les anciens services de sécurité communistes ». En cas de collaboration prouvée, ils étaient démis de leurs fonctions tandis que ceux qui refusaient de se soumettre au questionnaire encourraient une interdiction d'exercer pendant dix ans. Ainsi, la période d'exclusion de certaines fonctions pouvait courir jusqu'à 2017 voire même au-delà. Une telle législation conduit à s'interroger sur les finalités réellement poursuivies par la loi : le but est-il vraiment de permettre la reconstruction des fondements du nouvel Etat, alors que la Pologne a entamé sa transition lors des évènements révolutionnaires de 1989 et a adopté une Constitution démocratique en 1997 ?

Et c'est d'ailleurs la question que s'est posée le Tribunal Constitutionnel polonais. Parmi les arguments avancés pour déclarer l'inconstitutionnalité de la loi, le Tribunal Constitutionnel a considéré que l'interdiction faite à certaines personnes d'exercer des fonctions en raison de leur participation à l'ancien système doit s'appliquer pendant une période de temps raisonnable. Il serait injuste de ne pas apprécier les changements positifs de comportements des individus. Ainsi, le Tribunal polonais a estimé

---

[177] La Cour de Strasbourg a rendu de nombreuses décisions à propos de la lustration dans des affaires concernant la Slovaquie (*Turek c. Slovaquie*, requête n° 57986/00, 14 février 2006), la Pologne (*Matyjek c.Pologne*, requête n° 38184/03, 30 mai 2006 ; *Luboch c. Pologne*, requête n° 37469/05 ; 15 janvier 2008; *Bobek c. Pologne*, requête n° 68761/01, 17 juillet 2007 ; *Schulz c. Pologne*, requête n° 43932/08, 13 novembre 2012), la Lituanie (*Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, requêtes n° 55480/00 et 59330/00, 27 juillet 2004 ; *Rainys et Gasparavičius c. Lituanie*, requêtes n° 70665/01 et 74345/01, 7 avril 2005 ; *Žičkus c. Lituanie*, requête n° 26652/02, 7 avril 2009), la Lettonie (*Žđanoka c. Lettonie*, requête n° 58278/00, 16 mars 2006 ; *Adamsons c. Lettonie*, requête n° 3669/03, 24 juin 2008) ou encore plus récemment la Roumanie (*Naidin c. Roumanie*, requête n° 38162/07, 21 octobre 2014).

[178] Les restrictions imposées aux requérants quant à leurs activités professionnelles avaient eu lieu respectivement 13 ans (J. Sidabras) et 9 ans (K. Džiautas) après leur départ du KGB.

[179] Affaire *Adamsons c. Lettonie*, jugement définitif du 1er décembre 2008, requête n° 3669/03 (point 116).

[180] Faisant près de 200 pages, la décision du 11 mai 2007 (K2/07) est présentée, dans ses grandes lignes, en français sur le site du Tribunal Constitutionnel de Pologne.
Voir http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/Jugementdu11mai2007_arret.pdf

[181] La loi s'intitule Loi sur la divulgation des informations relatives aux documents des organes de sécurité de l'Etat des années 1944-1990 ainsi qu'au contenu de ces documents et a été publiée au *Journal Officiel*, n° 218, texte 1592.

que la transition était achevée en Pologne et que la nouvelle loi n'était en fait qu'un instrument politique de lutte contre les Communistes, un instrument de vengeance.

La même interrogation peut alors être soulevée s'agissant de la loi adoptée en Ukraine en 2015 qui, en son article 1.2, englobe deux périodes différentes de régime non démocratique : le régime communiste soviétique (– qui a disparu il y a plus de 24 ans ! –) et l'usurpation de pouvoir par le Président de l'Ukraine Viktor Ianoukovitch (soit du 25 février 2010 au 22 février 2014). La loi de lustration intervient 18 ans après l'adoption de la Constitution démocratique du 28 juin 1996 et les effets de la lustration s'étendent sur une durée de dix ans après l'entrée en vigueur de la loi ou cinq ans après la prise d'effets des jugements. Dans son avis, la Commission de Venise s'interroge « sur la nécessité pour l'Ukraine de se défendre contre ceux qui ont été liés au régime communiste soviétique, plus de deux décennies après la chute de ce régime » et elle invite l'Ukraine à présenter des « raisons convaincantes » si elle veut appliquer la théorie de « la démocratie qui se défend » (« streitbare/wehrhafte Demokratie »)[182].

Ces différentes positions – européennes et nationales – permettent ainsi finalement de faire advenir un certain droit à l'oubli au profit des anciens acteurs du système précédent. Au-delà d'un certain délai, les procédures de lustration doivent être abandonnées, en raison de leur inadaptation. Elles peuvent, le cas échéant, être remplacées par des poursuites pénales en cas de violation grave des droits de l'homme. Mais la lustration ne saurait être utilisée à des fins de revanche ou punitives, ce qui s'impose également quant à son champ d'application.

B. Le caractère nécessairement proportionnel des mesures de lustration

Ainsi que le souligne Natalia Letki, le but de la lustration, en tant qu'instrument de la « justice transitionnelle » n'est pas de punir mais d'accompagner ou de rendre possible la démocratisation[183]. Dès lors, la détermination des sujets de la lustration, tout comme les sanctions auxquelles ils s'exposent, doivent être conformes au principe de proportionnalité vis-à-vis du but recherché.

L'impératif de proportionnalité est en effet au fondement des décisions adoptées par la Cour Européenne des droits de l'homme en matière de lustration. C'est ainsi que dans l'affaire *Sidabras et Džiautas c. Lituanie* citée *supra,* la Cour de Strasbourg estime au point 59 qu'il « est dès lors impossible de déterminer s'il existe un lien raisonnable entre les postes concernés et les buts légitimes visés par l'interdiction d'occuper ces postes. Selon la Cour, une telle législation est dépourvue des sauvegardes nécessaires pour éviter toute discrimination et pour garantir un contrôle juridictionnel adéquat et approprié de la décision d'infliger semblables restrictions ». Par ailleurs, la Cour de Strasbourg a pu établir comme second critère de la conventionnalité d'une mesure de lustration que cette dernière « ne doit pas exclusivement servir des fins de châtiment ou de vengeance, la punition des personnes coupables relevant en premier lieu du domaine du droit pénal »[184]. Ainsi, réapparaît de nouveau l'idée d'un droit à l'oubli, lorsque la lustration est appliquée par les Etats de manière disproportionnée et instrumentalisée.

En effet, la frontière est étroite entre un mécanisme destiné à révéler ou dire la vérité et un mécanisme de vengeance contre certaines personnes. Ainsi, la seconde loi de lustration polonaise de 2007[185] avait

[182] Avis précité CDL-AD (2014)044-f, p. 9-10.
[183] Natalia Letki, *op.cit.*, p. 535.
[184] Affaire *Adamsons c. Lettonie*, jugement définitif du 1er décembre 2008, requête n° 3669/03 (point 116).
[185] Telle qu'amendée par la loi du 14 février 2007.

élargi son champ d'application au-delà des activités du secteur public, augmentant par ricochet le nombre de personnes susceptibles « d'être lustrées »[186]. Etaient concernés par la loi les directeurs des écoles privées, les conseillers fiscaux et les notaires, les journalistes, les experts-comptables etc… Dans quelle mesure ces activités pouvaient-elles porter atteinte au fonctionnement même de l'Etat ? De plus, un délit de lustration était institué qui se trouvait constitué soit en cas de refus de déposer la déclaration de lustration, soit en cas de déclaration mensongère. La conséquence juridique était la privation d'exercer des fonctions publiques pendant dix ans. Enfin, la nouvelle loi supprimait la Cour de lustration pour confier les investigations aux mains de l'Institut de la Mémoire Nationale, dont le collège était composé, non de juges indépendants, mais de onze historiens désignés par la Diète (7), le Président (2) et le Sénat (2)[187].

Le Tribunal Constitutionnel polonais a souligné dans sa décision du 11 mai 2007 citée *supra* que le principe de proportionnalité (prévu à l'article 31 al.3 de la Constitution polonaise) et le principe de l'Etat de droit démocratique (article 2 de la Constitution polonaise) constituaient « interprétés ensemble les standards les plus fondamentaux liant le législateur ». Ainsi a-t-il déclaré la loi partiellement inconstitutionnelle, considérant que certaines de ses dispositions ne satisfaisaient pas les critères d'« adéquation, de nécessité et de correspondance ». Le Président du Tribunal Constitutionnel a souligné qu'en « luttant contre les vestiges du régime totalitaire, l'Etat doit appliquer les règles de l'Etat de droit démocratique, dans le cas contraire, il ne serait pas meilleur que l'Etat totalitaire »[188]. De fait, l'adoption de la deuxième loi polonaise s'est faite dans un contexte hautement politisé, la loi sur la lustration servant d'instrument contre l'opposition, notamment communiste.

Un scénario par certains aspects semblable s'est déroulé en Hongrie avec l'adoption, le 11 mars 2013, de l'article 3 du 4e amendement à la Constitution hongroise qui introduit un nouvel article U condamnant le passé communiste de la Hongrie et qui peut être analysé comme constitutionnalisant la lustration. Au-delà de la régulation du passé et de la volonté de dire la vérité sur ce passé encore douloureux, certaines dispositions conduisent à douter du but poursuivi. De fait, la fin de l'alinéa 1er souligne que « les partis politiques successeurs du Parti socialiste ouvrier hongrois (MSZMP) continuent à partager la responsabilité de leurs prédécesseurs en tant que bénéficiaires de leurs biens accumulés illégalement ». Comment ne pas voir en arrière-plan se dresser la figure de l'actuel parti socialiste, le MSZP, premier concurrent du parti au pouvoir le Fidesz-KDNP, mais aussi héritier du MSZMP, le parti communiste hongrois jusqu'en 1989[189] ? Ainsi, les mesures de lustration ont vocation à prendre une revanche contre le passé communiste mais aussi à neutraliser un adversaire politique. La Commission de Venise, dans son avis des 14-15 Juin 2013, à propos du 4e Amendement invite ainsi la Hongrie à faire en sorte que « la revanche ne l'emporte pas sur la protection de la démocratie »[190]. On mesure alors toute l'ambivalence des lois lustration en fonction des usages politiques et symboliques qui en sont faits. Et il est peu certain qu'un usage instrumentalisé soit facteur de réconciliation sociale.

[186] De fait, il a été calculé que, selon les estimations, entre 400.000 à 700.000 personnes pouvaient être concernées parmi 53 métiers et professions (alors que la première loi ne touchait qu'environ 30.000 personnes).
[187] Sur ce point voir : Malgorzata Ulla, « Le processus de lustration dix-huit ans après la chute du régime communiste en Pologne », *Revue d'Etudes Politiques et Constitutionnelles Est-Européennes*, numéro spécial 2008, p. 41 et suiv.
[188] Cité par Malgorzata Ulla, *Ibid*., p. 45.
[189] Voir sur ce point l'analyse très fine de Laurianne Allezard, *La Constitution hongroise : entre souveraineté et Europe*, Mémoire dactylographié de Master II, Ecole de droit de l'Université d'Auvergne, 2014, p. 70 et suiv.
[190] Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, 14-15 June 2013 CDL-AD(2013)012-e, p. 7. La Commission de Venise cite en fait un extrait de l'avis qu'elle a rendu à propos de la Macédoine et qui reflète les mêmes difficultés liées à l'instrumentalisation politique de la lustration en Macédoine, avec une loi de 2008 amendée en 2012, soit plus de vingt ans après la transition (Voir CDL-AD(2012)028, Amicus Curiae Brief on the law on determining a criterion for limiting the exercise of public office, access to documents and publishing, the co-operation with the bodies of the state security of the former Yugoslav Republic of Macedonia).

* * *

La légitimité de la lustration commence avec un droit à la vérité qui est une condition pour une transformation d'un système donné apaisée. Mais ce droit à la vérité est telle la liberté définie à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et que l'on rappellera brièvement : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits.* » De la même manière, le droit à la vérité s'arrête là où commence le nécessaire respect du droit à l'oubli. Car l'Etat de droit ne saurait se construire contre l'Etat de droit, comme l'ont rappelé différentes Cours constitutionnelles de l'Europe centrale et orientale. Et le légitime droit à la vérité ne saurait, dans un contexte complexe de transition, conduire à faire totalement disparaître un droit à l'oubli nécessaire à la pacification de la société. Car entre « la haine éternelle et la mémoire oublieuse », pour reprendre les termes de Paul Ricœur, mieux vaut préférer un « pardon difficile »…

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

LE DROIT A L'OUBLI EN MATIERE PENALE : PEUT-ON OUBLIER UNE INFRACTION ?

*Evan **RASCHEL**,*
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université d'Auvergne, CMH EA 4232

Existe-t-il un droit à l'oubli en matière pénale ? Plus simplement formulé, peut-on oublier une infraction[191] ?

L'oubli en matière pénale est peut-être plus délicat qu'ailleurs, pour la raison que classiquement du moins, le pénal « symbolise l'extrême et l'essentiel »[192]. Par la sévérité de ses peines d'une part ; par les faits qu'il choisit d'incriminer d'autre part, puisqu'il s'agit de protéger les valeurs jugées essentielles à la vie en société. L'infraction pénale, en cela, a pu être décrite par Durckheim comme l'offense aux « états forts et définis de la conscience collective »[193] : comment pourrait-on l'oublier ?

Pourtant en matière pénale comme ailleurs, il est possible d'oublier ; mieux, il faut oublier. La société n'a-t-elle pas intérêt, au bout d'un certain temps, à refermer les plaies du passé plutôt que les rouvrir ? La réinsertion du délinquant est devenue un des objectifs de la peine elle-même, et cette réinsertion passe par l'oubli de son passé pénal.

Cette explication, romantique en un sens, semble perdre du terrain. Et s'il fallait dégager une tendance générale de cette thématique de l'oubli en matière pénale, celle-ci tiendrait sans doute dans la résurgence du passé pénal du délinquant, autrement dit dans un recul du droit à l'oubli.

Pour s'en apercevoir, il est utile de distinguer entre deux hypothèses très différentes. En premier lieu, lorsque l'infraction est punie (**I**), le trouble est souvent réparé, la rétribution a eu lieu, on conçoit que l'oubli de l'infraction soit tout à fait envisageable, quoique le passé pénal puisse encore resurgir. En revanche, et en second lieu, lorsque l'infraction est restée impunie (**II**), l'oubli est bien plus délicat : c'est la question de la prescription, qui a donné lieu à de récents et spectaculaires développements.

I. PEUT-ON OUBLIER UNE INFRACTION PUNIE ?

La condamnation pénale laisse des traces, informant la société du passé pénal du délinquant (**A**), traces qu'il est parfois possible d'effacer (**B**).

A. Les traces du passé pénal

Même punie, la violation d'un interdit pénal laisse des traces. La conséquence la plus évidente en est la récidive, puisque le passé pénal du délinquant resurgit, pour aggraver la peine qu'il encourt en raison de

[191] Sur cette question, V. C. Hardouin Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, préf. A. Decocq, LGDJ, 2008, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 44 ; H. Matsopoulou, L'oubli en droit pénal, *in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 771 et s.
[192] Y. Mayaud, La loi penale, instrument de valorisation sociale, *in Code penal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Universite Paris II Pantheon-Assas, Dalloz, 2010, p. 3 et s.
[193] E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 9e ed., 1973, p. 47.

la deuxième infraction : ce passé pénal permettait auparavant de créer des peines minimales (dites peines planchers), disparues depuis la loi du 15 août 2014[194] ; aujourd'hui il permet encore d'augmenter le plafond des peines[195].
Mais comment ces traces perdurent ? À une époque ancienne, on marquait certains criminels physiquement[196] ; quant aux récidivistes, ils étaient marqués à titre de peine accessoire en se voyant imposer une marque au fer rouge, imprimant la lettre « R » sur l'épaule, ou « VR » pour voleur récidiviste. A notre époque plus civilisée, du moins sous cet aspect, les traces perdurent surtout dans le casier judiciaire (1), généralisé par une circulaire de 1850, ainsi que dans les différents fichiers de police (2).

1°) Le casier judiciaire national automatisé

Ce casier reçoit notamment les condamnations prononcées pour crime, délit ou contravention de 5e classe, ainsi que les déclarations de culpabilité assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement du prononcé de la peine[197]. Il ne reçoit les condamnations pour les contraventions des quatre premières classes que si une mesure d'interdiction, de déchéance ou d'incapacité a été prise[198]. Les fiches ainsi créées doivent ensuite mentionner les grâces, commutations ou réductions de peines, les décisions de libération conditionnelle et de révocation, les décisions de suspension de peine, de rétention ou de surveillance de sûreté, ainsi que le renouvellement de ces mesures, les réhabilitations ainsi que la date d'expiration de la peine et du paiement de l'amende[199].

Au-delà, le casier judiciaire n'offre qu'une mémoire assez sélective du passé pénal des justiciables. En effet, sont immédiatement retirées les fiches relatives aux jugements ou arrêts de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, lorsque l'hospitalisation d'office a pris fin ou lorsque les autres mesures de sûreté ont cessé leurs effets. Par ailleurs, sont retirées à l'expiration d'un délai de 3 ans les dispenses de peines, les condamnations pour contravention, les condamnations prononcées contre des mineurs ; enfin, sont retirées à l'expiration d'un délai de 40 ans les fiches relatives aux autres condamnations, à moins qu'elles ne soient prononcées pour des faits imprescriptibles.

Pour mieux apprécier l'atteinte au droit à l'oubli que cause le contrôle judiciaire, il faut se demander ensuite qui y a accès. Tout dépend en réalité du numéro du bulletin. Le bulletin n° 1 (B.1) est un relevé intégral des fiches du casier judiciaire applicables à une même personne ; mais ce bulletin n'est délivré qu'aux autorités judiciaires. C'est lui qui sert, dans la plupart des cas, à démontrer l'état de récidive légale de la personne poursuivie[200]. Le bulletin n° 2 (B.2) peut, lui, être délivré à d'autres autorités administratives françaises ou européennes[201] ; toutefois, il est expurgé des condamnations prononcées quand l'intéressé était mineur, ou qui ont fait l'objet d'une réhabilitation de plein droit ou judiciaire, ainsi que des condamnations qui concernaient une contravention, ou qui, étant assorties d'un sursis non révoqué, doivent être considérées comme non avenues[202]. Sont également exclues les condamnations à

[194] Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.
[195] Articles 132-8 et suivants du Code pénal.
[196] Chacun se souvient de la Comtesse de Winter marquée au fer rouge de la fleur de lys dans les *Trois Mousquetaires*, ou de Jean Valjean traînant la marque des bagnards dans *Les misérables*.
[197] Sauf dans certains cas de dispense de peine, V. l'article 132-59 du Code pénal.
[198] Article 768, 2° du Code de procédure pénale.
[199] Article 769 du Code de procédure pénale.
[200] Article 774 du Code de procédure pénale.
[201] Article 776 du Code de procédure pénale.
[202] Article 775 du Code de procédure pénale.

des peines autres que l'emprisonnement, à l'expiration d'un délai de 5 ans[203]. Les juridictions ont par ailleurs la possibilité discrétionnaire d'exclure la mention d'une condamnation de ce bulletin. Le bulletin n° 3 (B.3) peut lui être réclamé par la personne qu'il concerne[204]. Il ne contient que certaines condamnations prononcées pour crime ou délit et qui ne sont pas exclues du bulletin précédent.

L'enjeu des prochaines années sera la mise en place d'un casier judiciaire européen permettant un véritable traitement de la récidive à l'échelle européenne. Il s'agit moins de créer une institution commune que de permettre une consultation facilitée des différents casiers nationaux par les autorités judiciaires, ce que prévoit une décision-cadre du 26 février 2009 : l'objectif est d'instaurer un modèle type de demande d'antécédents judiciaires traduit dans les différentes langues de l'Union européenne. Cette hypothèse doit être suivie de près, puisque c'est alors à l'échelle européenne que sera posée la question du droit à l'oubli du passé pénal des individus.

2°) Les fichiers de police

Il existe une petite centaine de fichiers différents, répondant à des finalités variables. Le traitement des antécédents judiciaires (TAJ) par exemple, a été créé par un décret du 27 décembre 2013. Ce fichier, placé sous le contrôle du procureur de la République, sera également surveillé par un magistrat référent[205]. Il peut contenir des informations sur les personnes, sans limitation d'âge, à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission de crimes, de délits et de certaines contraventions, ainsi que des informations sur les victimes de ces infractions.

Mais ces fichiers ne peuvent maintenir durablement des informations, sous peine d'attenter au droit au respect de la vie privée des individus[206]. La Cour EDH l'a rappelé assez récemment dans un arrêt de condamnation de la France[207]. Dans cette affaire, un homme est placé en garde à vue à la suite d'une plainte pour violences conjugales. Il est alors inscrit au système de traitement des infractions constatées (STIC). Plus tard, une médiation pénale[208] entraîne un classement sans suite de l'affaire. L'intéressé sollicite alors du procureur l'effacement de ses données, sans succès, car le classement sans suite n'est pas fondé sur une absence d'infraction mais seulement sur un arrangement des parties. La Cour EDH observe évidemment que l'inscription au STIC, ce pendant une durée de 20 ans, a constitué une ingérence dans le droit à la vie privée (article 8 de la Convention). La cour relève que la loi française ne donnait au procureur le pouvoir d'ordonner l'effacement d'une fiche que dans un nombre restreint d'hypothèses, et ce même procureur n'avait pas compétence pour vérifier la pertinence du maintien des informations concernées dans le STIC au regard des éléments de fait et de personnalité. Autrement dit, on reproche l'absence de contrôle effectif en raison de l'absence de marge réelle d'appréciation. Cet arrêt peut n'avoir qu'une portée limitée, car il porte sur des faits antérieurs à la modification du STIC par une loi du 14 mars 2011. Mais en réalité, le droit n'a que peu changé depuis : la Cour EDH note d'ailleurs que le magistrat référent qui existe désormais, dispose des mêmes pouvoirs d'effacement et de rectification que le procureur avant lui. Sans doute faudrait-il juridictionnaliser le traitement des

[203] A compter du jour où les condamnations sont devenues définitives – 3 ans s'il s'agit d'une condamnation à une peine de jours-amende.
[204] Article 777 du Code de procédure pénale.
[205] Articles 230-8 et 230-9 du Code de procédure pénale.
[206] Protégé notamment par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
[207] CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*.
[208] Article 41-1, 5° du Code de procédure pénale.

requêtes en prévoyant l'intervention du juge des libertés et de la détention, à l'instar de ce qui est prévu pour les demandes d'effacement d'autres fichiers[209].

B. L'effacement du passé pénal

Au-delà des demandes particulières d'effacement des mentions dans les fichiers, il existe des mécanismes juridiques qui permettent, de façon bien plus efficace, une forme d'oubli. Plusieurs manifestent une forme de pardon à l'égard du délinquant, mais toutes ne signifient pas pour autant que l'infraction est oubliée. C'est le cas du relèvement et, cas plus connu, de la grâce, qui est une faveur du chef de l'Etat dispensant un condamné d'exécuter tout ou partie de sa peine, pour l'avenir, mais en maintenant, sauf très rares nuances, le principe de la condamnation pénale ainsi que toutes ses conséquences.

En revanche, deux institutions ont longtemps entraîné effacement de la peine avec extinction de la condamnation : l'amnistie (1), et la réhabilitation (2). Depuis une loi du 5 mars 2007, seule l'amnistie correspond désormais à l'hypothèse : cette loi a limité les conséquences de la réhabilitation au seul effacement de la peine, sans extinction, en principe, de la condamnation.

1°) L'extinction des peines avec effacement de la condamnation : l'amnistie

L'amnistie est issue d'un terme grec signifiant « oubli, pardon », elle consiste à ôter rétroactivement à certains faits leur caractère délictueux. L'amnistie étant l'expression de la volonté générale, même lorsqu'elle porte sur des contraventions, elle relève de la compétence du seul Parlement[210] : on a dit que c'était le pendant de l'opportunité des poursuites[211], mais accordé au législateur. Sa loi doit clairement identifier les infractions amnistiables : leur nature, leur gravité et le moment au cours duquel elles doivent avoir été commises. Il appartient encore au Parlement de préciser le régime de l'amnistie : de plein droit ou conditionnelle[212] ; directe ou indirecte : en ce dernier cas le législateur en délègue l'attribution soit au pouvoir exécutif (grâce amnistiante) soit au juge répressif lui-même (amnistie judiciaire).

L'amnistie a pour effet principal d'effacer le fait en tant qu'infraction[213]. Elle peut jouer avant même les poursuites, ou pendant, donc avant toute condamnation. Si la poursuite a déjà été engagée, il y aura non-lieu, relaxe ou acquittement. L'amnistie est alors une cause d'extinction de l'action publique[214], et cela vaut pour des poursuites sous toutes les qualifications possibles[215].
Pour ce qui nous intéresse davantage, si l'amnistie joue après une condamnation définitive, elle efface condamnation et peine, et cela en principe avec effet rétroactif. Ainsi la condamnation, d'abord, cesse de figurer au casier judiciaire[216] et au sommier de police technique[217], qui est tenu au Ministère de l'intérieur et ne mentionne que les condamnations à des peines privatives de liberté. En conséquence,

[209] Par exemple pour le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG).
[210] Article 34, alinéa 3 de la Constitution.
[211] Article 40 du Code de procédure pénale.
[212] La condition peut par exemple tenir à la bonne conduite du délinquant.
[213] Article 133-9 du Code pénal.
[214] Article 6 du Code de procédure pénale.
[215] Mais en cas d'infractions multiples, il y a amnistie pour le tout si l'amnistie porte sur la plus grave, sauf pour les infractions exclues de l'amnistie.
[216] Articles 769, alinéa 3 et R. 70 du Code de procédure pénale.
[217] Article 773-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

elle ne fait plus obstacle au sursis, et ne compte plus pour la récidive. Toutefois, l'amnistie n'efface pas les informations du fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles[218] : l'oubli n'est pas total ! La peine, ensuite, s'éteint si elle est en cours d'exécution. Mais pendant longtemps, malgré l'amnistie, et après condamnation définitive, a été consacré le maintien de certaines mesures de sûreté[219], sauf disposition contraire de la loi d'amnistie. Aujourd'hui, les lois d'amnistie plus récentes consacrent le principe inverse pour les mesures de police et de sûreté : le principe est l'application de l'amnistie, sauf les exceptions énumérées par la loi, par exemple les interdictions professionnelles.

En conséquence de cette double disparition de la condamnation et de la peine, pour s'assurer de l'effectivité de l'oubli, l'article 133-11 du Code pénal interdit « à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque ». En dehors du Code pénal, plusieurs lois d'amnistie ont édicté la même interdiction, pénalement sanctionnée : on ne peut donc pas rappeler dans une assignation ni le principe ni le quantum de la condamnation amnistiée, ni conserver dans un dossier de salariés des sanctions disciplinaires amnistiées, ni mentionner une sanction disciplinaire dans un rapport sur la carrière d'un agent. Ces interdictions valent sous réserve de permissions exceptionnelles, où le dossier pénal peut être versé aux débats d'une instance sur les intérêts civils, et où les droits de la défense peuvent justifier un plaideur qui évoque une condamnation amnistiée[220].

L'amnistie a en principe un effet rétroactif. Ainsi le sursis qui avait été révoqué par une infraction ayant donné lieu à une condamnation amnistiée est rétabli[221]. Mais de nombreuses limites ont été apportées à cette rétroactivité : malgré la remise des peines, l'amnistie ne donne pas lieu à restitution[222]. L'amende, déjà payée avant l'amnistie, n'est donc pas remboursée : la solution constitue une prime aux mauvais payeurs, qui diffèrent le paiement de l'amende dans l'attente de l'amnistie, et qui n'auront pas à la payer après, alors que l'amende ne sera pas remboursée à ceux qui l'avaient payée rapidement. Autre limite : en cas de diffamation, la preuve de la vérité des faits est admise pour des faits constituant une infraction amnistiée[223]. En tous les cas, et c'est la limite la plus importante, si l'amnistie a bien pour effet d'effacer le fait en tant qu'infraction, ce même fait amnistié demeure pour les réparations civiles. La victime peut donc exercer l'action civile, malgré l'extinction de l'action publique, et obtenir des dommages-intérêts : c'est le principe de la réserve du droit des tiers[224].

2°) L'effacement des peines sans extinction de la condamnation : la réhabilitation

C'est une institution qui a été conçue pour permettre à un condamné de retrouver les droits perdus à la suite de sa condamnation (on disait jadis : son « titre d'honnête homme »). Elle a longtemps produit par principe les mêmes effets que l'amnistie, en effaçant condamnation et peine, mais depuis une réforme du 5 mars 2007, elle n'a plus, sauf exceptions, que cette seconde conséquence.

[218] Article 706-53-4, alinéa 4 du Code de procédure pénale.
[219] Par exemple l'admonestation, la fermeture d'établissement, la suspension du permis de conduire…
[220] Cass. crim., 19 juin 2007, n° 06-86309, Bull. crim., n° 163 : « l'interdiction du rappel de sanctions amnistiées ne saurait faire obstacle, pour les tiers, à l'exercice normal des droits de la défense ».
[221] Article 133-9 du Code pénal.
[222] Article 133-9 du Code pénal.
[223] Conseil constitutionnel, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC, abrogeant le c) de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 qui disposait le contraire.
[224] Article 133-10 du Code pénal.

D'ailleurs, dès avant cette loi, la réhabilitation différait de l'amnistie. D'abord en ce que l'amnistie peut intervenir avant condamnation et même avant poursuites, alors que la réhabilitation suppose une condamnation, et même, le plus souvent, l'exécution intégrale de la peine. Ensuite, l'amnistie efface en principe tout : passé, présent, avenir, mais laisse subsister certaines mesures. La réhabilitation, qui a désormais elle aussi un large effet rétroactif, permet de faire disparaître même ces mesures, non atteintes en principe par l'amnistie[225]. C'est la raison pour laquelle, malgré la fréquence des lois d'amnistie, la réhabilitation sera sans doute appelée à être plus souvent utilisée, sous sa forme judiciaire, malgré les délais qu'elle suppose.

Il existe deux formes de réhabilitation : judiciaire et légale.
La réhabilitation judiciaire suppose d'abord une exécution complète de la peine (libération du détenu, paiement de l'amende…) ; elle suppose ensuite l'écoulement d'un certain délai (dit « délai d'épreuve »), de 1, 3 ou 5 ans[226], selon que la peine prononcée est contraventionnelle, correctionnelle ou criminelle. La réhabilitation est demandée par le condamné lui-même. La demande est adressée au procureur de la République puis, après d'autres procédures, la chambre de l'instruction devient compétente.
La réhabilitation légale est un moyen souvent plus long, mais toujours plus discret que la réhabilitation judiciaire. En effet elle opère de plein droit, au bout d'un certain délai écoulé sans nouvelle condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle : alors que la réhabilitation judiciaire constate l'amendement, la réhabilitation légale le présume. La réhabilitation légale suppose l'exécution de la peine, l'écoulement d'un certain temps[227] et l'absence de condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle pendant ce délai.

La réhabilitation permet-elle un droit à l'oubli ? Traditionnellement, la réhabilitation effaçait la condamnation ; depuis le Code pénal de 1992, elle produisait même les effets de l'amnistie. Mais depuis la loi du 5 mars 2007 cet effacement est grandement atténué.

La réhabilitation judiciaire est portée en marge des décisions de condamnation[228]. La condamnation cesse de figurer au sommier de police technique[229] ; on notera que la réhabilitation rend recevable la demande d'effacement, par l'intéressé, des informations le concernant figurant au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes[230].

Quant au casier judiciaire, la condamnation n'est plus mentionnée au B.2[231] ni au B.3[232], c'est-à-dire, respectivement, le relevé des fiches du casier, mais ce relevé n'est pas intégral comme l'est le B.1 ; le B.3 de son côté ne concernant que les condamnations pour crimes ou délits. Mais mention est seulement portée sur les fiches du casier judiciaire[233] qui n'en sont donc pas retirées : la réhabilitation n'efface pas la condamnation. Toutefois, l'arrêt qui accorde la réhabilitation judiciaire peut ordonner un tel retrait, si bien que la condamnation n'est plus mentionnée non plus au B.1[234]. De même, toute personne qui a

[225] Par exemple, une interdiction professionnelle ; la réhabilitation a donc pour effet principal de faire cesser pour l'avenir toutes les incapacités et déchéances qui résultaient de la condamnation (article 133-16, alinéa 1er du Code pénal).
[226] Articles 785 et suivants du Code de procédure pénale.
[227] Entre 3 et 10 ans selon les cas (article 133-13 du Code pénal, lequel prévoit par ailleurs un certain nombre d'exceptions).
[228] Article 798 du Code de procédure pénale.
[229] Article 773-1 du Code de procédure pénale.
[230] Le FIJAIS (article 706-53-10, alinéa 2 du Code de procédure pénale).
[231] Article 775, 5° du Code de procédure pénale.
[232] Article 777 du Code de procédure pénale.
[233] Article 769, alinéa 1er du Code de procédure pénale.
[234] Articles 798 et 769, 8° du Code de procédure pénale.

bénéficié d'une réhabilitation légale peut demander à la chambre de l'instruction d'ordonner que la condamnation soit retirée du casier judiciaire et ne soit plus mentionnée au B.1[235].

La réhabilitation agit indivisiblement : elle s'étend à toutes les condamnations précédentes[236]. Mais depuis la loi du 5 mars 2007, la condamnation réhabilitée compte pour la récidive[237] – sauf décision de retrait de la fiche -, et fait obstacle au sursis.

Comme pour l'amnistie, il est interdit aux personnes ayant connaissance, dans l'exercice de leurs fonctions, de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles effacées par la réhabilitation, d'en rappeler l'existence, sous quelque forme que ce soit, ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque[238]. Mais la chambre criminelle juge que la règle ne s'applique pas au juge : outre qu'il peut se référer à une condamnation réhabilitée pour l'application des règles de la récidive[239], il peut faire de même lors de nouvelles poursuites pour apprécier la peine à prononcer[240]. Comme pour l'amnistie également, en cas de diffamation, la preuve de la vérité des faits est admise même pour des faits ayant donné lieu à une condamnation réhabilitée[241]. Enfin comme pour l'amnistie toujours, la réhabilitation ne préjudicie pas aux tiers[242].

Ainsi le droit à l'oubli pour une infraction ayant été punie existe, même s'il est soumis à des conditions et un régime sévères. Cependant, ce droit à l'oubli s'amenuise encore lorsque l'infraction en présence est restée impunie.

II. PEUT-ON OUBLIER UNE INFRACTION IMPUNIE ?

C'est ici poser la question de la prescription, qui est un mécanisme très présent en matière pénale. Deux cas doivent être distingués. La prescription est, à titre principal, celle de l'action publique (**A**), à titre plus secondaire, celle de la peine elle-même (**B**).

A. La prescription de l'action publique

La prescription de l'action publique signifie l'extinction du droit de poursuivre pénalement, passé un certain délai. Ce délai est d'un an en matière contraventionnelle, trois en matière correctionnelle, dix en matière criminelle. Mais de multiples exceptions sont prévues. Les délais peuvent d'abord être raccourcis, même si les illustrations sont rares. La plus connue est tirée du droit de la presse, qui prévoit un délai de trois mois, même pour les délits[243]. Mais cette faveur ne concerne que les incriminations comprises dans la loi du 29 juillet 1881. Les autres, par exemple les outrages[244], sont soumises à la prescription classique, de même que les provocations et apologies du terrorisme depuis la loi du 13 novembre 2014[245], puisque les textes ont été déplacés, de la loi de 1881 vers le Code pénal.

[235] Article 798-1 du Code de procédure pénale.
[236] Article 785, alinéa 2 du Code de procédure pénale.
[237] Article 133-16, alinéa 3 du Code de procédure pénale.
[238] Article 133-16 du Code de procédure pénale.
[239] Article 133-16, alinéa 3 du Code de procédure pénale.
[240] Cass. crim., 28 mai 2013, n° 12-81468, Bull. Crim., n° 118.
[241] Conseil constitutionnel, 7 juin 2013, préc.
[242] Article 133-16 du Code pénal.
[243] Article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[244] Articles 433-5 et 434-24 du Code pénal.
[245] Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

Plus souvent, les délais peuvent être allongés : ainsi des infractions sexuelles, du terrorisme… Depuis l'affaire *Klaus Barbie*, les crimes contre l'humanité sont tout simplement imprescriptibles[246].

Ces délais sont susceptibles d'interruption, lorsqu'est effectué un acte d'instruction ou de poursuite, auquel cas un nouveau délai repart de zéro[247]. Mais surtout, ces délais sont susceptibles de suspension, ce qui fait appel ici à des évolutions célèbres, et parfois très récentes[248].

Une première cause de suspension réside dans la minorité de la victime : l'action publique est suspendue jusqu'à sa majorité, ceci afin de lui permettre de faire un choix en toute conscience. Une deuxième cause de « suspension », même si le mot n'est pas utilisé, consiste dans le report du point de départ de la prescription[249] au jour où l'infraction est finalement apparue dans des conditions qui permettent l'exercice de l'action publique. L'hypothèse classique nous est fournie en droit pénal des affaires, par l'abus de biens sociaux : le point de départ est reculé au jour de la découverte de l'abus, lorsque celui-ci est dissimulé[250]. Avec cette jurisprudence, ces infractions deviennent en pratique imprescriptibles : les autorités de poursuites auront trois ans pour se décider, à compter de leur connaissance effective.

Est-ce, comme cela est parfois présenté, la fin du droit à l'oubli ? On pourrait estimer au contraire que par rapport au droit à l'oubli, la solution est assez logique : comment pourrait-on oublier quelque chose que l'on n'a jamais su ? Car le critère essentiel de toutes ces jurisprudences est bien la clandestinité[251] des infractions. À partir de là, la doctrine a construit une interprétation de cette jurisprudence, en distinguant deux types d'infractions clandestines : certaines sont dites clandestines par nature, autrement dénommées infractions occultes ; d'autres sont dites clandestines par réalisation, autrement dénommées infractions dissimulées.

Au-delà, la question est de savoir à quelles infractions ce report du point de départ de la prescription s'applique. La jurisprudence a initialement restreint au droit pénal des affaires, mais à l'intérieur de cette matière, a peu à peu augmenté le nombre d'hypothèses… Puis la loi a partiellement validé cette solution, mais assez maladroitement : la loi du 14 mars 2011[252] rajoute, à l'article 8 du Code de procédure pénale qui réglemente la prescription correctionnelle, un nouvel alinéa 3 : la prescription de certaines infractions d'affaires commises à l'encontre d'une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse, court à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Cette disposition est maladroite car elle exige une vulnérabilité de la victime : on déplace le critère de la suspension, des actes de l'auteur, à la situation de la victime. La clandestinité est donc dénaturée puisque les agissements de l'auteur n'ont plus besoin d'être dissimulés : l'unité des infractions clandestines ne tient plus que dans l'ignorance dans laquelle se trouvent la victime et le ministère public

[246] Article 213-5 du Code pénal.
[247] Article 7 du Code de procédure pénale.
[248] V. sur ce point le dossier spécial « La prescription de l'action publique », Gaz. Pal. 17-19 mai 2015, n° 137-139, p. 4 à 35.
[249] J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, 2013.
[250] Cass. crim., 7 décembre 1967, Bull. crim., n° 321.
[251] S. Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, thèse, Strasbourg, 2013.
[252] Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

quant à leur existence[253]. Et que se passera-t-il pour les infractions, comme l'abus de confiance, pour lesquelles la jurisprudence n'exigeait pas, jusqu'ici, une quelconque « vulnérabilité » ?

La nouvelle disposition est surtout incohérente, car tout le droit pénal n'est pas concerné, ni même tout le pénal des affaires ! Ainsi l'abus de biens sociaux est concerné, mais pas la banqueroute[254], alors même que certains actes matériels de la banqueroute correspondent en tous points (détournement, dissimulation…) à l'abus de biens sociaux.

Mais c'est bien hors droit pénal des affaires qu'a eu lieu l'innovation la plus importante. Il est vrai que quelques espèces avaient donné lieu à une jurisprudence similaire, fondée sur la clandestinité : ainsi du délit de dissimulation d'enfants, pour lequel il a été admis le caractère de délit clandestin par nature[255]. Mais ces solutions étaient à la fois rares, et surtout hésitantes. Car la solution traditionnelle était claire : aucun aménagement[256]. L'émotion suscitée par certaines affaires a conduit à plusieurs propositions de loi ces dernières années. Aucune n'a été adoptée, peut-être parce que, sur ce point, le législateur a été finalement doublé par la Cour de cassation. En effet l'Assemblée plénière a entièrement modifié sa position dans un important arrêt du 7 novembre 2014[257]. Dans l'affaire en cause, une femme reconnaissait avoir tué à leur naissance ses huit enfants avant de dissimuler leurs corps, sans que ni ses parents, ni son mari, ni les médecins qui la suivaient pour épilepsie, ne remarquent ses grossesses, en raison de son obésité. Renvoyée devant une cour d'assises sous la qualification de meurtres avec préméditation par ascendant et sur mineurs de quinze ans, l'intéressée invoque la prescription de l'action publique ; elle estime en effet avoir tué ses enfants entre 1989 et 2006, or la découverte des premiers cadavres eut lieu en juillet 2010, de sorte que la plupart des faits sont atteints par la prescription criminelle décennale. La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai conclut néanmoins au renvoi devant les assises, avant que la chambre criminelle de la cour de cassation, dans un arrêt remarqué du 16 octobre 2013[258], refuse de reculer le point de départ de la prescription. L'affaire n'en reste pas là : le 19 mai 2014 la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, sur renvoi après cassation, résiste à la chambre criminelle, hypothèse qui justifie la saisine de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. L'arrêt rendu le 7 novembre 2014 énonce, à titre principal, « que si, selon l'article 7, alinéa 1er, du code de procédure pénale, l'action publique se prescrit à compter du jour où le crime a été commis, la prescription est suspendue en cas d'obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites ». Tel est le cas des circonstances de l'espèce où « nul n'a été en mesure de s'inquiéter de la disparition d'enfants nés clandestinement, morts dans l'anonymat et dont aucun indice apparent n'avait révélé l'existence ».

Telle qu'elle ressort de cette affaire, la prescription ne peut plus s'entendre que de la sanction de l'inaction du ministère public, conduisant dans bien des cas à une imprescriptibilité de fait. Une telle radicalité face au droit à l'oubli n'implique-t-elle pas un certain oubli du droit ? Car en raisonnant de la sorte, l'Assemblée plénière perpétue une intolérable atteinte au principe de légalité, lequel devrait

[253] C. de Jacobet de Nombel, L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ?, Droit pénal 2013, étude 3, n° 9 à 12.
[254] Articles L. 654-1 et suivants du Code de commerce.
[255] Cass. crim., 23 juin 2004, n° 03-82371, Bull. crim., n° 173.
[256] V. par exemple une affaire marquante tirée de Cass. crim., 18 décembre 2013, n° 13-81129, Gaz. pal. 31 janvier-1er février 2014, p. 15, note E. Raschel, dans laquelle la victime d'un viol à l'âge de 5 ans s'est souvenue de l'infraction à l'âge de 41 ans par hasard, lors d'une séance d'hypnose qui a permis de lever l'amnésie provoquée par le viol. La Cour de cassation refuse toute adaptation des règles, et juge l'affaire prescrite.
[257] Cass. Ass. plén., 7 novembre 2014, n° 14-83739, Gaz. Pal. 6 décembre 2014, p. 20, note E. Raschel ; D. 2014, p. 2469, obs. L. Saenko et p. 2498, obs. R. Parizot ; JCP G 2015, 69, note A. Lepage.
[258] Cass. crim., 16 octobre 2013, n° 11-89002 et 13-85232, Bull. crim., n° 192.

induire l'interprétation stricte[259], en contournant l'exigence claire de l'article 7 du Code de procédure pénale : « en matière de crime, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis […] ». On ne peut qu'être surpris, voire choqué, dans ces conditions, de voir la même Assemblée plénière refuser en 2011 de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur son interprétation constante de la prescription de l'abus de biens sociaux : la question n'a pas été jugée suffisamment « sérieuse »[260] !

En 2014, la cour justifie sa solution en invoquant la suspension de la prescription, appliquant en matière criminelle l'adage civiliste *contra non valentem*... Ce choix de la suspension suppose, d'abord, d'admettre que l'on suspende *ab initio* quelque chose qui n'a pas commencé ; ne faudrait-il pas préférer la formule de l'article 2234 du Code civil : « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir [...] » ? Ce choix suppose ensuite la création *ex nihilo* d'une cause de suspension de l'action publique. Car à l'inverse de l'interruption de la prescription, la suspension n'est pas prévue de manière générale, mais dans des hypothèses limitativement énumérées. Cela n'a pas empêché la jurisprudence de créer de nouveaux cas de suspension, de droit ou de fait, la subordonnant à l'existence d'un fait insurmontable[261] ; et la cour de cassation ne manque pas de relever, dans son communiqué, qu'il lui est déjà arrivé de juger que le délai de prescription ne courait plus lorsqu'un obstacle insurmontable rendait impossible l'exercice de l'action publique, citant la prescription suspendue durant le temps du mandat du chef de l'Etat.

Bref, encore une fois, la nouveauté ne tient pas dans le principe de la suspension de la prescription criminelle ; elle figurerait plutôt dans l'appréciation de l'obstacle insurmontable qui en est la cause, et des faits si particuliers de l'espèce.

Sur le fond, l'appréciation de l'insurmontabilité de l'obstacle s'avère contestable : l'intéressée, certes obèse, ne vivait pas recluse, et à suivre son pourvoi, certains sacs poubelles contenant des cadavres d'enfants étaient laissés en évidence dans la maison ! Cette clandestinité pouvait-elle caractériser l'« obstacle insurmontable » exigé ?

Sur le principe du recours à la suspension, et devant le parfum entêtant d'interprétation *contra legem*, l'arrêt du 7 novembre constitue à notre sens une invitation à légiférer. Puisqu'il semble que le droit positif tienne au recul généralisé du point de départ en cas d'obstacle insurmontable, une solution serait de procéder à l'image du droit civil, qui compense ce recul par un système de délais butoirs. Entendue ainsi, la prescription serait comprimée dans un double délai : un premier de 1, 3 ou 10 ans selon la nature de l'infraction, courant au jour de la découverte des faits ; un second, butoir, dont la durée mériterait une plus longue réflexion, mais qui pourrait être raisonnablement fixée, en matière criminelle, à vingt ans.

B. La prescription de la peine

La prescription de la peine est une hypothèse bien moins connue, notamment parce qu'elle est moins courante. C'est l'impossibilité juridique d'exécution de la peine après écoulement d'un certain délai, sans que la peine ait été exécutée, par exemple parce que le condamné s'est soustrait à l'exécution, ou tout

[259] Article 111-4 du Code pénal.
[260] Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, n° 11-90025, 11-90032 et 11-90033, Bull. crim., n° 6.
[261] Cass. crim., 20 juillet 2011, n° 11-83086 : « seul un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites peut justifier la suspension de la prescription de l'action publique ».

simplement en cas d'impossibilité de faire exécuter sa peine à un condamné. La durée de cette prescription est bien plus longue que pour l'action publique : 3, 5 ou 20 ans selon que l'on se situe en matière contraventionnelle, correctionnelle ou criminelle.

La prescription de la peine est également fondée sur l'oubli de l'infraction (chez le public). Mais ses effets sont bien moins importants, puisque si la peine prescrite ne peut plus être exécutée, la condamnation subsiste : elle reste inscrite au casier, fait obstacle au sursis simple, compte pour la récidive, etc[262]. Subsistent également les conséquences accessoires de la condamnation comme les peines privatives de droit. La prescription d'une peine principale n'étend pas son effet à la peine complémentaire qui s'y rattache.

La prescription fait même naître une peine, en cas de peine criminelle prescrite : il y a interdiction de séjour définitive de plein droit, dans le département où demeurent la victime ou ses héritiers directs[263].

* * *

Bref, et pour conclure, le droit à l'oubli d'une infraction impunie est le plus souvent remis en cause, ceci confirmant que la matière pénale est peu sensible au droit à l'oubli des personnes poursuivies ou condamnées.

[262] Elle permet en outre de prolonger la détention provisoire selon l'article 145-1 du Code de procédure pénale.
[263] Article 763 du Code de procédure pénale.

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

L'ANONYMAT EN DROIT DE LA FILIATION, REFLET D'UN DROIT A L'OUBLI

*Sandrine **TISSEYRE**,*
Professeur de droit privé et de sciences criminelles,
Université de Pau et des Pays de l'Adour

Le « droit à » l'oubli fait l'objet d'une attention particulière ces dernières années. Alors que la société contemporaine est animée par le désir de « tout savoir », de « tout connaître », de « tout contrôler », il semble qu'en marge de cet accès à la « vérité », il se créerait un droit à ce qu'autrui ignore, incarné par le droit à la vie privée et la non-divulgation d'informations confidentielles, et « un droit à l'oubli » lorsque l'information a été diffusée et que son retrait est sollicité.

En effet, dans différents domaines des informations peuvent être collectées à l'insu de la personne sur laquelle elles portent. En mars 2014[264], par exemple, une loi a admis l'utilisation de la géolocalisation pour les infractions punies d'un emprisonnement d'au moins cinq années, exception faite de certaines atteintes graves aux personnes. Ce texte permet, grâce à la géolocalisation, de savoir où un suspect est situé, et ce par le biais d'une balise qui détermine sa position.

La propagation d'informations personnelles s'explique aussi en raison du large domaine octroyé à la liberté d'expression, dont l'ampleur et la teneur se sont renouvelées dernièrement. En raison du développement de l'internet et des nouvelles technologies, les informations relatives à certaines personnes peuvent être accessibles plus facilement. En outre, le référencement de certains éléments tels que le nom en tant que « méta-balises » ne constitue pas *per se* des atteintes à la vie privée, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 10 septembre 2014[265].

Face à cet essor des possibilités cognitives, se crée progressivement un « droit à l'oubli ». Ainsi la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle par un arrêt du 13 mai 2014[266] admis, pour la première fois, qu'un moteur de recherche peut être responsable du traitement des données à caractère personnel qui sont diffusées par son biais. Dès lors, ledit moteur de recherche doit supprimer des « *liens reliant un nom à des pages internet évoquant une ancienne condamnation ou une information dont la divulgation violerait la vie privée et le droit à la protection des données personnelles du requérant* ». Le droit à l'oubli cède devant le droit à l'information.

Si le concept de droit à l'oubli est assez facilement perceptible s'agissant de son articulation avec le respect de la vie privée, ou quant à sa résonnance en droit pénal, il est plus difficile à appréhender dans le domaine du droit de la famille. On ne saurait d'ailleurs s'en étonner : il n'existe pas à proprement parler, en droit de la famille, et plus particulièrement en droit de la filiation, de « droit à » l'oubli.

[264] Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.
[265] Cass. Civ. 1ère, 10 septembre 2014, *Bull. Civ*. I, n° 144.
[266] CJUE, 13 mai 2014, n° C-131/12 ; *D.* 2014, p. 1476, note V.-L. Bénabou et J. Rochfeld ; *D.* 2014, p. 1680, note L. Marino ; *JCP G.* 2014, p. 629, obs. F. Picod ; *JCP G.* 2014, p. 768, note L. Marino ; *RTD euro* 2014, p. 283, chron. J-P. Jacqué ; *JCP E.* 2014, p. 1327, note G. Busseuil.

La filiation, « lien juridique établi entre un enfant et un parent, soit du côté maternel, soit du côté paternel, soit le plus souvent des deux côtés »[267] est un élément fondamental de l'identité des personnes. Il produit une multitude d'effets juridiques et pratiques qui rappelle au quotidien l'existence de ce lien.

L'autorité parentale en est une expression[268]. Elle est un corolaire de ce lien juridique, qu'est la filiation. En raison de leur autorité parentale, des parents sont investis d'une mission qui tient notamment à la surveillance, à l'éducation, à la préservation du bien-être de leurs enfants. Dès lors, comment oublier qu'on est parent lorsque l'expression de cette qualité juridique se perçoit au quotidien ?

Dans un même ordre d'idées, la dette d'aliment prévient tout oubli du lien de filiation. L'article 205 du Code civil, topique en la matière, dispose que « *les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* ». Aussi, quels que soient les rapports que l'on entretient avec ses parents, ou ses grands-parents, si ceux-ci se trouvent dans le besoin, le droit n'oublie pas le lien de filiation. Il lui fait produire des effets : le lien de filiation oblige le descendant à venir en aide à son « parent » au sens large.

Si le droit fait produit à l'existence du lien de filiation des effets importants et multiples, peut-il exister un droit à l'oubli en droit de la filiation ? Le cas échéant, quels seraient les contours du droit à l'oubli ?

La première précision qui s'impose en la matière est d'ordre terminologique. L'appellation de « droit à » renvoie à l'idée de droit subjectif. Les droits ne sont alors plus appréhendés de manière objective, c'est-à-dire comme l'ensemble des règles de droit contraignant, mais à l'aune du sujet qui en est titulaire[269].

La multiplication des droits subjectifs a été particulièrement importante ces dernières années comme en témoigne « le droit à » la preuve, qui connaît un vaste champ d'application, bien que la Cour de cassation a considéré, par un arrêt du 4 juin 2014, que ce droit à la preuve cédait face au secret professionnel auquel est tenu le notaire[270]. L'autre exemple topique est le droit au logement qui a été reconnu par le Conseil Constitutionnel, mais qui peine à acquérir une effectivité, bien qu'une loi du 5 mars 2007 ait institué un « droit au logement opposable »[271].

Le droit de la famille est-il propice à l'émergence de « droits à » ? Existe-t-il des droits-créances qui au-delà de la règle instituée permettent à leur bénéficiaire de s'en prévaloir pour faire naître une créance indemnitaire dans l'hypothèse où ils ne sont pas respectés ?

Le doute semble permis. Certes, il existe des règles d'établissement ou de contestation de la filiation. Le droit à la preuve trouve application en droit de la filiation. Néanmoins, on ne trouve aucune trace d'un éventuel droit à l'oubli en droit de la filiation… Le constat inverse pourrait même être dressé.

---

[267] A. Bénabent, *Droit de la famille*, LGDJ, 3e éd., 2014, n° 810.

[268] Sur l'autorité parentale, voir notamment : A. Bénabent, *Droit de la famille*, précité, n° 1110 et s. ; P. Courbe et A. Gouttenoire, *Droit de la famille*, Sirey, 6e éd., 2013, n° 1282 et s. ; F. Terré et D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, 8e éd., 2011, n° 909 et s. ; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4e éd., 2011, n° 1520 et s.

[269] P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2e éd., 2013, n° 56.

[270] Cass. Civ. 1ère, 4 juin 2014, *Bull. Civ*. I, n° 101 ; *RTD Civ.* 2014, p. 658, note H. Barbier ; *D. actualité* 19 juin 2014, obs. R. Mésa ; *JCP G* 2014, 986, note E. Raschel ; *JCP N* 2014, 1269, note G. Rouzet ; *JCP N* 2015, 1130, note C. Corgas-Bernard.

[271] Notons, néanmoins, que dans un arrêt récent, la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé l'existence de ce droit au logement, et a condamné la France sur ce fondement : CEDH, 9 avril 2015, *aff. Tchokontio Happi c. France*, n° 65829/12.

Il y aurait presque un droit à ce que le lien de filiation ne soit pas oublié, c'est-à-dire une volonté affirmée de lui faire produire des effets juridiques.

En outre, le terme même de l'oubli renvoie à des hypothèses circonscrites, qui paraissent marginales en droit de la filiation. L'oubli qualifie la difficulté à se remémorer des éléments connus. L'oubli est l'effacement ou la disparition des souvenirs. Quelle que soit la définition retenue, oublier suppose avoir connu.

Or, le « droit au secret » est en fait quelque peu différent. Celui-ci renvoie à la possibilité offerte à une personne que son identité ne soit pas dévoilée. Le droit au secret n'est pas le pendant du droit à l'oubli. En effet, dans ces hypothèses, le secret n'a jamais été dévoilé, de sorte qu'il n'y a pas à proprement parler de droit à l'oubli, mais plutôt un droit à ce que l'identité de la personne ne soit pas divulguée. Le droit à l'oubli est parfois utilisé pour renvoyer à la protection du « secret des origines » qui s'applique en droit de la filiation, au détriment d'un droit à la connaissance des origines.

Telle sera donc l'acception adoptée. Le « droit à l'oubli » ne serait pas vraiment un « droit à », de même qu'il ne concernerait pas à proprement pas l'oubli. Il s'agirait plutôt de la possibilité laissée à certaines personnes que leur maternité ou leur paternité ne soit pas divulguée. Leur identité non dévoilée, ces personnes pourraient ainsi oublier cet élément de fait qui ne sera en conséquence jamais juridiquement établi.

Quel est le domaine de ce « secret » en droit de la filiation ? L'accouchement sous X. en est une illustration topique, de même que l'adoption plénière laquelle efface tout lien juridique avec la famille d'origine, ou encore au don de gamètes par lequel un couple, ayant des difficultés à procréer ou atteint d'une pathologie peut concevoir un enfant grâce au don de sperme ou d'ovocytes d'un tiers. Un droit au secret est-il reconnu par le droit dans ces domaines ?

Le droit peine à connaître un véritable « droit à » connaître ses origines ce qui laisse penser que l'oubli est admis (**I**). Pour autant, l'admission d'un droit à la « vérité », comprise comme une adéquation de la filiation juridique et des gênes biologiques, est de plus en plus importante aujourd'hui, notamment du fait des progrès de la science. S'esquisse dès lors un véritable « droit à » établir sa filiation, qui s'opposerait alors à l'oubli (**II**).

I. LA DIFFICILE RECONNAISSANCE D'UN DROIT A CONNAITRE SES ORIGINES PERMETTANT L'OUBLI

Il y a, en droit français, des domaines où une réalité, un fait, peut ou doit rester ignoré. Il en va ainsi des hypothèses dans lesquelles le droit admet ou impose un principe de l'anonymat (**A**). Toutefois, non insensible aux souhaits de certains enfants de connaître leurs origines, le droit a organisé des limites à ce principe de l'anonymat (**B**).

A. Les domaines de l'anonymat

Il existe principalement trois domaines de l'anonymat en droit de la famille.

Le premier tient à l'accouchement sous X. Ainsi une femme peut-elle demander « *que le secret de son admission et de son identité soit préservé* » ainsi que le prévoit l'article 326 du Code civil. Ce faisant, l'identité de la mère n'est pas révélée à l'enfant. Ce droit au secret de son accouchement et de son identité a un domaine assez étendu, car il ne cesse pas avec la mort. Cette disposition qui laisse perdurer le respect de l'anonymat de l'accouchement après la mort de la femme a été jugée conforme à la Constitution, par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 16 mai 2012[272]. Le secret est, en ce domaine, très préservé.

La deuxième hypothèse où l'oubli, l'anonymat, est admis est celle de l'adoption plénière. Une adoption plénière d'un enfant est ouverte dans une pluralité d'hypothèses, très hétéroclites, qui ne caractérisent pas toujours d'ailleurs une situation dans laquelle le « secret des origines » peut ou doit être préservé. L'adoption plénière peut, tout d'abord, avoir lieu si les enfants sont pupilles de l'état[273]. Il s'agit par exemple d'enfants orphelins sans ascendants.

Cependant, l'adoption plénière est également admise dans des circonstances qui n'induisent pas une volonté d'un parent biologique de préserver leur identité. Il en va ainsi des enfants qui ont été déclarés abandonnés par une décision de justice, parce que leurs parents se sont désintéressés d'eux[274].

Dès lors, le droit à l'oubli - le droit au secret concerne avant tout l'accouchement sous X, et les cas d'adoption dans lesquels les parents ont souhaité maintenir leur anonymat en ne donnant pas de filiation juridique à leur enfant.

Une dernière hypothèse engendre une situation dans laquelle un « secret » quant aux origines est préservé. Celle-ci ne renvoie pas à une hypothèse d'anonymat voulu, comme l'est l'accouchement sous X. L'anonymat est imposé par la loi. Le droit français a toujours été, et reste, attaché au principe de l'anonymat du don de gamètes. Le principe de l'anonymat des dons a été posé aux articles L. 1244-6 et L. 1244-7 du Code de la santé publique[275].

Ce principe se justifie en droit français par le principe plus large de l'anonymat des dons. Dépassant le cadre des dons de gamètes, l'article 16-8 du Code civil pose un principe d'anonymat des dons des éléments et produits du corps humain[276]. Pourtant, le don de gamètes ne peut être assimilé à un don de sang ou d'organes lesquels obéissent d'ailleurs à des règles particulières lorsqu'ils sont réalisés du vivant du donneur. Le don de gamètes est un « don d'engendrement »[277]. Les enfants nés grâce à un don de gamètes peuvent alors souhaiter connaître celui ou celle qui, par son don, a rendu leur vie possible. Le droit français leur refuse pourtant cette possibilité en préservant le secret de l'identité du donneur de gamètes.

L'anonymat, le secret, qui entoure les dons des produits du corps humain peut se justifier. Les donneurs n'ont jamais eu de projet parental, ils n'ont fait qu'un don de produits de leurs corps, dans un but souvent altruiste. En revanche, certains ont fait valoir que le souhait pour certains parents d'oublier qu'ils sont parents ou de ne pas en supporter la charge devait être relativisé et mis en balance avec

[272] Conseil Constitutionnel, 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC.
[273] Les divers cas sont énoncés à l'article L. 244-4 du Code de la famille et de l'aide sociale.
[274] Article 350 du Code civil.
[275] Sur ce point, voir notre étude de droit comparé : « L'anonymat du don de gamètes, approche comparative », *RRJ* 2015/1, p. 41.
[276] Art. 16-8 C. Civil : « *Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée* ».
[277] Théry I., « Anonymat des dons d'engendrement : le grand malentendu du débat français », *Andrologie* 2010, Vol. 20, n° 1, 110-115.

l'importance pour les enfants de connaître leurs origines. Pourtant une même aspiration, à la connaissance leurs origines, s'est également développée pour les enfants nés de dons.

Le droit français par les mécanismes d'anonymat ou d'anonymisation préserve en certaines circonstances les secrets. Pour autant, il pose des limites à la possibilité de « se faire oublier » ou plutôt de ne pas être connu.

B. Les limites à l'anonymat

La situation de l'accouchement sous X et celle du don de gamètes sont bien différentes. En conséquence, les limites à l'anonymat obéissent à des régimes distincts.

S'agissant des dons de gamètes, il n'existe pas réellement en droit français de limites au secret des origines, et au principe de l'interdiction de dévoiler l'identité du donneur. La levée de l'anonymat n'est que partiellement possible pour « de nécessité thérapeutique »[278]. Les mots choisis par le législateur démontrent que le domaine de l'exception au principe est circonscrit. Le secret de l'anonymat ne saurait être levé en cas de simple « besoin », mais uniquement en cas de « nécessité ». De plus, cette nécessité doit être « thérapeutique », et pas simplement « médicale ». Bien que la notion soit d'interprétation délicate, la visée thérapeutique semble plus étroite que le but médical[279]. Elle paraît impliquer la mise en place de suivis et de traitements.

La levée de l'anonymat n'est-elle possible que si celle-ci intervient dans un processus curatif, et non préventif ? Tel n'est pas le cas. La loi du 7 juillet 2011 a étendu le domaine de l'exception en prévoyant l'information de la parentèle lorsqu'une anomalie génétique grave a été diagnostiquée afin que des mesures préventives soient prises afin d'en prévenir les conséquences[280].

La seconde interrogation réside dans le fait qu'il s'agisse d'une réelle levée de l'anonymat qui permette à l'enfant de connaître l'identité du donneur. Or, il n'en est rien. Tout d'abord, la nécessité thérapeutique ne conduit pas toujours à la communication d'informations identifiables. En outre, seuls les médecins peuvent accéder à ces informations. Tandis que l'article 16-8 du Code civil prévoit qu'en ces circonstances « *un accès aux informations permettant l'identification* » des donneurs est admis, l'article L. 1244-6 du Code de la santé publique prévoit, quant à lui, uniquement la possibilité d'« *accéder aux informations médicales non-identifiantes* ». En somme, même pour des raisons médicales, l'enfant né du don n'a pas accès à l'identité du donneur.

Il faudra donc en la matière attendre une réforme du droit de la famille, qui permettra éventuellement un meilleur accès aux origines. Ainsi le rapport dirigé par Madame Théry et le Professeur Leroyer, et remis au gouvernement afin de contribuer à l'élaboration d'une réforme du droit de la famille, propose de maintenir la règle de l'anonymat des dons de gamètes, tout en admettant que des informations non identifiantes puissent être transmises[281]. Le rapport de Monsieur Rosenczveig, quant à lui, propose la suppression de l'anonymat, sans ouvrir un droit à l'établissement d'une filiation à l'égard

[278] Art. 16-8 du Code civil ; L. 1211-5 et art. L. 1244-6 du Code de santé publique. Ces trois articles reprennent tous ce même critère.
[279] En ce sens : P. Murat et L. Cimar, Jcl Civil Code, art. 16 à 16-14, fasc. 42, 2012, n° 78.
[280] L. 1131-1-2 al. 6 du Code de la santé publique prévoit que s'il est diagnostiqué au donneur une anomalie génétique grave, dont les conséquences peuvent être prévenues ou soignées, le médecin prescripteur peut saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation pour qu'il en informe l'enfant.
[281] I. Théry, « Filiation, origines et parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de la responsabilité générationnelle » disponible en ligne, 2014, voir précisément p. 234 et s.

du donneur[282]. Les interrogations quant à la suppression de l'anonymat des dons de gamètes demeurent donc d'actualité.

La transmission d'informations relatives aux origines de l'enfant connaît un écho non négligeable dans un autre domaine, celui de l'accouchement sous X. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Odièvre c/ France* du 13 février 2003[283] a, sans pour autant condamner la France, admis que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme peut impliquer le droit d'obtenir « *des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle* ». La Cour a estimé que la législation française relative à l'accouchement sous X ne violait pas ces articles de la Convention européenne des droits de l'homme, car elle tend à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. En effet, alors que le contentieux *Odièvre c/ France* était pendant devant la Cour européenne, la législation française s'est dotée d'une loi relative à l'accès aux origines[284]. Ce faisant, le Conseil national de l'accès aux origines personnelles a été créé. Cet organisme peut communiquer, sous certaines conditions, aux personnes intéressées qui en font la demande l'identité de la mère ayant accouché sous X. Ces conditions sont fixées par les articles L. 147-6 et suivant du Code de l'action sociale et des familles. Le Conseil peut mentionner à l'enfant l'identité de la mère de naissance s'il dispose d'une déclaration expresse de levée du secret de son identité[285].

La femme qui accouche sous X est incitée, dans les conditions fixées par l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles à laisser des « *renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité* ». Elle est informée de la possibilité *« qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6* », qui sont des conditions assez limitées.

En somme, le droit français protège assez bien le secret de l'accouchement ou de l'identité du donneur de gamètes. Pourtant, dans un mouvement contraire, on s'aperçoit que s'agissant de l'établissement ou la contestation, le droit français se montre de plus en plus protecteur d'un « droit à établir sa filiation ».

II. VERS UN DROIT A ETABLIR SA FILIATION ECARTANT UN EVENTUEL DROIT A L'OUBLI

Progressivement le droit français a étendu la possibilité de faire établir ou de contester des filiations, notamment pour permettre une adéquation entre la vérité biologique et la filiation juridique. En ce sens, il y aurait une régression d'un « droit à l'oubli », le droit de la filiation s'orientant vers un « droit à établir sa filiation », lequel a largement été renforcé par l'accès à la preuve biologique (**A**). Toutefois, l'établissement des filiations conformes à la vérité biologique connait encore des limites (**B**).

[282] J.-P. Rosenczveig, « De nouveaux droits pour les enfants ? Oui, dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie », accessible en ligne, 2014, propositions n° 1.22 et n° 1.23.
[283] CEDH, 13 février 2003, aff. *Odièvre c. France*, n° 42326/98.
[284] Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat.
[285] Art. L. 147-6 CASF.

A. Vers un droit à établir sa filiation biologique renforcé par l'accès à la preuve biologique

Le « droit à » l'oubli semble être en contradiction avec la multiplication des règles du droit contemporain de la filiation qui octroient plus aisément la faculté de faire reconnaître une filiation juridique conforme à une vérité biologique, ou à l'inverse de la contester lorsque la filiation juridique n'est pas le reflet d'un lien biologique[286].

Le mouvement est donc paradoxal. Le droit français conserve certains « secrets » sur les origines en cas d'accouchement sous X., d'adoption plénière ou encore de dons de gamètes. En revanche, il accorde une importance croissante à ce que les filiations établies soient conformes à une vérité biologique. Ce faisant, le père ou la mère biologique n'est pas « oublié », et ce bien qu'initialement une filiation juridique ne soit pas conforme à la filiation biologique.

La première illustration de cet accès, aujourd'hui plus important, à la vérité est incarnée par la suppression, par une loi du 16 janvier 2009[287], de la fin de non-recevoir en cas d'accouchement anonyme. L'article 326 du Code civil prévoit dorénavant que « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ». Néanmoins, cet anonymat pas obstacle *ipso facto* à l'établissement de la filiation. Si, en droit, l'enfant peut faire établir sa filiation même à l'endroit d'une femme ayant accouché sous X., il se trouve qu'il aura néanmoins de grandes difficultés pratiques pour connaître son identité. Toutefois, s'il est parvient, notamment du fait de documents fournis par son père, il pourrait intenter l'action en établissement de maternité. L'importance de la « vérité biologique » est sans conteste grandissante. Cela est au demeurant perceptible au regard des modes de preuves admissibles.

L'accès à la preuve biologique a engendré une mutation des modes de preuve en droit de la filiation. Certes l'article 310-1 du Code civil qui traite des modes de preuves prévoit que « la filiation se prouve ou se conteste par tous moyens ». Cependant, l'expertise biologique occupe dorénavant une place prépondérante. La Cour de cassation a d'ailleurs consacré ce principe en 2000 en considérant que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ». Ce principe ne s'applique certes pas en matière de possession d'état[288]. Pour autant, son domaine reste très large. Sans nul doute, le principe d'intégrité du corps humain, notamment exprimé en l'article 16-11 du Code civil emporte pour corollaire que si la personne contre qui l'expertise biologique est demandée ne souhaite pas s'y soumettre, elle n'y sera pas contrainte. En cette hypothèse, les juges seront alors libres de tirer toutes les conséquences du refus de se soumettre à une telle expertise, en application de l'article 11 du Code de procédure civile. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juin 2013[289]. Les deux réserves au large domaine de l'accès à la preuve biologique ne suffisent donc pas à circonscrire son importance.

[286] Réserve gardée des hypothèses d'adoption ou d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.
[287] Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation
[288] Cass. Civ. 1ère, 16 juin 2011, *Bull. Civ*. I, n° 116 ; *AJ Famille* 2011, p. 376, obs. F. Chénedé ; *D.* 2011, p. 1757, obs. C. Siffrein-Blanc ; *Droit de la famille* 2011, comm. n° 150, C. Neirinck.
[289] Cass. Civ. 1ère, 12 juin 2013, *Bull. Civ.* I, n° 120.

Ce faisant, l'essor de la vérité biologique a remis en cause les aspects plus « sociologiques » du droit de la filiation en créant une aspiration certaine vers le « savoir biologique », qui a pour conséquence que les filiations biologiques peuvent être établies même si certains auraient peut-être souhaité les oublier… Bien que grandissant, le droit à faire établir sa filiation biologique connaît encore certaines limites.

B. Les limites à l'établissement de la vérité biologique

Les principales limites à l'établissement de la vérité biologique sont de deux ordres.

La première tient à l'existence d'une filiation incestueuse. La filiation d'un enfant incestueux ne peut être établie par application de l'article 310-2 du Code civil. Cet article prévoit que « *s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit* ». Plus encore, l'absence de filiation établie à l'égard de l'un des parents biologiques ne peut être palliée par le mécanisme de l'adoption. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 2004[290]. À cet égard, l'Italie a récemment permis l'établissement de ce type de filiations[291].

La seconde, plus courante en pratique, tient à la prescription de l'action. La prescription peut empêcher un enfant d'établir sa filiation, ou de la contester, car un certain laps de temps s'est découlé de sorte qu'il semble préférable juridiquement « de laisser les choses en l'état ». Si la prescription est une fin de non-recevoir au sens du Code de procédure civile, qui trouve pleine application en droit de la filiation, il semble néanmoins que ses effets tendent à être circonscrits ces dernières années.

La Cour européenne des droits de l'Homme, tout d'abord, est encline à admettre assez librement que la filiation non conforme à une vérité biologique puisse être contestée[292]. En outre, le report du point de départ de la prescription à la majorité de l'enfant permet également, bien qu'indirectement, d'étendre le délai de prescription. Dès lors, la remise en cause de filiations non conformes à la vérité biologique s'en trouve facilitée.

En somme, l'accroissement du droit à faire établir une filiation conforme à une vérité biologique ne permet pas de conclure en un « droit à l'oubli » en droit de la filiation, et ce en dépit du secret entourant les origines de certains enfants. Les progrès de la science ont eu d'importantes répercussions sur le droit de la famille, et sur le droit de la filiation. Parents comme enfants désirent peut-être plus qu'avant, ou du moins la science et le droit le leur permettent plus qu'auparavant, de faire établir, ou à l'inverse de contester des filiations non conformes à une vérité biologique. Le « secret » entourant les dons ou l'accouchement sous X est largement décrié, et ses contours pourraient être reprécisés dans quelques années.

[290] Civ. 1ère, 6 janvier 2004, *JCP G.* 2004, II, 10064 note C. Labrousse-Riou ; *RTD Civ.* 2004, p. 75, note J. Hauser.
[291] F. Laffaille, « Réforme du droit de la famille en Italie : *aggiornamento* tardif, mais salutaire du Code civil », *D.* 2014, p. 423.
[292] CEDH 12 janvier 2006, aff. *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02 ; CEDH 10 octobre 2006, aff. *Paulik c. Slovaquie* n°10699/05, mais aussi pour l'impossibilité d'établir sa filiation biologique due à une reconnaissance de paternité du nouveau compagnon de la mère : CEDH 18 mai 2006, aff. n° 55339/00 *Rozanski c. Pologne*. Mais voir cependant : CEDH 18 février 2014, aff. *AL c. Pologne* n° 28609/08.

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

Le Commentaire

Le point de départ de la prescription biennale en matière de crédit immobilier : un équilibre retrouvé

*par Anthony **MAYMONT**,*
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université d'Auvergne, CMH EA 4232

Résumé : *Par un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a modifié le point de départ du délai de prescription biennale en matière de crédit immobilier. Désormais, la prescription des échéances impayées court à compter de chacun des termes successifs alors que l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme. Dès lors, et sur cet aspect, le constat est celui d'un retour à l'équilibre entre prêteurs et emprunteurs.*

Cass. civ. 1re, 11 février 2016, n° 14-22938, *Bull. civ.* I.
Cass. civ. 1re, 11 février 2016, n° 14-27143, *Bull. civ.* I.
Cass. civ. 1re, 11 février 2016, n° 14-28383, *Bull. civ.* I.
Cass. civ. 1re, 11 février 2016, n° 14-29539, *Bull. civ.* I.

1. La détermination du point de départ du délai de prescription biennale en matière de crédit immobilier a longtemps été équivoque. Celle-ci s'est façonnée à travers de nombreuses décisions, lesquelles étaient pour la plupart animées par une logique consumériste. Certes, une telle position visait à protéger les consommateurs. Néanmoins, l'effet inverse fut constaté en obligeant les banquiers à agir rapidement en justice afin de recouvrer leurs créances, et ce au détriment de toute solution amiable. C'est la raison pour laquelle la première Chambre civile de la Cour de cassation, par quatre arrêts en date du 11 février 2016, a opéré un revirement de jurisprudence particulièrement attendu.

2. Les quatre espèces soumises à la Cour de cassation comportent des faits similaires. En l'occurrence, des établissements de crédit ont consenti des prêts immobiliers remboursables par mensualités. A la suite de la défaillance des emprunteurs quant au remboursement des sommes dues, les prêteurs ont prononcé la déchéance du terme puis les ont assignés en paiement. Les emprunteurs ont, quant à eux, argué de la prescription de l'action en justice envers leurs banques – ou à l'égard de la caution dans l'affaire n° 14-29539 -, laquelle serait intervenue deux ans après la date du premier incident de paiement non régularisé.

Concernant la première décision (n° 14-22938), la Cour d'appel de Chambéry n'a pas suivi l'argumentation des emprunteurs. Au contraire, elle a déclaré recevable la demande de la banque en paiement pour les échéances antérieures au délai de deux ans avant l'assignation en justice. A l'inverse, pour les trois autres décisions, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a déclaré que l'action en

recouvrement du prêteur était prescrite pour la totalité de la somme. Les pourvois ont alors été formés par les emprunteurs dans la première espèce et par les prêteurs dans les autres.

3. Il ressort de ces quatre arrêts une question unique, justifiant qu'ils ont été rendus le même jour. Le point de départ du délai de prescription biennale en matière de crédit immobilier se situe-t-il à la date du premier incident de paiement non régularisé ? La Cour de cassation, répondant par la négative, opère un revirement de jurisprudence important. Par un attendu de principe figurant dans les trois arrêts de cassation, elle réalise une distinction entre les mensualités impayées et le capital restant dû. Autrement dit, la prescription des échéances impayées court à compter de chacun des termes successifs exigibles. En revanche, l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme. Ce faisant, ces décisions remettent incontestablement en cause le point de départ de la prescription biennale (**I**), ce qui a immédiatement eu pour effet de renforcer les actions en paiement des prêteurs à l'égard des emprunteurs (**II**).

I. LA REMISE EN CAUSE DU POINT DE DEPART DE LA PRESCRIPTION BIENNALE

4. Par ces quatre arrêts en date du 11 février 2016, les juges de la Haute Cour ont mis fin à une jurisprudence établie, laquelle était particulièrement défavorable aux prêteurs. Afin de calculer la prescription, ils ne se fondent désormais plus sur la date du premier incident de paiement non régularisé, laquelle a été abandonnée (**A**). Au contraire, le recours à la division de la prescription a été préféré (**B**).

A. L'abandon de la date du premier incident de paiement non régularisé

5. Par un arrêt en date du 10 juillet 2014, la Cour de cassation avait précisé que le point de départ du délai de prescription biennale prévu par l'article L. 137-2 du Code de la consommation se situait « *au jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action concernée, soit, dans le cas d'une action en paiement au titre d'un crédit immobilier consenti par un professionnel à un consommateur, à la date du premier incident de paiement non régularisé* »[293].

Cette solution, maintes fois confirmée, démontrait la volonté des juges d'entériner cette position[294]. Cela était également mis en exergue par la publication au Bulletin de l'ensemble de ces arrêts. La Cour de cassation avait aligné le régime du prêt mobilier et du prêt immobilier, alors que ces mêmes dispositions n'étaient pourtant pas applicables[295]. En l'occurrence, une volonté d'harmoniser à la fois la durée et le point de départ des délais de prescription et de forclusion était recherchée. Or, ces deux délais conservent une nature bien différente. En tout état de cause, l'objectif de protection du consommateur incitait les juges à retirer aux prêteurs le pouvoir de fixer le point de départ du délai biennal à la date de déchéance du terme. Derrière cette initiative, l'intérêt était d'éviter que le banquier ne laisse s'accumuler la dette de l'emprunteur, ce qui aurait été contraire au dispositif de lutte contre le surendettement[296].

[293] Cass. civ. 1re, 10 juillet 2014, n° 13-15511, *Bull. civ.* I, *JCP E* 2014, 1441, note D. Legeais ; *JCP G* 2014, 948, note J. Lasserre Capdeville ; *Contrats, conc. consom.* novembre 2014, comm. n° 255, note G. Raymond ; *D.* 2015, p. 588 et s., obs. H. Aubry.
[294] Cass. civ. 1re, 16 avril 2015, n° 13-24024, *Bull. civ.* I et Cass. civ. 1re, 3 juin 2015, n° 14-16950, *Bull. civ.* I, *RD bancaire et fin.* juillet-août 2015, comm. n° 117, note N. Mathey ; *D.* 2016, p. 617 et s., obs. H. Aubry.
[295] D. Legeais, Point de départ du délai de prescription, *RTD com.* 2016, p. 314.
[296] E. Bazin, De la prescription de l'action en paiement du prêteur en matière de crédit immobilier consenti à un consommateur, *Dr. et proc.* novembre 2014, p. 210 et s., spéc. p. 212.

6. Une telle position n'a toutefois pas manqué de susciter de vives critiques de la part de la doctrine, laquelle relevait que les prêteurs ne disposaient plus du temps nécessaire afin de trouver une solution amiable[297]. *A fortiori,* les établissements de crédit étaient incités à davantage de rigueur à l'égard des débiteurs en difficulté[298]. Les prêteurs étaient alors contraints d'intenter une action en justice afin d'interrompre le délai de prescription, ce qui était finalement contraire à l'objectif affiché de lutte contre le surendettement. Aussi, une évolution de la jurisprudence établie était attendue afin de rééquilibrer les relations entre les consommateurs et les banquiers quant à la prescription des créances résultant de crédits immobiliers.

B. Le recours à la division de la prescription

7. Les effets pervers entretenus par la jurisprudence antérieure quant au point de départ du délai de prescription biennale ont été corrigés par les quatre arrêts du 11 février 2016[299]. Au cas présent, les trois arrêts de cassation comportent un attendu de principe énonçant que « *à l'égard d'une dette payable par termes successifs, la prescription se divise comme la dette elle-même et court à l'égard de chacune de ses fractions à compter de son échéance, de sorte que, si l'action en paiement des mensualités impayées se prescrit à compter de leurs dates d'échéance successives, l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme, qui emporte son exigibilité* ». Ce revirement de jurisprudence a bouleversé l'approche des clients, des banquiers et des professionnels du droit en matière de prescription relative au contrat de crédit immobilier. Il a été réaffirmé peu de temps après par un arrêt en date du 14 avril 2016[300].

Ces décisions ont notamment été rendues au triple visa des articles L. 137-2 du Code de la consommation[301], 2224 et 2233-3° du Code civil. Cela est révélateur de la volonté de la Cour de cassation d'opérer un changement de position. En particulier, et selon l'article 2233-3° du Code civil, la prescription ne court pas à l'égard d'une créance à terme jusqu'à la survenance de celui-ci. Autrement dit, la prescription d'une obligation à terme ne court qu'à compter de l'exigibilité de la créance, ce qui justifie la division de la dette elle-même. Les juges du Quai de l'Horloge se défont donc de leur ancienne conception en distinguant les mensualités impayées et le capital restant dû. Chacune de ces créances fait alors l'objet d'un régime de prescription différent quant au point de départ. Ce faisant, à l'égard de chacune des fractions de la dette, il existe autant de prescriptions que d'échéances impayées. En revanche, et concernant le capital restant dû, le point de départ du délai de prescription est fixé au moment de la déchéance du terme.

8. La date du premier incident de paiement non régularisé est ainsi abandonnée pour un système plus proche de la réalité et des exigences pratiques. Ces décisions ont alors un double mérite. D'une part, elles rééquilibrent les relations entre les consommateurs et les banquiers. D'autre part, elles permettent au prêteur de mieux recouvrer ses créances tout en favorisant la voie amiable. Il était effectivement inique de faire supporter au banquier la charge – presque totale – d'un prêt en raison d'une défaillance

[297] J. Lasserre Capdeville, Confirmation et précision à propos du délai de prescription de l'article L. 137-2 du Code de la consommation, *JCP G* 2014, 948 ; D. Legeais, Crédit immobilier : le triple piège de la prescription, *JCP E* 2014, 1441.
[298] N. Mathey, Point de départ de la prescription biennale en matière de crédit immobilier, *RD bancaire et fin.* mars-avril 2016, comm. n° 59.
[299] Cass. civ. 1re, 11 février 2016, n° 14-22938, n° 14-27143, n° 14-28383, n° 14-29539, *Bull. civ.* I, *D.* 2016, p. 870 et s., note M. Lagelée-Heymann ; *RTD com.* 2016, p. 314, obs. D. Legeais ; *JCP E* 2016, 1175, note E. Bazin ; *RD bancaire et fin.* mars-avril 2016, comm. n° 59, obs. N. Mathey.
[300] Cass. civ. 1re, 14 avril 2016, n° 15-15841, *RD bancaire et fin.* mai-juin 2016, comm. n° 112, note N. Mathey.
[301] L'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation a modifié la codification de cet article. Celui-ci figure désormais à l'article L. 218-2 du Code susvisé.

de l'emprunteur. En ces circonstances, les Conseils avaient tout intérêt à inciter les emprunteurs à garder le silence pendant deux ans à la suite du premier incident de paiement non régularisé. Cependant, de tels comportements ne seront plus envisageables à l'avenir dans la mesure où les actions en paiement des prêteurs ont été renforcées.

II. LE RENFORCEMENT DES ACTIONS EN PAIEMENT DES PRETEURS

9. Les actions en paiement des établissements de crédit sortent renforcées de ces quatre décisions. Ce renforcement, s'il porte sur les mensualités impayées, a également pour avantage de concerner le capital restant dû (**A**). Néanmoins, cela accentuera inévitablement les formalités à la charge du prêteur, lequel devra rester vigilant afin de ne pas engager sa responsabilité (**B**).

A. Le recouvrement du capital restant dû

10. Ces quatre arrêts assouplissent considérablement l'approche des établissements de crédit dans la gestion des crédits immobiliers dans la mesure où le risque de ne pas recouvrer leurs créances est amoindri. A l'instar des mensualités impayées, le banquier pourra alors obtenir le capital restant dû si son action en paiement n'est pas prescrite. Dans cette dernière hypothèse, la prescription ne commence à courir qu'au jour de la déchéance du terme. De précédentes décisions avaient déjà admis un tel principe. Il avait été jugé qu' « *en cas de défaillance d'un emprunteur dans le remboursement d'un prêt […], la date d'exigibilité de ce dernier faisant courir le délai de prescription se situe à la date de déchéance de son terme* »[302].

Les prêteurs seront donc mieux disposés à recouvrer leurs créances au regard des différents régimes de prescription existants. Auparavant, il était difficile pour le banquier d'invoquer une interruption du délai de prescription, laquelle était généralement caractérisée par une requête aux fins de saisie ou par une reconnaissance des droits de la banque par le débiteur[303]. Désormais, même si une partie des échéances impayées est définitivement perdue, le prêteur aura toujours la possibilité d'obtenir le paiement du capital restant dû à la date de la déchéance du terme. Il pourra aussi obtenir l'indemnité forfaitaire due par le débiteur défaillant ainsi que les intérêts moratoires[304].

11. Un tel revirement de jurisprudence était fortement attendu par les professionnels du crédit pour lesquels la possibilité de récupérer leurs créances avait été sensiblement réduite. A la parution de ces décisions, celles-ci ont été immédiatement invoquées par les Conseils des prêteurs tant devant les juridictions de première instance que d'appel. Si le principe de la prescription reste présent, il n'empêche que le banquier ne sera plus démuni s'il n'a pas intenté d'action en justice. Au contraire, il pourra toujours récupérer les mensualités impayées non prescrites ainsi que le capital restant dû à compter de la déchéance du terme. Par ailleurs, cela offrira davantage de sécurité pour les emprunteurs, lesquels pourront convenir d'un règlement amiable de leurs dettes avec le prêteur. De surcroît, les banquiers seront probablement moins réticents à accorder des crédits aux clients connaissant des difficultés financières dans la mesure où les effets pervers de la prescription sont en partie levés.

---

[302] Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-15235, *RD bancaire et fin.* novembre-décembre 2009, comm. n° 185, obs. F. J. Crédot et Th. Samin.
[303] Cass. civ. 1re, 19 mars 2015, n° 14-10972, *Contrats, conc. consom.* juin 2015, comm. n° 160, note G. Raymond ; Cass. civ. 1re, 16 avril 2015, n° 13-24024, *Bull. civ.* I et Cass. civ. 1re, 3 juin 2015, n° 14-16950, *Bull. civ.* I, *loc. cit.*
[304] Cass. civ. 1re, 11 février 2016, n° 14-22938, *Bull. civ.* I ; V. N. Mathey, Point de départ de la prescription biennale en matière de crédit immobilier, *loc. cit.*

B. L'accentuation des formalités à la charge des prêteurs

12. Ces quatre décisions aboutiront certainement à accroître le formalisme à la charge des établissements de crédit afin qu'ils puissent récupérer les sommes prêtées. En effet, le point de départ du délai de prescription biennale quant au capital restant dû est marqué par la déchéance du terme. Celle-ci consiste en la perte, par l'emprunteur, du bienfait de la prorogation du délai d'exécution attaché à ce terme[305]. Dès lors, il devra rembourser immédiatement l'intégralité du montant restant dû au prêteur à compter de cette date.

Cependant, si des clauses d'exigibilité anticipée ou de déchéance du terme peuvent valablement être admises, il est indispensable qu'elles figurent dans l'offre afin d'être opposables à l'emprunteur[306]. La banque pourrait effectivement être condamnée sur une question de formalisme. Il en irait de même pour toute déchéance du terme tardive du banquier, laquelle aboutirait à accroître sensiblement le montant des intérêts dus[307].

13. En tous les cas, il incombera au banquier de transmettre un écrit à l'emprunteur. Par ailleurs, lors de l'exécution du contrat de crédit, le banquier transmettra un décompte des créances comprenant le capital restant dû à la date de déchéance du terme, le solde impayé ainsi que les intérêts de retard. Cet écrit sera indispensable pour justifier de l'action en justice, et en particulier des sommes demandées par l'établissement de crédit.

[305] *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, dir. G. Cornu, 11e éd., PUF, 2016, p. 301.
[306] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier,* 3e éd., Dalloz Action, 2011/2012, n° 312.63.
[307] *Ibid.,* n° 741.53.

La Revue
"Le droit à l'oubli"
Numéro 8 - Septembre 2016

Table des matières

Les Annonces

Le Dossier

Le droit à l'oubli
Actes du colloque du 25 mars 2015

PROPOS INTRODUCTIFS, ... 7
par Anne-Blandine ***CAIRE***

I - Des mécanismes juridiques traditionnels fondés sur l'oubli 9

II - L'émergence d'un droit subjectif à part entière 10

LE DROIT A L'OUBLI A L'ERE DU NUMERIQUE, ... 12
par Lamia ***EL BADAWI***

I - La lente gestation d'un droit à l'oubli numérique 15
A - Les manifestations d'une forme de droit à l'oubli dans la législation actuelle 15
1°) Le droit au respect de la vie privée : matrice du droit à l'oubli 15
2°) La protection des données à caractère personnel : vecteur du droit à l'oubli 17
B - Le droit à l'oubli dans des instruments d'autorégulation 19

II - La timide consécration d'un droit à l'oubli numérique 21
A - La consécration d'un droit conditionnel au déréférencement par la Cour de Justice de l'Union européenne 21
B - La consécration incertaine du droit à l'oubli dans le règlement général sur la protection des données 25

LE DROIT A L'OUBLI ET LA GESTION DES DONNEES PERSONNELLES EN MATIERE DE FICHIERS, ... 29
par Claire ***MARLIAC***

I - Le droit à l'oubli : un principe fondamental mais implicite 30
A - Une assise certaine 30
B - La concrétisation de ce droit : une conservation des données conditionnée 31

II - Le droit à l'oubli : un principe fondamental à maintenir 33
A - Le droit à l'oubli oublié ? 34
B - Un droit reformulé : vers un « droit à l'autodétermination informationnelle » ? 35

LE DROIT A L'OUBLI ET LA GESTION DU PASSE :
LE PHENOMENE DE LA LUSTRATION EN EUROPE DE L'EST, ... 37
par Marie-Elisabeth ***BAUDOIN***

I - La lustration, révélatrice d'un conflit entre droit à la vérité et droit à l'oubli 39
A - Un droit à la vérité, nécessaire à la transition étatique 40
B - Un droit à l'oubli, indispensable à la transition sociétale 41

II - La légitimité de la lustration, conditionnée par la nécessaire conciliation du droit à la vérité et du droit à l'oubli 43
A - Le caractère nécessairement transitoire des lois de lustration 44
B - Le caractère nécessairement proportionnel des mesures de lustration 45

LE DROIT A L'OUBLI EN MATIERE PENALE :
PEUT-ON OUBLIER UNE INFRACTION ?, ... 48
par Evan ***RASCHEL***

I - Peut-on oublier une infraction punie ? 48
A. Les traces du passé pénal 48
1°) Le casier judiciaire national automatisé 49
2°) Les fichiers de police 50
B - L'effacement du passé pénal 51
1°) L'extinction des peines avec effacement de la condamnation : l'amnistie 51
2°) L'effacement des peines sans extinction de la condamnation : la réhabilitation 52

II - Peut-on oublier une infraction impunie ? 54
A - La prescription de l'action publique 54
B - La prescription de la peine 57

L'ANONYMAT EN DROIT DE LA FILIATION, REFLET D'UN DROIT A L'OUBLI, ... 59
par Sandine ***TISSEYRE***

I - La difficile reconnaissance d'un droit à connaître ses origines permettant l'oubli 61
A - Les domaines de l'anonymat 61
B - Les limites à l'anonymat 63

II - Vers un droit à établir sa filiation écartant un éventuel droit à l'oubli 64
A - Vers un droit à établir sa filiation biologique renforcé par l'accès à la preuve biologique 65
B - Les limites à l'établissement de la vérité biologique 66

Le Commentaire

Le point de départ de la prescription biennale en matière de crédit immobilier : un équilibre retrouvé, ... 67

*par Anthony **MAYMONT***

I – La remise en cause du point de départ de la prescription biennale 68
A – L'abandon de la date du premier incident de paiement non régularisé 68
B – Le recours à la division de la prescription 69

II – Le renforcement des actions en paiement des prêteurs 70
A – Le recouvrement du capital restant dû 70
B – L'accentuation des formalités à la charge des prêteurs 71