

# Avant-propos

Pierre TABATONI

## VIE PRIVÉE : UNE NOTION ET DES PRATIQUES COMPLEXES

Probablement chaque pays a l'équivalent du proverbe français : *charbonnier est maître chez soi*. Depuis Rome, nos pratiques sociales ont progressivement installé le sentiment de vie privée au cœur de nos cultures, mais le parcours n'a pas été linéaire.

### **Aux sources**

Dans *l'Histoire de la vie privée* (Seuil, 1985), Georges Duby et les auteurs du volume couvrant la période de l'Europe féodale à la Renaissance ont illustré la permanence de ce sentiment et les variations des critères, de la langue, des institutions, des modes de vie. Dès l'époque franque existe un domaine privé qui est l'objet d'un droit de possession, marqué de signes distinctifs, de bornes, de perches, de barrières. Les objets qui sont dans l'enclos, dans la cour, ne relèvent pas de la loi mais du maître de la *domus*, du « domestique », de la maison. « Ce fut dans les formes de la vie privée que la féodalisation émietta le pouvoir public »

Plus tard la langue de cour parle de *privé*, de *privance*, de *priveté* pour qualifier les gens du cercle de famille, par rapport aux étrangers : « Estrayns o privats. » La notion de privé s'affirme en contrepoint de la notion de public, *privatim* vs *publice*, disait déjà Cicéron. Au XII<sup>e</sup> siècle, le *privatus* correspond à l'idée qu'*existent des actes, des êtres, des objets échappant de droit à l'autorité collective et pour cela établis dans un domaine borné par des limites précises dont la fonction est de faire obstacle à toute tentative d'intrusion (p. 23) ; la res publica est bien distinguée de la res familiaris.*

Mais, rappelle G. Duby, c'est bien la bourgeoisie anglo-saxonne qui, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, a organisé, socialement et juridiquement, les défenses de la *privacy*, vue comme un savoir-être et un savoir-vivre.

## **Définitions et controverses**

Dans les débats contemporains, les définitions de la vie privée se réfèrent le plus souvent aux *valeurs de liberté et de dignité des personnes*, dont elle est une expression.

Pour le philosophe Raymond Polin (*Le sens du privé dans l'opposition du privé et du public*), le privé représente une manifestation de la liberté qui est l'essence même de la nature humaine. *Privare* c'est *séparer*. Ainsi, le privé s'oppose non seulement au *public*, mais encore au *non-privé*. En fait, la liberté existentielle est l'*avant-privé* par lequel le privé va exprimer *la personne vécue à tous les niveaux de l'inconscient et du conscient, dans ses structures comme dans son contenu, dans ses formes comme dans ses manières*. Ce domaine du privé *n'est pas intégralement intelligible, intégralement transparent...*, *s'offre ou se refuse, exprime et ne veut pas exprimer, manifeste et dissimule*.

Cette référence à l'univers des *valeurs* où s'exerce notre liberté ne boucle pas la définition, car il *n'y a pas de vérité des valeurs...* *C'est surtout en termes de fins, de normes, en termes de droits...* qu'elles vont être réfléchies, mises en pratique par des actions, dans des conduites individuelles ou collectives. Elles donnent lieu aussi à des *opinions*, qui sont des mondes *d'apparence et non de vérité*, fluctuantes, relevant de réactions collectives et des manipulations qui les accompagnent (R. Polin, *Vérités et liberté*).

L'effort de définition a été aussi très poussé par les juristes, qui ont créé la catégorie de *droits de la personnalité*, ou *droits subjectifs*, dont fait partie le droit à la vie privée. Aux États-Unis, dès 1890, deux fameux juristes avaient défini la *privacy* comme le *droit d'être laissé tranquille (the right to be left alone)*. Ce droit a été précisé en 1965 par la Cour suprême des États-Unis comme *celui de toute personne de prendre seule les décisions dans la sphère de sa vie privée*. Ce n'est pas une propriété mais une *souveraineté*, par rapport à d'autres personnes et par rapport aux autorités publiques ; nous avons affaire à un *right of privacy* plus ancien que le *Bill of Rights*.

En France, depuis 1970, notre Code civil dans son article 9-2 stipule que *le juge peut... prescrire toute mesures... propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée*.

En Allemagne, la Loi fondamentale fédérale reconnaît un *droit de l'homme à l'épanouissement de sa personnalité*, et donc un droit à la vie privée. On trouve la même reconnaissance constitutionnelle dans d'autres pays européens (Suisse, France, Belgique). De manière surprenante, à première vue, les Anglais n'ont pas introduit le concept de *privacy* dans leur droit positif, préférant parler d'intérêts privés.

François Rigaux (*La protection de la vie privée* et des autres biens de la personnalité) a analysé de façon approfondie les approches juridiques dans différents pays. Le droit, écrit-il, a occupé le terrain délaissé par la morale, sans pouvoir lever toutes les ambiguïtés et imprécisions de ses concepts. *Il est impossible, et au surplus inutile, de définir la vie privée, et le mur (de la vie privée) n'est qu'une limite stratégique qui se déplace au gré des circonstances. Ces droits liés à la singularité des sujets, sont des libertés. Pour lui, en définitive, le concept de vie privée est l'émanation du rapport que la culture d'une société détermine, institue entre la zone d'intimité, méritant protection, et la nature des relations sociales, publiques et privées. La nature du droit à la vie privée le rapproche des droits économiques et sociaux.*

Nous devons laisser aux juristes le soin de régler ce débat complexe, au sein de leur discipline. Disons simplement que, dans le cadre de ces *Cahiers*, nous retenons la distinction faite par mon ancien maître de droit civil à Aix-en-Provence, Pierre Kayser, entre *protection du secret* et *protection des libertés de la vie privée*. Nous traitons, ici, essentiellement du secret de la vie privée.

### ***Société d'information et ses défis***

L'expression, si courante aujourd'hui, de *société d'information*, se réfère d'abord aux effets des innovations dans les techniques informatiques et de télécommunications, sous ses formes numérisées, interactives, très rapides, et d'accès banalisé. Elles ouvrent considérablement l'accès à l'information, à coût très faible, pour tous ceux qui en saisissent l'usage. C'est donc tout le domaine de l'expression et de la communication qui est transformé ; il est au cœur de la vie privée, et de l'exercice des libertés.

Outre la dimension technique, la compréhension et la définition de la société d'information exige de prendre en compte les institutions juridiques qui encadrent l'exercice du droit au secret, et les méthodes de management économique de l'information dans l'entreprise et sur les marchés d'information. Ces facteurs techniques, juridiques et économiques opèrent dans un *cadre culturel*, avec ses valeurs, ses normes, ses modèles de conduite des personnes, ses langages, ses opinions.

Le sociologue français Dominique Wolton (*Internet et après ?*), qui s'intéresse aux normes de la société de masse, et spécialement à la dynamique culturelle de la réception des messages par ses destinataires, dénonce les *discours bruyants*, la *fascination* provoquée par Internet, les *solitudes interactives* et le *silence théorique*. La portée de la révolution technique d'Internet ne peut être comprise sans référence aux évolutions culturelles, et à leurs interactions mutuelles. L'homme d'affaires Pierre Bonelli, président du second grand groupe européen de services d'information, SEMA-GROUP, insiste aussi sur le fait que les nouvelles techniques d'information ne peuvent avoir leur plein effet révolutionnaire dans la société que

parce qu'elles répondent à des *besoins latents* de liberté d'expression et de communication, et à une évolution sociale qui renforce à la fois l'individualisme et les sentiments communautaires.

Ces innovations dans la société comportent d'immenses avantages et des effets pervers. Ainsi, D. Wolton dénonce le risque de fractionnement social qui résulterait d'un excès de communications ciblées sur Internet. Par rapport à notre sujet, le risque de dégradation des moyens de protéger le secret de la vie privée apparaît aujourd'hui considérable, permettant toutes les indiscretions à l'égard des messages émis et reçus. Nos systèmes modernes de communication, qui ne cessent de progresser sur le plan technique et économique, incitent à les repérer, classer, traiter et négocier sur des marchés d'information, afin de dégager les *profils* des internautes, et de les exploiter.

Sous l'effet de ces innovations, nos normes de société pourront-elles préserver ce souci de confidentialité, qui est actuellement profondément ancré dans nos cultures ? Si oui, par quels systèmes de protection ? Ces systèmes sont-ils aisément accessibles à tous, dans les mêmes conditions culturelles et financières ? Comment apprécier l'efficacité de la protection qu'ils offrent ? Les principes de confidentialité bien établis dans nos sociétés et les possibilités de la protéger sont-ils en déshérence, et faut-il renouveler nos dispositifs, ou simplement appliquer ceux dont nous disposons avec plus de vigueur ? Quels sont les effets des exigences économiques ? Nous pensons à l'arrivée du commerce électronique et de l'accès banalisé à Internet. Notre groupe s'est posé ces questions ; elles méritent des débats plus approfondis.

### ***Complexité des systèmes de vie privée***

Nos différents rapports ont relevé la complexité du problème : définitions controversées, modes de protection juridiques et techniques insuffisamment évalués, insuffisante compréhension, par les individus, des risques de confidentialité qu'ils courent, et de l'efficacité des méthodes de protection ; variété des critères d'efficacité. L'appréciation des interactions entre l'évolution accélérée et globalisée des systèmes d'information, et celle des comportements individuels et normes de société, à l'égard de la confidentialité de la vie privée, est encore bien mal étayée, sur le plan scientifique.

Il faut aussi noter les contradictions et les insuffisances des méthodes de régulation, les limitations de la régulation internationale, alors que le phénomène affecte globalement les activités d'information. En outre, la conjugaison permanente de la *raison* et du *sentiment*, dans la manifestation du phénomène, comme dans son interprétation, n'éclaire guère des analyses objectives ; mais le privé est, de manière indélébile, inscrit dans l'affectif

## **Présentation des Cahiers**

L'objet principal des travaux porte sur les défis apportés par la société d'information au secret de la vie privée, considéré comme une liberté, de proposer des synthèses sur des problèmes importants, leurs solutions actuelles, les perspectives, et, dans la mesure du possible, de relever des points de vue nouveaux par rapport aux « idées reçues ».

Serait-il utile de réfléchir sur l'opportunité de créer un, ou des *Observatoires de la vie privée* ?

Le *Cahier I* présente une vue d'ensemble : développement institutionnel, système juridique, organisation économique (marchés d'information et intermédiation), modes techniques de protection.

Les deux contributions juridiques des professeurs Jean-Claude Soyer et François Rigaux (chap. 1 et 3) s'interrogent sur la nature du droit à la vie privée et la portée des mesures de protection, dans l'environnement culturel, technique, économique, moderne. Reprenant certaines conclusions de son *Traité sur la vie privée*, F. Rigaux estime que « l'affirmation selon laquelle les droits de la personnalité sont inaliénables et incessibles est purement idéologique ».

Le chapitre 2 (L. Cadoux, P. Tabatoni) se présente comme une synthèse introductive, et porte plus spécialement sur les relations entre consommateurs et entreprises, dans un environnement Internet. Il s'agit en réalité d'illustrer la problématique générale du droit au secret des « données personnelles » à partir des dispositifs en Europe et aux États-Unis. Le chapitre présente les méthodes légales et contractuelles, et les méthodes si diverses *d'autorégulation*, développées surtout dans le cadre de l'économie de marché. Il introduit la notion de *système de protection*, et de l'évaluation de son efficacité. Il introduit les composantes économiques et techniques (logiciels) dans les processus de protection.

Les chapitres 4 (P. Tabatoni) et 5 (V. Berquier-Ghérold) développent précisément ces composantes économiques, en exposant le rôle des *marchés d'information*, des *stratégies d'information* et commerciales des firmes, et l'apparition de nouveaux intermédiaires qui contribuent à restructurer les offres et demandes de produits, services et données, qui pourraient conduire à de nouvelles pratiques de régulation.

Le *Cahier II* approfondit l'analyse culturelle, juridique, économique et celle des systèmes techniques.

À la demande du Groupe, Raymond Polin, dans le chapitre 6, a intégré le droit à la protection de la vie privée dans les libertés des personnes qui constituent les

bases de la tradition humaniste en Occident. Il souligne que la manière dont ces libertés sont intégrées dans la culture, et notamment ses institutions morales et juridiques, est propre à chaque société et qu'il est difficile de parler de valeurs et de droits de portée universelle. L'Europe a une tradition de protection par la loi, nourrie par sa culture œcuménique, alors que l'évolution historique en Amérique privilégie le contrat, car elle n'a d'autre passé que les religions protestantes apportées par les émigrants anglo-saxons... inscrit dans la Déclaration d'indépendance de 1776, la Constitution de 1788, le *Bill of Rights* de 1791.

Philippe Lemoine (chap. 7) précise l'évolution des méthodes commerciales sous l'effet de la mondialisation et de l'avènement du commerce électronique, qui dramatisent l'expérience de la protection de la vie privée. Son observation centrale est que les enjeux soulevés par le commerce électronique ne se limitent pas à des questions de vie privée, mais sont bien des enjeux de libertés publiques et privées. La technique a renouvelé les méthodes de mercatique qui ont retrouvé l'homme derrière les artefacts. Il n'exclut pas cependant que le *Big Brother* ne s'impose comme horizon indépassable de la société d'information. Il appartient à l'Europe, s'appuyant sur le droit et la philosophie, de jouer son rôle en séparant individualisation et personnalisation.

Dans le chapitre 8, à nouveau François Rigaux revient, de manière plus approfondie, sur les textes qui organisent la protection légale de la vie privée, et plus spécialement ceux qui concernent la libre circulation des données dans l'espace européen. Dans une analyse très fine des textes, et notamment de la Directive européenne de 1995 sur la protection juridique, il en montre les difficultés de conception et de rédaction: discordance sur les objectifs; ambiguïtés parfois, des définitions; concepts indéterminés et excédent de règles conditionnelles; insertion des principes du droit communautaire dans les systèmes conceptuels de droit interne ; conflits de normes.

Enfin, dans les chapitres 9 et 10, consacrés à l'analyse technique, Louise Cadoux et Mireille Campana nous présentent à la fois un tableau général des logiciels, selon les besoins, et les systèmes de la cryptographie, ainsi que les limites de leur application.

Il n'a pas été possible à ce stade de présenter des conclusions générales du Groupe, mais le coordinateur, à partir des discussions et textes, a mentionné quelques remarques finales sur l'évolution possible des travaux en cours.