

INTRODUCTION

Indétermination et dynamique de la vie privée Points de vue

Pierre TABATONI

Ce texte réunit le troisième dossier des contributions des membres du groupe de travail d'ALLEA (All European Academies) coordonné par Pierre Tabatoni, sur « la protection de la vie privée dans la société d'information ». Les Cahiers 1 et 2 publiés en 2000 par l'Académie des Sciences Morales et Politiques, ont présenté les premiers travaux. Dans ce Cahier, nous avons souhaité préciser les notions et la problématique, rechercher comment l'extension rapide de la « société d'information » affecte le domaine et la pratique des libertés de la vie privée, les risques d'intrusion, les « systèmes de protection », et comparer les systèmes de certains pays européens et d'Amérique du nord.

Cette introduction s'efforce de présenter, selon la problématique qui s'est dégagée de nos travaux, la diversité des points de vue, d'où les nombreuses citations, qui, bien entendu, renvoient aux textes contenus dans ce Cahier et dans les Cahiers 1 et 2. Ils illustrent *l'indétermination* des phénomènes de vie privée. L'idée générale est qu'elle n'empêche nullement le développement dans nos sociétés d'une forte dynamique qui modifie les normes et attitudes à l'égard des libertés et du secret de la vie privée, les risques d'intrusion, et qui adapte les systèmes de protection à l'évolution du contexte culturel, technique, économique et organisationnel. ¹

Impact de la « société d'information » sur les libertés et le secret de la vie privée

L'exercice de la vie privée est une liberté des individus, dans le cadre des normes de la société. Elle signifie *légitimité, non ingérence, défense du secret*. La

¹ Certains des problèmes actuels de la vie privée ne sont évoqués que dans certains chapitres.

protection de la vie privée, comme le précise Marthe Fatin-Rouge Stefanini² dans sa définition, doit limiter les *investigations* de la vie privée (domicile, opinions politiques, relations familiales et interpersonnelles..) et la *divulgation* des informations qui la concernent (données personnelles ; secret professionnel ; droit à l'anonymat, comme en bioéthique..). Certes les pratiques de liberté n'engendrent pas nécessairement des informations, des données, mais dans nos systèmes de communication, la masse des données personnelles ne cesse de s'accroître et l'intrusion dans la vie privée, qui viole sa confidentialité, s'exerce très souvent à travers l'exploitation de ces données. Elle est à la base des relations interpersonnelles, économiques, sociales et politiques.

L'évolution du contexte joue un rôle déterminant. Le juriste allemand S. Simitis (*chap. 2; note 2*), qui s'intéresse spécialement au traitement juridique des données, écrit : « *L'intégration et l'instrumentalisation de la technologie de l'information et de la communication deviendra le symbole le plus marquant de la troisième génération de lois de protection...mais les techniques en elles-mêmes, par exemple les logiciels de protection de la vie privée, ne pourront jamais définir la légitimité et la légalité du traitement des données.* »

Michèle Voisset (*chap. 16*) est pessimiste : « *La question se pose aujourd'hui en termes d'une ampleur et d'une dangerosité nouvelles, compte tenu des potentialités de ces technologies et de la mondialisation des échanges et des relations humaines. La société de l'information ouvre des espaces de liberté exaltants et en même temps, elle est un défi pour les libertés, notamment individuelles.*

Cette société d'information, rarement définie, n'est-elle qu'un mythe, dont la réalité, dans son principe, ne serait pas nouvelle ?. Peut-être, mais au sens d'une formidable « idée-force » qui dramatise le changement révolutionnaire dans nos modes de communication et d'interaction, et nos mentalités.

Le *besoin* d'informations diversifiées, rapidement et aisément disponibles pour le plus grand nombre, fortement interactives, et la conscience d'un droit à l'information, assorti d'un droit à la transparence, et aussi d'un droit au secret, sont devenus des faits de société, d'où l'expression *société d'information*. Cette forme de société combine des inventions, innovations, changements culturels et organisationnels, qui sont associés, depuis une vingtaine d'années, à une transformation profonde des communications et de la gestion des informations. Ces changements ont affecté le domaine des libertés, les processus d'activités, de logistique, de relations, et de modes gestion. On peut imaginer leur impact sur les attitudes individuelles, et les normes sociales, à l'égard des libertés et de la

² Spiros Simitis; 2000, *Auf dem Weg zu einem neuen Datenschutzkonzept; Die zweite Novellierungstufe des BDSG (Datenschutz und Datensicherheit, 24.2)*, traduit dans le chapitre 2

confidentialité de la vie privée, sur l'émergence de nouveaux besoins, et de solutions nouvelles.

Il est difficile de dire dans quel sens ces forces s'exercent : renforcement ou affaiblissement des normes de vie privée, changements de ses formes. Nous disposons de beaucoup d'informations dans l'un et l'autre sens, mais pas encore suffisamment de recherches et de modèles scientifiques, qui permettraient d'analyser de manière comparative les tendances générales du phénomène. La diversité des phénomènes, qui apparaît clairement, exclut peut-être l'idée de tendance générale, au profit de changements dans ses diverses formes. Les Lois fondamentales et Constitutions des Etats se sont généralement gardées de donner des définitions strictes et ont traité des cas particuliers.

La révolution de la société d'information

Les caractéristiques de la société d'information peuvent-elles transformer durablement la société ? Nous le pensons, mais ce n'est qu'un des points de vue. Le terme soulève aujourd'hui quelque suspicion à la suite de la sérieuse crise économique des télécommunications et de l'informatique, des services Internet, des communications sans fils, du commerce électronique..., bref de tous les facteurs qui ont été une source exceptionnelle d'innovations et de croissance mondiale. Mais l'expérience a démontré que la révolution informatique ne peut vraiment porter ses fruits que dans le cadre d'une transformation durable des mentalités, des processus, de l'organisation, et des stratégies (Luc de Brabandère, *chap 5*). Luc de Brabandère parle de « *troisième rupture* », nous avertissant que l'information constitue un « *magma* », que le mot *fichier* est bien dépassé, que nous aurons besoin d'une nouvelle compréhension de *l'espace, du temps, de la causalité, de la perception de l'environnement*. Il rejoint ainsi l'analyse moderne de la *complexité* qui considère que les innovations importantes ne peuvent résulter que de situations *pré-chaotiques*. L'évolution de la vie privée, et les modes de protection des libertés et du secret se situent dans ce « *maelström* », qui ne peut que transformer leur statut culturel et institutionnel, et leur organisation. Il est aujourd'hui à l'échelle mondiale, et les formes de structuration passent de plus en plus par des réseaux d'information et d'échange *globalisés*.

En elle-même, l'évolution du droit de la vie privée, qui a été en première ligne, illustre ces changements. Il suffit de lire les ouvrages de droit civil et du droit de l'information, dont plusieurs des auteurs ont contribué à ce Cahier, les arrêts et rapports des tribunaux et leurs commentaires (v. par exemple, pour la France, le rapport de la Cour de Cassation de l'année 2000, entièrement consacré à la « protection de la personne »), les rapports des autorités nationales chargées précisément de protéger les « données personnelles » (v. *Partie I* de ce Cahier), les délibérations des grandes organisations, O.N.U., O.E.C.D., Conseil de l'Europe,

et de l'Union Européenne. Celle-ci vient de privilégier le droit à la vie privée, dans l'article 1 de sa « Charte Européenne des droits de l'homme », dans le traité de Nice, de 2001. Ces textes adossent le droit à la vie privée aux libertés fondamentales et aux droits de l'homme, mais ils s'efforcent de le faire en tenant compte des changements de société, qui exigent de nouveaux concepts et systèmes juridiques, et de nouveaux systèmes de protection.

Mais Michèle Voisset conclut (*chap. 16*): « *Cette architecture mondiale de réseaux, sans cesse enrichis, se fait sans associer ni informer les citoyens, dont le fichage et le traçage se mondialisent, et RESEAUPOLIS, fascinante et vertigineuse, rend dérisoires les atteintes aux libertés individuelles que faisait craindre Big Brother.* »

L'identité paradoxale de la vie privée

Dans le Cahier 1, F. Rigaux avait souligné la *nature paradoxale* du droit à la vie privée. Il exprime une liberté qui est en concurrence avec d'autres ; le droit privé et le droit public se mêlent ; la rigueur des objectifs des lois de protection ne se traduit pas nécessairement par celle des textes, ni par la cohérence dans les interprétations, ni dans l'équité de leurs applications.

On peut citer d'autres exemples de contradictions et paradoxes inhérents à la vie privée. 1) La vie privée est autant influencée par des raisons que des passions. - 2) Son exercice doit souvent concilier « confiance », « méfiance », « transparence », « opacité », « publicité ». - 3) Bien qu'exprimant des libertés privées, elle a toujours une *signification sociale* et met en cause des normes de société; pour certains, le droit à la vie privée est un droit d'ordre public ; nul ne peut y renoncer. - 4) La « société d'information » répond à des besoins actuels ou latents, qui expriment des attitudes à l'égard de la vie privée; mais elle les fait aussi évoluer, les standardise, les différencie. - 5) Les nouvelles techniques de communication et de management accroissent les occasions de liberté ; mais elles peuvent aussi les limiter, engendrer de graves risques d'intrusion et de sécurité, tout en fournissant des techniques de protection renouvelées. - 6) Les choix de vie privée expriment des influences conjuguées ou contradictoires entre valeurs, raisons, intérêts et opinions.

Certaines de ces contradictions sont résolues, statiquement, par des compromis, par exemple entre diverses libertés, ou par des avantages commerciaux accordés par une entreprise à des clients dont elle souhaite utiliser les « données personnelles » (v. *Cahiers 1 et 2*), dans le cadre d'une négociation sur les prix des données. Le juge devra « balancer » entre les divers intérêts.

Dans les situations plus complexes, et proprement paradoxales, il faut trouver des solutions plus innovatrices, qui modifient les aspirations des parties et leurs interrelations. Par exemple dans le secteur privé, une firme cherche à fidéliser ses clients par une politique de protection de leur vie privée qui développe un partenariat. Dans la vie publique, les interventions de l'Etat dans la vie privée pour des motifs de sécurité publique sont mieux acceptées dans le cadre de partenariats de citoyenneté, et de politiques crédibles de gestion des « *risques de précaution* », et de « *transparence* ». Mais pouvoir et transparence ont des relations dialectiques ; pensons à la Russie, et aux déboires de la *glasnost* depuis le tzar Alexandre II jusqu'à Gorbatchev.

Un sentiment fort, une notion floue

Si le cadre général de la vie privée est bien défini, comme dans les manuels de droit privé (*F. Terré, F. Rigaux, P. Kayser ; v. article de M. Fatin-Rouge Stefanini- note 3*) plusieurs contributions ont souligné la difficulté de définir de manière autonome la vie privée. La simple lecture des dictionnaires successifs de la langue française, depuis le XVI^e siècle, montre une conception du privé fondée sur les notions de l'Antiquité, qui privilégient le public (*publicus*). Le privé est ce qui n'est pas digne d'une observation ou d'une discussion publique (dans l'ancienne Grèce), ou ce qui lui est soustrait. En 1950, encore, dans le Quillet, le « privé », cité en premier lieu, s'applique à ceux qui ne travaillent pas dans le public ; la référence au particulier, au personnel, à l'intimité ne vient qu'après. *Privatus*, c'est aussi l'idée de séparation, d'exclusion, qui fonde l'idée de liberté et de secret. Le concept d'intimité est lié au secret. On parle souvent de données sensibles , en matière de santé, d'histoire judiciaire, de pratique financière, sexuelle, politique, et d'éléments d'identité. Elles bénéficient généralement d'une protection juridique particulière et de droits plus étendus et plus stricts.

Anna Arendt (*Revue internationale de psychosociologie, n° 15, 2000*) souligne que « privé » signifie aussi « être privé des choses essentielles de la réalité humaine ... qui provient de ce qui est vu et entendu par autrui ». La conscience et la solidarité sociales impliquent la transparence, le mélange, mais une société sans secret privé est « totalitaire ».

Il est classique en France de distinguer la liberté de la vie privée , qui est une liberté publique, se traduisant par des actions, des pensées, des communications, du secret de la vie privée . Il est souvent noté que le secret des informations sur la vie privée est une condition d'exercice effectif des libertés, dans le cadre des normes sociales de confidentialité. Mais P. Demeulenaere (*Chap. 11*), philosophe et sociologue, estime que les *variables* (liberté de la vie privée et secret) *sont fondamentalement différentes et ne convergent pas dans la délimitation de la sphère de la vie privée.. la vie privée n'implique pas directement le secret, et réciproquement*. La justification du secret est complexe, et son rôle

dépasse le souci de protection de la vie privée. Il peut couvrir des transgressions illégitimes, et donner lieu à la production *d'externalités négatives*.

Le conseiller d'Etat G. Braibant, analysant en 1998, la jurisprudence française, distingue la *vie privée* (« éléments » qui ont trait à l'individu et sa vie familiale) des informations relatives au patrimoine et à la vie professionnelle ; elles sont une composante de la vie privée, mais il faut leur adjoindre les sentiments, les pensées, et tous les autres éléments qui ne sont pas des informations ; ces données sont moins protégées. Le droit au respect de la vie privée a pour objet de défendre les citoyens contre l'exclusion et leur reconnaît un droit d'être laissé tranquille...il protège contre une « intrusion » et une « utilisation abusive » des informations personnelles (sur ces définitions du Conseil d'Etat, v. *Maitrot de la Motte, chapitre 17*)

Au fur et à mesure que notre société s'est personnalisée, les critères de protection du « privé » par rapport au « non privé », et non plus par rapport au « public », ont dominé le débat. Mais aujourd'hui les problèmes de « sécurité publique » attirent à nouveau l'attention sur les contrôles par les pouvoirs publics, et certains s'interrogent sur l'idée de soumettre les pratiques publiques et privées de « sécurité » au même schéma de protection.

Du droit de discrétion bourgeoise au droit constitutionnel de la personne

G. Duby (v. *Cahier 1*) considérait les premières expressions modernes des normes de protection de la vie privée, comme une liberté « bourgeoise » de source anglaise, au XIX^e siècle. La première étape juridique du droit à la vie privée a été le texte américain de Warren et Brandeis sur la *privacy* en 1890, dont l'objet, rappelle F. Rigaux (*chap. 6*) était de « protéger les activités mondaines de Madame Warren contre les commentaires désobligeants de la presse ». A l'inverse, dans un autre contexte, en 1819, Royer Collard, un libéral français, s'inquiétait des obstacles que le « mur de la vie privée » pouvait établir à la liberté de la presse. Au XIX^e siècle, les romanistes allemands ont conçu les *droits et biens de la personnalité*, suivis récemment par les Suisses, les Belges, les Italiens. Les avancées dans la diffusion et les applications du concept des *droits de l'homme*, et de *dignité humaine*, ont abouti à y inclure un droit à la protection de la vie privée, fréquemment confirmé par les Constitutions, comme on le verra.

En France, F. Terré, et Dominique Fenouillet (*Les personnes, La famille, Les incapacités, Dalloz, 6^e éd. 1996, et dans ce Cahier le chap. 7*), précisent que la vie privée est protégée en tant que telle, notamment par l'article 9 du Code civil : *la seule constatation d'une atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation*. Pour cerner la notion de vie privée, ils utilisent l'image de « cercles concentriques », celui d'abord qui concerne la vie personnelle, y compris le domicile, puis la vie

familiale et les relations amicales, le patrimoine, et enfin le cercle de la vie publique pour les personnages soumis aux pratiques de la notoriété. Il rappelle que de « *nombreuses interférences peuvent se produire entre vie privée et vie professionnelle* » et que les lois et la jurisprudence ont apporté de nombreuses exceptions aux principes de confidentialité. La loi du 6 février 1978 (. *M. Gentot, chapitre 1 ; A. Maitrot de la Motte, chap. 17*) s'applique aux procédés informatiques de traitement des données et à l'utilisation des fichiers ; elle oblige, entre autres, le responsable d'un fichier à garantir la sécurité et le secret des informations collectées.

F. Rigaux (*chap. 6, § 4 et 5*) note que « *les concepts de vie privée, de privacy, et de droits et biens de la personnalité ne sont pas rigoureusement identiques ; c'est le dernier qui a le plus d'ampleur et le premier le contenu le plus restreint* ». Il note que « *si les pays européens ont des traditions juridiques proches.. les concepts à l'aide desquels chacun d'eux s'efforce de protéger l'individu dans, (ou contre) la société de l'information, sont loin de coïncider parfaitement* ». En outre « *l'espace de protection de l'individu a été découpé en secteurs particuliers, la vie privée, la liberté d'expression, le droit à l'information, la liberté religieuse, la liberté d'association...* » qui sont des libertés en concurrence les unes avec les autres. Il appartient au juge de lever ces indéterminations, en *proportionnant* ses décisions ; les risques de distorsion sont multiples.

En Allemagne, « *le concept de Datenschutz (protection des données), dissocie d'une part la vie privée et les données personnelles, et d'autre part les personnes concernées ; en fait ce sont elles qui sont protégées, et non les données* ». (*A. Maitrot de la Motte chap. 17*). Pour S. Simitis, la référence au droit à « *l'autonomie informationnelle* », qui est cœur de la protection des personnes, « *ne constitue surtout pas une simple variante du droit de la personnalité* ». Elle implique le droit de tout individu à *consentir* à l'utilisation des données, et donc de la *refuser*, mais aussi de *renoncer* à invoquer ses droits de protection, et de consentir à la divulgation de ses données (*F. Terré, F. Rigaux, S. Simitis*).

F. Terré précise « *qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie privée lorsqu'une personne autorise une immixtion dans celle-ci. le secret est relatif* ». F. Rigaux déclare (*chap.6*) que « *le consentement de l'individu permet d'évincer une garantie fondamentale de son droit au secret* » ; il évoque la notion juridique américaine de consentement obtenu sous la pression (*duress*). S. Simitis, propose de limiter ce droit au consentement :... « *dans le droit en vigueur, le consentement n'altère pas les droits des personnes concernées...leur accord se réfère impérativement à des objectifs de traitement précisément définis, et limite ainsi de façon contraignante la marge d'utilisation des données par le destinataire du consentement* ». Ses propositions reviennent à exiger l'application, dans les contrats qui règlent l'utilisation des données personnelles, de la clause *opt-in* (autorisation préalable à toute collecte des données). Il entend aussi renforcer l'obligation faite aux collecteurs de données d'en respecter la finalité, et de s'en tenir strictement à l'objet pour lequel ils les ont collectées, sans pouvoir les transférer à des tiers.

Cette condition de finalité lui paraît une exigence centrale, à laquelle il estime que les milieux professionnels résistent fortement.

En effet ces deux prescriptions soulèveraient de vives objections de leur part, car elles pourraient fortement limiter la flexibilité et l'opportunité stratégique dans l'usage des données, ainsi que la rentabilité de leurs méthodes de traitement de données, qui incluent la faculté de négocier ces données sur les marchés d'information, sauf refus explicite des titulaires des données (*opt-out*) (P. Tabatoni, *Cahier 1, chap.4*). L'autorisation est requise en Europe pour le traitement des données sensibles, et probablement bientôt des « courriers électroniques non sollicités » (L. Cadoux, *RFG, juillet-août 2001, A.M. de la Motte chap. 17*). Aux Etats-Unis, la législation très récente (2001) relative à l'accès aux données de santé et à leur circulation accorde aux patients l'*opt-in* (P. Tabatoni, *chap. 15*).

P. Chamoux (*chap. 11*) nous précise que le droit à la vie privée a aussi des rapports ambigus avec le droit de propriété. Le titulaire des données ne peut les contrôler si elles sont détenues, en propriété, par un organisme qui les a légalement collectées. Il peut cependant exercer un droit de regard et de rectification des erreurs matérielles ou factuelles. L'un des problèmes d'actualité est le droit de propriété sur des banques de données qu'invoquent les entreprises qui en absorbent d'autres ; elles les considèrent comme des actifs, ce qui est économiquement tout à fait justifié, mais qu'en est-il sur le plan juridique, si les consommateurs n'avaient pas autorisé la firme absorbée à diffuser ces données à des tiers ? La controverse est ouverte, et c'est le principe de finalité qui est en cause. P. Chamoux signale aussi les relations ambiguës avec le droit international, les réseaux interactifs étant globalisés et non localisés. D'où, par exemple, une certaine asymétrie entre l'application globalisée du droit fédéral américain, que doivent accepter tous ceux qui ont des activités aux Etats-Unis, et les difficultés des autres Etats à faire appliquer leur droit national en dehors de leur territoire.

Finalement J. P. Müller (*chap. 3*) s'interroge sur une évolution qui ne cesse d'accroître la transparence de la vie privée. En conclusion de son analyse de la protection des données en Suisse, il se demande si nous ne serons pas réduits à « nous résigner à évoluer dans des boules de verre ... c'est la valeur sociale d'un être humain qui est en cause et par la même l'image positive ou négative qu'en a son environnement social, proche ou plus éloigné ... il faut se demander s'il n'est pas nécessaire de poser des conditions plus sévères pour la communication de telles informations », et notamment de protéger les données qui portent « atteinte à l'honneur » Il conclue sur une note plus optimiste cependant: l'amoncellement grandissant du flux d'informations peut rendre une donnée spécifique sans intérêt , une sorte d'autorégulation par l'envahissement des informations.

La valeur constitutionnelle de ce droit

La référence aux valeurs fondamentales et libertés de nos sociétés par le droit de la vie privée est souvent consacrée, en des termes différents, par la norme juridique suprême qui est la Constitution et les délibérations des Cours constitutionnelles. S'exprimant en termes très généraux, ou se référant à des listes, non limitatives, de domaines de la vie privée ; les Constitutions laissent une large liberté d'interprétation qui permet l'adaptation du droit aux changements. Ces positions renforcent les engagements de respect de la vie privée pris en application de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, art. 12.1, et des Conventions du Conseil de l'Europe sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950, art. 8.1). Le traité d'Amsterdam de l'Union Européenne (art. 213 B) édicte qu'à partir de 1999, toutes les institutions communautaires issues du Traité seront tenues d'appliquer les règles protectrices des données personnelles et de créer une autorité autonome de surveillance.

Le « Groupe d'études et de recherche sur la justice constitutionnelle » de l'université d'Aix-Marseille III a organisé en 2000 sa Table ronde internationale annuelle sur le thème *Constitution et secret de la vie privée* (publié par l'université). Ces textes font le point sur la notion de secret de la vie privée, les positions constitutionnelles dans divers pays, et l'influence des nouvelles technologies. Les différents aspects du secret qui sont traités concernent : le droit à la protection de l'image et des données personnelles, au respect de l'intimité et des communications, au contrôle de la vidéosurveillance, à l'inviolabilité du domicile, au secret fiscal, bancaire et médical, de l'instruction, et à celui du patrimoine génétique face aux enquêtes judiciaires et au droit des assurances³

Nous donnerons quelques précisions concernant l'Allemagne⁴ et l'Italie⁵ pour compléter les textes publiés dans ce Cahier.

³ v. notamment, les articles de *Marthe Fatin-Rouge Stefanini*, du CNRS, qui propose une synthèse sur la vie privée ; *Constance Grewe* pour l'Allemagne ; *G. Busia et M. Luciani*, pour l'Italie.

⁴ En Allemagne, précise Constance Grewe, la Cour Constitutionnelle a jugé que la protection de la sphère de la vie privée doit être assurée spécifiquement, dans des cas particuliers qui définissent le domaine de la vie privée de façon non limitative (« protection indéterminée et résiduelle »). Dans les « droits de la personnalité », qui, quoique non reconnus, résultent des dispositions constitutionnelles sur la dignité humaine et l'épanouissement de la personnalité, la Cour distingue les « droits ordinaires de la personnalité » du « noyau de projet de vie de chacun », qui est intangible. Mais, dit l'auteur, le droit de la personnalité est trop étroit parce que certains aspects seulement de cette liberté générale sont pertinents pour la protection de la vie privée. Dans sa conclusion elle estime nécessaire d'insérer la protection de la vie privée dans un concept plus général de droit de l'information et de la communication.

⁵ Pour G. Busia et M. Luciani, *le droit à la vie privée dépasse la simple protection de l'intimité pour s'étendre, en tant que garantie du droit à la liberté de choix, sans être conditionné ou discriminé...il cesse d'être un droit individuel pour assumer une dimension sociale, nécessaire pour rendre possibles les relations avec les autres*. La loi 675/76, de 1996, protège les données concernant l'identité personnelle: *recueil, enregistrement, organisation, conservation, élaboration, modification, sélection, extraction, comparaison, utilisation, interconnexion, blocage, communication, diffusion, annulation, distribution des données*. Elle différencie les données communes des « données sensibles de la sphère intime », qui ne peuvent être traitées qu'avec l'autorisation spéciale du *Garant*, responsable national de la protection. Mais sa portée est générale: *le traitement*

La Loi Fondamentale allemande reconnaît le principe de *dignité humaine*, et le droit à *l'épanouissement de la personnalité*, dont la conjugaison donne une valeur constitutionnelle à la vie privée, consacrée par la Cour constitutionnelle. L'argument central, pour S. Simitis, est sans doute donné dans l'art. 1, al. 1 et 2 de la Constitution qui consacre le droit à *l'autodétermination informationnelle* : c'est un droit de disposition (non sur le contenu) mais sur l'utilisation et la transmission des données personnelles, d'où découle le droit à la protection des données. L'Allemagne, malgré les engagements du Traité, n'a pas encore introduit dans ses textes nationaux les dispositions de la Directive de 1995 sur la protection des données personnelles, et l'article de S. Simitis commente les modifications qui seraient nécessaires et qui vont au-delà des prescriptions de la Directive.

En Italie, la Constitution ne reconnaît pas non plus un droit général de la vie privée, mais son art. 2 garantit le « *plein développement de la personnalité* » et protège le domicile, la correspondance, la liberté de pensée. La Cour Constitutionnelle accepte la prééminence du droit à la vie privée comme un *droit fondamental de la personne*, qui inclut un *droit informationnel*, c'est-à-dire le contrôle du flux d'informations qui concernent une personne, sans y inclure cependant un monopole de l'image.

En Espagne⁶ (*note 6*) l'article 18.1 de la Constitution et les articles 53 et 54 protègent le *droit à l'intimité*, comme un *droit fondamental*, lié au droit à l'honneur, à l'inviolabilité du domicile, au secret des communications, et à la limitation, à cet effet, de l'usage de l'informatique (protection des données). Le Tribunal Constitutionnel a reconnu, en 1987, 1997, 1999, 2000, que les droits dérivés de l'article 18.1 font partie des *biens de la personnalité*. Ils créent un espace d'intimité personnelle et familiale protégé contre les intrusions, aussi bien du secteur privé que des pouvoirs publics (intimité corporelle, familiale, dans le cadre des relations matrimoniales, inviolabilité du domicile, secret des communications et de la correspondance, limitations de l'usage de l'informatique). L'Espagne a, en 1999 transposé les dispositions de la Directive européenne dans sa législation nationale.

La récente Constitution suisse du 18 avril 1999 (*J.P. Müller, chap.3*) reconnaît, dans son article 13 al. 1, que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance, et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications* ». L'alinéa 2 garantit le droit à « *l'autodétermination informationnelle* » : « *toute personne peut décider elle-même à qui elle dévoile les faits de sa vie privée, ses pensées, ses sentiments ou ses émotions* ». La même idée prévaut en Belgique : « *La vie privée est à entendre*

des données personnelles concerne toute la sphère des droits fondamentaux de la personne, essentiels pour la protection de la dignité humaine...elle ne vise pas seulement à empêcher leur acquisition, ou à les garder secrètes, mais à vérifier leur procédure de collecte, à connaître l'identité de celui qui les gère, à en contrôler le parcours (cf. S. Simitis pour l'Allemagne).

⁶ Luis Escobar de la Serna et Salustiano del Campo Urbano, 2001, *Sur le droit à l'intimité dans l'ordre juridique espagnol* (chap. 9).

comme autodétermination informationnelle, c'est-à-dire comme autonomie dans la communication de données à caractère personnel (C. de Terwangne, chap. 4).

En France le respect de la vie privée a été doté par le Conseil Constitutionnel d'une valeur constitutionnelle à l'occasion de situations où la vie privée était limitée (*F. Terré, chap. 7, et M. Fatin-Rouge Stefanini, note 3*). Depuis 1993 le Conseil inclut la loi « informatique et libertés », du 6 janvier 1978, dans *les dispositions protectrices de la liberté individuelle* et renvoie fréquemment à cette loi (*M. Gentot, chap. 1*). C'est pour une bonne part à partir des arguments de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) que le Conseil Constitutionnel, a fait introduire dans la loi de finance de 1999 la disposition d'après laquelle la communication d'informations nominatives entre le fisc et la Sécurité sociale, à des fins de contrôle public, doit être *strictement nécessaire*. Lors de l'institution de la *Carte verte Vitale* informatisant les données de santé, il a aussi vérifié que cette informatisation assurait la confidentialité des informations. Depuis 1999 le Conseil a jugé que le droit au respect de la vie privée est protégé par *la liberté proclamée à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme*. F. Terré nous rappelle qu'à diverses reprises, il a déclaré non conformes à la Constitution des dispositions législatives qui apportaient des limitations au secret de la vie privée, mais malgré ces dispositions le Conseil n'estime pas que le droit au secret de la vie privée soit « absolu ».

En Grande-Bretagne, où est née, et persiste une forte tradition du respect de la vie privée, il n'existe pas de droit général de la vie privée (*Y. Akdeniz et J. Bell, chap. 8*), mais de nombreux textes particuliers et des décisions judiciaires. Aux Etats-Unis, selon F. Rigaux, « *la Cour Suprême, en l'absence de texte explicite, déduit les linéaments de la privacy des « pénombres de la Constitution* ».

Valeurs, raisons, opinions, intérêts, dans les sciences sociales.

Le droit personnel de la vie privée peut-il être de nature patrimoniale ? C'est une question controversée chez les juristes, et malgré les réponses qui lui sont données par la pratique, le rejet, rationnel et passionnel de la dimension patrimoniale de la vie privée demeure. Mais est-elle incompatible avec un attachement profond des personnes à leur vie privée, qu'ils considèrent comme une valeur de liberté, pratiquée sous des formes variables selon les normes sociales ?

Un droit personnel « patrimonial »; les marchés d'information

Ces différentes libertés, dans le cadre des droits de la personne, sont adossées l'une à l'autre. La liberté de la vie privée et celle de l'échange font l'objet de choix personnels (F. Rigaux, *Cahier 2, et, dans ce Cahier, chap. 6*). En décidant d'échanger ses données contre des avantages commerciaux ou de notoriété, ou de relations personnalisées (presse, publicité, carte de fidélisation dans un grand magasin, prix spéciaux négociés sur Internet ...), une personne privilégie son droit à échanger par rapport à son droit à la confidentialité.

L'idée que ce droit personnel, en tant que tel, ne soit « *pas patrimonial* », une doctrine célèbre autrefois, est, écrit F. Rigaux, « *périmée, car non seulement la réparation d'une atteinte à un bien de la personnalité prend de plus en plus la forme d'une indemnisation pécuniaire, mais de chacun de ces biens il peut être disposé par la voie d'un contrat* ».

Les économistes sont évidemment en phase avec une interprétation patrimoniale. Ils constatent le remarquable développement des *marchés d'information personnalisée* (*Cahier 1, P. Tabatoni, V. Ghérolid ; dans ce Cahier, P. Tabatoni, chap. 14, J. M. Bouroche, chap. 15*). Leur activité dépend pour une bonne part des normes régissant, effectivement, la collecte et de la négociation des données personnelles. Ph. de Woot (*chap. 13*) estime que le fonctionnement de ces marchés doit être encadré par des lois générales qui protègent la vie privée contre les « *stratégies gagnantes* » des firmes, et contre les insuffisances de leurs politiques de protection. Mais elles ne doivent pas induire un excès de réglementation qui freinerait les innovations. C'est, dirons-nous, un enjeu délicat, avec une forte composante culturelle.

Les relations entre information et gestion économique, qui ne cessent d'être renforcées, sont aussi l'objet de controverses. M. Gentot (*chap.1*) observe une « *marchandisation* » de l'information, et rappelle que la CNIL, lors du début d'élaboration de la Directive européenne, avait posé « *crûment* » la question : « *Veut-on l'Europe des marchands ou celle des droits de l'Homme ?* » Mais, l'intervention de la Directive européenne de 1995 s'est nécessairement faite dans le cadre des compétences communautaires, sur le « *marché intérieur* ». L'information personnelle est aussi une marchandise, et cette interprétation a été renforcée par les accords internationaux. Par ailleurs la loi française de 1978 n'a pas suivi le Conseil Constitutionnel pour lequel les informations relatives au patrimoine ne sont pas constitutives de la vie privée.

S. Simitis (*chap. 2*) pense qu'avec sa commercialisation, l'utilisation des données produit un foisonnement de ramifications ; ses buts se volatilisent entièrement, et tout essai de contrôle est de prime abord voué à l'échec. Il dénonce une association trop étroite entre les projets de réforme du droit de la vie privée en Allemagne et la mise en œuvre de certaines innovations économiques.

Parlant des projets de réforme allemands, il note que l'autodétermination de l'information des personnes concernées n'est plus la référence et la base de décision, mais la garantie d'un commerce électronique sans heurts. Un coup d'œil sur les documents nationaux et internationaux suffit pour constater le changement. « *Ce qui était presque impensable jusqu'au milieu des années quatre-vingt-dix, est réclamé, depuis lors, plus ouvertement: renvoyer la protection des données aux limites fixées par le commerce électronique.* »

Notons cependant que malgré la pression considérable qu'exerce sur les gouvernements le souci de ne pas prendre du retard dans les positions concurrentielles du commerce électronique, celui de la vie privée est affirmé avec force, précisément comme une condition d'efficacité. Toute confirmation publique des exigences de la vie privée nous semble bonne, quel que soit le contexte, et d'autant plus que ce contexte risquerait de les minorer. La dynamique de la vie privée joue plus fortement en ce cas, nous semble-t-il.

Les italiens G. Busia et M. Luciani (*note 5*) sont particulièrement hostiles à toute idée de patrimonialisation des données : « *Il faudrait exclure radicalement tout caractère licite des actes de négociation à titre onéreux des données ... et exclure l'accord chaque fois qu'il est offert dans le but d'obtenir un avantage économique.* M. Voisset (*chap. 16*) estime nécessaires de nouveaux modes de régulations en vue de mieux protéger la vie privée dont la situation s'est dégradée : « *Les puissants intérêts économiques et financiers qui entourent la société d'information ... ne peuvent être régulés, ou réprimés, par la seule modification de règles anciennes.* »

Que pensent les sciences sociales de la place de la vie privée dans l'existence des personnes et l'organisation de la société ?

La « vie privée » dans les sciences sociales; aperçu.

Parlant de libertés, de normes et de droits, de relations entre personnes et société, le débat sur la vie privée y est très actif. La tradition individualiste est au cœur de la culture occidentale, mais la référence à la vie privée est associée à des valeurs de société de liberté, de dignité humaine et de justice. Nous l'avons souvent constaté dans les travaux des juristes et des philosophes du droit, qui réfléchissent sur la question depuis plus d'un siècle et sont confrontés à l'évolution des problèmes concrets et des normes de la société. La tradition des économistes reconnaît une place centrale à la vie et à la propriété privées. Elle a été longtemps impressionnée par un adage fondateur de leur science : « *Private vices, public benefits* ». Mais l'«économie politique» a ses origines dans la théologie et les sciences morales (doctrine économique de l'Eglise et des administrateurs publics jusqu'au XVIII^e siècle, puis A. Smith, J.B. Say, St. Mill.). Aujourd'hui, l'enjeu permanent des « politiques économiques » est de

concilier la dynamique des marchés avec des orientations sociales ; cette conciliation peut être « neutre » pour les choix privés ou orientée par des incitations qui affectent le domaine de la vie privée. L'intégration de l'éthique dans l'analyse économique a été couronnée récemment par un prix Nobel d'économie. La conception de *l'efficacité des systèmes*, qui est à la base de la pensée économique, est donc élargie, mais l'économie traite d'une utilisation efficace des ressources rares.

Nous avons déjà cité (*Cahier 1*) des travaux d'historiens, comme Georges Duby et ses collègues, dans leur étude sur l'évolution des sentiments et des pratiques de la vie privée, depuis le moyen-âge ; ils en ont souligné la vigueur, la localisation, et les variations, jusqu'à la notion « bourgeoise » du XIX^e siècle. Hannah Arendt (*Condition de l'homme moderne, 1988*) prend fortement parti : « *Désormais, tout citoyen appartient à deux ordres d'existence ; et il y a dans la vie une distinction très nette entre ce qui lui est propre et ce qui est commun.* »

Fin octobre 2000, la *Revue Internationale de Psychosociologie* (n° 15) s'est interrogée précisément sur les *limites d'une opposition privé-public*. Les directeurs de la publication, Eugène Henriquez et Dominique Lhuiller ont ouvert les débats en notant que « *l'opposition entre public et privé, comme l'opposition entre profane et sacré, a permis d'ordonner la vie des citoyens et la dynamique sociale* ». E. Henriquez conclut ce numéro en refusant *l'interminable agonie de la dichotomie... il faut maintenir la distinction*. Pour N. Elias et Ph. Ariès, l'individu fuit la contrainte du public « *en se réfugiant dans l'intimité et le social, qui fournit au privé une dignité publique* ». P. Denis, directeur de la *Revue française de psychanalyse* pense qu'on « *assiste aujourd'hui simultanément à la personnalisation du citoyen et à la restriction de son domaine privé, et à une plus grande ingérence de la puissance publique dans les espaces privés* ». Une autre psychanalyste, N. Zalzman, commentant la transparence remarque que « *plus le citoyen ... veut profiter d'une protection étatique plus il développe sa susceptibilité sur sa vie privée, son droit à l'opacité ; plus il donne de pouvoirs à l'Etat, plus il réclame sa transparence* », qui, en retour l'exige de lui ; une « *méfiance* » et une « *exigence* » réciproques se développent, « *l'idée d'un rapport qui annulerait la conflictualité public-privé est délirante* ». Les sociétés qui exigent une transparence absolue sont totalitaires.

L'intimité, plus que la vie privée, postule séparation, opacité. Elle occupe une place centrale chez les psychologues, car elle est perçue comme l'ultime refuge de celui qui veut être isolé des autres sur certains points révélés par sa sensibilité, et confirmés par des usages de civilité. J. Barus-Michel écrit joliment : « *L'intimité... offre au sujet comme l'écheveau emmêlé de sa propre énigme.* » Dans le *Cahier 2* nous avons cité les termes du philosophe Raymond Polin, parlant du privé, mais pensant à l'intime : « *ce domaine n'est pas intégralement intelligible, intégralement transparent, ... s'offre et se refuse, exprime ou ne veut pas exprimer, manifeste et dissimule.* » Le droit espagnol est centré sur la protection de « *l'intimité et de l'honneur* » (*note 6*). L'intime lui-même pénètre dans le public,

lorsqu'il conduit à concevoir ce nouveau délit de « *l'agression morale* » (D. Lhuillier).

Valeurs et intérêts

À F. Rigaux (*Cahier 1, et chap.6*), la notion juridique d'intimité ne paraît pas plus claire que celle de vie privée (*Traité, p. 724*) : « *L'intimité de la vie privée ne désigne pas un objet autonome, car ..les éléments les plus intimes peuvent faire l'objet d'une exploitation patrimoniale, et l'interdiction aux tiers de s'approprier ces éléments sans le consentement du sujet s'applique à tout bien de la personnalité.* » Il note aussi : « *La réglementation transfère au droit public des relations qui relèvent traditionnellement du droit privé. A ce dépérissement de la distinction public/privé se superpose le déclin de la fonction protectrice des voies d'action individuelle.* »

L'invocation d'une opposition « privé-public » s'accompagne naturellement d'interrogations sur « valeurs-intérêts ». Pour P. Demeulenaere (*dans R. Boudon, P. Demeulenaere, R. Viale, 2001, L'explication des normes sociales, PUF, Sociologie, chap. Normalité et rationalité dans l'analyse sociologique de l'action, et dans ce Cahier chap. 11*), l'opposition entre intérêts et valeurs semble douteuse car « *il n'y a certainement pas d'intérêt à l'état brut qui ne dépende d'évaluations relatives aux contenus et aux visées de ces intérêts* ». En matière d'action, comme celle qui intéresse la pratique de la vie privée et de sa protection, se dégagent des « *normes légitimes c'est à dire acceptées par les participants d'une interaction, ..mais il y a pluralité des types de légitimité.* »

Il nous semble que les fortes réticences exprimées par des consommateurs à ce que leurs données personnelles, collectées avec leur accord en vue d'une finalité définie, circulent entre des tiers avec des finalités différentes, constituent précisément une « norme légitime » partagée par une vaste interaction interpersonnelle. Il en est de même pour la collecte d'informations « intimes ». Le rejet d'une utilisation générale d'un « indicateur universel », comme le numéro de sécurité sociale, et celui de la surveillance électronique générale des employés par les employeurs, est devenu, après des incidents médiatisés, une norme légitime. La presse de « confidences » impose ses normes particulières de décence et de confidentialité, socialement légitimées à la télévision dans les émissions « réalité », appréciées par le public selon « l'audimat ».

La distinction entre « normes de culture » et « normes de raison » qui est commentée par Patrick Pharo (*dans R. Boudon, P. Demeulenaere, R. Viale, 2001, L'explication des normes sociales, PUF, Sociologie*) éclaire certains aspects importants des normes de société régissant la vie privée. En tant que « normes de culture », elles varient selon les contextes nationaux ou régionaux au sein desquels elles se sont développées, et nous savons que le même énoncé des

libertés et des droits à la vie privée soulève toujours des interprétations culturelles. C'est la raison pour laquelle, par exemple, le texte de la directive européenne de 1995, sur le droit à la protection des données, est un compromis (*F. Rigaux, S. Simitis, op. cit*) entre des droits nationaux. Elle a dû limiter à édicter des standards minimaux pour faciliter la circulation des données en Europe, qui laissent à chaque pays le droit, et le soin, de compléter ces normes européennes à sa manière, en transposant ses standards dans sa propre législation. La place de la vie privée dans la société est une de ces normes sociales, qui sont « *à la fois culturelles et instrumentales (rationnelles)* » puisqu'elles déterminent, de manière complexe et spécifique, des processus de liberté et de protection de la confidentialité.

Des « raisons fortes »

Du fait du rôle social et normatif de la communication, les opinions privées, renforcées par les « biais communautaristes » que permet la communication interactive et segmentée moderne, s'épanouissent dans la liberté d'expression. Affaiblissent-elles des valeurs collectives de base? D'abord, elles en expriment de nouvelles. Mais surtout, comme l'explique R. Boudon (*Le sens des valeurs, Vox populi, vox dei, chapitre 4*) lorsqu'elles portent sur des problèmes communs importants, (comme la diffusion des données personnelles ethniques, de santé, familiales, politiques...) les individus restent impressionnés par des « *raisons fortes, qui peuvent être partagées ... elles ne dérivent pas de principes ultimes ... elles sont fondées sur des réseaux complexes de systèmes argumentatifs* », qui reconnaissent la validité de tel argument plutôt que d'autres. Mais ces opinions tendent, avec le temps, à se référer à des *raisons fortes*, qui expriment l'intérêt général. C'est le mécanisme de l'*observateur impartial* exposé jadis par Adam Smith, que reconnaît R. Boudon.

L'évolution des attitudes à l'égard de la vie privée nous semble bien correspondre à ce schéma. Un grand nombre de personnes sont aujourd'hui exposées fréquemment à des incidents de vie privée, et leurs opinions se forment dans un contexte général, légal, judiciaire, médiatique, organisationnel, et communautaire. Toutes les enquêtes aux Etats-Unis montrent que les gens restent en majorité hostiles aux « manipulations » des informations qui les concernent, et qu'ils croient profondément à la réalité des relations entre vie privée, secret des informations qui leur paraissent « sensibles », et liberté et respect de leur personne; ce qui ne les empêche pas de choisir de mettre leurs données personnelles sur le marché de l'information. L'« observateur impartial » finit par sauver l'essentiel. Reprenant la formule classique, « tout se passe comme si » les conduites des gens étaient réglées par des principes, même s'ils ne s'y réfèrent pas. Nous sommes dans la *dynamique des normes*, où les processus de communication jouent un rôle majeur.

La liberté de la presse

Ces droits à la vie privée peuvent évidemment entrer en conflit avec d'autres droits consacrant la liberté d'expression ou la liberté de la presse (H. Pigeat, chap.12 ; Y. Akdeniz et J. Bell, chap 8 ; S. Simitis, chap. 2). La loi italienne de 1996 est très libérale mais exige l'accord des intéressés sur la publication des données sexuelles et de santé. La loi anglaise a créé une *Press Complaints Commission* dont le président est une personnalité autonome, qui édicte des *Codes of practice* (codes de déontologie), mais ne peut réagir que sur plaintes des victimes. Pour la France, H. Pigeat note que « *sous l'effet des techniques, les médias sont entrés dans une logique de plus en plus commerciale ... qui donne prime à l'indiscrétion. Cependant depuis 30 ans le droit de protection de la vie privée a réduit le champ de la liberté de la presse ... mais la loi intervient rarement pour régler l'équilibre entre protection de la vie privée et liberté de la presse ... le juge n'intervient que dans les cas extrêmes ... la principale garantie de la vie privée est donnée par la responsabilité déontologique des professionnels ... mais les médias français ne sont guère incités à une discipline déontologique dans le traitement de la vie privée.* » La tradition de l'Etat en France est de considérer la presse, non comme investie d'une « mission d'intérêt général », mais comme un « rival » du pouvoir.

Limitations et «déficits » des systèmes juridiques de la vie privée.

Parce qu'ils en ont approfondi la notion, et analysé ses ambiguïtés dans d'innombrables cas d'espèces, certains auteurs soulignent l'incertitude juridique de la « vie privée ». On pense au « *frêle esquif du droit* » évoqué par un éminent juriste parisien.

François Rigaux, insiste sur une certaine indétermination des textes juridiques, qui incluent trop souvent toutes sortes d'exception aux règles posées, et sur les incertitudes de la jurisprudence. Il conclut son *Traité de la vie privée* (pp 724-25) sans ménagement: « *Il est donc impossible, et au surplus inutile, de définir la vie privée. Le mur de la vie privée n'est qu'une limite stratégique qui se déplace au gré des circonstances (pondération des intérêts respectifs des deux parties, intérêt particulier vs intérêt général).* » Mais finalement « *la certitude apportée par le droit est plus illusoire qu'il ne pourrait paraître aux non-juristes* ». Dans le Cahier 2, il avait examiné de façon critique une certaine confusion dans des textes de lois et de la directive européenne.

François Terré n'est pas plus indulgent à l'égard de la qualité de rédaction des textes européens, et reconnaît que délimiter ce qui relève de la vie privée est délicat, car « *des données fort personnelles servent aussi à permettre d'identifier la personne* ». Il admet que malgré tous ses efforts de rigueur sémantique et de rattachement à des principes, le droit, et pas seulement celui de la vie privée,

reste incertain et que sa dynamique repose sur la créativité exemplaire de son interprétation.

Spiros Simitis (*chap. 2 ; note 2*) ne manque pas non plus de dénoncer le caractère vague des textes, mais il entend proposer une reconstruction rigoureuse et cohérente, selon des principes forts de la vie privée, qu'il faut affirmer et clarifier. Aussi dénonce-t-il ses *déficits* actuels, les textes étant en rupture de notions et de pratiques courantes. Il rejette ces « *clauses générales et des termes juridiques vagues qui permettent un large champ d'application des lois et une grande liberté d'interprétation de leurs dispositions ... La directive de 1995 offre une réelle opportunité de perfectionnement du culte du vague ... des « intérêts justifiés », l'essence des règles de droit, l'utilité publique ou l'ordre public s'avèrent être de plus en plus une porte ouverte à une interprétation qui enlève aux personnes concernées la possibilité de suivre l'utilisation de leurs données, et ... de les vérifier. »*

L'essentiel de la législation doit être, pour lui, de protéger « *l'autodétermination de l'information* ». Il souhaite que « *la protection des données se concrétise non seulement en interdisant, sauf autorisation (l'usage des données personnelles), ou même en s'engageant à n'utiliser que les données « indispensables », mais surtout en renonçant, par principe, aux données personnelles, en cherchant des alternatives, en s'engageant à leur donner la priorité ... »* Le développement des législations spécifiques à des domaines particuliers, permet, certes, plus de précisions, mais il « *morcelle le système juridique* » de protection et réduit sa « *visibilité* » et sa cohérence. La révolution technique transforme profondément la portée des dispositions juridiques : « *Ainsi, plus le développement technique s'accélère, plus les dispositions légales sur le traitement des données relatives aux personnes perdent rapidement en fiabilité et en efficacité ... les dispositions légales sur la protection des données font penser à des objets de collection exposés dans un musée archéologique. »*

Loi et autorégulation

La fonction régulatrice de la loi est la nervure centrale de la vie publique. Le problème se pose très concrètement dans la pratique des méthodes de protection de la vie privée : quel est le rôle de la loi générale, universelle, par rapport aux politiques d'autorégulation, où la protection est assurée par les dispositions unilatérales, ou plus souvent dans le cadre de contrats entre les intéressés, qui règlent les conditions d'exercice des libertés (v. *Cahier 1*) ?

L'autorégulation est, par définition, importante dans les sociétés très décentralisées et dans les pays de tradition libérale, qui tiennent à limiter le domaine de l'intervention de l'Etat et de la loi générale, comme les pays anglo-saxons. Cette culture reconnaît que le marché exerce lui-même de fortes

régulations par la concurrence, les prix et les profits, l'évaluation financière, la mobilité des ressources et de la clientèle. Il le fait dans le cadre d'institutions de la propriété privée, et de modes légitimes de règlement des conflits. Les usagers du marché peuvent ainsi réagir à des dysfonctions sur le respect de la confidentialité qu'ils souhaitent préserver. L'économiste doit évaluer les coûts-avantages des différents modes de traitement des informations (marché des informations), préciser les risques de vie privée et leurs coûts, au sens large, c'est à dire incluant les coûts d'opportunité stratégique. Il doit, avec le sociologue, analyser comment la pression des marchés innovateurs et compétitifs influence les attitudes à l'égard de la vie privée et l'efficacité de sa protection (*P. Tabatoni, Cahier 1, chap. 4; Dossier spécial sur Gestion et Vie Privée, Revue Française de Gestion, juillet-août 2001*).

Nous devons être mieux éclairés sur l'efficacité des systèmes juridiques. En Hollande, nous disent-ils, c'est la jurisprudence qui est réellement l'élément dynamique de la protection (prof. Franken). En Grande Bretagne, pour la liberté de la presse par exemple, « *en l'absence, pour le moment, de définitions juridiques les juges ont un rôle très limité* », écrivent Akdeniz et Bell (*chap.8*), « *... c'est l'autorégulation qui incorpore des perspectives indépendantes pouvant trouver l'équilibre ... mais il faut insister sur le rôle de l'opinion publique et des médias, avec leurs risques.* » Au Canada, c'est un Comité National des *Standards* qui a fixé les standards de protection de la vie privée, approuvés par la loi ; les secteurs concernés précisent des standards spécifiques. Presque partout les médias, sous toutes leurs formes modernes, contribuent à former les attitudes et à diffuser les opinions sur le statut de la vie privée dans la société.

En Europe nous avons maints exemples de standards professionnels, en Grande-Bretagne, en Hollande, en Suède notamment. La Directive européenne de 1995 s'y réfère expressément. S. Simitis (*chap. 2*) commente le recours aux pratiques privées de déontologie qu'elle recommande : « *Il ne s'agit nullement d'autorégulation ; le législateur reste ... très présent, ... ses dispositions continuent à déterminer le déroulement de la procédure.* » Il nous semble en tous cas que nous ne disposons pas suffisamment d'analyses systématiques de l'étendue et du contenu des pratiques d'autorégulation des entreprises, et de leur adéquation à nos lois. Le travail de recherche comparative reste à faire. A. Maitrot de la Motte (*chap. 17*) présente les commentaires sur les possibilités, limitées selon le Conseil d'Etat, de développer l'autorégulation contractuelle en France ; il pense plutôt aux codes professionnels de bonne conduite, « labellisés », dont on observe quelques exemples.

Evaluations de l'autorégulation aux Etats-Unis

Aux Etats Unis, où règne, dit-on, l'autorégulation de la vie privée (*P. Tabatoni, chap.15; J. P. Chamoux, chap.11, A. M. Maitrot de la Motte, chap. 17*)

les informations disponibles confirment selon nous, mais de façon contestée, que l'autorégulation, au sens large, progresse, à la fois sous l'influence des craintes que suscite la « menace » de lois ou réglementations nouvelles, la pression des médias, et le souci d'établir des relations de confiance durable avec les clients, les salariés, les fournisseurs, les médias. Les grandes entreprises, surtout de publicité, de commerce, de services informatiques, et de conseil en management, dont les politiques de *privacy* sont très surveillées par la société civile et par les pouvoirs publics, ont fait des efforts notables pour convaincre l'opinion de l'efficacité de leurs mesures de protection.

Sur les grandes entreprises, nous disposons de quelques enquêtes sérieuses, mais limitées. D'après le *survey* de la *Federal Trade Commission*, de 2000 (*P. Tabatoni, chap. 14*), auprès des 91 entreprises les plus fréquentées sur Internet, les trois quarts avaient formulé une politique de *privacy*, et près des deux tiers fournissaient aux internautes une *notice* et des *options (opt-out)* de protection; 83% leur donnaient accès aux données et le droit de correction. Mais alors que les trois quarts des firmes reconnaissaient utiliser des *cookies* et pratiquer des analyses de profils, seule la moitié d'entre elles précisait avoir informé leurs clients. Une autre enquête d'*Andersen Consultants*, en 2001, auprès des 75 grandes multinationales opérant en Europe, montre que seulement 5 firmes respectaient les six critères d'adéquation exigés par l'Europe, et que 8 n'en suivaient qu'un ; mais un quart notifiaient leurs politiques, et un tiers donnaient accès aux données.

Quant aux comportements des consommateurs, d'après l'enquête de *ATT, Research lab*, de 1999, adressée à 1500 familles d'internautes, 17% d'entre elles étaient hostiles à toute collecte de données, et 56 % (les pragmatistes) étaient « *soucieuses de privacy* »; 86% s'inquiétaient des possibilités de transfert des données à des tiers sans leur accord. La moitié souhaitaient l'adoption d'une loi instituant une clause d'autorisation préalable (*opt-in*).

Ces efforts sont donc significatifs, mais restent en deçà des exigences des lois de type européen, et ils sont loin d'être généralisées. Une évaluation plus scientifique reste à faire. Aussi plusieurs experts parlent-ils, aux Etats-Unis, de la nécessité d'une loi fédérale cadre. A. Maitrot de la Motte après un historique du développement du *right of privacy*, conclut à « *l'échec de l'autorégulation aux Etats-Unis* ». Les exemples que nous avons cités nous rendent moins pessimistes, mais il reste à faire une longue route.

Un accord international sur l'organisation du commerce électronique contribuerait très probablement à étendre le champ d'application des politiques de protection de la vie privée, et la place des méthodes d'autorégulation. Le progrès significatif des solutions techniques (logiciels de protection) sert aussi bien la loi que l'autorégulation, mais il renforcerait l'autorégulation si les entreprises prenaient plus largement en charge, dans les services qu'elles offrent aux usagers, l'utilisation de ces logiciels, et l'éducation correspondante. La

concurrence les y conduira sans doute. Des efforts sensibles sont faits pour éduquer les usagers sur les risques de vie privée et de sécurité, mais un bon nombre de consommateurs semblent mal informés ou avoir de la difficulté à user des procédures de protection disponibles. Ils préfèrent souvent faire confiance et échanger des informations qui les concernent contre des avantages commerciaux ; la rapidité des transactions sur Internet y pousse, ainsi qu'une culture nouvelle de gens formés dès leur jeune âge à l'informatique.

Dans tous les cas la protection de la vie privée par la loi ne cesse de progresser, au moins dans les secteurs les plus sensibles, comme la santé, les médias et l'enfance, les transactions financières, les télécommunications, et la sécurité publique.

Forces et faiblesses de la loi

L'avantage de la protection par la loi est qu'elle définit de manière claire les critères de régulation nécessaires pour assurer l'efficacité de la protection, et son application est universelle. En principe elle est assortie de moyens de surveillance, de coercition et de sanction, qui en rendent l'application exemplaire. Dans l'économie elle impose aux entreprises des contraintes stratégiques. Même si celles-ci ne respectent pas la réglementation elles demeurent soumises au risque d'investigations publiques et à des plaintes privées que le marché sanctionnerait. Dans la société en général elle permet aux organes de surveillance, comme les associations de consommateurs ou les fondations privées aux Etats-Unis d'intervenir, et de pousser à la modification des politiques publiques et privées.

Ainsi la loi, dans son principe, est incontestablement la garantie de protection la meilleure, la plus systématique et la plus équitable. Mais elle a ses faiblesses, que les citations des juristes ont bien illustrées. En France par exemple, nous explique A. M. de la Motte (*chap.17*), des difficultés juridiques dues à la complexité des textes et des procédures, s'ajoutent à l'insuffisance de moyens, et à la méconnaissance du droit par les gestionnaires de fichiers comme par les titulaires de droits. L'efficacité de la loi et son application équitable dépendent de la clarté des notions traitées, de la qualité de la rédaction des textes, de la cohérence des interprétations, de l'adéquation entre les buts et les moyens de faire appliquer la loi et de sanctionner les infractions, du nombre d'exceptions légales qui affaiblissent les concepts de base, et enfin du niveau d'éducation du public et de l'action des médias dans ce domaine. Chaque pays a ainsi des limites spécifiques à la régulation légale. On observe alors des tendances à compléter les contraintes législatives par des méthodes décentralisées de régulation (surveillance par la société civile, standards, codes de conduite, établissement de procédures de labels et d'audit, usages de logiciels

de protection). Ce sont des solutions innovatrices⁷. Mais il apparaît que l'intervention de la société civile dans la surveillance des infractions au droit de la vie privée, qui est un complément très utile des règles de droit, est très inégalement développée selon les pays

Mais M. Voisset (*chap. 16*) estime que la « *mobilisation de la société* » sur les risques de sécurité et de vie privée est insuffisante : « *Les citoyens n'utilisent pas assez les droits qui leur sont reconnus, tels les droits d'information et d'accès. Ils n'usent pas assez des voies contentieuses ...* » Pour la France, l'auteur s'interroge aussi sans ménagement sur l'utilisation d'un *identifiant unique* par les pouvoirs publics (loi de 1999), qui comporte le lieu de naissance, et sur le projet de contrôle public de l'usage de moyens cryptographiques. Pour elle, les nouveaux projets de loi sur la société d'information et de modification des pouvoirs de la CNIL n'ont pas entraîné véritablement de débat dans l'opinion, alors que « *le droit s'essouffle à courir après la technologie* ».

Les directives européennes

F. Rigaux (*Cahier 2, chap. 8*) avait analysé les faiblesses des textes juridiques de Bruxelles, du fait même de leur mode d'élaboration : « *La nature radicalement conflictuelle des intérêts mis en jeu par l'informatisation de la société...rend difficile le maintien en équilibre des intérêts et des valeurs qui se font face ... il appartiendra aux juridictions ... de donner une consistance passagère aux mêmes principes, et de vider les conflits qui les opposent.* »

D'où les difficultés de « transposition » de plusieurs directives dans toutes les législations nationales, notamment en Allemagne et en France, (v. L. Cadoux : 2001, *Comment gérer les données concernant la vie privée, Revue Française de Gestion, Juillet-août, III, IV* ; S. Simitis, *chap 2*; A. Maitrot de la Motte, *chap. 17*). Ce dernier note que le niveau de protection offert par la directive 95/46 sur la circulation des données, est tout à fait comparable à celui de la loi française. Mais la directive 97/66 sur les télécommunications marque certaines avances, en prévoyant que les prestataires de services de communication et les fournisseurs de réseaux publics de télécommunications doivent garantir aux usagers la sécurité de leurs services, « *en utilisant les possibilités techniques les plus récentes* », et en interdisant de surveiller, d'écouter, d'intercepter et de stocker les communications, et de solliciter abusivement les usagers. La directive 95/46 inclut un dispositif d'évaluation (art. 29) en confiant à son groupe d'experts

⁷ A. Maitrot de la Motte (chap.17) sur les difficultés générales d'application du droit de la vie privée en France ; l'auteur pense que la CNIL soit dotée de pouvoirs supplémentaires d'investigation, de contrôle, de saisie et du droit d'ester en justice.

représentant les autorités nationales (www.europa.eu.int/comm/dig15) le soin d'analyser son application et de faire des recommandations à la Commission, acceptables par les pays membres, et tenant compte de l'évolution du contexte. Elles ont été à la base de nouvelles mesures, par exemple sur le « *traitement invisible* » lors des connexions à internet (*A. Maitrot de la Motte , chap. 17*)

En conclusion, nos débats ont illustré les nombreuses sources d'indétermination des notions et des procédures qui, cependant, créent des situations dynamiques de changement et d'adaptation des institutions, des normes, des mentalités, des pratiques. Les « besoins » de confidentialité et de protection varient selon plusieurs critères, rendant floues les bornes des libertés de la vie privée. Mais, à une époque donnée, ils existent dans un certain nombre de domaines, et sont fortement ressentis en tant qu'expression de valeurs ou de « raisons fortes ». Néanmoins il est difficile de prévoir leurs tendances évolutives qui dépendent de multiples facteurs techniques, sociologiques, économiques, institutionnels. Pour l'instant les controverses portent sur les effets qu'exerce la dynamique des marchés économiques d'information sur l'exercice de ces libertés ; certains les jugent excessifs et injustifiés. D'autres sont plus inquiets du renforcement des contrôles de l'Etat sur la vie privée, pour des raisons de sécurité publique. Il apparaît aussi que les « systèmes de protection de la vie privée », sont complexes ; leur cohérence et leur efficacité sont variables, et d'ailleurs assez mal évaluées aujourd'hui. Il faudrait pouvoir y inclure, de manière plus systématique, l'appréciation des conditions d'efficacité des *méthodes juridiques* de protection, de l'*autorégulation* sous ses formes diverses ; des *mesures techniques* (logiciels de protection), des *processus d'apprentissage et d'éducation des acteurs, et du rôle des médias*. Tous ces facteurs, en interaction les uns avec les autres, déterminent l'évolution des attitudes à l'égard de la vie privée, qui, en tendance, orientent les systèmes de protection.

Il nous est apparu que les milieux scientifiques européens pourraient mieux coopérer pour développer une connaissance plus approfondie, comparative et pluridisciplinaire de la dynamique de la vie privée dans nos sociétés. Dès le projet de création d'un groupe ALLEA, la perspective d'un réseau scientifique européen avait été proposée. Nos travaux nous ont conduits à penser à un véritable observatoire européen. Sur la base de ses recherches et publications, de ses activités de communication, il pourrait inciter à de nouvelles recherches comparatives et concertées, à une plus large diffusion de l'éducation, dans ce domaine, et à faire connaître, éventuellement, des positions communes sur certaines orientations et tendances.