

# Aux origines du droit à la protection des données à caractère personnel : une idéologie individualiste ?

CERAPS  
10 novembre 2020

Julien Rossi

julien.rossi@uco.fr  
*@julienrossi*

# Cadre général de l'étude réalisée

- Thèse de doctorat (2015-2020) : *Protection des données et droit à la vie privée : enquête sur la notion controversée de donnée à caractère personnel* soutenue à l'Université de technologie de Compiègne
- Enquête sur la fabrique des instruments de l'action publique en matière de protection des données
  - Terrain exploratoire avec juristes et informaticien.ne.s
  - Terrain sur des groupes d'experts du CoE et de l'OCDE (1968 – 1981)
  - Terrain sur les « discussions » autour du RGPD (2009 – 2016)
  - Terrain sur le Privacy Interest Group et le Tracking Protection Working Group du World Wide Web Consortium
- Cadre théorique général : approches cognitives des politiques publiques, par les instruments, généalogique, tournant infrastructurel des Internet Governance Studies, et théories de la performativité et de la circulation médiatique du droit

Une question spécifique, qui fait débat :  
de la nature individualiste (ou non)  
de la protection des données

« Le consentement semble bien devenir une fiction dans la plupart des cas, l'utilisateur, même averti, est quasiment dans l'incapacité aujourd'hui de mesurer les conséquences de son choix. » (Bizet, 2017)

“Stop Thinking About Consent: It Isn't Possible and It Isn't Right” (Nissenbaum, 2018)

« Il n'y a rien de plus collectif qu'une donnée personnelle. » (Casilli, 2018)

« Le paradigme individualiste ici à l'œuvre a des conséquences juridiques importantes, car il tend à « surdéterminer » les moyens de protection mis à la disposition de l'individu. [...] Avec le temps, le régime de protection des données a [...] eu tendance à « s'individualiser » en donnant une place de plus en plus centrale au « consentement » de la personne. Cette approche culmine à présent avec le RGPD qui fait du « consentement libre et éclairé » un principe à portée générale et la pierre angulaire de la protection au nom du droit à « l'auto-détermination informationnelle » des individus. » (Aufrère et Maurel, 2018)

« liberal privacy conceptions fail to grasp the social existence of humans. » (Fuchs, 2011)

L'invention de la « protection des données »  
en Europe dans les années 1970

# Mise à l'agenda

- Années 60 : quelques questions de parlementaires aux Pays-Bas suite à l'informatisation du recensement décennal de 1960
- 1967 : Nordic Conference on Privacy, International Commission of Jurists, Stockholm
- 1968 : Recommandation 509 (1968) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
- 1969 : en Suède, une commission est mise en place pour étudier les limites de la liberté d'information (open data) dans un contexte d'informatisation
- Surtout : un transfert de discussions qui avaient déjà lieu aux États-Unis depuis au moins le milieu des années 1960

# Un regain d'intérêt pour la *privacy* dans les années 60 aux Etats-Unis

- Réaction aux frasques du sénateur Joseph McCarthy
- 1960 : Prosser, William. « Privacy ». *California Law Review* 48, n° 3 (31 août 1960): 383.
- 1964 : Packard, Vance. *The Naked Society*. New York: Pocket Books Inc.
- 1965 : Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, 1965, *Griswold c. Connecticut*, 1965
- 1966 : Cornelius Gallagher et le Subcommittee on Invasion of Privacy of the Committee on Government Operations de la Chambre des représentants
- 1967 : Alan Westin, *Privacy and Freedom*

Y4. 674/7: P93/2

# THE COMPUTER AND INVASION OF PRIVACY

DOCUMENTS  
ROOM

Y4. 674/7:  
P93/2

## HEARINGS

BEFORE A

SUBCOMMITTEE OF THE

COMMITTEE ON

GOVERNMENT OPERATIONS

HOUSE OF REPRESENTATIVES

EIGHTY-NINTH CONGRESS

SECOND SESSION

JULY 26, 27, AND 28, 1966

Printed for the use of  
Committee on Government

### STATEMENT OF PAUL BARAN, COMPUTER EXPERT WITH THE RAND CORP., SANTA MONICA, CALIF.

Mr. BARAN. Thank you, Mr. Chairman. I would first like to summarize my remarks and then delve more deeply into the reasons for my position. I do so in the role of the private citizen and not as a representative of the Rand Corp. or its sponsors.

F. Horton, parlementaire de New-York : « I have become convinced that the magnitude of the problem we now confront is akin to the changes wrought in our national life with the dawning of the nuclear age »

Cornelis Gallagher, député de la Chambre des représentants : « The possible future storage and regrouping of such personal information also strikes at the core of our Judeo-Christian concept of "forgive and forget," because the computer neither forgives nor forgets. »



# 1969 : Mikozensus

Mit der Menschenwürde wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Staat das Recht für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren, **sei es auch in der Anonymität einer statistischen Erhebung.**

# 1970 : Hessisches Datenschutzgesetz

- Ne s'appliquait qu'au Land de Hesse, et qu'au secteur public
- Création d'un commissaire à la protection des données
- Invention du terme : Datenschutz

« When we started thinking about that, and discussing it, and trying to react to it, one of the main sources of our reflection and of our expectations, was a continuous study on decisions, court decisions, in the United States, that had already to do with automation. The Americans themselves had not yet a law. But they offered most of the material, because the automation in their industry for instance was by far more developed than in Europe. So the ... the strange particular thing, one the one side of the Ocean you had the Americans with the automation and continuously new forms and developments. And on the other side of the Ocean, you had people who [...] for the first time realised you could not accept the consequences of a supposed objectivity because the data were processed automatically. »

(Spiros Simitis, entretien)



# Suite des travaux au Conseil de l'Europe

- 1971 : Création d'un Groupe d'experts sur la protection de la vie privée vis-à-vis des banques de données électroniques
- Première réunion : du 13 au 15 mars 1972
- Dès cette date, la délégation britannique propose d'adopter des « Privacy Principles »
- Ces « Privacy Principles » proviennent d'un rapport britannique (Younger Report, 1972)
  - Repris aux Etats-Unis par le rapport de Willis Ware en 1973 (préalable au Privacy Act 1974)

39. PRINCIPLE NO. 1 - The information should be regarded as having been provided for a specific purpose, and without appropriate authorisation it should not be used for other purposes, or communicated to third parties without the agreement of the person concerned.
40. PRINCIPLE NO. 2 - Access to the information stored should be confined to persons who can establish a valid reason in obtaining the information.
41. PRINCIPLE NO. 3 - Information should not be stored if it is irrelevant or to an amount excessive according to the given purpose.
42. PRINCIPLE NO. 4 - Statistical data may only be published in aggregate form and under conditions which will make it impossible to reconstitute information so as to permit the identification of individuals.
43. PRINCIPLE NO. 5 - Measures should be taken in order to inform the person concerned of the nature of the information held about him, and if possible of the purposes for which the information will be used.

46. PRINCIPLE NO. 6 - The level of security to be achieved by a system should be spelled out in advance and should include precautions against deliberate abuse or misuse of information.

PRINCIPLE No. 7 - Facilities should be provided for detecting as well as for preventing violation of the security system.

PRINCIPLE NO. 8 - In the design of information systems, periods should be specified beyond which information should no longer be kept and used.

47. PRINCIPLE NO. 9 - The information should be lawful, accurate and not obsolete. All reasonable steps should be taken in order to correct wrong information and to keep the information up to date.

Quelles sources d'inspiration ?

# De quelques conceptions de la « vie privée »

- Le paradigme libéral (Mill, Warren et Brandeis, Shils, Westin, Miller, Simitis ...) et ses critiques
  - La critique néolibérale (George Stigler, Richard Posner, plus récemment Gaspard Koenig ... )
  - La critique féministe (Anita Allen, Catharine McKinnon...)
  - Les critiques marxistes et marxiennes (Christian Fuchs, Antonio Casilli, Lionel Maurel ... )
  - La critique communautariste (Amitai Etzioni)
  - L'approche par les contextes (Helen Nissenbaum)
- Les entrées par la technique
  - Utopies de la Silicon Valley, paradigme « dataïste », Quantified Self Movement (cf : Van Dijck, 2014 ; Lanzing, 2016)
  - La souveraineté numérique (ex : Pierre Bellanger, Tristan Nitot)
  - L'écologie radicale / la Décroissance (Jacques Ellul, Arthur Miller, André Vitalis, Félix Tréguer ... )

# La période 1968 - 1981

- Référentiel global (cf. Pierre Müller) keynésien
- Référentiel en construction parmi les défenseurs de la vie privée (*privacy advocates*, cf. Bennett 2008) : libéral-utilitariste
- Articulation : argument de la confiance



# La vie privée comme contrôle individuel

« [...] il ne suffit pas de définir, d'une part, un « noyau individuel » de la vie privée dont la protection absolue doit être garantie et, d'autre part, un domaine d'information qui intéresse le public en général et qui doit bénéficier d'autorisations modulées de circulation et de diffusion. Compte tenu des modifications qui sont intervenues dans la définition même de la notion de vie privée, c'est au contrôle et non plus au secret qu'il faut donner la place. » (Rodotà, 1974, p. 158)

S'oppose à la vie privée comme espace physique et informationnel délimité par des conventions socialement (donc collectivement) construites (cf. i.a. les travaux de Tavani, 2008)

# Articulation (1)

« Le fait est que la société américaine souhaite à la fois une meilleure analyse de l'information et davantage de vie privée. Depuis que la Constitution a été rédigée, nos efforts pour obtenir à la fois l'ordre et la liberté ont porté leurs fruits, parce que nous avons trouvé des moyens de confier de l'autorité au gouvernement tout en le limitant par des principes, des procédures et des mécanismes d'examen clairs, qui protégeaient les droits. Une société libre ne devrait pas avoir à choisir entre une utilisation plus rationnelle de l'autorité et une vie privée personnelle si nos talents de gouvernement démocratique sont exploités à ces fins. Le bien le plus précieux dont nous disposons actuellement est le délai de quelques années avant que ce problème ne dépasse nos capacités de contrôle. Si nous agissons maintenant, et de manière judicieuse, nous pouvons encore trouver un juste équilibre dans les attentes contradictoires que soulèvent la question de la surveillance des données, s'inscrivant dans cette même tradition de solutions démocratiques et rationnelles. » (Westin, 1967a, p. 537)

# Articulation (2)

- « Pour qu'une législation, quelle qu'elle soit, visant à contrôler les banques de données, soit équitable, elle doit à la fois tenir compte de la défiance que ces dernières suscitent et des contraintes qu'elle pourrait imposer à des banques de données potentiellement bénéfiques. Une telle législation doit à la fois apaiser les craintes du public et permettre un développement par les opérateurs dans une atmosphère raisonnablement libérée de l'appréhension engendrée. Les opérateurs doivent clairement bénéficier d'une protection, et une réflexion sur la nature et l'ampleur de cette protection pose un certain nombre de questions. »  
(British Computer Society, 1972, p. 18)

# Articulation (3)

« Les dispositions sur la protection des données devraient donner au citoyen un sentiment légitime de sécurité face au pouvoir des entreprises et des administrations, armées comme elles le sont des derniers appareils technologiques. Les dispositions dans la proposition de loi peuvent favoriser la confiance nécessaire dans le traitement moderne des données. » (Conseil de l'Europe, EXP/Prot.Priv./EDB (73) 2, p. 20)

<p>Projet de loi fédérale de protection des données (RFA, 1972)</p>	<p>By « personal data » are meant particulars concerning the personal or material condition of an identified or identifiable natural or juristic person in private law or of an identified or identifiable association of persons [...]. (section 2)  Nothing in this Act shall be construed as protecting personal data which can be directly obtained from generally accessible sources (section 3)</p>
<p>Proposition de définition faite par Jean-Paul Costa en 1972 (Conseil de l'Europe)</p>	<p>data [...] as relates to the private life or privacy of individuals whom it concerns, and particularly information concerning their race, religion, political opinions, morals, health or past judicial record</p>
<p>Datalag 1973:289 (Suède)</p>	<p>Information relating to individuals</p>
<p>Loi informatique et libertés de 1978</p>	<p>Les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent [...]</p>

# 1983 : Volkszählungsurteil

- Décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand BVerfG Urteil du 15 décembre 1983
- Droit à l'auto-détermination informationnelle fondé sur le principe de dignité de la personne humaine

## *Article 7*

### **Respect de la vie privée et familiale**

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.

## *Article 8*

### **Protection des données à caractère personnel**

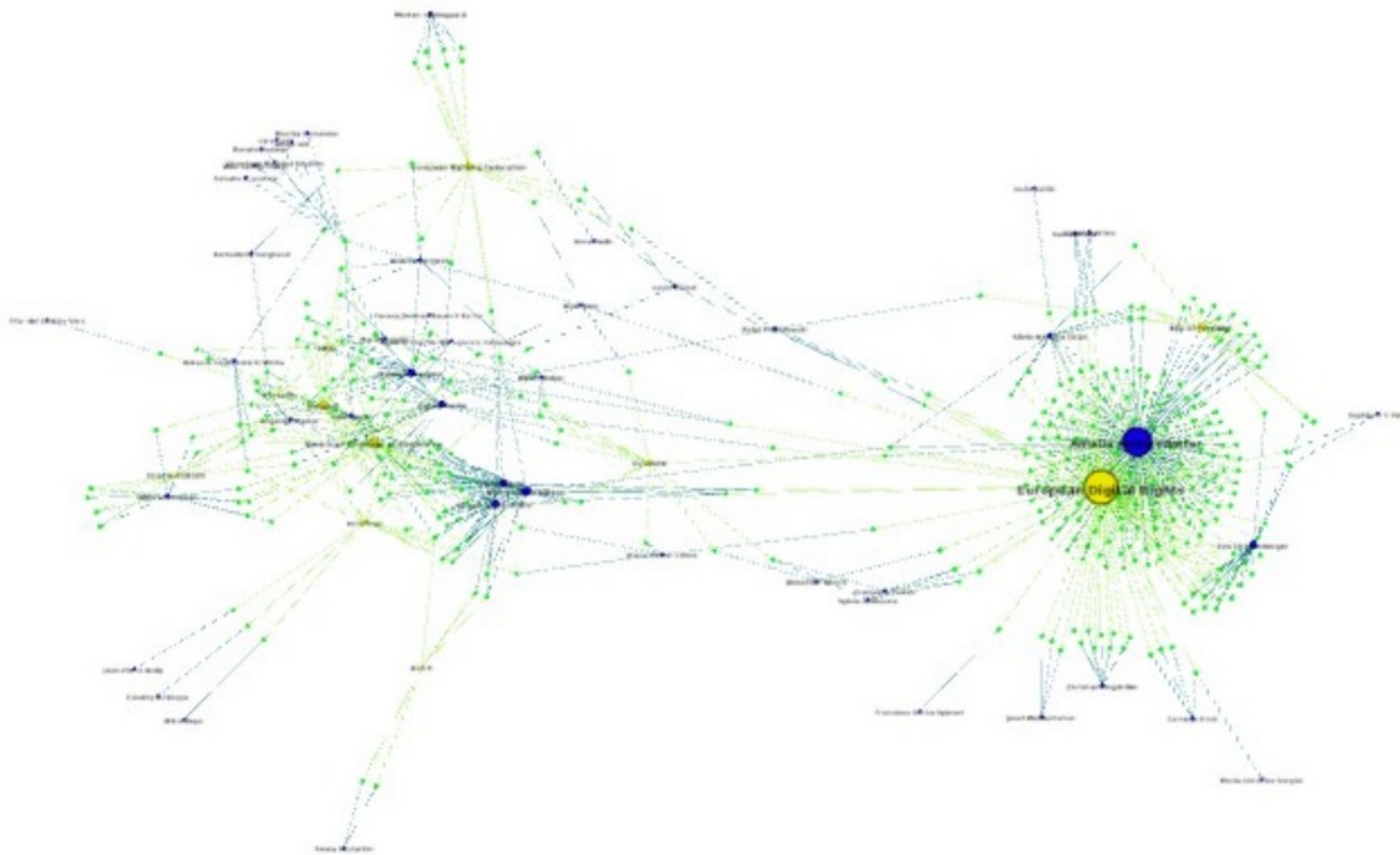
1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

2009 – 2016

Les « discussions » sur le RGPD



# Les coalitions de cause



Coalition industrielle

“Privacy community”

# La structure du débat

- Référentiel global devenu néolibéral
- Référentiel sectoriel de la protection des données demeuré proche du paradigme libéral, avec des emprunts aux théories foucaaldiennes
- Rôle central de l'argument de la confiance dans l'articulation de l'un à l'autre
- Le principal argument de la coalition industrielle : la nécessité d'un « équilibre », et non une remise en cause du paradigme libéral

# Le paradigme libéral

- « Le consentement devrait demeurer l'élément clé de l'approche de la protection des données de l'Union européenne, puisqu'il s'agit du meilleur moyen pour que les personnes puissent contrôler les activités de traitement des données. » (Albrecht, 2013, p. 224-225)
- « L'ambiguïté du terme "intérêts légitimes" pourrait inciter les responsables du traitement à tenter de justifier la plus grande part possible de leurs traitements sur ce fondement, même s'ils ont la possibilité d'utiliser d'autres fondements, notamment le consentement. » (Corpus Lobbyplag, EDRI2, 2012, p. 52)
- En entretien : des références à Warren et Brandeis (right to be let alone), à Foucault, à Bauman ...

# Un paradigme libéral peu remis en cause

- AmCham EU, 2009 : « Trouver un **équilibre** entre la protection des droits fondamentaux à la protection des données et le besoin de rendre possible la croissance économique à travers l'innovation technologique »
- Selon un lobbyiste interrogé : « Je pense, vous savez, que ces discussions partaient toujours du postulat que la protection de la vie privée est un **droit fondamental**. Alors, comment argumenter ? Je veux dire... tout le monde veut avoir des droits fondamentaux. Il est très difficile de déconstruire cet argument. Et bien sûr, il faut le reconnaître. »
- Microsoft, 2013 : « nous travaillons dur à élaborer des innovations pour permettre à [empower] nos clients de disposer d'un **choix** et d'exercer un **contrôle** sur leurs informations personnelles »

# La « confiance »

« Un haut niveau de protection des données à caractère personnel et de la vie privée est non seulement exigé par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, mais constitue également une condition sine qua non de la réalisation des objectifs de l'Agenda numérique de l'UE, qui doit être construit sur la **confiance** des consommateurs dans l'environnement en ligne 281 . » (Consultation de 2010, BEUC1, 2011, p. 3)

« La capacité de la Société Européenne de l'Information à générer de l'innovation et de la croissance, telle qu'envisagée dans l'Agenda Numérique de la Commission européenne, dépend de la création de la **confiance** nécessaire 287 [...] » (Corpus Lobbyplag, ICDP1, 2011, p. 2)

# Concrètement

- Renforcement (léger) des règles relatives au recueil du consentement
- Éclaircissements sur le consentement au marketing ciblé, qui doit être opt-in
- Communication axée sur cet élément de consentement
- Maintien d'une définition individualiste de la notion de donnée à caractère personnel

# Apports RGPD

Art. 2 95/46/CE	Art. 4 de la proposition de la Commission en 2012	Art. 4 du RGPD
<p>h) «consentement de la personne concernée»: toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.</p>	<p>(8) «consentement de la personne concernée»: toute manifestation de volonté, libre, spécifique, informée <b>et explicite</b> par laquelle la personne concernée accepte, <b>par une déclaration ou par un acte positif univoque</b>, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement;</p>	<p>11) «consentement» de la personne concernée, toute manifestation de volonté, libre, spécifique, <b>éclairée</b> et <b>univoque</b> par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif <b>clair</b>, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement;</p>

# Apports RGPD

Art. 7 95/46/CE	Art. 6 (1) de la proposition de la Commission en 2012	Art. 6 (1) du RGPD
<p>Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si :</p> <p>a) la personne concernée a <b>indubitablement</b> donné son consentement ;</p>	<p>Le traitement de données à caractère personnel n'est licite que si et dans la mesure où l'une au moins des situations suivantes s'applique :</p> <p>a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités <b>spécifiques</b> ;</p>	<p>Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie :</p> <p>a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités <b>spécifiques</b> ;</p>

=> inclusion de la notion de spécificité du consentement



Le RGPD : un instrument purement  
individualiste ?

# Les limites de l'individualisme dans le RGPD et le paradigme libéral

- La protection des données revêt un caractère instrumental, par exemple pour le maintien de la démocratie libérale (Simitis, Sólyom ... )
- Une large part de la réflexion, à l'origine, vient de réflexions systématiques sur le système technique et ses conséquences sur les droits et libertés, avec la volonté d'une réglementation collective de ce système pris dans son ensemble
- La création des autorités de contrôle (dès 1970 en Hesse), puis l'insertion d'un art. 80 dans le RGPD permettant les actions de groupe répondent à la préoccupation de la défense de ces intérêts collectifs
- Le consentement n'est qu'une base légale parmi d'autres. Il serait intéressant à cet égard de mesurer quantitativement le pourcentage réel de traitements qui y prennent appui (à la fois *de facto* et *de jure*)
- In fine, l'objectif est bien l'utilité de l'individu au sens de la philosophie utilitariste, mais il ne faut pas confondre ce fondement philosophique avec la tradition néolibérale (cf : Vergara, 2002)