



HAL
open science

**L'identité numérique de la personne humaine.
Contribution à l'étude du droit fondamental à la
protection des données à caractère personnel.**

Nicolas Chambardon

► **To cite this version:**

Nicolas Chambardon. L'identité numérique de la personne humaine. Contribution à l'étude du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel.. Droit. Université Lyon 2 Lumière, 2018. Français. NNT: . tel-02464483

HAL Id: tel-02464483

<https://hal.science/tel-02464483>

Submitted on 3 Feb 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ
LUMIÈRE
LYON 2
UNIVERSITÉ DE LYON



UNIVERSITÉ
DE LYON

UNIVERSITÉ DE LYON

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 492)

**L'IDENTITÉ NUMÉRIQUE DE LA PERSONNE HUMAINE
CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DU DROIT FONDAMENTAL À LA PROTECTION
DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL**

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit public
Présentée et soutenue en audience publique le 27 septembre 2018 par

Nicolas CHAMBARDON

Directrice de recherche :

Mme Édith JAILLARDON

Professeure émérite de droit public, doyenne honoraire, Université Lumière-Lyon-2

Membres du jury :

M. Xavier BIOY

Professeur de droit public, Université Toulouse-I-Capitole (Rapporteur)

Mme Élisabeth ROLIN

Présidente de chambre du corps des TA et CAA, ANSSI

Mme Hélène SURREL

Professeure de droit public, Sciences Po Lyon

M. Romain TINIÈRE

Professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes (Rapporteur)

L'Université de Lyon n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent donc être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Le travail de thèse est un exercice éminemment personnel qui gagne à ne pas être solitaire.

À ceux qui ont influencé, voire changé l'identité de cette étude, je tiens à adresser mes sincères remerciements :

À madame la professeure Edith Jaillardon pour ses conseils, sa direction patiente et sa grande disponibilité.

À l'ensemble des membres du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, et spécialement au professeur Vincent Gautrais, pour son écoute et ses conseils prodigués à l'occasion de mon séjour effectué au sein de son unité de recherche. Les regards étrangers font parfois prendre un recul salutaire.

À mes compagnons de route doctorants et anciens doctorants des universités Lyon 2, Lyon 3, Saint-Étienne, Montréal. Tout seul on va parfois plus vite, ensemble on va souvent plus loin.

Ma sincère gratitude va bien sûr aux personnes qui ont voulu (ou consenti à) me faire bénéficier de leurs précieuses relectures et de leur indéfectible soutien. Cette reconnaissance va spécialement à Chloé P., Thibaut L., Tatiana R., Matthias M., Pauline S., Ariane G., mais également à Léa M., Annabelle D., Valentin D., Quentin Z., Loup P., Amélie A.-N.

Je remercie mes amis de toujours et ma famille pour leur confiance et leur patience. Malgré leur méconnaissance de l'exercice, ils ont su faire preuve d'une grande bienveillance.

À ma mère, à qui je dédie cette étude, chargée des nombreuses valeurs qu'elle a su me transmettre.

Enfin, et surtout, à Chloé, qui donne du sens à tout.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

AAI	Autorité administrative indépendante
AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	Affaire
AJIC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Pénal	L'Actualité juridique : Pénal
ANSSI	Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article, articles
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande)
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'homme
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CCE	Communication commerce électronique
CNI	Carte nationale d'identité
CNN	Conseil national du numérique
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil d'État

CE, Ass.	Conseil d'État, Assemblée du contentieux
CEPD	Contrôleur européen de la protection des données
CGU	Conditions générales d'utilisation
Ch.	Chambre
Ch. corr.	Chambre correctionnelle
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCTR	Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNN	Conseil national du numérique
coll.	Collection
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Comité DH	Comité des droits de l'homme
Cons.	Considérant
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CSI	Code de la sécurité intérieure
D.	Recueil Dalloz
Dalloz IP/IT	Dalloz droit de la propriété intellectuelle et du numérique
DC	Décision de constitutionnalité
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789
déc.	Décision de recevabilité de la Cour européenne des droits de l'homme
dir.	Direction
DIT	Droit de l'Internet et des télécommunications
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
Dr. Soc.	Droit social
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
éd.	Édition
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
et s.	Et suivant(e)s

ESI	Expertises des systèmes d'information
FAI	Fournisseur d'accès à Internet
G29	Groupe des autorités de régulation des données, prévu à l'article 29 de la directive 95/46/CE.
GACEDH	SUDRE (F.) (dir.) et al., <i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme</i> , Paris, PUF, « Thémis », 8 ^{ème} éd., 2017, 967 p.
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GC	Arrêt rendu en Grande Chambre
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
JCP	Juris Classeur Périodique (Semaine juridique)
JCP A	Juris Classeur Périodique (Semaine juridique) Édition administration et collectivités territoriales
JCP E	Juris Classeur Périodique (Semaine juridique) Édition entreprises et affaires
JCP G	Juris Classeur Périodique (Semaine juridique) Édition générale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LCEN	Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
LGDJ	Librairie Générale de droit et de jurisprudence
LIL	Loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
LPA	Les Petites Affiches
LRN	Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique
LRR	Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
N°	Numéro
N°s	Numéros
NCCC	Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
NIR	Numéro d'inscription au répertoire des personnes physiques de l'INSEE
NS	Numéro spécial
obs.	Observations

OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
op. cit.	<i>Opus citatum</i> (œuvre citée)
ord. réf.	Ordonnance de référé
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
Plén.	Formation réunie en assemblée plénière
PNR	Passenger Name Record (Registre de données des passagers)
préc.	Précité(e)
préf.	Préface de
pt.	Point
pts.	Points
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUL	Presses Universitaires de Lyon
PUS	Presses Universitaires de Strasbourg
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport de la Commission européenne des droits de l'Homme
RDP	Revue de droit public
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGPD	Règlement général sur la protection des données n° 2016/679
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RLDI	Revue Lamy du droit de l'immatériel
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
req.	Requête
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne

TFUE Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE Traité sur l'Union européenne

UE Union européenne

v. Voir

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – LA PROJECTION DE L'IDENTITE DANS LE NUMERIQUE

TITRE 1 – L'ATOMISATION DES ÉLÉMENTS FORMELS DE L'IDENTITÉ

Chapitre 1 – L'étalement de l'identité formelle par les données

Section 1 – Les identifiants directs de la personne

Section 2 – Les identifiants indirects de la personne

Chapitre 2 – L'éclatement de l'identité formelle par les métadonnées

Section 1 – L'identification des métadonnées

Section 2 – L'utilisation des métadonnées

TITRE 2 – L'ABSORPTION DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE L'IDENTITÉ

Chapitre 1 – L'identité personnelle sous un voile juridique

Section 1 – La recherche de l'identité personnelle : définition de la personne

Section 2 – La reconnaissance de l'identité personnelle : institution de la personne

Chapitre 2 – L'identité personnelle dévoilée par le numérique

Section 1 – Des informations essentielles hors de contrôle

Section 2 – Des informations essentielles pour le contrôle

DEUXIEME PARTIE – LA PROTECTION DE L'IDENTITE DANS LE NUMERIQUE

TITRE 1 – LA PROPENSION RÉALISTE DE L'IDENTIFICATION NUMÉRIQUE

Chapitre 1 – L'autonomisation du régime par défaut de qualification

Section 1 – Les confusions relatives à la finalité du droit des données personnelles

Section 2 – Les circonvolutions relatives à la nature des droits sur les données personnelles

Chapitre 2 – La marchandisation de l'identité à défaut de qualification

Section 1 – L'impossible appropriation des éléments de l'identité numérique

Section 2 – L'irrésistible contractualisation des éléments de l'identité numérique

TITRE 2 – L'APPRÉHENSION PERSONNALISTE DE L'IDENTITÉ NUMÉRIQUE

Chapitre 1 – La formulation artificielle d'un droit fondamental

Section 1 – Une insuffisance structurelle

Section 2 – Une carence formelle

Chapitre 2 – La persistance substantielle d'une protection fondamentale

Section 1 – L'opportunité d'une protection constitutionnelle par la liberté personnelle

Section 2 – La stabilité d'une protection conventionnelle par le droit à l'autonomie personnelle

À ma mère, Kathy,

INTRODUCTION

« Dans la pratique humaine, il y a un moment où en quelque sorte les évidences se brouillent, les lumières s'éteignent, le soir se fait, et où les gens commencent à s'apercevoir qu'ils agissent à l'aveugle et que par conséquent, il faut une nouvelle lumière, un nouvel éclairage. Alors voilà qu'un objet apparaît, un objet apparaît comme problème ».

Michel FOUCAULT¹

1. Un univers dématérialisé en expansion. – « Nous avons mis à jour notre politique de confidentialité ». Le 25 mai 2018² aura été le point de départ d'une avalanche de courriels et de consentements réclamés aux visiteurs de sites web. Autant de messages qui rappellent la quantité de traces numériques laissées et de comptes créés, pour des services parfois oubliés, inutilisés ou infrequents depuis des années. L'envergure de l'opération de communication à laquelle se sont livrés les prestataires du numérique figure l'importance prise par les traitements de données à caractère personnel. Il est devenu courant d'entendre et de lire que la ressource la plus lucrative du monde n'est désormais plus le pétrole, mais bien les données³. Le bon grain et l'ivraie sont difficiles à trier dans ces affirmations, car la logique de réseau sur laquelle repose l'économie numérique étant faite de flux et d'interopérabilité, elle décourage les tentatives de systématisation et d'isolation de variables⁴. Tout d'abord, la dématérialisation des objets mis en circulation empêche une véritable

¹ Propos recueillis par André Bertin à l'Université catholique de Louvain, le 7 mai 1981. Publication : BERTIN (A.), « Entretien avec Michel Foucault », *Les cahiers du GRIF*, vol. 37, n° 1, 1988, pp. 9-20, spéc. p. 18.

² Date d'entrée en vigueur du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE du 4 mai 2016, n° L 119, p. 1.

³ BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, Paris, Odile Jacob, « Corpus », 2015, p. 20 ; ROZENFELD (S.), « Isabelle Falque-Pierrotin : "Les données personnelles représentent le pétrole du numérique" », *ESI*, février 2012, n° 366, pp. 49-54 ; SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *Le Monde*, 30 mai 2017, pp. 6-7 ; « Regulating the Internet giants », *The Economist*, 6 mai 2017, ressource indexée ; TARNOFF (B.), « Data is the new lifeblood of capitalism », *The Guardian*, 1^{er} février 2018, ressource indexée ; GRALLET (G.), « Les "data", pétrole du XXI^e siècle », *Le Point*, « Économie n° 2061 », 15 mars 2012, pp. 94-96 ; MARCHAND (S.), « Les données fournies par le Big Data sont le pétrole du XXI^e siècle », *L'Opinion*, 18 novembre 2014, ressource indexée.

⁴ L'analogie ne vaut, par ailleurs, que pour la valorisation de l'objet et par la présence d'une extraction. D'autres éléments rendent compte de la facilité de la comparaison : type de transformation, caractère périssable de la ressource pétrolière, visibilité sur la circulation.

visibilité sur leur situation géographique et analogique : quel pays, quel hébergeur, quel serveur, quel disque dur ? Le volume considérable de paquets de données mis en circulation et la vitesse de transmission sont d'autres explications de la perte de contrôle de la personne sur ses données personnelles identifiantes. Par ailleurs, la nature des données collectées et faisant l'objet d'un traitement est étonnamment variée : informations d'état civil, consommation en supermarché, réseau veineux de la main, historique de navigation, terminal numérique utilisé. En définitive, les données à caractère personnel deviennent volatiles et ne peuvent pratiquement faire l'objet d'aucun traçage permettant de s'assurer de leur suppression définitive et en tous lieux. La définition de la volatilité que nous retenons consiste en une actualisation du théorème des « 5V »⁵ : elle se caractérise ainsi par l'addition de la virtualité, du volume, de la vélocité et de la variété des données. Cette volatilité facilite la circulation, qui favorise elle-même la création de valeur reposant sur le marché de la publicité ciblée.

2. Un objet juridique en extinction. – Un regard neutre sur le raisonnement précédent ferait trop peu cas de l'exigence de protection de la personne humaine qui caractérise le droit contemporain des États européens. Comment qualifier juridiquement une situation dans laquelle les composantes de l'identité des personnes sont le moyen productif d'une économie ? Pour de multiples raisons, les données à caractère personnel sont détachées, conceptuellement et juridiquement, de la personne. La donnée n'est en effet rien de plus qu'une « information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée »⁶ au sens de la loi informatique et libertés (LIL). Or, les données à caractère personnel sont des fragments de la personne, une constellation d'informations formant son identité. Le passage de l'identité des personnes à la donnée à caractère personnel ne se produit que par l'intervention d'une opération technique : le traitement⁷. La donnée est alors un objet juridique spécifique qui appelle un régime tout aussi concret sans que sa nature en soit changée : il s'agit d'une parcelle immatérielle de la personne humaine. Une telle assertion est logiquement troublante. La personne peut-elle être autre chose qu'un corps ? Le droit positif l'affirme dans ses différents pans, à travers la protection de l'intégrité physique et morale⁸, de la vie privée⁹, de la sociabilité de la personne¹⁰, de son épanouissement et

⁵ Utilisée en marketing pour expliquer le *Big Data*, la théorie des 5 V est une addition des facteurs suivants : volume, vitesse, variété, véracité, valeur.

⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2.

⁷ *Id.* : « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

⁸ Code pénal, Livre II, Titre II « Des atteintes à la personne humaine », Chapitre II « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », art. 222-1 à 222-67.

⁹ Code civil, art. 9 ; Convention EDH, art. 8 ; CDFUE, art. 7.

¹⁰ V. par exemple Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88.

de son développement¹¹, par l'indemnisation du préjudice moral¹², et plus largement par la protection de la dignité de la personne humaine¹³. Pourtant, l'objet des données à caractère personnel, l'identité, disparaît du discours juridique au profit de la fonction des données à caractère personnel, l'identification. Traversée et morcelée par les flux, la personne humaine est menacée d'érosion¹⁴.

3. Entre ignorance et résignation. – La pratique se construit donc à l'aune d'un brouillage des évidences idéelles et juridiques¹⁵. D'une part, les acteurs privés ont durant des années pu se livrer à des pratiques parfois marginales, voire « sauvages »¹⁶, en matière de collecte de données à caractère personnel. Il aura même été affirmé que « tout processus d'innovation implique une “déviance” plus ou moins légale »¹⁷. Le règlement général sur la protection des données (RGPD)¹⁸ qui fixe désormais le cadre juridique de la collecte et du traitement des données à caractère personnel a pris acte de l'insuffisance du régime de protection mis en place par la directive 95/46/CE¹⁹, laquelle a cessé de s'appliquer le 25 mai 2018. D'autre part, les autorités publiques ont profité d'une absence de protection claire des données techniques pour en disposer dans une assez large mesure²⁰,

¹¹ Préambule de la Charte de l'Environnement de 2004, Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, JO du 2 mars 2005 ; préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 10.

¹² Cass. civ., 13 février 1923, *Lejars Contre Templier* : « la douleur éprouvée par les enfants d'une personne, morte victime d'un accident, suffit, en l'absence de tout préjudice matériel, pour permettre à ces enfants d'exercer contre l'auteur de l'accident une action en dommages-intérêts » ; CE, 24 novembre 1961, *Letisserand*, n° 48841 : « la douleur morale qui est résultée pour (M. L.) de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d'un préjudice indemnisable ».

¹³ CC, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2 ; CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727 ; Code civil, art. 16.

¹⁴ KIRBY (M.) (dir.), *Les droits de l'homme dans le cyberspace*, Paris, UNESCO-Économica, « Droit du cyberspace », 2005, p. 15 : « Cette grande quantité de données relatives aux individus est plus susceptible de s'accroître que de décroître. L'accès à cette information fragilise la vie privée, attribut de l'être humain soumis depuis un siècle à une érosion constante ».

¹⁵ COHEN (D.), « Le juge européen et les données personnelles », in *L'exigence de justice : Mélanges en l'honneur de Robert BADINTER*, Paris, Dalloz, 2016, p. 249 : « Même pour ceux qui en avaient une vague conscience, elle demeurait abstraite, puisque n'engendrant apparemment pas d'inconvénients pratiques pour les intéressés. L'effet anesthésiant de cette absence d'enjeu concret perceptible explique sans doute qu'une protection n'ait émergé du corps social qu'avec une telle lenteur et si faiblement, contrastant avec la prise de conscience précoce de nombre de juristes ».

¹⁶ MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 58 ; DEYDIER (J.), « Les exclus de la datacratie », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, p. 147.

¹⁷ OLIVENNES (D.), *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication, 2007, p. 7.

¹⁸ Règlement (UE) 2016/679, cons. 9 et s.

¹⁹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE du 23 novembre 1995, n° L 281, p. 31.

²⁰ FOREST (D.), « Conservation des données de connexion et métadonnées : un nouveau coup de semonce à la surveillance de masse en Europe », *Dalloz IP/IT*, avril 2017, n° 4, pp. 230-232 ; DUHEN (W.), « L'imbroglio juridique de la conservation des données de connexion », *RLDI*, n° 103, avril 2014, pp. 81-90 ; CERDA-GUZMAN (C.), « La position des États à l'égard des données personnelles : entre velléité d'utilisation et obligation de protection », in DAVID

particulièrement en matière policière²¹. Enfin, il est possible que les personnes, par manque d'information et par normalisation des comportements, aient pris l'habitude d'utiliser de nombreux services numériques sans pour autant se considérer comme informées²². Alors qu'une très large majorité de la population française dispose d'une connexion à Internet mobile ou fixe, 70 à 90% des utilisateurs se disent inquiets du devenir de leurs données à caractère personnel²³, tandis que 64% craignent que les algorithmes qui introduisent des données à caractère personnel comme variables soient une menace²⁴. Chez les experts des plateformes numériques auditionnés par le Conseil d'État à l'occasion de la rédaction de son étude annuelle 2014, la tendance se confirme : la plupart admettent accorder leur consentement à la collecte et au traitement de telles données et utiliser des réseaux par nécessité, tout en sachant qu'ils disséminent largement leurs données personnelles²⁵. Une telle dissonance cognitive touchant l'ensemble d'une population interroge. La recherche de reconnaissance sociale, indissociable de la construction d'une identité, est une explication qui peut sembler convaincante. La personne serait en quête de soi et emploierait les plateformes numériques pour affirmer son identité²⁶, dans des proportions parfois indécentes, voire narcissiques²⁷. Certains juristes s'associent volontiers à ce raisonnement, dans le prolongement d'un discours d'hostilité à un hyper-individualisme remettant en cause « l'équilibre subtil entre individuel

BEAUREGARD-BERTHIER (de) (O.), TALEB-KARLSSON (A.), *Protection des données personnelles et sécurité nationale. Quelles garanties juridiques dans l'utilisation du numérique ?*, Bruxelles, Bruylant, « À la croisée des droits », 2017, pp. 63-87.

²¹ Les traitements à des fins de surveillance et de prévention et poursuite des infractions pénales sont désormais encadrés par une directive adoptée en même temps que le RGPD : directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil. V., pour un autre exemple récent, le décret n° 2017-614 du 24 avril 2017 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence nationale des techniques d'enquêtes numériques judiciaires ».

²² L'obligation d'information est définie et exigée pour la collecte de données personnelles aux articles 4 et 7 du règlement (UE) 2016/679. L'article 7-1 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, créé par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, y renvoie expressément.

²³ Sondage CSA Research, « La protection des données personnelles », réalisé du 28 au 30 août 2017 sur 1002 personnes âgées de 18 ans et plus, ressource indexée ; sondage CSA Research-Orange, « Les français et la protection des données personnelles », réalisé du 21 au 23 janvier 2014 sur 1002 personnes âgées de 18 ans et plus, ressource indexée.

²⁴ Sondage IFOP pour la CNIL, « Notoriété et attentes vis-à-vis des algorithmes », réalisé du 9 au 11 janvier 2017 sur 1001 personnes âgées de 18 ans et plus, ressource indexée.

²⁵ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 261.

²⁶ NEYRAN (G.), « Identification sociale, personnalisation et processus identitaire », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 93 ; DENOUEL (J.), « Identité », *Communications*, 2011/1, n° 88, p. 79 : « l'apparent abandon de cette prudence qu'est la pudeur est en effet dû à la résolution de soumettre à l'approbation de publics plus ou moins variés une facette de leur personnalité qu'elles estiment importante et souhaitent valoriser ».

²⁷ DEBAETS (E.), *Le droit à la protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, Université Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 17 : « L'hyper-individualisme qui se caractérise par le développement d'une culture du narcissisme [...] trouve dans les blogs et les réseaux sociaux un nouvel espace qui lui est entièrement dédié ».

et collectif inhérent à la modernité »²⁸. Ce phénomène s’extirperait progressivement, selon eux, d’un Cheval de Troie tout désigné : le subjectivisme juridique²⁹. L’insuffisance de cette hypothèse se manifeste en amont, autour du consentement de la personne. En effet, le consentement est systématiquement mis en avant pour justifier la collecte massive de données à caractère personnel, mais aussi pour désigner le point névralgique d’un rééquilibrage juridique³⁰. Or, il n’est pas systématiquement requis puisqu’il ne s’agit que d’un motif légal de traitement de données personnelles parmi d’autres : respect d’une obligation légale incombant au responsable de traitement, sauvegarde de la vie de la personne concernée, exécution d’une mission de service public, exécution d’un contrat ou de mesures précontractuelles, réalisation de l’intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire³¹. Le cas échéant, la qualité dudit consentement peut être relativisée : des études ont démontré que la lecture de l’ensemble des conditions générales d’utilisation des services numériques utilisés par une personne moyenne nécessiterait plusieurs dizaines de jours par année³². Enfin, le consentement risque d’être de moins en moins sollicité, en raison notamment du développement des objets connectés et des balises dites *beacons*³³, qui échangent silencieusement avec les téléphones intelligents détectés à proximité.

4. Nouvel éclairage plutôt que nouveau monde. – Concentrer ses efforts de recherche sur le régime de protection des données à caractère personnel implique d’entendre quotidiennement qu’il s’agit d’un « sujet d’actualité ». Indéniablement, il s’agit d’une question qui s’intensifie, ces dernières années ayant été marquées par les révélations de William Binney et d’Edward Snowden sur

²⁸ CHEVALLIER (J.), *L’État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014, « Droit et société », 4^{ème} éd., p. 12. Il faut ici préciser que le professeur Chevallier ne s’inscrit pas dans cette hostilité, mais entend la décrire.

²⁹ Depuis plusieurs décennies, de nombreux auteurs ont fustigé l’égoïsme inhérent aux droits subjectifs, jusqu’à parfois douter de la pertinence fonctionnelle de ceux-ci : EDELMAN (B.), « Sujet de droit et technoscience », *La personne en danger*, Paris, PUF, « Doctrine juridique », 1999, p. 405 : « Nous connaissons tous cette inflation, proprement stupéfiante, des droits subjectifs et l’exigence fantasmagique qu’elle supporte : le droit au bonheur, le droit à la culture, le droit au diplôme, le droit de rencontrer l’âme sœur..., que sais-je encore ! » ; EDELMAN (B.), « Critique de l’humanisme juridique », *La personne en danger, op. cit.*, p. 22 : « il y a dans le droit subjectif le ferment d’un narcissisme absolu, la dénégation de toute limite et le désir de soumettre la loi elle-même » ; LEGENDRE (P.), *Leçons. 4 - L’inestimable objet de la transmission : étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1996, p. 359 : « Chaque individu concède à la loi d’exister et se trouve entraîné vers une position mythique de droit divin » ; VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 95 : « nos contemporains demandent au droit de subvenir aux plaisirs des hommes » ; RAUX (C.), « Droit à la connaissance de ses origines et l’identité de la personne », *L’identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l’Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne le 1^{er} octobre 2009, L’Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, p. 116 : « l’omniprésence du discours actuel sur l’identité personnelle conduit à une “aggravation” de la logique individualiste à l’œuvre dans nos sociétés et dont le droit s’avère l’un des vecteurs les plus efficaces ».

³⁰ ROCHFELD (J.), « L’identité numérique en Europe », in BOLLEE (S.), PATAUT (E.) (dir.), *L’identité à l’épreuve de la mondialisation*, IRJS Editions, 2016, pp. 151-171 ; MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique, op. cit.*, pp. 55-70.

³¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 7 ; règlement (UE) 2016/679, art. 6.

³² FAITH-CRANOR (L.), McDONALD (A.), “The cost of reading Privacy Policies”, *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, 22 p., ressource indexée.

³³ Pour aller plus loin, v. CNIL, *Rapport d’activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 75.

l'ampleur des systèmes globaux de surveillance et sur les failles de sécurité de nombreux systèmes d'informations, ainsi que par d'autres enquêtes et alertes lancées : Cambridge Analytica³⁴, faille de sécurité majeure dans les connexions Wi-Fi³⁵, géolocalisation des étudiants par les cartes IZLY³⁶, et bien d'autres. Les possibilités de collecte des données personnelles ne sont pas simplement plus nombreuses, elles sont aussi plus intrusives et modélisent de nouveaux objets qui n'auraient pas pu être exploités il y a peu. L'exemple des données biométriques est sur ce point tout à fait topique³⁷. Il peut alors être tentant de céder à un effet de mode et d'empiler les propos relatifs aux techniques informatique et juridique pour justifier la nouveauté et l'intérêt de l'objet. Alors que l'incitation à l'occupation d'un nouveau champ disciplinaire est forte, il nous semble qu'une démarche scientifique plus rigoureuse débute par une résistance à cette force centrifuge. En recourant aux catégories et notions juridiques intégrées au droit positif, examinées à travers un prisme pragmatique, on peut alors tenter de faire apparaître un objet par des allers-retours ayant pour but de mettre en lumière une contradiction, c'est-à-dire une dialectique. Ainsi apparaissent les concepts juridiques. Pour le législateur comme pour le chercheur, la meilleure façon de répondre à un « seuil critique »³⁸ n'est pas de multiplier les textes, mais bien de réfléchir aux conditions normatives ayant conduit à l'atteinte d'un tel seuil, et aux effets probables des normes censées y répondre. Le problème de l'identité numérique, devenu par son ampleur structurelle une problématique, appelle selon nous une telle approche pragmatique. On peut alors découvrir, à l'aide d'une ouverture sur le pluralisme, que les urgences en apparence strictement contemporaines peuvent n'être qu'une réminiscence de questions rabattues. Cela n'enlève rien à la pertinence de ces sujets. Au contraire, une cristallisation de problématiques autour d'un objet signale généralement un temps propice à l'étude. L'identité est une de ces problématiques, et se révèle par les nombreuses questions entourant le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. L'identité personnelle, contrainte par le droit français à s'immiscer en contrebande, est révélée par le

³⁴ Pour des réflexions sur ce récent fait d'actualité, v. MACIEL-HIBBARD (M.), « Protection des données personnelles et cyber(in)sécurité », *Politique étrangère*, 2018/2, été 2018, p. 64 ; WOLTON (D.), « Communication », *Hermès*, 2018/1, n° 80, p. 108.

³⁵ V. l'étude réalisée par des chercheurs à l'Université de Louvain : VANHOEF (M.), PIESENS (F.), « Key Reinstallation Attacks : Forcing Nonce Reuse in WPA2 », 16 octobre 2017, 16 p., ressource indexée. L'étude a été largement relayée les 16 et 17 octobre 2017 : « “Krack”, la faille qui rend tous les réseaux wifi potentiellement piratables » (*Le Parisien*) ; « Une faille WPA2 rend les connexions WiFi vulnérables » (*Le Monde Informatique*) ; « Wi-Fi : une faille sérieuse remet en question la sécurité des communications » (*Numerama*) ; « KRACK, la faille sécuritaire qui fait trembler les réseaux WIFI » (*Euronews*). Ressources indexées.

³⁶ UNTERSINGER (M.), « Izly, l'appli du Cnous qui géolocalise des étudiants et renseigne des sociétés publicitaires », *LeMonde.fr*, 20 octobre 2017, ressource indexée.

³⁷ SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, Université Toulouse-1-Capitole, 2015, 637 p. ; BLOCH (P.), DEPADT-SEBAG (V.), *L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, « Actes », 2007, 165 p. ; PRINS (C.), « Making our body identify for us: legal implications of biometric technologies », *Computer Law and Security Report*, 1998, 14(3), p. 163.

³⁸ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 11.

numérique. L'identité numérique de la personne humaine, formée des fragments d'identité de la personne éclatés en autant de constellations que de traitements, apparaît.

5. Déroulé de l'introduction de l'étude. – La teneur singulière d'une introduction de thèse justifie un premier balisage pour guider le lecteur. Ainsi, nous préférons la structure du losange à celle, souvent conseillée, de l'entonnoir. L'ampleur d'une telle étude nécessite de partir du plus précis, c'est-à-dire l'identification des termes essentiels à la compréhension du sujet, et de l'objet lui-même : le concept d'identité numérique (Section 1). Une fois la terminologie fixée et permettant une synchronisation des regards, le recul sera alors à la fois possible et nécessaire, s'agissant de comprendre l'inscription de l'objet « identité numérique » dans un contexte qui justifie son étude (Section 2). Il sera alors temps, après avoir tenté de poser un regard d'ensemble sur la nébuleuse de l'univers numérique qui entoure la personne humaine, de se prononcer sur la nécessaire délimitation de l'étude, en tentant de respecter la complexité de l'objet (Section 3).

Section 1 – Identification des termes du sujet

6. Pierre angulaire plutôt que pierre d’achoppement. – La concordance terminologique est un préalable nécessaire au déroulé de tout argumentaire scientifique. L’exercice de définition peut sembler scolaire mais nous semble en réalité très riche, car il est la pierre angulaire sur lequel les raisonnements viendront s’appuyer. Aux définitions préliminaires (§ 1) succéderont les éléments centraux permettant la définition du concept d’identité numérique (§ 2).

§ 1 – Définitions préliminaires

7. Les termes du sujet. – Deux catégories de termes doivent être définis à titre préliminaire. D’une part, des définitions consensuelles sur lesquelles il est possible de s’entendre sans ambiguïté : numérique et données à caractère personnel (A.). D’autre part, il faut s’aventurer sur le champ de définitions ouvertes, ou plus précisément complexes : l’identité et la personne humaine (B.).

A. Définitions consensuelles : numérique et données à caractère personnel

8. Circonscription juridique et technique. – Pour se défendre de l’adhésion à un effet de mode consistant à accoler le terme « numérique » à tout objet, il nous faut définir le sens qui lui sera donné dans la présente étude (1). La définition des données à caractère personnel, qui ne sont autres que des informations relatives à une personne numérisées, suit logiquement (2).

1. Le numérique

9. La définition du numérique. – L’arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l’enrichissement du vocabulaire de l’informatique³⁹ pose une définition du numérique : « se dit, par opposition à analogique, de la représentation de données ou de grandeurs physiques au moyen de caractères – des chiffres généralement – et aussi des systèmes, dispositifs ou procédés employant ce mode de représentation discrète »⁴⁰. Le numérique est donc un langage, la représentation d’un résultat traduit sous forme de caractères alphanumériques, c’est-à-dire lisibles et accessibles à l’entendement humain. Le numérique est le résultat de la numérisation. Par exemple, la numérisation des empreintes digitales donne un gabarit, c’est-à-dire « une suite numérique qui caractérise »⁴¹. Là où

³⁹ Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l’enrichissement du vocabulaire de l’informatique, *JORF* du 17 janvier 1982, pp. 624-626.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 625.

⁴¹ CABAL (C.), *Méthodes scientifiques d’identification des personnes à partir des données biométriques et techniques de mise en œuvre*, Rapport pour l’office parlementaire d’évaluation des choix scientifiques et technologiques sur « les méthodes scientifiques d’identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques de mise en œuvre », p. 14.

l'informatique est une science du traitement rationnel de l'information sans traduction balisée⁴², le numérique est un langage permettant la codification de l'ensemble des caractéristiques et des activités humaines⁴³. Il convient d'ajouter que l'emploi de ce terme est selon nous préférable à celui de « digital »⁴⁴, anglicisme superflu dont la traduction n'est autre que « numérique ».

10. La présence croissante du terme numérique dans le discours juridique. – Au sein du droit positif, le terme de « numérique » a tendance à supplanter celui d'« informatique », dont la connotation technique complique parfois le maniement. Étant établi que les données sont désormais toutes présentées sous forme numérique afin de permettre l'optimisation du traitement, la loi du 6 janvier 1978 modifiée rend compte de cette factualité. Le texte mentionne le « réseau numérique » (art. 4), « les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par l'évolution des technologies numériques » (art. 11), ainsi que la « connaissance du numérique » des personnalités qualifiées pour intégrer la la Commission nationale de l'informatique et des libertés⁴⁵ (art. 13). La mention de la *Loi pour une République numérique*⁴⁶ paraît incontournable, tout comme la fonction gouvernementale de Secrétaire d'État chargé du Numérique. Le droit de l'Union, notamment au sein du préambule du règlement du 27 avril 2016, mentionne « l'économie numérique » (cons. 7), le « droit à l'oubli numérique » (cons. 66) et, assez ouvertement, « l'identification numérique d'une personne » (cons. 57).

La définition du numérique permet d'éclairer le support d'apparition des données à caractère personnel, élément indispensable à notre étude.

2. La donnée à caractère personnel

11. Définition générale de la donnée. – La donnée est inévitablement définie comme un type particulier d'information. L'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique définit une donnée comme la « représentation d'une information sous une forme conventionnelle destinée à faciliter son traitement »⁴⁷. On peut alors se reporter à la même norme pour connaître la définition de l'information, à savoir un « élément de connaissance susceptible

⁴² Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *op. cit.*, p. 625 : « Science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines technique, économique et social ».

⁴³ CABAL (C.), *Méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir des données biométriques et techniques de mise en œuvre*, *op. cit.*, p. 14 : « quasiment tout, dans l'anatomie ou le comportement d'un individu, peut être transformé en un code informatique permettant de l'identifier ».

⁴⁴ V. par exemple : ITEANU (O.), *Quand le digital défie l'État de droit*, Paris, Eyrolles, 2016, 188 p. ; MERZEAU (L.), « Présence numérique : les médiations de l'identité », *Les Enjeux de l'information et de la Communication*, 2009/1, p. 83 ; DEYDIER (J.), « Les exclus de la datacratie », *op. cit.*, p. 147.

⁴⁵ Ci-après « CNIL ».

⁴⁶ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF du 8 octobre 2016, texte n° 1.

⁴⁷ Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, p. 624.

d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué »⁴⁸. Il est une chose simple à retenir de ces énoncés : l'information est une donnée numérique en devenir. La distinction, souvent négligée, n'est pas anodine⁴⁹. La donnée à caractère personnel est expressément visée par le droit positif, quand l'information personnelle ne dispose d'aucun statut légal. Cela s'explique aisément : l'information personnelle n'ayant pas fait l'objet d'un traitement est alors tout simplement couverte par le droit au respect de la vie privée. La vie privée a pu être décrite, en effet, comme un ensemble « d'informations personnelles »⁵⁰, « d'informations relatives à l'identité et à l'intimité des personnes »⁵¹, « d'informations qu'il peut être utile ou rentable de recueillir afin d'en tirer profit »⁵². Si la distinction entre donnée personnelle et information personnelle est discutée⁵³, elle reste toujours pertinente. Ainsi, lorsque nous utiliserons l'expression « information personnelle », nous viserons des éléments n'ayant pas encore fait l'objet d'un traitement, mais souvent sollicités.

12. De l'information nominative à la donnée à caractère personnel. – La version initiale de la loi du 6 janvier 1978 traitait des informations nominatives, alors définies comme « les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale »⁵⁴. Peu de temps après l'adoption de cette loi, l'OCDE évoquait déjà les « données à caractère personnel » dans ses lignes directrices du 23 septembre 1980, alors définies comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou identifiable »⁵⁵. Le Conseil de l'Europe, à travers la Convention du 28 janvier 1981, proposait un encadrement de la protection des « données personnelles », avec une définition équivalente, à savoir « toute

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, p. 75 : « “Données”, “informations” et “connaissances” sont d'ailleurs des termes souvent utilisés l'un pour l'autre, alors même que ceux-ci recouvrent des catégories bien différentes tout en s'imbriquant. Cette confusion, trop souvent entretenue, est d'ordinaire augmentée par une autre métaphore qui rajoute à la confusion : celle d'un nouvel eldorado pétrolier que constitueraient les données ».

⁵⁰ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *D.*, 1999, p. 542.

⁵¹ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, p. 542.

⁵² GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 327 », 2000, p. 227.

⁵³ MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2007, n° 138, pp. 1482-1483 : « Il existe certes pour l'instant un droit de la protection des données personnelles, mais non un droit à la protection des informations personnelles. Un véritable droit au respect des informations personnelles aurait l'avantage de disjoindre cette protection de celle de la vie privée *stricto sensu* ».

⁵⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (version initiale), art. 4.

⁵⁵ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoption le 23 janvier 1980, pt 1, b).

information concernant une personne physique identifiée ou identifiable»⁵⁶. Le droit communautaire a définitivement consacré l'expression de « données à caractère personnel » avec la directive 95/46/CE⁵⁷, qui adopte une définition très élargie, à savoir « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale »⁵⁸. Le passage de l'information nominative à la donnée à caractère personnel s'imposait donc au législateur français, en raison de l'obligation de transposition de ladite directive. Les lois du 21 juin⁵⁹ et du 6 août 2004⁶⁰ y ont tardivement procédé, la seconde donnant lieu à une refonte d'ensemble de la loi du 6 janvier 1978, article 1^{er} excepté. L'information nominative a aujourd'hui disparu des textes et des intitulés des autorités de régulation⁶¹. Son utilisation fortuite ne correspond plus, désormais, qu'à la recherche d'un synonyme de la donnée à caractère personnel. Cela ne semble pas spécialement prêter à débat, dans la mesure où la notion d'information nominative renvoyait particulièrement aux traitements réalisés par les autorités publiques portant sur le nom, et par extension sur l'identité formelle⁶². Les mots d'Alex Türk – alors rapporteur de la loi de transposition et futur président de la CNIL – sont éloquentes : « la notion de “donnée à caractère personnel” paraît [...] plus pertinente compte tenu du développement des mesures d'identification indirecte »⁶³.

13. Définition juridique de la donnée à caractère personnel. – La définition juridique de la donnée à caractère personnel ne présente guère de problème, cette dernière étant posée par la loi et par le droit de l'Union. La loi du 6 janvier 1978 la définit comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par

⁵⁶ Conseil de l'Europe, Convention pour la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés de données personnelles, STE n° 108, 28 janvier 1981, art. 2.

⁵⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE du 23 novembre 1995, n° L 281, p. 31.

⁵⁸ *Ibid.*, art. 2.

⁵⁹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique.

⁶⁰ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶¹ Il existe encore de rares exceptions dans des États tiers à l'Union européenne, dont la Principauté de Monaco, toujours dotée d'une autorité instituée par la loi n° 1.165 du 23 décembre 1993 et nommée « Commission de contrôle des informations nominatives » (CCIN). Toutefois, la CCIN se décrit elle-même comme « L'autorité monégasque de protection des données personnelles » (source : site Internet de la CCIN, ressource indexée).

⁶² V. *contra* EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* Paris, Michalon, 2013, 435 p.

⁶³ TÜRK (A.), Rapport n° 218 sur le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, déposé le 19 mars 2003 à la Présidence du Sénat, p. 47.

référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres »⁶⁴. Le règlement européen du 27 avril 2016 propose une brève définition de la donnée – « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » –, mais lui accole une description fournie de la « personne physique identifiable » : « qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »⁶⁵. On notera donc la différence de style de la loi, visant les « éléments qui lui sont propres », avec celui du règlement, qui vise un large contenu recouvrant tous les aspects possibles – au risque de certaines redondances – de l'identité humaine. Le G29⁶⁶ – aujourd'hui disparu au profit du CEPD⁶⁷ – avait également admis qu'il suffisait que la donnée produise un « impact » sur une personne pour être considérée comme personnelle⁶⁸. On comprend donc que ce « caractère personnel » de la donnée renvoie à une forme de sentiment que l'information traitée est « personnelle », c'est-à-dire qu'elle se rattache à la personne et à sa perception du caractère de l'information⁶⁹. Il ne faut donc pas y voir une donnée « secrète », car ce qui est personnel implique tranquillité et libre disposition, et non une dissimulation totale⁷⁰. Il convient ici de préciser que, tout comme au sein d'autres travaux⁷¹, nous emploierons donc indifféremment les notions de « donnée à caractère personnel » et de « donnée personnelle ».

14. Une définition parfois jugée insatisfaisante. – En 2004, le Conseil constitutionnel avait été saisi en raison d'une non-conformité alléguée de la loi de transposition de la directive 95/46/CE au principe constitutionnel d'intelligibilité et de clarté de la loi⁷². Le juge constitutionnel français a considéré qu'en application d'une directive communautaire, la loi définissait de « façon précise les

⁶⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 2.

⁶⁵ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 4, 1).

⁶⁶ Groupe des autorités de régulation des données, prévu à l'article 29 de la directive 95/46/CE. Tous les avis du G29 sont disponibles en ligne.

⁶⁷ Contrôleur européen de la protection des données, prévu à l'article 68 du règlement (UE) 2016/679.

⁶⁸ G29, avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007, p. 7.

⁶⁹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz - Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, p. 589 : « Le caractère "personnel" des données désigne bien la psychologie individuelle que le public, y compris les personnes publiques, n'a pas à connaître ».

⁷⁰ Le même trouble touche la notion de « vie privée » : ce qui est privé n'est pas forcément secret. Ce n'est pas parce qu'une personne souhaite qu'une information ne soit pas publique que cette information est pour autant secrète. En ce cas, le droit au respect de la vie privée peut s'entendre comme une liberté, celle de ne pas faire l'objet d'investigations excessives. Sur ce point, v. KAYSER (P.), *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Paris - Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1995, 3^{ème} éd., n° 16 à 22, pp. 29-63.

⁷¹ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ? op. cit.* ; OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale, op. cit.* ; DEBAETS (E.), *La protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental, op. cit.*

⁷² CC, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*.

nouvelles règles de procédure et de fond applicables»⁷³. Pourtant, les appels à une nouvelle définition des données à caractère personnel sont nombreux⁷⁴. La notion serait imprécise⁷⁵, introuvable⁷⁶, ou trop générale⁷⁷. Il nous semble que chercher à approfondir ou préciser la définition des données à caractère personnel revient à chercher dans la mauvaise direction. La question n'est pas tant la définition que l'objet de la donnée. À la question « qu'est-ce qu'une donnée ? », l'ordre juridique répond expressément. À la question « sur quoi porte une donnée ? », le droit délivre certains indices contradictoires que la présente étude entend récolter et retranscrire.

Les définitions les plus stables étant posées, il faut se mesurer à des définitions parmi les plus recherchées de la jeune histoire de l'être humain, celles d'identité et de personne humaine.

B. Définitions complexes : identité et personne humaine

15. Des définitions ouvertes. – La définition de l'identité est nécessairement stipulative lorsqu'il s'agit de donner un sens juridique à un concept aussi métaphysique (1.). Enfin, la personne humaine, sujet des droits fondamentaux et de l'identité numérique, doit être – dans la mesure du possible – définie (2.).

1. L'identité

16. L'identité comme méthode. – L'identité se réfère à deux idées à la fois antagonistes et complémentaires, ce qui n'en simplifie pas l'approche. Elle peut être comprise en premier lieu au sens de l'« identique » : *identitas*, dont la racine latine *idem* est restée intacte au sein de la langue française. En ce sens, l'identité ne se rapporte pas originellement à la conscience de l'être humain, mais bien à la démarche scientifique de comparaison développée notamment par Aristote. Le

⁷³ *Ibid.*, cons. 30.

⁷⁴ GRATTON (E.), *Redéfinir la notion de donnée personnelle dans le contexte des nouvelles technologies de l'Internet*, Université de Montréal – Paris-II-Panthéon-Assas, 2012, 520 p. ; EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ? op. cit.* ; ALLIOT (S.), *Essai de qualification de la notion de données à caractère personnel*, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2018, 326 p.

⁷⁵ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 120.

⁷⁶ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Internet, espace d'interrégulation*, Paris, Dalloz, « Droit et économie de la régulation », 2016, pp. 7-8 : « Les données ne sont pas définies avec précision, alors même qu'il est désormais des plus courants de les viser, de construire des empires économiques sur elles, de faire des accords dérogatoires à leur propos – comme le *Safe Harbor* – et d'adopter des lois à leur propos [...] On a pu parler à juste titre d'« introuvable notion » ».

⁷⁷ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ? op. cit.*, p. 187 : « Trop d'informations sont finalement happées par la catégorie des données personnelles/informations nominatives ce qui nuit à sa cohérence » ; PERRY (R.), UZAN-NAULIN (J.), « Existe-t-il encore des données non personnelles ? », *Dalloz IP/IT*, n° 5, 1^{er} mai 2017, pp. 286-289 ; ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaider contre la reconnaissance de leur « propriété » », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance de géants de l'Internet*, vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015, p. 74 : « Tout est devenu donnée personnelle dès lors qu'il est possible, à partir d'une photographie, de remonter, grâce à un logiciel de reconnaissance faciale et/ou par croisement avec une autre données, à l'identité de la personne ».

philosophe grec voit dans le principe d'identité l'élément central de la rationalité : l'opération consiste en un constat de « mêmété » de deux objets idéels ou matériels, c'est-à-dire leur non-contradiction⁷⁸, ou en un constat d'« altérité », c'est-à-dire de contradiction⁷⁹. Le droit reposant fondamentalement sur la rationalité, on en trouve trace dans de nombreux raisonnements. C'est le cas, de façon explicite, dans le principe d'autorité de la chose jugée dont l'utilisation est subordonnée à la présence du triptyque identité de chose, de cause et de parties⁸⁰. L'expression latine *unum et idem*, « une seule et même chose », l'exprime. Néanmoins, l'identité peut être entendue comme un élément de différenciation, et plus précisément d'individualisation⁸¹. Elle devient alors synonyme de singularité, et se définit comme un particularisme perçu parmi d'autres objets. Dans ce cas, à l'identique « mêmété » répond l'identité « altérité »⁸². Au sein de ces développements appartenant aux logiciens, on perçoit en filigrane la commodité d'un tel outil pour décrire le sentiment d'existence d'un individu⁸³, à la fois identique aux autres membres de son espèce et singulier en raison de sa conscience d'être, construite comme un ensemble complexe se traduisant par un sentiment de persistance. Le paradoxe de l'identité n'en est donc pas un, dès lors que l'on considère que l'identité *idem* et l'identité *ipse* sont conceptuellement différentes mais inextricablement liées : soi-même est un autre⁸⁴. Cette affirmation nous conduit à une étude de l'identité comme concept.

17. L'identité comme concept. – Le concept d'identité est complexe, et paradoxalement de ceux « dont le sens véhicule une fausse évidence »⁸⁵. Il en appelle à la connaissance de soi-même, principalement intuitive et dépouillée d'éléments tangibles. Il suggère également la poursuite d'une

⁷⁸ ARISTOTE, *Métaphysique*, Livre Gamma, trad. DUMINIL (M.-P.) et JAULIN (A.), Flammarion, GF, 2008, pp. 19-20 : « Il est impossible qu'un même attribut appartienne et n'appartienne pas en même temps et sous un même rapport à une même chose ».

⁷⁹ *Dictionnaire de la langue française Emile Littré*, Gallimard Hachette, 1963, pp. 717-718, V° Identité : « Qualité qui fait qu'une chose est la même qu'une autre, que deux ou plusieurs choses ne sont qu'une ».

⁸⁰ Code civil, art. 1355 : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

⁸¹ *Vocabulaire juridique* de l'Association Capitant, Paris, PUF, « Quadrige », 2016, 11^{ème} éd., p. 542, V° Individualisation : « Détermination d'une personne ou d'une chose dans son individualité, grâce à des signes distinctifs, à des procédés d'identification. Ex : individualisation de chaque personne par ses nom, prénoms, profession, qualités et au moyen des actes de l'état civil ; individualisation d'une chose de genre par marque ou localisation après mesurage, pesage ou comptage ».

⁸² ATIAS (C.), « L'homme moderne, (in)certain de son identité », *L'individu face aux nouvelles technologies : surveillance, identification et suivi*, Actes du colloque international des 10 et 11 novembre 2004 à Lausanne, Institut Suisse de droit comparé, Schulthess, 2005, p. 12 : « L'identique est le même qu'un autre, tandis que l'identité distingue ce qui ne peut être confondu avec l'autre et n'est identique qu'à lui-même ».

⁸³ *Dictionnaire de la langue française Emile Littré*, Gallimard Hachette, 1963, pp. 717-718, V° Identité : « Conscience qu'une personne a d'elle-même ».

⁸⁴ RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, « Points essais », 2006, 424 p.

⁸⁵ VIBERT (P.), « L'identité : un nouveau chantier théorique ? », in LAZZAROTTI (O.), OLAGNIER (P.-J.) (dir.), *L'identité entre ineffable et effroyable*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 15.

sécurité ontologique, c'est-à-dire la recherche par le sujet de la certitude qu'il est « lui-même ». Ce thème décourage tout dessein d'exhaustivité, tant l'instabilité de l'identité semble consubstantielle à la personne humaine. La récurrence de la subjectivité – perception de soi-même et des autres – comme objet principal de la philosophie depuis deux millénaires⁸⁶ atteste tant de l'importance de la recherche que de sa nature inépuisable⁸⁷. L'identité étant le ferment du rapport à la société et aux autres, elle constitue un concept qui se situe non « pas seulement à un carrefour, mais à plusieurs »⁸⁸. Il n'est donc pas surprenant de constater que l'ensemble des sciences humaines et sociales – qui prennent l'humain pour objet d'étude – consacrent des développements au concept d'identité⁸⁹. Le droit n'échappe pas à cette recherche, certains auteurs s'étant essayés à une définition positive de l'identité juridique⁹⁰. Dans l'ensemble, le discours doctrinal reflète la polysémie du concept juridique d'identité⁹¹, en raison de son dynamisme et de sa nature fluctuante. Rendre compte de cette instabilité nous apparaît primordial, car un procédé inverse pourrait conduire à l'erreur scientifique de l'isolat⁹², par opposition à une ouverture sur le pluralisme. En effet, l'identité évolue

⁸⁶ Il est difficile de dater l'origine d'une philosophie subjectiviste. Certains auteurs considèrent que dater la pensée subjectiviste est un non-sens, puisqu'elle serait consubstantielle à l'apparition de la conscience de soi et donc à l'être humain : SINGLY (de) (F.), *L'individualisme est un humanisme*, La Tour d'Aigues, Éd. De l'Aube, « Monde en cours », 2011, 156 p. D'autres voient dans la philosophie confucéenne l'origine d'une réflexivité, d'un sujet qui se pense et se voit penser : FINGARETTE (H.), *Confucius : du profane au sacré*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, « Sociétés et cultures de l'Asie », 2014, 167 p. Michel Foucault convient de l'historicité du rapport à soi, mais place son point de départ dans l'antiquité grecque : FOUCAULT (M.), *L'herméneutique du sujet : cours au Collège de France (1981-1982)*, Paris, Gallimard, Ed. du Seuil, 2009, 540 p.

⁸⁷ Pour quelques œuvres majeures, v. par ordre chronologique : PLATON, *Apologie de Socrate*, trad. CHRETIEN (C.), Paris, Hatier, « Classiques & Cie. Philosophie », 2012, 123 p. ; SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, Paris, L. Lesort, 1846, 3 Tomes ; DUNS SCOT (J.), *Le principe d'individuation*, Paris, Vrin, 1992, 217 p. ; DESCARTES (R.), *Les passions de l'âme*, Paris, Librairie générale française, « Livre de poche », 1990, 219 p. ; LEIBNIZ (G.-W.), *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, trad. LEMAIRE (P.), Paris, Hatier, « Les classiques pour tous », 2000, 63 p. ; HUME (D.), *Enquête sur l'entendement humain*, Paris, Flammarion, 1983, 252 p. ; KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Delagrave, 1999, 210 p. ; SARTRE (J.-P.), *L'Être et le Néant*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des idées », 1972, p. 538 ; FOUCAULT (M.), *Subjectivité et vérité : cours au Collège de France (1980-1981)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2009, 335 p. ; RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, *op. cit.* ; TAYLOR (C.), *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, Paris, Seuil, 1998, 712 p.

⁸⁸ LEVI-STRAUSS (C.) (dir.), *L'identité. Séminaire interdisciplinaire 1974-1975*, Paris, PUF, « Quadrige Grands textes », 2010, 6^e éd., p. 9.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.* ; SAGNE (V.), *L'identité de la personne humaine*, Toulouse-1-Capitole, 2003, 490 p. ; EVAÏN (S.), *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, Cergy-Pontoise, 1999, 430 p. ; MAHABIR (L.-A.), *L'identité personnelle et les réseaux sociaux*, Paul-Cézanne Aix-Marseille, 2014, 745 p. ; AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne le 1er octobre 2009, L'Harmattan, 2013, 498 p. ; MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.) (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois presses université, « Droit et sciences économiques », 2015, 284 p. ; MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, « Actes », 2015, 200 p.

⁹¹ LOISEAU (G.), « Identité... finitude ou infinitude », in MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, *op. cit.*, p. 30 : « Il y a peu de concepts juridiques qui soient aussi polysémiques que celui d'identité ».

⁹² MUCCHIELLI (A.), *L'identité*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2013, p. 34 : « Cette conception dynamique de l'identité amène à attirer l'attention des scientifiques sur une erreur trop souvent faite qui limite sérieusement la quête de la définition définitive de l'identité. Il s'agit de l'erreur de l'isolat (par opposition au pluralisme), erreur ainsi nommée car elle souligne les limites de toutes les définitions qui ne prennent pas en compte les interactions de toute identité avec les divers éléments de ses divers contextes d'existence ».

perpétuellement, en réaction aux *stimuli* causés par la rencontre d'autrui⁹³. Elle peut être comparée à un atome : formée de neutrons (facette neutre et objective de l'identité) et protons (facette active et subjective de l'identité) qui s'entremêlent afin de former un noyau mobile et évolutif, à la fois unique et protéiforme. Cette plasticité du noyau est permise par la rencontre d'un environnement, les électrons, qui gravitent autour du noyau et agissent comme des *stimuli* : la sociabilité de la personne⁹⁴. Une telle abstraction, qui se présente sous la forme d'une nébuleuse, ne peut évidemment pas faire l'objet d'une étude exhaustive, pas plus que la personne elle-même ne perçoit nettement les contours de sa propre identité. Dès lors, il convient d'admettre la nature de l'identité ainsi entendue : il s'agit d'un sentiment, que le droit positif peut choisir d'accueillir ou de réfuter⁹⁵.

18. La notion d'identité de la personne en droit français. – Au sein de l'ordre juridique français, l'identité recouvre l'ensemble des éléments permettant de certifier l'identité civile d'une personne. La démarche est alors proche de l'authentification, c'est-à-dire qu'elle vise à établir la présence d'une conformité, d'un identique. Les dispositions législatives et réglementaires l'illustrent par leurs occurrences : carte nationale d'identité⁹⁶, contrôle d'identité⁹⁷, identité d'emprunt⁹⁸, titre d'identité républicain⁹⁹, usurpation d'identité¹⁰⁰. N'aurait été que cela, l'affaire aurait été entendue, mais une autre utilisation complique nettement l'appréhension de la notion juridique d'identité. Il s'agit de l'identité constitutionnelle de la France, découverte dans la jurisprudence constitutionnelle. La mention d'une « règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »¹⁰¹ par le Conseil constitutionnel n'impliquant aucune titularité de droit subjectif ni lien juridique direct avec la personne humaine, nous en ferons l'économie au sein de la présente étude¹⁰². Cette utilisation singulière de la notion d'identité, qui peut se confondre avec la notion voisine de

⁹³ *Ibid.*, p. 39 et s.

⁹⁴ La métaphore de l'atome doit être balisée : à l'inverse du principe de classification atomique, il n'existe pas deux personnes strictement identiques. Il ne s'agit donc pas de dire que la personne est un atome, mais bien que l'identité peut être schématisée dans un format similaire. NOVAES (S.), *Biomédecine et devenir de la personne*, Paris, Seuil, « Esprit », 1991, p. 360 : « chaque homme est plus qu'un atome au sein d'une collection d'autres atomes semblables ; c'est une personne totalement identifiée comme singulière et non interchangeable ».

⁹⁵ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*

⁹⁶ Décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité et relatif aux durées de conservation des dossiers de demande.

⁹⁷ Code de procédure pénale, art. 78-1 et s. ; Code des douanes, art. 67 quater.

⁹⁸ Code de la défense, art. 2371-1.

⁹⁹ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L. 321-3.

¹⁰⁰ Code pénal, art. 226-4-1.

¹⁰¹ CC, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19.

¹⁰² Pour aller plus loin sur le sujet, v. BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 168 p. ; QUESNEL (M.), *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2015, 538 p.

culture¹⁰³, a toutefois le mérite de révéler une proximité avec le second aspect de l'identité, construit par des interactions intersubjectives et donc parfois communautaires.

19. L'émergence du versant subjectif de l'identité. – La conception de droit interne de l'identité est restrictive, et se limite donc à l'aspect formel ressortant de l'état civil. Tel n'est pas le cas en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, puisque la Cour de Strasbourg construit une jurisprudence protectrice du versant subjectif de l'identité – l'identité personnelle – sur le fondement d'une « interprétation dynamique »¹⁰⁴ de l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Bien qu'il soit parfois difficile d'y voir clair¹⁰⁵, une tendance se dégage nettement et revient cycliquement dans les motifs : la vie privée intègre des aspects de développement de la personne jusque dans les aspects sociaux¹⁰⁶. Bien que la Cour interaméricaine des droits de l'Homme n'intègre pas le champ matériel de cette étude, qui se borne aux normes intégrées à l'ordre juridique français, il est possible de relever qu'elle poursuit une tendance similaire, en définissant l'identité comme « l'ensemble des éléments et caractéristiques permettant l'individualisation d'une personne au sein d'une société »¹⁰⁷. Une orientation dans la protection des droits fondamentaux semble se dessiner. Le droit matériel de l'Union européenne et son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne ne font pas mention expresse du concept d'identité. Cela étant dit, un auteur voit dans la jurisprudence luxembourgeoise interprétant le statut de « citoyen de l'Union » la prise en compte « d'une identité personnelle qui est stabilisée dans deux sphères essentielles de la vie : le travail et la vie familiale »¹⁰⁸. Une conception particulière de l'identité pourra donc aussi être envisagée au sein de la jurisprudence de la Cour de justice.

¹⁰³ MONGOIN (D.), « Identité et droit constitutionnel », in MALLEY-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, « Actes », 2015, pp. 169-183. La notion ressortant du débat relatif à « L'identité nationale » – avec comme point d'orgue la création d'un Ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire en 2007 – doit être écartée pour les mêmes raisons.

¹⁰⁴ SUDRE (F.), « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, n° 28, 2001, I 335, pp. 1365-1368.

¹⁰⁵ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2016, 13^e éd., p. 738 : « La démarche de la Cour européenne révèle une grande confusion conceptuelle, où les notions de “développement personnel”, “autonomie personnelle”, “épanouissement personnel” semblent indistinctement employées » ; MARGUENAUD (J.-P.), « La dimension européenne de l'identité », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois presses université, 2015, p. 107 : « la préservation de l'identité est le cauchemar du chercheur en droit de la CEDH ».

¹⁰⁶ Cour EDH, 12 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13710/88, § 29 ; Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98, § 47 : « L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur ».

¹⁰⁷ Cour ADH, 31 août 2011, *Contreras et al. c. El Salvador*, Série C, n° 232, § 162.

¹⁰⁸ AZOULAI (L.), « Le sujet des libertés de circuler », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.) (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2013, p. 408 : « La perte de la capacité d'agir sur un plan transnational, en tant que citoyen européen [...] ne se limite pas à la perte de droits. Ce qui est en cause, c'est la perte d'une identité personnelle qui est stabilisée dans deux sphères essentielles de la vie : le travail et la vie familiale. Voilà ce que la Cour désigne sous le concept indéterminé de “citoyen de l'Union” ». Loïc Azoulai livre ici son analyse de l'arrêt CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, EU:C:2011:124.

20. Définition stipulative du concept d'identité. – Armé de ces éléments de droit positif, qui délimitent plus un contenu qu'ils ne donnent une définition, nous pouvons alors tenter de fournir une définition stipulative du concept d'identité, qui nous permettra de poursuivre cette étude. Au risque d'enfoncer une porte ouverte, nous retiendrons que l'identité est un ensemble de caractéristiques qui se rapportent à une personne, que ces éléments relèvent du formalisme de l'identification civile ou du sentiment d'identité vécue. Cette identification passe, d'une part, par l'*identitas*, c'est-à-dire la mêmeté, l'unité. Ce processus implique nécessairement un autrui, qui se matérialise avant tout par un rapport à l'État, mais également aux autres personnes physiques et morales. Toutefois, on peut aussi – et peut-être surtout – être identifié par soi-même, dans un rapport d'authenticité, de sécurité ontologique. L'identification va donc au-delà de l'*identitas*, et touche à la *persona*, rôle que la personne entend jouer à la fois intimement et socialement. Cela explique la grande confusion qui règne en droit autour de la notion de « personnalité ». Esseulée, elle est alors synonyme d'identité personnelle, donnant à voir l'ouverture de l'intime à la sociabilité. Accolée à « juridique », son sens est alors plus restreint : la sociabilité de la personne est uniquement envisagée sur la « scène » juridique, où les rôles qu'il est possible de jouer sont limités par les droits subjectifs dont le sujet de droit peut se prévaloir.

Ainsi, une définition de l'identité permet de saisir l'importance du concept juridique qui l'intègre principalement, celui de personne humaine.

2. La personne humaine

21. Origine conceptuelle. – Dans l'antiquité, la personne (*prosôpon* en grec) est assimilée au masque de théâtre (*prosôpeion*). La culture latine a hérité de cette confusion entre personne et fonction sur la scène : la *persona*. On ne s'étonne guère, par conséquent, de trouver de nombreuses références à la personnalité – juridique¹⁰⁹ ou non¹¹⁰ – comme masque porté en société, qui finit par ne faire qu'un avec l'individu, bien que ne le recouvrant pas intégralement. Le personnalisme peut être envisagé comme un important mouvement philosophique ayant irrigué le concept de personne tel qu'il est aujourd'hui entendu. Ce courant pourrait, à l'instar de l'existentialisme, être qualifié de philosophie de l'action : la personne est en partie responsable de son accomplissement. Le personnalisme de Mounier, principal pourvoyeur de cette pensée, distingue *l'individu*,

¹⁰⁹ HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, Librairie de la société du recueil générale des lois et arrêts, 1899, pp. 148-149 : « La personnalité juridique est comme un masque appliqué sur un visage, mais qui ne le moulerait pas exactement [...] Or, dans la réalité des choses, les représentations et les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, tumultueuses, bouleversées par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le droit appliqué à un masque immobile » ; GOBERT (M.), « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP G*, 1980, I, p. 2966.

¹¹⁰ DESCARTES (R.), « *Cogitationes privatae* », in *Œuvres*, Vrin, Tome X, 1986, p. 213 : « Au moment de monter sur ce théâtre du monde, où jusqu'ici je n'ai été que spectateur, je m'avance masqué ».

potentiellement aliéné et déterminé par les structures¹¹¹, de la *personne* qui s’accomplit en cheminant continuellement vers elle-même. Cet auteur voit dans la personne « une activité vécue d’autocréation, de communication et d’adhésion, qui se saisit et se connaît dans son acte, comme mouvement de personnalisation »¹¹². Le personnalisme peut s’entendre, en définitive, comme une « recherche méthodique de sa propre cohérence »¹¹³. L’influence du personnalisme aura été telle sur le droit que l’on peut considérer l’existence contemporaine d’un « personnalisme juridique », qui croît parallèlement au concept de dignité¹¹⁴. Réintégré par le personnalisme ou non, le concept de *persona* « a rencontré un succès si éclatant que le mot personne est devenu synonyme d’être humain »¹¹⁵.

22. Un concept juridiquement identifiable. – La rencontre de la personne humaine en droit se produit dans des conditions plus favorables que celle de l’identité. Non que la définition de la première soit plus aisée que celle de la seconde, mais plutôt que le terme de personne humaine connaît de nombreuses occurrences en droit positif, permettant de tenter une découverte de sa fonction. En outre, des recherches d’envergure, dont nous tenterons de retranscrire fidèlement la substance au cours de cette étude, ont déjà permis de percevoir un sens à donner à un tel concept¹¹⁶. Pour en avoir un aperçu, il faut repartir de l’idée selon laquelle le propre du concept est de disposer d’une capacité matricielle qui délimite sa fonction. En l’occurrence, la personne humaine n’est rien de moins que le sujet des droits fondamentaux. Le concept trace alors « les contours d’un sujet de droit non seulement situé mais incarné et finalisé vers l’épanouissement personnel et l’obligation de préservation de soi »¹¹⁷. La souplesse de cette matrice permet d’accompagner voire de générer l’évolution des droits fondamentaux, qui se rapprochent du sujet de droit, dans le sens d’un rapport particulier de la personne à son corps mais aussi à son esprit. La singularité et l’appartenance à la famille humaine sont ainsi ménagées, ce qui n’est pas sans rappeler un concept voisin et nimbant

¹¹¹ MOUNIER (E.), *Le personnalisme*, Paris, PUF, « Quadrige – Grands textes », 2010, p. 39 : « L’individualisme est un système de mœurs, de sentiments, d’idées et d’institutions qui organise l’individu sur ses attitudes d’isolement et de défense ».

¹¹² *Ibid.*, p. 10.

¹¹³ GRELLEY (P.), « Redécouvrir le personnalisme », *Informations sociales*, n° 145, 2008/1, p. 51.

¹¹⁴ TZITZIS (S.), « Personne et personnalisme juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, « Les travaux de l’IFR Mutation des normes juridiques », 2013, p. 29 : « Tout commence par la finitude de l’homme et se termine avec cette finitude. L’homme possède une valeur et une dignité en tant que personne » ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « La notion de personne : tentative de synthèse », *D.* 2017, p. 2046 : « C’est la dignité inhérente à l’être humain qui serait à l’origine de sa reconnaissance comme “personne” ».

¹¹⁵ NEIRINCK (C.), « La personnalité juridique et le corps », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 57. Sur la distinction entre personne juridique, être humain, individu, Homme, humanité... v. BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 146 et s.

¹¹⁶ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, 913 p. ; GIRARD (C.), HENNETTE-VAUCHEZ (S.) (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, « Droit et justice », 2005, 318 p. ; AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L’identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*

¹¹⁷ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 888.

la personne humaine de son aura : la dignité. C'est notamment ce qui ressort du droit pénal, faisant de la personne humaine une valeur sociale protégée¹¹⁸, prohibant les atteintes physiques comme psychiques¹¹⁹, au nom de la personne humaine elle-même, mais également en opposition aux « crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine ». En définitive, la personne humaine peut être perçue comme source et finalité du droit¹²⁰ et, *a fortiori*, des droits fondamentaux¹²¹.

23. Exclusion : personne numérique. – Le dessin des contours de la personne humaine donne lieu à la première exclusion de cette étude : la personne numérique. Parler de personne numérique serait avant tout un contresens, puisqu'il faut voir dans la personne la prise en compte juridique d'un individu qui est à la fois corps et esprit, sur lequel la personnalité juridique est apposée. La transcription numérique d'une identité ne permet en aucun cas de caractériser l'autonomie d'un individu doté de la personnalité juridique, sauf à considérer qu'une intelligence artificielle puisse être qualifiée de personne¹²². Enfin, un tel emploi du concept de personne présente les risques d'une dénaturation, phénomène qui n'épargne pas le discours juridique.

24. Exclusion : enfants à naître et personnes décédées. – La titularité des droits attachés à la personnalité juridique correspond au temps de la vie. La détermination de ce temps est un débat séculaire de la philosophie ainsi qu'un épineux problème juridique¹²³. Nous nous référerons donc à l'état du droit positif, le Code civil fixant les conditions de naissance et de viabilité¹²⁴, et la Cour européenne des droits de l'Homme renvoyant à la marge d'appréciation des États sur ce point¹²⁵.

¹¹⁸ Code pénal, Livre II « Des crimes et délits contre les personnes », Titre II « Des atteintes à la personne humaine ».

¹¹⁹ Code pénal, Livre II, Titre II « Des atteintes à la personne humaine », Chapitre II « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », art. 222-1 à 222-67.

¹²⁰ BOISTEL (A.), *Cours de philosophie du droit professé à la Faculté de droit de Paris. Tome Premier*, Paris, Fontemoing, 1899 p. 72 : « le principe moral qui protège le droit, c'est l'inviolabilité de la personne humaine » ; BOISTEL (A.), *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, Paris, Thorin, 1870, p. 130 : « Nous avons posé le principe du Droit dans l'inviolabilité de la personne humaine » ; ROUBIER (P.) *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. DEROUSSIN (D.), Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005, p. 364 : « La protection de la personne humaine constitue un idéal pour le droit, mais il s'agit de savoir comment protection doit être assurée ».

¹²¹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 883.

¹²² V. sur ce point CANSÉLIER (S.), « Les intelligences non humaines et le droit. Observations à partir de l'intelligence animale et de l'intelligence artificielle », *APD*, 2012, T. 55, pp. 207-229 ; BOUTEILLE-BRIGANT (M.), « Intelligence artificielle et droit : entre tentation d'une personne juridique de troisième type et avènement d'un "transjuridisme" », *LPA*, 27 mars 2018, n° 62, pp. 7-14 ; BENSOUSSAN (A.), « La personne robot », *D.* 2017, pp. 2044-2046.

¹²³ LOISEAU (G.), « Identité... finitude ou infinitude », *op. cit.*, p. 31 : « Il existe des graines d'identité bien avant que naisse l'identité civile et qu'il peut être socialement utile, le cas échéant, de leur reconnaître une certaine juridicité en dehors du service officiel de l'état civil ».

¹²⁴ Code civil, art. 311-4, 725, et 906. On notera, même s'il s'agit d'une considération très accessoire au sein d'un tel débat, que les nombreuses échographies disséminées sur les plateformes numériques ne peuvent ainsi pas être qualifiées de données à caractère personnel attachées à la personne de l'embryon.

¹²⁵ V. notamment Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00, § 82 : « Il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention, qui est "un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles" [...] Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des États contractants, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat [...], et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie » ; § 85 : « la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable

Concernant le devenir des droits sur les données à caractère personnel au moment du décès de la personne, on peut cette fois se reporter explicitement au droit positif. La loi informatique et libertés précise que « les droits ouverts [...] s'éteignent au décès de leur titulaire », mais prévoit l'application post-mortem de directives anticipées relatives à l'effacement des données à caractère personnel¹²⁶. Les héritiers peuvent également demander la cessation de tout traitement de données à caractère personnel ayant engagé le défunt¹²⁷, sauf exceptions prévues par la loi¹²⁸. Cela n'en reste pas moins des prérogatives résiduelles qui ne sont plus attachées à la personne, mais à ses ayants droit : « la mort est l'affaire des vivants »¹²⁹. Il n'existe donc pas d'identité numérique de la personne qui irait au-delà du décès¹³⁰ : conceptuellement, l'identité implique une dynamique intérieure, un ressenti et un rapport à la sociabilité ; textuellement, la personne physique dont les données à caractère personnel sont protégées doit être entendue comme la « personne physique vivante »¹³¹.

25. Exclusion : la personne morale. – Malgré la possibilité d'une réflexion sur la titularité de droits fondamentaux attribués aux personnes morales¹³² – qui ne sauraient s'affranchir des droits garantis aux personnes physiques¹³³ –, les normes relatives aux données à caractère personnel excluent expressément ce cas. La loi du 6 janvier 1978 et le règlement du 27 avril 2016 visent la « personne physique identifiée ou identifiable »¹³⁴. En outre, en préambule de ce dernier, le législateur de l'Union a entendu préciser que « le présent règlement ne couvre pas le traitement des données à caractère personnel qui concernent les personnes morales »¹³⁵. Des rapprochements lointains peuvent survenir, comme le cas du nom du dirigeant contenu dans le nom de la société¹³⁶.

ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention ».

¹²⁶ Loi n° 78-17, art. 40, I.

¹²⁷ Loi n° 78-17, art. 40, II et III.

¹²⁸ Loi n° 78-17, art. 41.

¹²⁹ GAILLIARD (A.), *Les fondements du droit des sépultures*, Jean-Moulin-Lyon-III, 2015, p. 289.

¹³⁰ V. par exemple GARANCE (M.) « Données personnelles : gestion de l'identité numérique post-mortem ». *ESI*, n° 420, janvier 2017, pp. 25-27 ; PELLET (C.), « Décès : identité numérique et droit à l'oubli », *LPA*, n° 61, 26 mars 2015, pp. 4-6 ; BENSOUSSAN (A.), *Le droit à la mort virtuelle : plaider pour les droits de l'homme numérique*, Lettre de l'ARCEP, mai-juin-juillet 2009.

¹³¹ G29, avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007, p. 29.

¹³² LOISEAU (G.), « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.*, 27 novembre 2011, n°37, pp. 2558-2564 ; GARCIA (K.), « Les droits fondamentaux des personnes morales », in COLLART DUTILLEUL (F.), DE RIEM (F.) (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, « Colloque & Essais », 2013, pp. 77-88 ; DUPRE DE BOULOIS (X.), « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDLEF* 2011-2012, chroniques, ressource indexée.

¹³³ BIOY (X.), « Le droit à la personnalité juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique, op. cit.*, p. 100 : « Certes, on reconnaît des droits fondamentaux aux personnes morales mais ce n'est que sous réserve que cela serve les droits fondamentaux des personnes physiques ».

¹³⁴ Loi n° 78-17, art. 2 ; règlement (UE) 2016/679, art. 4.

¹³⁵ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, cons. 14.

¹³⁶ CNIL, délibération n° 84-28 du 03 juillet 1984 relative à la mise en œuvre par les mairies d'Arcueil, Gentilly, Ivry-sur-Seine, Villejuif et Vitry-sur-Seine, d'un fichier d'entreprises : « Considérant que si le droit d'accès établi par l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 a un caractère strictement individuel, il convient d'en reconnaître l'exercice aux personnes

Il n'en reste pas moins que c'est alors la personne physique qui est protégée : si le nom de l'entreprise constitue une donnée à caractère personnel, il n'y a pour autant pas lieu d'y voir un rattachement qui ouvrirait droit à réparation à la personne morale.

26. Utilisation du concept au sein de cette étude. – La précaution d'une telle définition préliminaire de la personne humaine n'est pas accessoire. Les implications juridiques liées au concept de personne humaine mettent en lumière son imbrication particulière avec le concept d'identité. Les deux traduisent en effet l'appréhension d'une unité complexe formée d'éléments subjectifs et objectifs interdépendants, d'aspects individuels et collectifs qui, loin de s'exclure, s'interpénètrent. L'identité, concept plus évanescent, « constitue donc l'ancrage même de la notion de personne »¹³⁷. En conservant cette symbiose, nous souhaitons faire apparaître la spécificité du concept d'identité numérique, traduisant une représentation sociale accrue de la personne et, dans le même temps, un affaiblissement de l'autonomie du sujet.

§ 2 – Le concept d'identité numérique

L'identité numérique étant un objet en apparition, son utilisation dans les différents discours doit être étudiée (A.). Choisisant de nous émanciper de ces approches, la nécessité d'une modélisation du concept (B.) s'impose afin d'en venir à une définition proprement stipulative (C.), qui permettra de former notre hypothèse de départ.

A. Apparition du concept

27. Utilisation originelle. – La première utilisation du concept d'identité numérique est une extension de la méthode rationnelle de l'identité d'objet, la théorie scolastique des espèces d'identité¹³⁸. Ainsi, l'identité numérique serait la description objective d'une chose ou d'une personne, le terme de numérique ayant pour fonction de renvoyer à la quantification possible de l'objet par un démantèlement rigoureux. À cette identité numérique se trouverait accolée une identité qualitative, qui traduit l'accueil d'une subjectivité représentée par la singularité de l'objet. Le mythe du bateau de Thésée éclaire cette distinction, tout en rappelant les difficultés de persistance de l'identité dans le temps et l'espace. Au sein du mythe, la question se pose en effet de savoir si les planches désassemblées du bateau de Thésée et réassemblées dans un autre port peuvent être qualifiées de « bateau de Thésée » (identité numérique), alors que le squelette du

physiques, représentant légaux des entreprises, dès lors que le nom de ces personnes figure dans le fichier en tant que dirigeant, actionnaire ou associé ».

¹³⁷ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. 528.

¹³⁸ DESCOMBES (V.), *Les embarras de l'identité*, Paris, Gallimard, « Essais », 2013, p. 90.

premier navire sert de fondement à une reconstitution exacte à l'aide de nouvelles pièces (identité qualitative)¹³⁹. Il est tout à fait perceptible que ce raisonnement peut être appliqué au sentiment d'identité de la personne¹⁴⁰, reposant sur une unité diachronique – même qualité dans le temps – et synchronique – même constitution dans l'espace¹⁴¹. En outre, une telle utilisation permet d'envisager le caractère réductionniste pour la personne humaine d'une aspiration de l'identité qualitative par l'identité numérique.

28. Dans le discours doctrinal contemporain. – L'utilisation croissante de l'utilisation de l'expression « identité numérique » est selon nous véhiculée par deux mouvements. Le premier de ces mouvements est le mimétisme terminologique, qui consiste à reprendre des expressions couramment employées, et dont les mots semblent constituer de nouveaux outils d'exploration d'un champ matériel. La présence de ce mimétisme ressort de l'absence de définition du vocable employé et, bien souvent, de la précaution prise dans l'emploi de termes abrités par des guillemets. Enfin, malgré une utilisation récurrente des termes, les auteurs concluent généralement leurs analyses par une invitation à la définition¹⁴². Cette approche ne doit pas selon nous être stigmatisée, car elle présente le caractère de l'honnêteté scientifique et incite à la réflexion sur un objet. Il nous semble que la recherche est aussi faite de tentatives ne pouvant être discutées qu'après avoir été préalablement exposées. Le second mouvement se présente sous la forme de tentatives franches de définition de l'identité numérique. Ces définitions, loin d'être univoques, démontrent la complexité de l'objet et participent toutes à le faire émerger. Elles seront discutées au cours de cette étude – puisque nous souhaitons contribuer à l'enrichissement de l'objet – mais une brève présentation s'impose ici. Pour de nombreux auteurs, l'identité numérique est formée des données à caractère personnel disséminées par les personnes¹⁴³. On perçoit l'enjeu d'un tel positionnement,

¹³⁹ Pour aller plus loin sur l'étude de cette expérience philosophique, v. FERRET (S.), *Le bateau de Thésée, Le problème de l'identité à travers le temps*, Paris, Éd. Minuits, « Paradoxe », 151 p. ; ALLIX (L.), « Espace, temps, objet et causalité : thèmes et variations », *Philosophia Scientia*, octobre 2011, pp. 35-46.

¹⁴⁰ RICOEUR (P.), *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, p. 144 : « J'entends ici par caractère l'ensemble des marques distinctives qui permettent de réidentifier un individu humain comme le même. Par les traits descriptifs que l'on va dire, il cumule l'identité numérique et qualitative, la continuité ininterrompue et la permanence dans le temps. C'est par là qu'il désigne de façon emblématique la même de la personne ».

¹⁴¹ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁴² PEYROU (S.), « La protection des données à caractère personnel au sein de l'UE : des enjeux économiques et sécuritaires encadrés par le législateur sous le contrôle du juge », *RDP*, janvier 2016, n° 1, p. 58 ; SAENKO (L.), « Le nouveau délit d'usurpation d'identité numérique », *RLDI*, n° 72, 2011, p. 63 ; DESGENS-PASANAU (G.), FREYSSINET (E.), *L'identité à l'ère numérique*, Paris, Dalloz, 2009, « Presaje », p. 115 ; MOURON (P.), « Internet et identité virtuelle des personnes », in PINI (J.) (dir.) *Identité(s)*, Actes de colloque, Aix-Marseille, PUAM, 2010, p. 33 (le numéro de page renvoie à la version mise à disposition en ligne) ; pour un rejet catégorique du concept, v. FOREST (D.), « L'identité numérique : un concept introuvable », *ESI*, avril 2011, n° 357, p. 135.

¹⁴³ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 71 : « On peut se demander si, actuellement, les personnes ne sont pas en passe d'acquiescer, superposée à leur identité sociale, une identité numérique composée des données à caractère personnel qu'elles disséminent sur Internet » ; ITEANU (O.), *L'identité numérique en question*, Paris, Eyrolles, 2008, 166 p.

qui oriente la définition vers un rationalisme contractuel et une importante capacité à l'autodétermination¹⁴⁴. Pour d'autres, la dissémination des éléments de l'identité numérique s'enracine également dans des procédés de collecte légitimés par d'autres motifs que le consentement. Dès lors, l'identité numérique est formée de l'ensemble des données à caractère personnel d'une personne. Le dispositif de traitement qui en est à l'origine et le type de données visées sont indifférents¹⁴⁵.

Ces positionnements ne peuvent être ignorés et irrigueront notre étude. Néanmoins, nous tenterons de proposer un nouvel éclairage de l'objet. L'identité numérique ne rencontrant aucune occurrence en droit positif, il faut en proposer une définition stipulative, qui doit être précédée d'une modélisation, c'est-à-dire une délimitation de la nature de l'identité numérique en droit.

B. Modélisation du concept

29. L'identité numérique est un concept. – L'acception que nous donnons au terme de concept juridique doit être fixée ici. La définition du concept s'éclaire par sa fonction, qui est de donner forme à une idée préconçue pouvant servir de matrice à d'autres objets idéels, et notamment pour les juristes à des notions opérationnelles concourant à la qualification juridique. Le concept est donc un moule. Comme l'indique sa racine latine, *conceptus*, il s'agit d'un outil de création¹⁴⁶. L'éclaircissement du terme de « concept juridique » peut se faire à travers la comparaison à celui de « notion juridique »¹⁴⁷. Pour le juriste comme pour le philosophe, le concept est une abstraction qui préexiste dans le champ du pensable¹⁴⁸. Il est une idée *a priori*, un outil mobilisable à des fins de

¹⁴⁴ Traduite en droit par le volontarisme contractuel, l'idée philosophique d'une rationalité instrumentale se résume dans la formule bien connue de Fouillé : « Qui dit contractuel, dit juste ». Juridiquement, la liberté contractuelle est exprimée aux articles 1102 et 1103 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi » (1102) ; « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (1103).

¹⁴⁵ DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, pp. 247-258 ; BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, op. cit. pp. 559-560 ; BARDIN (M.), « L'identité numérique et le droit : esquisse d'une conciliation difficile », *Hermès*, 2018/1, n° 80, p. 285 : « le droit n'appréhende que la donnée la plus concrète : l'identité personnelle éventuellement prolongée par une identité numérique. Dès lors, il s'agit bien de préserver toutes les données personnelles qui peuvent mettre en lien les deux identités » ; MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, op. cit., p. 115 : « Ainsi les données personnelles peuvent-elles être collectées et "éclatées" dans différents fichiers, dont les finalités sont parfois variées, parfois sans le consentement de leur titulaire ».

¹⁴⁶ DROSS (W.), « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ*, Numéro spécial, 2012, p. 2230 : « Au sens corporel, la conception est la génération, dans la matrice maternelle, d'une nouvelle forme : l'enfant est conçu en ce sens qu'il est enfermé dans l'utérus et qu'il y prend sa forme. Si l'on quitte la maternité – qui est moins une simple métaphore que le lieu même où se découvre le sens du "concept" –, le concept est le résultat d'une opération de l'esprit qui consiste à nourrir pour donner forme ».

¹⁴⁷ V. en priorité TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques n° 31 », 2009, 166 p.

¹⁴⁸ DELEUZE (G.), GUATTARI (F.), *Qu'est-ce que la philosophie ?* Paris, Éd. de Minuit, 1991, p. 118 : « Gardant l'infini, la philosophie donne une consistance au virtuel par concepts ; renonçant à l'infini, la science donne au virtuel une

modulation des idées. La notion juridique est moins abstraite. Si elle peut également être un outil *a priori*, elle n'existe pas seulement dans le champ du pensable¹⁴⁹. La notion est un outil, qui permet de nommer juridiquement un objet et de procéder à l'opération de qualification¹⁵⁰. Admettre que notre recherche porte sur l'identification d'un concept lève déjà le voile sur la portée de cette étude juridique.

30. L'identité numérique n'est pas un droit. – Le concept peut être inscrit dans le droit positif, mais il n'est pas générateur de droits subjectifs. Il peut participer à l'encadrement des règles de droit, c'est-à-dire le droit objectif, sans pour autant se traduire en lui-même par un droit subjectif à l'intitulé identique. Les exemples d'inscription de concepts au fronton de l'ordre juridique sont nombreux : personne humaine, dignité, droits de la personnalité. Leur justiciabilité est assurée par des faisceaux de droits subjectifs : protection contre les agressions, contre le harcèlement, contre les discriminations, etc. L'identité numérique, en tant que concept, n'est donc pas un droit, pas plus que la personne humaine n'en est un. À titre liminaire, il est possible de rappeler que la protection de l'identité n'est pas, en droit français, une prérogative dont le sujet de droit peut se prévaloir, tant en droit public¹⁵¹ qu'en droit privé¹⁵². Cela n'est pas nécessairement un mal, dans la mesure où l'effectivité d'un droit subjectif est conditionnée par la clarté et l'intelligibilité de son fondement normatif¹⁵³. L'identité est trop complexe pour être protégée autrement que par un vaste faisceau de droits. Cela ne rend pas sa protection moins intéressante, et au contraire justifie son étude.

31. Le choix d'une définition stipulative. – Deux types de définitions peuvent servir de fondement à une étude juridique. La définition descriptive expose la signification de termes dont l'usage est déjà constaté. La recherche d'une telle définition juridique porte alors sur l'ensemble des sources du droit : textes de droit positif, coutume, jurisprudence et, dans une certaine mesure, la doctrine. En l'espèce, deux difficultés majeures s'opposent à une telle démarche. La première difficulté que pose une définition descriptive de l'identité numérique est majeure, puisqu'elle réside dans l'absence d'utilisation du concept au sein du droit positif. La seconde est que l'utilisation de

référence qui l'actualise, par fonctions. La philosophie procède avec un plan d'immanence ou de consistance ; la science, avec un plan de référence ».

¹⁴⁹ Pour aller plus loin, v. BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogation sur l'intérêt d'une distinction... », in TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, Études juridiques n° 31, 2009, pp. 21-53.

¹⁵⁰ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. COSTA (J.-P.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « LMD », 2016, 4^{ème} éd., p. 107 : « Le travail de la doctrine, lorsqu'il s'agit de dégager une notion, consiste traditionnellement en une opération d'induction qui examine le régime associé à l'usage d'un terme ».

¹⁵¹ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, janvier 2006, n° 65, pp. 73-95.

¹⁵² BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 546 : « Le législateur français ne consacre nulle part le droit sur son identité de façon générale et formelle ».

¹⁵³ Pour un aperçu d'ensemble de la question, v. les deux études annuelles 2006 et 2016 du Conseil d'État : *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude annuelle 2006, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2006, 412 p. ; *Simplification et qualité du droit*, Étude annuelle 2016, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2016, 249 p.

ce concept souffre d'une absence de définition univoque ressortant d'un travail doctrinal d'envergure¹⁵⁴. Dans un excès de rationalisme, on pourrait s'en tenir là et conclure qu'une telle définition n'a aucun intérêt pour la clarté du droit et la bonne administration de la justice. Toutefois, l'emploi régulier par la doctrine d'une abstraction ne faisant pas expressément l'objet d'une norme peut être le signal d'un besoin conceptuel. Ce besoin peut, par ailleurs, être constaté en présence d'un régime juridique confus. La définition stipulative, qui a pour but de créer son propre objet, peut être à même de répondre à ce besoin. Elle constitue une hypothèse de départ, un postulat de travail, que l'observation du droit positif peut rendre pertinente ou surabondante.

C. Définition du concept

32. Identification de l'identité numérique. – L'ensemble des éléments évoqués précédemment aura sans doute déjà indiqué au lecteur la teneur de la définition stipulative que nous souhaitons prendre comme hypothèse de travail. Toutefois, pour pouvoir s'y référer et y renvoyer au besoin, ainsi que par volonté de rigueur scientifique, il faut ici en délimiter le contenu avec autant de précision que possible. Nous choisissons donc de nommer identité numérique **l'ensemble des informations objectives ou subjectives relatives à une personne, numérisées par un procédé informatique, quels que soient l'auteur du traitement, le procédé de collecte, et la destination de la donnée.** L'identité numérique est une projection de l'identité de la personne humaine sur un support informatique¹⁵⁵, qu'elle soit exhaustive ou parcellaire¹⁵⁶.

Nous pouvons désormais illustrer l'intérêt d'une étude de l'objet ainsi défini.

Section 2 – Justification d'une étude de l'identité numérique

33. Du nouveau et de l'ancien. – La multiplication d'enjeux considérables liés aux développements des technologies numériques est le premier élément contextuel à observer (§ 1), afin de comprendre l'influence qu'ils exercent sur et la consolidation de tensions juridiques préexistantes (§ 2).

¹⁵⁴ Les intéressantes définitions brièvement exposées précédemment ne rendent pas encore compte, selon nous, de la dimension fondamentale d'un encadrement de l'identité numérique.

¹⁵⁵ SABBAAH (J.), « L'appréhension de l'identité sur Internet », *RLDI*, février 2014, n° 101, p. 99 : « L'identité est propulsée sur la Toile *via* différentes données communiquées volontairement ou non par l'utilisateur ».

¹⁵⁶ BARDIN (M.), « L'identité numérique et le droit : esquisse d'une conciliation difficile », *op. cit.*, p. 286 : « L'identité numérique n'est qu'une projection, plus ou moins exacte, de l'identité personnelle ».

34. Mise en réseau du monde. – Le préalable indispensable à une étude – même brève – du développement technique est l'examen d'une rupture de la temporalité (A.). Une fois cet emballement technique constaté, l'observation de la frénésie économique qui entoure l'exploitation des données personnelles permet d'identifier un contexte semant le terreau fertile d'une perte de contrôle de la personne sur ses données (B.).

A. L'accélération du temps technique

35. Le postulat d'une technique en exponentielle. – Le théorème de Moore pose le principe l'accroissement continu et accéléré des capacités des ordinateurs, entraînant avec lui les caractéristiques de l'ensemble des terminaux électroniques et, à terme, le progrès scientifique dans sa globalité¹⁵⁷. Il faut alors cesser d'envisager le temps du progrès technique comme une croissance linéaire, et le voir comme une exponentielle¹⁵⁸, dont la définition vulgarisée est justement l'augmentation continue et en accélération. À chaque nouveau palier, la capacité d'innovation est multipliée par elle-même¹⁵⁹. La mise en réseau généralisée de tous les systèmes d'information par Internet ne fait qu'accroître cette tendance. L'exponentielle devient donc complexe, c'est-à-dire multiple. Les flux de circulation dépassent l'entendement humain : la logique de réseau qui consiste en échanges et interconnexions permanents demande une puissance de calcul considérable pour être appréhendée. L'innovation informatique a donc démultiplié les possibilités de toutes les innovations, et les procédés d'analyses informatiques permettent désormais de décrire avec précision chacune de ces innovations, dans le but d'accélérer et optimiser les conditions de création des suivantes. En outre, par sa perpétuelle mouvance et sa nature insaisissable¹⁶⁰, « Internet constitue une véritable implosion de l'espace-temps »¹⁶¹. Si les ingénieurs en informatique ont assez

¹⁵⁷ MOORE (G. E.), "Cramming more components onto integrated circuits", *Electronics*, vol. 38, n° 8, 19 avril 1965, 4 p., ressource indexée.

¹⁵⁸ Une définition plus rigoureuse est ainsi « dont la variable est également l'exposant ». L'exemple caractéristique, souvent présenté sous la forme de problème aux élèves du secondaire, est celui de la feuille de papier de 0,1 millimètre d'épaisseur qui, repliée (seulement) 42 fois sur elle-même, dispose d'une épaisseur égale à la distance entre la Terre et la Lune, soit 384 403 km.

¹⁵⁹ Cela n'est pas sans rappeler, *mutatis mutandis*, la théorie de l'innovation exposée par Joseph Schumpeter. Selon lui, l'innovation ne fonctionne pas de façon isolée, mais par grappes dont une nouvelle technique est le point de départ. V. SCHUMPETER (J. A.), *Théorie de l'évolution économique. Recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 1999, réimpression de la 2^e éd. de 1935, p. 96.

¹⁶⁰ CARPENTER (B.), *Architectural Principles of the Internet*, Genève, CERN, Juin 1996, 8 p., ressource indexée : "The principle of constant change is perhaps the only principle of the Internet that should survive indefinitely".

¹⁶¹ BENYEKHFLEF (K.), « L'Internet, un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica*, n° 8, 2002, p. 8.

tôt identifié le phénomène¹⁶², il a plus tardivement pénétré le discours doctrinal¹⁶³. Il est aujourd'hui mentionné dans la jurisprudence¹⁶⁴, ainsi que dans le préambule du RGPD¹⁶⁵.

L'intensification du développement des technologies de collecte de l'information et de communication a pu donner lieu, à la faveur de circonstances favorables, à un emballement de l'économie reposant sur l'exploitation des données à caractère personnel.

B. L'emballlement de l'économie numérique

36. Une création de valeurs singulières. – La création de richesses reposant sur l'exploitation des données numériques est stupéfiante. Une avalanche de chiffres exclus du domaine de la représentation mentale et de superlatifs – devenus triviaux – n'aiderait pas à en rendre compte¹⁶⁶. En outre, le lecteur n'aura probablement pas échappé au flux permanent de discours politiques et journalistiques relatant la valeur des données à caractère personnel, voire leur nature juridique¹⁶⁷. Nous nous bornerons donc ici à une contextualisation générale, à quelques statistiques donnant un ordre de grandeur, et à des renvois vers des études plus approfondies – notamment économiques – ayant pour objet la valeur générée par l'exploitation des données à caractère personnel¹⁶⁸. Ainsi, deux phénomènes doivent être évoqués successivement. La nouvelle occupation de l'espace

¹⁶² LESSIG (L.), *Code: and others laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 2000, p. 83 et s. ; KURZWEIL (R.), *The Law of Accelerating Returns*, 2001, ressource indexée.

¹⁶³ V. par exemple BARRAUD (B.), « Internet et temps du droit », *RLDI*, février 2016, n° 123, p. 41 ; POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *LEGICOM*, janvier 2009, n° 42, p. 56 ; ZABALZA (A.), « Introduction », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, op. cit., p. 6.

¹⁶⁴ CJUE, GC, 25 novembre 2011, *eDate Advertising e. a.*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, EU:C:2011:685, pt 45 : « la mise en ligne de contenus sur un site Internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle » ; Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, nos 30562/04 et 30566/04, § 71 : « De fait, compte tenu du rythme élevé auquel se succèdent les innovations dans le domaine de la génétique et des technologies de l'information, la Cour ne peut écarter la possibilité que les aspects de la vie privée se rattachant aux informations génétiques fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles, que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision ».

¹⁶⁵ Règlement (UE) 2016/679, cons. 6 : « L'évolution rapide des technologies et la mondialisation ont créé de nouveaux enjeux pour la protection des données à caractère personnel. L'ampleur de la collecte et du partage de données à caractère personnel a augmenté de manière importante ».

¹⁶⁶ Guy Braibant, dans son rapport au Premier ministre, l'admettait déjà dès 1998. BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 1998, p. 12 : « La quantité d'informations recueillies sur chaque individu, le nombre de traitements dont elles sont susceptibles de faire l'objet, dépassent ce qu'il est susceptible d'appréhender ».

¹⁶⁷ La question d'un droit de propriété sur les données à caractère personnel, notamment, est devenue récurrente dans la presse non spécialisée. Parmi quelques exemples, v. LEGER (L.) (dir.), *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, Rapport public du Think Tank « Génération libre », janvier 2018, 148 p., ressource indexée ; ATTALI (J.), « Être propriétaire de soi », *L'express.fr*, Blog de Jacques Attali, 18 février 2013, ressource indexée ; CHEMLA (L.), « Nous sommes tous des ayants droit », *Mediapart*, Blog de Laurent Chemla, 23 octobre 2013, ressource indexée.

¹⁶⁸ L'honnêteté intellectuelle commande toutefois d'admettre que nous y reviendrons nous-même ponctuellement, à divers moments de l'étude, afin de mettre en relief certaines tensions entre le droit positif et des influences directes.

informatique par les opérateurs privés (1.) a rendu possible, dans une large mesure, le développement exponentiel de l'économie numérique (2.).

1. Le retrait de l'État par rapport à l'économie numérique

37. Le ménagement d'un espace de liberté par les autorités publiques. – En raison du paradigme de l'économie sociale de marché inhérent aux sociétés européennes contemporaines¹⁶⁹, la mise en retrait des acteurs économiques institutionnels au profit des opérateurs privés n'est pas un phénomène isolé¹⁷⁰. L'intervention étatique se cantonne alors principalement, en matière économique, à une activité de régulation¹⁷¹, dont les autorités administratives indépendantes sont les acteurs privilégiés¹⁷². Cette orientation présente également toutes les garanties de conformité à la constitutionnalisation de l'économie sociale de marché mise en place au sein de l'Union européenne, entendue comme l'inscription des principes afférents à ce modèle économique dans la norme juridique suprême en vue d'en soustraire la détermination aux aléas personnels et politiques¹⁷³. Dans une telle configuration, de nombreuses zones d'activités réservées à l'administration ont progressivement été occupées par des acteurs non institutionnels. La collecte de données à caractère personnel illustre cette tendance. Une rapide genèse doit être retracée afin d'appuyer cette assertion. L'adoption de la loi du 6 janvier 1978¹⁷⁴ a été présentée comme une réaction à la crainte d'un fichage institutionnel et massif de la population, par le truchement du fameux fichier SAFARI¹⁷⁵. Les traitements d'informations nominatives par des acteurs privés

¹⁶⁹ Sur l'économie sociale de marché, v. GOLDSCHMIDT (N.), WOHLGEMUTH (M.), « Social Market Economy: origins, meanings and interpretations », *Constitutional Political Economy*, Septembre 2008, vol. 19, n° 3, pp. 261-276. Sur la constitutionnalisation de ses principes en droit de l'Union, v. PEERS (S.), BARNARD (C.), *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 2^e éd.

¹⁷⁰ HENNEBEL (L.), TIGROUDJA (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 81 : « force est de constater qu'à l'ère de la globalisation économique, l'État s'efface parfois au profit d'autres acteurs privés, tels que les entreprises transnationales » ; COMMAILLE (J.), *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2015, p. 33 : « un monde globalisé [...] où la domination ne saurait plus être exclusivement rapportée, implicitement ou explicitement, au pouvoir de l'État ».

¹⁷¹ CHEVALLIER (J.), « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, n° 111, pp. 473-482 ; COLSON (P.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, Paris, Lextenso Éditions, LGDJ, 4^e éd., 2008, p. 181 : « les manifestations de l'évolution des méthodes d'action publique dans l'économie consistent en un recul des méthodes interventionnistes classiques et des traits les plus exorbitants du droit qui les encadrait ».

¹⁷² AUTIN (J.-L.), « Vers un modèle européen d'AAI ? », in GREMION (C.), FRAISSE (R.) (dir.), *Le service public en recherche : quelle modernisation ?*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 140 : « où une intervention de l'État est à la fois redoutée et souhaitée » ; Étude annuelle 2000 du Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2001, p. 279 : « les AAI apparaissent à la fois comme le symbole du désengagement de l'État, mais aussi comme l'expression de la volonté du même État d'assurer la réalité des garanties ».

¹⁷³ MARTUCCI (F.), « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *RIEJ*, 2017/1, vol. 78, pp. 127-145 ; MONGOUACHON (C.), « L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011/4, pp. 70-78 ; LE TEXIER (T.), « Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernementalité managériale », *Revue de Philosophie Économique*, 2011/2, vol. 12, pp. 53-85.

¹⁷⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978, p. 227.

¹⁷⁵ « Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus ». V. originellement BOUCHER (P.), « Une division de l'informatique est créée à la chancellerie. Safari ou la chasse aux français », *Le Monde*, 21 mars

étaient alors aussi rares qu'encadrés, puisqu'intégralement soumis à une obligation de déclaration préalable à la CNIL¹⁷⁶. Les informations nominatives étaient alors principalement mentionnées à l'état civil, et répondaient à des finalités de police administrative et judiciaire. Il serait néanmoins faux, selon nous, de déclarer que le contexte d'adoption de la loi informatique et libertés était en parfaite adéquation avec l'esprit des rédacteurs, voire du texte en lui-même. En effet, les considérations économiques n'échappaient absolument pas aux débats tenus dans les hémicycles, ce que l'article 1^{er} de la loi nous semble traduire. Les échanges parlementaires rendent compte d'une certaine résignation¹⁷⁷ à l'égard du développement de l'informatique, qui se résume dans les arguments péremptoirs de Jean Foyer, rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale : « La considération fondamentale qui l'inspire est qu'on ne peut interdire purement et simplement l'usage des procédés informatiques. Une telle prohibition ne serait, à coup sûr, pas respectée d'autant que le coût du matériel informatique tend aujourd'hui à décroître et le rendre accessible à un plus grand nombre d'utilisateurs. Il rend par ailleurs [...] des services précieux dont il serait absurde de vouloir se priver »¹⁷⁸. Dans l'exposé des motifs dudit projet de loi, le Garde des Sceaux Jean Lecanuet déclare que « les sciences et techniques de l'information sont l'un des moyens les plus efficaces de la gestion des affaires publiques et privées ainsi que de la recherche scientifique [...] Tous les pays y ont recours, quel que soit leur régime, dès lors qu'ils accèdent à un certain niveau de développement »¹⁷⁹. La première rédaction proposée de l'article 1^{er} – « L'informatique doit se développer dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques »¹⁸⁰ – a finalement été écartée au profit d'une formule plus consensuelle mais non moins catégorique vis-à-vis du développement informatique : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale »¹⁸¹. Ce choix de société¹⁸² –

1974. V., pour un exposé plus récent de la genèse de la loi : DEVEZE (J.), FRAYSSINET (J.), LUCAS (A.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris, PUF, « Thémis droit privé », 2001, nos 62 et s

¹⁷⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (version initiale), art. 16.

¹⁷⁷ Résignation parfois qualifiée de déterminisme technologique. V. ELLUL (J.), *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, « Liberté de l'esprit », 1977, pp. 62 et s., spéc. pp. 68-69 : « Je crois que la raison du système est la croissance technique. D'une part, si l'État augmente de compétences ce n'est pas le résultat de doctrines (interventionnistes, socialistes, etc.) mais bien d'une sorte de nécessité qui vient de la technique elle-même. Tous les domaines de la vie deviennent de plus en plus technicisés, or, au fur et à mesure les actions deviennent plus complexes, s'interpénètrent, (du fait même de l'extrême spécialisation), et sont plus efficaces ».

¹⁷⁸ FOYER (J.), Rapport n° 3125 sur le projet de loi (n° 2516) relatif à l'informatique et aux libertés, sur la proposition de loi (n° 1004) tendant à créer une commission de contrôle des moyens d'informatique afin d'assurer la protection de la vie privée et des libertés individuelles des citoyens et sur la proposition de loi (n° 3092) sur les libertés, les fichiers et l'informatique, Tome I, 4 octobre 1977, p. 13.

¹⁷⁹ LECANUET (J.), *Projet de loi n° 2516 relatif à l'informatique et aux libertés*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 août 1976, annexé au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1977, p. 2.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (nous soulignons).

¹⁸² ATIAS (C.), « L'homme moderne, (in)certain de son identité », *op. cit.*, p. 15 : « Les sciences et techniques sont en elles-mêmes hors de cause. La loi s'est si bien adaptée à leur progrès qu'elle a renoncé à ses objectifs propres pour se soumettre à ceux de la science. La certitude devient légale, comme elle est devenue scientifique ».

ou non-choix – du législateur de s’incliner devant le progrès technique¹⁸³, et particulièrement informatique¹⁸⁴, marque un tournant dans les possibilités d’exploitation privée des informations nominatives, qui deviendront données à caractère personnel près de trois décennies plus tard.

38. Le public dans les pas du privé. – Le pas de côté institutionnel a donc logiquement donné lieu à un emballement économique de l’exploitation des données, galvanisé par la création d’Internet, et plus encore du Web dynamique dit « 2.0 »¹⁸⁵, qui permet la modification de contenu et le partage d’informations quasiment en direct. Certaines entreprises transnationales ont alors assez rapidement dépassé la plupart des États en termes de ressources allouées à la collecte de données, ce qui a permis de meilleures capacités de stockage et des moyens humains plus importants afin de créer des algorithmes performants garantissant un traitement de données le plus rapidement possible et dans les conditions les plus optimales¹⁸⁶. Cette réalité, quelque peu terre à terre, permet notamment de désarmer certains fantasmes nourris à l’égard des capacités des services de renseignement français. Les récentes dispositions législatives ayant entériné les moyens à disposition de ces services ont alimenté un certain catastrophisme¹⁸⁷, notamment à l’égard des « boîtes noires »¹⁸⁸ ayant pour fonction de siphonner l’ensemble des données techniques de connexion à la source, c’est-à-dire chez les fournisseurs d’accès à Internet (FAI). Si des discussions portant sur la démarche retenue et sur le risque d’atteinte aux droits et libertés nous semblent

¹⁸³ OBERDORFF (H.), « Quelle intervention du droit ? », in CERCRID, *Le droit au contact de l’innovation technologique*, Université Jean Monnet-Saint Étienne, 1989, p. 13 : « Chaque grand choix technologique contient aussi un choix de société. Il devrait donc s’opérer au travers d’un choix démocratique et pas seulement être la simple acceptation du fait accompli scientifique ou technique » ; FABERON (J.-Y.), « Choix scientifiques et décision parlementaire », *AJDA*, 1983, p. 514 : « Le responsable politique devant le savant, le scientifique, est tenté d’adopter une attitude analogue à celle qu’avait son prédécesseur plus ou moins lointain devant le chef religieux, considérant sacrilège de ne pas le consulter, et vain de s’opposer à lui. Cette attitude est fondée aujourd’hui sur un postulat d’autorité de la rationalité, mais en revient pourtant à une obéissance irrationnelle à ceux qui savent ».

¹⁸⁴ BRAVO (A.), *La société et l’économie à l’aune de la révolution numérique : enjeux et perspectives des prochaines décennies (2015-2025)*, Rapport du Centre d’analyse stratégiques au Secrétariat d’État à la prospective, à l’évaluation des politiques publiques et au développement de l’économie numérique, Paris, La Documentation française, « Rapports et documents », 2009, quatrième de couverture : « les flux de données numériques sont au XXI^e siècle ce que furent l’électricité ou les chemins de fer pour les siècles précédents : ils irriguent l’ensemble des secteurs de la société, sont garants de sa cohésion, sont vitaux pour son industrie, ses services et son administration ».

¹⁸⁵ FAYON (D.), PUJOLLE (D.), KOSCIUSKO-MORIZET (P.), *Web 2.0 et au-delà. Nouveaux internautes : du surfeur à l’acteur*, Paris, Economica, 2010, 2^e éd., 212 p.

¹⁸⁶ Fin 2017, les cinq géants du numérique Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft (« GAFAM »), employaient à eux seuls plus de 680.000 personnes et allouaient environ 58,2 milliards de dollars en recherche et développement. Source : RICHAUD (N.), « Quels sont les 10 chiffres qui illustrent la puissance des GAFAM ? », *Les Échos Week-End*, 24 novembre 2017, p. 80, ressource indexée.

¹⁸⁷ V. par exemple RIOUFOL (I.), « L’État socialiste gagné par l’autoritarisme », *Le Figaro*, 21 avril 2015.

¹⁸⁸ V. loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (1), créant notamment l’article L. 851-3 du Code de la sécurité intérieure : « Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre et pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, il peut être imposé aux opérateurs et aux personnes mentionnés à l’article L. 851-1 la mise en œuvre sur leurs réseaux de traitements automatisés destinés, en fonction de paramètres précisés dans l’autorisation, à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste » ; MASTOR (W.), « La loi sur le renseignement du 25 juillet 2015. La France, État de surveillance ? », *AJDA*, 2015, n° 36, pp. 2018-2025 ; GOZZI (M.-H.), « *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* À propos de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G*, n° 38, 14 septembre 2015, pp. 1608-1612.

salutaires, la capacité de déploiement d'un tel système est – pour le moment – très incertaine, en raison de capacités humaines et matérielles limitées¹⁸⁹. L'exemple des interceptions à la source des connexions illustre la stratégie adoptée par les autorités publiques en matière de surveillance et de police, c'est-à-dire la récupération de données préalablement traitées pas des opérateurs privés. Outre le cas de l'interception de principe des métadonnées au niveau des FAI, certains fichiers de police sont désormais autorisés à collecter des données à caractère personnel mises en disponibilité, sur des pages sociales publiques, sur les moteurs de recherche, des blogs¹⁹⁰. Le risque d'une privatisation de compétences régaliennes – telles que l'identification d'une population ou la garantie de sécurité – grandit donc à l'aune d'un monopole informationnel des opérateurs privés. La délégation à des entreprises de la sécurité intérieure¹⁹¹ comme extérieure¹⁹², voire de la surveillance des frontières¹⁹³, ayant grandement recours aux données personnelles, est un exemple fort.

39. Le risque d'un déséquilibre croissant. – Dans une société de « consommation de l'information »¹⁹⁴ et dans un contexte de mise en réseau, une importante marge laissée par le droit aux prestataires du numérique peut engendrer différents risques. Le premier est un déséquilibre croissant qui forcerait les autorités publiques à accorder un statut particulier aux prestataires du

¹⁸⁹ Un ingénieur spécialisé en systèmes d'informations avance un coût de fonctionnement de 6 milliards d'euros. V. HEITOR (E.), « Projet "loi renseignement" ou "boîte noire" : irréaliste techniquement », *NBS System*, 14 avril 2015, ressource indexée. À titre de comparaison, le budget total de la Direction générale de la sécurité extérieure en 2016 est de 700 millions d'euros (source : RAFFARIN (J.-P.), *Rapport n° 3524 relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2015*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 25 février 2016, p. 49).

¹⁹⁰ Deux fichiers, qui seront à nouveau évoqués au cours de l'étude, illustrent particulièrement cette possibilité : le fichier d'analyse sérielle AJDRCD (Application judiciaire dédiée à la révélation des crimes et délits en série), créé par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « LOPPSI 2 », et le fichier de centralisation ACCReD (décret n° 2017-1224 du 3 août 2017 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Automatisation de la consultation centralisée de renseignements et de données »).

¹⁹¹ OCQUETEAU (F.), *Polices entre État et marché*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, 205 p. ; ROCHE (J.-J.), *Insécurité publiques, sécurité privée ?*, Paris, Economica, « Collection Défense », 2005, 420 p.

¹⁹² MAKKI (S.), « Privatisation de la sécurité et transformation de la guerre », *Politique étrangère*, 2004/4, pp. 849-861.

¹⁹³ Cela passe tant par les commandes d'analyses des risques à des entreprises privées que par des mesures très pratiques mettant ces dernières à contribution. Sur le premier point, l'entreprise Thales propose par exemple une « expertise dans le domaine de la surveillance des frontières, alliant technologies de captation, transfert et traitement de données et organisation humaine » (v. site de l'entreprise, *thalesgroup.com*, « La surveillance des frontières, un défi complexe », ressource indexée). Sur le second, l'on pense notamment à la mise à contribution des compagnies de aériennes, maritimes ou ferroviaires, ce qu'illustre l'arrêt CJCE, GC, 31 janvier 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-503/03, EU:C:2006:74 relatif à l'obligation que le droit de l'Union fait aux États membres de sanctionner les transporteurs acceptant à leur bord des ressortissants de pays tiers ne remplissant pas les conditions d'entrée sur le territoire de l'Union, ou encore au recours croissant de l'Union européenne aux partenariats avec des acteurs privés du marché du contrôle des frontières (v. SAVARY (A.), « Fonds pour la sécurité intérieure 2014-2020, présentation au nom de la Commission européenne (direction générale des affaires intérieures), disponible sur <https://www.immigration.interieur.gouv.fr>). Pour deux types de visions d'ensemble, v. RODIER (C.), *Xénophobie business*, Paris, La Découverte, 2012, 194 p. et BIGO (D.), « Le "nexus" sécurité, frontière, immigration : programme et diagramme », *Cultures & Conflits*, 2011, n° 84, pp. 7-12.

¹⁹⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, op. cit., p. 7.

numérique, en raison de leur activité prioritaire pour la bonne santé économique de l'État¹⁹⁵. La force de frappe économique alors conférée à des entreprises en situation de quasi-monopole¹⁹⁶ pourrait constituer un formidable levier de négociation¹⁹⁷. L'invitation de dirigeants des entreprises transnationales du numérique aux sommets économiques internationaux¹⁹⁸, leur statut d'interlocuteur privilégié auprès des institutions¹⁹⁹ et particulièrement l'importante présence des lobbies du numérique dans les institutions européennes²⁰⁰ ne font que consolider cette crainte. La puissance des géants du numérique est un considérable défi pour l'État de droit²⁰¹, ce qui ne manque pas d'interroger l'effectivité des normes de droit positif visant la protection des données à caractère personnel²⁰². Bien qu'il soit encore trop tôt pour en observer les effets, le RGPD pourrait rebattre les cartes et permettre une autre redistribution des richesses générées par l'exploitation des données à caractère personnel.

Ce prisme étant exposé, c'est à travers lui que nous invitons désormais le lecteur à observer les chiffres de l'économie numérique.

¹⁹⁵ V. en ce sens Commission européenne, « L'acte pour le marché unique II – Ensemble pour une nouvelle croissance », COM(2012) 573 final : « Dans certaines grandes économies, l'économie de l'internet a concentré 21 % de la croissance du PIB sur la période 2006–2011[...] L'économie numérique a des retombées positives importantes, puisqu'elle améliore la productivité et apporte des solutions nouvelles ».

¹⁹⁶ 95% du marché des données à caractère personnel est géré par les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) américains, les BATX chinois (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi) et les nouveaux NATU (Netflix, AirBnB, Tesla, Uber). Source : SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁹⁷ ROCHFELD (J.), « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », *Revue des contrats*, mars 2014, p. 120 : « Les géants de l'économie, et en particulier les géants de l'économie numérique (les GAFAM), imposent une adaptation du droit à ces situations de superpuissance » ; ITEANU (O.), *Quand le digital défie l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 20-21 : « Certaines entreprises mettent à profit la société en réseau pour s'affranchir des contraintes réglementaires. Plus que l'évasion fiscale, c'est désormais aussi l'évasion juridique ».

¹⁹⁸ Un « e-G8 » a notamment été formé pour fournir un rapport au sommet du G8 de Deauville qui s'est tenu les 26 et 27 mai 2011. Ce « forum » était formé de grands patrons du secteur numérique : Eric Schmidt (Google), Mark Zuckerberg (Facebook), Jack Ma (Alibaba), Jimmy Wales (Wikipédia), Xavier Niel (Free), Jeff Bezos (Amazon), John Donahoe (eBay), Pierre Kosciusko-Morizet (PriceMinister), Alexandre Malsch (Melty), et d'un unique professeur de droit, Lawrence Lessig (Harvard).

¹⁹⁹ Dans le cadre de la fuite avérée de données à caractères personnel au profit de l'entreprise Cambridge Analytica, le PDG de Facebook Mark Zuckerberg a été auditionné par le Sénat américain le 10 avril 2018 pour des soupçons de négligence ayant entraîné à terme une influence sur le vote à l'élection présidentielle des États-Unis. Dans la foulée, il était auditionné au Parlement européenne le 22 mai 2018. Le 23 mai 2018, le Président de la République française conviait les PDG et créateurs de Facebook, Google, Microsoft et Uber à un dîner au Palais de l'Élysée, en marge du salon Vivatech qui se tenait à Paris.

²⁰⁰ CLERGERIE (J.-L.), « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden : promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 89 ; LECHERBONNIER (B.), *Les lobbies à l'assaut de l'Europe*, Paris, Albin Michel, 2007, 183 p.

²⁰¹ BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance de géants de l'Internet*, vol. 2, Actes des journées du 20, 21 et 22 octobre 2015, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2016, 312 p. ; ITEANU (O.), *Quand le digital défie l'État de droit*, *op. cit.* ; BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, *op. cit.*

²⁰² ZOLYNSKI (C.), « Big data et données personnelles : pour une meilleure gestion du risque informationnel », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, *op. cit.*, 2015, p. 146 : « En réalité, il faut bien se rendre compte que la loi *Informatique et libertés* se trouve bien souvent mal respectée et que les cas dans lesquels les fichiers sont non déclarés ou ne répondent pas aux exigences du texte abondent ».

2. La valorisation des données au fondement de l'économie numérique

40. Des chiffres abstraits. – Il faut distinguer, en exposant les chiffres de l'économie numérique, ceux qui relèvent de l'économie numérique au sens global – enrichissements directs comme incidents – et ceux qui ressortent d'une exploitation des données à caractère personnel à des fins d'échantillonnage ou de publicité ciblée. Concernant l'économie numérique globale – qui gravite autour des données mais ne s'y limite pas –, 300 milliards d'euros générés en 2016 sont évoqués, ainsi qu'une prévision de 430²⁰³ ou 1000²⁰⁴ milliards d'euros pour 2020 selon les sources. Au sein de l'Union européenne, la richesse directe produite par l'exploitation des données serait équivalente à 60 milliards d'euros en 2016, et pourrait croître jusqu'à 330 milliards d'euros pour 2020²⁰⁵. En présence d'une telle croissance, il paraît assez logique que la création d'entreprise soit désormais formatée selon les modèles d'exploitation des ressources numériques²⁰⁶. L'ampleur du marché numérique, accrue par sa financiarisation²⁰⁷, n'a plus réellement besoin d'être commentée. Le « *Big Data* » et les « mégadonnées » occupent un espace assez important dans les discours publics, au risque d'amoindrir la pertinence des discussions sur de tels sujets.

Face à l'emballage du temps technique, l'État français a donc réagi en prenant le train en marche, afin de profiter des retombées économiques prévisibles pour un tel marché, tout en tentant de maintenir un seuil de protection des droits et libertés acceptable au sein d'un État de droit. Cela a logiquement généré de multiples tensions juridiques. Cet héritage doit être étudié.

²⁰³ SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, pp. 6-7.

²⁰⁴ ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », *op. cit.*, p. 156.

²⁰⁵ BOSTON CONSULTING GROUP, *The Value of our Digital Identity*, 2012, ressource indexée, p. 3 : « All told, the value created through digital identity can be massive – at a 22% annual growth rate, applying personal data can deliver a € 330 billion annual economic benefit for organizations in Europe by 2020 ».

²⁰⁶ V. pour un exemple récent : SCHIRMER (J.), LEHMANN-ORTEGA (L.), BOURDON (I.), *(Ré)inventez votre business model par le Big Data*, Malakoff, Dunod, 2018, 183 p. ; BABEAU (O.), « Les données ne sont pas le pétrole du XXI^e siècle », *LesÉchos.fr*, 27 décembre 2017 : « il nous appartient de nous saisir de l'opportunité formidable que constitue l'économie des données numériques, ressources infinies et dématérialisées ! Manquer cela, faute de capacité d'innovation ou en nous barricadant derrière de vaines lignes Maginot, serait suicidaire pour notre pays comme pour nos intérêts ».

²⁰⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, *op. cit.*, p. 14 : « Finance et Internet deviennent ainsi frères jumeaux puisqu'ils ont un bien économique en commun : l'information ».

41. Loin des innovations, loin de la visibilité. – Un législateur à la marge du progrès technique, scientifiquement et chronologiquement (A.), justifie partiellement les contradictions de l'ordre juridique qui peuvent se muer en autant de risques pesant sur les droits attachés à la personne humaine (B.).

A. L'essoufflement du temps juridique

42. Des tensions prévisibles. – Mécaniquement, l'emballage du temps technique a mis au jour l'essoufflement du temps juridique qui, malgré ses tentatives d'accélération²⁰⁸, a montré ses limites et pris un retard considérable. Ce retard, générateur de tensions, semblait pourtant prévisible. Assez tôt, les juristes y ont vu les risques d'un écrasement du droit par l'accroissement d'une telle économie. En 1984, Pierre Catala pointait la capacité de l'informatique à faire migrer le trait de la personnalité vers l'information²⁰⁹. En 1992, Jean Carbonnier menait une étude visant à interroger la capacité du droit à maintenir la technique sous sa coupe, de sorte que soit maintenue la primauté des droits des personnes²¹⁰. La CNIL s'inquiétait de la prise de conscience par les entreprises et les administrations de « la valeur marchande des informations qu'elles détiennent sur les personnes »²¹¹. La fin des années 1990 marquait officiellement l'émergence d'un champ capable de bouleverser la façon d'envisager le droit²¹². En 1997, avec les premiers effets de la mise en réseau planétaire, la CNIL relève « la montée en puissance de l'Internet commercial qui stimule abondamment les pratiques d'identification des Internautes, dans le but d'une meilleure connaissance et d'une fidélisation de la clientèle des services en ligne »²¹³. Le Conseil d'État, dans son rapport annuel de 1998 intitulé *Internet et les réseaux numériques*, note d'inquiétants procédés liés à la collecte de données, pouvant « opérer à l'insu des personnes »²¹⁴. En 2001, Jean Frayssinet est l'un des premiers à

²⁰⁸ OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), GERARD (P.) (dir.) et al., *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, « Publications des Facultés Saint-Louis », 2000, 931 p.

²⁰⁹ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chron., p. 97.

²¹⁰ CARBONNIER (J.), *Droit et informatique : l'hermine et la puce*, Paris, Masson, 1992, 256 p.

²¹¹ CNIL, *Rapport d'activité 1989*, n° 10, Paris, La documentation française, 1990, p. 9.

²¹² LEFEBVRE (A.), « Ouverture. Informatique et droit. Vers une subversion de l'ordre juridique ? », in MONTERO (E.) (dir.), « Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs », *Cahiers n° 16 du Centre de recherches informatique et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 18 : « L'informatique, et par suite, le droit, constitue sans doute l'un des points d'impact pour une modification des rapports du droit à la société [...] Paradoxalement, sans bouleverser l'environnement légal du juriste, la diffusion des technologies de l'information pourrait néanmoins avoir une profonde incidence sur le cœur même du droit » ; WEBER (A.), « Droit de l'internet : à la recherche des pierres angulaires », *Expertises*, 1996, p. 273 s. ; VIVANT (M.), « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *JCP G*, 1996, pp. 401 et s. ; TRUDEL (P.) (dir.) et al., *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, Centre de recherche en droit public, 1997, 1296 p.

²¹³ CNIL, *Rapport d'activité 1996*, n° 17, La documentation française, 1997, pp. 90-91.

²¹⁴ Étude annuelle 1998 du Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 1998, p. 27 : « Différents procédés de captation des informations traitées sont possibles : il peut s'agir de logiciels de recherche d'adresses électroniques, qui peuvent même opérer à l'insu des

affirmer sans détour que « les informations relatives aux consommateurs sont devenues un bien précieux, coûteux, recherché, échangé sur un véritable marché nouveau [...] Elles constituent souvent la vraie valeur économique, capitalistique, de nombre d'entreprises et spécialement des créateurs de sites et de portails de l'Internet, des fournisseurs d'accès »²¹⁵. Les tendances se confirment ensuite, voire se renforcent, en raison de l'augmentation des données générées et des innovations permettant leur exploitation, le web dynamique en figure de proue²¹⁶.

43. Inflation normative en saccades. – Le cadre normatif ayant justifié la persistance de ces discours de mise en garde doit être évoqué et surtout daté, afin de mesurer un éventuel décalage séparant la pratique des textes. Si début 1978, la France fut en effet l'un des premiers États au monde à se doter d'une réglementation relative au traitement d'informations nominatives, il faut ajouter que les autorités françaises ont été parmi les dernières à transposer la directive 95/46/CE dans l'ordre juridique. Plus de neuf années après l'adoption du texte communautaire, avec six années de retard sur la date limite de transposition²¹⁷, les lois du 21 juin²¹⁸ et du 6 août 2004²¹⁹ sont venues modifier l'ensemble de la loi du 6 janvier 1978, à l'exception de l'article premier. Douze années plus tard et en anticipation de l'entrée en vigueur du RGPD, le législateur a procédé à une nouvelle refonte de la LIL avec la loi du 7 octobre 2016, baptisée « Pour une République numérique ». Enfin, la loi du 20 juin 2018 a parachevé le calque de la loi informatique et libertés sur le RGPD en modifiant à nouveau l'ensemble des dispositions de la loi, dont certaines renvoient désormais expressément au RGPD lui-même. Cependant, il serait excessif de souligner la lenteur du législateur français, et ce pour deux raisons. La première est que l'Union européenne, en chef d'orchestre de la libre circulation, est désormais seule à dicter le tempo en matière de réglementation relative aux données à caractère personnel, afin « d'éviter que des divergences n'entravent la libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur »²²⁰. Il était donc loisible au législateur de patienter durant les années de discussion et de débats autour du projet de règlement

personnes, destinés à alimenter des bases de données commerciales : des moteurs de recherche tels que "DejaNews" qui indexent l'ensemble des informations figurant dans les "Newsgroups" et permettent ainsi à quiconque d'obtenir l'adresse électronique et l'ensemble des sujets auxquels une personne inscrite dans la base a contribué ».

²¹⁵ FRAYSSINET (J.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et protection des libertés des consommateurs, in PIATTI (M.-C.) (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, PUL, 2001, p. 55.

²¹⁶ MALLET-POUJOL (N.), FRAYSSINET (J.), « Exploitation économique des données personnelles et protection de la vie privée », *LEGICOM*, 2009/2, n° 43, pp. 69 et s.

²¹⁷ Dir. 95/46/CE, art. 32 : « 1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard à l'issue d'une période de trois ans à compter de son adoption ». La France a d'ailleurs fait l'objet d'un recours en manquement : CJCE, 18 janvier 2001, *Commission / France*, aff. C-151/00, EU:C:2001:43.

²¹⁸ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique.

²¹⁹ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²²⁰ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, cons. 13.

général. Deuxièmement, la loi *Informatique et libertés* a, en réalité, été modifiée très régulièrement et par à-coups. Entre 1978 et 2018, la loi du 6 janvier 1978 a été modifiée vingt fois, soit une fois tous les deux ans en moyenne²²¹. Ces deux affirmations qui peuvent sembler contradictoires – le législateur est long à réformer le régime dans son ensemble, le législateur modifie très régulièrement la LIL – illustrent en réalité la cause et la conséquence d'un cadre juridique peu adapté. En effet, si des modifications régulières sont le signe d'une loi qui cherche en permanence à s'aligner sur une pratique trop en avance, elles traduisent aussi le manque d'ambition des modifications, qui se présentent comme des ajustements et non comme une véritable refondation du cadre légal²²².

44. Temps du droit et droit dans les temps. – Ces attermoissements du législateur interrogent le rythme du droit lui-même. Le droit n'est-il pas dans son rôle lorsqu'il est un droit par réaction et non un droit par action²²³ ? Malgré l'accélération des innovations techniques, les normes peuvent-elles se présenter comme « flexibles, construites et évoluant quasiment en temps réel »²²⁴ ? Cela semble hautement improbable, dans la mesure où la visibilité sur l'innovation et les conséquences à long terme sur l'intégrité des personnes ne sont pas mesurables²²⁵, comme en atteste le principe de précaution en droit de l'environnement²²⁶, et comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'exploitation de données à caractère personnel²²⁷. À travers les quarante

²²¹ Par ordre chronologique : loi n° 88-227 du 11 mars 1988 ; loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 ; loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 ; loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 ; loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ; loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ; loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 ; loi n° 2004-801 du 6 août 2004 ; loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 ; loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ; loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 ; ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 ; loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 ; loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 ; ordonnance n° 2015-948 du 31 juillet 2015 ; loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 ; loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 ; loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 ; loi n° 2018-493 du 20 juin 2018.

²²² CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « Anthologie du droit », 2014, p. 158 : « Législative ou monétaire, l'inflation a toujours cette conséquence que la surabondance des signes entraîne leur dévaluation ».

²²³ OST (F.), VAN HOECKE (M.) (dir.) et al., *Temps et droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, « Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit », 1998, 469 p. ; OST (F.), « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 423-449.

²²⁴ ZOLYNSKI (C.), « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources du droit », in BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ (N.), RIFFARD (J.-F.) (dir.), *Les mutations de la norme*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2011, p. 51.

²²⁵ CRUCIS (H.-M.), « Le Parlement face aux sciences et technologies », *AJDA*, 1991, pp. 448-455 ; BARRAUD (B.), « Internet et temps du droit », *op. cit.*, pp. 37-42.

²²⁶ Code de l'environnement, art. L. 110-1, II, 1° : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

²²⁷ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04, § 71 : « la Cour ne peut écarter la possibilité que les aspects de la vie privée se rattachant aux informations génétiques fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles, que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision ».

années d'application de la loi *Informatiques et libertés*, l'essoufflement du législateur a été constaté tant par la doctrine²²⁸ que par les acteurs institutionnels eux-mêmes²²⁹.

Des voix de différentes provenances se sont donc faites entendre pour réclamer une refonte ambitieuse de la loi du 6 janvier 1978, sur des fondements plus concis et nettement clarifiés. Si cela a été possible à une époque, le législateur n'a jamais semblé vouloir dépasser les contradictions juridiques contenues dans la LIL, confirmées par le droit principalement applicable en la matière, celui de l'Union européenne.

B. Un nouveau brouillage des catégories juridiques

45. Affectation des catégories juridiques par les sources externes. – La montée en puissance du droit européen affecte l'ensemble des catégories juridiques, de façon explicite en droit public²³⁰ et plus diffuse en droit privé. Le cadre juridique de la protection des données personnelles illustre bien la réception du droit dérivé de l'Union et de sa définition du consentement, qui s'impose désormais en droit français²³¹. Ce phénomène, qui ne se limite pas au champ de notre étude, est une première explication du brouillage des catégories servant de socle à la protection des droits des personnes. En raison de l'ambivalence de ses finalités, le régime applicable aux données à caractère personnel est une réminiscence du brouillard entourant les droits de la personnalité. Ce mélange des genres ménage un terrain favorable à une confusion personne-chose.

²²⁸ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1998, p. 226 : « Comment éviter, en effet, que la réponse de la loi au défi électronique ne s'élabore dans le désordre, sous forme de réglementations mal coordonnées, minutieuses à l'excès et cependant parcellaires, attelées au progrès scientifique et, comme lui, sans cesse remises en question, oubliées enfin de quelques vérités permanentes auxquelles pourraient s'attacher des règles stables ? » ; « Convient-il que le législateur, par des dispositions de détail, ne cesse de courir derrière la transformation des techniques et de leurs usages, risquant d'accentuer ainsi le retard pris par le droit ? Ne devrait-il pas lui revenir d'énoncer des principes généraux valables pour des réalités en constante et rapide évolution et d'élaborer ainsi un droit davantage durable ? » ; DERIEUX (E.), « Loi pour une République numérique. Dispositions relatives à la communication publique. Garanties et limites de la transparence », *RLDI*, novembre 2016, n° 131, p. 46.

²²⁹ PAUL (C.), *Du droit et des libertés sur l'Internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, mai 2000, p. 16 : « Le temps du législateur ou du juge n'est pas et ne peut généralement pas être celui de l'Internet [...] L'internet nécessite de repenser la manière de produire le droit » ; BLOCHE (P.), VERCHERE (P.), *Les droits de l'individu dans la révolution numérique*, Rapport à l'Assemblée nationale, Paris, La Documentation Française, 2011, p. 300 : « La loi est, en effet, mal à l'aise face aux diverses utilisations faites du Web et court le risque de devenir rapidement obsolète » ; Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 144 : « Il est certes important de respecter les exigences du caractère contradictoire de la procédure et de recueillir le point de vue des parties prenantes. Il n'en existe pas moins un hiatus entre ces délais de procédure et la rapidité des évolutions de l'univers numérique » ; *Ibid.*, p. 333 : « Face à l'explosion numérique, le droit s'est déjà beaucoup transformé et il est encore à la recherche d'un point d'équilibre. L'étude montre le décalage entre le rythme des innovations dont le numérique est porteur [...] et le temps d'adaptation du régime juridique des droits fondamentaux ».

²³⁰ AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz-Sirey, « Thèmes et commentaires », 2010, 990 p. ; pour un aperçu, v. AUBY (J.-B.), « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *Informations sociales*, 2013/1, n° 175, pp. 60-68.

²³¹ Règlement (UE) 2016/679, art. 4.

46. Une indépassable contradiction normative. – Une première contradiction peut être trouvée dans les normes, et plus spécifiquement dans les premiers articles des deux principaux textes fixant le régime applicable aux données à caractère personnel. Cette contradiction, qui peut être qualifiée d'inversion des fins et des moyens, ressort en tout premier lieu de l'article 1^{er} du règlement 2016/679, disposant comme suit : « 1. Le présent règlement établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données. 2. Le présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel. 3. *La libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel* »²³². En d'autres termes : le règlement étant réputé respecter un standard fonctionnel de protection des droits et libertés fondamentaux (CDFUE et, dans une certaine mesure, CEDH), la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres ne saurait se voir opposer des normes de protection des libertés et droits fondamentaux exogènes²³³. Certes, le législateur de l'Union, conformément aux traités fondateurs, voit dans la libre circulation le ferment économique et social d'un marché intérieur fonctionnel, lui-même socle d'une protection effective des droits et libertés²³⁴. Ainsi, les évolutions technologiques « requièrent un cadre de protection des données solide et plus cohérent dans l'Union, assorti d'une application rigoureuse des règles, car il importe de susciter la confiance qui permettra à l'économie numérique de se développer dans l'ensemble du marché intérieur »²³⁵. Or, la loi du 6 janvier 1978 procède, au moins dans son article 1^{er}, à une hiérarchisation inverse. Dès la première phrase, la loi proclame la soumission de l'informatique au citoyen. Ensuite, après avoir admis la nécessité du développement informatique dans le cadre d'une coopération internationale, elle soumet ce procédé à un ensemble de droits et valeurs que l'on peut qualifier de fondamentaux : l'informatique « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou

²³² Règlement (UE) 2016/679, art. 1^{er} (nous soulignons).

²³³ Cette articulation est par ailleurs décrite à plusieurs reprises dans le préambule du règlement. V. notamment cons. 13 : « Pour que le marché intérieur fonctionne correctement, il est nécessaire que la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union ne soit ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». En outre, on ne peut guère parler de nouveauté, puisque l'article 1^{er} de la directive 95/46/CE contenait déjà des dispositions similaires.

²³⁴ Traité sur l'Union européenne, art. 3 : « 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples. [...] 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour *le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social*, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. *Elle promeut le progrès scientifique et technique* » (nous soulignons).

²³⁵ Règlement 2016/679, cons. 7.

publiques »²³⁶. La portée symbolique d'un tel article 1^{er} ne fait aucun doute²³⁷, mais sa fonction d'orientation sur l'économie générale de la loi ne peut être ignorée. En définitive, la libre circulation des données à caractère personnel étant une priorité pour la réalisation du marché intérieur et le droit de l'Union primant le droit interne, la libre circulation des données à caractère personnel est une priorité en droit interne²³⁸.

47. D'inéluctables circonvolutions conceptuelles. – L'inversion des fins et des moyens est telle que la question de la nature des données à caractère personnel ne semble se poser ni dans le droit français, ni dans le droit de l'Union. La donnée à caractère personnel est prise comme un objet à part entière, constitué par un *medium* technique – le traitement –, portant création d'un régime autonome : la protection des données à caractère personnel. Si le titulaire de cette protection est indéniablement la personne physique, cette dernière ne bénéficie pas systématiquement de l'habituel faisceau de droits assurant la protection de l'intégrité morale : les droits de la personnalité²³⁹. Alors que le Code pénal y renvoie expressément en matière d'infractions relatives aux traitements de données à caractère personnel, il distingue lesdites infractions de celles constituant des atteintes à la vie privée²⁴⁰, formant habituellement la matrice des droits de la personnalité en droit français²⁴¹. Le croisement de la multiplication des données à caractère personnel et des imprécisions relatives à leur nature génère logiquement une nouvelle « crise d'identité » des droits de la personnalité²⁴². Ces symptômes pathologiques ne sont que la résurgence d'une mise à mal du caractère supposément extrapatrimonial des droits de la personnalité, incessamment discuté depuis leur conceptualisation, il y a plus d'un siècle²⁴³. Une approche

²³⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, al. 1 : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

²³⁷ ROUHETTE (G.), « L'article premier des lois », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, pp. 46-47.

²³⁸ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 225 : « La vénalité de l'information et les lois du marché exercent une pression irrépressible dans le sens de la libre circulation ».

²³⁹ DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, Thèse dactylographiée, Paris II Assas, 1994, p. 37 : « En introduisant la numérotation, on fait pencher la balance du côté de la transparence hiérarchique de la société ; l'équilibre doit être rétabli en institutionnalisant des garanties de l'opacité de la personne : ce sont les droits de la personnalité ».

²⁴⁰ Code pénal, « De l'atteinte à la vie privée », art. 226-1 à 226-7 ; « Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques », art. 226-16 à 226-24.

²⁴¹ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 541-544.

²⁴² HASSLER (T.), « Crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA*, 7 décembre 2004, n° 244, pp. 3-11 ; MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 1477-1483 ; MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, *op. cit.*, pp. 55-70 ; MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », in DREYER (E.), BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.) (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2009, pp. 997-104.

²⁴³ PERREAU (E.-H.), « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909, pp. 501-536 ; GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1924, n° 225, pp. 230-232 ; NERSON (R.), *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1939, p. 134 et s. ; ROUBIER (P.) *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. DEROUSSIN (D.), Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005, n° 44, p. 364 et s. ; KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD*

exégétique ne permettant pas, au premier abord, de saisir la nature de la donnée personnelle – fragment de personne humaine ou bien –, la doctrine a cherché à identifier cette nature en se fondant sur des approches diverses. Raisonner en termes positivistes conduit logiquement à identifier la présence d'un régime *sui generis*, autrement dit autonome des mécanismes habituels de protection²⁴⁴. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne a récemment mis fin à son habituelle réception conjointe des articles 7 et 8 de la CDFUE²⁴⁵ en matière de protection des données à caractère personnel, en rappelant que « l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l'article 7 de celle-ci »²⁴⁶. Cette tendance à l'autonomisation de la protection des données à caractère personnel cohabite avec une démarche contraire. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, le caractère fondamental de la protection des données à caractère personnel participe de la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention²⁴⁷. La recherche d'une équivalence de protection dans l'ordre juridique français pourrait éteindre le débat, en raison de la présence d'une jurisprudence protectrice des données personnelles par le Conseil constitutionnel, qui les rattache à la vie privée²⁴⁸. Les droits fondamentaux sont en premier lieu voués à protéger la personne humaine. Hélas, le caractère fluctuant des motivations du Conseil constitutionnel conduit certains auteurs à renvoyer la question de la nature des données personnelles à la marge et à considérer que la vie privée en elle-même n'est pas adaptée au régime des données à caractère personnel²⁴⁹. Relativement à leur protection,

Civ., 1971, pp. 445-509 ; BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1992, p. 51 ; MARINO (L.), PERRY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, *op. cit.*, pp. 55-70.

²⁴⁴ BOURGEOIS (M.), *Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique*, Paris, LexisNexis, « Droit & professionnels », 2017, p. 3 : « la donnée traverse toutes les branches traditionnelles du droit et a déjà suscité la naissance de corpus de règles propres, véritables dominions qui n'aspirent qu'à davantage d'indépendance. Dès lors, se borner à appréhender la donnée saisie par le droit est insuffisant puisque la donnée a déjà saisi le droit » ; BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 523.

²⁴⁵ Garantissant respectivement la protection du droit au respect de la vie privée (art. 7) et à la protection des données à caractère personnel (art. 8).

²⁴⁶ CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 129.

²⁴⁷ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81 ; Cour EDH, GC, 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. n° 27798/95 ; Cour EDH, GC, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95 ; Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, nos 30562/04 et 30566/04 ; v. récemment Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13, § 136 : « la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention ».

²⁴⁸ CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, cons. 8 ; CC, décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, cons. 47.

²⁴⁹ MAZEAUD (V.), « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *NCCC*, 2015/3, n° 48, p. 9 : L'étude du droit au respect de la vie privée recouvre en effet un large domaine, dont nous excluons cependant la question du traitement des données personnelles – reflet moderne de la personnalité –, qui fait l'objet d'une étude particulière » ; *Ibid.*, p. 13 : « À l'avenir, la jurisprudence pourrait encore fort bien autonomiser certaines des composantes du droit au respect de la vie privée, principalement pour leur conférer un régime propre – on songe par exemple aux données personnelles – et, de manière proche, les rattacher à la “liberté personnelle” » ; OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 465 et s.

on obtient donc deux tendances. D'une part, les dispositions légales et le droit de l'Union marquent lisiblement l'autonomie du droit des données personnelles. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'Homme et, dans une moindre mesure, le Conseil constitutionnel, procèdent à un rattachement substantiel au droit au respect de la vie privée. Dans ces circonstances, il n'est donc guère possible de saisir la nature des données personnelles : elles semblent irrémédiablement porter sur l'identité, mais leur fonction demeure la simple identification²⁵⁰. Dès lors, constatant la commercialité des données à caractère personnel et l'incapacité du législateur comme des juges à dégager une réponse hors de la « ligne de crête »²⁵¹ sur laquelle elles se situent, certains auteurs affirment qu'elles sont assimilées à des biens, voire des marchandises au sens du droit de l'UE²⁵² - possibilité repérée bien des années auparavant²⁵³. D'autres, en accord avec des acteurs de la société civile, réclament une telle assimilation, la jugeant plus protectrice de la personne humaine²⁵⁴.

La présence de telles discussions illustre la menace qui plane sur la personne : la projection des éléments de son identité sur le support numérique.

²⁵⁰ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 561 : « La nature identitaire et la fonction identifiante des données personnelles sont donc à la fois ce qui justifie les prérogatives conférées aux individus mais aussi ce qui les limite ».

²⁵¹ ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur "propriété" », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, *op. cit.*, p. 85 : « Les instances européennes s'arrangent pour avancer sur une ligne de crête, dans un équilibre instable et à la recherche de compromis. Elles passent ainsi sous silence la question cruciale de ce qu'elles entendent prioritairement protéger : la circulation des données pour assurer la pérennité des modèles économiques ou la protection des personnes ? ».

²⁵² LE CLAINCHE (J.), *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, Université Montpellier I, 2008, p. 97 : « la compétence communautaire a été acquise au prix de l'assimilation des données à caractère personnel à des marchandises ce qui constitue une réelle évolution de la philosophie du droit » ; BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 577 : « Il fallait en effet considérer les données personnelles comme des marchandises pour que l'Union européenne puisse intervenir » ; RAYNAUD (J.), « Informatique et données à caractère personnel », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, « Quadrige », 2008, p. 526 : « On ne reviendra pas sur la philosophie animant la directive de 1995, assimilant les données personnelles à des biens » ; DESGENS-PASANAU (G.), « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », in GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « Presaje » 2005, p. 78 : « Les données personnelles sont, tout d'abord, devenues de véritables marchandises : sujettes en 1978 aux seules velléités administratives et policières, c'est aujourd'hui la valeur commerciale des données nominatives qui aiguise l'appétit de nombreuses entreprises ».

²⁵³ TRUCHE (P.) (dir.), *Administration électronique et protection des données personnelles. Livre blanc : rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat*, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 2002, p. 75 : « Alors que la loi dote les individus de droits d'accès, de communication, de rectification et d'opposition sur leurs données qui restent relativement théoriques, la réalité de la société de l'information voit proliférer les collectes et les ventes de données à des fins marchandes, au point que le principal droit sur les données semble parfois être un droit de propriété ».

²⁵⁴ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, *op. cit.*, p. 115 : « La numérisation de l'identité implique un "détachement" des éléments propres à la personne et à la personnalité. Telles des choses, elles peuvent circuler indépendamment de la volonté de leur propriétaire » ; LEGER (L.) (dir.), *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, *op. cit.*, pp. 56-60.

48. La quantification des personnes par l'activité privée. – La conjoncture est donc favorable à l'exploitation commerciale des données à caractère personnel, consistant principalement en une accumulation d'informations formelles, essentielles et techniques se rapportant à l'identité d'une personne au sens large. Le modèle économique numérique repose en grande partie sur la publicité ciblée, qui engage différents acteurs : l'hébergeur qui fournit la plateforme, l'éditeur qui met en place son service, l'annonceur qui cherche à y promouvoir son contenu. Les technologies informatiques ont permis la diversification et le cumul de ces activités pour les professionnels. La plupart des services, même sans rapport *a priori* avec l'économie numérique, impliquent désormais la collecte de données à caractère personnel justifiée par la « connaissance client » (dite CRM)²⁵⁵. Ce motif légitime les traitements de données personnelles poursuivant des finalités identifiées et respectant les droits et libertés protégés dans l'ordre juridique français²⁵⁶. L'accès à la quasi-totalité des services en ligne nécessite une création de compte, ou *a minima* le renseignement d'une adresse courriel. Les programmes de fidélité collectés en magasin sont un autre exemple de données de consommation collectées à la source. Les objectifs des acteurs privés ne sont pas mystérieux – réaliser un profit –, mais les moyens utilisés à cette fin ne semblent pas sans intérêt juridique, comme en témoigne le principe de finalité du traitement²⁵⁷. En effet, la personne est prise pour objet, et son découpage en informations est le moyen permettant de dépeindre un profil de consommateur prévisible²⁵⁸. Dans un tel cas, des possibilités de collecte strictement balisées auraient permis une meilleure appréhension de ces pratiques par le droit, mais auraient en retour ralenti – voire amputé – l'innovation. Différents éléments juridiques illustrent le choix d'un élargissement du champ des collectes possibles : pluralité des motifs de légitimation du traitement²⁵⁹, disparition de l'obligation de déclaration préalable à la CNIL pour les traitements (y compris de données sensibles), définition large du traitement de données²⁶⁰. Paradoxalement, la définition de la « personne identifiable » du règlement du 27 avril 2016 indique l'ampleur des

²⁵⁵ « *Customer Relationship Management* », aussi appelé « *marketing direct* » ou « *one-to-one* » dans le jargon entrepreneurial.

²⁵⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 6 et 7.

²⁵⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 8 ; règlement (UE) 2016/679, art. 25.

²⁵⁸ DESGENS-PASANAU (G.), « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », *op. cit.*, p. 78 : « c'est aujourd'hui la valeur commerciale des données nominatives qui aiguise l'appétit de nombreuses entreprises. Combinée au rôle croissant attribué au capital humain et au progrès technologique, l'émergence d'une économie fondée sur la connaissance du client (CRM) a intensifié la collecte de données à caractère personnel, comme en témoigne, par exemple dans le secteur bancaire, le développement des outils de segmentation comportementale ».

²⁵⁹ Règlement (UE) 2016/679, art. 6 ; loi n° 78-17, art. 7.

²⁶⁰ Règlement (UE) 2016/679, art. 4, 2) : « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction » ; loi n° 78-17, art. 2.

collectes possibles : « est réputée être une “personne physique identifiable” une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu’un nom, un numéro d’identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »²⁶¹. Une notion de « personne identifiable » au champ aussi large apparaît à la fois protectrice (un grand nombre de données étant qualifiées de « personnelles », elles bénéficient d’une protection) et dangereuse (l’ensemble de ces données peut être traité dès lors que cela poursuit des finalités identifiées et que les droits et libertés sont respectés). Ainsi, la charge subjective contenue dans une telle définition met en lumière le fait que les données à caractère personnel ne servent plus seulement à identifier la personne, mais surtout à la connaître²⁶². La pluralité des collectes et la grande diversité des informations prélevées démontrent que comme la nature, la commercialité a horreur du vide²⁶³. Or, l’analyse des choix individuels revient à numériser l’identité personnelle²⁶⁴. Le privé serait-il devenu le principal agresseur du privé, comme cela a pu être affirmé²⁶⁵ ?

49. La gouvernementalité par le public. – Le recensement et l’identification permettent à l’État de « voir »²⁶⁶ une population²⁶⁷. L’identification des individus réunis en une population est un préalable nécessaire à l’action publique dans son ensemble : assurer la sécurité d’une population sur

²⁶¹ Règlement (UE) 2016/679, art. 4, 1).

²⁶² WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, « Cours », 7^{ème} éd., 2013, p. 604 : « La généralisation de l’usage de l’informatique et des moyens de paiement électroniques, la multiplication des possibilités d’enregistrement et de stockage des données constituent pour les libertés une menace grave, dans la mesure où il devient aisé de reconstituer par le menu les activités d’une personne à laquelle on s’intéresse ».

²⁶³ Sur ce point, v. LEMOINE (P.), « L’identité informatisée », in GALLOUEDEC-GENUYS (F.) (dir.), *Les enjeux culturels de l’informatisation*, Paris, La documentation française, « Informatisation et société », 1982, p. 35 : « Chaque papier officiel, chaque carte de crédit, chaque bon de fidélité, chaque pièce d’immatriculation, chaque dossier administratif sont l’occasion d’un nouveau baptême. Personne ne se contente du nom. Pour les uns, rien ne vaut la date et le lieu de naissance ; d’autres en tiennent pour le numéro d’ordre ; certains ne jurent que par les empreintes digitales tandis que d’autres sont pressés d’expérimenter les solutions d’avenir. Au lieu d’être un carcan, l’identité paraît ainsi voler en éclats, laissant un lambeau de nom s’accrocher à chacun de ces rôles partiels dans lesquels nous dit-on, l’homme moderne s’éparpille ».

²⁶⁴ ATIAS (C.), « L’homme moderne, (in)certain de son identité », *op. cit.*, pp. 11-12 : « Aujourd’hui, des numéros sont donnés à tous. Les techniques scientifiques et administratives pourraient bien se saisir de l’identité humaine » ; MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l’identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L’ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, *op. cit.*, p. 124 : « Ces données, inhérentes à toute communication en ligne, reflètent l’identité de ce dernier, ce pourquoi elles intéressent les annonceurs ».

²⁶⁵ DUCLOS (D.), « Avant-propos », in PIATTI (M.-C.) (dir.), *Les libertés individuelles à l’épreuve des NTIC*, *op. cit.*, pp. 8-9 : « Le paradoxe que mettent soudainement en lumière les nouvelles technologies de l’information, c’est que le privé est devenu le principal agresseur du privé ».

²⁶⁶ CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^e éd., p. 64 : « L’État a besoin de voir : sans y voir, comment frapper, comment identifier ? ».

²⁶⁷ NOIRIEL (G.), *L’identification. Génèse d’un travail d’État*, Belin, « Socio-histoires », 2007, 272 p. ; FOUCAULT (M.), *Sécurité, territoire, population : cours au collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 13.

un territoire donné, le maintien de l'ordre public, la garantie de la jouissance des droits et libertés²⁶⁸. Néanmoins, les données permettent de nouveaux procédés d'identification, et plus spécifiquement de contrôle des populations, que l'on peut qualifier de gouvernementalité²⁶⁹. La croissance du nombre de fichiers de police semble suivre la même dynamique que l'économie numérique : 36 en 2006²⁷⁰, 58 en 2009²⁷¹, 80 en 2011²⁷². Or depuis 2012, on ne trouve plus trace d'un communiqué du Ministère de l'Intérieur exposant le nombre de fichiers actifs, ni d'un recensement par la CNIL, qui y procédait pourtant jusqu'alors²⁷³. L'affaiblissement de cette tendance paraît hautement improbable, en raison de la multiplication des lois de renforcement de la sécurité publique²⁷⁴, laquelle répond principalement à la multiplication des tentatives ou infractions qualifiées de terroristes. La tendance à l'interconnexion de fichiers, qui réduit les coûts de collecte et de stockage tout en augmentant la visibilité des autorités sur les personnes, en est un autre indicateur²⁷⁵. Les

²⁶⁸ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, *op. cit.*, p. 548 : « L'identification comporte des ressorts essentiels en psychologie et la nécessité sociale d'identifier les personnes remonte à des temps immémoriaux ».

²⁶⁹ FOUCAULT (M.), *Sécurité, territoire, population : cours au collège de France (1977-1978)*, *op. cit.*, p. 111 : « l'ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques qui permettent d'exercer cette forme bien spécifique, quoique très complexe de pouvoir qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir l'économie politique, pour instrument essentiel les dispositifs de sécurité ».

²⁷⁰ Recensés par BAUER (A.), *Fichiers de police et de gendarmerie : comment améliorer leur contrôle et leur gestion ?*, Institut national des Hautes Études de Sécurité, Observatoire national de la délinquance, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », décembre 2006, 152 p.

²⁷¹ BATHO (D.), BENISTI (J.-A.), *Rapport d'information n° 1548 sur les fichiers de police*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2009, p. 13.

²⁷² CNIL, *Rapport d'activité 2011*, n° 32, Paris, La Documentation française, 2012, p. 70.

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ; création d'un Code de la sécurité intérieure par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure ; loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme ; loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ; loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement ; décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 ; loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs ; loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique ; loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

²⁷⁵ V. par exemple décret n° 2017-1224 du 3 août 2017 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Automatisation de la consultation centralisée de renseignements et de données » (ACCReD), spéc. art. 7 : « Le traitement mentionné à l'article 1^{er} peut procéder à la consultation automatique et, le cas échéant, simultanée des traitements de données à caractère personnel suivants aux seules fins de vérifier si l'identité de la personne concernée y est enregistrée ».

traitements de données à caractère personnel peuvent en effet être perçus comme des possibilités de lutte contre l'insécurité²⁷⁶. La sécurité a pu alors être qualifiée de « demande sociale »²⁷⁷.

50. Risques démocratiques. – La protection de l'identité des personnes répond en premier lieu à une exigence de prise en compte des subjectivités et de l'aspect social de l'existence des sujets de droit. En second lieu, elle poursuit les buts déterminés par le droit objectif, dont la protection de l'autonomie des personnes. Cette dernière est primordiale en ce qu'elle seule permet d'éviter les écueils propres au gouvernement du collectif : appréhension de l'identité personnelle comme outil de segmentation de la population, trop forte hétéronomie génératrice d'aliénation psychique, voire asservissement de l'individu au collectif par la négation de sa singularité²⁷⁸. L'identité étant l'ancrage de la personne humaine et l'autonomie conditionnant le déploiement de l'identité, la protection de l'autonomie n'est pas une contingence au sein de l'ordre juridique : elle en fonde la légitimité. L'évocation de tels risques peut sembler excessive. Il est alors possible, à titre comparatif, de rappeler que ce sont là les mots d'une des plus fameuses décisions du Tribunal fédéral constitutionnel allemand, qui affirmait le 15 décembre 1983 le principe « d'auto-détermination informationnelle »²⁷⁹. Ce n'est pas sans raison qu'une telle décision, fondée sur les articles 1^{er} (dignité) et 2 (liberté) de la loi fondamentale, concernait une loi sur le recensement permettant la collecte de renseignements personnels. De nombreux observateurs, juristes et chercheurs d'autres

²⁷⁶ DETRAIGNE (Y.), ESCOFFIER (A.-M.), *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport n° 441 du Sénat fait au nom de la commission des Lois, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, pp. 17-18 : « En effet, les technologies sont de plus en plus perçues comme de nouvelles possibilités de lutte contre l'insécurité et de nombreuses personnes ne voient pas d'inconvénient majeur à être tracées ou surveillées dès lors qu'elles n'ont rien à se reprocher, ni à cacher ».

²⁷⁷ DEBAETS (E.), *Le droit à la protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, *op. cit.*, p. 9.

²⁷⁸ CNIL, *Rapport d'activité 2017*, Paris, La Documentation Française, 2018, p. 12 : « L'observation d'autres écosystèmes que le nôtre devrait pourtant finir de nous ouvrir les yeux sur le potentiel d'asservissement des individus que recèle le numérique ».

²⁷⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 15 décembre 1983, *Volkszählung*, BVerfGE 65, 1, 42, cons. 93-94. Trad. POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *op. cit.*, p. 54 : « Les possibilités d'inspecter et de gagner en influence ont augmenté à un point jamais atteint auparavant et pourraient influencer le comportement des individus en raison de la pression psychologique exercée par les intérêts publics. Même sous certaines conditions de technologies modernes du traitement de l'information, l'autodétermination individuelle présuppose que l'individu continue à disposer de sa liberté de décider d'agir ou de s'abstenir, et de la possibilité de suivre cette décision en pratique. Si l'individu ne sait pas prévoir avec suffisamment de certitude quelles informations le concernant sont connues du milieu social et à qui celles-ci pourraient être communiquées, sa liberté de faire des projets ou de décider sans être soumis à aucune pression est fortement limitée. Si l'individu ne sait pas si un comportement déviant est remarqué et enregistré de façon permanente en tant qu'information, il essaiera de ne pas attirer l'attention sur un tel comportement. S'il craint que la participation à une assemblée ou à une initiative des citoyens soit officiellement enregistrée et qu'il coure personnellement des risques en raison de cette participation, il renoncera probablement à l'exercice de ses droits. Ceci n'a pas seulement un impact sur ses chances de se développer, le bien-être commun en est aussi affecté car l'autodétermination est une condition élémentaire fonctionnelle dans une société démocratique libre, basée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer [...] le risque de détruire, non seulement nos chances de nous développer mais aussi le bien-être commun, car l'autodétermination est la condition fonctionnelle élémentaire d'une communauté démocratique libre fondée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer ».

disciplines, soulignent les dangers de l'effet « bulle de filtre »²⁸⁰, c'est-à-dire l'enfermement des personnes dans différents groupes socio-économiques, segmentation tirée d'un profilage fondé sur le traitement de données à caractère personnel²⁸¹. Le risque d'un parage humain²⁸² invisible relève *a priori* du fantasme, tout comme les déclarations alarmistes sur la présence d'une société du contrôle surpassant le panoptique²⁸³. Pourtant, l'observation rigoureuse et dépassionnée de la numérisation de la personne humaine conduit à constater, *a minima*, la proximité d'un « seuil critique »²⁸⁴, d'un « moment de choix cruciaux »²⁸⁵, d'une « croisée des chemins »²⁸⁶.

De nouveaux éclairages sont nécessaires, comme en attestent les très nombreuses recherches sur la définition et la nature des données personnelles menées au cours de ces dernières années²⁸⁷. Le contexte et l'ampleur des enjeux ayant été dépeints à grands traits, il est désormais nécessaire de circonscrire l'étude, afin de présenter l'approche qui sera la nôtre.

²⁸⁰ PARISER (E.), *The filter bubble: how the new personalized web is changing what we read and how we think*, New York, Penguin Books, 2012, 294 p.

²⁸¹ LESSIG (L.), *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Oslo, Petter Reinholdsten, 2015, 271 p. ; TABATONI (P.), « L'incorporel comme ressource économique. Propos introductifs », *APD*, 1999, T. 44, p. 152 : « Je pense aussi aux problèmes de protection de la personne dans un monde où une partie croissante de l'information privée sera enregistrée dans des banques de données, plus ou moins difficilement accessibles. La pression commerciale pour utiliser ces informations va s'accroître, d'autant que l'application des méthodes de segmentation de marchés suppose un classement fin des caractéristiques d'achat par type de consommateurs. Il y a déjà des entreprises qui vendent les éléments de cette segmentation ».

²⁸² SLOTERDIJK (P.), *Règles pour le parc humain : une lettre en réponse à la Lettre sur l'humanisme de Heidegger*, Paris, Mille et une nuits, 2000, p. 40 : « la domestication de l'être humain constitue le grand impensé face auquel l'humanisme a détourné les yeux depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours ».

²⁸³ DEVEZE (J.), FRAYSSINET (J.), LUCAS (A.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, p. 21 : « La réalité est que l'individu se retrouve comme au centre d'une toile d'araignée technologique, saisi, décrit, contrôlé, épié, espionné, manipulé, évalué, pour tout ce qu'il fait ou ne fait pas, par des tiers qui souhaitent d'abord satisfaire leurs intérêts, généralement légitimes, dans un rapport de force qui n'est pas *a priori* favorable aux droits et libertés des personnes concernées. Plus que la société de Big Brother c'est celle du panoptique de Jeremy Bentham qui apparaît ».

²⁸⁴ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 11 : « Cette tendance à l'accroissement quantitatif et qualitatif des possibilités techniques de traitement des données personnelles a atteint un seuil critique en termes d'intensité de fichage ».

²⁸⁵ ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaider contre la reconnaissance de leur "propriété" », *op. cit.*, p. 87 : « Nous vivons un moment de choix cruciaux à l'égard desquels il est nécessaire et urgent de se positionner dans quelque pays que l'on vive ».

²⁸⁶ GENTOT (M.), « La protection des données personnelles à la croisée des chemins », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2002, p. 44.

²⁸⁷ Par ordre chronologique : BLANC-GONNET JONASON (P.), *Protection de la vie privée et transparence à l'épreuve de l'informatique : droit français, droit suédois et directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995*, Paris XII, 2000, 497 p. ; LEVALLOIS-BARTH (C.), *La protection européenne des données à caractère personnel et de la vie privée dans le contexte des réseaux et services de communications électroniques*, Rennes I, 2003, 2 volumes ; LESAULNIER (F.), *L'information nominative*, Paris-II-Panthéon-Assas, 2005, 573 p. ; COUDRAY (L.), *La protection des données personnelles dans l'Union européenne : naissance et consécration d'un droit fondamental*, Dudweiler, Éd. Universitaires européennes, 2010, 694 p. ; MAROT (P.-Y.), *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, Nantes, 2007, 666 p. ; LACOSTE (J.-M.), *Pour une pleine et entière reconnaissance du droit à la protection des données à caractère personnel*, Toulouse-I-Capitole, 2008, 512 p. ; LE CLAINCHE (J.), *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.* ; MATTATIA (F.), *La protection des données à caractère personnel face aux usages illicites, déloyaux et frauduleux*, Paris X, 2010 ; EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* *op. cit.* ; OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.* ; DEBAETS (E.), *La protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, *op. cit.* ; ALLIOT (S.), *Essai de qualification de la notion de données à caractère personnel*, *op. cit.*

Section 3 – Circonscription d'une étude de l'identité numérique

51. Comment et jusqu'où ? – La circonscription de l'étude se prépare à l'aide d'outils identifiés, c'est-à-dire une méthode (§ 1). Celle-ci établie, le découpage de l'objet permet la délimitation de la démonstration (§ 2).

§ 1 – Détermination de la méthode

52. Quelle technique sur quel matériau ? – La méthode se dévoile en premier lieu par le choix d'une réflexion sur le discours juridique, c'est-à-dire une approche épistémologique (A.) ; en second lieu, par la désignation du champ matériel juridique de l'étude (B.).

A. Positionnement épistémologique

53. Approche pragmatique : définition et identification. – L'épistémologie, qui permet d'étudier « la façon dont on connaît »²⁸⁸, invite le chercheur à une décision à l'égard de sa discipline. Étudier la mise en discours du droit, son passage au statut de discipline, requiert, comme pour toute autre science, la sélection d'un prisme²⁸⁹. Le choix d'une approche pragmatique nous a semblé s'imposer pour cette étude. Une approche pragmatique du droit se perçoit d'abord comme une posture de suspicion à l'égard d'une conception *a priori* du droit, et de sa représentation sous la forme d'un système autopoïétique²⁹⁰ de normes ou d'un ordre déterminé²⁹¹. En d'autres termes, le droit ne serait pas seulement un texte assurant les conditions de sa propre reproduction, mais également le produit d'un contexte²⁹² : « Le droit *n'est pas fait, mais se fait* »²⁹³. L'approche pragmatique se caractérise par son appréhension de la règle de droit selon plusieurs temporalités : « d'une part, de compréhension et d'interprétation [...] et d'autre part, d'observation des effets qu'elle produit dans le champ social et d'initiatives pour en influencer le cours »²⁹⁴. Cette méthode

²⁸⁸ FOUREZ (G.), LAROCHELLE (M.), *Apprivoiser l'épistémologie*, De Boeck Supérieur, « Perspectives en éducation et formation », 2002, p. 9.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 11 : « la vie intellectuelle – qu'elle soit en sciences ou en philosophie – implique de choisir avec quels yeux on regarde le monde ».

²⁹⁰ OST (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *APD*, 1986, T. 31, pp. 161-162.

²⁹¹ LEWKOWICZ (G.), VAN WAEYENBERGE (A.), « L'École de Bruxelles : origines, méthodes et chantiers », in AZZARIA (G.), GUTWIRTH (S.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique : actes des 4^e et 5^e Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, pp. 363-372.

²⁹² FRYDMAN (B.), « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles », *RIEJ*, 2013/1, vol. 70, p. 92.

²⁹³ DE PAGE (H.), *Droit naturel et positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 40.

²⁹⁴ FRYDMAN (B.), « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles », *op. cit.*, p. 93.

permet donc la coexistence des approches analytiques et conséquentialistes, de l'interprétation et de l'action. La norme, qui reste le point de départ de l'étude, est replacée dans son contexte : elle donne lieu à une étude qui admet sa conception politique (émetteur), logique (contenu du message), et sociale (utilité et conséquence)²⁹⁵. Cet aller-retour, qui caractérise la dialectique, entend tenir compte de la nature relative des prémisses du syllogisme juridique, qui se présentent nécessairement comme des axiomes donnant leurs forces aux normes et à leurs interprétations, mais qui peuvent en réalité prêter à discussion²⁹⁶. On peut ainsi opérer une distinction entre logique et raisonnement juridique, la première relevant d'une opération mathématique généralisable (rationalité), le second présentant des caractères propres au discours juridique (argumentation)²⁹⁷. Il faut enfin, à l'issue de cette brève identification du pragmatisme juridique²⁹⁸, mentionner l'intérêt de la dialectique qui se matérialise par une accumulation d'interprétations²⁹⁹ : il s'agit de faire apparaître – et non de

²⁹⁵ FRYDMAN (B.), *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2011, 3^e éd., p. 615.

²⁹⁶ PERELMAN (C.), *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p. 105.

²⁹⁷ MATTHIEU (M.-L.), *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, « Thémis droit », 2^{ème} éd., 2015, pp. 357 et s.

²⁹⁸ Pour une approche complète, v. FRYDMAN (B.), *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, pp. 589 et s. Bien sûr, une telle approche n'est ni nouvelle ni isolée des autres lectures du droit. En Belgique, et plus précisément avec l'École de Bruxelles, le pragmatisme juridique s'enracine dans la fin du XIX^e siècle et les travaux d'un groupe de professeurs dont le chef de file est Eugène Dupréel (FRYDMAN (B.), « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in FRYDMAN (B.), MEYER (M.), *Chaim Perelman (1912-2012) : de la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, pp. 229-246). Chaim Perelman et d'autres se sont appuyés sur ces travaux pour prendre le « tournant argumentatif » de la « nouvelle rhétorique » (PERELMAN (C.), OLBRECHTS-TYTECA (L.), *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, « Logos. Introduction aux études philosophiques », 1958, 734 p.), qui accorde une place prépondérante au contexte et vise à la réconciliation du droit et de la justice (PERELMAN (C.), *De la justice*, Bruxelles, Office de Publicité, 1945, 83 p.). L'École de Bruxelles est encore aujourd'hui active, ayant fait du « droit global » (BRICTEUX (C.), FRYDMAN (B.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2018, 274 p.) son axe principal de recherche, auquel « la régulation des réseaux globaux de communication et d'Internet » s'est logiquement intégrée (LEWKOWICZ (G.), VAN WAEYENBERGE (A.), « L'École de Bruxelles : origines, méthodes et chantiers », *op. cit.*, pp. 365-366). En France, le début du XX^e siècle a été le théâtre d'un important rapprochement entre la science juridique et les autres disciplines, dont Duguit, Hauriou et Gény ont été les principaux représentants (DUGUIT (L.), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État : conférences*, Paris, Hachette-BNF, 2016, 186 p. ; DUGUIT (L.), *Le pragmatisme juridique*, trad. GILBERT (S.), Paris, La Mémoire du droit, « Bibliothèque Léon Duguit », 2008, 252 p. ; HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, Paris, Larose, 1899, 198 p. ; GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la science juridique*, Paris, L. Tenin, 1921, 522 p.) Cette tendance a subsisté avec Jean Carbonnier et l'idée d'un droit flexible (CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, 493 p.). En 1977 naissait à Lyon le mouvement critique du droit, dont les créateurs souhaitaient rappeler que « le droit est politique » (KALUSZYNSKI (M.), « Sous les pavés, le droit : le mouvement "Critique du droit" ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, 2010/3, n° 76, p. 538) et qu'un positionnement épistémologique est non seulement nécessaire pour le chercheur, mais aussi pour l'enseignant (parmi les créateurs de la collection « Critique du droit » réunis le 19 mars 1977 à l'IEP de Lyon, on peut notamment citer : Antoine Jeammaud, Claude Journès, Jean-Jacques Gleizal, Édith Jaillardon, Michel Miaille, Philippe Hardouin). Ils entendaient refuser le positivisme juridique dominant et revendiquaient « une dimension critique dans l'étude du droit, sur la base d'une analyse matérialiste » (MIAILLE (M.), « Critique du droit », in ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^{ème} éd., p. 131) D'autres mouvements peuvent être rapprochés d'une forme de pragmatisme juridique, comme l'analyse économique du droit (MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2008, 2^e éd., 728 p. ; LANGLAIS (E.), DEFFAINS (B.), *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, « Ouvertures économiques », 2009, 407 p.) et le courant droit et politique (V. notamment la revue *Jus Politicum*, créée en 2009 : « Le droit politique », vol. 1, juin 2009).

²⁹⁹ On mentionnera ici bien sûr une certaine proximité avec la « chaîne de Dworkin ». V. notamment DWORKIN (R.), « La Chaîne du droit », *Droit et société*, vol. 1, n° 1, 1985, pp. 51-79.

proposer – l'idée d'une justice tirée de la rhétorique normative. Ce qui est juste n'est pas inné, ce qui est juste est juridiquement construit et peut être découvert au sein de chaque objet traversé par une approche pragmatique du droit. C'est là l'intérêt d'une philosophie du droit, qui a pour objet « non seulement la question du droit, mais celle du droit juste »³⁰⁰. Une fois encore, il convient de rappeler qu'une étude juridique n'a pas pour objet de proposer un droit « plus juste », ce qui constituerait non seulement une sortie du champ disciplinaire mais également une affirmation stérile et sans portée (pour un juriste comme pour tout autre chercheur)³⁰¹. L'approche pragmatique vise à identifier ce qui est perçu comme juste à un instant donné dans un ordre juridique, objectif qui va du Droit jusqu'aux droits. Il faut ainsi y voir une recherche de cohérence, une « interprétation conciliante entre, d'une part, les textes positifs et, d'autre part, les droits fondamentaux et les principes généraux du droit, eux-mêmes souvent inscrits dans les textes fondamentaux de l'ordre juridique, mais dans lesquels on reconnaît une émanation directe de la raison et de la justice »³⁰². Le droit est une construction humaine, ce qui implique un certain rapport aux valeurs qui participent à l'identification des finalités de ce droit³⁰³.

54. Approche pragmatique : justification. – Pour saisir la complexité d'un objet tel que l'identité numérique, un regard à la fois proche et distant de la norme de droit positif nous semble nécessaire. Ainsi, la présentation du contexte, déjà brièvement esquissée, attirera à nouveau notre attention lorsqu'il s'agira d'envisager la réception normative du concept d'identité numérique. Nous verrons que l'identité numérique ne connaît aucune occurrence en droit positif, et que le droit à la protection des données à caractère personnel – appelé à s'inscrire dans la fundamentalité – se présente de façon désordonnée selon différentes sources, sanctionné par différents juges. Son statut de droit autonome, logiquement attribué, interroge le caractère fondamental d'une telle prérogative, voire la direction prise par les droits fondamentaux dans leur ensemble. Dès lors, une lecture attentive des normes de références et de leur interprétation peut permettre d'envisager les conséquences d'un tel régime. Les temps de cette réflexion justifient le recours à une approche pragmatique, qu'il nous faut brièvement développer dès à présent. Tout d'abord, il convient de

³⁰⁰ HAARSCHER (G.), FRYDMAN (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2010, 3^e éd., p. 9.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 28 : « le philosophe n'a nul droit de vouloir les définir lui-même, au nom de la raison et de la nature. S'il le faisait, il réduirait le débat démocratique à la confrontation sans issue d'opinions inconciliables ».

³⁰² FRYDMAN (B.), *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 679.

³⁰³ SUPIOT (A.), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, « La couleur des idées », 2005, p. 24 : « Le droit n'est ni révélé par Dieu ni découvert par la science, c'est une œuvre pleinement humaine, à laquelle participent ceux qui font profession de l'étudier, et qui ne peuvent l'interpréter sans prendre en considération les valeurs qu'il véhicule » ; COMMAILLE (J.), *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 15 : « les transformations de l'activité juridique ne peuvent se comprendre et ne peuvent être considérées en vue de tenter d'en maîtriser les effets sans que soit effectué un détour par une observation systématique des mutations des sociétés » ; ELLUL (J.), « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *APD*, 1963, T. 8, p. 21 : « Le droit n'est pas la traduction des situations de fait, il n'est pas l'enregistrement de ce qui est. C'est l'intention, le projet de comportement qui caractérise l'activité juridique ».

rappeler que puisque l'identité numérique est constellée de l'ensemble des données à caractère personnel d'une personne, il importe d'étudier à titre principal les normes qui relèvent de leur encadrement. La loi du 6 janvier 1978, la directive 95/46/CE et le règlement (UE) 2016/679 ont été présentés comme des normes de réaction à un contexte particulier. On pourra objecter que c'est le cas de la plupart des normes, mais la particularité de ces textes est d'y faire, parfois, expressément référence³⁰⁴. La loi du 6 janvier 1978 a pu être présentée comme une demande sociale, un besoin collectif né de l'inquiétude du fichage de masse³⁰⁵. En outre, d'autres éléments contextuels ont été identifiés au cours de ce propos introductif : les intérêts des entreprises comme des autorités publiques à une circulation des données à caractère personnel. Les considérations économiques appartiennent, bien sûr, à ces influences. Si la représentation de ces intérêts par les opérateurs économiques est encore assez peu évoquée en France, elle est en revanche institutionnalisée au sein de l'Union européenne. Les groupes d'influences ont, en ce sens, joué un rôle important dans les débats non institutionnels portant sur l'adoption d'un règlement général sur la protection des données³⁰⁶. Viviane Reding, alors Commissaire européenne à la justice, aux droits fondamentaux et à la citoyenneté, avait affirmé que les débats s'étaient déroulés dans le contexte du lobbying le plus intense jamais rencontré³⁰⁷. Cela étant évoqué, il faut évidemment rappeler qu'un raisonnement sur la norme en elle-même est indispensable à toute étude juridique. Le droit ne doit, en effet, pas être dissous dans son contexte. Ainsi, l'apparition d'un droit *sui generis* à la protection des données à caractère personnel pose question : ce faisceau de droits est-il conçu comme tel, ou est-ce l'absence de concordance avec les notions préexistantes qui occasionne ce classement « hors catégorie » ? Si l'effectivité des mécanismes mis en place ne fait guère débat – ils sont capables de produire des effets juridiques –, c'est plutôt leur efficacité qui peut être questionnée – capacité à réaliser les objectifs d'un droit fondamental. En effet, le législateur français comme les institutions de l'Union ne semblent pas avoir pour ambition de protéger l'identité des personnes à travers ce régime qui y fait pourtant maintes fois référence. La liberté laissée au

³⁰⁴ Le règlement (UE) 2016/679 fait référence au « contexte » trente-trois fois, le plus souvent pour caractériser la responsabilité du responsable de traitement : « Compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement. Ces mesures sont réexaminées et actualisées si nécessaire » (art. 24).

³⁰⁵ MATTATIA (F.), *Le droit des données personnelles*, Paris, Eyrolles, 2016, p. 23 ; DESGENS-PASANAU (G.), *La protection des données à caractère personnel*, Paris, LexisNexis, « Carré droit », 2012, p. 4 ; DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, p. 32.

³⁰⁶ TINIERE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2018, p. 195.

³⁰⁷ Propos recueillis par le *Telegraph*, cités par REES (M.), « Europe et données personnelles : le billot des lobbies sur la place publique », *NextInpact*, 13 février 2013, ressource indexée.

responsable de traitement en matière de collecte de données à caractère personnel et une valorisation excessive du consentement de la personne peuvent engendrer un régime particulièrement permissif. En outre, le contexte dans lequel s'insère la norme est celui d'un éclatement normatif résultant de la mise en réseau concrète du monde³⁰⁸. Ces interconnexions et l'accélération continue du temps technique sont des facteurs de perte de visibilité pour les personnes, écrasées par des moyens de collecte de données insoupçonnés et la multiplication de normes techniques. La sauvegarde de l'autonomie des personnes par le recours aux droits fondamentaux n'en apparaît que plus souhaitable. Une vision pragmatique permet ainsi de considérer l'exigence juridique d'institution du sujet de droit, qui traduit une fonction anthropologique du droit³⁰⁹. Nous tenterons de déterminer si l'actuel régime de protection des données personnelles est fixé sur ce cap.

Pour cela, un vaste champ matériel sera mobilisé pour l'étude de l'identité numérique de la personne humaine en droit français.

B. Environnement matériel

55. Détermination géographique. – L'étude d'un éventuel droit fondamental donne lieu à une ouverture matérielle dont la teneur est conditionnée par la définition que l'on retient de la fondamentalité juridique. Nous retiendrons ici le modèle de coexistence des droits fondamentaux français et européens. Bien que l'Europe ne soit pas le lieu d'un consensus portant sur la définition des droits fondamentaux, une tendance à la cohérence, à l'harmonisation ou *a minima*, à une

³⁰⁸ OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2010, 597 p. ; BARRAUD (B.), *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit*, Paris, l'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, 392 p. ; BELLI (L.), *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Paris, Berger-Levrault, « Au fil des études – Les thèses », 2016, p. 133 : « Cette mutation de paradigme [...], qui se fonde sur la participation d'acteurs non institutionnels dans l'élaboration et la mise en œuvre des outils réglementaires, a été favorisée par la diffusion des TIC et notamment par l'Internet ».

³⁰⁹ SUPIOT (A.), *Homo Juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, *op. cit.*, p. 79 : « Un ordre juridique ne remplit sa fonction anthropologique que s'il garantit à tout nouveau venu sur la Terre d'une part la préexistence d'un monde déjà là, qui l'assure sur le long terme de son identité, et d'autre part la possibilité de transformer ce monde et de lui imprimer sa propre marque » ; FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2016, p. 88 : « La fonction anthropologique du droit insiste ainsi sur les enjeux d'humanisation portés par le droit. Celui-ci joue un rôle dans l'institution du sujet et de son humanité, laquelle n'est pas donnée ».

circulation des décisions juridiques, peut être constatée³¹⁰. Afin de se soustraire temporairement aux contraintes d'une définition fluctuante des droits fondamentaux, nous nous rangerons donc derrière celle, réconciliant les approches formelles et matérielles, de Xavier Bioy : « on appellera donc droits fondamentaux, les droits individuels, exercés individuellement, exigibles de tous contre tous et qui révèlent l'équilibre à opérer entre la libre disposition de soi et la nécessaire garantie sociale de l'existence même du sujet individuel »³¹¹. Ainsi, la contribution à l'étude du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel passe d'abord par les manifestations de la fondamentalité au sein de l'ordre juridique français (1.), mais ne saurait faire l'économie d'une sérieuse considération pour le droit européen des droits fondamentaux (2.) qui irrigue l'ordre interne par différents canaux. Cette coexistence crée des rapports internormatifs, qui oscillent entre complémentarité et conflit³¹².

1. Droit interne relatif aux données à caractère personnel

56. La protection constitutionnelle des droits fondamentaux. – Depuis l'obturation de la brèche démocratique de la norme constitutionnelle par la décision Liberté d'association³¹³, le Conseil constitutionnel joue activement son rôle de gardien des droits fondamentaux en droit interne. En outre, le contentieux constitutionnel français a changé de dimension avec l'avènement d'une procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) prévue à l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958³¹⁴, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010³¹⁵. La norme constitutionnelle, de valeur supra-législative, permet ainsi de garantir l'« intérêt primordial de la personne »³¹⁶ en imposant un cadre substantiel aux normes de rang inférieur. Elle est, le cas échéant, sanctionnée à l'occasion d'une procédure *a priori* et ou *a posteriori* devant le Conseil constitutionnel, dont les décisions s'imposent « à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »³¹⁷. Sur le terrain de notre étude, il faut en premier lieu rappeler que le Conseil constitutionnel a connu quelques

³¹⁰ PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° 7, pp. 6-42 ; PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, 709 p. ; BURGORGUE-LARSEN (L.), « Le concept de liberté publique et de droit fondamental », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, *op. cit.*, pp. 389-407 ; WACHSMANN (P.), « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 29 octobre 2004, n° 1-4, pp. 40-49 ; BIOY (X.), « Qu'appelle-t-on droits fondamentaux ? », *Politeia*, décembre 2016, n° 30, pp. 215-226.

³¹¹ BIOY (X.), « Qu'appelle-t-on droits fondamentaux ? », *op. cit.*, p. 226.

³¹² PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, p. 63 et s.

³¹³ CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

³¹⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, art. 29.

³¹⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

³¹⁶ PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, p. 32.

³¹⁷ Constitution du 4 octobre 1958, art. 62.

hésitations à l'égard d'une sanction du droit au respect de la vie privée³¹⁸. Une fois ce fondement solidement assis³¹⁹, la protection des données à caractère personnel sevrée du fondement de la liberté personnelle³²⁰ a pu y être intégrée³²¹. Dans le contexte évoqué plus haut de l'adoption de lois relatives à la prévention des infractions terroristes et à la sécurité intérieure, de nombreuses QPC mettent à l'épreuve la conformité de ces nouvelles dispositions à la norme constitutionnelle³²². Le Conseil ne semble toutefois pas enclin à donner une définition constitutionnelle de la protection de l'identité de la personne entendue comme institution du sujet de droit. L'élargissement de cette protection ne semble guère séduire le juge constitutionnel, qui se borne à sanctionner le volet formel de l'identité³²³, c'est-à-dire l'identité civile³²⁴. Notons qu'afin d'éclairer ce choix propre au juge constitutionnel français, nous aurons parfois recours à des comparaisons avec le droit constitutionnel étranger. La décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand du 15 décembre 1983 sera particulièrement sollicitée du fait de son association du droit à l'autodétermination informationnelle à la protection constitutionnelle de la dignité et de la liberté de la personne³²⁵.

³¹⁸ La première référence non explicite à la vie privée peut se trouver dans la décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules* : FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel et la protection constitutionnelle de la liberté individuelle et de la vie privée. À propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules », *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, T. 1, p. 411 ; FAVOREU (L.), *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, Paris, 2014, p. 945. V. également CC, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 3 : « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ».

³¹⁹ CC, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 45 ; CC, décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 75 ; CC, décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 21.

³²⁰ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 16.

³²¹ CC, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 11.

³²² CC, décision n° 2018-713/714 QPC du 13 juin 2018, *M. Mohamed M. [Mesure administrative d'exploitation des données saisies dans le cadre d'une visite aux fins de prévention du terrorisme]* ; CC, décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]* ; CC, décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, *M. Mikhaïl P. [Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires]* ; CC, décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne]* ; CC, décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]* ; CC, décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres [Accès administratif aux données de connexion]*.

³²³ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.* ; BARDIN (M.), « L'identité numérique et le droit : esquisse d'une conciliation difficile », *op. cit.*, p. 286 : « Par volonté ou incapacité, les pouvoirs publics s'intéressent donc plus spécifiquement aux données personnelles contenues dans l'identité numérique qu'à l'identité numérique elle-même ».

³²⁴ V. notamment CC, décision n° 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]* ; CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*.

³²⁵ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 15 décembre 1983, *Volkszählung*, BVerfGE 65, 1, 42.

57. Normes infra-constitutionnelles de droit interne. – Le juge ordinaire est à la fois juge de droit commun des droits et libertés et juge de la conventionnalité³²⁶, ce qui implique notamment un contrôle de conformité de la norme infra-constitutionnelle à la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi qu'au droit de l'Union. Le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle visée par l'article 66 de la Constitution³²⁷, tranche notamment les litiges sur le fondement des lois garantissant les droits et libertés visés par l'article 34³²⁸. Les droits fondamentaux transcendent ainsi l'ordre juridique et, marquant les finalités de ce dernier, innervent les droits public et privé³²⁹ – *via* les libertés publiques et les libertés civiles –, leur donnant leur vitalité et rendant – pour ce cas – leur séparation purement organique³³⁰. C'est particulièrement le cas de l'identité, qui « en tant que *substratum* de la personne [...] revêt une nature tant privée que publique et poursuit une fonction à la fois individuelle et sociale »³³¹. La vie privée, dont la protection en droit français³³² sert de matrice à la préservation de l'intégrité morale des personnes, sillonne également l'ensemble des pans du droit³³³. Enfin, le régime de protection des données à caractère personnel est prévu par la loi, le juge judiciaire pouvant donc y recourir comme fondement³³⁴. Le droit administratif n'est pas en reste. En effet, la première autorité de sanction de la protection des données à caractère personnel est une autorité administrative indépendante, conformément au droit de l'Union³³⁵ : la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Par conséquent, les délibérations de cette dernière sont susceptibles d'un recours devant le Conseil d'État. En outre, le juge administratif est, depuis la loi

³²⁶ Constitution du 4 octobre 1958, art. 55 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; CC, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* ; Cass. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre et société J. Weigel contre administration française* (73-13.556) ; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

³²⁷ Constitution du 4 octobre 1958, art. 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

³²⁸ *Ibid.*, art. 34 : « La loi fixe les règles concernant [...] les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

³²⁹ BIOY (X.), « Qu'appelle-t-on droits fondamentaux ? », *op. cit.*, p. 216.

³³⁰ Pour aller plus loin sur ce sujet, v. BONNET (B.), DEUMIER (P.) (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, « Actes », 2010, 298 p. ; DRAGO (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *APD*, 1997, T. 41, pp. 135-147 ; DE BECHILLON (D.), « Intérêt public et intérêts privés : méfions-nous des frontières mal pensées », *Les Échos*, 22 mai 2018.

³³¹ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, *op. cit.*, p. 560.

³³² Code civil, art. 9, modifié par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

³³³ V. RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1990, pp. 712 et s. et de manière générale « Chapitre XXII – Un nouveau concept de droit public : la vie privée » pp. 639 et s. ; ROUX (A.), *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1983, 279 p. ; BEIGNIER (B.), « Vie privée et vie publique », *APD*, 1997, T. 41, pp. 163-180.

³³⁴ V. par exemple Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2013 (10-28.397 et 11-11.421) ; Cass. soc., 23 avril 2013 (11-26.099).

³³⁵ CDFUE, art. 8§3 : « Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité administrative indépendante ».

du 30 juin 2000 créant la procédure du référé-liberté³³⁶, un autre gardien privilégié des libertés fondamentales. Il use notamment de cette compétence pour connaître des situations d'urgence relatives à la protection des données à caractère personnel³³⁷.

Ces découvertes, ainsi que les interprétations par les différents juges des normes de protection, sont influencées par le droit européen des droits fondamentaux, qui doit être également étudié.

2. *Droit européen des droits fondamentaux*

58. Le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. – La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales³³⁸ fonde un système de protection des droits fondamentaux unique. Cette norme du Conseil de l'Europe est en effet assortie d'une garantie juridictionnelle toute particulière. Le fabuleux destin du mécanisme de recours individuel, simplifié par différents protocoles, a fait du contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme la « pierre angulaire »³³⁹ de la protection des droits fondamentaux en Europe. D'invocabilité directe, les stipulations conventionnelles s'insèrent dans les contentieux nationaux, et les juges ordinaires – voire constitutionnels³⁴⁰ – les visent expressément. L'entrée en vigueur du protocole n°16³⁴¹, permettant aux Hautes Juridictions de solliciter des avis consultatifs de la Cour européenne sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention et ses protocoles, a consolidé le lien entre les deux paliers de protection (interne et conventionnel)³⁴². Selon Frédéric Sudre, la jurisprudence de la Cour européenne participe à « la construction d'un ordre juridique commun »³⁴³. Au cours de cette étude, nous nous intéresserons particulièrement à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. Terrain privilégié d'une interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'Homme, cet article a vu son champ s'élargir jusqu'à intégrer la protection des données à caractère

³³⁶ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF n° 151 du 1^{er} juillet 2000, p. 9948.

³³⁷ V. par exemple CE, ord. réf., 13 avril 2018, n° 419057.

³³⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe, signée le 4 novembre 1950 à Rome, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, STCE n° 005.

³³⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 13^{ème} éd., 2015, p. 300.

³⁴⁰ CC, décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Il convient de préciser ici qu'il s'agit d'un cas d'école, les uniques autres occurrences étant rencontrées à l'occasion du contentieux électoral.

³⁴¹ Loi n° 2018-237 du 3 avril 2018 autorisant la ratification du protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

³⁴² LARROUTOUROU (T.), « Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *RDP*, mars 2018, n° 2, pp. 475-497 ; RENUCCI (J.-F.), « La ratification par la France du Protocole additionnel n° 16 à la Convention EDH ? », *D.* 2018, n° 16, p. 888.

³⁴³ SUDRE (F.), « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1365.

personnel dans l'arrêt *Leander*³⁴⁴. Le juge strasbourgeois a donné un second souffle à cette protection dans son arrêt *S. et Marper*³⁴⁵, en soulignant les enjeux démocratiques entourant la protection des données³⁴⁶. En outre, le lien entre la protection de l'identité des personnes, leur droit à l'autonomie, et la protection de leurs données à caractère personnel est intégralement tracé³⁴⁷. Dans un récent arrêt *Satakunnan*³⁴⁸, la Cour a expressément nommé le concept fédérateur de la protection du sujet de droit dans les différents aspects de sa vie sociale menée sur les supports numériques : l'autodétermination informationnelle³⁴⁹. Le concept, encore limité à des cas spécifiques en raison de ses faibles occurrences – deux arrêts –, présente d'intéressantes perspectives. Le droit de la Convention est donc un laboratoire privilégié pour observer l'émergence d'une protection de l'identité des personnes dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement potentiellement attentatoire au droit au respect de la vie privée.

59. Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. – L'existence d'une protection normative des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne est aujourd'hui avérée. La protection des droits fondamentaux n'étant pas inscrite dans les traités constitutifs des communautés, il aura fallu patienter le temps de leur découverte par la Cour de justice des communautés européennes à l'aide des principes généraux du droit communautaire³⁵⁰. Cette entreprise s'est poursuivie³⁵¹ jusqu'à l'intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

³⁴⁴ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81, § 48.

³⁴⁵ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04.

³⁴⁶ *Ibid.*, § 112 : « La Cour considère que tout État qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière » ; § 103 : « La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention ».

³⁴⁷ *Ibid.*, § 66.

³⁴⁸ Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13.

³⁴⁹ *Ibid.*, § 137 : « L'article 8 de la Convention consacre donc le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu ».

³⁵⁰ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder / Stadt Ulm*, aff. C-29/69, EU:C:1969:57 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, aff. 11-70, EU:C:1970:114, pt. 4 : « qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG / Commission*, aff. 4-73, EU:C:1974:51.

³⁵¹ Pour aller plus loin, v. TINIERE (R.), *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2008, 708 p. ; TINIERE (R.), VIAL (C.), *Protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne : Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2015, 414 p. ; VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2018, 1279 p. ; PEERS (S.), BARNARD (C.), *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 2^e éd., pp. 227-261.

européenne³⁵² au droit primaire par le Traité de Lisbonne³⁵³. Ladite Charte garantit, aux articles 7 et 8, les droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. La Cour de justice de l'Union européenne a notamment développé une jurisprudence retentissante sur la protection des données à caractère personnel, notamment dans ses arrêts *Digital Rights*³⁵⁴, *Google Spain*³⁵⁵ et *Schrems*³⁵⁶. En outre, le législateur de l'Union a mobilisé les nouvelles compétences que lui a conférées l'article 39 du TUE³⁵⁷, pour fixer un cadre de droit dérivé sur la circulation des données à caractère personnel et les limitations possibles relevant des droits de la personne en la forme du RGPD³⁵⁸. Ce règlement doit être considéré comme incontournable dans la recherche d'une éventuelle protection de l'identité de la personne humaine. Ainsi, comme l'admet le Conseil d'État dans son étude relative au *Numérique et aux droits fondamentaux*, l'espace d'action autonome persiste en droit interne, mais tend à s'effacer au profit du droit de l'Union³⁵⁹.

Le large champ des droits fondamentaux ayant étant présenté, reste à exclure un champ disciplinaire afin d'affiner la colonne vertébrale de l'étude.

3. Exclusion : droit du numérique, de l'Internet, du digital.

60. Les nouveaux champs parasites. – Nous souhaitons ici nous démarquer du droit du « Cyberspace », de « l'Internet », de « l'informatique » ou encore du « numérique ». Il nous semble que sortir des objets de leur champ matériel habituel conduit à des autonomisations excessives³⁶⁰. Prendre le *medium* technique qui bouleverse les rapports intersubjectifs pour objet constitue une erreur méthodologique en droit, tant formellement que matériellement. Certes, il s'agit le plus souvent d'un intitulé simplificateur, voire d'une commande de l'éditeur, afin de transcrire le but

³⁵² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1.

³⁵³ Traité sur l'Union européenne (TUE) tel que modifié par le traité de Lisbonne, art. 6 : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

³⁵⁴ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.

³⁵⁵ CJUE, GC, 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317.

³⁵⁶ CJUE, GC, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, EU:C:2015:650.

³⁵⁷ TUE, art. 39 : « Conformément à l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et par dérogation à son paragraphe 2, le Conseil adopte une décision fixant les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du présent chapitre, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes ».

³⁵⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE du 4 mai 2016, n° L 119, p. 1.

³⁵⁹ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 261 : « même s'il reste un espace d'action autonome pour le droit interne [...] nombre des propositions de cette étude relèvent de la compétence des institutions de l'Union européenne, soit parce qu'elles nécessitent une modification du droit de l'Union existant, soit parce que l'Union européenne constitue le niveau pertinent d'action ».

³⁶⁰ ARFAOUI (M.), LAFAY (Q.), « Non, l'Internet n'est pas un univers parallèle », *Esprit*, n° 401, janvier 2014, pp. 11-14.

d'un ouvrage dédié : balayer l'ensemble – ou une partie – des champs du droit positif affectés par les techniques de numérisation et d'informatisation. De tels intitulés pourraient appauvrir la compréhension générale, puisque le numérique n'est ni une discipline, ni une matière : il s'agit d'un résultat technique qui ne correspond pas plus à un régime particulier qu'à une codification³⁶¹. Or, il nous semble que de telles approches, justifiant l'apparition d'un champ par une autonomie matérielle non avérée, n'ont pour effet que d'épaissir le brouillard entourant la prise en compte des technologies d'information et de communication par le droit. En dehors des données à caractère personnel, objets techniques constitués par un traitement et dès lors saisis par le droit, les notions juridiques ne nécessitent pas une redéfinition qui serait fonction des innovations technologiques. Même formé par voie électronique, un contrat reste un contrat³⁶², une signature ne change pas de nature³⁶³, l'écrit manuscrit a la même force probante que l'écrit électronique³⁶⁴ et l'identité, même numérisée, n'en reste pas moins l'identité de la personne humaine.

Le champ matériel étant balisé, il est temps de refermer définitivement notre losange introductif en délimitant le déroulement de la démonstration elle-même.

§ 2 – Déroulement de la démonstration

61. Question et réponse : une importance équivalente. – Une démonstration ne peut avoir de sens que si elle répond à une question. Ainsi, la question, qui n'est pas donnée, doit être tout aussi construite que la réponse³⁶⁵. Il faut également se méfier d'une simplification à l'excès et mesurer la consistance d'une problématique. Vouloir la réduire à une seule question serait nier sa nature profonde, c'est-à-dire l'apparition d'un questionnement global subséquent à un agrégat de questions autour d'un même objet. Ainsi, constituée par un ensemble de connaissances³⁶⁶ recoupées

³⁶¹ Les technologies informatiques et leurs effets juridiques sont abordés dans de nombreux codes : Code de l'éducation, Code pénal, Code de procédure pénale, Code des postes et des communications électroniques, Code de la sécurité intérieure, Code de la propriété intellectuelle.

³⁶² Code civil, art. 1125 : « La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services ».

³⁶³ Code civil, art. 1316-4 : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose [...] Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».

³⁶⁴ Code civil, art. 1316-3 : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

³⁶⁵ BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une Psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, « Bibliothèque des textes philosophiques », 1947, p. 14 : « Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit ».

³⁶⁶ FALCY (J.-P.) et al., *La problématique : d'une discipline à une autre*, Paris, Adapt Éd. 1997, p. 8 : « Il faut avoir des connaissances pour se poser des problèmes. Il n'y a de problèmes que sous un horizon de savoirs, qu'à partir de

aux fins de faire apparaître « l'objet vu comme problème », la problématique doit être établie (A.), avant de dévoiler au lecteur les axes de réponse (B.).

A. Apparition d'une problématique

62. De la pertinence d'un concept d'identité numérique. – Au crépuscule de ces propos introductifs, le lecteur aura peut-être déjà perçu la problématique qui servira de fil conducteur à cette étude. Afin de s'assurer de la clarté de l'horizon de celle-ci, il nous faut procéder une dernière fois à l'aller-retour faisant apparaître l'objet. Pour cela, repartir du droit positif est un gage de sûreté. Dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel, le RGPD définit la « personne physique identifiable » comme une personne qui « peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »³⁶⁷. À partir de cet énoncé, deux déductions peuvent être faites. La première est que les données à caractère personnel ont pour objet l'identité de la personne physique³⁶⁸. Si cela semble relever du truisme, il n'en est rien. Ce sont bien les données à caractère personnel qui constituent le point d'ancrage de la protection, à travers un faisceau de droits subjectifs : droit d'opposition³⁶⁹, droit à l'information³⁷⁰, à la rectification ou à l'effacement³⁷¹. La personne humaine est, certes, le support de ces droits, mais l'intitulé choisi du droit fondamental, celui de la « protection des données à caractère personnel »³⁷², est intéressant. La seconde déduction qu'il est possible de faire de l'énoncé du règlement 2016/679 est la suivante : le traitement de données à caractère personnel peut saisir la personne jusque dans des aspects particulièrement subjectifs de son identité : « physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». Le choix de cette large vision de l'identité souligne les possibilités de quantification de la personne

perspectives qui mettent ensemble ou excluent un certain nombre de données, qui permettent d'interroger, d'interpréter la réalité ou les faits sous une certaine lumière, sous un certain point de vue ».

³⁶⁷ Règlement (UE) 2016/679, art. 4, 1).

³⁶⁸ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 546 : « Littéralement, les données personnelles visent les informations relatives à une personne. Autant dire qu'ainsi compris, le domaine de la présente étude pourrait être illimité. La notion de « données à caractère personne » résulte plus précisément de la loi [...] du 6 janvier 1978, qui la définit comme une information relative à la personne et permettant son identification. Dans ces conditions, il apparaît d'emblée que c'est l'identité de la personne qu'il s'agit de protéger ».

³⁶⁹ Loi n° 78-17, art. 38.

³⁷⁰ Loi n° 78-17, art. 39.

³⁷¹ Loi n° 78-17, art. 40.

³⁷² V. par exemple l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ».

humaine par les traitements de données émergeant de toute part³⁷³. Afin de prévoir les comportements individuels, de « mettre en probabilité la totalité du réel »³⁷⁴, les responsables de traitement cherchent de plus en plus à connaître la personne³⁷⁵. Le comportement social – principalement de consommateur –, qui est un élément de l'identité personnelle, est particulièrement analysé. Le danger d'une personne réduite à un « être informationnel »³⁷⁶ n'est pas fantasmé. Afin de préserver la liberté de la personne³⁷⁷, et de ne pas la réduire en fragments immatériels permettant de l'asservir, le droit positif est invité à jouer son rôle de gardien de l'autonomie du sujet de droit³⁷⁸. Pour ce faire, les différents fondements en droit français et droit de l'Union semblent s'offrir d'eux-mêmes : droit au respect de la vie privée, protection de la liberté personnelle. Le Conseil constitutionnel, rétif à la protection d'un versant subjectif de l'identité, se contente d'une interprétation restreinte du droit au respect de la vie privée. Le droit commun de la protection des données à caractère personnel, à travers la loi du 6 janvier 1978, se présente comme un régime autonome du droit au respect de la vie privée, les deux régimes juridiques s'entrecroisant mais ne fusionnant pas³⁷⁹. La Cour de justice de l'Union européenne a rappelé cette même

³⁷³ TINIERE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 189 : « Pour résumer et au risque de caricaturer, dans nos sociétés contemporaines qui se caractérisent par un consumérisme affirmé et une recherche effrénée de sécurité, la collecte, le stockage et le traitement des données personnelles sont des pratiques extrêmement courantes et largement banalisées ».

³⁷⁴ COLLOMB (C.), « Pour un concept technologique de trace numérique », *Azimuth. Philosophical Coordinates in Modern and Contemporary Age*, IV, Rome, Storia e Letteratura, 2016, pp. 37-38 : « mettre en probabilité la totalité du réel, d'organiser une économie de la prédiction et [...] nourrir une gouvernementalité algorithmique qui ne cesse de contourner les sujets ».

³⁷⁵ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* *op. cit.*, p. 90 : « Toucher aux éléments du corps humain ou à la personnalité individuelle, c'est aller au plus profond de l'être. Dans ce contexte, les informations qui en émanent ne se contentent pas de se rapporter à l'individu, elles révèlent ce qu'est l'individu » ; CNIL, *Rapport d'activité 2014*, *op. cit.*, p. 76 : « Depuis peu, l'identité en ligne intègre davantage de données comportementales concernant “ce que font” les individus (historique d'achats, de navigation web...). Une nouvelle dimension vient donc s'ajouter aux traditionnels “ce que je sais” (ex : mot de passe), “ce que j'ai” (ex : une carte à puce) et “ce que je suis” (ex : biométrie) qui sont utilisés pour identifier ou authentifier un individu ».

³⁷⁶ FRAYSSINET, « La protection des données personnelles », in DEVEZE (J.), FRAYSSINET (J.), LUCAS (A.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, n° 10 ; FRAYSSINET (J.), « La traçabilité des personnes sur l'Internet », *Droit et patrimoine*, n° 93, mai 2001, p. 76 : « Les traces servent à des tiers à construire une sorte de double informationnel de nous-mêmes, plus ou moins ressemblant, ce sosie, ce portrait-robot informatique, prend le pas sur notre vraie personnalité, beaucoup plus riche et plus complexe. Il y a un risque de substitution d'une personnalité virtuelle à la personnalité réelle, qui peut juridiquement s'apprécier comme une atteinte à l'identité humaine et à la dignité d'une personne physique ».

³⁷⁷ SCHNAPPER (D.), « En qui peut-on avoir confiance ? », *Le Monde*, 15 juillet 2010 : « Le progrès scientifico-technique rend l'organisation de la vie quotidienne rapidement obsolète et dépasse les capacités de compréhension de la majorité d'entre nous [...] Nous dépendons plus que jamais étroitement des autres – de ceux qui maîtrisent nos ordinateurs – [...] alors que nous ne cessons d'affirmer notre irréductible individualité et notre droit absolu à l'autonomie individuelle ».

³⁷⁸ CNIL, *Rapport d'activité 2014*, *op. cit.*, p. 6 : « Nos démocraties connaissent une période extrêmement complexe pour nos libertés. Mais dans la tempête, nous avons une boussole : celle de l'État de droit, d'un État qui protège les individus, et qui place la personne au cœur de son projet ».

³⁷⁹ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 559 : « Les données personnelles forment un ensemble unitaire dont le point d'ancrage est l'identité, quoiqu'elles bénéficient de plusieurs fondements formels et de plusieurs juges ».

autonomie, contenue dans la Charte des droits fondamentaux³⁸⁰. La personne, privée d'un solide fondement juridique asseyant l'autonomie des personnes, est menacée par une patrimonialisation de ses données personnelles³⁸¹, carburant d'une économie exaltée. L'identité, ancrage même de la notion de personne, est également la condition nécessaire de la jouissance des droits fondamentaux, en ce qu'elle conditionne l'autonomie. L'ensemble des données à caractère personnel se rapportant à une personne peut alors être qualifié d'identité numérique. Comment le droit positif se positionne-t-il à l'égard des éléments de l'identité numérique de la personne humaine ? Le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, qui constitue la réponse intuitive, remplit-il sa fonction de protection de la personne humaine ?

Deux directions principales pourront indiquer au lecteur ce que cette étude entend apporter.

B. Ordonnement de la démonstration

63. L'irruption de l'identité sur la scène numérique. – L'étude d'un concept selon une approche pragmatique suppose de prêter attention accrue au contexte. La première contextualisation est bien entendu liée à l'apparition de l'identité numérique, c'est-à-dire la numérisation des éléments de l'identité de la personne humaine. La constitution de la donnée à caractère personnel à l'occasion d'un rapport juridique de traitement illustre la singulière formation de l'identité numérique : dès le moment de la collecte, l'identité de la personne est projetée dans le numérique. Ainsi, c'est par l'utilisation des composantes de l'identité que cette dernière apparaît. Ce n'est donc pas le droit qui fait apparaître l'identité numérique, mais bien l'usage. Il existe autant de données à caractère personnel potentielles qu'il existera de variables identificatoires relatives à la personne humaine. Il faut donc étudier, dans une dialectique définition-utilisation, l'apparition de l'identité numérique dans un contexte de sollicitation du consentement à la délivrance d'information à des fins diverses. L'identité numérique est donc avant tout une projection dans le numérique, une irruption plus ou moins souhaitée sur une scène sociale d'une nature différente du monde analogique (**Première partie**). Cette projection répond à des finalités d'identification, dont les éléments formels de l'identité constituent les éléments essentiels. Le traitement numérique, qui ne distingue pas selon que la donnée à caractère personnel relève de l'état civil ou du comportement intime, participe d'un brouillage accentué de ces deux aspects de l'identité. La définition par la circonscription d'un contenu serait parfaitement illusoire et contraire à notre postulat d'exponentielle technologique.

³⁸⁰ CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 129 : « l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l'article 7 de celle-ci ».

³⁸¹ JOSSERAND (L.), « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, chron. p. 1 : « [la personne] traitée comme une valeur économique et juridique [...] se patrimonialise ».

Toutefois, une description des éléments identitaires numérisés, parfois quelque peu scolaire, pourra faire apparaître l'importance de l'objet et sa nature.

64. La protection juridique de l'identité dans le « monde » numérique. – Si « l'identité numérique est et reste un concept insaisissable pour le droit »³⁸², c'est parce qu'il ne peut être saisi, mais peut s'envisager comme une clé de lecture. Une fois la nature de l'identité numérique soulignée, on comprendra que les effets normatifs du concept d'identité numérique peuvent être trouvés dans les droits fondamentaux, déjà suffisamment fournis conceptuellement et substantiellement. Si la logique voudrait que l'identité des personnes corresponde en droit positif à des prérogatives de protection de l'autonomie, il n'en est pas toujours ainsi. L'étude du contenu normatif pourra nous permettre de nous rendre compte de la réalité de la protection de l'identité dans le numérique (**Deuxième partie**). Il est à craindre que cette étude laisse au chercheur une impression contrastée quant à l'appréhension juridique de son objet. D'une part, le droit de l'Union et les dispositions légales semblent ignorer assez largement l'aspect fondamental des données à caractère personnel. D'autre part, le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit constitutionnel français proposent de véritables outils de protection d'un droit fondamental, compris dans son acception complète comme une prérogative tendant à l'affirmation du sujet de droit dans sa capacité d'autodétermination mais aussi à la mise en place d'un cadre protecteur de cette autonomie.

Première partie – La projection de l'identité dans le numérique

Deuxième partie – La protection de l'identité dans le numérique

³⁸² BARDIN (M.), « L'identité numérique et le droit : esquisse d'une conciliation difficile », *op. cit.*, p. 285.

PREMIERE PARTIE – LA PROJECTION DE L'IDENTITÉ DANS LE NUMÉRIQUE

65. Un indépassable dualisme. – La loi informatique et liberté affirme en amorce que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen [...] Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »³⁸³. Bien que la portée du premier article puisse être envisagée avec prudence³⁸⁴, celui-ci opère une intéressante distinction entre l'identité humaine, les catégories génériques des droits de l'Homme, des libertés individuelles et libertés publiques, et enfin avec la vie privée, qui apparaît ici comme le plus petit dénominateur de la garantie. Le choix de l'expression « identité humaine » conduit à considérer une dimension objective. L'identité humaine renvoie à une certaine idée de la dignité collective des êtres humains, autrement dit à la dignité humaine : l'avilissement d'un seul est l'avilissement de tous³⁸⁵. D'un autre côté, c'est au service de chacun que l'informatique est assignée, la vie privée devant être protégée. Cet énoncé traduit la nature duale du concept d'identité, c'est-à-dire double et réciproque. D'une part, la dimension objective de l'identité résulte de la nécessité d'une identification des individus sur un territoire donné, de sorte de pouvoir gouverner à la fois une population et des personnes juridiques instituées en tant que sujets de droit. D'autre part, la dimension subjective appartient au domaine du rapport de la personne avec elle-même et les autres, mais aussi avec l'autorité qui l'institue en tant que personne humaine. On pourra alors parler d'identité voulue par le système juridique et d'identité vécue par le sujet. Dans un mouvement de subjectivation du droit, notamment suivi par le droit européen des droits de l'Homme, ce second volet dispose aujourd'hui d'une reconnaissance importante, mais non achevée³⁸⁶, particulièrement en droit interne³⁸⁷.

³⁸³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 1^{er}.

³⁸⁴ ROUHETTE (G.), « L'article premier des lois », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, « Études juridiques », 1999, pp. 46-47.

³⁸⁵ V. en ce sens Cour EDH, GC, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, § 99 : « Les actes dénoncés étaient assurément de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale du requérant . La Cour relève donc des éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant [...] En tout état de cause, la Cour rappelle qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 ».

³⁸⁶ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 327 », 2000, 520 p.

³⁸⁷ Sur ce point, v. BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, Janvier 2006, n° 65, pp. 73-95.

66. À la recherche des deux versants de l'identité numérique. – Les récentes études juridiques portant sur l'identité rendent invariablement compte de ce double revers de l'identité, qui est à la fois formelle et essentielle³⁸⁸, les deux aspects s'entremêlant bien souvent. L'identité est en effet une unité complexe, formée tout à la fois de ce qui relève de l'objectivité – on pensera prioritairement au droit civil – et de ce qui est connu de la personne – on parlera de son identité personnelle, ou de sa personnalité. La dialectique entretenue entre ces deux aspects est bien connue. Un nom de famille peut être vécu comme intime, ou le sexe de naissance comme étranger à l'identité personnelle. Les données à caractère personnel, dont la constitution est illimitée en raison de l'infinité des traitements possibles, sont la projection de tous les aspects de l'identité dans le numérique. En outre, le traitement numérique ne se contente pas de référencer l'ensemble des éléments connus comme étant attributs de l'identité (nom, image, nationalité, etc.) : en multipliant les possibilités d'identification de la personne par les données générées, il étire l'identité formelle. Pourront ainsi servir de supports d'identification des éléments qui échappaient jusqu'alors à la personne elle-même, comme le réseau veineux de sa main ou ses données techniques de connexion à un fournisseur d'accès. L'identité formelle est ainsi atomisée, c'est-à-dire renvoyée à l'infiniment petit, à l'imperceptible (**Titre premier**). Cette projection ne s'interrompt pas à la lisière de l'intimité de la personne. En raison des potentiels marchands et policiers des données comportementales et sociales, les aspects essentiels de l'identité – identité personnelle – font également l'objet d'un traitement³⁸⁹. Ainsi, par analyse et recoupement des différentes données, une identité numérique apparaît, projection numérique de la personne qui, telle une ombre qui s'affine, délivre les contours de plus en plus précis non seulement de l'individu profilé, mais de la personne humaine en général. Les technologies de numérisation disposent donc d'une capacité d'absorption des éléments essentiels de l'identité (**Titre second**).

Titre 1 – L'atomisation des éléments formels de l'identité

Titre 2 – L'absorption des éléments essentiels de l'identité

³⁸⁸ POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 1001 p. ; AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris-1-Panthéon-Sorbonne le 1^{er} octobre 2009, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, 418 p. ; MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.) (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois presses université, « Droit et sciences économiques », 2015, 284 p. ; MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, « Actes », 2015, 200 p.

³⁸⁹ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* Paris, Michalon, 2013, p. 63 : « Finalement, l'identité humaine semble renvoyer aux éléments qui, se rapportant à une personne, soit ont nécessité une intervention ou une appréciation humaine pour exister, soit sont vécus et éprouvés par la personne qu'ils concernent [...] La notion d'identité humaine semble recouvrir l'identité personnelle et s'étendre au-delà. Elle comprend en effet les éléments ressentis par l'individu concerné mais également ceux qui, sans être ressentis, traduisent le choix d'une personne humaine ou un pan de la personnalité de l'individu ».

TITRE 1 – L’ATOMISATION DES ÉLÉMENTS FORMELS DE L’IDENTITÉ

67. Identification et identité. – La loi du 6 janvier 1978 définit les données à caractère personnel comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d’identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres »³⁹⁰. Ce texte illustre le paradoxe d’une notion à l’intitulé restrictif dont la définition est particulièrement large. Il s’agit bien évidemment d’une question d’époque : en 1978, ce que l’on appelait encore donnée nominative ne concernait un individu que par des biais réduits. Les possibilités offertes par les nouvelles technologies de collecte, et principalement la mise à disposition de données personnelles en échange de l’accès à un service proposé par une plateforme, ont permis d’accueillir une très grande quantité de données pouvant être considérées comme « à caractère personnel ». Les informations simples de l’état civil, qui ont toujours servi à recenser les individus³⁹¹ et faire respecter l’ordre public, ont donc été complétées par une série de différentes références directes ou indirectes³⁹² aux personnes, y compris les éléments vécus comme essentiels et comme intimes. La CNIL a elle-même relevé ces deux catégories de données identifiantes : « la première, la plus élémentaire, est de type matricule. Elle se traduit par l’attribution aux personnes d’un numéro arbitraire ; la seconde, la plus complexe, a un caractère signifiant. Le code porte en lui-même, dans ce cas, des informations sur les personnes, tout en permettant leur identification sans équivoque »³⁹³. Le caractère bipolaire de l’identité a été également relevée par le G29, prédécesseur du CEPD, dans son avis relatif au concept de « données à caractère personnel ». Le groupe des autorités de régulations relève que « tant les informations objectives que subjectives concernant une personne, à quelque titre que ce soit, peuvent être considérées comme “données à caractère personnel”, indépendamment du support technique sur lequel elles se trouvent »³⁹⁴.

68. Éléments complets et éléments fractionnés. – Les données à caractère personnel qu’il est possible de qualifier de complètes permettent une référence directe à une personne. Cette dernière en a l’usage pour former des actes, pour justifier son identité lors d’une interpellation ou accusation, et bien sûr faire valoir ses droits. Le numérique rend compte de la totalité des données objectives

³⁹⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 2.

³⁹¹ AUBERT (J.-M.), *Le droit romain dans l’œuvre de Saint-Thomas*, Paris, Vrin, « Librairie philosophique, 1955, p. 36. L’auteur cite ici l’exemple de l’attribution obligatoire d’un matricule pour les fonctionnaires romains dans l’antiquité.

³⁹² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 2 alinéa 2 : « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d’identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ».

³⁹³ CNIL, *Rapport d’activité 1982*, Paris, La Documentation Française, 1982, p. 333.

³⁹⁴ Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, 20 juin 2007, p. 28.

permettant de reconnaître une personne dans un espace social ou technique, c'est-à-dire de l'identifier. Ces données permettent aussi, par comparaison, de vérifier qu'un individu est bien celui qu'il prétend, lors d'un contrôle. Le phénomène qui consiste en un étalement de l'identité numérique par la multiplication de données formelles (**Chapitre 1**) peut être qualifié de « prolifération des identifiants »³⁹⁵. *A contrario*, les métadonnées, qui doivent être qualifiées de fractions de données, ne peuvent faire référence à un individu que de façon indirecte. Là où les données sont symboliquement des photographies de la personne, les métadonnées en sont la radiographie. Prioritairement, les métadonnées ne répondent pas à la question *qui ?* mais plutôt aux questions *avec qui ?*, *où ?*, *quand ?* et potentiellement *comment ?*³⁹⁶. Toutefois, recoupées entre elles et utilisées pour une réidentification, les métadonnées répondent avec une acuité particulière à la question *qui ?*. L'identité, ainsi fractionnée en données sur les données, est éclatée en de multiples traces qui indiquent le chemin vers la personne humaine (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – L'étalement de l'identité par les données

Chapitre 2 – L'éclatement de l'identité par les métadonnées

³⁹⁵ KIENNERT (C.), *Élaboration d'un modèle d'identité numérique adapté à la convergence*, Thèse dactylographiée, Télécom ParisTech, 2012, p. 144.

³⁹⁶ À ces fins, différentes techniques sont envisageables : relevés des données de connexion et d'appels, géolocalisation, interception des flux par les techniques de renseignement, analyse algorithmique. V. en priorité MAYER (J.), MUTCHLER (P.), MITCHELL (J.), "Evaluating the privacy properties of telephone metadata", *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS USA)*, Stanford University, vol. 113, n° 20, 17 mai 2016, pp. 5536-5541.

Chapitre 1 – L'étalement de l'identité par les données

« Tu es Joseph K., dit l'abbé, et il leva le bras dans une direction imprécise.

- Oui, dit K. en songeant avec quelle franchise il prononçait autrefois son nom. »

Depuis quelques temps, au contraire, ce lui était un vrai supplice ; et maintenant tout le monde savait ce nom. Qu'il était beau de n'être connu qu'une fois qu'on s'était présenté. »

Franz KAFKA³⁹⁷

69. Individualisation et identification. – La règle de droit est de portée générale et abstraite, mais son effectivité dépend d'une individualisation concrète du sujet de droit. Le recensement par l'état civil est ce moyen d'une connaissance des individualités sur un territoire donné. Ce procédé, ancien, a permis l'avènement de l'État sous sa forme moderne³⁹⁸. L'attribution de cette identité civile permet en premier lieu à l'État de reconnaître ses sujets de droit au sein du corps social³⁹⁹. L'individualisation par les pouvoirs publics permet donc la première identification. En retour, ces identifiants pourront constituer un socle privilégié de l'identité personnelle. Pour l'heure, il nous faut constater que de plus en plus d'éléments formels de l'identité permettent de reconnaître qu'une personne est bien elle-même et non une autre. En ce sens, l'identification est prise dans son sens restreint, c'est-à-dire la recherche de l'authentique, qui s'entend au sens courant comme une vérification de la qualité, de conformité⁴⁰⁰.

70. L'identification numérique. – La finitude des éléments identifiants propres au monde analogique est bouleversée par l'identification fondée sur des données numériques. Puisque le traitement de données numériques, qui relève de la pratique, constitue l'acte créateur de la donnée à caractère personnel – qui était auparavant une information sur la personne –, le contenu des données à caractère personnel est non exhaustif. Il existe autant de données que d'informations susceptibles de renvoyer, directement et surtout indirectement, à la personne. Employée d'une

³⁹⁷ KAFKA (F.), *Le procès*, préf. DAVID (C.), trad. VIALATTE (A.), Paris, Gallimard, « Folio Classique », 1987, p. 259.

³⁹⁸ LE CLAINCHE (J.), « L'évolution du contrôle des interconnexions de fichiers publics », *Légicom*, n° 47, 2011/2, p. 66 : « La gestion des populations par les pouvoirs publics suppose que ceux-ci aient une certaine connaissance de leurs administrés. Ce pouvoir de reconnaissance implique la collecte et le traitement d'informations susceptibles d'identifier les personnes. Les fichiers nominatifs ont été généralisés dès le XIVE siècle sous l'impulsion de la révolution onomastique, de la conscription et des nécessités du recouvrement de l'impôt ».

³⁹⁹ TGI Cusset, 24 février 1983 ; *JCP* 1984, IV, p. 199.

⁴⁰⁰ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, « Quadrige », 3^{ème} éd., 2010, p. 98, *V° Authentique* : « conforme à son apparence, qui mérite bien le nom qu'on lui donne ».

certaine façon, la technologie informatique est « dévoreuse d'identité »⁴⁰¹. Il faut ici partager avec le lecteur l'interrogation qui fut la nôtre pour en rendre compte. Le contenu n'étant pas exhaustif, tenter de recourir à une énumération des éléments de l'identité projetée sur les supports numériques peut sembler méthodologiquement discutable. Toutefois, une tentative d'énumération, aussi linéaire soit-elle, permet de situer la pluralité et la diversité des informations personnelles faisant l'objet d'une numérisation⁴⁰². Il nous semble qu'une certaine contradiction ressort de la comparaison entre l'attribut de l'identité lui-même et les raisons – finalités – pour lesquelles lesdits attributs sont numérisés. Cette dialectique, qui peut sembler parfois poussive, nous semble être le contexte nécessaire à l'étude future de la sanction normative de l'identité numérique. À ces fins, deux types de phénomènes de numérisation des attributs formels de l'identité peuvent être étudiés. Les éléments qui permettent une identification directe – état civil et caractéristiques physiques principalement – connaissent une consolidation numérique, servant d'éléments d'authentification au même titre que dans le monde analogique (**Section 1**) ; toutefois, les procédés d'identification par des éléments indirectement liés à la personne – matricule et numéros d'abonnés par exemple – se multiplient (**Section 2**).

Section 1 – La consolidation des identifiants directs de la personne

Section 2 – La multiplication des identifiants indirects de la personne

⁴⁰¹ POUSSON (D.), « L'identité informatisée », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, op. cit., p. 373.

⁴⁰² NEYRAND (G.), « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, op. cit., p. 98 : « À travers cette inscription identitaire, la *police des familles* et celle des individus peuvent véritablement s'exercer, par l'enregistrement social des états biologiques et sociaux de la vie d'un individu, de sa naissance à sa mort, retranscrivant symboliquement dans une *carte d'identité* l'essentiel de son profil identitaire : nom, nom marital, prénom, date et lieu de naissance, photographie, sexe et caractéristiques physiques, nationalité, domicile, signature... ».

Section 1 – La consolidation des identifiants directs de la personne

71. La reproduction numérique des éléments d'identification. – La possibilité d'une identification directe d'un individu est au fondement du droit : nul ne peut y échapper⁴⁰³, et nul ne doit y échapper, de sorte d'être institutionnalisé en tant que personne⁴⁰⁴. La numérisation des éléments de l'identité civile est, évidemment et en tout premier lieu, le fait de l'administration. Le recensement est opéré à des fins de sauvegarde de l'ordre public et de simplification des démarches⁴⁰⁵. La projection de ces mêmes éléments par les opérateurs privés relève de finalités plus variées. Il ne peut évidemment s'agir de toutes les relever ici. Nous nous attellerons plutôt à démontrer que le numérique est le lieu d'une projection de l'ensemble des identifiants directs disponibles sur la personne. Nous avons choisi de séparer en deux ces identifiants directs : l'identification anciennement dite « nominative », c'est-à-dire civile (§ 1) et l'identification physique (§ 2).

§ 1 – La projection du fondement institutionnel de l'identité : l'identification civile

72. La reproduction du faisceau classique de l'identité civile. – Toute personne doit disposer d'un état civil⁴⁰⁶. Le principe de l'état des personnes est d'être immuable, indisponible et imprescriptible⁴⁰⁷, pour des raisons d'ordre public, d'action publique, et à d'éventuelles fins juridictionnelles⁴⁰⁸. La numérisation de cet état civil renvoie à différents objectifs, mais peu d'éléments échappent à ce processus. La personne fournit sur le support numérique les mêmes informations d'authentification que dans le monde analogique : le nom (A), la nationalité (B), la date de naissance (C.) et le sexe (D.).

⁴⁰³ FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2016, p. 3 : « Nul ne peut échapper au droit. Celui qui naît se voit déclaré “enfant de”, et est ainsi doté d'une filiation, d'un nom de famille, d'un prénom, et aussi sans doute d'un domicile et d'une nationalité ».

⁴⁰⁴ DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, Thèse dactylographiée, Paris II Assas, 1994, p. 75 : « L'État civil institutionnalise la personne du point de vue de la collectivité des individus appartenant au groupe social ».

⁴⁰⁵ Les documents d'état civil peuvent désormais être demandés par les personnes concernées sur le site Internet du ministère de l'intérieur.

⁴⁰⁶ CA Paris, 24 février 1977 : D. 1978, p. 168, note J. MASSIP.

⁴⁰⁷ On doit la forme classique de cette caractérisation de l'état des personnes au chancelier d'Aguesseau. V. D'AGUESSEAU, « Essai sur l'état des personnes », in *Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau*, Tome IV, 1767, Les libraires associés, pp. 416-467.

⁴⁰⁸ MALAURIE (P.), *Droit civil. Les personnes, les incapacités*, Tome II, Paris, Éd. Cujas, « Cours de droit civil », 5^{ème} éd., 2000, n° 250 : « l'immutabilité de l'état civil se justifie par des besoins d'ordre public, administratif et judiciaire ».

73. Le nom : une institution incontournable. – Le nom de famille⁴⁰⁹ est au fondement de l'identité civile, il est un « élément d'individualisation et d'identification d'une personne physique »⁴¹⁰. L'obligation de ne porter que le nom de famille et le prénom indiqués à l'état civil date de 1794⁴¹¹, ancienneté symptomatique de l'importance accordée à l'immutabilité de cette institution. En ce sens, toute personne doit avoir un nom et, même en l'absence de filiation, l'officier d'état civil français doit en déterminer un⁴¹². Le nom de famille doit être mentionné sur l'acte de naissance⁴¹³, lui-même intégré au registre d'état civil⁴¹⁴. Le nom, premier critère objectif d'identification, est « l'un des éléments – élément majeur – qui concourent à l'identité d'une personne »⁴¹⁵. Si cette institution a pour principale fonction de permettre le maintien de l'ordre public en assurant l'identification des personnes, elle est également au service de la personne, en tant que trace d'authenticité. Au moment de faire valoir un droit, la personne présente son nom comme premier élément. La place privilégiée du nom en ouverture de tous les formulaires papiers comme numériques est éloquente. En outre, cette institution est un outil de rattachement à une famille, institution centrale pour le droit mais aussi pour la personne, en tant que foyer privilégié du développement personnel⁴¹⁶. La protection d'une institution telle que le nom est donc largement assurée⁴¹⁷.

⁴⁰⁹ Nouvelle désignation juridique actant la désuétude des notions de « nom patronymique », « nom matronymique », « nom d'époux », « nom d'épouse », « nom de jeune fille ».

⁴¹⁰ CC, décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 17.

⁴¹¹ Loi du 6 fructidor an II, article 1^{er} : « Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance ».

⁴¹² Article 57 du Code civil, alinéa 2 : « Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. La femme qui a demandé le secret de son identité lors de l'accouchement peut faire connaître les prénoms qu'elle souhaite voir attribuer à l'enfant. A défaut ou lorsque les parents de celui-ci ne sont pas connus, l'officier de l'état civil choisit trois prénoms dont le dernier tient lieu de nom de famille à l'enfant. L'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis. Tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel ».

⁴¹³ Article 57 du Code civil : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille ».

⁴¹⁴ Depuis la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, l'article 311-21 du Code civil dispose : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ».

⁴¹⁵ GRANET-LAMBRECHT (F.), « Nom », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) (dir.) et al., *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, « Quadrige », 2008, p. 700.

⁴¹⁶ Au sein du bloc de constitutionnalité, v. notamment le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 10 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; GRANET-LAMBRECHT (F.), « Identité », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) (dir.) et al., *Dictionnaire des droits de l'Homme*, op. cit., p. 497 : « composante essentielle en ce qu'il désigne le sujet, son ou ses prénoms venant le compléter pour l'individualiser dans sa famille ».

⁴¹⁷ CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis / Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*, aff. C-168/91, EU:C:1993:115 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, EU:C:2003:539 ; Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, § 24 ; Cour EDH, 17 juin 2003, *Mustafa c. France*, req. n° 63056/00, § 14.

74. La projection du nom sur les supports numériques. – Le nom est, bien entendu, une information personnelle susceptible de devenir donnée personnelle en cas de traitement⁴¹⁸. En tant qu'information « portail » de la personne, la collecte du nom est très courante, notamment lors de la création d'un compte utilisateur. À cette occasion, la possibilité de ne pas utiliser le nom véritable n'est que très rarement mentionnée, voire réfutée dans les stipulations contractuelles⁴¹⁹. Le but de cette politique de l'identité véritable est variable pour le prestataire. En cas d'achat en ligne, il s'agit bien entendu d'un élément indispensable à la facturation et à la livraison. Plus généralement, la mention du nom sur des hébergeurs de services dynamiques – réseaux sociaux, professionnels, forums, services de messagerie, etc. – permet de générer des liens sociaux entre personnes, de créer des interactions et donc des données. En outre, le nom est régulièrement collecté aux fins de constitution d'annuaires en ligne dont il est la porte d'entrée, services particulièrement surveillés par la CNIL⁴²⁰ mais également par le juge judiciaire⁴²¹.

75. Le nom, pilier civil du recoupement. – Le principal intérêt de la collecte et du traitement du nom de la personne est de former l'ancrage d'un fichier, qui peut être administratif – services administratifs, fichiers de police – ou privé – base de données, fichiers clients. Il sera alors plutôt question de rapprochement (addition de données relatives à une personne) ou d'interconnexion (croisement de fichiers déjà constitués pour permettre l'addition des données)⁴²². En ce sens et afin de ne pas porter préjudice aux personnes, une attention particulière a été portée à l'anonymisation des décisions de justice, par la CNIL – à l'encontre d'une société procédant à l'archivage en ligne de la jurisprudence⁴²³ –, mais surtout par le législateur lui-même, qui a admis le « risque de ré-

⁴¹⁸ TGI Nantes, 16 décembre 1985 : *JCP E*, 1986, II, 15791, obs. M. VIVANT et A. LUCAS.

⁴¹⁹ V. notamment les conditions d'utilisation de Facebook, « Vos engagements envers Facebook et notre communauté », ressource indexée (consultée le 26 mai 2018) : « Nous fournissons ces services à vous et à d'autres personnes pour faire progresser notre mission. En échange, nous avons besoin que vous preniez les engagements suivants [...] Lorsque les personnes répondent de leur avis et de leurs actions, notre communauté est plus sûre et plus responsable. Pour cette raison, vous devez : utiliser le nom que vous utilisez au quotidien ; fournir des informations exactes à propos de vous ».

⁴²⁰ V. par exemple Délibération de la formation restreinte n° 2012-156 du 1^{er} juin 2012 portant avertissement à l'encontre de la société X ; Délibération de la formation restreinte n° 2011-203 du 21 septembre 2011 portant avertissement à l'encontre de la société X.

⁴²¹ CA Bordeaux, 3^{ème} ch. corr, 18 décembre 2013, *Ministère public et autres / Laurent R.*

⁴²² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 2 : « Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte [...] le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

⁴²³ CNIL, délibération n° 2011-238 du 12 juillet 2011 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire et une injonction de cessation de traitement à l'encontre de l'association X ; v. antérieurement CNIL, délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

identification des personnes »⁴²⁴ à l'occasion de l'adoption de la loi du 7 octobre 2016⁴²⁵. Le nom de famille pris isolément peut toutefois ne pas permettre l'identification d'une personne et donc ne pas être assimilé à une donnée à caractère personnel. C'est le cas par exemple de la mention du nom sur un registre de baptême⁴²⁶ ou dans une généalogie générale⁴²⁷.

76. La protection du nom sur le support numérique. – La loi du 14 mars 2011⁴²⁸ a prévu une nouvelle infraction qui a pu être qualifiée « d'usurpation d'identité numérique »⁴²⁹, bien que la loi ne désigne pas l'infraction en ces termes. Si l'usurpation du nom était déjà une infraction visée par le Code pénal⁴³⁰, le législateur a estimé qu'une précision relative au support numérique s'imposait. L'article L. 226-4-1 vise une nouvelle infraction élargie d'usurpation d'identité réalisée à l'aide de « d'une ou plusieurs données de toute nature »⁴³¹. On notera, une nouvelle fois, la mention des « données de toute nature » qui renvoie à l'identité de la personne dans son ensemble, ce qui dépasse largement le cadre du nom lui-même, mais également les données relevant du strict cadre formel de l'identité civile.

La projection dans le numérique du principal élément de l'identité formelle ne doit cependant pas cacher la dynamique analogue qui concerne les autres attributs, dont la nationalité.

B. La nationalité, numérisation du lien de rattachement de la personne à un État

77. Une information inclusive et exclusive. – Tout comme le nom, la nationalité⁴³² est à la fois un droit⁴³³ et une information nécessaire pour identifier le sujet de droit au sein du corps social. Si

⁴²⁴ Code de l'organisation judiciaire, art. L. 111-13 : « Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées. Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes ».

⁴²⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, art. 21.

⁴²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 2014 (13-25.156).

⁴²⁷ TGI Paris, ord. réf., 22 septembre 2008, *M. Kalid O. contre société Notrefamille.com*.

⁴²⁸ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « LOPPSI 2 ».

⁴²⁹ SAENKO (L.), « Le nouveau délit d'usurpation d'identité numérique », *RLDI*, n° 72, 2011, p. 63.

⁴³⁰ Code pénal, art. L. 434-23 : « Le fait de prendre le nom d'un tiers, dans des circonstances qui ont déterminé ou auraient pu déterminer contre celui-ci des poursuites pénales, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

⁴³¹ Code pénal, art. L. 226-4-1 : « Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant d'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ». La première qualification de cette infraction est intervenue en faveur de Rachida Dati, dont le site Internet avait été imité et parodié : TGI Paris, 13^{ème} ch. corr., 18 décembre 2014, *X. c. Rachida Dati*.

⁴³² LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, « Quadrige », 3^{ème} éd., 2010, p. 665, *V^o Nationalité* : « caractère juridique que possède les individus en tant que citoyens ou sujets d'un État ».

⁴³³ DUDH, art. 15 : « 1. Tout individu a droit à une nationalité. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité ». On peut noter que le droit international interdit les apatrides, notamment par la Convention de New York du 28 septembre 1954. Toutefois, si la France est signataire de la *Convention internationale sur la réduction des cas d'apatridie* du 30 août 1961, elle ne l'a toujours pas ratifié. Elle a par ailleurs émis des réserves aux articles 8 et 14 de la Convention. En revanche, depuis la loi n° 98-170 du 16 mars 1998, l'article 25 du Code civil

la nationalité est un outil particulier d'attribution – jouissance de droits spécifiques pour les nationaux –, elle est en contrepoint un outil d'exclusion du non national. Cela explique la méfiance de la CNIL à l'égard d'une information qui « pourrait, si l'on n'y prenait garde, être source de discrimination ou de stigmatisation des personnes étrangères résidant dans notre pays »⁴³⁴. Le statut de cette donnée, ayant été considérée comme donnée sensible⁴³⁵ – « catégorie particulière » dans les dispositions légales⁴³⁶ – avant de redevenir donnée commune⁴³⁷, éclaire son importance. En raison de la propension discriminatoire de la donnée personnelle en cas de rapprochement avec d'autres données, la nationalité demeure « une donnée sous haute surveillance »⁴³⁸.

78. Une information utilisée dans la gestion des flux migratoires. – La nationalité est surtout une donnée utilisée de longue date dans la régulation des flux migratoires. Le principe en la matière est celui d'un non-enregistrement sous forme détaillée – c'est-à-dire aisément repérable au sein d'une base de données – de la nationalité. Des exceptions sont prévus, comme par exemple la nécessité de statistiques permettant d'« équilibrer les échanges d'étudiants dans le cadre d'accords bilatéraux » ou l'appréciation de l'efficacité des politiques d'intégration, « conformément aux demandes du Haut-Commissariat à l'Intégration »⁴³⁹. Toutefois, la mise en place par les États de traitements automatisés des données recueillies en zones frontières est largement répandue, notamment en France, afin de lutter contre l'immigration clandestine. Ces données peuvent – notamment – être collectées « sur les cartes d'embarquement et débarquement des passagers de transporteurs aériens », « à partir de la bande de lecture optique des documents de voyage, de la carte nationale d'identité et des visas des passagers de transporteurs aériens, maritimes ou

prévoit que « L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'État, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride ».

⁴³⁴ CNIL, délibération n° 91-033 du 7 mai 1991 portant avis relatif à la création d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant une application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France ; CNIL, *Les libertés et l'informatique. Vingt délibérations commentées*, Paris, La Documentation Française, 1998, p. 120.

⁴³⁵ CNIL, délibération n° 01-019 du 15 mai 2001 relative à un projet d'arrêté portant création d'un traitement informatisé de délivrance des visas dans les postes diplomatiques et consulaires mis en œuvre par le ministère des affaires étrangères : « La Commission relève par ailleurs que le rapprochement qui peut être opéré entre la nationalité d'origine et le statut actuel du demandeur est susceptible de faire indirectement apparaître des informations relevant, de l'article 31 de la loi du 6 janvier 1978. En conséquence, il appartient au ministère des affaires étrangères de faire figurer sur tous les formulaires de demande de visa une mention satisfaisant aux prescriptions de l'article 31 alinéa premier, qui autorise la collecte de ces données sensibles dès lors que l'intéressé y consent de manière expresse ».

⁴³⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 8 : « Il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ».

⁴³⁷ CNIL, délibération n° 2008-198 du 9 juillet 2008 modifiant l'autorisation unique n° AU-005 relative à certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par les établissements de crédit pour aider à l'évaluation et à la sélection des risques en matière d'octroi de crédit.

⁴³⁸ DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, p. 387.

⁴³⁹ CNIL, *Rapport d'activité 1992*, Paris, La Documentation Française, 1993, p. 118.

ferroviaires »⁴⁴⁰. La collecte de la nationalité est également prévue dans le cadre du système d'information Schengen⁴⁴¹, réalisée notamment par l'agence FRONTEX⁴⁴², dont l'objectif est la gestion intégrée des frontières extérieures de l'Union⁴⁴³.

L'énumération des différents éléments de l'état civil faisant l'objet d'une numérisation doit se poursuivre, classiquement, avec la date de naissance.

C. La date de naissance, identifiant de la personne et information sur le consommateur

79. Une information sur la capacité juridique, mais pas seulement. – L'acte de naissance mentionne la date et le lieu de naissance⁴⁴⁴. C'est principalement la date de naissance qui sera utilisée par la personne, celle-ci révélant son âge et donc sa capacité juridique⁴⁴⁵, ainsi que certains droits soumis à une condition d'âge⁴⁴⁶. La date de naissance est donc une information personnelle appelée à devenir donnée⁴⁴⁷. En tout premier lieu, les normes applicables défendent la collecte de données relatives à des mineurs de moins de 15 ans, sauf accord du titulaire de l'autorité parentale ou finalité prévue par l'État qui permettent cette collecte à partir de 13 ans⁴⁴⁸. Afin de s'assurer de l'âge du futur utilisateur du service, les éditeurs requièrent régulièrement cette information au moment de l'inscription, en remplacement d'un onglet de certification d'âge légal. L'âge est une donnée pouvant permettre un premier tri dans l'échantillonnage industriel : à différentes tranches d'âge correspondent différents types de produits. En outre, la date de naissance peut également être ajoutée à un fichier relatif aux offres promotionnelles à date anniversaire. Enfin, la plupart des

⁴⁴⁰ Code de la sécurité intérieure, art. L. 232-1.

⁴⁴¹ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, entrée en vigueur le 26 mars 1995, JOCE n° L 239 du 22 septembre 2000, p. 19. V. art. 94, f).

⁴⁴² Pour « Frontières extérieures », FRONTEX est l'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières des États membres de l'Union Européenne, créée par le Règlement n° 2007/2004/CE du 26 octobre 2004. Pour aller plus loin v. FABRIZI-RACINE (N.), « Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : des données et des hommes », *RDLF*, mars 2017, ressource indexée.

⁴⁴³ Pour aller plus loin sur la collecte de données au sein de l'Union à des fins de régulation des flux migratoires, v. PREUSS-LEUSSINOTTE (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2000, 426 p.

⁴⁴⁴ Code civil, art. 55 et s.

⁴⁴⁵ Code civil, art. 414 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

⁴⁴⁶ On pensera notamment au régime de l'assurance vieillesse. V. Code de la sécurité sociale, art. L. 161-17-2 et art. L. 351-1.

⁴⁴⁷ V. par exemple : CNIL, délibération n° 2008-198 du 9 juillet 2008 modifiant l'autorisation unique n° AU-005 relative à certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par les établissements de crédit pour aider à l'évaluation et à la sélection des risques en matière d'octroi de crédit.

⁴⁴⁸ Loi n° 78-17, art. 7. On pourra noter ici une certaine liberté prise par le législateur, qui a abaissé l'âge prévu par le règlement (UE) 2016/679, à savoir 16 ans (art. 8§1). Cette marge est toutefois prévue par le règlement lui-même : « Les États membres peuvent prévoir par la loi un âge inférieur pour ces finalités pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en-dessous de 13 ans » (art. 8§1, al. 2).

réseaux numériques proposent un système de mise à disposition – voire d’alerte – des dates anniversaires des contacts. Il s’agit, une fois de plus, d’inciter à l’interaction qui créera une donnée. Ce rapide tour d’horizon des quelques données d’état civil peut s’achever avec le sexe, donnée à caractère personnel singulière.

D. Le sexe, un identifiant au carrefour des aspects formels et essentiels de l’identité

80. Un élément instable de l’état civil. – L’article 57 du Code civil prévoit que l’acte de naissance doit mentionner le sexe de l’enfant⁴⁴⁹. Quelques dispositions légales⁴⁵⁰ et une jurisprudence non contredite⁴⁵¹ permettent de s’assurer que cette catégorie est binaire : homme ou femme⁴⁵². On notera à ce titre les initiatives de certains éditeurs de service américains proposant à leurs utilisateurs – des mentions alternative. Facebook propose de spécifier selon que la personne se définit comme « TransMale », « TransFemale » ou « Intersex », alors que les différents services proposés par Google proposent une catégorie « Autre ».

81. Une numérisation croissante. – L’information sur le sexe de la personne est particulièrement collectée par des éditeurs de service connaissant un furieux développement : les sites et applications de rencontre. Ces services – principalement installés sur les terminaux mobiles – sollicitent la mention du sexe à des fins de recherche de compatibilité, et donc également d’orientation sexuelle, donnée relevant d’une catégorie particulière. La volatilité de cette information personnelle est accentuée par le support privilégié de la collecte⁴⁵³, ainsi que par les pratiques flottantes des services numériques de rencontre, dont certaines ont été mises en demeure par la CNIL⁴⁵⁴. À titre

⁴⁴⁹ Loi du 7 février 1924, codifiée à l’article 57 du Code civil : « L’acte de naissance énoncera le jour, l’heure, et le lieu de la naissance, le sexe de l’enfant ».

⁴⁵⁰ Code du travail, art. L. 6112-1 : « Pour l’application de la présente partie, aucune distinction entre les femmes et les hommes ne peut être faite ».

⁴⁵¹ TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 : « l’être humain doit être rattaché à l’un ou l’autre sexe ».

⁴⁵² Si le TGI de Tours proposait une nouvelle approche en affirmant qu’« aucune disposition légale n’impose la binarité des sexes » (TGI Tours, 2^{ème} ch. civ., 20 août 2015), la Cour de cassation a tranché en considérant que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l’état civil poursuit un but légitime en ce qu’elle est nécessaire à l’organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur » (V. Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2017 (16-17.189)). En revanche, on trouve à titre d’exemple en Allemagne un certificat de naissance dans lequel il est possible depuis 2013 d’indiquer « autre » en lieu et place de « féminin » ou « masculin » (V. Loi fédérale du 20 août 2013). Cette loi s’appuyait notamment sur les recommandations du Tribunal fédéral constitutionnel et du conseil d’éthique allemand : « lorsque les personnes ne peuvent pas se classer ni dans le sexe féminin, ni dans le sexe masculin à cause de leur constitution physique, mais qu’elles sont néanmoins obligées par la loi de s’inscrire dans l’une de ces catégories dans le registre de l’état civil, on est en présence d’une atteinte injustifiable au droit de la personnalité et au droit à l’égalité de traitement ».

⁴⁵³ ARCEP, *Les terminaux, maillon faible de l’ouverture d’Internet. Rapport sur leurs limites et les actions à envisager*, février 2018, p. 37, ressource indexée.

⁴⁵⁴ CNIL, décision n° 2015-060 du 24 juin 2015 mettant en demeure la société X.

anecdotique, on peut relever une jurisprudence isolée du TGI de Paris, qui avait fait du sexe – avec d'autres informations – une donnée de santé, donc sensible⁴⁵⁵, ce que la CNIL exclut pourtant⁴⁵⁶. L'énumération des éléments d'état civil faisant – principalement – l'objet d'une numérisation s'achève sur la mention du sexe qui, en tant que donnée, est à la jonction des identifiants formels de l'état civil et une autre catégorie de données personnelles réputée pour sa fiabilité, celle de l'identité physique objective.

§ 2 – La projection de la constitution corporelle de la personne : l'identité physique

82. L'identification par la vérité du corps. – Le corps contient de nombreuses particularités permettant d'identifier une personne, de façon directe ou indirecte. La plupart de ces données sont dites « sensibles », ce qui explique que les opérateurs privés ne puissent procéder à leur collecte que sous certaines conditions strictes. Pourtant, ces éléments ont en commun le rapport au corps dans le processus d'identification. On pourra alors parler, bien que le contenu soit variable en fonction des auteurs, de l'identité physique⁴⁵⁷. L'image de la personne ne permet de l'identifier que parce que son corps traduit une représentation (A.), tout comme sa voix (B.) ; si les données relatives à la santé des personnes sont particulièrement sensibles (C.), les données biométriques apparaissent comme l'identification numérique parfaite, dissociant chaque personne selon des caractéristiques physiques uniques (D.).

A. L'image, première donnée physique identificatoire

83. Une exploitation particulièrement liée à l'innovation technologique. – L'image est une information carrefour, illustrant la jonction des protections de la vie privée et des données à caractère personnel⁴⁵⁸. Cette donnée mérite donc une attention toute particulière. L'image relève de l'identité de la personne en tant qu'élément privilégié de la représentation. Cette représentation peut être figée – photographie – ou en mouvement – vidéographie. Une ancienne et illustre jurisprudence marque l'avènement de la protection de la représentation en image de la personne en droit français, à savoir l'affaire *Rachel*⁴⁵⁹. La question posée était la suivante : comment qualifier

⁴⁵⁵ TGI Paris, ord. réf., 8 août 2014, *C.N.O.P. Enova Santé*.

⁴⁵⁶ CNIL, délibération n° 2012-431 du 6 décembre 2012 portant avis sur un projet d'arrêté portant autorisation d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « gestion informatisée des procédures d'immigration » (GIPI).

⁴⁵⁷ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *D.*, 1999, p. 542 : « L'image, la voix, les empreintes génétiques forment l'identité physique ».

⁴⁵⁸ L'image est ainsi considérée comme information nominative : TGI Privas, 3 septembre 1997, n° 1045/9 ; confirmé par CA Nîmes, 6 novembre 1998.

⁴⁵⁹ Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} ch., 16 juin 1858 : *D.* 1858. III. p. 62, note O'CONNEL.

la publication de la photographie d'Elisabeth Rachel Félix sur son lit de mort ? La tranquille construction des droits de la personnalité commençait alors⁴⁶⁰. Les tourments de l'image sont revenus plus tard, à l'occasion de la création et de la large capacité de diffusion de la presse à scandale. Avec le développement des technologies de l'image et de l'impression, il a été considéré que reproduire l'image d'une personne identifiée dans l'intimité et sans son accord était constitutif d'une atteinte à la vie privée. C'est dans cet esprit que fut modifié l'article 9 du Code civil pour prendre la forme qu'on lui connaît aujourd'hui⁴⁶¹. En matière d'image, la Cour européenne des droits de l'Homme a tracé un lien bien plus clair entre la personne et sa représentation, affirmant que « la notion de vie privée comprend des éléments se rapportant à l'identité d'une personne tels que son nom ou son droit à l'image »⁴⁶².

84. Une donnée devenue strictement numérique. – Le fait d'admettre que l'image relève de la vie privée de la personne n'entraîne pas nécessairement la qualification de donnée à caractère personnel. Pourtant, lorsque la personne est identifiable ou identifiée, il s'agit bien d'une donnée identifiante au sens de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978, ce que tend à confirmer la rédaction du règlement 2016/679, admettant même la proximité particulière avec les données biométriques⁴⁶³. On retrouve ici le lien constitué entre les données personnelles et les droits de la personnalité⁴⁶⁴, régimes juridiques qui se télescopent ou se complètent⁴⁶⁵. Dans le domaine de la diffusion par la presse papier, la viralité de l'image était à peu près contrôlable par la pratique du référé en anticipation ou en retrait de la publication. Par ce biais, il n'est pas permis de saisir les numéros déjà vendus, mais il est possible d'endiguer efficacement la diffusion du contenu⁴⁶⁶. De la même façon, il est facile d'empêcher la diffusion d'une vidéographie dans les médias audiovisuels

⁴⁶⁰ Sur ce point, v. nos développements ultérieurs, n^{os} 377 et s.

⁴⁶¹ Loi n^o 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, modifiant l'article 9 du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi prescrire toutes mesures telles que séquestres, saisies et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

⁴⁶² Cour EDH, déc., 21 février 2002, *Schüssel c. Autriche*, req. n^o 42409/98 ; Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne (n^o 1)*, req. n^o 59320/00, § 50.

⁴⁶³ Règlement 2016/679, cons. 51 : « Le traitement des photographies ne devrait pas systématiquement être considéré comme constituant un traitement de catégories particulières de données à caractère personnel, étant donné que celles-ci ne relèvent de la définition de données biométriques que lorsqu'elles sont traitées selon un mode technique spécifique permettant l'identification ou l'authentification unique d'une personne physique. De telles données à caractère personnel ne devraient pas faire l'objet d'un traitement, à moins que celui-ci ne soit autorisé dans des cas spécifiques prévus par le présent règlement, compte tenu du fait que le droit d'un État membre peut prévoir des dispositions spécifiques relatives à la protection des données visant à adapter l'application des règles du présent règlement en vue de respecter une obligation légale ou pour l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ».

⁴⁶⁴ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 115.

⁴⁶⁵ V. en priorité BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 545-671.

⁴⁶⁶ Le plus grand risque est une diffusion locale par des transactions ou des consultations interpersonnelles.

classiques. La viralité des réseaux numériques change la donne. Lorsqu'une image est mise en ligne sur un support à accès public, il n'est guère possible de garantir que cette image a été effectivement retirée de tout support numérique. Traitées par différents algorithmes en fonction du support de mise en ligne, ces images peuvent être sauvegardées sur différents supports sans être visibles : sauvegardes dématérialisées – *cloud computing* –, serveurs physiques, sites de référencement, moteurs de recherches.

85. Une donnée particulièrement sollicitée et mise en ligne par autrui. – La communication de l'image photographique des tiers a été largement banalisée par l'avènement des réseaux sociaux, ce qui donne une toute autre dimension à la considérable volatilité des données. Bien sûr, les conditions d'utilisation avertissent de l'illicéité de la communication de l'image d'autrui sans consentement. Toutefois, alors même que des algorithmes sont capables de détecter la présence de différents visages sur une photographie numérisée, aucune vérification du consentement de l'ensemble des personnes identifiables n'a lieu lors de la mise à disposition du contenu. Ce flottement et les nombreuses incitations au partage provenant des éditeurs ont ménagé une zone grise permettant le développement du cyberharcèlement, phénomène dont l'ampleur est particulièrement observée en milieu scolaire. Ces comportements en marge de la loi ont, en ce sens, justifié des interventions particulières du législateur. C'est le cas du vidéolynchage (*Happy slapping*), consistant à filmer le passage à tabac d'une personne puis à le diffuser⁴⁶⁷. C'est également le cas de la revanche pornographique (*Revenge Porn*), qui consiste en la mise à disposition des photographies dénudées et légendées d'un ancien compagnon ou d'une ancienne compagne. L'article L. 226-2-1, créé par la loi du 7 octobre 2016 « pour une République numérique », prévoit désormais une incrimination spécifique⁴⁶⁸. Le développement des techniques de réidentification et de reconnaissance faciale confère à l'image un potentiel de donnée biométrique – et donc hautement sensible –, ce que le règlement du 27 avril 2016 a d'ailleurs entièrement intégré⁴⁶⁹. On comprend donc l'attention particulière de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui rappelle que le droit au respect de la vie privée vaut jusque dans les relations entre les individus eux-mêmes, ce qui inclut

⁴⁶⁷ Code pénal, art. L. 222-33-3 : « Est constitutif d'un acte de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne [...] et est puni des peines prévues par ces articles le fait d'enregistrer sciemment, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit, des images relatives à la commission de ces infractions ».

⁴⁶⁸ Code pénal, art. 226-2-1 : « Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1 ».

⁴⁶⁹ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 4, 14) : « données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques »

évidemment la diffusion de contenu photographique⁴⁷⁰ et vidéographique⁴⁷¹ révélant l'intimité d'une personne. Le juge strasbourgeois n'hésite d'ailleurs pas à tracer le lien direct avec l'identité personnelle⁴⁷², et demande aux États parties de s'acquitter de leurs obligations positives en la matière.

La représentation de la personne par son image est immédiate, elle renvoie directement à une individualité. Il en est de même pour la voix, dont la projection dans le numérique connaît un développement fulgurant.

B. La voix, écho identifiant de la personne

86. L'extrait audio comme donnée personnelle. – La voix est une donnée corporelle en ce que le corps la conditionne, et qu'à chaque corps correspond une voix spécifique. La Cour européenne a souhaité protéger la voix au titre de la garantie offerte par l'article 8 de la Convention, dans l'affaire *Klass*⁴⁷³ relative aux écoutes téléphoniques enregistrées. Cette protection s'étend explicitement à l'enregistrement de la voix à des fins d'analyse et de traitement dans l'arrêt *P.G. et J.H.*⁴⁷⁴. Le droit français intègre également la voix aux droits de la personnalité, le juge la qualifiant parfois d'« image sonore »⁴⁷⁵. La directive 95/46 CE visait expressément les données sonores en préambule, soulignant le contexte d'une massification de la collecte en raison des innovations techniques⁴⁷⁶.

87. Les projections numériques de la voix. – Le traitement de la voix est bien connu en matière judiciaire⁴⁷⁷ ou de surveillance administrative⁴⁷⁸, dans le cadre d'une enquête et lorsqu'il s'agit d'enregistrer des extraits sonores de la personne surveillée ou de son entourage. La donnée vocale

⁴⁷⁰ Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 1), 24 juin 2004, req. n° 59320/00, § 57 : « la Cour réitère que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux [...] Cela vaut également pour la protection du droit à l'image contre des abus de la part de tiers ».

⁴⁷¹ Cour EDH, 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, req. n° 48009/08, § 106.

⁴⁷² *Ibid.*, § 109 : « The Court has previously noted that a serious interference with private life can arise where the state of domestic law conflicts with an important aspect of personal identity ».

⁴⁷³ Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71 : *JDI*, 1980, 463, obs. P. ROLLAND.

⁴⁷⁴ Cour EDH, 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, req. n° 44787/98, § 59 : « S'il est vrai que lors de leur inculpation les requérants ont répondu à des questions formelles dans un lieu où des policiers les écoutaient, l'enregistrement et l'analyse de leurs voix à cette occasion doivent cependant être considérés comme relevant des données personnelles les concernant ».

⁴⁷⁵ TGI Paris, 19 mai 1982, *Maria Callas : D.* 1993, II, p. 147, obs. R. LINDON ; v. également TGI Paris, 3 décembre 1975, *Claude Piéplu* : « constitue l'un des attributs de la personnalité ; que tout personne est en droit d'interdire que l'on imite sa voix dans des conditions susceptibles de créer une confusion de personnes, ou de lui causer un préjudice ».

⁴⁷⁶ Directive 95/46/CE, cons. 14 : « compte tenu de l'importance du développement en cours, dans le cadre de la société de l'information, des techniques pour capter, transmettre, manipuler, enregistrer, conserver ou communiquer les données constituées par des sons et des images, relatives aux personnes physiques, la présente directive est appelée à s'appliquer aux traitements portant sur ces données ».

⁴⁷⁷ Code de procédure pénale, articles L. 100 à L. 100-8.

⁴⁷⁸ Code de la sécurité intérieure, articles L. 811-1 à L. 811-4.

est alors principalement traitée à titre accessoire, en tant que moyen d'identification. Du côté des activités privées en revanche, la voix est appelée à devenir l'une des principales données traitées à l'avenir. Le déverrouillage d'un terminal par commande vocale est une première analyse des caractéristiques de la voix. En raison du développement prévu des assistants vocaux, aussi appelés « interface ambiante », cette projection de la voix dans le numérique devrait largement s'accroître. Ces terminaux sont la nouvelle génération d'outils de commande vocale, séparés des téléphones intelligents sur lesquels ils avaient été développés et enrichis ces dernières années. Il s'agit d'une anticipation – et d'une orientation – du marché vers ces produits, certaines sociétés estimant que la majorité des recherches Internet se fera par la voix à l'horizon 2020⁴⁷⁹. Pour la personne, les bénéfices tirés des assistants vocaux sont assez simples à résumer, puisqu'il s'agit d'une possibilité de lancer des commandes à distance. Les emplois sont très divers : commandes embarquées dans les véhicules équipés de GPS, recherches d'informations, envoi de messages, mise en relation téléphonique⁴⁸⁰. D'une façon générale, il s'agit de libérer les mains de l'utilisateur et de supprimer l'interface écran. Pour les créateurs, l'intérêt est tout aussi vaste : promotion de certains services, interopérabilité avec l'ensemble des autres terminaux numériques, amélioration des autres produits liés à l'exécution de commandes. Plusieurs éléments peuvent toutefois alerter : la collecte continue des émissions sonores – afin de reconnaître les commandes – ainsi que la capacité du terminal à isoler et reconnaître la voix des différents utilisateurs. Rigoureusement analysée, la voix est une caractéristique physique pouvant donner de nombreuses indications sur une personne : âge, sexe, état de santé.

Une fois de plus, on perçoit le potentiel sensible des caractéristiques personnelles projetées dans le numérique. Les données de santé sont, évidemment, au premier rang des données sensibles.

C. Les données de santé, quantification de la vulnérabilité des personnes

88. Une donnée sensible au spectre large. – Les données de santé sont visées par la loi comme relevant de « certaines catégories », c'est-à-dire sensibles⁴⁸¹. Alors qu'elles n'étaient pas visées par la version initiale de la loi du 6 janvier 1978, le rapport Braibant – sur la transposition de la directive 95/46/CE – soulignait la nécessité d'encadrer la collecte très régulière de ces données, ayant lieu tant à des fins thérapeutiques que statistiques⁴⁸². À l'occasion d'un contrôle de légalité portant sur

⁴⁷⁹ « Google Home, Alexa... À quoi servent vraiment les assistants vocaux ? », *Seenk&lab.com*, Juin 2017, ressource indexée.

⁴⁸⁰ ARCEP, *Les terminaux, maillon faible de l'ouverture d'Internet. Rapport sur leurs limites et les actions à envisager*, février 2018, pp. 16-17, ressource indexée.

⁴⁸¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 8.

⁴⁸² BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 1998, p. 58.

un décret relatif à la mise en place de la « Carte Vitale », le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler que la protection des droits individuels impliquait le consentement de la personne en matière de communication et traitement de données médicales⁴⁸³. La loi de transposition stabilisait ce flottement légal en visant ces données à l'article 8 de la LIL, et le Conseil constitutionnel rappelait quelques jours après l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2004 qu'il était nécessaire d'observer « une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale »⁴⁸⁴. Toutefois, les données de santé n'étaient toujours pas définies, le législateur ayant fait le choix de ménager des possibilités d'ouverture en la matière⁴⁸⁵. Il était donc délicat de savoir si les « données médicales » et les « données de santé » étaient synonymes. C'est ce qui ressort notamment de la protection des données de santé en droit de l'Union, la Cour de justice de l'Union européenne ayant considéré qu'une information telle qu'un congé maladie – en raison d'une fracture du pied – pouvait être intégrée à la catégorie des « données relatives à la santé ». Ladite catégorie doit, selon le juge luxembourgeois, être interprétée de façon large, « de sorte qu'elle comprenne des informations concernant tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne »⁴⁸⁶. Le règlement européen du 27 avril 2016 a mis fin au débat en définissant les données de santé comme des « données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne »⁴⁸⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme a également intégré les données médicales au champ d'application de l'article 8 de la Convention, rappelant que les États devaient observer toutes les précautions nécessaires afin de collecter ces informations particulières⁴⁸⁸.

89. Renouveau de la projection des données de santé dans le numérique. – Dans le cadre d'une relation médicale, la légalité du traitement des données de santé est cantonnée au paradigme classique : consentement, confidentialité, hébergement sécurisé⁴⁸⁹. Toutefois, de

⁴⁸³ CE, 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain*, nos 188004, 188006, 188014, 188035, 188051, 188064.

⁴⁸⁴ CC, décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 5 : « Considérant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que ce droit requiert que soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale ».

⁴⁸⁵ JOB (J.-M.), « La loi “informatique et libertés” et les données de santé », *RLDI*, 2008/34, n° 1161.

⁴⁸⁶ CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, EU:C:2003:596, pt. 50.

⁴⁸⁷ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 4, 15).

⁴⁸⁸ Cour EDH, 10 novembre 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/02, § 44 : « La Cour rappelle tout d'abord le rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel – les informations relatives à la santé n'en étant pas les moindres – pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention » ; Cour EDH, 29 avril 2014, *L.H. v. Latvia*, req. n° 52019/07, §§ 56-58.

⁴⁸⁹ Code de la santé publique, art. L. 1111-1 et s. ; décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel et modifiant le Code de la santé publique ; v., pour une analyse sur la question de l'agrément nécessaire à l'hébergement de telles données, KADAR (D.), « L'hébergement des données de santé à caractère personnel : la question de l'agrément », *Journal des sociétés*, mars 2013, n° 107, pp. 26-37.

nombreux éditeurs de services proposent directement à la personne certaines estimations et conseils tirés du traitement de leurs données de santé : gestion de l'alimentation, surveillance des activités sportive, du sommeil, du rythme cardiaque, etc. Ces services, inquiétant particulièrement la CNIL⁴⁹⁰, sont qualifiés de « *quantified self* » (mesure de soi), ce qui en dit long sur les dangers d'une objectivation de la personne⁴⁹¹. Notons que leur interopérabilité avec les objets connectés va croissante : frigidaires, montres, assistants vocaux, ours en peluche, etc. Souhaitant éviter que la personne devienne un autre objet connecté⁴⁹², la CNIL souhaite sensibiliser la population comme le législateur au danger d'une utilisation du « *quantified self* » par les entreprises. Par exemple par des assureurs désireux de vérifier l'état de santé de leurs assurés⁴⁹³, en vue par exemple de souscription à un contrat de prévoyance⁴⁹⁴. Une étude estime à 26 milliards de dollars les revenus liés au développement de ce « *Mobile Health Market* », et à plus de 3 milliards le nombre d'utilisateurs de ces services à l'horizon 2020⁴⁹⁵.

L'inquiétude qui règne autour de la numérisation des données physiques est accentuée par leur capacité d'authentification. Lorsque les caractéristiques physiques de la personne nourrissent un algorithme capable d'en faire une clé d'identification, on parle de constitution d'un gabarit, et plus précisément de données biométriques.

D. L'identification biométrique, objectivation totale de la personne

90. Identification et utilisation. – L'identification biométrique cristallise souvent – et certainement à raison – les inquiétudes relatives aux futurs développements technologiques. Cette technique, permettant la recherche de conformité de données biologiques et mentales, est le terrain privilégié de l'authentification. La notion de biométrie mérite donc une attention particulière, portée dans un premier temps sur sa modélisation conceptuelle (1.) avant que soit envisagée sa palette d'utilisations prévues en droit positif (2.).

1. Identification de la biométrie

91. Modélisation de la biométrie. – La notion de biométrie est souvent confondue avec sa fonction. La biométrie en elle-même s'entend comme un « ensemble de techniques produisant une

⁴⁹⁰ CNIL, *Rapport d'activité 2013*, Paris, La Documentation Française, 2014, pp. 71-72.

⁴⁹¹ CNIL, « Applications mobiles en santé et protection des données personnelles : les questions à se poser », 4 mai 2018, ressource indexée ; LOUVET (B.), « Données de santé. Réflexions à propos du Quantified Self », *E.S.I.*, avril 2015, n° 401, pp. 149-152.

⁴⁹² CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 59.

⁴⁹³ CNIL, *Rapport d'activité 2013*, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁹⁴ BLOCH (L.), « Big "assureur" is watching you », *Responsabilité civile et assurances*, Septembre 2016, n° 9, p. 2.

⁴⁹⁵ Reseach2guidance, *Mobile Health Market Report 2013-2017*, mars 2013, pp. 24-31.

information à partir d'une mesure corporelle »⁴⁹⁶. Toute utilisation de la biométrie génère donc, par définition, une donnée à caractère personnel⁴⁹⁷. Sa fonction est, logiquement, d'« identifier un individu à partir d'une caractéristique physique stable, de la mesure et du calibrage d'une partie de son corps »⁴⁹⁸. Il est habituel de présenter la biométrie selon quatre critères : l'universalité, l'unicité, la permanence et l'accessibilité. Pour le dire autrement, la caractéristique permettant l'identification doit être présente chez toutes les personnes humaines, différente pour chaque personne humaine, elle ne doit pas s'altérer avec le temps, et il doit être possible de la collecter sans trop de difficulté. Comme souvent, le législateur français n'a pas souhaité intégrer une définition à la loi du 6 janvier 1978, mais inclut expressément la catégorie des données biométriques aux données sensibles (art. 8). Le règlement européen, en revanche, donne une définition des données biométriques, à savoir « les données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques »⁴⁹⁹. Au titre de ce que l'on entend comme ces caractéristiques physiques stables, on connaît principalement l'identification par les empreintes digitales (dactyloscopie), la photographie et les données génétiques, mais il existe également des procédés d'identification par la géométrie de la main, les lignes de la main, le réseau veineux de la main, par l'iris et la rétine, la démarche, la forme de l'oreille, les empreintes dentaires, la reconnaissance vocale⁵⁰⁰. Cette énumération n'est ni épuisée ni épuisable, car il n'est guère possible de prévoir les futures innovations en la matière, ce qui justifie, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, une particulière prudence en cas de traitement de telles données⁵⁰¹. Pour permettre cette identification, les informations biométriques nourrissent l'élaboration d'un gabarit, moyen de la recherche d'une correspondance à des fins d'authentification. Une fois le gabarit établi, il est stocké dans un fichier en attendant d'être sollicité pour établir ou réfuter une correspondance biométrique.

⁴⁹⁶ SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, Université Toulouse-1-Capitole, 2015, p. 20.

⁴⁹⁷ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04, § 81 ; CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, cons. 6-8.

⁴⁹⁸ DUBEY (G.), « Le retour de l'identification biométrique : un indice de reconfiguration politique et sociale », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁹⁹ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 4, 14).

⁵⁰⁰ Sur ce point, v. notamment CABAL (C.), *Méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir des données biométriques et techniques de mise en œuvre*, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques au Sénat et à l'Assemblée nationale, Paris, Assemblée Nationale-Sénat, 2003, 226 p.

⁵⁰¹ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04, § 71 : « De fait, compte tenu du rythme élevé auquel se succèdent les innovations dans le domaine [...] des technologies de l'information, la Cour ne peut écarter la possibilité que ces aspects de la vie privée [...] fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles, que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision ».

⁵⁰¹ Code de procédure pénale, articles L. 78-3 et L. 78-5.

La biométrie étant identifiée, ou plutôt modélisée, il convient à présent d'envisager les différentes utilisations de ces fameux gabarits.

2. Utilisation de la biométrie

92. Action publique : identification judiciaire et régulation des flux. – En matière d'action publique, l'utilisation de telles données d'authentification permet la simplification de l'identification judiciaire et propose de nouveaux éléments concourant au maintien de l'ordre⁵⁰². L'anthropométrie judiciaire, attribuée à Alphonse Bertillon à la fin du XIX^e siècle⁵⁰³, est une technique consistant à photographier une personne de face et de profil à des fins de mémorisation, comparaison et interpellation dans le cadre d'une enquête judiciaire. Cette pratique, loin d'avoir disparu, connaît une actualisation considérable avec le développement des caméras de vidéoprotection à reconnaissance faciale, permettant l'identification des personnes grâce à des enregistrements vidéographiques comparés avec le fichier de traitement des antécédents judiciaires (TAJ)⁵⁰⁴. La collecte d'empreintes (dactyloscopie) doit évidemment être mentionnée à son tour. Auparavant limitée aux personnes intéressées à des affaires judiciaires, la collecte d'empreintes digitales est aujourd'hui obligatoire pour la délivrance de titres nationaux d'identification – cartes nationales d'identité et passeports nationaux. On notera que la photographie est, elle aussi, collectée à des fins d'identification biométrique. Cette « biométrisation des papiers d'identité »⁵⁰⁵, imposée par un règlement européen du 13 décembre 2004⁵⁰⁶, poursuit différentes finalités, telles que la prévention et la poursuite des infractions pénales, la lutte contre l'usurpation d'identité⁵⁰⁷, la lutte contre l'immigration illégale. L'interconnexion des fichiers relatifs à ces documents au sein du fichier TES⁵⁰⁸, par un décret du 28 octobre 2016, permet aux autorités publiques de disposer de données

⁵⁰² Code de procédure pénale, articles L. 78-3 et L. 78-5.

⁵⁰³ Pour le marqueur historique : BERTILLON (A.), « Photographie judiciaire à la préfecture de police de Paris », *La Nature*, n° 833, 18 mai 1889. Pour une analyse d'ensemble, v. PIAZZA (P.) (dir.), *Aux origines de la police scientifique. Alphonse Bertillon, précurseur de la science du crime*, Paris, Karthala, 2011, 383 p.

⁵⁰⁴ LENA (M.), « Les attentes liées à l'entrée en vigueur du Traitement des antécédents judiciaires », *AJ Pénal*, 2013, p. 635 : « Les photos analysées, comparées aux fiches traitement des antécédents judiciaires [...] pourront en effet être obtenues à partir des visages filmés par une caméra de vidéosurveillance, ce qui est loin d'être anodin lorsque l'on sait à quelle vitesse – exponentielle – se développent ces systèmes de sécurité ». On peut citer l'inquiétant exemple de la Chine, qui prouve que la technologie d'identification par reconnaissance faciale en direct, y compris au sein d'une foule, est pleinement opérationnelle. L'État chinois, qui aurait déjà déployé de plus de 170 millions de dispositifs de vidéosurveillance dans l'espace public, compterait doubler ce nombre d'ici 2020. V. TRUJILLO (E.), « En Chine, le grand bond en avant de la reconnaissance faciale », *LeFigaro.fr*, ressource indexée, mise en ligne le 11 décembre 2017.

⁵⁰⁵ MELCHIOR (P.), « La biométrisation des documents d'identité », in CRETTEZ (X.), PIAZZA (P.) (dir.), *Du papier à la biométrie. Identifier les individus*, Paris, Presses de Sciences Po., « Sociétés en mouvement », 2006, p. 270.

⁵⁰⁶ Règlement n° 2252/2004/CE du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres.

⁵⁰⁷ Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité.

⁵⁰⁸ Décret n° 2016-1460 du 28 octobre 2016 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité. V. l'avis de la CNIL, délibération n° 2016-292 du 29 septembre

biométriques relatives à près de soixante millions de personnes. Il s'agit en fait d'un vieil objectif de la carte nationale d'identité⁵⁰⁹, document dont l'histoire, pas toujours heureuse⁵¹⁰, invite à la prudence. Ce recours à la biométrie est particulièrement mis en avant dans la gestion des flux de population. Les contrôles aux frontières tendent vers une automatisation reposant sur la biométrie⁵¹¹. Au sein de l'UE notamment, « les étrangers ont été les premières cibles des techniques biométriques »⁵¹². Les empreintes sont notamment collectées dans le cadre du système Eurodac⁵¹³ relatif aux demandeurs d'asile. En outre, un système automatisé de reconnaissance faciale – le traitement dit « PARAFE »⁵¹⁴ – s'installe depuis ces dernières années dans la plupart des aéroports internationaux, afin de fluidifier le trafic des passagers aériens.

93. Le cas particulier des empreintes génétiques. – Le règlement européen du 27 avril 2016 opère une distinction entre « données génétiques » et « données biométriques ». Les données génétiques sont ainsi définies comme « les données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique qui donnent des informations uniques sur la physiologie ou l'état de santé de cette personne physique et qui résultent, notamment, d'une analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question »⁵¹⁵. Il apparaît qu'il s'agit d'un croisement de deux autres définitions : celle des données de santé, et celle des données biométriques. La mention de l'hérédité n'est pas non plus à négliger. On comprend donc le statut particulier des données tirées de l'ADN, qui permettent de mettre en lumière des caractéristiques biologiques singulières, secrètes pour la personne elle-même, du fait de

2016 portant avis sur un projet de décret autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité.

⁵⁰⁹ PIAZZA (P.), *Histoire de la carte nationale d'identité*, Paris, Odile Jacob, « Histoire », 2004, p. 98 : « Grâce au bertillonnage et à la dactyloscopie, les pouvoirs publics contrôlent avec précision l'identité d'un nombre ne croissant de personnes et s'approprient une quantité considérable d'informations, qui font l'objet d'un classement rigoureux et d'une centralisation accrue. Pour chaque individu mesuré est établie une fiche anthropométrique ».

⁵¹⁰ PIAZZA (P.), « La "carte d'identité des français" sous Vichy », in CRETTEZ (X.), PIAZZA (P.) (dir.), *Du papier à la biométrie. Identifier les individus*, Paris, Presses de Science Po, « Sociétés en mouvement », 2006, pp. 39 et s.

⁵¹¹ BROEDERS (D.), « Le virage biométrique dans la lutte contre l'immigration clandestine de l'UE : l'établissement d'un contrôle migratoire intérieur "2.0" », in CEYHAN (A.), PIAZZA (P.) (dir.), *L'identification biométrique : champs, acteurs, enjeux et controverses*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2014, « praTICs », pp. 236-256.

⁵¹² PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), « L'encadrement juridique des bases de données biométriques européennes », in CEYHAN (A.), PIAZZA (P.) (dir.), *L'identification biométrique : champs, acteurs, enjeux et controverses*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2014, « praTICs », p. 303.

⁵¹³ Pour *European Dactylographic System*. V. Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte).

⁵¹⁴ Pour « Passage Rapide aux Frontières Extérieures ». V. Décret n° 2016-414 du 6 avril 2016 portant modification d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « PARAFE ».

⁵¹⁵ Règlement (UE) 2016/679, art. 4, 13).

leur complexité et de leur inaccessibilité à l'entendement humain. Ces éléments deviennent à leur tour progressivement des identifiants numérisés, stockés et potentiellement transmis⁵¹⁶. L'utilisation des données génétiques est, cela est bien connu, un moyen particulièrement efficace pour la mise en cause d'un auteur d'infraction, particulièrement en matière d'agression sexuelle et de viol.

94. L'identification biométrique à des fins d'authentification. – Si l'identification par la biométrie relève principalement des autorités publiques, le secteur privé s'empare progressivement de cette opportunité en matière de fiabilité. Ainsi, certains établissements bancaires s'intéressent de près à la sécurisation des transactions par identification biométrique, mettant en avant la réduction de la possibilité des fraudes⁵¹⁷. Une autre utilisation de la biométrie est celle permettant l'accès au lieu de travail⁵¹⁸, autorisée dans la mesure où il ne s'agit que d'une mesure d'authentification qui n'a pas pour objet de veiller au pointage horaire des salariés⁵¹⁹. La CNIL a également sanctionné l'accès par authentification biométrique à un logement privé de jeunes travailleurs, sanctionnant « l'obligation faite aux résidents de soumettre à un dispositif de contrôle un élément de leur corps »⁵²⁰. Le même raisonnement a été appliqué à la demande d'un bailleur souhaitant contrôler l'accès à un logement étudiant à l'aide d'un dispositif biométrique⁵²¹, ou encore au contrôle de l'accès des enfants à une cantine scolaire⁵²². La biométrie est donc une technique qui « permet d'inscrire le contrôle dans le corps même de la personne »⁵²³, rappelant les concepts de

⁵¹⁶ Pour aller plus loin, v. BLOCH (P.), DEPADT-SEBAG (V.), *L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, « Actes », 2007, 165 p. ; PRINS (C.), « Making our body identify for us: legal implications of biometric technologies », *Computer Law and Security Report*, 1998, 14(3), p. 163. ; LOISEAU (G.), « L'objectivation de l'identité », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.), *L'identité juridique de la personne humaine, op. cit.*, pp. 229 et s.

⁵¹⁷ Sur ce point, v. CNIL, délibération n° 2009-700 du 17 décembre 2009 autorisant Banque Accord à mettre en place à titre expérimental un système de paiement sans contact avec authentification biométrique du payeur.

⁵¹⁸ CNIL, délibération n° 2006-102 du 27 avril 2006, Délibération portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail ; CNIL, délibération n° 2016-186 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail et garantissant la maîtrise par la personne concernée sur son gabarit biométrique.

⁵¹⁹ CNIL, délibération n° 2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail (décision d'autorisation unique n° AU-007).

⁵²⁰ CNIL, délibération n° 2008-492 du 11 décembre 2008 refusant la mise en œuvre par l'Association d'aide pour l'accès et le maintien en logement autonome (ADAMAL) d'un traitement de données à caractère personnel reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux (autorisation n° 1247372).

⁵²¹ CNIL, délibération n° 2011-216 du 21 juillet 2011 refusant la mise en œuvre par la société LA COLOC d'un traitement de données reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle d'accès à une colocation pour étudiants.

⁵²² CNIL, délibération n° 00-015 du 21 mars 2000 portant avis sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en œuvre par le collège Jean Rostand de Nice, destiné à gérer à la cantine scolaire par la connaissance des empreintes digitales.

⁵²³ SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, Université Toulouse-1-Capitole, 2015, p. 520.

biopolitique⁵²⁴ et de biopouvoir⁵²⁵. En objectivant la personne, cette donnée « particulièrement sensible »⁵²⁶ la renvoie à une vérité du corps, et la détourne potentiellement de son identité vécue⁵²⁷. En outre, la fiabilité des identifiants biométriques reste discutée⁵²⁸, ce qui est inquiétant dans la mesure où le régime d'autorisation préalable pour les traitements de données sensibles a pris fin avec l'entrée en vigueur du règlement 2016/679.

La sensibilité de chaque donnée objective relative à la personne est exacerbée et consolidée par sa projection sur le support numérique. Toutefois, afin de contourner les objections légales à l'identification par de telles caractéristiques, les autorités publiques comme les opérateurs privés attribuent ou concèdent de nombreux identifiants indirects aux personnes, qui n'en constituent pas moins des données à caractère personnel.

⁵²⁴ FOUCAULT (M.), *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, « Tel », 1976, p. 183 : « technologie à double face – anatomique et biologique, individualisant et spécifiant, tournée vers les performances du corps et regardant vers les processus de la vie – caractérise un pouvoir dont la plus haute fonction désormais n'est peut-être plus de tuer mais d'investir la vie de part en part ».

⁵²⁵ BIOY (X.), *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « Perspectives », 2016, p. 33 : « question centrale du pouvoir sur les corps, de son expression la plus forte, le droit de vie et de mort sur les individus, jusqu'à des formes plus insidieuses comme la discipline ou l'hygiène ».

⁵²⁶ CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, cons. 10 : « compte tenu de son objet, ce traitement de données à caractère personnel est destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ; que les données biométriques enregistrées dans ce fichier, notamment les empreintes digitales, étant par elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu, sont particulièrement sensibles ; que les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déferée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire ».

⁵²⁷ LOISEAU (G.), « L'objectivation de l'identité », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 235 : « L'objectivation de l'identité, qui est ici à son comble puisqu'elle s'appuie exclusivement sur les déterminants d'ordre biologique, détourne l'être de son identité psychique. D'une certaine manière, et paradoxalement, cette sur-individualisation de la personne à partir de données objectives conduit à une dé-personnification de l'être dans sa réalité subjective » ; DUBEY (G.), « Le retour de l'identification biométrique : un indice de reconfiguration politique et sociale », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 184 : « L'inaltérabilité présumée de l'identifiant, souvent mise en avant pour légitimer *a priori* ce type de dispositif, vise un principe de permanence ou de non-variabilité qui n'a pas de référent dans l'identité comme expérience vécue ».

⁵²⁸ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.*, pp. 90-93 ; SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, Université Toulouse-1-Capitole, 2015, p. 20.

Section 2 – La multiplication des identifiants indirects de la personne

95. Une infinité d'identifiants indirects. – Il convient d'admettre, une fois de plus, qu'il est inconcevable de recenser tous les identifiants alphanumériques attribués aux personnes. Il en existe une infinité, puisque la génération de codes chiffrés, lettrés, ou les deux, ne connaît de limites que dans le nombre de services et d'administrations qui procèdent à cette forme d'anonymisation. Ces identifiants sont « naturellement » numériques, puisque créés afin de faciliter les communications électroniques et les démarches sur les différents supports numériques. Toutefois, puisque l'objet des présents développements est de discerner la nature de l'identité numérique et non d'en définir le contenu de manière exhaustive, on étudiera les éléments qui constituent les portes d'entrées vers l'ensemble de l'identité numérique (§ 1), ainsi que les principaux identifiants codés relatifs à l'identité numérique de la personne (§ 2). Si les données de type matricule peuvent être envisagées comme neutres, d'autres sont malgré elles plus significatives⁵²⁹.

§ 1 – Les identifiants « portail » de l'identité numérique

96. Adresse numérique et référent social. – Parmi les éléments de l'identité numérique qui permettent une identification de la personne de façon indirecte, deux données sont particulièrement généreuses en informations. L'adresse IP constitue une véritable porte d'entrée de l'identité numérique (A.), tandis que le numéro de sécurité sociale (NIR) fait figure de noyau informatif pour biens des secteurs d'activité (B.).

A. L'adresse IP, donnée informatique centrale

97. Une brève histoire de l'adresse IP. – L'adresse IP étant une donnée particulièrement centrale, nous pensons qu'il est pertinent d'en aborder brièvement la nature technique (1.) avant d'étudier plus longuement les errements relatifs à sa qualification juridique (2.).

1. Identification de l'adresse IP

98. L'adresse IP, pilier numérique du recoupement. – L'adresse « Internet Protocol » est, à défaut d'être l'identifiant absolu de la personne, l'identifiant du terminal connecté à un réseau. Il s'agit d'un identifiant en sommeil qui se révèle à chaque connexion⁵³⁰, une sorte de « plaque

⁵²⁹ GALLOUEDEC-GENUYS (F.), LEMOINE (P.), *Les enjeux culturels de l'informatisation*, Paris, La documentation française, 1980, p. 35 : « la première, la plus élémentaire, est de type matricule. Elle se traduit par l'attribution aux personnes d'un numéro arbitraire ; la seconde, plus complexe, a un caractère signifiant. Le code porte en lui-même, dans ce cas, des informations sur les personnes, tout en permettant leur identification sans équivoque ».

⁵³⁰ Cette connexion peut s'effectuer en ligne (sur Internet), ou hors ligne par un réseau local (LAN). Le réseau local est utilisé principalement pour des réseaux professionnels mais on trouve aussi des réseaux domestiques.

d'immatriculation de l'ordinateur »⁵³¹ relevée à chaque passage. L'adresse IP est principalement fixe, c'est-à-dire attribuée à un même terminal connecté, mais elle peut être dynamique, c'est-à-dire générée aléatoirement à chaque nouvelle sollicitation⁵³². Entre les différents appareils et serveurs identifiés peuvent ainsi circuler des informations, qu'on appelle communément « paquets » de données. L'adresse IP est donc le point nodal de l'identification numérique, la donnée « hameçon » qui permettra la prise d'information sur la navigation et fournira aux annonceurs la possibilité de renvoyer de la publicité ciblée sur le bon terminal et – supposément – à la bonne personne⁵³³. Il faut toutefois préciser que toutes les adresses IP ne renvoient pas nécessairement à des personnes. S'il s'agit d'un terminal dédié à une utilisation personnelle – ordinateur, tablette, téléphone, assistant vocal –, le liant entre la personne et l'adresse paraît naturelle. Toutefois, les serveurs permettant le stockage des données et les sites web ne sont pas directement utilisés par les personnes, pas plus que les objets connectés autonomes. Ils disposent pourtant d'une adresse IP.

En considérant cela, mais surtout en appréciation du fait que cette donnée est indispensable à toute circulation de donnée à caractère personnel entre deux terminaux, on comprend donc les attermoissements jurisprudentiels autour de la qualification de l'adresse IP en donnée à caractère personnel. L'importance de l'information nous incite à en rendre brièvement compte.

2. *Qualification de l'adresse IP*

99. Une donnée à caractère personnel pour les autorités de régulation. – La loi du 6 janvier 1978 modifiée étant muette sur la question de l'adresse IP, il faut s'intéresser aux interprétations proposées par la CNIL comme par les différents juges. La CNIL, mais également l'ensemble des autorités de régulation des données européennes, se sont unanimement prononcées en ce sens dès l'année 2000, en qualifiant « sans l'ombre d'un doute » l'adresse IP de donnée à caractère personnel au sens de la directive 95/45/CE. Cette affirmation repose principalement sur le constat de

⁵³¹ SUSKIN (L.), DE GUILLENCHMIDT (M.), « La qualification de l'adresse IP au centre de la lutte contre le téléchargement illicite sur les réseaux *peer to peer* », *RLDI*, 2007/33, n° 1095.

⁵³² Concrètement, l'« IPv4 » plusieurs chiffres successifs, réunis en quatre nombres compris entre 0 et 255 (e qui donne environ 4,3 milliards de combinaisons pour former une adresse IP unique). Toutefois, les 4,3 milliards de combinaisons possibles ayant été attribuées à partir de 2011, il existe désormais une adresse IP version 6, permettant des possibilités quantitatives quasi illimitées : là où l'IPv4 était d'une capacité de 16 bits (unité de mesure de la quantification des informations transmises), l'IPv6 dispose d'une capacité de 128 bits, ce qui permet d'attribuer des milliards de milliards d'adresses ($3,4 \times 10^{38}$).

⁵³³ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.*, p. 19 : « L'adresse IP permet ainsi une traçabilité exhaustive de l'internaute et, des sites qu'il visite, il est possible de définir des traits de sa personnalité. Est-il dépensier ? Économe ? A-t-il une passion et, si oui, combien est-il prêt à investir pour l'assouvir ? Les réponses à ces questions permettront ensuite de lui adresser des publicités particulièrement ciblées ».

l'enregistrement systématique de l'IP par les différents prestataires de service, indice de la valeur marchande de la donnée et de son utilité⁵³⁴.

100. Une longue errance des juridictions françaises. – Prenant en considération ces éléments, la jurisprudence nationale a connu quelques errements à propos de l'adresse IP⁵³⁵. Le juge judiciaire avait été saisi de la question en 2007, à de multiples endroits et à de multiples reprises. Pour le TGI de Saint-Brieuc, l'adresse IP était certes une donnée constituée de chiffres, mais « au même titre qu'un numéro de téléphone [...] un numéro IP associé à un fournisseur d'accès correspond nécessairement à la connexion d'un ordinateur pour lequel une personne déterminée a souscrit un abonnement »⁵³⁶. L'adresse IP était donc une donnée à caractère personnel. Par deux fois la même année, la Cour d'appel de Paris disait tout l'inverse. La formation d'appel estimait que l'adresse IP ne saurait être considérée comme une donnée à caractère personnel si elle ne sert pas véritablement à identifier l'auteur présumé d'une infraction mais simplement à constituer l'élément matériel de l'infraction⁵³⁷. On mesure ici la difficulté à concevoir que l'aspect identifiant soit neutralisé si l'identité de la personne est déjà connue et que l'adresse IP n'est utilisée que pour permettre l'incrimination. La Cour de cassation ne s'alignait pas exactement sur cette interprétation mais délivrait une solution réfutant à l'adresse IP la qualification de donnée à caractère personnel. Cette adresse ferait parti d'un « faisceau d'indices » et ne saurait être regardée comme permettant à elle seule d'identifier une personne⁵³⁸. L'adresse IP n'était donc pas, par principe, une donnée à caractère personnel. Le juge du fond n'avait pas dit son dernier mot. Le 24 juin 2009, le TGI de Paris affirmait avec clarté que « l'adresse IP est une donnée personnelle puisqu'elle correspond à un numéro fourni par un fournisseur d'accès à Internet identifiant un ordinateur connecté au

⁵³⁴ G29, « Le respect de la vie privée sur Internet – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne », WP 37, 21 novembre 2000 : « les fournisseurs d'accès internet et les gestionnaires des réseaux locaux peuvent, en utilisant des moyens raisonnables, identifier les utilisateurs internet auxquels ils ont attribué des adresses IP, du fait qu'ils enregistrent systématiquement dans un fichier les date, heure, durée et adresse dynamique IP données à l'utilisateur internet [...] Dans ce cas, on peut parler sans l'ombre d'un doute, de données à caractère personnel au sens de l'article 2, point a) de la directive ».

⁵³⁵ V. notamment CAPRIOLI (E.), « L'adresse IP est une donnée à caractère personnel », *CCE*, n° 10, octobre 2014, pp. 36-38 ; CAPRIOLI (E.), « L'adresse IP n'est pas forcément est une donnée à caractère personnel », *CCE*, n° 7, juillet 2015, pp. 46-47.

⁵³⁶ TGI Saint-Brieuc, 6 septembre 2007, *Ministère public SCPP et SACEM c. J.P.* : « L'adresse IP, est, au sens strict, un identifiant d'une machine lorsque celle-ci se connecte sur l'Internet et non d'une personne. Mais au même titre qu'un numéro de téléphone n'est, au sens strict, que celui d'une ligne déterminée mais pour laquelle un abonnement a été souscrit par une personne déterminée ; un numéro IP associé à un fournisseur d'accès correspond nécessairement à la connexion d'un ordinateur pour lequel une personne déterminée a souscrit un abonnement auprès de ce fournisseur d'accès. L'adresse W de la connexion associée au fournisseur d'accès constitue un ensemble de moyens permettant de connaître le nom de l'utilisateur ».

⁵³⁷ CA Paris, 13^{ème} ch., 27 avril 2007, *Anthony G c. SCPP*, www.legalis.net : « L'adresse IP ne permet pas d'identifier le ou les personnes qui ont utilisé cet ordinateur puisque seule l'autorité légitime pour poursuivre l'enquête (police ou gendarmerie) peut obtenir du fournisseur l'accès d'identité de l'utilisateur » ; CA Paris, 15 mai 2007, 13^{ème} ch., *Henri S. c. HCPP*, www.legalis.net : « [...] le relevé de l'adresse IP de l'ordinateur ayant servi à l'infraction entre dans le constat de sa matérialité et pas dans l'identification de son auteur ».

⁵³⁸ Cass. crim., 5 septembre 2007 (07-81.031).

réseau ; elle permet d'identifier rapidement [...] les données nominatives du responsable [...] »⁵³⁹. La cacophonie jurisprudentielle continuait et ne s'arrangeait pas⁵⁴⁰, les juridictions demeurant en désaccord pendant près de dix ans⁵⁴¹. La Cour d'appel de Rennes s'alignait sur la position de la Cour de cassation et refusait de considérer l'adresse IP autrement que comme « une série de chiffres », « même indirectement nominative »⁵⁴². C'était là l'occasion d'un revirement de la Cour de cassation, que l'on peut supposer définitif. Dans un arrêt du 3 novembre 2016, les juges de cassation ont affirmé que « les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, de sorte que leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL⁵⁴³. Le Conseil d'État ne contestait pas, pour sa part, cette qualité à l'adresse IP⁵⁴⁴. Le Conseil constitutionnel enfin, à l'occasion de l'examen de la loi HADOPI, avait clairement considéré que les adresses IP étaient des « données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne »⁵⁴⁵. En France, l'alignement jurisprudentiel semble donc, depuis 2016, entier.

101. Une protection active du juge de l'Union. – Dès 2003 dans l'affaire *Lindqvist*, la Cour de justice des communautés européennes posait les solides jalons jurisprudentiels de la protection de l'adresse IP. Elle affirmait que le nom d'une personne associé à ses coordonnées téléphoniques relevait « assurément » de la notion de donnée à caractère personnel au sens de la directive 95/46⁵⁴⁶. Cette affirmation était soulignée dans l'affaire *Promusicae*⁵⁴⁷, dans laquelle il était question de téléchargement à l'aide d'un logiciel libre, et de la communication des noms et adresses d'utilisateurs sur la base de l'adresse IP dans le cadre d'une procédure pénale. Le juge communautaire avance la nature de l'adresse IP comme une évidence : « Il n'est d'ailleurs pas contesté que la communication,

⁵³⁹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 24 juin 2009, *Jean-Yves Lafesse et autres c. Google et autres*, www.legalis.net.

⁵⁴⁰ TELLER (M.), « Les difficultés de l'identité numérique : quelle qualification juridique pour l'adresse IP ? », *D.*, n° 29, 3 septembre 2009, pp. 1988-1991.

⁵⁴¹ V. notamment LEMAITRE (M.-A.), LECOMTE (F.), « Inconnue juridique à cette adresse (IP) », *ESI*, n° 325, mai 2008, pp. 174-177 ; FERRAY (R.), « Adresse IP et données personnelles : un besoin de convergence d'interprétation entre juges », *Gaz. Pal.*, n° 119-120, 29 avril 2009, pp. 6-7.

⁵⁴² CA Rennes, Ch. com., 28 avril 2015, n° 14/05708 : « le simple relevé d'une adresse IP aux fins de localiser un fournisseur d'accès ne constitue pas un traitement automatisé de données à caractère personnel au sens des articles 2, 9 et 25 de la loi "informatique et libertés" du 6 janvier 1978. L'adresse IP est constituée d'une série de chiffres, n'est pas une donnée, même indirectement nominative alors qu'elle ne se rapporte qu'à un ordinateur et non à l'utilisateur ».

⁵⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 3 novembre 2016 (15-22.595) : *JCP G*, décembre 2016, obs. R. PERRY.

⁵⁴⁴ CE, 23 mai 2007, n° 288149.

⁵⁴⁵ CC, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 27.

⁵⁴⁶ CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, EU:C:2003:596, pt. 24 : « La notion de données à caractère personnel [...] englobe [...] toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Cette notion comprend assurément le nom d'une personne joint à ses coordonnées téléphoniques ou à des informations relatives à ses conditions de travail ou à ses passe-temps ».

⁵⁴⁷ CJCE, GC, 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, EU:C:2008:54.

sollicitée par *Promusicae*, des noms et adresses de certains utilisateurs [...] implique la mise à disposition de données à caractère personnel, c'est-à-dire d'informations sur des personnes physiques identifiées ou identifiables»⁵⁴⁸. La Cour de justice de l'Union a conservé cette interprétation de l'adresse IP comme ne pouvant être neutre puisque nécessairement attachée aux données d'une personne identifiable. Pour l'exemple, elle a rappelé dans l'arrêt *Bonnier Audio* qu'elle n'était pas opposée à ce qu'une législation nationale prévoit la divulgation de l'identité d'une personne par le fournisseur d'accès à Internet sur demande des autorités nationales, via la communication de l'adresse IP⁵⁴⁹. L'affaire *Scarlet Extended* a mis fin aux éventuels débats résiduels, puisque le juge de Luxembourg a considéré que les adresses IP étaient des « données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs »⁵⁵⁰.

102. Une indétermination du juge de la Convention. – Du côté de la Cour européenne des droits de l'Homme, la question de l'adresse IP n'a pas encore été tranchée en tant que telle. Dans diverses affaires, la Cour considère l'ensemble des informations qui sont accessibles après divulgation de l'adresse IP sans insister sur le caractère de la donnée d'ouverture. On pourrait, en forçant le raisonnement de la Cour, avancer que la protection de l'IP est envisagée dans l'arrêt *Delfi AS*, dans lequel on peut lire qu'« un internaute peut être anonyme pour le grand public tout en étant identifiable par un prestataire de services au moyen d'un compte ou de coordonnées, lesquelles peuvent ne pas être vérifiées ou faire l'objet d'une vérification plus ou moins poussée, allant d'une vérification limitée (par exemple grâce à l'activation d'un compte par une adresse électronique ou un compte de réseau social) »⁵⁵¹. La prudence incitait à ne pas l'affirmer, jusqu'à un arrêt *Benedik c. Slovénie*, dans lequel la Cour a constaté une violation de l'article 8 de la Convention ressortant d'une base légale insuffisamment claire. La disposition attaquée prévoyait notamment la communication de l'adresse IP aux autorités slovènes dans le cadre d'une enquête pénale, ce qui a donné l'occasion au juge strasbourgeois d'affirmer que les données nécessaires à l'établissement de communications électroniques entraient dans le champ d'application de l'article 8⁵⁵².

⁵⁴⁸ *Ibid.*, pt. 45.

⁵⁴⁹ CJUE, 3^{ème} ch., 19 avril 2012, *Bonnier Audio e. a.*, aff. C-461/10, EU:C:2012:219, pt. 61 : « la directive 2006/24 doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'application d'une législation nationale, instituée sur la base de l'article 8 de la directive 2004/48, qui, aux fins d'identification d'un abonné à Internet ou d'un utilisateur d'Internet, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit l'identité de l'abonné à qui une adresse IP qui aurait servi à l'atteinte audit droit a été attribuée, puisqu'une telle législation ne relève pas du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2006/24 ».

⁵⁵⁰ CJUE, 3^{ème} ch., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, EU:C:2011:771, pt. 51.

⁵⁵¹ Cour EDH, 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. n° 64569/09.

⁵⁵² Cour EDH, 24 avril 2018, *Benedik c. Slovénie*, req. n° 62357/14, § 104 : «The Court has previously considered information such as metering data on the telephone numbers dialed [...], personal information relating to telephone, email and Internet usage [...], information stored by the prosecution authorities on a card concerning the facts relating to the applicant's business relations [...] and public information stored by the authorities on the applicant's distant past [...] to fall within the ambit of Article 8».

103. En définitive : un élément de l'identité numérique. – Le principal argument opposé à la qualification de l'adresse IP comme donnée à caractère personnel est la crainte d'une protection trop élevée de cette donnée, ce qui pourrait avoir pour effet d'empêcher ou d'entraver fortement sa communication dans le cadre d'une enquête pénale. Comme l'a rappelée la Cour de justice de l'Union⁵⁵³, l'un n'empêche pas l'autre. Tout comme il est possible de demander à un individu de s'identifier pour certaines raisons relevant notamment de l'ordre public, il est possible de demander la communication de l'adresse IP à des fins de procédure pénale. En tant que donnée « portail » ouvrant sur un ensemble de données et métadonnées assimilables à une personne, l'adresse IP ne peut guère être considérée comme une série de chiffres neutre pouvant faire l'objet d'un traitement sans autre investigation.

L'adresse IP, en tant que « portail numérique » vers la personne, peut être comparée à une autre donnée qui lui préexistait, constituant une autre ouverture sur une grappe d'informations personnelles.

B. Le NIR, donnée sésame

104. Un identifiant fonctionnel et significatif. – Le numéro d'inscription au répertoire des personnes physiques – NIRPP ou simplement NIR – est connu comme le numéro de sécurité sociale. Ce numéro est inscrit au répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP)⁵⁵⁴, fichier géré par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE). L'identifiant sert donc de base, pour certains organismes habilités, à la vérification d'état civil. Le NIR a la particularité d'être un matricule significatif. Bien que se présentant sous la forme d'une série de chiffre, il permet de déduire le sexe de la personne, le mois et l'année de sa naissance, le département et la commune de naissance en France, ou le cas échéant une naissance à l'étranger. Sa seconde singularité se trouve dans sa persistance : ce matricule attribué à la naissance est durablement attaché à la personne. On comprend donc que la projection d'une telle quantité d'informations personnelles invariables sur le support numérique n'est pas sans poser de nombreux problèmes. La CNIL n'hésite pas à le qualifier de « reflet, sous forme numérique, de l'identité de chacun »⁵⁵⁵. Considérant qu'une telle donnée est un véritable sésame menant à de multiples informations personnelles, le risque « que l'on puisse désigner un citoyen par son numéro de

⁵⁵³ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.

⁵⁵⁴ Décret n° 82-103 du 22 janvier 1982 relatif au répertoire national d'identification des personnes physiques. Ce répertoire contient pour chaque personne physique : nom et prénoms, lieu et date de naissance, sexe, date et lieu de décès (le cas échéant), numéro de l'acte de naissance et de l'acte de décès (le cas échéant), le numéro d'inscription au répertoire (NIR), et une notification pour chaque organisme ayant demandé l'identification de personnes physiques.

⁵⁵⁵ CNIL, « Le NIR, un numéro pas comme les autres », *Rapport d'activité 1998*, Paris, La Documentation Française, 1999, p. 61.

Sécurité sociale »⁵⁵⁶ est l'un des fondements de l'adoption de la loi informatique et libertés⁵⁵⁷. Pour souligner l'aspect sensible de cette donnée, la CNIL l'a assimilé à une donnée concernant la santé des personnes⁵⁵⁸.

105. Des utilisations limitées. – Le NIR est consultable par les structures de gestion de la sécurité sociale, par l'administration fiscale, par la Banque de France, et intégré au répertoire des entreprises⁵⁵⁹. L'utilisation de ce numéro est particulièrement présente en matière de ressources humaines, dans la gestion des payes et des comptes d'épargne salariale⁵⁶⁰. Pour simplifier le régime des cotisations sociales, l'interconnexion des différents fichiers est également possible⁵⁶¹. Si la CNIL surveille de près la consultation du RNIPP, elle tente plus encore d'endiguer toute diffusion du NIR. Dans l'ensemble, l'autorité de régulation qualifie sa doctrine relative au NIR de « cantonnement », soit la garantie que chaque secteur ayant accès à l'identifiant attribue lui-même un identifiant sectoriel anonyme. Ainsi, il est possible que cet identifiant soit enregistré dans les fichiers eux-mêmes chiffrés des différents organismes (police, secteur bancaire, administration fiscale) si cela concerne une relation nécessaire avec la sécurité sociale. La CNIL a dû refuser de nombreuses demandes de traitement du NIR provenant du secteur privé, principalement à des fins d'optimisation de la « relation client »⁵⁶². En outre, la loi du 6 janvier 1978 modifiée subordonne

⁵⁵⁶ Débats tenus au Sénat lors de la séance du 17 novembre 1977, publiés au JORF, p. 2768.

⁵⁵⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 : « Sont mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés [...] 6° Les traitements portant sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques et ceux qui requièrent une consultation de ce répertoire sans inclure le numéro d'inscription à celui-ci des personnes ».

⁵⁵⁸ CNIL, délibération n° 2007-040 du 20 février 2007 portant refus d'autorisation de la mise en œuvre par la société Kimberly-Clark SNC d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

⁵⁵⁹ CNIL, « RNIPP : répertoire national d'identification des personnes physiques », 19 juin 2009, ressource indexée.

⁵⁶⁰ Décret n° 91-1404 du 27 décembre 1991 autorisant l'utilisation du répertoire national d'identification des personnes physiques par les employeurs dans les traitements automatisés de la paie et de la gestion du personnel.

⁵⁶¹ Code de la sécurité sociale, articles R. 115-1 et R. 115-2 ; Code du travail, articles L. 444-5 (Epargne salariale) et R. 1221-17 (Déclaration préalable à l'embauche).

⁵⁶² CNIL, délibération n° 2006-043 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par le GIE 50 d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur l'utilisation du numéro de sécurité sociale à des fins de « gestion de la relation client en mode multi-canal » ; CNIL, délibération n° 2006-044 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la société VIE PLUS d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité l'utilisation du numéro de sécurité sociale à des fins de gestion de la relation client dans le cadre de la souscription de contrats d'épargne retraite individuelle et collective ; CNIL, délibération n° 2006-045 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la société VOLKSWAGEN FINANCES d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité l'utilisation du numéro de sécurité sociale à des fins de détection d'incohérence dans les demandes de crédit ; CNIL, délibération n° 2006-046 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la société MONTALIVET GESTION d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des données des dossiers de recouvrement de créances pour le compte d'autrui ; CNIL, délibération n° 2006-055 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par MFP SERVICES d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion de la relation client ; CNIL, délibération n° 2009-576 du 20 octobre 2009 refusant d'autoriser la mise en œuvre par la société MANPOWER FRANCE d'un traitement automatisé de données à caractère personnel utilisant le numéro de sécurité sociale et ayant pour finalité la gestion des salariés intérimaires.

désormais les traitements du NIR à une liste prévue par décret en Conseil d'État⁵⁶³, conformément au règlement européen du 27 avril 2016⁵⁶⁴.

Au-delà de ce matricule signifiant, il existe d'autres matricules composant l'identité numérique de la personne dans son aspect formel, comme autant de séries de caractères alphanumériques attribués et non choisis : « la numérotation nous montre qu'elle apparaît comme une méthode assez particulière au sein des systèmes d'identification. Elle présente en effet une possibilité de fonctionnement total : elle saisit l'irréductibilité individuelle de même qu'elle intègre l'expansion croissante du groupe. Elle combine les deux grandeurs de l'identité : l'attachement au groupe et la singularité au sein du groupe, ce qui est la fonction propre de tout système social d'identification »⁵⁶⁵.

§ 2 – Les principaux identifiants « matricules » de l'identité numérique

106. Les principaux identifiants « matricules » attribués. – Il serait inutile de vouloir étudier l'ensemble des déclinaisons possibles de l'identité numérique en des séries de matricules abstraits. Toutefois, il nous semble pertinent de mettre en évidence certaines données particulièrement sollicitées et projetées dans le numérique. Les adresses e-mail sont des informations particulièrement sollicitées. En tant que données « contact », et pouvant contenir des informations directes sur la personne, les adresses e-mail comptent parmi ces données (A.) ; les identifiants bancaires sont évidemment sensibles malgré leur apparente neutralité (B.) ; il en va de même, d'une certaine manière, pour les données fiscales, nouvelles arrivantes dans la catégorie des données personnelles (C.).

A. L'adresse e-mail, principale coordonnée numérique

107. L'intégration du nom. – La création d'une adresse courriel étant souvent subordonnée au renseignement d'un nom et d'un prénom, il n'est pas rare que les personnes indiquent leur véritable identité formelle. Dans le cas de Gmail ou de Facebook, des adresses sont attribuées automatiquement en se basant sur les renseignements préalables. Pour se soustraire à une adresse e-mail contenant son nom exact, la personne doit donc renseigner des champs civilement inexacts. De manière logique, l'adresse courriel de type « prenom.nom@nomdedomaine.fr » est une donnée

⁵⁶³ Loi n° 78-17, art. 22.

⁵⁶⁴ Règlement (UE) 2016/679, art. 87 : « Les États membres peuvent préciser les conditions spécifiques du traitement d'un numéro d'identification national ou de tout autre identifiant d'application générale. Dans ce cas, le numéro d'identification national ou tout autre identifiant d'application générale n'est utilisé que sous réserve des garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée adoptées en vertu du présent règlement ».

⁵⁶⁵ DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, op. cit., p. 21.

à caractère personnel, puisqu'elle renvoie directement au nom des personnes⁵⁶⁶. Ainsi, les adresses professionnelles composées de la même façon, attribuées sans consultation de la personne et souvent divulguées sur des annuaires professionnels en ligne ou sur les sites institutionnels, sont aussi qualifiées de données à caractère personnel⁵⁶⁷.

108. Donnée de contact. – L'adresse e-mail n'est toutefois pas tant sollicitée pour la donnée nominative qu'elle contient que pour son statut privilégié de coordonnée numérique. C'est bien la « contactabilité »⁵⁶⁸ qui est recherchée. Le coût dérisoire auquel les professionnels peuvent procéder à de l'envoi de publicité à l'aide de cette adresse attire logiquement la convoitise. La pratique illicite⁵⁶⁹ du *spamming* – ou publipostage électronique⁵⁷⁰ – illustre tout particulièrement la croyance en une rentabilité résiduelle tirée d'un envoi massif et non ciblé de publicité. La projection d'une telle donnée dans le numérique, au-delà de celles consenties par formulaire papier ou numérique, est principalement causée par la pratique illégale des logiciels « aspirateurs d'adresses »⁵⁷¹ et par la revente en cascade de listes d'adresses courriels contenues dans les fichiers clients⁵⁷². Très peu coûteuse et supposée plutôt rentable, l'adresse courriel des personnes est particulièrement volatile, passant de professionnel en professionnel, dans la logique « B2B »⁵⁷³.

À l'aide d'un recoupement efficace, cette donnée est la fin de ligne du profilage privé : après étude minutieuse de l'identité numérique de la personne, il est possible de la contacter afin de lui proposer un contenu adapté à ses besoins supposés ou pouvant être générés.

⁵⁶⁶ Cass. crim. 14 mars 2006 (05-83.423) : Bull. Crim., n° 69, 2006, p. 267.

⁵⁶⁷ CE, 11 avril 2014, *Association Juricom*, n° 348111.

⁵⁶⁸ DINANT (J.-M.), *Rapport sur les lacunes de la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel face aux développements technologiques (Partie I)*, Strasbourg, Novembre 2010, T-PD-BUR (2010)09 (I) FINAL, p. 7 : « la contactabilité, ou la possibilité techniquement offerte à un tiers d'injecter un contenu informationnel (et notamment de la publicité) dans une boîte aux lettres ou sur un écran ».

⁵⁶⁹ Code des postes et des communications électroniques, art. L. 33-4-1 du Code des postes et des communications électroniques : « Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen ».

⁵⁷⁰ FRAYSSINET (J.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et protection des libertés des consommateurs », in PIATTI (M.-C.) (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, PUL, 2001, pp. 42-43 : « Le spamming ou publipostage électronique sur l'Internet est l'envoi de messages indésirés à des nombres considérables de personnes [...] à partir de la collecte préalable d'adresses électroniques (e-mail) captées dans les espaces publics de l'Internet (forums de discussions, listes de diffusion, annuaires, sites web) et même parfois de manière illicite grâce à des logiciels "aspirateurs" qui repèrent sur le réseau la circulation d'une adresse e-mail constituant une donnée personnelle ».

⁵⁷¹ RENAUDIN (K.), *Le spamming et le droit. Analyse critique et prospective de la protection juridique des « spammés »*, Université Grenoble-Alpes, 2011, p. 53 : « Bien souvent, cette opération s'effectue de façon "sauvage" dans les espaces publics, au moyen de "logiciels aspirateurs" permettant de collecter massivement les adresses électroniques divulguées par l'internaute ».

⁵⁷² À titre d'exemple, on peut citer la société *Virgin* qui, après s'être déclarée en cessation de paiement, a revendu son fichier client contenant environ 1,6 millions d'adresses e-mail à la *FNAC* pour 54.000 euros, soit environ 3 centimes d'euros par client.

⁵⁷³ *Business to Business*.

Un matricule d'une nature différente attirera notre attention, particulièrement sollicité par l'administration. Il s'agit des identifiants fiscaux.

B. Les données fiscales, identifiants particuliers

109. Identification des données fiscales. – L'attribution de matricules aux personnes afin de les intégrer à des fichiers relatifs au paiement de l'impôt est l'un des plus anciens traitements qui puisse être décrit. Il y aurait eu, entre 1978 et 2018, plus de 120 traitements soumis à la CNIL⁵⁷⁴. Leur statut est donc assez clair : il s'agit bien de données à caractère personnel, au sens de la loi mais aussi au sens de la directive 95/46/CE comme la Cour de justice de l'Union a eu l'occasion de le rappeler plusieurs fois⁵⁷⁵ et, plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁷⁶. L'actuel traitement de données réalisé par l'administration fiscale a fait l'objet d'une déclaration à la CNIL et d'une délibération constatant la conformité du système le 28 janvier 2002⁵⁷⁷. Depuis, il est possible pour toute personne imposable en France de disposer d'un accès personnalisé permettant divers services, dont le principal est évidemment le paiement de l'impôt⁵⁷⁸. À peine une quinzaine d'années après la mise en place de ce service, et une forte incitation à l'utiliser, plus de la moitié des contribuables français paient leurs impôts par Internet⁵⁷⁹. Le fichier central de la direction générale des finances publiques (DGFIP)⁵⁸⁰ contient tous les éléments nécessaires à l'imposition : nom, prénom, sexe, filiation, adresse, catégorie socio-professionnelle, revenus, etc. Ces informations sont réservées à la consultation et à l'utilisation de l'administration fiscale, mais sont aussi accessibles et modifiables par l'utilisateur. Pour accéder à ses informations et profiter des différents services proposés par la DGFIP sur Internet, l'utilisateur reçoit trois matricules permettant de l'authentifier. Il s'agit du numéro de télédéclarant, du numéro fiscal, et de la référence du relevé fiscal.

⁵⁷⁴ DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, op. cit., p. 989.

⁵⁷⁵ CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Bara e.a.*, aff. C-201/14, EU:C:2015:638, pt. 29 : « À cet égard, il y a lieu de constater, sur la base des indications fournies par la juridiction de renvoi, que les données fiscales transférées à la CNAS par l'ANAF constituent des données à caractère personnel au sens de l'article 2, sous a), de ladite directive, puisqu'il s'agit d'« informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable » ; CJUE, 27 septembre 2017, *Puškar*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, pt. 33.

⁵⁷⁶ Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy v. Finlande*, req. n° 931/13 : JCP G 2017, p. 1414, note H. SURREL.

⁵⁷⁷ CNIL, délibération n° 02-092 du 28 novembre 2002 concernant la modification de plusieurs traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre par la direction générale des impôts et certains aménagements dans les relations avec les contribuables résultant de l'entrée en vigueur des dispositions fiscales de la loi relative au pacte civil de solidarité.

⁵⁷⁸ On trouve également sur ce site la possibilité de générer des simulations concernant l'impôt particulier ou encore la mise en place d'un dépôt de recours auprès de la DGFIP.

⁵⁷⁹ THIN (G.), « Impôts : 60% des français ont déclaré leurs revenus en ligne », *LaTribune.fr*, ressource indexée, mise en ligne le 2 juillet 2018.

⁵⁸⁰ La DGFIP est issue d'une fusion récente entre la Direction générale des impôts (DGI) et la Direction générale de la Comptabilité publique (DGCP), effective depuis le 3 avril 2008.

110. Un traitement particulier réservé aux données fiscales. – Il faut souligner que l'administration fiscale dispose d'un statut spécial. En effet, la lutte contre la fraude fiscale justifie de nombreux recoupements qui heurtent les principes de la loi du 6 janvier 1978⁵⁸¹. En outre, le droit d'opposition est exclu, puisqu'il s'agit d'un traitement de données relevant d'une compétence particulière de l'administration fiscale et prévu par une disposition expresse de la disposition légale autorisant le traitement⁵⁸². Concernant l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2019 du prélèvement à la source (PAS)⁵⁸³, certaines questions peuvent être soulevées. Il s'agira de prélever directement l'impôt sur le revenu au moment du versement du salaire, pour l'année en cours et non pour l'année écoulée. Cela pourrait conduire l'employeur à être en contact direct avec des informations importantes concernant le salarié, et le niveau de sécurité paraît difficile à maintenir dans un cadre technique nécessairement plus souple que celui de la gestion des paies⁵⁸⁴. La transition vers ce nouveau système est en cours⁵⁸⁵.

Au dernier rang des données présentées sous forme alphanumérique que nous avons choisi de présenter, les bonnes bancaires succèdent aux données fiscales. N'étant pas protégées de la même façon, lesdites données bancaires connaissent une toute nouvelle projection dans le numérique.

C. Les données bancaires, identifiants en devenir

111. Une donnée personnelle. – La caractérisation des données bancaires n'est pas aisée, tant leur formation est vaste : informations de paiement, relevés de compte, et bien sûr le fameux relevé d'identité bancaire au nom particulièrement significatif. Le contentieux relatif aux traitements des données contenues dans les comptes clientèles des établissements bancaires fut l'un des premiers

⁵⁸¹ Livre des procédures fiscales, art. L. 81 : « Le droit de communication permet aux agents de l'administration, pour l'établissement de l'assiette et le contrôle des impôts, d'avoir connaissance des documents et des renseignements mentionnés aux articles du présent chapitre dans les conditions qui y sont précisées » ; Livre des procédures fiscales, art. L. 103-A : « L'administration des impôts peut solliciter toute personne dont l'expertise est susceptible de l'éclairer pour l'exercice de ses missions d'étude, de contrôle, d'établissement de l'impôt ou d'instruction des réclamations, lorsque ces missions requièrent des connaissances ou des compétences particulières. L'administration peut communiquer à cette personne, sans méconnaître la règle du secret professionnel, les renseignements destinés à lui permettre de remplir sa mission ».

⁵⁸² Loi n° 78-17, art. 38 : « Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement ».

⁵⁸³ Loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017, art. 60, modifié par l'ordonnance n° 2017-1390 du 22 septembre 2017 relative au décalage d'un an de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source.

⁵⁸⁴ Sur ce point précis, v. TRUYENS (V.), « Comment concilier le prélèvement à la source et le RGPD ? », *Lexbase Hebdo Edition fiscale*, 21 juin 2018, n° 746.

⁵⁸⁵ On ne peut s'empêcher de noter qu'à cette occasion, la DGFIP (DGFIPMedia) a décidé de passer par une démonstration vidéo hébergée par la société Youtube (Google). Durant plusieurs mois, la vidéo a été présentée comme obligatoire avant accès au site et déclaration des revenus. L'administration fiscale a donc orienté des millions de personnes (4 754 139 visionnages au 1^{er} juillet 2018) vers un service dont l'éditeur n'est autre que le plus grand collecteur mondial de données. V. PONCET (G.), « Le site internet des impôts offre à Google des données de millions de français », *LePoint.fr*, ressource indexée, mise en ligne le 18 avril 2018.

à se développer devant la CNIL. Il fût donc établi très tôt que les données bancaires étaient bien des données à caractère personnel⁵⁸⁶. Aujourd'hui, alors que les États essaient de s'entendre pour assouplir les conditions de la levée du secret bancaire à des fins de lutte contre l'évasion fiscale⁵⁸⁷, la question du statut de ces données bancaires s'est à nouveau posée au niveau européen. Dans une affaire *M.N.*⁵⁸⁸, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré « que des informations tirées de données bancaires constituent indubitablement des données à caractère personnel, et cela peu importe que ces informations soient sensibles ou non »⁵⁸⁹. Les données bancaires étant de type matricule, c'est bien sûr leur recoupement qui avec les autres éléments de l'identité formelle des personnes qui présente les risques d'atteintes. Le risque principal a été très tôt identifié par la CNIL et le Conseil d'État. La pratique du *scoring*⁵⁹⁰, tendant à une segmentation entre bons et mauvais payeurs classés selon un indice de confiance, entre dans le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978. Ainsi, si le segment – profilage discriminant – qui ressort du scoring « ne constitue pas à lui seul une information nominative [...] il le devient dès lors qu'il est associé à une personne identifiée ou indirectement identifiable et figure dans un traitement automatisé »⁵⁹¹.

112. Une donnée projetée par l'achat en ligne. – La projection de données bancaires s'explique en grande partie par la massification du recours au paiement en ligne. Ce paiement s'effectue *via* des systèmes de paiement devant présenter des garanties de sécurité⁵⁹². Cette sécurité repose généralement sur une série de certificats électroniques, sur des authentifications par e-mail ou SMS – sous forme d'un code à délivrer au moment du paiement. Les moyens de paiement sont divers : carte bancaire, compte PayPal, monnaie virtuelle cryptographique. Le moyen le plus utilisé étant la carte bancaire, il a été nécessaire de baliser les données « strictement nécessaires » à la réalisation d'une transaction – et donc d'un traitement –, à savoir le numéro de la carte de crédit, sa date de

⁵⁸⁶ CNIL, délibération n° 80-22 du 8 juillet 1980 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la tenue des comptes de la clientèle et le traitement des informations s'y rattachant par les établissements bancaires et assimilés.

⁵⁸⁷ V. notamment CE, 24 août 2014, *Société HSBC Private Bank*, n° 336382.

⁵⁸⁸ En l'espèce, il s'agissait de l'allégation d'une violation de l'article 8. La mesure attaquée était une levée du secret bancaire d'une enquête sur le blanchiment d'argent et dans un contexte de nombreux procès liés au crime organisé par une action conjointe des autorités judiciaires italiennes et de Saint-Marin. Les données des quatre requérants, ressortissants italiens qui ne faisaient pas l'objet d'une enquête, avaient été collectées à cette occasion.

⁵⁸⁹ Cour EDH, 7 juillet 2015, *M.N. et autres c. Saint-Marin*, req. n° 28005/12, § 51 ; v. également Cour EDH, 22 décembre 2015, *G. S. B. c. Suisse*, req. n° 28601/11, § 93.

⁵⁹⁰ GAUDEMET (M.), PERRAY (R.), « Scoring et protection des données personnelles : un nouveau régime à l'efficacité incertaine », *LPA*, 2006, n° 207, p. 8.

⁵⁹¹ CNIL, délibération n° 93-032 du 6 avril 1993 relative au contrôle effectué le 2 octobre 1992 à la Caisse régionale de Crédit agricole de la Dordogne ; CE, 7 juin 1995, n° 148659 : *ADJA*, 1996, p. 162, note J. FRAYSSINET.

⁵⁹² La CNIL et la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont signé en ce sens un accord de protection le 6 janvier 2011 (CNIL et DGCCRF, 6 janvier 2011, *protocole de coopération pour la protection des données personnelles des consommateurs*). Dans la mesure où le prestataire de service justifie d'une finalité de conservation des données bancaires, il peut conserver lesdites données pour une durée limitée. En revanche, il doit fournir un niveau de sécurité suffisant afin d'assurer la protection de ces données sensibles, sous peine de condamnation.

validité et le cryptogramme visuel. Il peut sembler étonnant de ne pas voir figurer dans une telle liste le nom du titulaire de la carte, pourtant systématiquement sollicité. La CNIL l'a rappelé, la collecte de la donnée nominative – le nom au sens strict – doit se limiter à des finalités déterminées et légitimes, telle que la lutte contre la fraude⁵⁹³.

113. L'apparition d'une exploitation commerciale directe. – Les banques traitent également les données de leurs clients comme de potentielles sources de revenus, dans le cas d'une transmission à des établissements partenaires qui étudieront le type de dépenses réalisées par une personne. Si le secret bancaire interdit rigoureusement la communication de telles données, le consentement exprès de la personne peut en constituer une levée. Le développement des entreprises œuvrant dans le domaine des technologies financières – dites *FinTechs*⁵⁹⁴ – a conféré aux données bancaires de nouveaux potentiels : agrégation de données bancaires dans des bases de données, lisibilité des besoins financiers, concurrence des banques sur les produits financiers⁵⁹⁵. L'apparition de nombreux services et applications de gestion bancaire⁵⁹⁶ doit être interprétée à la lumière de ce nouveau marché.

L'étalement des identifiants formels de l'identité est un prélude à l'étude d'un phénomène d'une autre ampleur, celui de l'éclatement – et donc de la prolifération – de ces identifiants par le traitement des métadonnées.

⁵⁹³ CNIL, délibération n° 2013-358 du 14 novembre 2013 portant adoption d'une recommandation concernant le traitement des données relatives à la carte de paiement en matière de vente de biens ou de fourniture de services à distance et abrogeant la délibération n° 03 034 du 19 juin 2003, article 2 : « s'agissant de l'identité du titulaire de la carte, dès lors que cette donnée n'est pas requise pour la réalisation d'une transaction en ligne, elle ne doit pas être collectée par le système de paiement sauf lorsqu'elle est justifiée pour la poursuite d'une finalité déterminée et légitime, telle que la lutte contre la fraude ».

⁵⁹⁴ Pour aller plus loin, v. SEVE (M.), « L'environnement réglementaire des entreprises fintechs aux États-Unis et en Europe », *JCP E*, 14 juin 2018, n° 24, pp. 29-35.

⁵⁹⁵ V. RAYNAL (A.), HARMANT (O.), « Les "FinTech" : ces start-ups qui veulent bousculer les banques », *FrenchWeb.fr*, ressource indexée, mise en ligne le 7 juillet 2014.

⁵⁹⁶ Par exemple : *Bankin'*, *Linxo*, *Expense Manager*.

Conclusion du chapitre 1

114. Le potentiel sensible de l'identité formelle. – La multiplication des moyens d'identification n'est pas un phénomène propre aux technologies de numérisation. Toute technique susceptible d'offrir des possibilités de recensement intéresse en premier lieu l'État, souhaitant circonscrire sa population afin d'assurer ses missions, telles que la prévention et la poursuite des infractions, le maintien de l'ordre public et la garantie d'une titularité effective des droits et libertés. L'individualisation qui ressort de ce recensement est la première étape dans l'institution du sujet de droit : la personnalisation juridique. La projection de l'état civil sur le support numérique, accélérant l'accès aux informations tant pour la personne physique que pour l'administration, est donc logique. Toutefois, la numérisation ne s'arrête pas à cette frontière formelle, puisque l'omniprésence des traitements conduit à une situation dans laquelle la majorité des informations objectives permettant d'identifier une personne sont collectées. Cette prolifération des identifiants répond à des finalités très variables. Pour les autorités publiques, il faut y voir des moyens de contrôle supplémentaires, qu'il s'agisse de lutter contre la fraude (collecte par l'administration fiscale par exemple) ou nourrir des fichiers publics (administratifs comme policiers). Pour les entreprises, les traitements permettant la réalisation d'un profit sont également très variables. Chaque « nouveau » type d'information relatif à l'identité des personnes – comme les empreintes digitales ou les données génétiques – fait l'objet d'un traitement. Sous l'impulsion de finalités non circonscrites *a priori*, l'informatique, via les traitements de données à caractère personnel, phagocyte l'identité. Le régime des données sensibles – catégories particulières de données soumises à une déclaration préalable (avant adoption du RGPD) et dont la finalité est examinée restrictivement – a incité les opérateurs privés à recourir aux données classiques d'état civil, mais également à l'attribution de matricules se présentant sous forme de caractères alphanumériques, *a priori* neutres. La numérisation révèle sa capacité à « rendre sensible » toute forme de donnée personnelle, fût-elle objective. Le recoupement – par interconnexion ou rapprochement – permet une potentialisation des données personnelles. Si les normes de protection prévoient le cas d'une « identification indirecte » de la personne, il est délicat d'envisager toutes les possibilités de réidentification. En outre, les données personnelles objectives par nature, c'est-à-dire relatives aux caractéristiques physiques, font également l'objet de traitements réalisés par des entreprises. Ces techniques, qui visent principalement l'authentification, peuvent constituer *per se* une menace pour l'identité, en réduisant les personnes à des caractéristiques qui leur échappent.

Chapitre 2 – L'éclatement de l'identité par les métadonnées

« La nature des entités éternelles consiste en de petites substances illimitées en nombre. »

DEMOCRITE⁵⁹⁷

115. De quoi la métadonnée est-elle le nom ? – Nous avons souligné la « sensibilité » accrue des données formelles pouvant se rapporter à la personne, en raison de leur potentiel propre parfois signifiant, mais également en raison de leur potentialisation mutuelle. Il nous apparaît donc assez logique de poursuivre en nous attardant sur le potentiel – et l'utilisation – de données supposément neutres, les métadonnées. La métadonnée, en tant que donnée qui renseigne sur une donnée, n'est pas nommément visée par la loi. Toutefois, ce terme connu de tous les informaticiens et technophiles dissimule des éléments inégalement sanctionnés par le droit⁵⁹⁸, sous le nom de « données techniques », « données de connexion », « données de transit », etc. Du fait de la neutralité présumée des métadonnées, une certaine différenciation juridique est opérée, ce qui facilite une collecte massive et peu ciblée des métadonnées des usagers des réseaux numériques.

116. L'explosion des métadonnées. – L'utilisation généralisée de téléphones connectés a eu pour conséquence une hausse exponentielle du nombre de métadonnées disponibles : toutes les applications qui en collectent en produisent de nouvelles sur un support connecté à la fois au réseau téléphonique et au réseau Internet. La France compte en 2017 environ 38 millions d'utilisateurs de téléphones dits intelligents, c'est-à-dire partiellement autonomes et connectés. Ces utilisateurs téléchargent des applications assez régulièrement, et 84% d'entre eux se connectent quotidiennement à Internet depuis leur téléphone⁵⁹⁹. La production non contrôlée de données

⁵⁹⁷ DEMOCRITE d'après SIMPLICIUS, *Commentaire sur le traité du Ciel d'Aristote*, 294, 33. Cité par DUMONT (J.-P.), *Les écoles présocratiques*, Gallimard, « Folio essais », 1991, p. 421.

⁵⁹⁸ BOURCIER (D.), « Données sensibles et risque informatique – De l'intimité menacée à l'identité virtuelle », in CHEVALLIER (J.) et al., *Questions sensibles*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1998, p. 48 : « Comment le droit intervient-il vis-à-vis de ce que l'on vient de caractériser de sensible, qu'il s'agisse de données, de méta-données et de décisions ? Va-t-il protéger les individus, ou gérer seulement l'équilibre des intérêts en cause ? ».

⁵⁹⁹ Statistiques calculées par comScore et Mobile Marketing Association (MMA) « Baromètre trimestriel du marketing mobile en France », 1^{er} trimestre 2016, ressource indexée.

techniques est massive, incalculable en l'état⁶⁰⁰. Le développement des objets connectés devrait encore accentuer cette production⁶⁰¹, et par extension cette collecte⁶⁰².

117. Un objet dans un clair-obscur. – Absent de la norme, le terme métadonnée est rarement rencontré en doctrine⁶⁰³. À cette relative absence de littérature, nous voyons deux explications, qui ne s'excluent nullement. La première est l'absence de différenciation légale entre donnée et métadonnée. Jusqu'à récemment, on pouvait en effet soutenir qu'il s'agissait d'un seul et même objet. Or, le juriste l'apprend dès ses premiers pas à l'université : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. L'étude de la métadonnée pourrait alors être intéressante, mais la distinction terminologique surabondante. La seconde explication, plus pragmatique, relève de la technicité des métadonnées. Il n'est en effet guère naturel de concevoir juridiquement une abstraction issue d'une abstraction, *a fortiori* quand celle-ci relève d'un procédé technique difficile à appréhender. Saisir juridiquement la différence entre une « information permettant d'identifier directement ou indirectement un individu » et une « information directe ou indirecte sur cette information directe ou indirecte » peut compliquer l'approche⁶⁰⁴. La différence se révèle être de nature et non de degré, ce qui n'en simplifie pas l'étude juridique.

118. Un contenu à éclaircir. – Ce qui compte ici n'est pas tant la différence de nature, mais plutôt l'utilisation commune qui est faite des données et métadonnées : identifier une personne, directement ou indirectement, par recoupement avec d'autres données. On trouve alors l'utilité particulière des métadonnées, bien plus nombreuses que les données en elles-mêmes et bien plus

⁶⁰⁰ CNIL, « Mobilitics saison 2 – Les smartphones et leurs apps sous le microscope de la CNIL et d'INRIA », Lettre innovation et prospective de la CNIL, n° 8, décembre 2014, 4 p.

⁶⁰¹ MARINO (L.), « To be or not to be connected : ces objets connectés qui nous espionnent – à propos des téléviseurs LG », *D.*, 2014, pp. 29-30.

⁶⁰² LAVERDET (C.), « Données personnelles : la sécurité des données à l'ère des objets connectés », *ESI*, n° 392, 1^{er} juin 2014, pp. 214-217. Pour aller plus loin, v. BACA (M.) (dir.), *Introduction to metadata*, Los Angeles, Getty Research Institute, 2016, 83 p.

⁶⁰³ À notre connaissance : TINIERE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2018, p. 188 ; FOREST (D.) « Conservation des données de connexion et métadonnées : un nouveau coup de semonce à la surveillance de masse en Europe », *Dalloz IP/IT*, avril 2017, n° 4, pp. 230-232 ; DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, p. 258, n° 524 ; MATHIAS (G.), LORRAIN (A.-C.), « Données de connexion : un état des lieux ou une première tentative de démêlage de la toile législative », *RLDI*, n° 334, 1^{er} décembre 2005, p. 48 ; DUHEN (W.), « L'imbroglio juridique de la conservation des données de connexion », *RLDI*, n° 103, avril 2014, p. 81 ; MAISNIER-BOCHE (L.), « Quel régime pour la conservation et l'utilisation des données de connexion par les autorités publiques et les opérateurs privés ? », *RLDI*, n° 101, février 2014, p. 105 ; Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 181.

⁶⁰⁴ MAISNIER-BOCHE (L.), « Quel régime pour la conservation et l'utilisation des données de connexion par les autorités publiques et les opérateurs privés ? », *op. cit.*, p. 105 : « La notion de données de connexion est complexe à définir car elle recouvre une réalité technique toujours en évolution. Une bonne illustration de cette complexité technique est que les termes utilisés pour désigner les données de connexion varient, entre “données techniques”, “données de trafic”, “métadonnées”, “logs”, “traces”, données de journalisation, etc. La liste est longue ».

utiles pour procéder à des recoupements visant la réidentification⁶⁰⁵. On verra, en ce sens, que les métadonnées sont la matière première des services de renseignement. Alors que la Cour de justice de l'Union européenne a souligné ce potentiel⁶⁰⁶, le Conseil constitutionnel a, pour sa part, plutôt choisi d'insister sur la différence de nature avec des contenus relevant véritablement du droit au respect de la vie privée⁶⁰⁷. Les distinctions entre données et métadonnées amènent donc à des conclusions très variables, certains auteurs y voyant l'intersection entre « réification et personnification »⁶⁰⁸. Afin de mettre en lumière l'éclatement de l'identité numérique en une myriade de données techniques se cristallisant autour de données signifiantes, il faut s'aventurer dans une tentative de définition concrète, à la fois juridique et technique (Section 1). Il sera alors possible d'éclairer les très nombreuses utilisations des métadonnées, c'est-à-dire les traitements qui reposent sur elles (Section 2).

Section 1 – Une prudente identification des métadonnées

Section 2 – Une récurrente utilisation des métadonnées

⁶⁰⁵ ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, p. 78 : « Les services numériques offrent des fonctions de classement, de tri, d'organisation des données qui sans les métadonnées n'existeraient pas. Ainsi, un morceau de musique numérique n'est qu'un fichier difficile à manipuler par un utilisateur si on ne lui adjoint pas un fichier décrivant l'artiste, l'album, l'année, le style musical, etc. La valeur d'usage de ces services repose donc sur la combinaison de données et de métadonnées. Les données, seules, sont donc sans réelle valeur puisque inutilisables sans recours aux métadonnées ».

⁶⁰⁶ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238 pts. 26-27 : « À cet égard, il convient de relever que les données que doivent conserver les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, au titre des articles 3 et 5 de la directive 2006/24, sont, notamment, les données nécessaires pour retrouver et identifier la source d'une communication et la destination de celle-ci, pour déterminer la date, l'heure, la durée et le type d'une communication, le matériel de communication des utilisateurs, ainsi que pour localiser le matériel de communication mobile, données au nombre desquelles figurent, notamment, le nom et l'adresse de l'abonné ou de l'utilisateur inscrit, le numéro de téléphone de l'appelant et le numéro appelé ainsi qu'une adresse IP pour les services Internet. Ces données permettent, notamment, de savoir quelle est la personne avec laquelle un abonné ou un utilisateur inscrit a communiqué et par quel moyen, tout comme de déterminer le temps de la communication ainsi que l'endroit à partir duquel celle-ci a eu lieu. En outre, elles permettent de connaître la fréquence des communications de l'abonné ou de l'utilisateur inscrit avec certaines personnes pendant une période donnée [...] Ces données, prises dans leur ensemble, sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci ».

⁶⁰⁷ CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 55 : « [les données] conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques et les personnes offrant au public une connexion permettant une telle communication portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux et ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications ».

⁶⁰⁸ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 118 : « Tel serait le cas des données de connexion, qui ne sont qu'indirectement rattachables à un individu, tout en faisant état de son parcours dans le cyberspace et, potentiellement, d'un certain nombre de ses préférences personnelles. La qualification de cette deuxième série de données est déterminante, car elle implique un choix entre la personnification et la réification : inclure ces éléments dans le champ des données personnelles la primauté de la personne sur la dimension économique ; les exclure revient à autoriser *de facto* l'exploitation commerciale de ces données ».

Section 1 – Une complexe identification juridique des métadonnées

119. Métadonnée ou donnée de connexion. – La distinction entre données et métadonnées s'impose en raison de la présence de très nombreux textes relatifs aux « données de connexion »⁶⁰⁹. Pour commencer, aucune définition claire de ce que sont les « données de connexion » n'apparaît dans les textes concernés. En outre, l'appellation même de donnée de connexion semble inadaptée, car insuffisante. Cette notion conduit en effet à cantonner les métadonnées aux informations générées à l'instant de la connexion, en excluant les autres données contextuelles générées lors de la navigation, qu'elles soient relatives à des marqueurs temporels ou spatiaux⁶¹⁰.

120. Contenant et contenu. – Afin d'éclaircir cet objet à la fois complexe par sa technicité pure et par le régime juridique qui le vise, il faut envisager de s'intéresser à sa structure comme à ses composantes internes. En s'intéressant aux différentes approches des métadonnées, il est possible d'envisager une définition d'ordre général (§ 1) mais la réponse n'étant que peu satisfaisante, il reste indispensable d'observer le procédé de génération des métadonnées (§ 2).

§ 1 – La délicate définition des métadonnées

121. La donnée sur la donnée. – Les métadonnées peuvent être définies comme les éléments incrustés dans une donnée, constituant une information ou une série d'informations. Pour évoquer les métadonnées, il est souvent fait appel à la notion de « traces »⁶¹¹, ce qui induit que l'on n'est pas en présence d'un élément numérique permettant d'établir l'identité d'une personne, mais de fragments permettant de la reconstituer. Une formule du professeur Jean Frayssinet a fait date en matière de données fragmentaires permettant d'aboutir à la rencontre d'une personne : « Collectées, rassemblées, traitées, diffusées, elles “parlent” de l'internaute qui devient transparent, elles diminuent ou suppriment la confidentialité des échanges. L'internaute est un moderne Petit Poucet qui laisse derrière lui volontairement et involontairement *des données traces* que d'autres se chargent de collecter, d'utiliser, de diffuser »⁶¹². La traçabilité d'une personne est ainsi plus aboutie encore

⁶⁰⁹ On trouve en droit interne les articles L. 246-1 à L. 246-5 du Code de la sécurité intérieure, et en droit européen un dramatique empilement normatif dont les directives 97/66/CE, 2000/31/CE, 2002/58/CE, 2006/24/CE (abrogée), etc.

⁶¹⁰ Comme les cookies (témoins de connexion), les fichiers temporaires, les relevés de navigation.

⁶¹¹ En philosophie et sciences de l'information et de la communication, v. COLLOMB (C.), *Pour un concept technologique de trace numérique*, Université technologique de Compiègne et Université Paris I Sorbonne, soutenue en audience publique le 8 juillet 2016, 346 p. En informatique, v. KIENNERT (C.), *Elaboration d'un modèle d'identité numérique adapté à la convergence*, *op. cit.*

⁶¹² FRAYSSINET (J.), DEVEZE (J.), LUCAS (A.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris, PUF, « Thémis », 2001, pp. 14-15 : « L'internet a mis en avant le problème majeur de la *traçabilité* : toute connexion pour obtenir un quelconque service, toute consultation d'un site laissent des traces électroniques. Celles-ci sont dans l'ordinateur de l'internaute, identifié par une adresse IP (Internet Protocol), stable ou dynamique du fournisseur d'accès, du serveur, du gestionnaire de l'infrastructure-réseau. Collectées, rassemblées, traitées, diffusées, elles “parlent” de l'internaute qui devient

que la traçabilité des marchandises : déplacements, habitudes, comportements⁶¹³. Les métadonnées sont les « codes-barres » de la donnée⁶¹⁴. Toutefois, on ne retrouve pas en droit la définition technique complète de la métadonnée. Il faut donc opposer la définition technique établie (A.) à l'absence d'établissement d'une définition juridique homogène (B.).

A. La définition technique de la métadonnée

122. Une notion principalement technique. – Les chercheurs en informatique sont à l'origine de la notion de métadonnée⁶¹⁵, et disposent d'une doctrine distinguant les deux objets « donnée » et « métadonnée »⁶¹⁶. Sur un plan purement technique, il existe différents aspects des métadonnées. Selon certains chercheurs, elles seraient réparties en trois groupes : descriptives, structurelles et administratives⁶¹⁷. Il nous apparaît qu'une autre distinction, dichotomique, est plus pertinente : les métadonnées permettent en premier lieu de faire une description assez neutre de la structure de la donnée (1.), et en second lieu de s'attacher à un contenu particulier afin de devenir signifiantes (2.). La première quadrille un objet, la seconde en est une fraction : périmètre et sous-divisions.

1. Métadonnées structurelles : les informations sur la nature de la donnée

123. Une donnée essentiellement fonctionnelle. – La métadonnée structurelle a principalement pour fonction de rendre plus fluide la navigation sur le support numérique et de simplifier l'accès aux ressources électroniques. Elle peut décrire les relations entre les fichiers, par exemple signifier que la photo « XYZ.jpg » a été incorporée dans le fichier texte « ABC.doc », mais aussi fournir de simples informations sur les ressources, comme la page, le chapitre, le numéro de section, etc. En ce sens, elles peuvent notamment faciliter la réalisation d'un travail de recherche d'une certaine

transparent, elles diminuent ou suppriment la confidentialité des échanges. L'internaute est un moderne Petit Poucet qui laisse derrière lui volontairement et involontairement des « données-traces » que d'autres se chargent de collecter, d'interpréter, d'utiliser, de diffuser ».

⁶¹³ FRAYSSINET (J.), « La traçabilité des personnes sur l'Internet », *Droit et patrimoine*, n° 93, mai 2001, p. 76.

⁶¹⁴ POUSSON (D.), « L'identité informatisée », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, op. cit., p. 372 : « Mais peu à peu la personne a été dépouillée des signes extérieurs d'individualisation, en un mot de tout ce qui fait l'homme, et ramenée à un numéro, une sorte de code barre que l'on dépose sur tous les biens de consommation courante ».

⁶¹⁵ En informatique, v. JEDIDI (A.), *Modélisation générique de documents multimédia par des métadonnées : mécanismes d'annotation et d'interrogation*, Thèse, Université Paul Sabatier Toulouse 3, soutenue en audience publique le 6 juillet 2005, 216 p.

⁶¹⁶ Le terme émerge dans les années 1970 mais entre dans le vocabulaire informatique et commercial à partir des années 1990, spécifiquement dans le monde anglo-saxon. Pour l'exemple, v. notamment DAY (M.), HEERY (R.), POWELL (A.), *Metadata*, Londres, South Bank University, « Library & Information briefings », 1997 (en anglais). Pour aller plus loin, v. OCDE, *Manuel sur la présentation et sur le rapport de données et de métadonnées*, Livre électronique, 2007, ressource indexée.

⁶¹⁷ En ce sens, v. la typologie réalisée par les chercheurs de l'Université de Cornell sur la période 2000-2002. Consultable en ligne : <https://www.library.cornell.edu/preservation/tutorial-french/metadata/table5-1.html>.

ampleur. De manière pratique, elles se signalent par des balises de structure, mises en œuvre par des procédés et formats tels que le XML, SGML, ou encore Ebind⁶¹⁸.

124. Une fonction de classement. – Les métadonnées sont anciennes, et l'on peut même dire qu'elles ont existé avant d'être nommées et caractérisées. La nécessité de classer et de trier à des fins de référencement dans les bibliothèques, médiathèques et autres archives a conduit à la création de certaines « attaches » permettant d'accéder plus vite à l'information souhaitée. La référence bibliographique ISBD⁶¹⁹ – renvoyant à la référence plus connue ISBN⁶²⁰ – n'est autre qu'une métadonnée, autrefois cartonnée, aujourd'hui numérisée. En fonction de la précision, l'ISBD propose huit strates d'informations relatives à des « zones » : contenu et type de médiation (zone 0), titre et mention de responsabilité légale (zone 1), éditeur et éventuelle réédition (zone 2), cartographies et documents électroniques (zone 3), adresse bibliographique (zone 4), description physique avec pagination, format et illustration (zone 5), collection (zone 6), notes et bibliographie (zone 7), et enfin l'ISBN-ISSN et le prix de l'ouvrage (zone 8). Une méta-information qui conduit donc à beaucoup d'autres. D'une certaine façon, le marque-page est un ancêtre des métadonnées. L'idée de marques-pages appliqués aux personnes se dévoile donc, d'ores et déjà, à ce stade du raisonnement. Afin d'éclaircir autant que possible cet objet, il nous paraît intéressant de prendre quelques exemples. Il en va ainsi d'un fichier texte, créé et modifié avec le logiciel Word, compressé puis décompressé avec Winrar, et qui contient un lien vers une vidéo utilisant AdobeFlash Player : le fichier utilisé en dernier peut contenir autant de métadonnées permettant de retracer les logiciels utilisés précédemment. Si l'on prend le contenu final comme une construction, les métadonnées seront la griffe de l'artisan gravée dans un mur. Avec ce symbole, on saura quelle entreprise a œuvré, avec quelle technique, avec quels outils.

125. Les métadonnées attachées à des fichiers. – Prise dans sa forme structurelle, la métadonnée est précieuse pour tracer un fichier, et donc le retrouver. On peut prendre pour exemple le QR Code⁶²¹, sorte de code-barre pixélisé, qui une fois lu par un téléphone ou un scanner portatif donne accès à une réservation, une page Internet, une carte de visite, une liste de contact, ou plus récemment le complément numérique d'une sépulture. La présence du format *EXIF* dans une photographie permet de chercher d'éventuelles traces de ce même fichier sur d'autres pages

⁶¹⁸ Il s'agit de différents types de langages permettant d'identifier et traduire des balises informatiques.

⁶¹⁹ Pour « International standard bibliographic description » (Description bibliographique internationale normalisée).

⁶²⁰ « International standard book number » (Numéro international normalisé du livre).

⁶²¹ Parfois improprement désigné comme « FlashCode », le QR Code est une série de pixels formant un code spécifique (principalement issu des codes matriciels DataMatrix) généralement formé à l'intérieur d'un carré, et qui peut être lu par scanner et photographie. Une fois lu, le code permet la réalisation d'une action, généralement la redirection vers un contenu : site Internet d'une marque, carte de visite, réservation d'un billet, redirection vers un serveur avec fichiers stockés, etc.

consultables. Une photographie obtenue par une violation de données à caractère personnel et disséminée sur le Web peut éventuellement être retrouvée à l'aide des métadonnées⁶²².

126. Les métadonnées de fonctionnement. – Si l'on imagine sa neutralité pure, la métadonnée transmet des rapports d'informations et permet l'amélioration du service. Lors d'un arrêt intempestif de logiciel, il est souvent demandé à l'utilisateur s'il souhaite envoyer un rapport d'erreur. On saura ainsi combien de temps le logiciel a fonctionné, quels sont les éléments probables liés au « plantage », comme l'utilisation d'autres programmes, la température à laquelle les composants électroniques étaient soumis. Le problème est que l'apparente neutralité technique de ces informations peut être recoupée avec l'identité de l'utilisateur pour en déduire ses habitudes.

127. Les habitudes de consommation. – Souvent présentées comme purement techniques, les métadonnées ne le sont pourtant pas entièrement : elles peuvent révéler les habitudes de consommation techniques de l'utilisateur. Par exemple pour une métadonnée téléphonique, on saura quel type de téléphone est utilisé, quel est l'opérateur, quelle utilisation en est régulièrement faite. Si l'on considère que l'appareil permettant d'attacher des métadonnées est strictement personnel – attribution d'une adresse IP, MAC ou IMEI –, on trouve là une base solide d'informations pour les éditeurs de logiciels, qui pourront analyser à la fois les données de façon massive (*Datamining*⁶²³) mais également de manière ciblée (*Dataprofiling*⁶²⁴).

D'autres métadonnées, *structurantes*, délivrent beaucoup plus concrètement des fragments d'informations qui structurent l'identité numérique, puisqu'elles sont pour leur part systématiquement significatives.

2. Métadonnées structurantes : les informations sur les sources de la donnée

128. Définition épurée de la métadonnée structurante. – La métadonnée structurante est une information apportée par une source définie, qui permet la constitution d'une donnée importante sur ladite source. Autrement dit, c'est une information qui permet d'accéder à une ressource. Par exemple, une métadonnée téléphonique qui indiquera la provenance d'un appel – localisation et numéro de téléphone – est structurante, là où la métadonnée structurelle renseigne plutôt sur le

⁶²² Il est néanmoins possible, par un procédé technique assez simple, de « purger » un contenu de ses métadonnées.

⁶²³ Le « *Datamining* », qu'il est possible de traduire par « exploration des données », est le processus d'analyse et de traitement de données contenues dans une base de données décisionnelle. Pour le dire plus simplement, c'est le processus global de rangement et classement d'une importante quantité de données. Cela permet des « corrélations informationnelles », qui confortent une pratique déjà établie ou encouragent une innovation.

⁶²⁴ Le « *Dataprofiling* », qu'il est possible de traduire par « profilage de données », repose également sur un traitement des données préexistantes dans une base, mais va produire une analyse statistique et rejeter les informations non pertinentes à des fins commerciales. Si la base de données en question concerne une personne identifiée – ce qui est généralement le cas –, ce procédé consiste alors à dégager une pertinence statistique pour cette personne uniquement. Cela permet à terme de dresser un portrait type (que ce soit de consommateur, d'individu à risques pour l'ordre public, etc.).

média et le vecteur (type de téléphone et type de connexion). C'est leur mise en relation qui permet de repérer voire de participer à construire l'identité numérique d'une personne. Ces métadonnées décrivent « différents attributs d'informations et leur donnent signification, contexte et organisation »⁶²⁵.

129. De la nature de l'information à la source de l'information. – Les métadonnées structurantes sont signifiantes car elles renseignent sur la source, et non pas simplement sur la nature. On ne sera plus renseigné sur le matériau qui constitue la donnée, mais sur l'identité et les actions de l'auteur ou utilisateur de la donnée. Pour accéder à une véritable information sur la personne, il faut nécessairement relier les métadonnées à la donnée auxquelles elles sont attachées. Sans la donnée (ou les données) à laquelle les métadonnées sont attachées, ces dernières ne sont effectivement que des identifiants techniques neutres. La durée d'un appel n'a de sens que si on la relie à un numéro de téléphone et donc un utilisateur ; une connexion à un site Internet particulier n'a de sens que si l'on connaît l'adresse IP permettant de faire la passerelle jusqu'à l'utilisateur habituel du terminal connecté. En l'absence de garantie de la part des acteurs privés qu'il ne sera procédé à aucune interconnexion des différentes bases de données collectées, toutes les métadonnées sont autant de petits fragments de l'histoire personnelle d'un individu.

130. L'expérience MetaPhone. – Sur la base des recherches de trois universitaires américains⁶²⁶, il est possible de visualiser clairement ce que peut déduire un algorithme performant de traitement des métadonnées. Cette recherche est précieuse, car les entreprises ne communiquent pas les résultats statistiques récupérés après analyse des paquets de données et métadonnées traitées⁶²⁷. Les chercheurs ont procédé de la manière suivante : ils ont proposé de contribuer librement par le biais d'une application téléchargeable sur les deux principaux navigateurs de téléphones intelligents (iOS d'Apple et Android de Google). L'installation de cette application permettait de collecter les mêmes données que les prestataires de services classiques, c'est-à-dire simplement les métadonnées générées par les appels, les messages textes, les recherches Internet, les contacts courriels, la géolocalisation. Pour certains points clés de la vie privée, les suppositions de l'algorithme sont aussi remarquables qu'inquiétantes. En recoupant les données techniques, l'application MetaPhone devinait le numéro du téléphone support avec 82% de réussite, l'identité du conjoint à hauteur de

⁶²⁵ Typologie réalisée par les chercheurs de l'Université de Cornell sur la période 2000-2002, *op. cit.*

⁶²⁶ MAYER (J.), MUTCHLER (P.), "MetaPhone: The Sensivity of Telephone Metadata", *Webpolicy.org*, 12 mars 2014 ; MAYER (J.), MUTCHLER (P.), MITCHELL (J.), « Evaluating the privacy properties of telephone metadata », *op. cit.*, pp. 5536-5541.

⁶²⁷ L'intérêt de ne pas publier de tels résultats nous semble triple, qu'il s'agisse d'un acteur public ou privé : la conservation de données statistiques permet de ne pas de nourrir la concurrence ; la véritable nature personnelle des métadonnées n'est pas mise en évidence ; les résultats d'un traitement peuvent être cédés à une personne tierce pour une certaine valeur, ce qui serait compliqué par la publicité desdits résultats.

81% de réussite, l'état global de santé de la personne avec 57% de réussite. Traitées correctement, les métadonnées font apparaître des informations précises, moins évasives et plus fiables que l'étude des contenus mis en ligne par l'utilisateur, qui sont soumis à des variables qu'un algorithme a du mal à prendre en considération⁶²⁸ – fautes d'orthographe, erreurs, humour, mensonge, fausse information, etc. C'est ce que tend à prouver l'expérience MetaPhone. Les chercheurs concluent au caractère signifiant des métadonnées⁶²⁹.

Les définitions techniques ici évoquées étaient le préalable nécessaire à une recherche de la définition juridique des métadonnées.

B. La définition juridique de la métadonnée

131. La recherche d'une harmonisation. – Objet de confusions conceptuelles et auréolées d'une véritable cacophonie juridique, la métadonnée se cherche une définition commune en Europe (1.) alors que d'autres législations sont déjà avancées sur ce point (2.).

1. À la recherche d'une définition commune en Europe

132. Une définition par omission ? – Le choix de la définition des métadonnées par les différents ordres juridiques européens n'est pas tant dans l'énoncé de ce qu'est la métadonnée que dans son omission. Montrer ce qu'elle est, c'est surtout comprendre ce qu'elle n'est pas. La métadonnée est une donnée technique qui n'est pas forcément une donnée à caractère personnel. En cela, elle ne saurait être rattachée à l'identité de l'individu et protégée à ce titre, selon le régime de la protection des données personnelles, de la vie privée, des droits de la personnalité : « l'un des points les plus controversés, que ce soit aux États-Unis ou ailleurs, est que les métadonnées de communication sont substantiellement moins protégées que le contenu des communications »⁶³⁰. On relève donc une considérable confusion quant aux métadonnées en droit français (a.), et une absence d'harmonie qui ressort du droit européen (b.).

a. La confusion en droit français

133. Une vague définition dans l'ordre juridique français. – On trouve trace de ce que pourraient être les métadonnées au sein du Code de la sécurité intérieure, à savoir « les données

⁶²⁸ Sur ce point, v. l'affaire des publications suggérées par Facebook, qui a remplacé en septembre 2016 la gestion éditoriale humaine par la gestion éditoriale algorithmique. Ce changement a occasionné de nombreuses erreurs et malentendus, notamment la redirection vers des articles satiriques, « complotistes », mensongers, etc.

⁶²⁹ MAYER (J.), MUTCHLER (P.), "MetaPhone : The Sensivity of Telephone Metadata", *op. cit.* : « les résultats de notre étude sont sans appel : la surveillance des métadonnées téléphoniques a des impacts considérables sur la vie privée. Les métadonnées téléphoniques [...] permettent tout simplement des déductions sur la localisation, les relations, et autres informations sensibles » (Traduction libre de l'auteur).

⁶³⁰ MAYER (J.), MUTCHLER (P.), MITCHELL (J.), "Evaluating the privacy properties of telephone metadata", *op. cit.*, p. 5536. (Traduction libre de l'auteur).

techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications »⁶³¹. Les métadonnées habituellement désignées par l'expression « données de connexions »⁶³² sont ici les « données techniques ». Une fois encore, l'expression « données de connexion » nous semble inadaptée, puisque la connexion est la mise en relation d'un terminal informatique à un réseau : cela n'intègre ni la localisation de l'équipement, ni les relevés de navigation ou communication qui accompagnent ledit appareil. Demeure une éventuelle insuffisance provenant de l'absence de qualification de ces données, puisqu'on parle des relevés de l'appareil et de sa localisation, sans relever l'essentiel : ce n'est pas la localisation de l'appareil qui compte mais celle de la personne. En effet, il n'existe pas de relevés de navigation sans action de la personne : pas de données « traces » sans une personne pour les laisser. La formulation « relatives à l'identification des numéros d'abonnement » ne semble pas faire le lien exprès entre ces données et l'identification des personnes. Le traçage de ces liens, qui peut sembler juridiquement accessoire, nous semble s'inscrire dans un paradigme généralisé de l'autonomisation des données à caractère personnel en tant qu'objet et en tant que régime. Cette dissociation touche plus encore les données techniques, elles-mêmes sous-catégorisées parmi les données à caractère personnel.

134. Une distinction opérée. – Dans sa décision du 23 juillet 2015 sur la loi relative au renseignement (LRR), le Conseil constitutionnel a rejeté l'argument des députés selon lequel le législateur « a méconnu l'étendue de sa compétence en ne définissant pas suffisamment les données de connexion pouvant faire l'objet d'un recueil par les autorités administratives »⁶³³. Les parlementaires faisaient valoir qu'en raison de cette incertitude juridique, la procédure administrative de surveillance porterait « une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée compte tenu de la nature des données pouvant être recueillies, de l'ampleur des techniques pouvant être utilisées et des finalités poursuivies »⁶³⁴. On aurait pu s'attendre à un renvoi du Conseil constitutionnel au législateur, afin de définir enfin ces données techniques et de mettre fin à l'incertitude – pour ne pas dire l'insécurité – juridique qui les entourent. Le Conseil a considéré que

⁶³¹ Code de la sécurité intérieure, art. L. 246-1 ; Code de la sécurité intérieure, art. L. 851-1.

⁶³² V. notamment CC, décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 2 : « considérant que le I de l'article 6 de la loi déferée insère dans le Code des postes et des communications électroniques un nouvel article L. 34-1-1 qui institue, "afin de prévenir et de réprimer les actes de terrorisme", une procédure de réquisition administrative de données techniques de connexion ».

⁶³³ CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 54.

⁶³⁴ *Id.*

la définition posée par l'article L. 246-1 du CSI était suffisante. Cependant, il a précisé que ladite définition devait se lire en complément de la LCEN⁶³⁵, qui avait déjà prévu l'accès aux données recueillies par les prestataires de service, *via* une modification de l'article L. 34-1 du CPCE⁶³⁶ disposant que les données collectées ne « peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications ». Une certaine confusion peut ressortir de ce raisonnement, car l'article L. 34-1 du CPCE assure que les données techniques ne peuvent être conservées et traitées que dans le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978. En outre, l'article L. 34-1 du CPCE s'insère dans un chapitre relatif à la « protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques ». Finalement, à défaut d'associer contenu explicite et données techniques, le Conseil constitutionnel semble les distinguer. Les juges de l'aile Montpensier ne constatent pas d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, car les données visées sont uniquement « conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques et les personnes offrant au public une connexion permettant une telle communication portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux et ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications »⁶³⁷. Le critère retenu est donc le suivant : si le contenu n'est pas consulté, il n'est pas question du droit au respect de la vie privée. Il faut donc comprendre, avec le Conseil constitutionnel, que le législateur a défini les « données de connexion » comme toutes celles « qui ne peuvent porter sur le contenu de correspondances ou les informations consultées »⁶³⁸. Il faut donc également comprendre qu'une partie des données à caractère personnel échappe au régime du droit au respect de la vie privée, ou au minimum fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité d'intensité faible lorsque de telles dispositions légales se présentent au Conseil. L'absence de définition claire aurait pu être oubliée en présence d'une définition *a contrario*, c'est-à-dire par l'exclusion des métadonnées comme n'étant pas des données à caractère personnel au sens de l'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978. Il n'en est rien. Le Conseil constitutionnel conclut « qu'ainsi, le législateur a suffisamment défini les données de connexion, qui ne peuvent porter sur le contenu de correspondances ou les informations consultées ». On trouve ici l'argument juridique

⁶³⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁶³⁶ CPCE, art. L. 34-1, modifié par la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

⁶³⁷ CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 55.

⁶³⁸ *Id.*

majeur permettant la simplification du traitement facilité des métadonnées par les autorités publiques : elles ne sont relatives qu'à des fragments de données qui ne peuvent concerner le contenu des informations et conversations. Le Conseil constitutionnel et le gouvernement français n'ont pas l'apanage de cette rhétorique. Lors de la découverte mondiale du programme PRISM⁶³⁹ et de la surveillance massive opérée par la NSA⁶⁴⁰, Barack Obama entendait rassurer par ce même discours⁶⁴¹ : « Personne n'écoute vos conversations téléphoniques [...] Toutefois en recoupant ces fameuses métadonnées, nous pouvons identifier des pistes potentielles »⁶⁴². En cela, il faut comprendre que la métadonnée serait neutre et ne dirait rien de privé sur les individus, mais intéresserait tout de même les services de renseignement. Pourtant, il nous semble que les métadonnées ne sont pas neutres, et ne peuvent être considérées comme un accessoire alors qu'elles forment la toile de fond de l'identité numérique⁶⁴³.

135. Une nouvelle demande de définition. – Dès le 24 juillet 2015 – le lendemain de la décision sur la constitutionnalité de la LRR –, une nouvelle demande de définition fut examinée par le Conseil constitutionnel. Une QPC posée par des associations de défense des droits relatifs aux données à caractère personnel invitait le juge constitutionnel à constater une insuffisance de définition et une violation du secret de la correspondance⁶⁴⁴. Une nouvelle fois, le Conseil constitutionnel ne retenait aucune insuffisance et déclarait la conformité à la Constitution des dispositions visées. Il ne s'agissait donc pas ici d'attaquer les nouveaux moyens mis à la disposition des autorités administratives pour collecter et traiter les métadonnées, mais bien les dispositions légales – visées *supra* - supposées apporter une définition, et pour la plupart créés par la loi de programmation militaire du 18 décembre 2013. Les requérants soutenaient que le législateur avait

⁶³⁹ PRISM (nom officiel : US-984XN) est un programme américain de surveillance électronique à grande échelle, permettant la collecte massive de données sur les réseaux de communications. Ce programme, dénoncé par Edward Snowden, ancien agent de la CIA et de la NSA, procédait à une collecte systématique, non ciblée, et non contrôlée des données d'utilisateurs du monde entier (situation permise par le *US Patriot Act* et la localisation aux États-Unis des principaux prestataires de services numériques). L'existence de ce programme est révélée au monde entier par plusieurs journaux le 6 juin 2013, notamment le *Guardian* et le *Washington Post*.

⁶⁴⁰ *National Security Agency* (« Agence nationale de la sécurité »).

⁶⁴¹ Déclaration du Président des États-Unis, Barack Obama, conférence de presse à San Jose, Californie, le 7 juin 2013 (Ressource en ligne sur le site de la Maison Blanche) : «When it comes to telephone calls, nobody is listening to your telephone calls. That's not what this program is about. As was indicated, what the intelligence community is doing is looking at phone numbers and durations of calls. They are not looking at people's names, and they're not looking at content. But by sifting through this so-called metadata, they may identify potential leads with respect to folks who might engage in terrorism. If these folks - if the intelligence community then actually wants to listen to a phone call, they've got to go back to a federal judge, just like they would in a criminal investigation».

⁶⁴² Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : « Personne n'écoute vos conversations téléphoniques [...] Mais en recoupant ce qu'on appelle les métadonnées, ils peuvent identifier certaines pistes [...] »

⁶⁴³ MAISNIER-BOCHE (L.), « Quel régime pour la conservation et l'utilisation des données de connexion par les autorités publiques et les opérateurs privés ? », *op. cit.*, p. 106 : « les données de connexion ne sont pas neutres [...] Elles ne sont pas qu'un accessoire du contenu d'une communication ».

⁶⁴⁴ CC, décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres [Accès administratif aux données de connexion]*.

méconnu son obligation de définition en instituant « une procédure de réquisition administrative des données de connexion sans définir précisément le type de données pouvant être collectées par l'autorité administrative et les conditions de leur collecte lorsqu'elles sont transmises en temps réel à l'autorité administrative »⁶⁴⁵. Le Conseil constitutionnel opposait mot pour mot la même formule que la veille aux requérants : « le législateur a suffisamment défini les données de connexion, qui ne peuvent porter sur le contenu de correspondances ou les informations consultées »⁶⁴⁶.

136. Une véritable information. – Cet argument est critiqué par de nombreux observateurs⁶⁴⁷, dont certains chercheurs qui soulignent, parfois avec cynisme⁶⁴⁸, l'irrationalité de la qualification juridique des données techniques. Un paradoxe souligné dans l'hémicycle par la députée Aurélie Filippetti à l'occasion des débats relatifs à la LRR : « On nous dit que l'ensemble, la masse, les pétaoctets de données qui vont transiter sur les réseaux ne seront pas des contenus de discussions et d'échanges entre les citoyens, mais uniquement des métadonnées. Or tous les chercheurs le savent, les métadonnées contiennent en fait plus d'informations sur la vie privée de nos concitoyens qu'une carte d'identité »⁶⁴⁹. Il conviendrait donc de distinguer le contenu et les informations relatives au contenant. L'emballage ne dévoilerait rien sur le contenu, et il conviendrait d'admettre que juridiquement, les métadonnées ne peuvent connaître un régime juridique aussi protecteur que celui relatif aux données à caractère personnel. Or, les chercheurs de multiples disciplines, dont les juristes et les informaticiens, s'accordent sur le fait que les métadonnées peuvent en dire autant – si ce n'est plus – sur une personne que le contenu de ses communications lui-même.

Afin d'obtenir une vision d'ensemble, l'étude du droit français doit être complétée par le droit européen applicable à cet objet particulier.

b. L'incertitude en droit européen

⁶⁴⁵ *Ibid*, cons. 6.

⁶⁴⁶ *Ibid*, cons. 12 : « Considérant, d'autre part, qu'en vertu du même article L. 246-1, peuvent être recueillis par l'autorité administrative les informations ou documents traités ou conservés par les réseaux ou services de communications électroniques des personnes susmentionnées ; que, selon les dispositions du VI de l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques, les données conservées et traitées portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux et ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications ; que selon le paragraphe II de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004, les données conservées sont celles de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ; qu'ainsi, le législateur a suffisamment défini les données de connexion, qui ne peuvent porter sur le contenu de correspondances ou les informations consultées ».

⁶⁴⁷ GUILLAUD (H.), « Big Data : pourquoi nos métadonnées sont-elles plus personnelles que nos empreintes digitales ? », *Le Monde*, 13 décembre 2013, ressource en ligne.

⁶⁴⁸ MAYER (J.), MUTCHLER (P.), « MetaPhone : The Sensivity of Telephone Metadata », *op. cit* : « On sait que vous avez appelé un centre de prévention du suicide depuis le Golden Gate Bridge à 2 heures du matin. Mais ne vous inquiétez pas, l'appel et le sujet de l'appel demeurent secret ».

⁶⁴⁹ Extrait des débats à l'Assemblée nationale, 15 avril 2015. Disponibilité sur le site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150216.asp#P515111>.

137. Les travaux du G29. – Le groupe de travail de l'article 29 a relevé en 2010 que la simple disponibilité des données relatives au trafic permettait de reconstituer divers éléments qualifiables de données à caractère personnel à partir d'un « tableau général » pouvant être déduit de ses interactions sociales⁶⁵⁰. Dans son avis du 10 avril 2014 relatif aux techniques numériques d'anonymisation, le groupe d'experts prolonge cette analyse sur un plan technique, considérant qu'il faut prendre les informations comme des faisceaux, et que, partant, on ne saurait affirmer la neutralité d'une donnée en fonction de sa nature : c'est bien de la situation de l'information que naît l'identification, pas de son essence⁶⁵¹.

138. Une protection claire en droit de l'Union. – Malgré les vingt-six définitions énoncées en son article 4, le règlement adopté le 27 avril 2016 n'apporte aucune définition des métadonnées, données techniques, ou données de connexion. En revanche, au sein de la définition de « données à caractère personnel », on trouve un élément éclairant : « est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, par exemple un nom, *un numéro d'identification, des données de localisation* ou un *identifiant en ligne* »⁶⁵². Le règlement n'établit donc aucune hiérarchie ou distinction entre le nom et certaines données techniques, ce qui constitue un solide premier indice. En outre, le préambule de ce même règlement rappelle que « les personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent, des identifiants en ligne tels que des adresses IP et des témoins de connexion (“cookies”) ou d'autres identifiants, par exemple des étiquettes d'identification par radiofréquence »⁶⁵³. Ce considérant renvoie ensuite aux possibilités de recoupement, en affirmant que « ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu'elles sont combinées aux identifiants uniques et à d'autres informations reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes »⁶⁵⁴. Enfin, le règlement renvoie à la directive 2002/58/CE pour toute obligation pesant sur une personne ou un responsable de traitement. Dans cette même directive sont définies les « données relatives au trafic », à savoir « toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation »⁶⁵⁵. Il est prévu que ces données relatives au trafic doivent être considérées comme confidentielles⁶⁵⁶, et plus spécifiquement qu'elles « doivent

⁶⁵⁰ G29, avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, 22 juin 2010.

⁶⁵¹ G29, avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation, WP 216, 10 avril 2014.

⁶⁵² Règlement (UE) 2016/679, art. 4, 2) (nous soulignons).

⁶⁵³ *Ibid.*, cons. 30.

⁶⁵⁴ *Id.*

⁶⁵⁵ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), article 2, b).

⁶⁵⁶ *Ibid.*, art. 5, 1.

être effacées ou rendues anonymes lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication sans préjudice des paragraphes 2, 3 et 5, du présent article ainsi que de l'article 15, paragraphe 1 »⁶⁵⁷. On sait donc d'emblée que ce principe connaît des exceptions en droit de l'Union : facturations, possibilité pour les prestataires de « fournir des services à valeur ajoutée », et bien entendu possibilité pour l'autorité publique de prendre une « mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État – la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques »⁶⁵⁸. Si le régime de protection et les éventuelles dérogations sont assez clairement énumérées, on ne trouve pas non plus de définition précise dans cette directive, pourtant spécifique à ce point qu'elle est désignée comme « directive vie privée et communications électroniques ». Dans un arrêt du 8 avril 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a clairement indiqué que les données techniques pouvaient permettre, dans un certain contexte de recoupement, d'identifier une personne avec une précision intime⁶⁵⁹. Les conclusions de l'avocat général mentionnaient déjà explicitement le lien entre données techniques et identité, augurant la position adoptée par le juge de l'Union⁶⁶⁰. La directive 2006/24/CE⁶⁶¹ imposait aux fournisseurs d'accès à des services de communication de conserver les données techniques pour une durée allant de six mois à deux ans, en cas de nécessité de poursuite pour sécurité intérieure ou infractions graves. La Cour de Justice mobilise la Charte des droits fondamentaux dont les articles 7 et 8 protègent respectivement le droit à la vie privée et les données à caractère personnel, et considère que « prises dans leur ensemble, [ces données techniques] sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci »⁶⁶². La Cour de Luxembourg a donc invalidé la directive 2006/24/CE sur la conservation des données, sans toutefois retenir l'expression « identité privée » proposée par l'avocat général.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, art. 6, 1.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, art. 15, 1.

⁶⁵⁹ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.

⁶⁶⁰ Conclusions de l'AG Pedro Cruz Villalon, présentées le 12 décembre pour les affaires C-293/12 et C-594/12, pt. 74 : « l'exploitation de ces données peut permettre l'établissement d'une cartographie aussi fidèle qu'exhaustive d'une fraction importante des comportements d'une personne relevant strictement de sa vie privée, voire d'un portrait complet et précis de son identité privée ».

⁶⁶¹ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

⁶⁶² CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pt. 27.

139. Un vocabulaire rare au sein de la jurisprudence de la Cour européenne. – Les seules occurrences pour « metadata » ou « métadonnées » dans les affaires de la Cour européenne datent de 2016, illustrant une très récente prise de conscience de leur importance. Les termes « métadonnées », « données de connexion » ou « données techniques » sont introuvables dans les arrêts du juge de Strasbourg, lequel ne semble pas dissocier données explicites et données techniques, et offre communément la protection de l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée. À l'occasion de ses opinions concordantes et partiellement dissidentes dans deux arrêts de 2016, le juge Pinto de Albuquerque tente de faire entrer les « metadatas » dans le vocabulaire européen⁶⁶³. Dans ces deux cas, il est question de surveillance et de violation de l'article 8, mais les différentes techniques de surveillance et les informations impliquées ne sont pas clairement distinguées.

Considérant les imprécisions constatées en droit français, le recours à quelques exemples étrangers peut être éclairant.

2. *Aperçu : une prise en compte étrangère des métadonnées*

140. Aux États-Unis. – Dans l'arrêt *United States v. Forrester*, la Cour d'appel fédérale de San Francisco a défini les contenus de communication comme la « substance », et les métadonnées de communication comme les « informations à propos de la communication »⁶⁶⁴. Dans l'affaire *Klayman v. Obama*⁶⁶⁵, la Cour d'appel a invalidé le programme de surveillance de la NSA, relevant que « les métadonnées présentes sur le téléphone de chaque personne révèlent une multitude de détails sur les situations familiale, politique, professionnelle, religieuse, et sexuelle »⁶⁶⁶.

141. Au Canada. – Au Canada, les métadonnées sont assimilées à des *renseignements personnels*, qui ne sont autres que les données à caractère personnel en droit fédéral canadien⁶⁶⁷. La Cour fédérale est allée jusqu'à admettre dans un arrêt *Gordon c. Canada* que le champ « Province » (renseignement sur l'État fédéré) pouvait constituer un renseignement personnel s'il était inclus dans une base de données relative à des traitements médicamenteux. L'intérêt majeur de cet arrêt est d'harmoniser la définition et d'éclaircir la distinction entre renseignement direct et indirect : le renseignement est relatif à un individu dès lors qu'il est sérieusement envisageable que la personne puisse être

⁶⁶³ Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, req. n° 37138/14 ; Cour EDH, 12 janvier 2016, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08. Arrêt définitif : Cour EDH, GC, 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08.

⁶⁶⁴ Cour d'appel fédérale du 9^{ème} Circuit des États-Unis, San Francisco, *United States v. Forrester*, 6 juillet 2007, n° 05-50410, §§ 8-9.

⁶⁶⁵ Cour d'appel du district de Columbia, *Klayman v. Obama*, 16 décembre 2013, Civil Action n° 13-0851 (RJI).

⁶⁶⁶ Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : « metadata from each person's phone reflects a wealth of details about her familial, political, professional, religious, and sexual associations ».

⁶⁶⁷ Cour fédérale du Canada, 27 février 2008, *Gordon c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 C.F. 258 (CanLII).

identifiée à l'aide de ce renseignement, que ce dernier soit auto-suffisant ou associé par combinaison avec d'autres renseignements⁶⁶⁸. C'est ici le critère du recoupement qui est pris en compte, et quel que soit le degré de précision ou d'imprécision de la métadonnée, il est envisagé qu'elle puisse un jour délivrer ou participer à délivrer des informations sur une personne physique. Admettre cela permet une prise en compte du caractère bavard des données techniques.

142. En Russie. – Dans une décision du 2 octobre 2003, la Cour constitutionnelle russe a considéré que la vie privée devait être comprise comme protégeant toutes les données communiquées, conservées et consultables, ce qui inclut les métadonnées, à savoir les informations de connexion entrantes et sortantes, relative à un utilisateur identifiable ou identifié⁶⁶⁹. Partant, pour que de telles données soient conservées, elles doivent systématiquement faire l'objet d'une enquête judiciaire préalable et spécifique.

Complexes à situer dans les équipements terminaux des utilisateurs et complexes à définir, les métadonnées sont de véritables anguilles juridiques. Afin de ne pas se contenter de les envisager abstraitement, les métadonnées doivent faire l'objet d'une appréciation plus concrète, c'est-à-dire au moment de leur constitution.

§ 2 – L'exponentielle génération des métadonnées

143. L'identification d'un contenu en question. – Chaque interaction produite par un terminal informatique crée des métadonnées : envoyer un courriel, utiliser un site de réseautage social, un site de microblogging, un navigateur Web, une application SmartPhone. Il existe au moins autant de données qu'il existe d'actions⁶⁷⁰. Il est vain de vouloir recenser exhaustivement tous les types de métadonnées qui pourraient permettre d'identifier directement ou indirectement une personne, notamment en raison de la vitesse des innovations en la matière. Il est néanmoins envisageable de classer ces métadonnées en trois catégories factuelles (et non techniques), chacune formant une parcelle de l'identité numérique de la personne connectée. Cette identité est notamment faite de connexions (A.), d'utilisation de supports et de services (B.), et enfin de localisation (C.). La personne est donc potentiellement suivie spatialement et temporellement.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, § 33 (en anglais) : « Thus, information recorded in any form is information “about” a particular individual if it “permits” or “leads” to the possible identification of the individual, whether alone or when combined with information from sources “otherwise available” including sources publicly available ».

⁶⁶⁹ Cour constitutionnelle de la fédération de Russie, 2 octobre 2003, N. 345-O.

⁶⁷⁰ Cette fragmentation était déjà théorisée dès les prémices d'Internet. V. notamment DUBUISSON (E.), « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique de l'individu dans un échange télématique », *DIT*, n° 1995/3, 1995, 11-15.

144. Connexion et navigation. – C'est sous l'appellation « données de connexion » que les métadonnées sont principalement connues. Par exigence de rigueur et afin d'y voir plus clair entre les différentes données techniques pouvant constituer de sérieux renseignements sur la personne, il faudrait dissocier les données de connexion et les relevés de navigation. La première situation génère des métadonnées liées à la connexion d'un appareil à un réseau, et la seconde situation est celle de la création de métadonnées par l'utilisation – qui seront exploitées en direct par des algorithmes ou stockées à des fins ultérieures⁶⁷¹. Il faut donc se méfier des associations systématiques, et séparer les deux temps de production des métadonnées.

145. La connexion, portail de l'identité numérique. – Parmi ce que seraient des métadonnées de connexion, on trouve les adresses IP et les numéros d'abonnés. Il y a là un paradoxe, puisque lesdites données sont aussi considérées de manière explicite comme des données à caractère personnel⁶⁷², et malgré de nombreux errements, le droit européen comme le droit français lui-même tendent à confirmer cela.

146. L'adresse IP dynamique, donnée à caractère personnel. – Si le statut de l'adresse IP fixe, en tant que suite de nombres attachées à un terminal, tend à s'éclaircir⁶⁷³, celui de l'adresse IP dynamique est encore totalement en question. Pour rappel, l'adresse IP dynamique est également une série de chiffres servant à repérer un terminal numérique – ordinateur, téléphone, etc. – qui se renouvelle aléatoirement à chaque connexion. On pourrait donc penser qu'au regard de l'attribution non spécifique d'un tel identifiant numérique, l'adresse IP dynamique est neutre par essence, ne doit être considérée que comme purement technique, et ne saurait bénéficier du régime de protection propre aux données à caractère personnel. En cela, l'IP dynamique n'est pas un élément de l'identité numérique. Envisager la question ainsi serait commettre l'erreur de l'isolat, c'est-à-dire ne pas remettre un objet dans son contexte. Si l'IP dynamique change à chaque connexion, elle reste la même pendant toute la durée de connexion, que cette dernière soit courte – quelques secondes – ou longue – par exemple un téléphone intelligent qui ne se déconnecte que rarement. L'IP dynamique est semblable à des vêtements que la personne changerait régulièrement : ils ne

⁶⁷¹ MOURON (P.), « Internet et identité virtuelle des personnes », in PINI (J.) (dir.), *Identité(s)*, Actes du colloque du 6 juin 2008, Aix-en-Provence, PUAM, 2010 : « Une fois l'identification assurée, la présence de l'internaute laisse un certain nombre de traces, appelées données de connexion. Ayant une fonction d'identification, elles sont un élément de l'identité numérique de l'utilisateur ». Il convient de noter qu'ici, l'auteur réduit l'identité numérique à l'ensemble des identifiants techniques, préférant nommer « identité virtuelle » les projections de la personne sur un support dématérialisé. Pour une mise à jour par l'auteur lui-même, v. MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, op. cit., pp. 115-127.

⁶⁷² CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, préc., et article 4 du règlement 2016/679 définissant les données à caractère personnel et y inscrivant notamment « un identifiant », « un numéro d'identification », « un identifiant en ligne ».

⁶⁷³ Sur ce point, v. *supra* n° 103.

constituent pas en eux-mêmes un moyen d'identifier une personne, mais ils sont une information cruciale pour identifier un individu jusqu'alors inconnu dans une foule. Avec cette information, on peut garder les yeux sur l'individu en question, observer ses faits et gestes jusqu'à ce qu'il rentre chez lui et partant, préciser de plus en plus de critères liés à l'observation de ce même individu, qui eux resteront inchangés. Dans ses conclusions relatives à une requête déposée par M. Breyer, l'avocat général de la CJUE Campos Sanchez-Bordona⁶⁷⁴ invitait le juge de Luxembourg à observer que « l'adresse IP dynamique [...] constitue pour celui-ci une donnée à caractère personnel, dans la mesure où un fournisseur d'accès au réseau possède des informations supplémentaires qui, combinées à l'adresse IP dynamique, permettraient d'identifier l'utilisateur »⁶⁷⁵. Le raisonnement nous semble ici complet : les informations déjà distillées et dormantes dans les bases de données d'un opérateur pourraient être rattachées à une adresse IP dynamique, et une fois ce pont construit, permettre l'identification et une mise à jour du profil par un traitement des nouvelles données acquises. C'est ce que retient le juge de Luxembourg⁶⁷⁶, qui reconnaît qu'en l'espèce « le fournisseur de services de médias en ligne dispose de moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre afin de faire identifier, à l'aide d'autres personnes, à savoir l'autorité compétente et le fournisseur d'accès à Internet, la personne concernée sur la base des adresses IP conservées » (§ 48). Il en ressort dès lors que l'article 2 de la directive 95/46/CE « doit être interprété en ce sens qu'une adresse IP dynamique [...] constitue une donnée à caractère personnel au sens de cette disposition, lorsqu'il dispose de moyens légaux lui permettant de faire identifier la personne concernée grâce aux informations supplémentaires dont dispose le fournisseur d'accès à Internet de cette personne »⁶⁷⁷. Même une donnée technique instable et fuyante peut donc être considérée comme une donnée à caractère personnel.

Une fois la connexion assurée à l'aide de certaines métadonnées, d'autres prennent le relais, qui permettent de tracer les différentes interactions.

⁶⁷⁴ Conclusions de l'AG Campos Sanchez-Bordona sur l'affaire C-582/14, présentées le 12 mai 2016.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, § 106 : « Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions posées comme suit : 1) Conformément à l'article 2, sous a), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, une adresse IP dynamique par laquelle un utilisateur a accédé au site Internet d'un fournisseur de médias électroniques constitue pour celui-ci une donnée à caractère personnel, dans la mesure où un fournisseur d'accès au réseau possède des informations supplémentaires qui, combinées à l'adresse IP dynamique, permettraient d'identifier l'utilisateur ».

⁶⁷⁶ CJUE, 19 octobre 2016, *Breyer*, aff. C-582/14, EU:C:2016:779.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, § 49 : « Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 2, sous a), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens qu'une adresse IP dynamique enregistrée par un fournisseur de services de médias en ligne à l'occasion de la consultation par une personne d'un site Internet que ce fournisseur rend accessible au public constitue, à l'égard dudit fournisseur, une donnée à caractère personnel au sens de cette disposition, lorsqu'il dispose de moyens légaux lui permettant de faire identifier la personne concernée grâce aux informations supplémentaires dont dispose le fournisseur d'accès à Internet de cette personne ».

147. Pas d'action sans traces. – Jouissant d'une certaine liberté lors de sa navigation et plus largement son utilisation d'Internet, l'utilisateur du support numérique n'en est pas moins « grevé d'un bracelet électronique virtuel »⁶⁷⁸. La CNIL elle-même relève que « le développement considérable des services de communication en ligne pose avec une plus grande acuité la question du traçage des personnes qui y ont recours »⁶⁷⁹. On retiendra au moins trois façons de suivre cette activité en temps réel ou différé : les relevés de navigation (1.), les fichiers temporaires (2.) et bien entendu les « cookies » (3.).

1. Les relevés de navigation

148. Navigateurs et navigation. – Les navigateurs Web sont des logiciels qui permettent d'accéder à du contenu en ligne grâce aux protocoles de communication tels que http(s) ou ftp(s)⁶⁸⁰. Pour simplifier, le navigateur est le véhicule qui permet de voyager d'un site Web à un autre. Il est équipé d'une forme de boîte noire, qui mémorise la consultation des différents sites Internet visités, le temps passé sur chaque page, les rebonds réalisés par le navigant⁶⁸¹. Cet historique est assez connu, l'utilisateur pouvant effacer ses traces depuis son propre ordinateur ou téléphone, voire indiquer sur ce même navigateur qu'il ne souhaite pas que cet historique soit conservé. En effet, comme cela est le cas sur des navigateurs comme Chrome ou Safari, on trouve dans les paramètres des options préalablement décochées proposant « Indiquer que je ne souhaite pas être pisté » ou encore « Utiliser la protection contre le pistage dans les fenêtres de navigation privée »⁶⁸², couramment qualifiées de dispositifs « *Dot not track* » (DNT). Les paramètres des navigateurs peuvent également être configurés sur les téléphones mobiles et autres tablettes. Nonobstant le fait que les terminaux téléphoniques sont les plus grands collecteurs de données et métadonnées, la configuration n'en est pas simplifiée. Il faut effectuer les réglages dans le navigateur par défaut mais également dans les éventuelles applications téléchargées à des fins de consultation de contenu. Chaque interface permettant un enregistrement systématique des métadonnées et données, tous les paramètres doivent être surveillés.

⁶⁷⁸ MALLEY-POUJOL (N.), « Les libertés de l'individu face aux nouvelles technologies de l'information », *Cahiers français*, n° 296, Mai-Juin 2000, p. 63.

⁶⁷⁹ CNIL, délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978.

⁶⁸⁰ Par exemple Safari, Chrome, Firefox, Edge, Opera, Android.

⁶⁸¹ Le taux de rebonds, en anglais *Bounce rating*, permet de mesurer les pages consultées sur un site avant fermeture du navigateur. La personne qui réalise un rebond sur le Web consulte une page sur un site, puis ferme immédiatement ce même site, sans consulter une autre page ou un autre contenu sur ce support. Il se mesure notamment avec Google Analytics, module qui peut être greffé sur n'importe quel site Internet. Il permet de savoir si le contenu est intéressant et est exploré jusqu'au bout, ou seulement de manière partielle.

⁶⁸² Onglet « vie privée » du navigateur Mozilla Firefox.

149. Un traçage préconfiguré. – D’une manière assez classique, les enregistrements d’historique de navigation sont activés dans la configuration originelle. On se trouve donc en présence de l’*opt-out*, situation dans laquelle la personne doit activement rechercher l’option permettant la plus grande tranquillité en cours de navigation⁶⁸³. Des possibilités de « navigation privée » sont désormais offertes par les navigateurs : une seconde page Web s’ouvrira alors, sur laquelle toutes les options d’anonymat disponibles seront considérées comme cochées.

Ces premières traces de navigation nécessitent, à des fins de stockage, un environnement adapté. La mémoire dite « cache » et une première série de fichiers temporaires permettent la réalisation de cette tâche.

2. Mémoire cache et fichiers temporaires

150. La mémoire cache. – La mémoire cache⁶⁸⁴ est la mémoire à court terme du terminal informatique, elle produit « l’effet de récence »⁶⁸⁵. Là où la mémoire biologique récente permet de ne pas perdre le fil d’une phrase ou d’une réflexion, la mémoire cache permet notamment aux services numériques consultés en ligne de retracer les activités récemment effectuées par la personne⁶⁸⁶. Logiquement, la mémoire cache se vide régulièrement afin de ménager une certaine place aux futures opérations demandant d’importantes ressources. Avec le développement des capacités de mémoire cache et l’intérêt croissant des entreprises pour les métadonnées, ladite mémoire est désormais stockée dans différents fichiers qu’il faut vider manuellement pour en rendre indisponible le contenu. L’exemple le plus parlant est le fichier temporaire existant au sein du système Windows de Microsoft.

151. La principale archive de métadonnées de passage. – L’existence du dossier « Temporary Files » est assez méconnue des utilisateurs. Il s’agit d’un dossier plutôt dissimulé⁶⁸⁷, pourtant souvent lourd et très fourni s’il n’a jamais été vidé. C’est ce fichier qui permet la plupart des suggestions de saisie dans les moteurs de recherche, la mémorisation des mots de passe sur les sites demandant une identification, la mémorisation des « paniers » sur les sites marchands où les

⁶⁸³ Sur ce point, v. nos développements suivants, n° 496.

⁶⁸⁴ Aussi appelée « antémémoire ».

⁶⁸⁵ Terme médical de neuropsychologie utilisé également en informatique : souvenir proche et familier d’interactions et de réactions à divers *stimuli*.

⁶⁸⁶ Le but original de la mémoire cache est technique : accélérer la navigation en évitant à l’utilisateur de devoir télécharger des contenus qu’il a déjà téléchargé par le passé.

⁶⁸⁷ Pour accéder à ce dossier sur un ordinateur, la manipulation la plus simple est d’aller vers la commande « Exécuter » et d’y saisir « %temp% » (sans guillemets) pour ouverture du dossier. Depuis un téléphone intelligent ou une tablette, il faut « vider le contenu cache » ou « effacer les données » de chaque application. En fonction du terminal téléphonique et du navigateur, la possibilité d’effacer ces fragments et traces est plus ou moins grande. Chez Apple, éditeur de l’iPhone, l’accès aux métadonnées est quasiment inexistant. Certains fabricants ont fait de l’absence de pistage un argument de vente, notamment avec les « BlackPhone » ou « Pwn Phone », réputés impossibles à tracer.

commandes n'ont pas été achevées, les téléchargements non achevés, les sauvegardes d'urgence de fichiers (notamment textes) non ou mal enregistrés, etc. Cette mémorisation fonctionne comme autant de portes entrouvertes permettant des visites facilitées à l'utilisateur. Un lien de mémorisation et d'échange se tisse entre l'appareil de la personne et le prestataire de service, et ce de manière assez opaque. Depuis un mobile ou une tablette, il faut passer en revue les paramètres d'application afin d'exécuter une purge de la mémoire cache.

Aux données temporaires de navigation s'ajoutent les « cookies », petits fichiers indiquant les préférences liées aux achats et aux habitudes de navigation.

3. *Les cookies*

152. Définition technique. – Les cookies sont des données temporaires sauvegardées à la fois sur l'appareil de l'utilisateur et par le prestataire de service⁶⁸⁸ ou ses partenaires. Ils sont principalement les bribes d'informations mémorisées dans les fichiers temporaires. Leur durée de conservation est variable, allant des cookies de « session » supprimés à la déconnexion aux cookies persistants pour une durée plus longue, la nature temporaire du fichier devenant alors discutable. Plus pernicieux, les cookies « témoins » ou « traceurs » sont des fichiers déposés par un annonceur permettant de retracer les différents sites et contenus visités en dehors de la page initiale. Pour l'exemple, Facebook a eu jusqu'à récemment un accès consultatif à toutes les pages ouvertes sur le même navigateur par l'utilisateur, ce qui lui a valu une condamnation pour dépôt cookie traceur dans les terminaux des utilisateurs. C'est la CNIL qui, le 27 avril 2017, a constaté cette violation au droit français et européen, et prononcé la sanction maximale alors à sa portée, c'est-à-dire le paiement d'un montant de 150.000 euros⁶⁸⁹. Si la personne consultait des sites marchands ou sportifs pendant que son profil Facebook était ouvert, des cookies étaient déposés, ce qui permettait un important traitement par de nombreux algorithmes. Bien que méconnue⁶⁹⁰, cette collecte était clairement spécifiée dans les conditions générales d'utilisation : « Ceci comprend des informations sur les sites

⁶⁸⁸ Leur appellation provient d'un langage informatique développé par les utilisateurs du système Linux : les « magic cookies ». Ces cookies étaient alors des données non visibles que se transmettaient des programmes entre eux afin d'accomplir une tâche. Le lien est donc lointain avec le « magic cookie » original, biscuit asiatique dissimulant une formule proverbiale.

⁶⁸⁹ CNIL, délibération n° SAN-2017-006 du 27 avril 2017 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés FACEBOOK INC. et FACEBOOK IRELAND : « La formation restreinte relève que les sociétés procèdent à la combinaison des données des utilisateurs aux fins d'affichage de contenus et de publicités personnalisés. Elle considère que ce traitement qui procède d'un intérêt économique et permet aux sociétés d'offrir un service gratuit et pertinent aux utilisateurs peut être qualifié de légitime. Pour autant, la formation restreinte relève que la combinaison potentiellement illimitée de toutes les données des utilisateurs, qui sont collectées non seulement sur le site facebook.com mais également sur des sites ou applications tiers, notamment via le cookie datr (voir infra) est, par son ampleur, de nature à méconnaître les intérêts des utilisateurs et à porter atteinte à leur droit au respect de la vie privée ».

⁶⁹⁰ Afin d'amoindrir ce phénomène tout en continuant d'utiliser le service de réseautage social, les techniciens conseillent l'utilisation systématique de la déconnexion et/ou d'un navigateur dédié uniquement à Facebook en « session privée ».

web et les applications que vous consultez, votre utilisation de nos Services sur ces sites web et applications, ainsi que les informations que le développeur ou l'éditeur de l'application ou du site web partagent avec vous ou avec nous»⁶⁹¹. Le cookie est la cheville ouvrière de la publicité contextuelle : les traces instantanées laissées quelque part sur Internet peuvent se répercuter sur le prochain site visité⁶⁹².

153. Définition juridique. – Le dépôt de cookie est visé par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978⁶⁹³. Il faut entendre par là « toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans l'équipement terminal de communications électroniques d'un abonné ou d'un utilisateur de service électronique, ou à inscrire des informations dans cet équipement ». La pratique du dépôt des cookies, invisible pendant longtemps, a fait l'objet de quelques articles en une quinzaine d'années⁶⁹⁴, et de nombreux avis du G29⁶⁹⁵. Par une délibération du 5 décembre 2013, la CNIL a dressé une typologie des cookies qui menacent la vie privée et doivent faire l'objet d'une information et d'un consentement préalables : cookies liés aux opérations relatives à la publicité ciblée, cookies de mesure d'audience⁶⁹⁶, cookies traceurs de réseaux sociaux générés notamment par les boutons de partage⁶⁹⁷.

154. En droit de l'Union. – La directive 2002/58 prévoit que « l'équipement terminal de l'utilisateur d'un réseau de communications électroniques ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur »⁶⁹⁸. Toutefois, le dépôt de « témoins de

⁶⁹¹ « Politique d'utilisation des données » de Facebook : « *Informations provenant des sites web et des applications qui ont recours à nos Services.* Nous recueillons des informations lorsque vous visitez ou utilisez des sites web et des applications de tiers qui ont recours à nos Services (par exemple, lorsqu'ils incluent nos boutons J'aime ou Se connecter avec Facebook, ou encore lorsqu'ils font appel à nos services de mesure et de publicité). Ceci comprend des informations sur les sites web et les applications que vous consultez, votre utilisation de nos Services sur ces sites web et applications, ainsi que les informations que le développeur ou l'éditeur de l'application ou du site web partagent avec vous ou avec nous. *Informations provenant de partenaires tiers.* Nous recevons des informations sur vous et vos activités, sur et en dehors de Facebook, en provenance de nos partenaires tiers, telles que des informations provenant de partenaires avec qui nous avons collaboré pour offrir un service, ou encore d'annonceurs au sujet de votre expérience ou de votre interaction avec ce dernier ».

⁶⁹² V. notamment SOLTANI (A.) et al., « Flash cookies and privacy », *Summer Undergraduate Program in Engineering Research at Berkeley (SUPERB)*, Université de Berkeley, 2009. Ressource indexée en ligne.

⁶⁹³ Article 32 de la loi n° 78-17 modifiée par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011.

⁶⁹⁴ LEROUGE (L.), « L'utilisation licite des cookies en droit commercial », *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2005, p. 25 ; MINET (C.), « Les cookies : mode d'emploi », *RLDI*, n° 109, Novembre 2014, pp. 71-76.

⁶⁹⁵ G29, avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies, WP, 194, 7 juin 2012 ; G29, avis 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies, WP 208, 2 octobre 2013. V. également CNIL « Site web, Cookies et autres traceurs », ressource indexée.

⁶⁹⁶ Avec des exceptions visées à l'article 6 de la recommandation : après information, dans le cas où l'utilisation de cookies est strictement nécessaire pour accéder au service souhaité par l'utilisateur, et si le dispositif est limité à la mesure d'audience, et sans possibilité d'interconnexion avec d'autres données.

⁶⁹⁷ CNIL, délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978, article 1^{er}.

⁶⁹⁸ Directive 2002/58/CE, *op. cit.*, considérant 24 : « L'équipement terminal de l'utilisateur d'un réseau de communications électroniques ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur, qui doit être protégée au titre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, les logiciels espions, les pixels invisibles (web bugs), les identificateurs cachés et les autres

connexion » est possible dans un cas « légitime et utile », par exemple pour contrôler l'identité d'un utilisateur lors d'un paiement en ligne. Le terme consacré est donc « témoin de connexion », mais le mot « cookie » est explicitement mentionné entre parenthèses. Sur ce sujet en particulier, le G29 a notamment délivré plusieurs avis, répondant au malaise lié à la méconnaissance de ce pistage sur la totalité des appareils connectés à Internet. Actuellement, tous les prestataires de service ou fournisseurs de contenu ont l'obligation d'indiquer par une bannière en en-tête de la page que des cookies sont relevés sur leur site. La CNIL elle-même indique utiliser des cookies pour mesurer la fréquentation de son site Web. Une fois encore, ce sont les applications mobiles qui posent les plus grands problèmes, les CGU prévoyant une consultation quasiment illimitée de toutes les données présentes sur le téléphone, le suivi de la navigation et le dépôt de cookies comportementaux.

155. Une métadonnée signifiante. – Les cookies, à la fois témoins de connexion et indicateurs de navigation, sont des métadonnées significatives. Leur dénomination bienveillante invite à les considérer comme des objets extérieurs, mais dans la mesure où ils permettent clairement aux annonceurs et entreprises du numérique de réaliser de la publicité ciblée et de classer la personne dans une catégorie de consommateurs, les cookies sont des fragments comportementaux. Ils agissent comme des tampons de présence appliqués sur la main d'une personne, rendant cette même main identifiable lorsqu'elle poussera la « porte » de leur service. Même déposé par un tiers, un tel signet attaché à l'identité numérique de la personne intègre cette même identité, en tant que composante de l'identité. La question de la licéité du dépôt de cookie n'en est donc que plus importante.

La personne marquée est reconnaissable au milieu d'une pluralité d'utilisateurs, mais retrouver sa trace est d'autant plus simple que des données de localisation sont elles aussi collectées.

C. L'identité « géographique » : les données de localisation

156. Identification de la géolocalisation. – La loi relative à la géolocalisation devait compléter de façon opportune la loi de programmation militaire afin de préciser les moyens techniques à la disposition des services de renseignement. Si les cas prévus sont envisagés de manière assez large, on ne trouve aucune définition de la géolocalisation elle-même. Le nouvel article 230-32 du Code de procédure pénale prévoit « qu'il peut être recouru à tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel ». La géolocalisation au sens de la loi du 28 mars 2014⁶⁹⁹ ne prévoit donc

dispositifs analogues peuvent pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur, et peuvent porter gravement atteinte à la vie privée de ce dernier. L'utilisation de tels dispositifs ne devrait être autorisée qu'à des fins légitimes, et en étant portée à la connaissance de l'utilisateur concerné ».

⁶⁹⁹ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 *relative à la géolocalisation*.

guère de limitation technique à la localisation en temps réel. D'autres technologies que le géopositionnement par satellite permettant de localiser des personnes ou des objets⁷⁰⁰, on peut supposer que l'acceptation large est volontaire. On trouve une définition assez précise des données de localisation dans la directive 2002/58/CE, qui entend par là « la latitude, la longitude et l'altitude du lieu où se trouve l'équipement terminal de l'utilisateur, la direction du mouvement, le degré de précision quant aux informations sur la localisation, l'identification de la cellule du réseau où se situe, à un moment donné, l'équipement terminal, ou encore le moment auquel l'information sur la localisation a été enregistrée »⁷⁰¹.

157. Le GPS. – GPS est l'appellation de la principale technologie utilisée pour la géolocalisation, sigle de « *global positioning system* »⁷⁰², souvent traduit par « géo positionnement par satellite » ou « géolocalisation par satellite ». Le principe repose sur le mouvement perpétuel d'une constellation d'environ 30 satellites⁷⁰³ permettant de déterminer le positionnement d'un point, selon les repères géographiques connus : latitude, longitude, altitude. La plupart du temps, les données GPS sont transmises sur et depuis un appareil distinct, comme le GPS routier. Toutefois, les applications mobiles permettant aux téléphones de fonctionner comme des terminaux GPS (applications routières, boussoles, tag d'un lieu spécifique, etc.), ces derniers sont désormais les principaux supports fournisseurs de données de localisation. Certains grands acteurs du numérique souhaitent progressivement se doter d'un réseau satellite, afin de proposer leur propre Internet par satellite. On peut supposer qu'un tel réseau permettrait la communication à ces entreprises de tous les déplacements en temps réel des individus connectés⁷⁰⁴.

158. La géolocalisation GSM. – Les téléphones mobiles, tablettes et ordinateurs peuvent désormais être localisés indépendamment de la fonction GPS. Un appareil de type téléphone peut ainsi être quadrillé à l'aide du réseau sur lequel il est connecté, et plus précisément à l'aide de l'antenne relai la plus proche. La qualité de la géolocalisation peut être variable en fonction de la portée de l'antenne et de la fréquence. La particularité de ce fameux réseau GSM que nous utilisons est de n'authentifier que l'utilisateur et non le réseau. Cela signifie que rien ne sécurise véritablement la trajectoire des ondes de l'utilisateur à l'antenne relai, que la communication n'est pas sécurisée

⁷⁰⁰ En plus du GPS existent la géolocalisation par adresse IP, par RFID, par puces GSM (téléphone mobile), par géocodeur, etc.

⁷⁰¹ Directive 2002/58 CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), cons. 14.

⁷⁰² Littéralement, « Système mondial de positionnement ».

⁷⁰³ Système dit « géodésique », car il s'exprime avec des coordonnées cartésiennes.

⁷⁰⁴ On renverra aux sommes colossales investies par Google et Facebook dans le projet « Space X » depuis 2015 pour l'envoi de satellites en orbite.

de « bout en bout », ce qui permet des « interceptions de sécurité »⁷⁰⁵, désignée par l'expression « attaque de l'homme du milieu », qui se glisse entre le terminal et l'antenne relai.

159. Les puces RFID. – La RFID⁷⁰⁶ est un microcomposant électronique de taille réduite, souvent une puce électronique. Ces puces sont l'avenir de la traçabilité humaine. Leur petite taille - jusqu'à quelques millimètres de long pour les plus petites – permet le développement de cette technologie par greffe sous-cutanée. Elles accomplissent leur mission de localisation et de transmission de données avec une grande efficacité : on peut situer par radiofréquence l'équipement, la personne ou l'animal équipé d'une puce RFID avec une précision allant de quelques centimètres à quelques dizaines de mètres maximum⁷⁰⁷. Combinés à la téléphonie mobile, elles permettent de repérer des personnes passant à proximité d'endroits comportant un tag⁷⁰⁸, y compris sans aucune requête ou utilisation du possesseur de terminal. Les téléphones intelligents, même éteints, répondent aux requêtes sur la RFID. On peut craindre la grande multiplication des puces RFID captant les données⁷⁰⁹ en raison du développement phénoménal des objets connectés⁷¹⁰. La technologie RFID fonctionne par radio-identification, selon une fréquence plus ou moins élevée. La RFID est sans aucun doute la technologie de géolocalisation qui connaît la plus grande expansion actuelle. Si elle continue de progresser, elle produira des données particulièrement intimes, puisque liées à la personne en temps réels, voire directement greffées à ladite personne.

160. La pratique du « local tag ». – Une pratique récente, née des partages sur les réseaux sociaux mais étendue aux applications mobiles, consiste à demander une géolocalisation et la partager avec ses contacts. Il s'agit de se signaler, seul ou accompagné, dans un endroit particulier, avec plus ou moins de précision : pays, région, ville, aéroport ou gare, quartier, magasin, restaurant/bar, monument, etc. La démarche peut être active (l'utilisateur a envie de se signaler et réalise l'intégralité de la démarche), ou semi-active (les réseaux sociaux et applications repèrent l'utilisateur et lui envoient une notification qui lui propose – voire lui demande – de se signaler à l'endroit où il se

⁷⁰⁵ Sur ce point, v. la seconde section de ce chapitre, n° 188.

⁷⁰⁶ *Radio Frequency Identification* (« Radio-identification »).

⁷⁰⁷ LACOUR (S.), « *Ubiquitous computing* et droit. L'exemple de la radio-identification », *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, Paris, l'Harmattan, 2008, p. 35.

⁷⁰⁸ Le tag est une « accroche », la reconnaissance mutuelle de deux dispositifs techniques. V. POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *LEGICOM*, janvier 2009, n° 42, p. 48.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 56 : « Ce qui caractérise les RFID dont le marché se développe à une allure exponentielle est tant leur miniaturisation, que le fait qu'ils s'attachent et identifient la possession d'un objet même si indirectement elle révèle le comportement de son possesseur, soulevant la question de savoir si nos législations relatives à la protection des données "identifiant" des personnes sont applicables ».

⁷¹⁰ ALBERGANTI (M.), *Sous l'œil des puces. La RFID et la démocratie*, Arles, Actes Sud, 2007, pp. 194 et s.

trouve)⁷¹¹. Les navigateurs proposent aussi de géolocaliser les photographies prises avec un téléphone connecté, afin d'y attacher cette métadonnée, et en faciliter le partage.

161. L'interconnexion aux autres données. – Il n'existe désormais que très peu d'applications qui n'incitent pas au partage des données de localisation, que ce soit dans le statut principal où en lien avec les activités, photos, etc. C'est souvent l'utilisateur lui-même qui – volontairement ou non – lie des données de localisation à une autre donnée : photographie, vidéographie, description d'activité, achat, voyage, etc. Cette fameuse richesse de métadonnées incrustées massivement dans les données qui donne des identités numériques « plus fournies que les fichiers de police »⁷¹².

Ces éléments passés en revue, on peut affirmer que la production de données et métadonnées n'est pas forcément une démarche consciente et volontaire de l'utilisateur. Il semble nécessaire d'en exposer la nature et l'origine (la génération). Ce fait s'appuie sur un second volet : leur utilisation.

⁷¹¹ Un exemple de résultat peut être donné dans une publication classique : « Valentin X. est en train de boire un verre de Y. à l'Hôtel Z., avec Marie A. et Matthieu B. ».

⁷¹² En ce sens, il est désormais possible de procéder à l'analyse par la police des contenus disponibles sur les SRS via le procédé « Analyse des réseaux sociaux » (ARS), mis en place par la loi du 24 juillet 2015 et la mise en place du système dit de la « boîte noire ».

Section 2 – Une utilisation croissante des métadonnées

162. Une approche particulière. – Prétendre que la nature des métadonnées apparaît avec leur utilisation peut paraître conceptuellement déroutant. Pour être plus exact sur un plan factuel et peut-être plus incisif sur un plan juridique, il faudrait dire que ce sont les utilisations qui suggèrent certains errements juridiques, ou éclairent du moins le ménagement d'un contexte relativement permissif. On a donc ici une approche fonctionnelle inversée : c'est l'utilisation de l'objet qui permet de déterminer sa fonction, et non sa nature. Selon la théorie répandue de la neutralité technologique⁷¹³, la métadonnée est purement technique et ne saurait nuire à l'individu que dans la mesure où elle est utilisée à mauvais escient⁷¹⁴. Corroborer cette théorie est délicat, dans la mesure où les métadonnées sont parfois directement conçues comme des éléments ayant pour fonction de fournir des renseignements sur un ou plusieurs individus. Il ne s'agirait plus alors d'un objet arraché à son fondement neutre pour lui assigner une autre fonction, mais bien d'un objet dont la raison d'être est de raconter une personne de façon indirecte, dont le fondement est volontairement générateur d'informations. Les métadonnées sont « l'ADN » de l'identité numérique : invisibles à l'œil nu, mais bavardes et intimes pour l'observateur avisé. Il faut ici préciser – afin de ne pas avoir à le repréciser à chaque occurrence – que l'utilisation des métadonnées va généralement de pair avec l'utilisation de données à caractère personnel de type formel, comme le nom ou l'image. Comme nous l'avons déjà précisé, il s'agit de la principale fonction des métadonnées : permettre la réidentification par recoupement. Il ne sera donc pas précisé, à chaque exemple, qu'un type d'utilisation des métadonnées est aussi un type d'utilisation des données. Cela étant posé, nous pouvons envisager l'utilisation par les acteurs privées (§ 1) mais aussi par les acteurs publics (§ 2).

§ 1 – L'utilisation privée des métadonnées : orientation

163. Une même information pour plusieurs analyses. – Les acteurs économiques privés adoptent deux types d'analyse de métadonnées qui ne s'excluent nullement. Les métadonnées sont particulièrement pertinentes en ce qu'une même information technique peut servir à la fois à l'analyse de masse (A.) et à l'analyse individuelle (B.).

⁷¹³ GAUTRAIS (V.), *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012, 297 p.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

164. Faisceaux d'indices et identification de catégories. – Le *datamining*, ou « forage des données », fonctionne sur un triptyque « Décrire, analyser, prévoir ». L'analyse se déroule par induction et s'intéresse d'abord aux conséquences, puis tente par des procédés algorithmiques de remonter à la source, à la manière de l'ingénierie inversée : démonter le produit jusqu'à ses plus petits démembrements pour en comprendre le fonctionnement. Quelle que soit la finalité poursuivie, la pratique du *datamining* est invariable : un algorithme recoupe par analogie des variables, rassemble des facteurs, et constitue des paquets devant répondre à sa tâche mécanique. Il est présumé neutre car il ne s'intéresse qu'aux « groupes » et aux « sous-groupes », et car il fonctionne avec de nombreuses données et métadonnées. Ces dernières, en tant que plus petit dénominateur informationnel, sont essentielles au procédé. Les finalités de l'analyse de masse sont variables, liant différents individus et événements, selon des occurrences programmées. On trouve ainsi principalement le *datamining* à des fins d'étude de marché et d'amélioration des services (1.) mais aussi bien souvent à des fins de recherche (2.).

1. Analyse à des fins d'étude de marché et d'amélioration des services

165. Mesures et améliorations des services. – Que ce se soit pour anticiper ou conforter la demande, l'analyse des métadonnées est une ressource particulièrement intéressante pour les entreprises, les fonds d'investissement et, chose nouvelle, pour les partis politiques. Dans ces différents cas, la constitution de groupes et de sous-groupes pour identifier des cibles est censée produire de l'efficacité, de l'accès au profil-type, et de la sécurité. Dans le premier cas, l'analyse des données est une opportunité pour les entreprises, qui peuvent obtenir des études de marché très ciblées pour des coûts moindres. En effet, le recours au sondage commercial et aux panels de consommateurs tend à l'obsolescence⁷¹⁵. Les données peuvent être traitées par le collecteur lui-même, ou par un partenaire ayant acheté son droit de consultation. Par exemple, une plateforme de vente musicale souhaitant identifier les préférences d'un public adolescent peut acquérir un accès limité dans le temps à un échantillon de profils d'adolescents sur un réseau social, ce qui permettra d'analyser les différents partages, les produits « aimés », les achats en ligne, les visites d'autres sites marchands, et d'en faire des paquets commercialisables. En retour, les services proposent une « expérience client » améliorée et personnalisée, tirée de l'analyse des nombreuses traces que sont notamment les données techniques.

⁷¹⁵ V. le rapport commun de l'Autorité de la concurrence et du Bundeskartellamt du 10 mai 2016, *Competition Law and Data*, 54 p., ressource indexée.

166. Comportement des électeurs. – Il existe désormais des entreprises de conseil en matière de stratégie électorale. Elles se fondent sur l'analyse et le recoupement de données neutres. Bien au-delà du sondage, le procédé analytique calcule des intentions de votes en fonction de données géographiques, de l'âge moyen de la population, et autres facteurs : en bref, des données sociodémographiques et des métadonnées. C'est le service que propose notamment la société LMP. Cette start-up propose des cartes précises à l'échelle du quartier afin de « visualiser en un clin d'œil les spécificités de chaque quartier pour mieux caractériser vos électeurs »⁷¹⁶. Le récent fait d'actualité, à savoir la découverte de l'activité de la société « Cambridge Analytica » est une manifestation supplémentaire de la capacité des métadonnées à fournir des indications hautement précises sur les orientations politiques des personnes⁷¹⁷.

Les métadonnées ne sont pas utilisées uniquement à des fins privées. Au-delà des possibilités d'enrichissement, elles sont un formidable outil pour la recherche scientifique.

2. Analyse à des fins de recherche

167. Un outil précieux. – L'article 6 2° de la loi du 6 janvier 1978 dispose qu'un traitement ultérieur de données « à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données » en précisant toutefois qu'il doit être réalisé « dans le respect des principes et des procédures prévus ». Dans certains domaines comme les sciences humaines et sociales, un tel outil est précieux. Sur la base de certaines métadonnées, il est possible d'envisager, mesurer et comprendre des comportements socioculturels à grande échelle : quel contenu est consulté, quels déplacements sont effectués, quels endroits sont visités. À l'aide des données de connexion et de traces par « Text Mining »⁷¹⁸ dans les moteurs de recherche, il est possible de localiser certains foyers épidémiques (épidémiologie). Google met par exemple les recherches enregistrées à disposition du réseau « Sentinelles », afin de déterminer les foyers épidémiques de grippe en recoupant des mots saisis tels « grippe », « vaccin », « porcine », « aviaire », etc⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Société LMP : Liegey Muller Pons. Il est à noter que les trois fondateurs de cette société (en 2013) étaient consultants pour la campagne de Barack Obama en 2008, membres de l'équipe de campagne de François Hollande en 2012, et qu'Emmanuel Macron s'est offert les services de leur société en 2017. V. DRYEF (Z.), « Trois hommes + un logiciel = l'Élysée ? », *www.lemonde.fr*, 7 avril 2017, ressource en ligne.

⁷¹⁷ Pour des réflexions sur ce récent fait d'actualité, v. MACIEL-HIBBARD (M.), « Protection des données personnelles et cyber(in)sécurité », *Politique étrangère*, 2018/2, Été 2018, p. 64 ; WOLTON (D.), « Communication », *Hermès*, 2018/1, n° 80, p. 108.

⁷¹⁸ Analyse du texte saisi à l'écran par l'utilisateur sans avoir besoin que ce texte soit « entré ».

⁷¹⁹ Pour une explication détaillée, v. « Comparaison des surveillances Sentinelles et des recherches sur Google », ressource indexée. V. également « HealthMap », indicateur de foyers épidémiques dans le monde, ressource indexée.

168. Analyses statistiques par des organismes économiques. – Dans une perspective d’information à grande échelle, l’OCDE insiste sur l’importance de la circulation des métadonnées dans l’intérêt des États : « De façon générale, les utilisateurs souhaitent que les statistiques compilées et publiées par les offices nationaux et les organisations internationales soient plus facilement comparables à l’échelle internationale et plus cohérentes »⁷²⁰. Il faut ici relever un certain manque de clarté : les « utilisateurs » des métadonnées ne sont nullement définis, pas plus que les métadonnées malgré la présence d’un « Manuel sur les métadonnées » de 176 pages. Le rapport en question semble parfois s’égarer dans un raisonnement circulaire, puisqu’il met en avant un empilement d’analyses statistiques illustrant la nécessité des analyses statistiques de données et métadonnées.

169. Diverses autres fonctions liées à la recherche. – Il importe de souligner que la fonction des métadonnées est de créer les conditions du dynamisme souhaité par le Web 2.0⁷²¹, c’est-à-dire une fluidité des contenus et des recherches simplifiées. C’est ce que les informaticiens appellent *interopérabilité*, problématique connue des juristes en propriété intellectuelle, puisqu’il s’agit de la possibilité pour une donnée, un logiciel ou un système de fonctionner avec un autre sans que cela pose de problèmes d’accès au contenu et sans restriction de mise en œuvre. Il s’agit finalement d’une libre modification et libre circulation des contenus. On trouve aussi la collecte de métadonnées à des fins de recherches au sens scientifique⁷²². Par exemple, le projet Algopol, mené par une équipe de sociologues et d’informaticiens, propose de modéliser sous forme de cartes les interactions ayant lieu sur le réseau social Facebook et d’étudier le fonctionnement des formes de relation sur ce support⁷²³.

Si l’analyse de masse présente des risques pour les personnes, voir pour la famille humaine en tant qu’ensemble prévisible, l’analyse individuelle fondée sur les métadonnées est, elle, plus intrusive et directe.

B. Analyse individuelle

170. Les métadonnées, lubrifiant mécanique du « pétrole du XXI^{ème} siècle ». – La principale valeur économique des données à caractère personnel provient de la possibilité de réaliser de la

⁷²⁰ OCDE, *Manuel sur la communication et la présentation de données et de métadonnées*, Rapport, 2007, 176 p., ressource indexée.

⁷²¹ Le web sémantique est une fraction d’Internet et une extension du World Wide Web (www) permettant l’utilisation, le partage et la modification de données en ligne. Il s’agit de l’expression la plus adaptée pour parler du Web 2.0 et de la nature modulable du Web telle que nous la connaissons. Le britannique Tim Berners-Lee est à l’origine de l’essentiel de cette innovation, émergeante dans les années 1990.

⁷²² À titre d’exemple, des balises métadonnées renvoyant à des bibliographies relatives aux recherches sur l’Arctique et l’Antarctique sont disponibles en ligne.

⁷²³ Financé par l’Agence Nationale de la Recherche, le projet est exposé en ligne, et propose le téléchargement d’une application.

publicité ciblée. Tout comme pour la publicité classique, les retombées économiques ne sont pas nécessairement significatives, mais l'existence publicitaire est centrale pour les annonceurs. À la fin des années 2000 sont apparus les bandeaux publicitaires situés aux confins des écrans. Cette publicité est désormais omniprésente : avant les contenus vidéographiques, dans les fenêtres spontanées (*pop-up*), dans les messageries courriels et téléphoniques. Cette publicité consiste à « suivre les utilisateurs lorsqu'ils surfent sur l'Internet, et à constituer des profils à travers le temps, qui serviront ultérieurement à leur proposer des publicités correspondant à leurs centres d'intérêts »⁷²⁴. Pour se donner une idée de l'importance des *Big Data*s, il est possible d'indiquer qu'en 2007, cinq grandes entreprises du numérique⁷²⁵ enregistraient mensuellement la production d'environ 336 milliards d'« événements de transmissions de donnée », chaque événement faisant naître au moins une donnée technique. La même étude donne un exemple plus précis et révèle que l'entreprise Yahoo réalisait à cette même époque environ 2520 opérations de collecte de données mensuelles pour chaque utilisateur⁷²⁶. En près de dix ans ayant vu l'avènement des réseaux sociaux et de nouveaux moteurs de recherche, ces prélèvements et analyses ont été au moins décuplés. L'apparition de la publicité ciblée nécessite trois temps et trois acteurs. Côtés acteurs, les fournisseurs de réseaux publicitaires sont la jointure entre les diffuseurs (sites Web) et les annonceurs (publicitaires). Lors de la première étape, l'annonceur s'adresse au fournisseur de réseaux publicitaires et lui fait connaître sa cible. Par traitement algorithmique, le fournisseur de réseaux recoupe toutes les informations possibles sur une même personne par la méthode dite du profilage prédictif, consistant en une série de déductions sur le comportement individuel et collectif. Il s'agit principalement des pages visitées, des textes saisis, des clics, des partages et des réactions instantanées. Enfin, une fois les cibles profilées et regroupées, l'annonceur achète des espaces visuels aux diffuseurs⁷²⁷. Il arrive parfois que le fournisseur de réseau publicitaire soit aussi le diffuseur, comme cela est le cas des grandes plateformes de réseaux sociaux⁷²⁸. Un profil bien ordonné et très descriptif aura ainsi une valeur marchande supérieure à quelqu'un dont la présence est faible. La valeur sociale du profil – ou *Social Ranking* – est notamment calculée par le procédé « OpenGraph », qui permet de classer les utilisateurs en fonction de leur rayonnement social et donc de leur taux de productivité de données et métadonnées. En définitive, une fiche de

⁷²⁴ G29, avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, 22 juin 2010.

⁷²⁵ Yahoo, Google, Microsoft, AOL, MySpace.

⁷²⁶ V. l'étude de l'entreprise ComScore relatée par le New York Times : STORY (L.), « To aim ads, Web is keeping closer eye on you », *The New York Times*, 10 mars 2008. Consultable en ligne : <http://www.nytimes.com/2008/03/10/technology/10privacy.html>.

⁷²⁷ Pour l'exemple, v. la considérable liste de partenaires de Google pour « Google AdSense » : <https://developers.google.com/third-party-ads/adx-vendors?rd=1>.

⁷²⁸ Facebook recoupe lui-même la plupart des données de ses utilisateurs et propose des espaces publicitaires ciblés et adaptés aux annonceurs.

renseignement, mais orientée sur le comportement et le potentiel économique de la personne. Cette dernière s'interprète à la lumière d'un ensemble de données supposées techniques : interactions, temps des connexions, régularité d'interactions, régularités des visites, nombre d'amis, visibilité des publications.

171. Encadrement du traitement des données techniques dans l'Union. – La directive 2002/58/CE tente de couvrir l'ensemble de la question de l'exploitation des données stockées dans les terminaux des personnes, et rappelle que « l'utilisation [...] en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur [n'est] permise qu'à condition [...] d'une information claire et complète [...] et que l'abonné ou l'utilisateur ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données »⁷²⁹. Les autorités de régulation des pays membres ont formulé en ce sens plusieurs recommandations, craignant un contournement systématique du consentement à l'exploitation de ces données techniques, car peu connues et peu accessibles. Le G29 invitait déjà en 2010 à l'autorisation par *opt-in*, qui consiste en une expression de volonté conditionnée à l'information et à la clarté, constatant qu'en l'état actuel des choses « le paramétrage des navigateurs actuellement disponibles et les mécanismes d'*opt-out* n'assurent la manifestation d'un consentement que dans des cas très restreints »⁷³⁰.

172. L'utilisation des métadonnées par les acteurs privés a été rapidement dépeinte, en raison de sa proximité avec celle faite des données plus classiques. En outre, c'est par le recoupement et la révélation de l'identité personnelle que ces données prennent tout leur sens, permettant de faire émerger un profil de consommateur. Du côté des autorités publiques, l'utilisation des métadonnées est plus directe, et répond à des finalités classiques de maintien de l'ordre public, de prévention et de poursuite des infractions pénales.

§ 2 – Utilisation administrative et judiciaire : surveillance, enquête, contrôle

173. L'écoute moderne. – L'utilisation des métadonnées comporte un important volet public : celui de l'enquête et de la surveillance. Dans un cas comme dans l'autre, la consultation ou la

⁷²⁹ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, 12 juillet 2002, *op. cit.*, art. 5§3 : « Les États membres garantissent que l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur ne soit permise qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur, soit muni, dans le respect de la directive 95/46/CE, d'une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement, et que l'abonné ou l'utilisateur ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données. Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès technique visant exclusivement à effectuer ou à faciliter la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou strictement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur ».

⁷³⁰ G29, avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, 22 juin 2010, p. 3.

collecte est censée être limitée à des cas exceptionnels et prévus par la loi. La phase d'enquête peut donc donner lieu à une utilisation judiciaire des métadonnées (A.), mais c'est désormais principalement les services de renseignement qui passeront par la voie administrative pour pouvoir accéder à – voire collecter – ces données techniques (B.). Bien que la frontière entre ces deux autorités soit parfois ténue⁷³¹, nous tenterons ici de mettre en relief deux approches distinctes mais tout aussi préoccupantes en matière d'accès aux aspects techniques de l'identité numérique à des fins de justice et de sécurité.

A. Les moyens à la disposition de l'autorité judiciaire

174. Différents moyens à la disposition du juge judiciaire. – Le juge judiciaire peut mettre en place une surveillance judiciaire pour les besoins d'une enquête (1.) ou, de manière plus directe, faire procéder à la consultation des équipements des personnes mises en cause (2.). D'une façon plus globale, ces données peuvent aussi servir à l'identification de « zones » sensibles (3.).

1. Surveillance judiciaire

175. Libre disposition des moyens en phase d'instruction. – L'accès judiciaire aux données techniques lors d'une phase d'instruction est assez simple. Pour mettre en place une surveillance et une éventuelle captation de métadonnées, le juge d'instruction tire sa compétence de l'incontournable article 81 du Code de procédure pénale qui dispose : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge »⁷³². Bien que le sixième alinéa précise que l'enquête ne vise que les « personnes mises en examen », la formule complète est assez symptomatique des pouvoirs du juge d'instruction : « une enquête sur la personnalité des personnes mises en examen, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale, ou sociale ». Autrement dit, un ensemble d'informations personnelles. On peut supposer que le traitement numérique de telles données facilite l'enquête, mais une telle latitude dans la mise en place de moyens implique un risque d'ingérences collatérales dans l'intimité des tiers, et la conservation de données non pertinentes. Ici, le Procureur de la République est présenté comme le garde-fou principal de sa propre

⁷³¹ Sur ce point, v. notamment VIE (J.-M.), « Police et responsabilités administratives et judiciaires : où se situe la frontière ? », *AJDA*, 2010, n° 14, pp. 771-774 ; HERRAN (T.), « La distinction police administrative et police judiciaire à l'épreuve de l'entraide policière internationale », *D.*, 2015, pp. 1880-1885 ; BEDARRIDES (E.), « Des écoutes au renseignement. Un exemple de la distinction entre les polices judiciaire et administrative », *AJDA*, 2015, n° 36, pp. 2026-2034. V. CC, décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.

⁷³² Code de procédure pénale, art. 81.

compétence, puisqu'il doit instruire « à charge et à décharge »⁷³³. Dans un second temps, la réglementation sur les fichiers judiciaires doit prendre le relais.

176. Une clarification récente : de 1991 à 2016. – Depuis la loi du 10 juillet 1991⁷³⁴, les possibilités d'accès aux données techniques du juge d'instruction se précisent. Les articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale prévoient la possibilité pour le juge de « prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications »⁷³⁵. Ces articles ayant été modifiés à de nombreuses reprises, la transparence de cet accès aux données est régulièrement questionnée⁷³⁶. Le législateur a souhaité clarifier la situation en renforçant considérablement les moyens à la disposition du juge judiciaire en matière d'enquête et de surveillance. Certes, la loi du 3 juin 2016⁷³⁷ ne comble toujours pas le fossé creusé par la loi du 24 juillet 2015 entre les autorités administrative et judiciaire. En revanche, il est mis à la disposition du juge d'instruction de plus amples moyens techniques pour instruire une affaire, assez comparables à ceux dont disposaient jusqu'ici les services de renseignement, notamment la possibilité de « requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des communications électroniques ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur de services de communications électroniques autorisé, en vue de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception »⁷³⁸. Cette loi modifie en profondeur les moyens d'instruction et l'ensemble du Code de procédure pénale. L'autorisation d'accès aux données est reportée aux articles L. 234-1 à L. 234-4 du Code de la sécurité intérieure. Désormais, l'agent de police et le militaire de gendarmerie ont, dans la limite de leur mission de police judiciaire, la possibilité de mettre en place certains dispositifs de surveillance et de captation⁷³⁹. À l'origine de cet élargissement de compétence, une argumentation peu surprenante, à savoir que « le lien avec l'identité réelle est devenu nécessaire afin d'identifier les auteurs de contenus illicites sur Internet, toujours dans le cadre de la lutte contre la cybercriminalité, le terrorisme, mais aussi le

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

⁷³⁵ Code de procédure pénale, art. 100.

⁷³⁶ V. notamment CHAVENT-LECLERE (A.-S.), « La surveillance : une pratique encadrée ? Renseignement, écoute, vidéo-protection », *Procédures*, 1^{er} janvier 2016, n° 1, pp. 4-10.

⁷³⁷ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁷³⁸ Code de procédure pénale, art. L. 100-3.

⁷³⁹ Code de la sécurité intérieure, art. L. 234-4 : « Dans la stricte limite de leurs attributions et pour les seuls besoins liés à la protection des intérêts mentionnés aux 1^o, 4^o et 5^o de l'article L. 811-3 du présent code, peuvent avoir accès aux traitements automatisés de données à caractère personnel mentionnés à l'article 230-6 du Code de procédure pénale, y compris pour les données portant sur des procédures judiciaires en cours et à l'exclusion de celles relatives aux personnes enregistrées en qualité de victimes, les agents individuellement désignés et habilités des services mentionnés à l'article L. 811-2 et ceux désignés par le décret en Conseil d'État mentionné à l'article L. 811-4 ».

téléchargement »⁷⁴⁰. Le juge a donc d'assez larges pouvoirs pour pratiquer un recoupement des différents relevés accessibles auprès des différents opérateurs. Il est assez aisé d'identifier une personne en exerçant une telle prérogative, et plus encore de créer de la visibilité sur des informations plus « comportementales ». C'est alors la question de la proportionnalité de la mesure qui sera questionnée, les mêmes moyens étant mis à disposition pour les luttes contre le terrorisme et le téléchargement illégal. L'adoption de la directive 2016/680⁷⁴¹ n'aura pas apporté d'éclairage concernant spécifiquement la collecte de données techniques. On peut toutefois noter qu'à l'occasion de l'affaire *Ben Faiza*⁷⁴², la Cour européenne des droits de l'Homme a constaté qu'avant l'adoption de la loi sur la géolocalisation du 28 mars 2014⁷⁴³, le cadre légal français ne permettait pas la réquisition judiciaire à un opérateur de téléphonie mobile à des fins de géolocalisation *a posteriori*. Dès lors, elle a constaté la violation de l'article 8 de la Convention.

Plus proche encore des données techniques, la consultation des équipements terminaux est un moyen à la portée de l'autorité judiciaire tendant à se généraliser.

2. Consultation des équipements des personnes

177. La saisie du matériel informatique. – En plusieurs occasions, le Code de procédure pénale autorise assez largement la saisie d'un équipement contenant des données informatiques⁷⁴⁴. Dans le cas du crime flagrant, l'officier de police judiciaire peut saisir « les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre »⁷⁴⁵. En outre, la saisie de données informatiques est possible si « la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise » par ladite saisie⁷⁴⁶. Enfin, multipliant les possibilités, l'article 97 du Code de procédure pénale dispose que « lorsqu'il y a lieu, en cours d'information, de rechercher des documents ou des données

⁷⁴⁰ REES (M.), « La loi sur le renseignement ou le grand méchant flou », *RLDI*, n° 118, Août-Septembre 2015, pp. 47-50, obs. sous CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

⁷⁴¹ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

⁷⁴² Cour EDH, 8 février 2018, *Mohamed Ben Faiza c. France*, req. n° 31446/12.

⁷⁴³ Loi n° 2014-372, *op. cit.*

⁷⁴⁴ Au-delà des normes citées *supra*, v. FERAL-SCHUL (C.), « La collecte de la preuve numérique en matière pénale », *AJ Pénal*, Mars 2009, p. 115.

⁷⁴⁵ Code de procédure pénale, art. 54 : « Il veille à la conservation des indices susceptibles de disparaître et de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité. Il saisit les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre ainsi que tout ce qui paraît avoir été le produit direct ou indirect de ce crime. Il représente les objets saisis, pour reconnaissance, aux personnes qui paraissent avoir participé au crime, si elles sont présentes ».

⁷⁴⁶ Code de procédure pénale, art. 56 : « Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désenlever au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal ».

informatiques et sous réserve des nécessités de l'information [...] le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire par lui commis a seul le droit d'en prendre connaissance avant de procéder à la saisie »⁷⁴⁷. Ces normes s'inscrivent logiquement dans le principe bien connu de la libre administration de la preuve en droit pénal : « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction »⁷⁴⁸. L'ordonnance du 12 mars 2012 a codifié aux articles L. 241-1 à L. 241-4 du Code de procédure pénale les ingérences possibles dans le secret des correspondances « émises par la voie des communications électroniques ». Il ne pouvait ainsi être porté atteinte à ce secret que « par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci »⁷⁴⁹. Dans un tel cas, les données dans leur ensemble sont certes consultables, mais il est à noter que ce sont tout particulièrement les métadonnées qui fournissent un contenu significatif car restituant les historiques de communication et de navigation, les destinataires d'informations, voire les déplacements malgré des tentatives d'effacement desdites données techniques.

Une dernière utilisation des métadonnées à la disposition de l'autorité judiciaire peut être soulignée : la prévention – si ce n'est la prédiction – des zones pathogènes d'infractions.

3. Analyse à des fins de prévention des infractions et de sécurité

178. Prévention et prédiction. – L'analyse de données techniques peut aussi être utilisée à des fins préventives pour la sécurité des individus. Les « zones sensibles » ne seraient ainsi plus déterminées en fonction d'un classement arbitraire, mais bien selon des considérations statistiques traitées par des algorithmes⁷⁵⁰. La localisation des infractions peut se préciser à l'aide de données

⁷⁴⁷ Code de procédure pénale, art. 97 : « Lorsqu'il y a lieu, en cours d'information, de rechercher des documents ou des données informatiques et sous réserve des nécessités de l'information et du respect, le cas échéant, de l'obligation stipulée [sic] par l'alinéa 3 de l'article précédent, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire par lui commis a seul le droit d'en prendre connaissance avant de procéder à la saisie ».

⁷⁴⁸ Code de procédure pénale, art. 427 : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».

⁷⁴⁹ Code de la sécurité intérieure, art. L. 241-1, créé par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure.

⁷⁵⁰ Pour aller plus loin, v. RAUFEUR (X.), « Démons et merveilles du prédictif : une bonne fois pour toutes... », *Sécurité globale*, n° 8, 2016/4, pp. 107-120 ; ORSI (L.), « L'utilisation du *big data* pour la protection de la sécurité nationale », in DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (de) (O.), TALEB-KARLSSON (A.), *Protection des données personnelles et sécurité nationale. Quelles garanties juridiques dans l'utilisation du numérique ?*, Bruxelles, Bruylant, « À la croisée des droits », 2017, pp. 21-34 ; SOLOVE (D. J.), « Data Mining and The Security. Liberty debate », *University of Chicago Law Review*, n° 75, 2008, pp. 43 et s. ; DUHEN (W.), « Surveillance policière des réseaux et libertés fondamentales », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, op. cit., pp. 29-46. On peut noter qu'aux États-Unis et au Canada, les logiciels *Predpol* et *Blue PALMS* sont déjà pleinement opérants dans plusieurs villes. Le premier fonctionne sur la base d'un algorithme prédictif et aurait permis de faire baisser la criminalité d'environ 10% dans les villes qui l'utilisent (chiffres contestés). Le second est un outil d'aide à l'enquête développé par IBM pour traiter des problèmes complexes et recouper une importante quantité d'éléments.

de géolocalisation, provenant d'un suspect (enquête) ou d'un condamné (bracelet électronique). En recoupant les différentes données géographiques, les dates des précédentes infractions et la provenance des appels signalant lesdites infractions, il est possible de prévoir approximativement les endroits dans lesquels des infractions vont être commises, voire à quel moment. Cela peut permettre d'identifier les foyers de délinquance, et donc l'ajustement des effectifs, la mise en place des patrouilles de police et la sensibilisation des populations.

On perçoit ici un basculement du judiciaire vers l'administratif. Les métadonnées fournies par l'autorité de police judiciaire peuvent permettre une prévention concourant au maintien de l'ordre public. Ainsi, nous envisagerons les moyens à la disposition de l'autorité administrative.

B. Les moyens à la disposition de l'autorité administrative

179. La recherche d'un balisage. – « *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* »⁷⁵¹ : mais qui surveille nos surveillants ? La formule attribuée à Juvénal, poète romain du I^{er} siècle⁷⁵², est aujourd'hui reprise pour mettre en lumière les « tendances sécuritaires » des dernières normes entrées en vigueur. L'étude des nouvelles lois tendant à renforcer la sécurité nationale est susceptible d'apporter une réponse. Le périmètre de la surveillance ayant été assez peu balisé avant 2010, la décennie qui vient de s'écouler aura marqué l'apparition d'un véritable cadre légal (1.), entraînant une réévaluation des moyens techniques à la disposition des services de surveillance (2.).

1. L'apparition croissante d'un cadre légal

180. Un contexte d'accélération du temps juridique pour la surveillance. – La réquisition administrative des métadonnées connaît un véritable cadre légal depuis la loi du 23 janvier 2006⁷⁵³, étendu par la loi du 18 décembre 2013 dite de programmation militaire⁷⁵⁴. Enfin, la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 fait sortir de l'ombre une certaine quantité de pratiques, qui ne faisaient jusqu'alors l'objet d'aucune législation spécifique. Un an plus tard, Jean-Jacques Urvoas⁷⁵⁵ – qui était le rapporteur de la loi relative au renseignement à l'Assemblée – présentait en tant que ministre de la Justice le projet de loi renforçant également les procédés techniques à la disposition du juge judiciaire⁷⁵⁶. Le cadre normatif de la surveillance administrative en pleine expansion

⁷⁵¹ GOZZI (M.-H.), « *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* À propos de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G*, n° 38, 14 septembre 2015, pp. 1608-1612.

⁷⁵² JUVENAL, *Lunii Iuvenalis Saturae Sedecim*, Stutgardiae, 1997.

⁷⁵³ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, NOR: INTX0500242L.

⁷⁵⁴ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013, *op. cit.*

⁷⁵⁵ V. URVOAS (J.-J.), VERCHERE (P.), *Pour un « État secret » au service de notre démocratie*, Rapport d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement, 14 mai 2013, 205 p.

⁷⁵⁶ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, *op. cit.*

inquiétait notamment le Conseil d'État, qui insistait dans son rapport de 2014 sur la nécessité de procéder à « un réexamen global du cadre juridique de la surveillance des communications, dans le but de préserver la capacité de notre pays à protéger sa sécurité nationale tout en apportant l'ensemble des garanties nécessaires à la protection des droits fondamentaux »⁷⁵⁷. On peut supposer que les lois successives de 2015 et 2016 ont au moins répondu à la première partie de la recommandation.

181. Une tendance à l'expansion administrative de la surveillance. – La loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 repositionne le juge judiciaire vis-à-vis du processus de mise en place de la surveillance : il est « totalement écarté du dispositif »⁷⁵⁸ au profit de son homologue administratif. Dans deux arrêts du 22 octobre 2013, la Cour de cassation avait affirmé qu'en vertu de l'article 8 de la Convention européenne, la surveillance d'une personne par un dispositif de géolocalisation mobile (grâce au téléphone) « constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge »⁷⁵⁹. Cela est désormais possible sur demande directe du Procureur de la République, mais également du Premier ministre⁷⁶⁰. La loi relative au renseignement apparaît à la fois comme un complément et un renforcement de la loi sur la programmation militaire⁷⁶¹, qui avait déjà soulevé quelques interrogations et inquiétudes⁷⁶², laissant « des questions juridiques en suspens »⁷⁶³. Sans tomber dans le catastrophisme⁷⁶⁴ et en restant dans l'analyse juridique⁷⁶⁵, il faut pragmatiquement admettre que le phagocytage des prérogatives du juge judiciaire entraîne un amoindrissement de l'exercice de sa compétence en matière de protection de la liberté individuelle. Le juge judiciaire étant son gardien historique au sens de l'article 66 de la Constitution, son éloignement des dispositifs de surveillance provoque une redistribution des rôles dans le couple sécurité-liberté.

⁷⁵⁷ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 195.

⁷⁵⁸ QUEMENER (M.), « Le renseignement sous le contrôle du Conseil constitutionnel – Analyse de la décision du 23 juillet 2015 », *RLDI*, n° 118, Août-Septembre 2015, pp. 30-32, sous CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, 23 juillet 2015.

⁷⁵⁹ Cass. crim. 22 octobre 2013 (13-81.949) ; Cass. crim. 22 octobre 2013 (13-81.945).

⁷⁶⁰ Pour aller plus loin, v. QUEMENER (M.), « Le renseignement sous le contrôle du Conseil constitutionnel – Analyse de la décision du 23 juillet 2015 », *op. cit.*

⁷⁶¹ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

⁷⁶² GUERRIER (C.), « Les interceptions et la loi de programmation militaire », *RLDI*, n° 104, mai 2014, pp. 85-95 ; MAISNIER-BOCHE (L.), « Quel régime pour la conservation et l'utilisation des données de connexion par les autorités publiques et les opérateurs privés ? », *RLDI*, n° 101, février 2014, pp. 105-113.

⁷⁶³ GUERRIER (C.), « Les interceptions et la loi de programmation militaire », *op. cit.*, p. 95.

⁷⁶⁴ On aura pu constater quelques errements journalistiques dénonçant l'aspect proprement totalitaire de ces lois. V. notamment l'éditorial collectif « The French Surveillance State » paru dans le *New York Times* du 1^{er} avril 2015 ; RIOUFOL (I.), « L'État socialiste gagné par l'autoritarisme », *Le Figaro*, 21 avril 2015.

⁷⁶⁵ V. également MASTOR (W.), « La loi sur le renseignement du 25 juillet 2015. La France, État de surveillance ? », *AJDA*, 2015, n° 36, pp. 2018-2025.

La crispation liée à la collecte et l'utilisation des données par les services de renseignement est aussi ancienne que le renseignement lui-même. On retrouve l'antique « duel entre la tradition libérale et ceux qui prétendent restaurer [...] le principe d'autorité »⁷⁶⁶, qui ne confronte pas seulement « des intérêts et des idées, mais des sentiments et des idéaux »⁷⁶⁷. Toutefois, les moyens mis aujourd'hui à la disposition des services de renseignement permettent une visibilité jusqu'alors inconnue des services de renseignement sur l'identité des personnes.

2. Une revalorisation de moyens de surveillance

182. Le gain d'efficacité de la surveillance administrative grâce aux métadonnées. – Les services de renseignement se concentrent principalement, depuis quelques années, sur les métadonnées, tant elles sont souvent plus explicites et plus utiles que la lecture ou la perception du contenu. Leur captation constitue une ingérence supposée moins énergique dans le droit au respect de la vie privée, en raison de leur technicité. Nous envisagerons ici les moyens concrets à la disposition de l'autorité administrative, dans les deux aspects que sont la surveillance globale dite « stratégique » (a.) et la surveillance individuelle dite « ciblée » (b.).

a. Surveillance stratégique des métadonnées

183. L'obligation de conservation des données de connexion. – Jusqu'aux nouvelles lois relatives au renseignement, les opérateurs de communications électroniques permettaient principalement la surveillance stratégique en stockant passivement les données techniques des utilisateurs en vertu d'une obligation légale. La finalité a été évoquée à plusieurs reprises : permettre la prévention et la poursuite des infractions par l'identification des utilisateurs du réseau intéressé. Quant à la nature des données conservées, l'article 34-VI du CPCE dispose que « les données conservées et traitées [...] portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux »⁷⁶⁸. Une formulation d'apparence restrictive – « exclusivement » – qui concerne pourtant une réalité évasée : identification des personnes, caractéristiques techniques des communications (destinataires, temps de communication, numéros des terminaux contactés et donc identité des tiers contactés), localisation des équipements terminaux (libre géolocalisation).

⁷⁶⁶ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La politique criminelle des États autoritaires*, Dalloz, Paris, 2009, p. 5.

⁷⁶⁷ *Ibid.*

⁷⁶⁸ Code des postes et des communications électroniques, art. 34-VI : « Les données conservées et traitées dans les conditions définies aux III, IV et V portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux. Elles ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications ».

184. Des filtres à l'entrée des réseaux. – La captation globale des métadonnées relatives aux personnes s'effectue par le biais d'interceptions massives et systématiques. Dans la plupart des cas, il s'agit d'un filtre algorithmique placé à l'entrée des connexions aux réseaux. Il peut s'agir d'un filtre appliqué aux opérateurs téléphoniques ou aux fournisseurs d'accès à Internet. Pour l'expliquer plus concrètement, les débats sur le projet de LRR avaient accouché de l'expression « Boîte noire », qui conduisit logiquement à un certain malaise. Cette boîte noire fonctionne comme une « attaque de l'homme du milieu » : elle est invisible, examine les données en transit, et en stocke la quantité souhaitée. Malgré une garantie de non conservation des données dans une durée excessive⁷⁶⁹, le principe d'une analyse massive et ne pouvant faire l'objet d'un contrôle spécifique inquiète les usagers avertis. Le procédé est censé ne mettre en évidence que les personnes dont le profil évoque un risque de commission d'une infraction grave. Il s'agit ici d'un non-sens technique : pour isoler parmi des milliards de métadonnées un profil sensible, il faut traiter ces données. Et pour que ces données soient traitées puis soumises à l'avis d'une personne humaine, elles doivent être captées et enregistrées au moins temporairement. Quant à la nature de l'algorithme et à son fonctionnement, il est hors de portée d'une analyse plus poussée car classé « secret défense » et donc complètement insusceptible d'un recours interne, puisque la CNCTR⁷⁷⁰ n'intervient qu'au moment de l'individualisation de la surveillance. Le Premier ministre et le ministre de l'intérieur de l'époque ont tenté de rassurer en rappelant la neutralité de ce moyen technique⁷⁷¹. L'incohérence d'un tel raisonnement a, bien sûr, pu être relevée⁷⁷².

185. La surveillance stratégique à l'épreuve de la Convention. – La France fait l'objet de plusieurs requêtes pendantes devant la Cour européenne des droits de l'Homme, ce qui est assez logique au vu de l'ampleur du nouveau système de surveillance mis en place et du passif de la France devant la Cour⁷⁷³. Le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe relevait en 2014 qu'en l'absence de soupçons, « la rétention massive de données de communications est fondamentalement contraire au droit, incompatible avec les règles de protection des données et inefficace. Les États membres ne devraient pas y recourir ni imposer la conservation de données

⁷⁶⁹ Code de la sécurité intérieure, art. L. 822-4 : « Les transcriptions ou les extractions doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus indispensable à la poursuite de ces finalités ».

⁷⁷⁰ Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, v. *infra*.

⁷⁷¹ Une formule du Ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve peut être relevée. Il a déclaré, lors des débats à l'Assemblée nationale le 14 avril 2015 : « Il n'y a aucune disposition dans ce texte de loi, aucune, qui soient attentatoires aux libertés, qui remette en cause la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir... aucune. En revanche, il y a des dispositions qui peuvent être considérées comme remettant en cause la vie privée ». Extrait vidéo disponible sur la plateforme Youtube, indexation : « Bernard Cazeneuve exclut la vie privée des libertés ».

⁷⁷² REES (M.), *op. cit.*, p. 49 : « En alpaguant dans ses filets une masse potentiellement considérable de données hors contenu, les agents du renseignement seront malgré tout en capacité de dresser toute la cartographie sociale d'une personne, qu'elle soit apprentie terroriste, avocat, journaliste, charpentier, manifestant, etc. ».

⁷⁷³ V. ALCARAZ (H.), « Sonorisation et écoutes téléphoniques : la France se fait "tirer l'oreille"... à propos des arrêts *Vetter et Matheron* de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006/66, pp. 217-235.

par des tiers »⁷⁷⁴. D'anciens cas avaient déjà permis de tracer les contours de cette méfiance à l'égard de la surveillance stratégique. Dans l'affaire *Weber et Saravia*⁷⁷⁵, il était question de la surveillance stratégique de télécommunications mobiles. Si les circonstances de l'espèce ont conduit à l'irrecevabilité de la requête, la Cour n'a pas perdu l'occasion de rappeler que « la transmission des données à d'autres autorités et leur usage par celles-ci, ce qui a élargi le groupe des personnes ayant connaissance des données à caractère personnel interceptées et pouvait aboutir à des investigations sur les personnes concernées, a constitué une atteinte séparée supplémentaire aux droits des requérants au regard de l'article 8 »⁷⁷⁶. Un an plus tard, le juge strasbourgeois enfonçait le clou en constatant des violations massives de la Convention par un texte bulgare relatif à la surveillance dans l'affaire *Ekimdjiev*⁷⁷⁷. Il était ici question de l'encadrement des méthodes de surveillance, de leur prorogation dans des durées longues, et de la durée de conservation des données techniques captées et prélevées. Constatant la violation des articles 8, 13 et 6§1 de la Convention, la Cour insiste sur la disproportion d'une mesure générale et secrète ne pouvant faire l'objet d'un recours : « La Cour relève qu'en vertu de la législation bulgare, les personnes faisant l'objet d'une surveillance ne sont averties de cette surveillance à aucun moment et en aucune circonstance »⁷⁷⁸. Deux groupes de requêtes, respectivement communiquées au gouvernement français les 26 avril⁷⁷⁹ et 4 juillet 2017⁷⁸⁰, allèguent une violation de nombreux articles de la Convention européenne résultant de l'application de la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015.

186. La surveillance en droit de l'Union. – Dans un arrêt du 24 novembre 2011⁷⁸¹, la CJUE a considéré qu'il n'était pas possible d'exiger d'un FAI (en l'espèce « Scarlet ») qu'il accepte l'installation d'un tel filtre de communications électroniques s'appliquant à tous ses utilisateurs sans aucune distinction ni justification particulière. Le juge de l'Union relève que « mettre en place le système de filtrage litigieux l'obligerait à procéder à une surveillance active de l'ensemble des données concernant tous ses clients »⁷⁸² et conclut, en s'appuyant sur l'article 8 de la Charte des

⁷⁷⁴ Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'Homme, *The rule of law on the Internet and in the wider digital world*, Rapport, 2014, p. 6. Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : «Suspicionless mass retention of communications data is fundamentally contrary to the rule of law, incompatible with core data-protection principles and ineffective. Member states should not resort to it or impose compulsory retention of data by third parties?».

⁷⁷⁵ Cour EDH, déc., 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, req. n° 54934/00.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, § 79.

⁷⁷⁷ Cour EDH, 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'Homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, req. n° 62540/00 (en anglais et bulgare uniquement).

⁷⁷⁸ *Ibid.*, § 90. Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : « Finally, the Court notes that under Bulgarian law the persons subjected to secret surveillance are not notified of this fact at any point in time and under any circumstances ».

⁷⁷⁹ *Association confraternelle de la presse judiciaire et 11 autres c. France*, req. n°s 49526/15, 49615/15, 49616/15, 49617/15, 49618/15, 49619/15, 49620/15, 49621/15, 55058/15, 59602/15 et 59621/15.

⁷⁸⁰ Cour EDH, *Follorou c. France et Johannes c. France*, req. n°s 30635/17 et 30636/17.

⁷⁸¹ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, EU:C:2011:771.

⁷⁸² *Ibid.*, pt 40.

droits fondamentaux, que « les effets de ladite injonction ne se limiteraient pas au FAI concerné, le système de filtrage litigieux étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des clients de ce FAI, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel »⁷⁸³. Dans la lignée de cet arrêt, la CJUE conclut le 16 février 2012⁷⁸⁴ que les directives 2000/31/CE, 2001/29/CE et 2004/48/CE s'opposent à une injonction prononcée par le juge judiciaire à un hébergeur de mettre en place un système de filtrage analysant indistinctement les activités des visiteurs, en vue d'éviter la mise à disposition frauduleuse d'un contenu faisant l'objet d'une protection par les droits d'auteurs. La troisième chambre reprend le raisonnement déployé dans l'affaire *Scarlet Extended* et l'applique aux hébergeurs de contenus⁷⁸⁵.

La surveillance stratégique des métadonnées est, *in fine*, l'approche globale qui permet de faire apparaître des profils individuels nécessitant une surveillance ciblée, principalement technique.

b. Surveillance ciblée des métadonnées

187. Des possibilités élargies. – La loi du 24 juillet 2015 a élargi le champ des possibilités de mise en place d'une surveillance individuelle par décision du Premier ministre. L'article L. 811-3 du Code de la sécurité intérieure dispose désormais comme suit :

« Pour le seul exercice de leurs missions respectives, les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques mentionnées au titre V du présent livre pour le recueil des renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation suivants :

1° L'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ;

2° Les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ;

3° Les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ;

4° La prévention du terrorisme ;

5° La prévention :

a) Des atteintes à la forme républicaine des institutions ;

b) Des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'article L. 212-1 ;

c) Des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique ;

⁷⁸³ *Ibid.*, pt 50.

⁷⁸⁴ CJUE, 3^{ème} ch., 16 février 2012, *Sabam*, aff. C-360/10, EU:C:2012:85.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, pt 48 : « De plus, les effets de ladite injonction ne se limiteraient pas au prestataire de services d'hébergement, le système de filtrage litigieux étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des utilisateurs des services de ce prestataire, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par les articles 8 et 11 de la charte ».

6° *La prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ;*

7° *La prévention de la prolifération des armes de destruction massive ».*

Parmi ces sept possibilités dans la mise en place d'une surveillance individuelle, on notera la formule assez évasive des « atteintes à la forme républicaine des institutions ». Au demeurant, cet ensemble de buts poursuivis apparaît comme particulièrement large⁷⁸⁶.

188. La mise en place d'une commission consultative. – Chargée d'être le principal garde-fou de cette nouvelle LRR, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) est instituée par l'article L. 801-1 du Code de la sécurité intérieure. Lors de la mise en place d'une surveillance individuelle ou collective, elle doit systématiquement être saisie pour avis avant décret pris en Conseil d'État. Cette commission est composée de neuf membres : deux députés, deux sénateurs, deux membres du Conseil d'État, deux magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation, et « une personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communication électronique », nommée sur proposition de l'ARCEP⁷⁸⁷. La présence d'un unique spécialiste technique questionne l'ambition du législateur vis-à-vis de cette Commission. Lorsqu'une surveillance est mise en place malgré un avis défavorable de la Commission, le Conseil d'État peut être saisi par le président ou par l'un des membres de la Commission⁷⁸⁸.

189. La captation immédiate des données de communications. – Une intervention physique est possible, afin de capter à la source l'émission des données techniques d'une personne en particulier. Les services de renseignement peuvent utiliser un capteur, c'est-à-dire une sorte d'aspirateur à métadonnées téléphoniques. Cela fonctionne comme une « attaque de l'homme du milieu » : une interception parfaitement invisible puisque l'authentification téléphonique ne se fait qu'en fonction de l'utilisateur, mais pas du réseau de communication. Concrètement, la captation se fait entre l'équipement de la personne et l'antenne relais, là où les métadonnées en circulation sont vulnérables⁷⁸⁹. Pour procéder à cette captation, le principal équipement utilisé est appelé IMSI-Catcher⁷⁹⁰ : un intercepteur d'ondes. Le doute est permis quant à la possibilité de ne viser que la personne dont le comportement fait craindre une menace à l'ordre public. Le procédé de captation, notamment au moyen du dispositif de l'IMSI-Catcher, ne permet pas d'isoler parmi toutes les données émises dans un lieu public celles qui intéressent les services de renseignement. À grand

⁷⁸⁶ MASTOR (W.), « La loi sur le renseignement du 25 juillet 2015. La France, État de surveillance ? », *op. cit.*, p. 2025 : « L'option de finalités extrêmement larges et imprécises, tout comme "l'évacuation" de la question des surveillances internationales et le choix de l'autorisation préalable par une AAI n'emportent pas notre conviction ».

⁷⁸⁷ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

⁷⁸⁸ Code de la sécurité intérieure, art. L. 853-3.

⁷⁸⁹ V. sur ce point nos développements concernant la technologie GSM, n° 158.

⁷⁹⁰ Pour « International Mobile Subscriber Identity ». Équipement permettant l'interception et la captation du trafic téléphonique. L'utilité d'un tel procédé est d'isoler la personne souhaitée par recoupement de données techniques pour préciser les informations disponibles sur son comportement et ses contacts.

filet, nombreux poissons : l'équipement visé dispose d'une portée optimale comprise entre cinquante mètres et un kilomètre.

190. L'inquiétude de la CNIL. – Suite à l'adoption de la loi de programmation militaire (2013), la Commission nationale informatique et libertés a fait part de ses préoccupations, et a notamment déploré ne pas avoir été consultée⁷⁹¹. À l'occasion des débats sur la LRR (2015), le président de la Commission des lois avait expressément demandé l'avis de l'autorité indépendante afin d'éclairer les débats. Dans une délibération du 5 mars 2015⁷⁹², la Commission s'est livrée à une charge considérable sur la future loi : « l'ensemble des dispositions ainsi projetées permettra la mise en œuvre de mesures de surveillance plus larges et intrusives que ce qu'autorise le cadre juridique actuel en matière de renseignement [...] certaines sont susceptibles de conduire à une surveillance massive et indifférenciée des personnes »⁷⁹³. Elle relève également « que l'autorisation de mise en œuvre d'une interception de sécurité emporte automatiquement recueil des données de connexion », et se montre tout à fait hostile à un tel automatisme⁷⁹⁴. L'adoption de la LRR est là pour rappeler la valeur juridique d'un avis consultatif.

191. La surveillance individuelle à l'épreuve de la Convention. – Le 2 septembre 2010, la Cour européenne a été saisie de la question de la surveillance individuelle à l'aide de procédés technologiques constituant autant d'ingérences dans le droit au respect de la vie privée. Dans cette affaire *Uzun*⁷⁹⁵, le requérant était suspecté d'implication dans un attentat et faisait l'objet d'une surveillance par géolocalisation. La mesure fut considérée comme proportionnée au but recherché, car mise en place temporairement, et faisant suite à d'importants soupçons de tentatives de meurtre de personnalités politiques. Il y avait bien ici un « besoin social impérieux »⁷⁹⁶.

⁷⁹¹ CNIL, « La CNIL déplore ne pas avoir été saisie des dispositions relatives à l'accès aux données de connexion », 26 novembre 2013, ressource indexée.

⁷⁹² CNIL, délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement.

⁷⁹³ *Ibid.*, pp. 2-3.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁷⁹⁵ Cour EDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, req. n° 35623/05.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, § 80.

Conclusion du chapitre 2

192. Les métadonnées, rouages indispensables au profilage. – A des fins économiques, scientifiques ou sécuritaires, les métadonnées sont des informations particulièrement utilisées. « Métadonnées » est le nom attribué aux fractions d'autres données. Souvent qualifiés de « traces », ces fragments résiduels sont autant de points d'accroches pour un algorithme de réidentification. Pour le dire autrement, la multiplication des données neutres fait progressivement disparaître la nature neutre de ces objets. Plus encore, leur recoupement permet de faire apparaître des données – et donc des informations – personnelles (par exemple l'association de la localisation d'appel, le numéro de téléphone de l'appelé, l'heure d'appel et sa durée). Il est alors intéressant de constater que l'appréhension juridique des métadonnées est précaire, ce qui ménage un espace disponible à de nombreuses utilisations. Parfois « données techniques », souvent « données de connexion », leur absence de définition conduit à une indécision : faut-il en faire une catégorie juridique bien distincte ou faut-il inclure ces métadonnées au champ de protection des données à caractère personnel ? Le traçage de ces liens, qui peut sembler juridiquement accessoire, s'inscrit dans un paradigme d'autonomisation des données à caractère personnel en tant qu'objet et en tant que régime. Il aura même pu être dit qu'en ne définissant pas un régime suffisamment intelligible, le droit « était allé trop loin »⁷⁹⁷. Le caractère central des métadonnées – qu'elles soient de connexion, de navigation ou de localisation – nécessiterait une appréhension particulière que les différents ordres juridiques lui attribuent inégalement. Si ce caractère est clairement constaté dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, c'est pour en rappeler le caractère accumulable, permettant une solide réidentification des personnes. En France, le Conseil constitutionnel aura au contraire considéré que la rétention des données techniques par un fournisseur d'accès à Internet appelait un contrôle à intensité réduite dans la mesure où ces données ne portaient pas sur le contenu des communications en lui-même. Pourtant, le caractère signifiant d'un tel réassemblage de données permet une identification particulièrement efficace et intrusive de la personne.

⁷⁹⁷ DUHEN (W.), « L'imbroglio juridique de la conservation des données de connexion », *RLDI*, n° 103, avril 2014, p. 89 : « Le droit est allé trop loin et continue à le faire, les finalités initiales ont été détournées pour aboutir à la constitution de gigantesques bases de données conservées par chaque opérateur et prestataire dans lesquelles les enquêteurs, administrations et autres autorités peuvent venir se servir dans le cadre de leur missions ».

Conclusion du titre 1

193. Potentialisation des données formelles. – La prolifération des identifiants formels de la personne correspond à autant de points d’attache pour un traitement de données à caractère personnel. Prises isolément, les données personnelles supposément neutres (nom, âge, adresse, etc.) ne sont distinguées que des données personnelles sensibles (génétique, biométrie, santé, origines ethniques, croyances, opinions politiques, etc.), porteuses en elle-même d’un puissant potentiel de discrimination. Un tel cloisonnement des éléments de l’identité numérique est une démarche risquée. La mise en réseau technique – principalement par Internet – offre des possibilités d’interconnexion et d’interopérabilité qui « potentialisent » les données personnelles. À ce titre, un simple identifiant peut être, en lui-même, chargé de nombreuses informations. Le numéro d’identification au répertoire des personnes physiques est éclairant à cet égard : une série de chiffres, un identifiant alphanumérique, pourtant particulièrement significatif et sensible. L’étalement de l’identité par la multiplication des identifiants formels ne permet l’émergence d’un fort potentiel économique qu’à la condition que ces éléments puissent être associés et recoupés. Sur un plan technique, c’est le rôle joué par les métadonnées, « données sur les données ». Elles constituent de véritables guides vers les différents éléments formels numérisés, leur fonction première étant de renseigner. L’appréhension juridique des données techniques est variable selon que l’on se place en droit français ou en droit européen. En droit de l’Union, la Cour de justice insiste sur les possibilités de réidentification et de rapprochement des données personnelles ressortant d’un traitement des données à caractère personnel. En France, le Conseil constitutionnel semble avoir accueilli le discours selon lequel les données techniques représentent une menace mineure pour la vie privée des personnes, ce qui ménage une certaine marge de manœuvre pour le législateur dans l’adoption de lois ayant pour la sécurité pour principale finalité. Mis en relation, identifiants formels et métadonnées permettent de recomposer un portrait substantiel de la personne, alors saisie dans son essence et projetée sur les supports numériques.

« L’informatique rend le monde sensible [...] Un de ses effets les plus reconnus est de rendre plus *sensible* ce qui l’était déjà, et même de créer de nouvelles zones de vulnérabilité, particulièrement dans les domaines où les activités humaines paraissaient les plus complexes et donc les moins justiciables d’un traitement automatique »⁷⁹⁸

⁷⁹⁸ BOURCIER (D.), « Données sensibles et risque informatique – De l’intimité menacée à l’identité virtuelle », in CHEVALLIER (J.) et al., *Questions sensibles*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1998, p. 39.

TITRE 2 – L'ABSORPTION DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE L'IDENTITÉ

194. L'identité, noyau composite de la personne. – Si l'examen des éléments formels de l'identité numérique est assez linéaire, il en va différemment des éléments essentiels. Deux raisons expliquent la difficulté à saisir de tels objets. La première est que les éléments essentiels de l'identité relèvent d'un concept qui peut être nommé « identité personnelle », dont la définition et le champ sont encore évanescents. Les éléments formels qui permettent l'identification et les éléments essentiels qui constituent la personne se rencontrent et se confondent, formant un noyau atomique dont les composants sont indissociables et complémentaires. Or, le droit français ne considère pas l'identité personnelle comme une notion effective, et se borne à protéger cet état de la personne humaine par le truchement d'autres droits réunis en faisceaux : intégrité morale, droits de la personnalité. La seconde raison tient à la substance de l'identité personnelle projetée dans le numérique : il ne s'agit pas d'éléments isolés, mais d'une multitude d'éléments, d'un groupe de renseignements qui forment une information essentielle (entourage social, passe-temps, habitudes de consommation, convictions religieuses et politiques). Il faut donc partir à la recherche de l'essence de la personne au sens juridique avant de pouvoir mesurer les dangers d'une identité projetée dans le numérique par d'autres acteurs que la personne elle-même.

195. Droit et essence. – Comment le juriste pourrait-il ne pas se trouver démuné face à l'être humain et son identité ? Il faut bien admettre, avec Hannah Arendt, que l'on fait face à une « impossibilité de durcir en mots l'essence vivante de la personne »⁷⁹⁹. En réponse à cette apparente impasse conceptuelle, le droit français porte à l'identité « un intérêt minimal et simplement pragmatique »⁸⁰⁰, qui privilégie sa facette objective. Il existe pourtant une autre face de l'identité : celle, subjective, qui recouvre des éléments essentiels de la personne, c'est-à-dire liés au sentiment de l'être. Le concept juridique d'identité personnelle recouvre cette réalité qui n'a pas moins vocation à intéresser le droit que les éléments formels de l'identité. Ainsi, dès son origine, l'article 180 du Code Napoléon prévoyait la possible annulation du mariage en raison d'une « erreur dans

⁷⁹⁹ ARENDT (H.), *Condition de l'homme moderne*, trad. FRADIER (G.), préf. RICŒUR (P.), Paris, Calmann-Lévy, « Agora », 1983, p. 238.

⁸⁰⁰ PFERSMANN (O.), « Identité descriptive et identité prescriptive », AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne le 1er octobre 2009*, L'Harmattan, 2013, p. 417.

la personne ». Sur ce point, l'affaire Berthon du 24 avril 1862⁸⁰¹ interrogeait le juge sur les limites prévues par le Code civil à la valeur de la perception individuelle posées par le droit civil. Ladite affaire marquait une telle appréciation de la subjectivité qu'on pourrait y voir un questionnement général portant sur l'identité personnelle⁸⁰². Il était en l'espèce question de savoir si le passé de forçat et la privation de certains droits civiques pouvaient être considérés comme relevant de l'identité de la personne, et donc justifier l'annulation d'un mariage en cas de méprise. La Cour de cassation avait répondu dans un premier temps par l'affirmative⁸⁰³ puis, face à la résistance de la Cour impériale d'Orléans⁸⁰⁴, s'était ravisée en chambres réunies : « Que la déchéance établie par l'article 34 du Code pénal ne constitue par elle-même ni un empêchement au mariage ni une cause de nullité de l'union contractée ; qu'elle ne touche non plus en rien à l'identité de la personne ; qu'elle ne peut donc motiver une action en nullité du mariage pour erreur dans la personne ». Plus que l'arrêt lui-même, les conclusions de l'avocat général de Raynal sont édifiantes. Il écrit que « la personne, c'est l'être humain, intelligent et libre, identique à lui-même [...] qui a la conscience de son identité [...] qui se sépare aisément de toutes les circonstances accessoires, de tous les attributs dont il peut être revêtu accidentellement ». Il délivre ici une rigoureuse définition de l'identité personnelle. L'autonomie et l'unité participent à la formation de l'identité personnelle, la vision de soi-même dans un ensemble social. Malgré cette prise de position avant-gardiste de l'avocat général, ce n'est qu'en 1975⁸⁰⁵ que la fameuse « erreur sur les qualités essentielles de la personne »⁸⁰⁶ sera expressément introduite dans le corpus juridique.

196. Essentialisme et réductionnisme. – *Divide et impera*. L'antique formule⁸⁰⁷, « divise et règne », reste d'une pertinence aiguisée pour décrire la dynamique du morcellement de la personne en autant d'informations qu'il est possible d'en extraire. En réalité, cette maxime est si adaptée qu'elle a intégré le vocabulaire informatique, dans lequel « diviser pour régner » est une technique algorithmique qui consiste à fractionner un problème en sous-problèmes pour les résoudre, ces sous-résolutions permettant de percevoir et faire disparaître le problème initial dans son ensemble⁸⁰⁸. La personne est-elle un problème que les programmeurs essaient de résoudre ? Parallèlement aux développements des sciences humaines – dont on a craint qu'elles finissent par

⁸⁰¹ Cass. chambres réunies, 24 avril 1862.

⁸⁰² GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 327 », 2000, p. 5.

⁸⁰³ Cass. civ., 11 février 1861.

⁸⁰⁴ Cour impériale d'Orléans, 6 juillet 1861.

⁸⁰⁵ Code civil, art. 180, al. 2 : « S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ».

⁸⁰⁶ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975.

⁸⁰⁷ Cette maxime est souvent attribuée à Machiavel.

⁸⁰⁸ KNUTH (D. E.), *The Art of Computer Programming. Vol. 3: Sorting and Searching*, Addison-Wesley, 2^{ème} éd., 1998, p. 159.

« dissoudre » la personne⁸⁰⁹ –, les technologies d'analyse individuelle ont connu un essor particulier. Cette expansion trouve son apogée dans la numérisation de l'identité : la personne est atomisée en une infinité de particules qui sont autant d'informations. Ces dernières font l'objet d'un recensement, et le plus souvent d'un traitement. On peut alors envisager une rencontre des sociétés de l'information et de la consommation, qui devient alors une société de consommation de l'information. C'est ici qu'il est nécessaire de s'interroger, car le propre des données à caractère personnel est de se rapporter à la personne physique susceptible d'être identifiée directement ou indirectement. Par un raccourci grossier, on en déduirait que la personne est actuellement consommée en étant analysée, voire qu'elle « s'autodévore »⁸¹⁰ en utilisant les éléments de son identité comme marchandise échangeable⁸¹¹. La personne se consume-t-elle en même temps qu'elle se consomme ? On assiste à une numérisation du sens que la personne se donne à elle-même, de son identité personnelle. Le psychanalyste Erikson, principal fondateur du concept d'identité personnelle, en donne en effet cette définition : « sentiment subjectif et tonique d'une unité personnelle et d'une continuité temporelle »⁸¹². Cela n'échappe en rien au droit : quarante ans plus tard, la Cour européenne des droits de l'Homme a défini l'identité personnelle dans son arrêt *Pretty* comme la perception aiguë que la personne a d'elle-même⁸¹³.

197. L'identité personnelle comme moyen du respect de l'État de droit. – Hegel, influencé notamment par Kant, s'oriente vers un droit modelé par les exigences tirées de la morale. Pour lui, les philosophies morale, politique et du droit ne s'excluent pas mais se complètent. Il délivre ainsi cette conclusion : « La personnalité contient, d'une manière générale, la capacité du droit. Elle constitue le concept et le fondement – lui-même abstrait – du droit abstrait ou formel. Par suite, l'impératif du droit est donc : sois une personne et respecte les autres en tant que personnes »⁸¹⁴. L'identité personnelle cristallise la question sensible de l'exploitation des éléments de l'identité par les traitements numériques. L'identité de la personne humaine est à la fois un élément fondateur du sujet de droit institué, et un enjeu capital sur le plan collectif : garantir cette institutionnalisation

⁸⁰⁹ LEVI-STRAUSS (C.), *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962, p. 326 : « Nous acceptons donc le qualificatif d'esthète, pour autant que nous croyons que le but dernier des sciences humaines n'est pas de constituer l'homme, mais de le dissoudre ».

⁸¹⁰ FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, Paris, Dalloz, « Droit et économie de la régulation », 2016, p. 200 : « L'économie numérique est avant tout cannibale, les recherches sur les moteurs de recherche portant avant tout sur soi-même. Autodévoration ».

⁸¹¹ Le propre de ce qui est marchand étant d'être échangeable, la redondance est ici volontaire.

⁸¹² ERIKSON (E. H.), *Adolescence et crise : la quête de l'identité*, Paris, Flammarion, « Nouvelle bibliothèque scientifique », 1972, p. 18.

⁸¹³ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 65 : « À une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle ».

⁸¹⁴ HEGEL (G. W. F.), *Principes de philosophie du droit*, Paris, Gallimard, « Tel », 1940, § 36.

aboutit à la garantie même de l'État de droit, celui dans lequel « la finalité n'est pas douteuse : c'est la protection du citoyen contre l'arbitraire »⁸¹⁵, qu'il soit celui de l'État comme celui d'acteurs privés disposant d'un certain pouvoir et cherchant à prendre des décisions sur le fondement d'un traitement de données. On butte alors sur le paradoxe moderne de l'identité : il faut ménager son développement et permettre sa diffusion dans l'espace public pour permettre la vie en communauté, et dans le même temps la circonscrire et éviter une incontrôlable diffusion, toujours dans l'intérêt du développement de la personne. Pour comprendre l'enjeu de l'exploitation numérique de l'identité personnelle, il faut donc étudier les fondements de l'identité personnelle et sa représentation partielle par le droit français (**Chapitre 1.**), afin de mettre en lumière les procédés de quantification de la personne humaine mobilisés par le numérique (**Chapitre 2.**). Il peut ressortir du choix de considérer séparément la définition de l'identité personnelle et son traitement numérique une curieuse impression : celle d'un manque de dialectique, d'une absence de confrontation des deux problèmes pour faire apparaître plus clairement l'objet. En réalité, c'est en caractérisant l'identité personnelle et le voile juridique qui la couvre que l'on comprend les conditions dans lesquelles son apparition dans le numérique est possible. L'objet apparaît : l'identité numérique est le saisissement par des moyens techniques de ce que le droit ne saisit que de manière parcellaire et inconstante. Comme tout réseau technique, le numérique est neutre. Néanmoins, s'il est modelé par des mains trop libres, il peut être dévoreur de *terra incognita*. Si cet inconnu est l'essence de la personne humaine, cela n'est pas sans poser de grands problèmes juridiques⁸¹⁶.

Chapitre premier – L'identité personnelle sous un voile juridique

Chapitre second – L'identité personnelle dévoilée par le numérique

⁸¹⁵ RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », in *État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609.

⁸¹⁶ Jessica Eynard définit ainsi la donnée personnelle comme « toute information saisissant l'essence physique ou psychique de la personne physique identifiée ou identifiable qu'elle concerne » (EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* Paris, Michalon, 2013, p. 21).

Chapitre 1 – L'identité personnelle sous un voile juridique

« Il y aurait donc enfin deux moi différents, dont l'un serait comme la projection extérieure de l'autre, sa représentation spatiale et pour ainsi dire sociale. Nous atteignons le premier par une réflexion approfondie, qui nous fait saisir nos états internes comme des êtres vivants, sans cesse en voie de formation, comme des états réfractaires à la mesure, qui se pénètrent les uns les autres, et dont la succession dans la durée n'a rien de commun avec une juxtaposition dans l'espace homogène. Mais les moments où nous nous ressaisissons ainsi nous-mêmes sont rares, et c'est pourquoi nous sommes rarement libres. La plupart du temps, nous vivons extérieurement à nous-mêmes, nous n'apercevons de notre moi que son fantôme décoloré, ombre que la pure durée projette dans l'espace homogène. Notre existence se déroule donc dans l'espace plutôt que dans le temps : nous vivons pour le monde extérieur plutôt que pour nous ; nous parlons plutôt que nous ne pensons ; nous "sommes agis" plutôt que nous n'agissons nous-mêmes. Agir librement, c'est reprendre possession de soi, c'est se replacer dans la pure durée. »

Henri BERGSON⁸¹⁷

198. Identité personnelle et identité vécue. – Paul Ricoeur a défini l'identité psychique⁸¹⁸ comme « la possession par quelqu'un de son corps et de son vécu »⁸¹⁹. L'identité n'est alors pas seulement imposée par les pouvoirs publics, elle est aussi vécue, éprouvée, et correspond à l'ensemble des choix qui permettent de former la personnalité, c'est-à-dire l'état social de l'identité. L'identité ne peut être vécue sereinement qu'en conjuguant ses deux éléments essentiels : unité de l'identité et autonomie de la personne. C'est la capacité à trouver des ressources en soi-même – autonomie – et chez les autres – altérité – qui façonne l'identité. Pour les philosophes et les psychologues, la dégradation de l'identité se nomme « aliénation », c'est-à-dire la perte de soi. On comprend donc pourquoi Paul Ricoeur parle de possession : il ne considère aucune propriété sur soi au sens juridique, mais envisage un rapport exclusif à soi-même. Pour le juriste, l'aliénation n'est pas un concept relatif à la personne mais à ses biens. La dépersonnalisation juridique, c'est-à-dire la perte de qualité de personne, passe par la réification : la transition du stade de personne à celui de chose. Il semble donc primordial, au regard des finalités du droit contemporain et de la prééminence de la théorie des droits fondamentaux, de ménager des conditions juridiques qui permettent à une

⁸¹⁷ BERGSON (H.), *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, PUF, « Quadrige », 1991, 4^{ème} éd., pp. 173-174.

⁸¹⁸ Cette expression est par ailleurs utilisée parmi les juristes : AÏDAN (G.), « Le concept d'identité psychique en droit », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois Presses Université, 2015, pp. 131-155.

⁸¹⁹ RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 2006, p. 158.

personne d'éprouver son unité et son autonomie. Se donner du sens est, tout simplement, essentiel : « Attacher une signification à soi-même et au monde est vital pour ne pas sombrer dans le non-sens, c'est-à-dire pour devenir et rester un être de raison »⁸²⁰.

199. L'identité personnelle, véritable enjeu de l'identité numérique. – Afin de discerner les éléments de l'identité personnelle dans l'identité numérique, il est d'abord nécessaire de procéder à un examen complet de la notion. La connaissance de son étymologie et de son sens premier est indispensable à la compréhension d'un droit français nageant entre deux eaux, réticent à une plongée franche dans le subjectivisme, marqueur du personnalisme juridique. Affirmer qu'il existe une identité personnelle absorbée par l'identité numérique conduit à défendre l'existence du concept d'identité personnelle lui-même dans le champ juridique. Celui-ci ne correspond en effet à aucune qualification en droit français car considéré par beaucoup comme chimérique, voire symptomatique de la pathologie subjectiviste⁸²¹. Pourtant, « l'identité, et plus particulièrement l'identité personnelle, constitue une catégorie d'analyse centrale du champ des sciences humaines et sociales »⁸²². Peut-être est-ce le caractère par trop fascinant et magnétique de l'identité personnelle qui conduit à la méfiance du juriste ? Partant d'une définition syncrétique de l'identité personnelle, il est possible d'affirmer que l'identité personnelle est une réponse possible au questionnement ontologique, à la question du sujet et de la personne humaine. La première définition apparaît donc d'un d'une interrogation ouverte : celle de l'essence de la personne (**Section 1**). La difficulté à trouver une telle définition se révèle évidemment, ce qui nécessite un fractionnement en autant de fondements : développement de la personnalité, insertion sociale, stabilité psychique et autonomie morale. Ainsi vue, l'identité personnelle est un vecteur d'institution de la personne humaine (**Section 2**).

Section 1 – La recherche de l'identité personnelle : la question essentielle de la personne

Section 2 – La reconnaissance de l'identité personnelle : l'institution de la personne

⁸²⁰ SUPPIOT (A.), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éd. du Seuil, « La couleur des idées », 2005, p. 7.

⁸²¹ La querelle entre objectivistes et subjectivistes est d'âge canonique, et aura occasionné des passes d'armes bien connues entre Duguit et Hauriou. Néanmoins, nous nous intéressons ici à la déclinaison contemporaine de cette dissension doctrinale. Selon certains auteurs, le subjectivisme, dont la démesure trouverait son paroxysme dans les droits fondamentaux sociaux, conduirait à nier la nature objective et protectrice du droit, pour un faire un outil à la disposition d'un sujet de droit capricieux. V. *infra*, n° 226.

⁸²² DENOÛËL (J.), « Identité », *Communications*, 2011/1, n° 88, p. 75.

Section 1 – La recherche de l'identité personnelle : la question essentielle de la personne

200. À la recherche de l'identité personnelle : individu, personne, sujet. – L'identité personnelle est à la croisée des chemins des sciences sociales. Le sociologue s'intéresse particulièrement à la place de l'être humain parmi ses semblables, donc à l'individu. Le psychologue s'intéresse aux processus d'individuation et de personnalisation : la personne sociale en devenir. Quid du juriste ? Le droit français utilise assez indifféremment les termes « individu » et « personne ». Tous deux sont des états indispensables à l'institution du sujet de droit, c'est-à-dire la personne physique autonome moralement et juridiquement. Le développement de l'identité est le principal vecteur de l'institution de la personne humaine, et par extension du sujet de droit autonome, ou plutôt devrait-on dire le plus autonome possible⁸²³.

201. La personne est un atome comme les autres. – Selon Pierre Legendre, l'identité est une question sans réponse mais une question obligatoire, un tourment dont on ne peut s'extraire et qui peut être tordu de milles façons⁸²⁴. C'est donc le mouvement qui importe plus que la destination. Voilà une possible définition de ce perpétuel tourment, qui semble *a priori* paradoxale : l'identité est une unité dans le mouvement et dans le temps. L'identité personnelle, à l'instar de l'identité formelle, implique une unité à la fois diachronique et synchronique. Or, cette unité ne peut être éprouvée que par comparaison à un environnement, à une temporalité extérieure. On peut ainsi percevoir un noyau et de nombreux satellites. Alors, ce que Freud aurait qualifié de blessure narcissique apparaît : la personne est un atome comme les autres, et l'identité est son noyau⁸²⁵. L'atome n'existe pas sans électrons qui gravitent autour du noyau, et le noyau lui-même doit son existence à la rencontre de deux particules : le neutron et le proton. L'identité de la personne se compose de la même façon : le neutron, facette neutre et objective de l'identité, se mêle électriquement au proton, facette subjective et active de l'identité⁸²⁶, pour former un noyau mobile

⁸²³ FOUCAULT (M.), *Dits et écrits IV. 1980-1988*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des sciences humaines », 1999, 895 p. : « Nous découvrons que la philosophie et les sciences humaines vivaient sur une conception très traditionnelle du sujet humain et qu'il ne suffisait pas de dire, tantôt, avec les uns, que le sujet était radicalement libre, tantôt, avec les autres, qu'il était déterminé par des conditions sociales. Nous découvrons qu'il fallait chercher à libérer tout ce qui se cache derrière l'emploi apparemment simple du pronom "je". Le sujet : une chose complexe, fragile, dont il est difficile de parler et sans laquelle nous ne pouvons pas parler ».

⁸²⁴ LEGENDRE (P.), *L'animal humain et les suites de sa blessure. Conférence à Montpellier*, Fayard, 2016, p. 36 : « Revenons à la question existentielle de l'identité / altérité. Elle n'appartient qu'à l'homme et tourmente indéfiniment les générations ».

⁸²⁵ FREUD (S.), « Une difficulté de la psychanalyse », in *Œuvres complètes – Psychanalyse. Volume XV. 1916-1920*, Paris, PUF, 1996, pp. 43-51. Freud parle de blessures narcissiques pour expliquer la prise de conscience douloureuse de la nature relative de ce que l'on pense instinctivement comme central : la Terre n'est qu'une partie infime de l'Univers (blessure copernicienne), l'espèce humaine n'est qu'un chaînon de l'évolution et ne peut se soustraire de sa condition animale (blessure darwinienne), l'individu n'est pas une substance autonome : l'esprit n'est pas souverain sur lui-même, il est soumis à son environnement et à ses pulsions (blessure égocentrique).

⁸²⁶ Le préfixe « pro » est d'ailleurs parlant, tant dans l'aspect « proton » que « protéiforme », car il peut signifier alternativement « en faveur de », « à la place de », « placé devant », et « qui précède » : il est toujours question d'interaction et de lien, « d'agir sur ».

et évolutif, à la fois unique et protéiforme. Sans le proton identitaire - l'expérience personnelle de l'existence - le noyau est déséquilibré et subit excessivement les *stimuli* extérieurs : les électrons. La recherche de l'équilibre (la polarité) au sein de l'identité est alors non seulement psychologique mais également juridique. La personne ne menace pas de s'effondrer sur elle-même si elle est reconnue socialement et juridiquement par les pouvoirs publics ainsi que par les autres personnes juridiques. Elle est protégée de l'aliénation, de la perte de sa masse, sa substantifique moelle d'être humain. L'étude de l'identité de la personne commence donc par la rencontre de son noyau, c'est-à-dire son for intérieur (§ 1). Ce premier aperçu permet d'en révéler l'insuffisance, et met en exergue la nécessité d'un environnement, d'électrons sociaux qui forment l'altérité de l'identité personnelle (§ 2).

§ 1 – L'identité personnelle détenue dans l'intériorité

202. Identité personnelle et sentiment d'identité. – L'identité personnelle est qualifiée par certains juristes de sentiment d'identité, c'est-à-dire l'intuition d'exister en tant qu'être unique parmi ses semblables⁸²⁷. Le sentiment ne faisant pas l'objet d'une définition juridique⁸²⁸, son emploi met en exergue l'insaisissabilité de l'être. L'impossibilité de cartographier l'identité relève d'une absence de substance tangible et d'un perpétuel mouvement. Depuis les analyses cartésiennes, l'identité est considérée comme indissociable de la conscience, lieu insaisissable s'il en est (A.). Néanmoins, l'identité va au-delà de la conscience et de l'impression métaphysique de l'existence : elle est vécue comme une continuité, une persistance de l'être, et plus encore une cohérence de soi (B.).

A. L'identité personnelle dans la conscience de soi

203. Mens sana in corpore sano. – La conscience peut être envisagée sur un plan strictement organique, par le corps (1.). Or, il est difficilement concevable que puisse exister une conscience sans pensée pour traduire cette conscience (2.). L'indissociabilité du corps et de l'esprit apparaît.

1. La conscience de soi à travers le corps

204. L'identité personnelle dans le corps. – Il est possible de considérer que l'identité se forme avant tout à travers la conscience d'être par le corps : une identité par la sensibilité. Nombreux sont ceux qui se sont essayés à l'explication de l'être par la conscience du corps, premier récepteur

⁸²⁷ Sur ce thème, v. l'incontournable thèse de Daniel GUTMANN : GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité - Étude de droit des personnes et de la famille*, *op.cit.*

⁸²⁸ GHELFI-TASTEVIN (F.), LANZARA (D.), SCHENIQUE (L.) (dir.), *Le droit et les sentiments*, Paris, L'Harmattan, 2015, 219 p.

sensoriel, rompant au passage avec le dualisme cartésien du corps et de l'esprit. Le corps et l'esprit ne font qu'un. Pour le dire autrement, nous ne percevons le monde qu'à travers notre corps qui nous en donne une traduction. Alors, selon les mots de Diane Delalande, « le *corps réhabilité* n'est plus conçu comme la *prison de l'âme*, mais comme le lieu de l'identité personnelle »⁸²⁹. Ce sont donc nos façons de réagir à un environnement ponctuel qui façonneraient en partie la structure de notre identité. Il est permis d'admettre que « le sentiment banal d'exister repose sur des informations sensorielles »⁸³⁰, ce qui donne une fois encore une autre dimension à la définition de l'identité psychique par Paul Ricœur, à savoir « la possession par quelqu'un de son corps et de son vécu »⁸³¹. Cependant, l'identité vécue ne peut se réduire au seul corps de la personne, fût-il l'incontournable interface de toute expérience sensible. Une identité de soi ne peut être expérimentée sans conscience de soi : il serait alors impossible de considérer « que le corps est pensable comme notre corps »⁸³². La personne est une unité, un tout sensible qui produit la connaissance intuitive de sa propre existence : « le moi et le corps appartiennent à la même personne indivisible que l'un et l'autre reçoivent comme le cachet d'une individualité irréductible »⁸³³.

2. La conscience de soi par la pensée

205. *In interiore homine.* – Avoir une idée du « soi » suppose une posture de retour vers soi-même. La recherche ontologique qui se manifeste par l'introspection ne peut se faire que par le biais de la pensée. Cette idée émerge clairement dans la doctrine chrétienne du Moyen-Âge, et plus précisément avec Saint-Augustin, qui délivre son illustre « *In interiore homine habitat veritas* »⁸³⁴. Plus tard, René Descartes distingue le corps de l'esprit humain, et voit dans le second le siège véritable de la conscience. Dans son *Discours de la méthode*, il délivre à son tour une célèbre formule, pilier de la philosophie moderne : « Mais aussitôt après je pris garde que, pendant que je voulais ainsi penser que tout était faux, il fallait nécessairement que moi ; qui le pensais, fusse quelque chose : et remarquant cette vérité, *je pense, donc je suis*, était si ferme et si assurée que toutes les plus extravagantes suppositions des sceptiques n'étaient pas capables de l'ébranler, je jugeai que je

⁸²⁹ DELALANDE (D.), « L'identification juridique sous l'influence de l'identité personnelle », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., p. 260 (en italique dans le texte).

⁸³⁰ MUCCHIELLI (A.), *L'identité*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 9^{ème} éd., 2013, p. 25.

⁸³¹ RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, op. cit., p. 158.

⁸³² ZARKA (Y.-C.), *L'autre voie de la subjectivité : six études sur le sujet et le droit naturel au XVII^e siècle*, Paris, Beauchesne, « Le grenier à sel », 2000, p. 73.

⁸³³ SCHELER (M.) *Natures et formes de la sympathie : contribution à l'étude des lois de la vie affective*, Paris, Payot & Rivages, « Petite bibliothèque Payot », 2003, p. 440.

⁸³⁴ De la formule complète en latin *Noli foras ipse, in te ipsum redi; in interiore homine habitat veritas*, signifiant « Ne t'égaré pas au-dehors, reviens en toi-même ; la vérité réside à l'intérieur de l'homme » : SAINT AUGUSTIN, « Mystère de la mémoire. Dieu est-il encore au-delà? », *Confessions*, X, 17. 26 ; SAINT AUGUSTIN, *La vraie religion*, Versailles, Via Romana, 2010, 266 p.

pouvais la recevoir sans scrupule pour le premier principe de la philosophie que je cherchais »⁸³⁵. *Cogito, ergo sum*. La conscience de soi serait alors le siège de l'identité. Dans une certaine mesure, Thomas Hobbes, John Locke et Emmanuel Kant prolongent cette analyse. Ils admettent que l'esprit est peut-être le siège de la conscience et, *a fortiori*, assoient la personne dans sa rationalité : autonomie et identité commencent à être liées par les philosophes.

206. La conscience par le langage. – Par prolongement de la pensée, le langage lui-même est porteur de subjectivité : en tant qu'émetteur d'une pensée, j'existe. Pierre Legendre relève ainsi que « la conscience de soi et la relation d'identité sont l'effet de la réflexivité inhérente au langage »⁸³⁶. Les linguistes avancent même que l'utilisation du « Je », présent dans la plupart des langues, conditionne une forme de rapport à l'être, puisque le locuteur ne se place pas seulement comme émetteur, mais comme sujet. Le rôle du langage est décisif dans la constitution d'une identité : « pour reconnaître une identité et pour que se mettent en œuvre les processus de l'identification, il est nécessaire que l'on se situe dans le champ d'un langage, d'un système symbolique, lui-même fondé sur un code, c'est-à-dire sur un ensemble de normes »⁸³⁷. La question de l'altérité se manifeste ici. La parole est un soi « en dehors du soi », une capacité de toucher les autres et de formuler une invitation à l'intersubjectivité, à la reconnaissance mutuelle. De plus, la parole dispose d'une autre vertu : elle peut être intérieure. Il est possible d'être son propre interlocuteur. Axel Honneth soutient que le dialogue intérieur est essentiel à la maturité de l'identité personnelle. Néanmoins, cet échange avec soi est un second temps, il n'est possible qu'à la suite de l'expérience intersubjective. Ainsi, il définit un sujet mûr comme « capable de développer son aptitude au dialogue intérieur, de rendre fluide la relation à lui-même, en s'ouvrant au plus grand nombre possible de voix, en tissant dans sa propre intériorité les relations d'interaction les plus diverses »⁸³⁸.

207. L'apport majeur de la psychanalyse. – Questionner l'intériorité conduit à utiliser les lunettes de la discipline qui a pris cette intériorité pour objet : la psychanalyse. Afin d'envisager sa généalogie, il faut rappeler que l'étude des pathologies relevant de l'esprit a nécessité l'exploration de concepts de la philosophie antique, comme le sujet⁸³⁹, la conscience⁸⁴⁰ et bien sûr, l'identité. La synthèse de toutes les études antérieures et la classification des pathologies en fonction des symptômes et des expériences des patients a conduit à l'émergence d'une véritable science. La

⁸³⁵ DESCARTES (R.), *Discours de la méthode*, Paris, Librio, « Philosophie », 2004, p. 36 (en italique dans le texte).

⁸³⁶ LEGENDRE (P.), *L'animal humain et les suites de sa blessure. Conférence à Montpellier, op. cit.*, p. 34.

⁸³⁷ LAMIZET (B.), *L'aliénité*, Milan, Mimésis, 2015, p. 225.

⁸³⁸ HONNETH (A.), « Théorie de la relation d'objet et identité postmoderne. À propos d'un prétendu vieillissement de la psychanalyse », in *La société du mépris : vers une nouvelle théorie critique*, trad. VOIROL (O.), Paris, La Découverte, « Armillaire », 2006, pp. 346-347.

⁸³⁹ Freud parle de *subjekt* pour parler du sujet de la psychanalyse. V. FREUD (S.), *Pulsions et destins des pulsions*, Paris, Payot & Rivages, 2012, « Petite bibliothèque Payot », 103 p.

⁸⁴⁰ JUNG (C. G.), *Dialectique du moi et de l'inconscient*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2008, 287 p.

subdivision de la psychanalyse en différentes approches atteste de la difficulté, voire de l'impossibilité, de saisir définitivement la substance de l'être psychique. Cette impossibilité de visualiser l'esprit serait finalement la réponse à la question de la nature de la conscience : elle est une nébuleuse, un substrat soumis aux *stimuli*, à un réseau neuronal en permanence récepteur d'informations. L'identité mature⁸⁴¹ est donc celle qui tend le plus vers la stabilité, la moins soumise aux variations. Elle est la plus avancée dans la recherche de la sécurité ontologique. La tendance se précise avec les découvertes de la psychanalyse à la fin du XIXe et début XXe, Freud dressant une typologie de l'identité avec le *moi* et le *ça*⁸⁴² : une identité au sens propre, une mêmeté, une égalité à moi-même ; une identité à la fois mienne et extérieure, soumise aux pulsions et à la réalisation de désirs.

Une fois admis que la conscience de l'intériorité constitue l'inévitable socle de l'identité, il convient d'envisager la suite du processus : la recherche de l'unité, condition indispensable à l'institution d'un *moi*, entité abstraite identifiable par sa cohérence.

B. L'identité personnelle dans l'unité de soi

208. Maturité et continuité. – L'unité du sujet suppose un stade de maturité, de solidification, un « devenir soi » (1.), théoriquement suivi d'une volonté intuitive de conservation de cette perception de soi, un « rester soi » (2.)

1. Devenir soi

209. L'unité dans l'identité « mêmeté ». – L'unité de soi forme la colonne vertébrale du sentiment d'identité. Cette solidité de l'identité permet alors de traverser le temps et les espaces pour demeurer « même ». Selon John Locke, une personne en tant que singularité est constituée « par des particules de matières qui sont dans un flux perpétuel, mais qui dans cette succession sont vitalemment unies au même corps organisé »⁸⁴³. Bien avant l'invention de la psychanalyse, il propose de voir la personne comme « être pensant et intelligent, capable de raison et de réflexion, et qui se peut consulter soi-même comme le même, comme une même chose qui pense en différents temps et différents lieux »⁸⁴⁴.

210. La consolidation de l'identité en philosophie : l'individuation. – Sur le fronton du sanctuaire d'Apollon à Delphes était inscrit en grec ancien la formule « Connais-toi toi-même »⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ MUCCHIELLI (A.), *L'identité, op. cit.*, p. 94 : « Une identité mature est une identité où tous les sentiments constitutifs du sentiment d'identité ont pu se développer ».

⁸⁴² FREUD (S.), *Le moi et le ça*, Paris, Points, « Essais », 2015, 117 p.

⁸⁴³ LOCKE (J.), *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, Vrin, 1972, p. 261.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 264.

⁸⁴⁵ Du grec ancien « Γνώθι σεαυτόν », « prononcé « gnôthi seautón ».

De Platon à Foucault, cette inscription bien connue a fait l'objet de nombreuses études ayant pour objet le Sujet⁸⁴⁶. Pour Foucault, il ne s'agirait ni plus ni moins que de la « formule fondatrice de la question des rapports entre sujet et vérité »⁸⁴⁷. Ce rapport au savoir sur soi-même, cette connaissance de sa propre intériorité serait à l'origine du sentiment d'identité personnelle⁸⁴⁸. Cette injonction à se connaître suppose qu'existe une vérité de soi, un but à atteindre pour aligner l'être et le devoir être – les *sein* et *sollen* kantien. Pour Spinoza, ce devoir-être est déjà prévu dans la Nature et relève du *conatus* vers lequel il faut tendre en évitant les obstacles négatifs. Le philosophe hollandais nie le libre-arbitre, éclairant son analyse par la fameuse formule selon laquelle la personne n'est pas « un empire dans un empire »⁸⁴⁹. D'autres grands mots sont connus, comme celui de Pindare, désignant l'alignement de soi comme le fruit d'une quête intérieure : « Deviens qui tu es, quand tu l'auras appris »⁸⁵⁰. L'être est alors plongé dans l'angoisse sartrienne, il faut devenir soi par le choix et sortir du Néant : « chaque personne est un choix absolu de soi »⁸⁵¹. Tout ce « devenir-soi » relève du processus dénommé « individuation »⁸⁵² en philosophie : accéder à « une qualification de soi à travers des caractéristiques singulières, des “qualités” qui nous sont propres, irréductibles, et inaliénables »⁸⁵³. C'est également ce que soutient Charles Taylor, qui voit dans la notion contemporaine d'identité une résurgence de la modernité, donc de l'accomplissement rationnel et autonome du sujet⁸⁵⁴. Chaque individu aurait un droit de « former et de définir sa propre identité en tant qu'individu et en tant que culture »⁸⁵⁵.

On trouve un écho de l'individuation dans la subjectivation, qui est en psychanalyse le passage de l'adolescence à l'âge adulte, la consolidation de l'identité⁸⁵⁶. L'individu fixe alors une identité, se

⁸⁴⁶ FOUCAULT (M.), *L'herméneutique du sujet : cours au Collège de France (1981-1982)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2009, p. 9. Reformulant l'argument de Platon dans *L'Apologie de Socrate*, Michel Foucault écrit : « Le souci de soi-même est une sorte d'aiguillon qui doit être planté là, dans la chair des hommes, qui doit être fiché dans leur existence et qui est un principe d'agitation, un principe de mouvement, un principe d'inquiétude permanent au cours de l'existence ».

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁸⁴⁸ MUCCHIELLI (A.), *L'identité*, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁴⁹ SPINOZA (B.), *L'Éthique*, trad. PAUTRAT (B.), Paris, Seuil, « L'ordre philosophique », 1988, p. 199.

⁸⁵⁰ PINDARE, *Pythiques*, II, Verset 72. Écriture au V^e siècle avant J.-C. Texte intégral disponible en ligne.

⁸⁵¹ SARTRE (J.-P.), *L'Être et le Néant*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des idées », 1972, p. 538.

⁸⁵² FERRET (S.), *Identité et individuation*, Thèse université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1991, 562 p. V. également ASTOR (D.), « *Deviens ce que tu es* » : pour une vie philosophique, Paris, Éd. Autrement, « Les Grands Mots », 2016, 160 p.

⁸⁵³ MARIN (C.), « L'identité psychique et son vacillement », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op.cit.*, p. 275.

⁸⁵⁴ TAYLOR (C.), *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, Paris, Seuil, 1998, 712 p.

⁸⁵⁵ TAYLOR (C.), *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, « Champs », p. 63.

⁸⁵⁶ CAHN (R.), « Origines et destins de la subjectivation », in RICHARD (F.), WAINRIB (S.), *La subjectivation*, Dunod, 2006, pp. 7-18. ; v. également BERTRAND (M.), « Qu'est-ce que la subjectivation ? », *Le Carnet Psy*, 2005/1, n° 96, pp. 24-27.

persuade de sa « mêmété » et s'affuble du masque de la personne, la *persona*⁸⁵⁷. En tant que personne identifiée par elle-même, le sujet mature réduit sa sensibilité au changement et au contrôle.

2. Rester soi

211. Rester soi dans le temps : l'identité diachronique. – La recherche de l'unité de soi se mesure avant tout dans le temps, par une comparaison entre le *moi* présent, immédiatement ressenti, et le *soi* du passé et futur, représenté, souhaité ou fantasmé. La recherche de l'unité de soi se manifeste dans le questionnement millénaire de l'Abbé Moreux : « D'où viens-je ? Qui suis-je ? Où vais-je ? ». Le chemin vers la sécurité ontologique suppose une volonté de réponse unique aux trois questions. Repartant notamment des travaux de Locke, Bergson a produit une œuvre majeure et engendré de nombreux questionnements quant aux rapports entre conscience de soi et temporalité : « nous juxtaposons nos états de conscience de manière à les apercevoir simultanément [...] nous projetons le temps dans l'espace, nous exprimons la durée en étendue, et la succession prend pour nous la forme d'une ligne continue ou d'une chaîne »⁸⁵⁸. La philosophe Claire Marin s'inscrit dans la continuité de Bergson, affirmant que « la conscience de soi présuppose à la fois la saisie de soi dans le présent et la reconnaissance de soi dans le passé »⁸⁵⁹. Le paradoxe du bateau de Thésée illustre parfaitement ce questionnement⁸⁶⁰. La mémoire est la colonne vertébrale de l'identité, le pilier qui assure la continuité du sentiment de soi et de l'identité du sujet.

212. Changer en restant soi : l'identité synchronique. – Bien entendu, la personne est bien trop complexe, trop ondoiyante et insaisissable pour rester purement la *même*, pour ne jamais altérer sa substance. Erikson l'affirme, l'identité n'est « jamais installée, jamais achevée », comme le serait une « armature de la personnalité ou quoi que ce soit de statique et d'inaltérable »⁸⁶¹. La finalité est de tâcher de rester le même dans toute situation, quel que soit l'environnement. Charles Taylor affirme que la quête d'unité est le socle de l'idéal moderne de l'authenticité : « Etre sincère envers moi-

⁸⁵⁷ DESCARTES (R.), « *Cogitationes privatae* », in *Œuvres*, Vrin, Tome X, 1986, p. 213 : « Au moment de monter sur ce théâtre du monde, où jusqu'ici je n'ai été que spectateur, je m'avance masqué ». Du latin « *Sic ego, hoc mundi theatrum consensurus, in quo hactenus spectator existi, larvatus prodego* ».

⁸⁵⁸ BERGSON (H.), *Essai sur les données immédiates de la conscience*, *op.cit.*, p. 68.

⁸⁵⁹ MARIN (C.), « L'identité psychique et son vacillement », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op.cit.*, p. 275.

⁸⁶⁰ FERRET (S.), *Le bateau de Thésée, Le problème de l'identité à travers le temps*, Paris, Éd. Minuits, « Paradoxe », 151 p. ; ALLIX (L.), « Espace, temps, objet et causalité : thèmes et variations », *Philosophia Scientia*, Octobre 2011, pp. 35-46, spéc. p. 39 : « [...] le paradoxe du bateau de Thésée, cette embarcation qui semble être à la fois en cours de rénovation dans le port du Pirée et en voie de reconstitution, avec les parties détachées du premier navire, sur une cale sèche [...]. Le même bateau ne peut pas en effet avoir été, à la fois, restauré à son emplacement dans le port du Pirée et reconstruit dans un bassin de radoub, si un objet ne peut pas être au même moment en deux emplacements différents. Mais, si le troisième principe est abandonné et qu'il devient possible pour un même objet d'être simultanément en deux lieux distincts, il n'est plus nécessaire de décider, entre les deux navires, lequel est le bateau de Thésée. Il n'y a plus qu'une seule embarcation, constituée de deux parties distinctes, situées en deux emplacements différents dans l'espace et la difficulté initiale disparaît ».

⁸⁶¹ ERIKSON (E. H.), *Adolescence et crise : la quête de l'identité*, *op.cit.*, p. 18.

même, signifie être fidèle à ma propre originalité, et c'est ce que je suis seul à pouvoir dire et découvrir. En le faisant, je me définis du même coup »⁸⁶². Se penser singulier et agir en tant que tel, c'est assurer sa propre détermination : l'autonomie est au fondement du développement de l'identité. La personne est en permanence dans une tension pour rester soi, se gardant avec ou plus ou moins de réussite de tout ce qui menace son identité : les aliénations⁸⁶³.

213. Éviter l'aliénation pour rester soi. – L'aliénation est la perte du sentiment de soi, un manque d'unité et de repères de soi-même. Pour rester stable, l'identité suppose un solide ancrage dans les abysses de l'être. Pour éviter le passage de la santé mentale à la folie, Laing assure qu'il faut que l'identité repose sur un « *continuum* temporel, doté d'une consistance, une substantialité »⁸⁶⁴. L'identité commanderait une recherche de la cohérence et de l'unité pour éviter le mal-être, voire la pathologie psychique. Locke avait déjà étudié les altérations de la conscience, soumise aux passions et notamment à une vive colère. Cela justifie sa théorie de l'identité - comme siégeant dans le *for intérieur* – en s'appuyant sur des faits de langage : « C'est ce qu'exprime bien notre façon de parler lorsque nous disons qu'un tel *n'est pas lui-même* ou qu'il est *bors de soi*, phrases qui suggèrent que le soi a été transformé, que la même personne qui est soi n'est plus là dans cet homme »⁸⁶⁵.

En étudiant la maturation de l'identité et son authenticité, on perçoit nettement qu'elle s'inscrit nécessairement dans un cadre social, sur une scène. La *persona* n'a de sens que si le masque est vu par les autres acteurs⁸⁶⁶. Là où l'intériorité est inconcevable sans extériorité, la vie intérieure dite « privée » ne se conçoit que par complémentarité à la vie extérieure, que l'on peut dire « sociale ». Ainsi en va-t-il de l'identité : « À tous les stades de la vie, l'identité intérieure et l'identité sociale se développent ensemble »⁸⁶⁷.

§ 2 – L'identité personnelle étendue dans l'altérité

La première expérience de l'altérité se fait par la rencontre d'autrui. Elle est indispensable car c'est par la reconnaissance de l'appartenance à une même communauté que se forge l'identité d'être

⁸⁶² TAYLOR (C.), *Le malaise de la modernité*, Paris, Lexio, Éd. du Cerf, 2015, p. 37.

⁸⁶³ MARIN (C.), « L'identité psychique et son vacillement », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op.cit.*, p. 284.

⁸⁶⁴ LAING (R. D.), *Le moi divisé. De la santé mentale à la folie*, Paris, Stock, 1993, p. 15.

⁸⁶⁵ LOCKE (J.), *Identité et différence*, Seuil, « Points essais », 1998, p. 167. On notera ici que la traduction de l'anglais au français par Pierre Coste - et plus tard par Etienne Balibar - n'enlève rien à la pertinence du propos car les mêmes expressions sont très comparables dans les deux langues : « *Not himself* » et « *Out of his mind* ».

⁸⁶⁶ Pour aller plus loin, v. GOFFMAN (E.), *La mise en scène dans la vie quotidienne. Tome 1 - La présentation de soi*, Éd. de minuit, « Sens commun », 1996, 251 p.

⁸⁶⁷ MUCCHIELLI (A.), *L'identité*, *op. cit.*, p. 85.

humain. Le *soi-même* s'envisage parmi les autres (A.), et se complète par un retour à soi, une réflexivité, où l'individu s'envisage lui-même comme un autre (B.).

A. Soi-même parmi les autres

214. Il n'existe pas d'ego sans alter. – Depuis qu'Aristote a affirmé que « L'homme est un animal politique », de nombreux travaux issus de différentes disciplines ont tenté de dire autrement qu'il ne peut exister de personne sans environnement social. La conscience de soi n'existe qu'à partir d'une réciprocité qui conduit à la connaissance d'autrui et la reconnaissance par autrui. Très simplement, il ne peut exister d'ego sans alter. La conscience de soi n'est donc pas le seul moyen de formation de l'identité personnelle, comme le souligne Leibniz dans sa correspondance avec Locke⁸⁶⁸. La personne humaine prend conscience de son humanité lorsqu'elle réalise son appartenance à un groupe plus large et sa singularité au sein de ce même groupe⁸⁶⁹ : la « famille » humaine. Devançant les travaux de la sociologie et la conceptualisation du déterminisme, Karl Marx assure que « ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur être ; c'est inversement leur être social qui détermine leur conscience »⁸⁷⁰. L'expression « identité personnelle » n'est donc pas un malencontreux pléonisme. Il s'agit de l'identité de la *persona*, prise comme l'ensemble social imaginé dès l'antiquité : l'individu et son masque. Néanmoins, l'environnement social - qui marque l'identité personnelle - ne soustrait pas à l'individu son unicité.

215. L'individualisme procède d'une distinction. – La philosophie individualiste repose principalement sur la distinction entre le sujet et la société, idée que l'on retrouve chez Nietzsche⁸⁷¹. Cette opposition sujet-société postule premièrement que chaque personne humaine possède des caractéristiques propres – matérielles ou immatérielles – qui fondent sa singularité. C'est aussi ce qui a pu être qualifié d'*eccéité*⁸⁷². Dans un second temps, cette opposition suppose une forme de reconnaissance mutuelle. L'individu est conscient d'appartenir à un groupe qualifié de société. D'un

⁸⁶⁸ LEIBNIZ (G. W.), « Nouveaux essais sur l'entendement humain », *Œuvres de Leibniz*, Paris, Charpentier, 1842, pp. 171-172 : « La conscience n'est pas le seul moyen de constituer l'identité personnelle, et le rapport d'autrui ou même d'autres marques y peuvent suppléer [...] On dira que les membres du corps de chaque homme sont une partie de lui-même, et qu'ainsi, le corps étant dans un flux perpétuel, l'homme ne saurait demeurer le même ».

⁸⁶⁹ CROCKER (C.), « Les réflexions du soi (The Mirrored Self) », in LEVI-STRAUSS (C.) (dir.), *L'identité. Séminaire interdisciplinaire 1974-1975*, Paris, PUF, « Quadrige grands textes », 2010, 6^e éd., p. 162 : « L'identité personnelle est fondée sur une idiosyncrasie, un assemblage unique de traits physiques qui relie l'individu aux autres êtres humains à travers ces éléments aussi invariables qu'indestructibles que sont les ressemblances physiques ».

⁸⁷⁰ MARX (K.), *Contribution à la critique de l'économie politique*, 1859, Paris, Editions sociales, 1977, p. 189.

⁸⁷¹ NIETZSCHE (F.), *La volonté de puissance, Tome II*, Paris, Gallimard, 1995, « Tel », n° 337 : « L'individualisme est une façon modeste et encore inconsciente de la *volonté de puissance* ; il semble qu'il suffise à l'individu de se libérer d'une prépondérance de la société (que ce soit l'État ou l'Église...). L'individu ne se place pas en opposition en tant que personne, mais seulement en tant qu'unité ; il représente toutes les unités contre la collectivité ».

⁸⁷² MERLEAU-PONTY (M.), *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des idées », 1945, p. 147 : « Les sens et en général le corps propre offrent le mystère d'un ensemble qui, sans quitter son *eccéité* et sa particularité, émet au-delà de lui-même des significations capables de fournir leur armature à toute une série de pensées et d'expériences ».

autre côté, la société doit reconnaître la singularité et lui assurer un statut qui assure les conditions de l'émergence de son individualité. Cette seconde étape est généralement qualifiée en philosophie d'*individuation*⁸⁷³. L'individualisme suppose donc une distinction vis-à-vis d'autrui et vis-à-vis de la société afin que le processus de singularisation ne soit pas entravé. Au sens plus politique, l'individualisme invite à considérer que la société doit avoir pour finalité l'épanouissement de l'individu, au sens de la fameuse formule de Paul Roubier : « C'est la société qui est faite pour l'homme et non pas l'homme pour la société »⁸⁷⁴. On perçoit donc la nature subjectiviste de l'individualisme : il appartient au sujet de déterminer les conditions de développement de perception de sa propre individualité, en fonction du contexte dans lequel il évolue⁸⁷⁵. Comme l'explique Jean-Louis Bergel, les théories individualistes « voient dans l'individu la valeur essentielle au plan politique, économique et moral et impliquent le développement des droits et des responsabilités de l'individu »⁸⁷⁶. Or, dans cette représentation par l'individu de sa propre identité, le rôle de la société émerge à nouveau.

216. L'identité prise dans un réseau social. – Il existe un réseau dans lequel « l'identité est un ensemble de significations [...] un sens perçu donné par chaque acteur au sujet de lui-même ou d'autres acteurs »⁸⁷⁷. Cette définition n'est pas sans rappeler la théorie de l'acteur-réseau, très proche du personnalisme. C'est ainsi que l'on voit Emmanuel Mounier déclarer que « chacun n'a sa vérité que relié à tous les autres »⁸⁷⁸. Dans le même ordre d'idée et diluant plus encore l'individu dans le groupe, Lévi-Strauss définit l'identité comme « la représentation qu'un individu se donne à lui-même de son appartenance à un groupe »⁸⁷⁹. Il est même possible de concevoir, avec Alex Mucchielli, que « l'identité se construit par exposition aux autres identités, c'est-à-dire l'identification à autrui, qui est un processus psychologique par lequel un sujet assimile un aspect, une propriété, un attribut de l'autre et se transforme, totalement ou partiellement, sur le modèle de celui-ci »⁸⁸⁰. L'identité est donc à la fois intime et sociale, noyau et environnement. Le rapport à

⁸⁷³ DUNS SCOT (J.), *Le principe d'individuation*, Paris, Vrin, 1992, 217 p. ; SIMONDON (G.), *L'individuation psychique et collective : à la lumière des notions de forme, information, potentiel et métastabilité*, Paris, Aubier, 1989, 293 p. ; VAYSSE (J.-M.), *Technique, monde, individuation : Heidegger, Simondon, Deleuze*, New York, Hildesheim, « Europaea memoria », 2006, 228 p.

⁸⁷⁴ ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005, n° 25, p. 230.

⁸⁷⁵ SINGLY (de) (F.), *L'individualisme est un humanisme*, La Tour d'Aigues, Éd. De l'Aube, « Monde en cours », 2011, p. 145.

⁸⁷⁶ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, 5^{ème} éd., p. 36.

⁸⁷⁷ MUCCHIELLI (A.), *L'identité*, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁷⁸ MOUNIER (E.), *Le personnalisme*, Paris, PUF, « Quadrige – Grands textes », 2010, p. 20.

⁸⁷⁹ LEVI-STRAUSS (C.) (dir.), *L'identité, Séminaire interdisciplinaire 1974-1975*, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁸⁰ MUCCHIELLI (A.), *L'identité*, *op. cit.*, p. 59.

l'autre est donc indispensable pour qu'émerge un souci de soi équilibré, et cet autre doit être un encouragement à l'autonomie⁸⁸¹.

217. Le langage comme vecteur de socialisation. – Le véritable rapport à autrui ne peut exister sans le langage qui permet l'échange de la pensée. Le langage est l'expression même de l'altérité, à la fois séparation et lien entre les personnes⁸⁸². Hegel et Charles Taylor insistent sur l'impératif d'un échange par le « dialogisme », notion dont la fonction est de « montrer comment l'identité d'un individu se constitue dans le contact avec autrui et à travers l'échange continu qui permet au moi – le *self* – de se structurer et de se définir par comparaison et par différence »⁸⁸³. Dominique Bourg relève, dans le même sens, que la fonction du langage est de se confronter à autrui, de permettre l'élévation vers la personnalisation. Cette élévation de soi et des autres est rendue possible par l'échange, par « l'interlocution »⁸⁸⁴. Il faut enfin citer Pierre Legendre, qui considère le langage comme la « blessure originelle »⁸⁸⁵ de l'homme, expliquant sa relation tourmentée à sa propre identité.

Une fois encore, l'altérité ne suffit pas, et comme il est possible de se parler à soi-même, il est naturel dans la formation d'une identité que la personne se distingue comme un « autre », une altérité.

B. *Soi-même comme un autre*

218. L'altérité en psychologie. – L'identification à soi est une étape centrale de la construction identitaire, si ce n'est son fondement. La personne devient sujet lorsqu'elle établit un lien entre sa conscience d'être et les conséquences extérieures de son être, son *soi*. Ce mélange entre subjectivation et objectivation identitaire correspond selon Pierre Tap à « un système de sentiments et de représentations par lequel le soi se spécifie et se singularise »⁸⁸⁶. Le psychologue Henri Wallon montre que la première perception extérieure de soi est alors physique. Après s'être « pris pour un autre », l'enfant se reconnaît, et utilise ce *soi* pour unifier son corps⁸⁸⁷. Peu après Wallon, Jacques Lacan reprend cette théorie et fonde le concept bien connu de « stade du miroir », qu'il entend

⁸⁸¹ FOUCAULT (M.), *L'herméneutique du sujet : cours au Collège de France (1981-1982)*, *op.cit.*, p. 130.

⁸⁸² LEGENDRE (P.), *La fabrique de l'homme occidental*, Mille et une nuits – Arté Editions, 1996, p. 14 : « Le langage nous sépare des choses. Il sépare l'homme de son semblable et de lui-même. Le langage est le Miroir pour l'homme ».

⁸⁸³ SEMPRINI (A.), *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1997, p. 73.

⁸⁸⁴ BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *Droits*, 1991, n° 13, p. 90.

⁸⁸⁵ LEGENDRE (P.), *L'animal humain et les suites de sa blessure. Conférence à Montpellier*, *op. cit.*

⁸⁸⁶ TAP (P.), *Identité individuelle et personnalisation. Production et affirmation de l'identité*, Paris, Privat, « Sciences de l'homme », 1980, p. 8.

⁸⁸⁷ WALLON (H.), *Les origines du caractère chez l'enfant*, Paris, PUF, « Quadrige », 2015, 301 p.

comme « une identification au sens plein que l'analyse donne à ce terme : à savoir la transformation produite chez le sujet quand il assume une image »⁸⁸⁸.

219. L'altérité en philosophie. – Hume et Leibniz sont très influencés par les travaux de Locke, mais insatisfaits de la réduction de l'identité personnelle à la conscience⁸⁸⁹. Ils relèvent que l'état de conscience est relatif, et que la linéarité envisagée par Locke est en contradiction avec la recherche d'unité. Si la conscience explique rationnellement l'identité, plus besoin de la rechercher. Nietzsche leur emboîte le pas⁸⁹⁰ et déconstruit – voire piétine – les analyses kantienne⁸⁹¹, spinoziste et cartésienne⁸⁹². Il leur reproche de nier le changement perpétuel de toute chose et propose d'envisager le *soi* comme un ensemble de phénomènes complexes, dont la conscience ne serait qu'un brouillon. Par ses concepts de *volonté de puissance* et *d'éternel retour*, il incite la personne à se prendre comme objet. La personne doit alors chercher un idéal de soi-même, un *surbomme* qui ne nie plus mais « qui est »⁸⁹³. L'analyse la plus aboutie de l'altérité identitaire provient de Paul Ricœur, qui propose de dépasser l'identité-mêmeté, l'*idem*, pour envisager une identité-altérité, l'*ipse*. Cette ipséité répond au sentiment d'être soi qui transcende le temps et l'espace, et répond à la grande complexité du sentiment d'identité personnelle⁸⁹⁴. Ricœur entend rompre avec l'illusion de la sécurité ontologique, de la mêmeté comme approche suffisante de l'identité personnelle. Il constate une dialectique entre le synchronique – l'impression de mêmeté résistant aux autres facteurs – et le diachronique – l'impression de persistance à travers le temps. Pour que *moi-même* et *soi-même* ne restent pas sans signification, il développe le concept d'une identité narrative. Il envisage l'identité personnelle comme la conjonction recherchée de l'*idem* (mêmeté) et de l'*ipse* (altérité), et l'identité narrative⁸⁹⁵ comme un discours situé dans le temps – une « illusion biographique » selon

⁸⁸⁸ LACAN (J.), « Le stade du miroir comme formateur de la fonction du Je telle qu'elle nous est révélée dans l'expérience psychanalytique », in *Écrits I*, Paris, Seuil, 1966, p. 93.

⁸⁸⁹ LEIBNIZ (G. W.), *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, trad. LEMAIRE (P.), Paris, Hatier, « Les classiques pour tous », 2000, 63 p. ; HUME (D.), *Enquête sur l'entendement humain*, Paris, Flammarion, 1983, 252 p.

⁸⁹⁰ NIETZSCHE (F.), *La volonté de puissance*, Paris, Mercure de France, 1909, n° 34 : « Locke et Hume étaient, par eux-mêmes, trop clairs, trop lumineux, c'est-à-dire, d'après les évaluations conformes à l'instinct allemand, trop superficiels ».

⁸⁹¹ *Ibid.* : « Kant : un piètre connaisseur des hommes et un psychologue médiocre [...] ; dogmatique de pied en cap, mais supportant ce penchant avec une lourde humeur, au point qu'il voudrait le tyranniser, mais aussitôt il se fatigue même du scepticisme ».

⁸⁹² *Ibid.*, n° 292 : « Contre la valeur de ce qui est éternellement égal à soi-même (voyez la naïveté de Spinoza et aussi celle de Descartes). La valeur est ce qu'il y a de plus court et de plus passager, le traître scintillement d'or au ventre du serpent de la vie ».

⁸⁹³ V. notamment NIETZSCHE (F.), *Ainsi parlait Zarathoustra*, Paris, LGF, « Poche », 1983, p. 20 : « Et Zarathoustra parla ainsi au peuple : *Je vous enseigne le surhumain*. L'homme est quelque chose qui doit être surmonté ».

⁸⁹⁴ RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, « Points essais », 1990, p. 369 : « En plaçant ainsi la conscience en tiers par rapport à la passivité-altérité du corps propre et à celle d'autrui, nous soulignons l'extraordinaire complexité et la densité relationnelle de la méta-catégorie d'altérité ».

⁸⁹⁵ RICŒUR (P.), « L'identité narrative », *Esprit*, n° 7-8, 1988, pp. 295-305.

Bourdieu⁸⁹⁶ – permettant de se représenter cet ensemble et de travailler à son alignement⁸⁹⁷. L'identité personnelle est la fin, l'identité narrative le moyen : « La nature véritable de l'identité narrative ne se révèle, à mon avis, que dans la dialectique de l'ipséité et de la mêmeté. En ce sens, cette dernière représente la contribution majeure de la théorie narrative à la constitution du soi »⁸⁹⁸. Ricœur est convaincu que la perception de toute substance s'inscrit dans le temps⁸⁹⁹, et que, à la manière de Bergson, il faut désigner la mémoire comme filtre de l'histoire personnelle et de l'histoire de tous⁹⁰⁰.

Au terme du processus l'individu, par son rapport à lui-même et aux autres, est institué en tant que sujet ; il a conscience de son existence intime et sociale. Afin de ne pas menacer cette autonomie du sujet toujours en devenir, le droit suit un chemin parallèle : « Le travail du droit semble s'inscrire dans la dialectique de la reconnaissance [...] Le principe de la reconnaissance au sens moral et philosophique s'appuie sur une structure dialectique : l'identité doit être validée, confirmée, attestée par l'extériorité, par autrui, ou par une instance telle que la justice »⁹⁰¹.

⁸⁹⁶ BOURDIEU (P.), « L'illusion biographique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 62-63, juin 1986, pp. 69-72 : « Mais cette identité pratique ne se livre à l'intuition que dans l'inépuisable série de ses manifestations successives, en sorte que la seule manière de l'appréhender comme telle consiste peut-être à tenter de la ressaisir dans l'unité d'un récit totalisant (comme autorisent à le faire les différentes formes, plus ou moins institutionnalisées, du « parler de soi », confidence, etc.) » (p. 70).

⁸⁹⁷ RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, *op.cit.*, pp. 137 et s.

⁸⁹⁸ *Ibid*, p. 167.

⁸⁹⁹ RICŒUR (P.), *Temps et récit 3. Le temps raconté*, Seuil, « Points essais », 2005, 544 p.

⁹⁰⁰ RICŒUR (P.), *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil, « Points essais », 2003, 720 p.

⁹⁰¹ MARIN (C.), « L'identité psychique et son vacillement », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 285.

Section 2 – La reconnaissance de l'identité personnelle : l'institution juridique de la personne

220. Une définition juridique fuyante. – L'identité personnelle n'est jamais matériellement figée, elle est une dynamique⁹⁰². Le droit peut-il, et doit-il rendre compte d'un tel objet soumis à la subjectivité ? Daniel Gutmann relève que l'identification à soi ne peut s'arracher totalement à la perception intuitive, c'est-à-dire au sentiment⁹⁰³. Grégoire Loiseau s'associe à cette observation, et dépeint simplement l'identité personnelle comme « ce qui fait que soi est soi »⁹⁰⁴. Si le sentiment peut être saisi de façon opportune par le droit, il ne peut être défini que de façon stipulative, c'est-à-dire remplissant une fonction préconçue⁹⁰⁵. Au regard de cette subjectivité et de son caractère dynamique, qu'est donc l'identité personnelle ? À la lumière de l'approche syncrétique de l'identité personnelle, nous retiendrons que l'identité personnelle est une confirmation individuelle de la personne humaine, la reconnaissance de son mouvement perpétuel. C'est ainsi que nous la qualifierons de vecteur indispensable à l'institution de la personne. L'identité personnelle est une direction de la personne ; comme toute direction, elle peut subir des ajustements.

221. Institution et reconnaissance. – Selon Alain Supiot, « Instituer l'être humain, c'est, au sens premier du mot, le mettre sur pied, le faire tenir debout, en l'inscrivant dans une communauté de sens qui le lie à ses semblables ; c'est lui permettre d'occuper sa place dans le genre humain »⁹⁰⁶. L'attribution de la personnalité juridique est le premier pas dans l'institution de la personne⁹⁰⁷, une façon de lui donner l'assise la plus solide⁹⁰⁸. L'État, en reconnaissant l'individu comme unité, reconnaît son existence et la comptabilise. Toutefois, la personnalisation⁹⁰⁹ ne s'accomplit qu'avec la considération du droit pour l'identité personnelle, c'est-à-dire les conditions juridiques de la reconnaissance de sa propre singularité, de son identité de personne humaine⁹¹⁰. Certes, les individus sont égaux en droit, mais il en est ainsi parce qu'ils sont individuellement des personnes.

222. Personne actée, personne actrice. – À l'échelle individuelle, nous l'avons vu, la négation de la singularité est néfaste. Elle l'est aussi pour l'État de droit, car le rejet de l'individualité peut

⁹⁰² MAHABIR (L.-A.), *L'identité personnelle et les réseaux sociaux*, Thèse Univ. Paul Cézanne Aix-Marseille, 2014, p. 47 : « L'identité personnelle [...] est le résultat d'un processus de construction social en gestation ».

⁹⁰³ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*

⁹⁰⁴ LOISEAU (G.), « L'objectivation de l'identité », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 229.

⁹⁰⁵ GHELFI-TASTEVIN (F.), LANZARA (D.), SCHENIQUE (L.) (dir.), *Le droit et les sentiments*, *op. cit.*

⁹⁰⁶ SUPIOT (A.), *Homo Juridicus*, *op. cit.* p. 77.

⁹⁰⁷ BIOY (X.), « Le droit à la personnalité juridique », *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses Universitaires Toulouse 1 Capitole, « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2013, pp. 97-113.

⁹⁰⁸ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public - Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz - Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, p. 103.

⁹⁰⁹ TAP (P.), *Identité individuelle et personnalisation*, *op. cit.*

⁹¹⁰ FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2016, p. 3 : « Dans les sociétés occidentales, le droit occupe une place centrale dans l'institution de l'homme et de la société ».

constituer une forme d'oppression⁹¹¹, et générer à terme un violent rejet de la société. La méconnaissance des identités est un facteur belligène⁹¹², et la reconnaissance de l'identité personnelle doit donc être avant tout juridique, par la création d'un statut de la personne, un socle d'éléments qui attestent de son existence et de sa singularité. Le droit conduit à la fondation de l'identité personnelle par l'ancrage juridique de la personne. Cette dernière est dotée de la personnalité juridique, ce qui lui assure la possibilité d'être socialement *elle-même* parmi ses semblables. Le droit est ainsi à la fois instituteur de la singularité et gardien du lien social, vecteur d'universalité⁹¹³. Ce cheminement de la reconnaissance n'est pas sans rappeler celui théorisé par Paul Ricœur : la reconnaissance est une identification, car elle permet de se reconnaître soi-même mais aussi de se reconnaître mutuellement⁹¹⁴. La personne est alors juridiquement fondée, elle est « actée » (§ 1). Reconnue comme membre de la Cité, d'une communauté de droit, elle fait alors face au second défi de la reconnaissance : l'acceptation de l'identité personnelle par autrui. En cela, la personne est aidée par le droit, qui l'a investie, qui l'a rendue juridiquement « actrice » (§ 2).

§ 1 – La formation de l'identité : la personne juridiquement actée

223. Les assises de l'identité. – En tant que renvoi à la qualité de personne, l'identité personnelle repose en premier lieu sur une assise juridique, une garantie formelle de l'existence (A.). Cette institution supposée neutre, notamment *via* l'état civil (nom, filiation, nationalité), constitue en réalité aussi un rapport subjectif, voire intime, qu'est l'assise biographique de l'identité personnelle (B.). Selon les mots de Jean Carbonnier, « si nous considérons le sujet de droit dans sa plénitude, nous le voyons revêtu de deux attributs : capacité et identité »⁹¹⁵.

A. L'assise juridique de l'identité personnelle

224. Droits subjectifs et sujet de droit. – Octroyer une prérogative revient à dire « Tu existes ». Admettre qu'un individu soit capable d'une action qui engage son environnement matériel ou social, c'est le reconnaître. En cela, l'attribution de la personnalité juridique par l'État est constitutive d'un rapport spécifique à l'individu. La condition théorique de ce don est une croyance en l'autonomie de la personne. Le sujet de droit au sens premier, à la fois assujéti et acteur, doit

⁹¹¹ TAYLOR (C.), *Multiculturalisme : différence et démocratie*, *op. cit.* p. 41 : « La non-reconnaissance ou la reconnaissance inadéquate peuvent causer du tort et constituer une forme d'oppression ».

⁹¹² LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, LGDJ-Nemesis-Anthemis, « Droit et justice n° 102 », 2012, 4^e éd., pp. 120 et s., 194 et s.

⁹¹³ BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, « Corpus Essais », 2004, 533 p.

⁹¹⁴ RICŒUR (P.), *Parcours de la reconnaissance : trois études*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 431 p.

⁹¹⁵ CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2010, 10^e éd, p. 234.

agir de façon raisonnable et raisonnée. La considération de l'identité personnelle répond à cet impératif, et assure la personnalisation, c'est-à-dire le passage de l'individu assujéti à la personne juridique, dotée de droits subjectifs (1.). Ces droits subjectifs donnent alors à la personne l'apparence d'une nouvelle abstraction créatrice : le sujet de droit (2.).

1. Personnalisation et personnalité juridique

225. Identité personnelle, conscience et imputation. – La personnalité est une notion aussi évasive que celle d'identité. Dans le langage courant, la notion de personnalité peut être définie comme « l'attribut distinctif d'un individu » et sera alors « synonyme d'identité »⁹¹⁶. La personnalité juridique quant à elle repose certes sur l'individualité, mais aussi sur la conscience de ce que cette individualité implique juridiquement. La nature subjective de l'exercice des droits fusionne avec l'expérience subjective de l'identité personnelle : on identifie alors la reconnaissance mutuelle entre le droit et la personne. À l'aide du concept d'identité personnelle, John Locke est le premier à rompre la frontière tenace qui sépare la psychologie individuelle du droit. Il juge que l'identité personnelle est à la fois psychologiquement et juridiquement indispensable, nécessaire pour certifier la conscience de la personne, et dès lors pouvoir lui imputer ses actes : « C'est sur cette identité qu'est fondé tout le droit et toute la justice des peines et des récompenses, du bonheur et de la misère, puisque c'est sur cela que chacun est intéressé pour lui-même »⁹¹⁷. Locke replace la personne dans sa conscience d'évoluer dans un univers juridique dans laquelle elle est à la fois intégrée et agissante⁹¹⁸. Le droit pénal en est un parfait écho puisque l'élément moral est indispensable à la constatation de l'infraction⁹¹⁹ : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »⁹²⁰. Jusque dans son étymologie, l'intention exprime la subjectivité, *in tendere* signifiant « entendre de l'intérieur ». L'intention est formée par la rencontre de deux éléments : la volonté et la conscience. Longtemps, elle a été définie comme « la direction de la volonté vers

⁹¹⁶ BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, Ellipses, « Mise au point », 2015, p. 16.

⁹¹⁷ LOCKE (J.), *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, trad. COSTE (P.), Amsterdam, Pierre Mortier, 1735, 3^{ème} éd., p. 271.

⁹¹⁸ La vision rationnelle que John Locke développe de l'imputation pourrait être taxée d'un utilitarisme avant-gardiste, puisqu'il associe conscience, bonheur, et conduite rationnelle. V. LOCKE (J.), *Identité et différence*, *op.cit.*, p. 151 : « C'est uniquement par la conscience que cette personnalité s'étend soi-même au passé, par-delà l'existence présente : par où elle devient soucieuse et comptable des actes passés, elle les avoue, et les impute à soi-même, au même titre et pour les mêmes motifs que les actes présents. Tout ceci repose sur le fait qu'un souci pour son propre bonheur accompagne toujours la conscience de soi ».

⁹¹⁹ BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, « Précis », 2015, 24^{ème} éd., p. 240.

⁹²⁰ Code pénal, art. 121-3. Pour aller plus loin et envisager la distinction entre l'intention coupable et la volonté criminelle, v. BERTHE (M.), *Le rôle de la volonté en droit pénal*, Thèse, Paris 8, 2010, 492 p. L'intention coupable ne pourrait englober l'ensemble de l'élément moral, car l'intention en droit pénal exprimerait conceptuellement une prévisibilité. La volonté, d'un autre côté, constituerait bien le « fondement moral » en matière d'infraction et donc de responsabilité pénale.

l'action ou l'omission incriminée»⁹²¹, avant que vienne s'ajouter le critère de la conscience infractionnelle : « la conscience, chez le coupable, d'enfreindre les prohibitions légales »⁹²². Cette intention, éminemment complexe à rapporter⁹²³, a nécessité de la part de la Cour de cassation une définition générale qui peut appliquée aux affaires relevant de la matière pénale : « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable »⁹²⁴. Un raccourci entre conscience infractionnelle et identité ne doit pas être tracé trop à la hâte, mais il est permis de constater que le droit pénal prend en considération ce qui a longtemps été qualifié d'état des aliénés⁹²⁵. L'aliénation, cet « écrasement du sujet »⁹²⁶, n'est autre que la perte de l'identité, ce qui peut justifier un ajustement des régimes de responsabilité. La personne qui n'est plus elle-même n'est donc plus autant responsable.

226. Fondement de la personnalité juridique. – L'identité, au sens général, est « au fondement de la personnalité juridique »⁹²⁷. Hauriou observait finement que « plus la civilisation progresse, plus la personnalité juridique se rapproche de la personnalité réelle ; ce qu'il y a d'excessif dans sa continuité artificielle s'atténue »⁹²⁸. Rapprocher personnalité juridique et identité personnelle implique d'envisager une symbiose des facettes subjective et objective de l'identité. Pour être concrète et effective⁹²⁹, la personnalité juridique doit être arrimée à l'individu. C'est le premier rôle joué par l'identité civile⁹³⁰, qui permet l'individualisation et de là, l'identification. L'enregistrement de l'identité à l'état civil suit donc de peu l'attribution de la personnalité juridique⁹³¹. La personnalité

⁹²¹ GARRAUD (G.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T.1, Paris, Sirey, 1935, 3^{ème} éd., n° 287.

⁹²² *Ibid.*, n° 290.

⁹²³ LAMBINET (F.) (dir.) et al., *L'élément moral en droit. Une vision transversale*, Limal, Anthémis, 2014, 407 p.

⁹²⁴ V. notamment en matière de travail dissimulé : Cass. crim., 27 septembre 2005 (04-85.558) ; en matière de délits douaniers : Cass. crim., 26 septembre 2001 (01-80.476).

⁹²⁵ V. par exemple, l'article 64 du Code pénal de 1810 : « il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action ».

⁹²⁶ DIET (E.), « Identification et aliénation », *Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe*, 2015/1, n° 64, p. 31.

⁹²⁷ LOISEAU (G.), « L'objectivation de l'identité », *op. cit.*, p. 231.

⁹²⁸ HAURIOU (M.), « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, Janvier-Février 1898, p. 20.

⁹²⁹ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24 : « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs [...] La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique ».

⁹³⁰ Bien que très proches, les notions de personne juridique et d'état civil doivent être distinguées, afin d'éviter une confusion entre une abstraction juridique et les moyens permettant de constater son existence. Pour le dire autrement, ce n'est pas parce que l'officier d'état civil n'a pas encore enregistré l'identité civile d'un nouveau-né que celui-ci n'est pas doté de la personnalité juridique.

⁹³¹ Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York, le 20 novembre 1989, art. 7§1 : « L'enfant est enregistré aussitôt à sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». On relèvera aussi le célèbre article premier de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, selon lequel il n'est pas déraisonnable de déduire

juridique est à la fois une expérience institutionnelle et subjective, donc une abstraction socialement valorisée. Difficile, en effet, de considérer que le fait de pouvoir dire « j'ai le droit » et « vous n'avez pas le droit » n'a aucune conséquence sur le sentiment d'identité. C'est ce qui conduit Xavier Bioy à considérer que « la personne humaine se dévoile dans ses emplois juridiques comme étant un être humain devant être intégré dans la société des personnes. Du point de vue de l'ordre juridique, le principal biais de cette socialisation n'est autre que l'attribution de la personnalité juridique »⁹³². Par conséquent, les instruments internationaux garantissent assez largement le droit d'en être revêtu⁹³³, ou devrait-on dire, « masqué »⁹³⁴. Le doyen Hauriou lui-même affirmait que la personnalité juridique est un élément de la réalité sociale⁹³⁵. La reconnaissance mutuelle de l'individu et du droit passe par l'attribution de la personnalité juridique, qui est un véritable « droit à avoir des droits »⁹³⁶.

227. Les droits subjectifs. – La personne ne peut se développer que dans un environnement qui lui permet de s'épanouir. Son développement, ancré dans son identité, dépend de sa capacité à agir dans son environnement social et juridique. Dans le domaine juridique, la capacité d'agir se manifeste par la titularité de droits subjectifs, c'est-à-dire des prérogatives juridiques individuelles donnant lieu à l'opposabilité d'un droit, à une autre personne ou à tous. D'une façon générale, on peut admettre que le droit subjectif comprend un rapport interne, qui tisse un lien entre le sujet et l'objet du droit, et un rapport externe, qui permet au sujet d'opposer ce lien au tiers. Les définitions et controverses sur la nature des droits subjectifs sont nombreuses. Jellinek voit dans le droit subjectif une « puissance de volonté humaine reconnue et protégée par l'ordre juridique, appliquée à un bien ou à un intérêt »⁹³⁷. Les juristes s'étant longuement opposés sur la nature du droit subjectif

l'égalité de droit dès la naissance grâce à la personnalité juridique : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

⁹³² BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 208.

⁹³³ DUDH, art. 6 et PIDCP, art. 16 : « Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ».

⁹³⁴ HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, Librairie de la société du recueil générale des lois et arrêts, 1899, pp. 148-149 : « La personnalité juridique est comme un masque appliqué sur un visage, mais qui ne le moulerait pas exactement. La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même, elle naît avec l'homme, elle est du premier coup constituée ; elle demeure toujours la même pendant l'existence ; elle soutient sans défaillance, pendant des années, des situations juridiques immuables ; elle veille pendant que l'homme sommeille ; elle reste saine pendant qu'il déraisonne ; parfois elle se perpétue après la mort, puisqu'il y a des successeurs qui sont continuateurs de la personne. Or, dans la réalité des choses, les représentations et les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, tumultueuses, bouleversées par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le droit appliqué à un masque immobile ».

⁹³⁵ HAURIOU (M.), « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *op.cit.*, p. 5. V. en ce sens les analyses de Xavier Bioy sur l'œuvre d'Hauriou : « Hauriou distingue l'individu et la personne, le premier étant selon lui une notion objective, la seconde une notion subjective. Les deux ensemble forment l'homme ou personne humaine. A son tour la personne humaine engendre d'autres personnalités comme la personnalité juridique qu'Hauriou analyse comme point de rattachement des différents droits traduisant les rapports sociaux » (BIOY (X.), « Le droit à la personnalité juridique », *op. cit.*, p. 103).

⁹³⁶ BIOY (X.), « Le droit à la personnalité juridique », *op. cit.*, p. 113.

⁹³⁷ JELLINEK (J.), *System der subjektiven, öffentlichen Rechte*, Mohr, 1905, p. 44, cite et traduit par JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, pp. 45-46.

– intérêt ou volonté⁹³⁸ ? – cette acception peut être considérée comme mixte⁹³⁹. Qu'on l'appelle « pouvoir »⁹⁴⁰, « pouvoir de volonté »⁹⁴¹, « puissance de volonté »⁹⁴² ou « intérêt juridiquement protégé »⁹⁴³, le droit subjectif institue la personne en prenant acte de son « ex-istence »⁹⁴⁴ au sens juridique. Les effets sur la personnalité sociale sont en ce cas majeurs, et on peut envisager que « les droits subjectifs [...] ont comme objectif de contribuer à l'épanouissement de chaque personne *condition sine qua non* de l'épanouissement de l'humanité toute entière »⁹⁴⁵. Il faut bien sûr se garder de toute définition absolutiste des droits subjectifs⁹⁴⁶, ces derniers donnant au sujet la mesure de ses droits mais aussi de sa responsabilité. Ils constituent également un « aiguillon de l'esprit d'initiative et de responsabilité des citoyens »⁹⁴⁷. Nous nous bornerons donc ici à souligner la qualité instituante des droits subjectifs : j'ai le droit, donc je suis.

⁹³⁸ Cette définition marque une position médiane entre la définition volontariste de Windscheid et celle, plus permissive, de Jhering. Windscheid définit en effet les droits subjectifs comme « une puissance de volonté ou un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique » (WINDSCHEID (B.), *Lehrbuch des Pandektenrechts, Tome I*, Francfort, Rütten & Loenig, 1906, 9^e éd., p. 156) quand Jhering est très critique à l'égard de l'individualisme juridique et rejette l'existence d'un moralisme kantien sans substance qui se traduirait par une puissance de volonté. Cela le conduit à définir les droits subjectifs comme « des intérêts juridiquement protégés », et à considérer que « c'est l'utilité et non la volonté qui est la substance des droits » (JHERING (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Tome IV*, Paris, Éd. A. Marecq, 1880, p. 327).

⁹³⁹ Il existe bien d'autres définitions fameuses comme celle de Dabin qui voit dans le droit subjectif une « appartenance-maîtrise » (DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 81-93), ou celle de Roubier, qui envisage les droits subjectifs comme des « prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent d'ailleurs en principe renoncer » (ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. DEROUSSIN (D.), Paris, Dalloz, 2005, p. 72). Pour envisager une théorie des droits subjectifs par le prisme des situations juridiques, v. MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 1948, 183 p. ; pour une approche étrangère, MODERNE (F.), « Sous le signe du subjectivisme juridique (regard sur l'œuvre d'Eduardo García de Enterría) », *RFDA*, Janvier-Février 2004, pp. 101-108.

⁹⁴⁰ SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique*, Paris, Rousseau, 1922, p. 546 et s.

⁹⁴¹ SAVIGNY (F. V. C.), *Traité de droit romain. Tome 1*, Paris, Didot Frères, 1840, p. 7 et s.

⁹⁴² WINDSCHEID (B.), *Lehrbuch des Pandektenrechts, Tome I*, Francfort, Rütten & Loenig, *op. cit.*, p. 156.

⁹⁴³ JHERING (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, *op. cit.*, p. 327.

⁹⁴⁴ Entendu ici au sens premier et fondé sur son étymologie : du latin *ex sistere* qui signifie à la fois « tenir debout » et « être stable », mais aussi « se tenir hors de soi ». Pour aller plus loin sur ce point, v. GILSON (E.), *L'être et l'essence*, Paris, Vrin, « Bibliothèque de textes philosophiques », 2000, 3^e éd., p. 16.

⁹⁴⁵ TZITZIS (S.), « Personne et personnalisme juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 26 (en italique dans le texte).

⁹⁴⁶ De nombreux auteurs fustigent l'égoïsme inhérent aux droits subjectifs, voire doutent de la pertinence fonctionnelle des droits subjectifs. Parmi les principaux auteurs de cette critique, on trouve Bernard Edelman : « Nous connaissons tous cette inflation, proprement stupéfiante, des droits subjectifs et l'exigence fantasmagorique qu'elle supporte : le droit au bonheur, le droit à la culture, le droit au diplôme, le droit de rencontrer l'âme sœur..., que sais-je encore ! » (EDELMAN (B.), « Sujet de droit et technoscience », *La personne en danger*, Paris, PUF, « Doctrine juridique », 1999, p. 405) ; « [...] il y a dans le droit subjectif le ferment d'un narcissisme absolu, la dénégation de toute limite et le désir de soumettre la loi elle-même » (EDELMAN (B.), « Critique de l'humanisme juridique », *La personne en danger*, *op. cit.*, p. 22). Il faut aussi nommer Pierre Legendre : « Chaque individu concède à la loi d'exister et se trouve entraîné vers une position mythique de droit divin » (LEGENDRE (P.), *Leçons. 4 – L'inestimable objet de la transmission : étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1996, p. 359). Michel Villey déplore que « nos contemporains demandent au droit de subvenir aux plaisirs des hommes » (VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 95). Une telle approche se manifeste également chez de plus jeunes auteurs : « l'omniprésence du discours actuel sur l'identité personnelle conduit à une "aggravation" de la logique individualiste à l'œuvre dans nos sociétés et dont le droit s'avère l'un des vecteurs les plus efficaces » (RAUX (C.), « Droit à la connaissance de ses origines et l'identité de la personne », *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 116).

⁹⁴⁷ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 36.

L'attribution de la personnalité juridique, et de façon simultanée de droits subjectifs, n'implique pas seulement une individualisation à des fins de police : elle suppose une capacité d'action, un rôle dans la société⁹⁴⁸. On trouve ici les deux facettes d'une abstraction subséquente à la titularité de droits subjectifs, celle de « sujet de droit ».

2. Personnalisation et subjectivité juridique

228. Identité personnelle et sujet de droit. – La personnalisation est à la racine d'un État de droit. Il s'agit d'un socle des droits et libertés, car « personnifier n'est rien moins que fondamental »⁹⁴⁹. Le terme de sujet de droit est ambigu et doit être distingué de la personnalité juridique, qui est « la reconnaissance des droits subjectifs à un individu »⁹⁵⁰. Passant les différents états de la personnalisation, l'individu est idéalement supposé devenir le sujet de droit autonome⁹⁵¹ en passant par un processus de subjectivation⁹⁵² ; pas seulement le sujet de droit assujéti, mais le sujet de droit de créateur, doté d'une puissance encadrée nommée volonté, traduite par un pouvoir nommé droit subjectif. L'institution du sujet est donc « l'effet d'une réorganisation de la société qui en complexifie la structure » et cette réorganisation « trouve son expression la plus achevée dans le droit subjectif moderne »⁹⁵³. Le bagage subjectiviste apparaît ici, illuminant l'héritage kantien, qui continue de voyager plus ou moins clandestinement au sein de notre ordre juridique. Dans le for intérieur comme dans le droit positif, la personne est une direction, une tension, un devenir perpétuel.

229. Objectivisme et sujet de droit. – Le droit français compose avec un autre héritage : celui des doctrines objectivistes. La doctrine objectiviste, souvent dépeinte sous les traits de Duguit, est profondément hostile à la théorie des droits subjectifs et parfois à l'idée même de personnalité⁹⁵⁴.

⁹⁴⁸ BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *Droits*, 1991, n° 13, p. 94 : « Le sujet serait ainsi le pôle opposé de l'individualité biologique, ou plus exactement son resurgissement au-delà et *via* les relations inter-personnelles. En d'autres termes, l'institution du sujet répondrait à la réapparition sous un mode socialisé et symbolique de l'individu séparé que je n'ai jamais cessé d'être [...] Un développement relativement autonome, une dynamique de l'innovation, l'imputation morale et juridique de la responsabilité de mes actes deviennent alors possibles ».

⁹⁴⁹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁵⁰ GARAPON (A.), « Le sujet de droit », *RIEJ*, n° 31, p. 69.

⁹⁵¹ BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *op. cit.*, p. 95 : « Le sujet n'est rien d'autre que l'individu se pensant et se vivant comme tel, à savoir séparé et valorisé pour lui-même ».

⁹⁵² AÏDAN (G.), « Le concept d'identité psychique en droit », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, *op. cit.*, p. 133 : « L'ordre juridique présuppose la possibilité de différencier les individus entre eux et cette différenciation physique suppose la capacité de l'être vivant à s'individualiser notamment par un processus psychique de subjectivation ».

⁹⁵³ BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *op. cit.*, p. 95.

⁹⁵⁴ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. Tome premier – Le problème de l'État*, Paris, Éd. de Bocard, 1927, p. 24 : « C'est qu'il apparaissait à tous, qu'on le voulût ou non, que le subjectivisme qui pendant des siècles avait suffi à rendre raison de la protection due aux diverses situations juridiques, était impuissant devant les transformations profondes du monde moderne ; c'est que de même que les vieilles hypothèses physiques et physiologiques s'écroulaient devant les phénomènes nouveaux découverts par l'observation, de même le subjectivisme juridique devenait sans force et sans efficacité devant les transformations d'ordre solidariste qui s'accomplissaient de nos jours. Et si je puis ainsi parler, le

Pour les auteurs objectivistes, la recherche de l'utilité publique et de l'intérêt général doit primer la réalité sociale. Au moment de définir la personnalité, on constate alors des associations terminologiques pertinentes mais capables de semer le trouble sans un examen détaillé du lien entre les différents concepts et notions. L'institution de la personne humaine est bien plus un processus qu'un résultat⁹⁵⁵, et observer la personne humaine sans s'intéresser à l'élaboration de ce concept peut conduire à certaines confusions terminologiques. Ainsi en est-il de la définition du sujet de droit dans le *Vocabulaire juridique*, judicieuse et néanmoins agglutinante⁹⁵⁶ : « Personne (physique ou morale) considérée comme support d'un droit subjectif ; titulaire du droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif). *V. personnalité, être humain, personne humaine* »⁹⁵⁷. L'ancienne définition de la capacité juridique donnée par Aubry et Rau tend au même agrégat : les auteurs strasbourgeois en font le synonyme de la personnalité puisqu'il s'agit selon eux de « l'aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations »⁹⁵⁸. Or, personnalité juridique et capacité juridique ne sont pas des notions de même nature, et n'impliquent pas les mêmes conséquences⁹⁵⁹. Le premier exemple qui vient à l'esprit est celui des incapacités, qui disposent bien sûr de la personnalité juridique⁹⁶⁰.

230. Autonomie du sujet de droit. – La personne comme sujet de droit est une singularité, car à la fois autonome et directement reliée aux autres, dans un paradoxe qui s'explique aisément : l'autonomie et la liberté ne peuvent se concevoir que dans un ensemble, dans un humanisme intégral⁹⁶¹. On peut ainsi dire que « la personne individuelle se rapporte à la communauté comme la partie au tout »⁹⁶². Cette symbiose identitaire de l'individu et du sujet de droit ne saurait être mieux illustrée que par René Demogue, qui nous a légué cette formule : « reconnaître que tout homme est sujet de droit, c'est faire pénétrer le droit en sa personne, de sorte qu'il soit sa chose, qu'il soit en lui, qu'il fasse corps avec lui, et par suite ne puisse lui être arraché. C'est, par une image,

passage du subjectivisme à l'objectivisme juridique forme la caractéristique essentielle de l'évolution juridique pendant le premier quart du XX^e siècle ».

⁹⁵⁵ DELASSUS (E.), *De l'individu à la personne*, 2013, p. 11, ressource indexée : « Penser l'homme comme personne s'inscrit dans ce processus libérateur, tant sur le plan juridique que sur le plan moral et éthique ».

⁹⁵⁶ Nous relèverons évidemment que la nature de l'ouvrage, un dictionnaire de la terminologie juridique, offre une possibilité de distinction limitée. De ce fait, aucune position doctrinale équivoque ne saurait être imputée aux auteurs des définitions concernées.

⁹⁵⁷ *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2016, 11^{ème} éd., *V^o Sujet de droit*.

⁹⁵⁸ AUBRY (C.), RAU (C. F.), *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae. Tome 1*, Paris, Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1897, 5^e éd., p. 260. Ils précisent en note 3 que « Certains auteurs désignent également la capacité juridique par le mot *état* » (en italique dans le texte).

⁹⁵⁹ JEAN (S.), « Le mariage de la carpe et du lapin (l'alliance de la personnalité juridique et de la capacité juridique) », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique, op.cit.*, pp. 69-83.

⁹⁶⁰ Il faut évidemment souligner que le régime des incapacités tel que nous le connaissons est nettement postérieur aux écrits d'Aubry et Rau.

⁹⁶¹ MARITAIN (J.), MOUGEL (R.), *Les droits de l'homme*, Paris, Desclée de Brouwer, « Les îles », 1989, p. 23.

⁹⁶² TZITZIS (S.), « Personne et personnalisme juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique, op. cit.*, p. 28.

affirmer l'inviolabilité du droit, l'impossibilité pour la société d'y porter atteinte ; c'est pour tout dire, faire œuvre individualiste »⁹⁶³.

231. Les rapports intersubjectifs. – Carbonnier, à son tour, a rappelé que la subjectivisation était un moyen de réalisation du droit, en ce qu'elle sécurise les rapports de pouvoir du sujet vis-à-vis de l'institution centrale et vis-à-vis des autres sujets de droit⁹⁶⁴. Procédant d'une reconnaissance mutuelle, les droits subjectifs participent à la confirmation de l'identité personnelle de chacun, ce qui permet d'assurer le libre développement des personnalités. La dimension sociologique – voire anthropologique – du droit prend alors toute sa mesure : « La personne, en tant que substance [...] n'est pas dans l'individu comme un accident dans un sujet d'inhérence, elle est au contraire elle-même sujet. Les relations (y compris juridiques) que les individus nouent entre eux ne sont plus des accidents »⁹⁶⁵.

La dimension formelle de l'identité se manifeste par une identification civile. Cela étant, le droit institue la personne en tant que relation, en tant que rencontre. Notre définition de l'identité nous conduit ici à admettre qu'il existe une assise biographique de l'identité, c'est-à-dire une identification à soi-même par le récit que constitue l'état civil.

B. L'assise biographique de l'identité personnelle

232. Une expérience subjective de la formalité. – Les caractéristiques *a priori* neutres jouent un rôle essentiel dans la formation de l'identité personnelle, et représentent une étape essentielle dans la quête de l'autonomie du sujet de droit : « plus une personne est autonome et plus elle peut développer son identité [...] Si une personne n'a pas une connaissance complète de son expérience et de son histoire, elle ne sera pas en mesure d'apprécier ou d'être totalement consciente de son identité personnelle et ainsi ne pourra pas être en mesure de profiter d'une pleine autonomie personnelle »⁹⁶⁶. En cela, l'individu dispose d'un véritable droit à une identité enracinée (1.), et par corollaire, d'un droit à une identification personnalisée (2.).

⁹⁶³ DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 336.

⁹⁶⁴ CARBONNIER (J.), « Théorie sociologique du droit subjectif », *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^{ème} éd., p. 197 : « La subjectivisation est, pour le droit, un moyen de s'accomplir plus parfaitement en disposant, autour de la norme, d'innombrables avertisseurs, très sensibles, prêts à se déclencher à la moindre transgression. C'est une vérité d'expérience que l'homme s'affranchit d'un cœur plus léger des lois et règlements, s'il peut se persuader que, ce faisant, il ne lèse personne. Et ne léser personne, c'est ne léser personne vivante, souffrante, clamante - personne physique ».

⁹⁶⁵ DEROUSSIN (D.), « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, « Actes », 2015, p. 17.

⁹⁶⁶ KOFFEMAN (N.), (*The right to*) *personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights*, Leiden University, 2010, p. 41. Ressource en ligne.

1. Le droit à une identité enracinée

233. Ontologie formelle. – Le droit protège le noyau solide de la personne, son ancrage dans un récit vécu, dans une biographie minimale qui lui assure un socle pour ériger son identité. C'est le cas notamment du droit à connaître ses origines biologiques, qui répond individuellement à la première question existentielle, « d'où viens-je ? ». Des conflits juridiques naissent logiquement : d'un côté la possibilité pour une femme d'accoucher sous X ou encore la protection de l'anonymat des parents biologiques en cas d'adoption permet de ne pas établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant ; de l'autre côté, le droit à une filiation et par extension le droit à connaître ses origines serait un pan essentiel du développement de l'identité sociale, à savoir la personnalité. Pour ne rien simplifier, la Convention de New York sur les droits de l'enfant assure « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »⁹⁶⁷. On comprend que « la mesure du possible » implique, juridiquement, une délicate balance des intérêts en présence.

234. Droits de l'homme et ontologie. – Un droit à l'identité a été dégagé de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui garantit le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale⁹⁶⁸. Il est tentant de parler « des identités au pluriel »⁹⁶⁹, puisque l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne de nombreuses formulations : identité personnelle, identité sexuelle, identité d'être humain, et d'autres encore. Vouloir systématiser arbitrairement la jurisprudence de la Cour sous la bannière de l'identité personnelle paraît certes inadéquat, mais il n'est pas inconvenant de parler d'une protection singulière des différents aspects de l'identité. En effet, toutes les facettes en sont protégées par l'article 8 de la Convention, réunies depuis le début des années 2000 sous l'égide d'un droit à l'autonomie personnelle⁹⁷⁰. Il faut ici rappeler le caractère instituant de l'autonomie personnelle, « qui permet à chacun de revendiquer les éléments essentiels de son identité personnelle, afin qu'ils soient reconnus »⁹⁷¹. Toutes ces identités sont en fait les éléments d'une seule identité : celle de la personne humaine, sujet des droits fondamentaux. Devant la Cour européenne de Strasbourg, est identité personnelle ce qui permet de se sentir intégré à l'humanité. Dans une opinion concordante jointe à l'arrêt *Malone*⁹⁷², le juge Pettiti avait extrait de

⁹⁶⁷ Convention relative aux droits de l'enfant, art. 7§1 : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

⁹⁶⁸ La Cour européenne oscille entre « vie privée » et « vie familiale » pour dégager ce droit à l'identité.

⁹⁶⁹ MARGUENAUD (J.-P.), « La dimension européenne de l'identité », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, op.cit., p. 106.

⁹⁷⁰ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02 ; Cour EDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95.

⁹⁷¹ HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, « Droits de la convention européenne des droits de l'homme », 2015, p. 848.

⁹⁷² Cour EDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79 : *GACEDH*, n° 41.

l'espèce une problématique alors en pleine croissance, qu'il soulevait en cette année 1984⁹⁷³ : « l'homme de nos jours a besoin de voir préserver son identité, de refuser la transparence complète de la Société, de garder le secret de sa personnalité ». C'est la première fois que l'identité est évoquée dans un arrêt de la Cour, fut-ce dans une opinion séparée. La juridiction strasbourgeoise mentionne l'existence d'une « identité sexuelle » dans l'arrêt *Rees*⁹⁷⁴, mais n'en tire aucune conclusion et ne constate aucune violation de l'article 8. C'est dans l'affaire *Gaskin* que Commission et Cour européennes s'accordent à constater l'existence d'une protection effective de « l'identité d'être humain », voire d'une « identité fondamentale »⁹⁷⁵. Dans l'arrêt *Bensäid*⁹⁷⁶, la Cour affirme explicitement le lien entre droit à l'identité et droit à l'épanouissement personnel. A l'issue d'un intéressant syllogisme, la Cour relève tout d'abord que l'éloignement du territoire constitue une ingérence dans le droit du requérant de nouer et développer des relations avec ses semblables ; le requérant étant atteint de schizophrénie, une telle coupure menacerait particulièrement son intégrité mentale, protégée par l'article 8 de la Convention. La Cour considère donc que l'exécution de la mesure d'éloignement visant le requérant aurait pour effet de le couper des derniers liens qui lui permettent de s'arrimer à une identité personnelle et sociale particulièrement précaire. Le juge strasbourgeois rappelle qu'il a dégagé un « droit de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »⁹⁷⁷ et lui lie opportunément ce droit à une « sauvegarde de la stabilité mentale » qui constitue un « préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée »⁹⁷⁸.

235. Filiation et droit à la connaissance de ses origines. – C'est en premier lieu sur la question de la filiation que la Cour a construit un droit à l'identité, puisqu' « un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation »⁹⁷⁹. La Commission européenne des droits de l'homme, à l'occasion de l'affaire *Gaskin*, déclare dans son rapport que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain »⁹⁸⁰. Pour parvenir

⁹⁷³ La cocasserie d'une audience relative à une affaire d'écoute téléphonique en 1984 n'échappe pas au juge Pettiti, qui fait explicitement référence à l'œuvre de Georges Orwell dans son opinion séparée.

⁹⁷⁴ Cour EDH, Plén., 10 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81.

⁹⁷⁵ Com. EDH, rapp., 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, Rapport n° 31, § 89 ; Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, § 39.

⁹⁷⁶ Cour EDH, 6 février 2001, *Bensäid c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98 : *JCP G*, 2001, 1559, chron. F. SUDRE.

⁹⁷⁷ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13710/88, § 29.

⁹⁷⁸ Cour EDH, 6 février 2001, *Bensäid c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98, § 47 : « Il faut voir dans la santé mentale aussi une partie essentielle de la vie privée relevant de l'intégrité morale. L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur [...] La sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée ».

⁹⁷⁹ Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, req. n° 65941/11, § 59.

⁹⁸⁰ Com. EDH, rapp., 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, Rapport n° 31, § 89. Disponible uniquement anglais. Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : « Respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings ».

à cette assertion, la Commission s'appuie sur l'arrêt *Leander*⁹⁸¹, socle de la protection des données à caractère personnel (§ 86). La Cour acquiesce dans l'arrêt du 7 juillet 1989⁹⁸² et reconnaît la nature essentielle des informations en cause, à savoir pour le requérant « l'unique trace cohérente de sa petite enfance et de ses années de formation », qui touchent à « [son] identité fondamentale »⁹⁸³. Il s'agit là de l'apparition de l'identité dans la jurisprudence des juges européens de Strasbourg. En 2002, l'arrêt *Mikulić*⁹⁸⁴ marque un nouveau temps dans la construction d'un « droit à l'identité ». Cette affaire met en balance le droit à connaître ses origines avec le droit de ne pas se soumettre à des analyses ADN, à des fins d'établissement d'un lien de paternité⁹⁸⁵. La Cour estime que « la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu » (§ 53). S'appuyant sur l'arrêt *Gaskin*, elle ajoute que « le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité » (§ 54). Cela justifie dans des situations particulières – la présence d'un « intérêt vital » – l'obtention d'informations « indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »⁹⁸⁶. Un an plus tard, l'arrêt *Odièvre*⁹⁸⁷ met en scène le conflit direct entre le droit d'accès à ses origines – « droit de savoir » – et la protection de l'anonymat de la mère ayant accouché sous X – « droit à la non divulgation »⁹⁸⁸. La confrontation entre « deux autonomies de la volonté »⁹⁸⁹ illustre la tension entre deux protections différentes de la vie privée : celle de la mère qui ne souhaite pas que son choix de vie soit remis en question, et celle de l'enfant qui souhaite connaître ses origines⁹⁹⁰. Une limite sera donc tracée par la Cour dans le « droit à l'identité », aux termes d'un raisonnement contesté et d'une formation de jugement divisée : le juge européen n'a pas conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, considérant que la loi du 22 janvier 2002⁹⁹¹ adoptée au cours de la procédure offrait des garanties suffisantes et

⁹⁸¹ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81 : *JDI*, 1988, 858, obs. P. ROLLAND.

⁹⁸² Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83 : *JDI*, 1990, chron. P. TAVERNIER ; *RTDH*, 1990, p. 361, obs. P. LAMBERT.

⁹⁸³ *Ibid.*, § 39.

⁹⁸⁴ Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulić c. Croatie*, req. n° 53176/99 : *RTD Civ.*, 2002, 866, note J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G*, 2002, I, 157, chron. F. SUDRE.

⁹⁸⁵ V. également Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c. Suisse*, req. n° 58757/00. Le requérant souhaitait un prélèvement ADN sur une personne décédée et inhumée, qu'il présumait être son père.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, § 64. La mère de la requérante souhaitait que soit allouée une pension alimentaire à sa fille une fois la paternité établie. Précisons que la requérante est née en novembre 1996 et n'avait que 5 ans au moment de l'audience au Palais des droits de l'homme.

⁹⁸⁷ Cour EDH, GC, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98. *JCP G*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD Civ.*, 2003, 276, obs. J. HAUSER ; *JCP G*, 2003, I, 120, étude Ph. MALAURIE ; *RTD Civ.*, 2003, 375, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTDH*, 2004, 405, obs. V. BONNET.

⁹⁸⁸ *JCP G*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, § 78 : « La Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et un enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté ».

⁹⁹⁰ V. également Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godello c. Italie*, req. n° 33783/09.

⁹⁹¹ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

qu'en matière d'accès aux origines les Etats contractants disposaient d'une certaine marge d'appréciation⁹⁹². La Cour s'est prononcée récemment en faveur d'un droit à l'identité personnelle pesant lourd dans la balance des intérêts, avec les arrêts *Labassée*⁹⁹³ et *Mennesson*⁹⁹⁴. On trouvait ici une délicate question éthique et de société : l'établissement d'une filiation à la suite d'une gestation pour autrui effectuée à l'étranger. Rappelant clairement, s'il en était besoin, « qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation »⁹⁹⁵, la Cour avance un « principe essentiel » selon lequel « chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer »⁹⁹⁶.

236. En France, le Conseil constitutionnel a eu diverses occasions de reconnaître un droit à la connaissance de ses origines ou d'en étayer le fondement juridique. Il a notamment été amené à se prononcer sur la compatibilité de l'article 16-11 alinéa 5 du Code civil, disposant que « sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort », avec le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui prévoit que « [l]a Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Le Conseil s'est montré prudent et s'est fondé sur l'article 2 de la DDHC ainsi que sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946, qui doivent s'interpréter comme protégeant notamment respectivement la vie privée et la vie familiale⁹⁹⁷. Ce raisonnement a été reconduit dans une décision QPC relative à l'accès aux origines personnelles, et plus précisément à la demande de levée du secret de l'identité de la mère ayant accouché sous X⁹⁹⁸. Il n'est donc nullement question de l'identité, et *a fortiori* de l'identité personnelle. C'est pourtant sur ce fondement que la Cour européenne a constaté à l'unanimité la violation de l'article 8 dans l'arrêt *Pascaud*⁹⁹⁹, qui concernait une annulation de reconnaissance en paternité à la suite d'une entorse procédurale¹⁰⁰⁰. La Cour de

⁹⁹² Cour EDH, GC, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98, § 47.

⁹⁹³ Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, req. n° 65941/11.

⁹⁹⁴ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11.

⁹⁹⁵ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11, § 59 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, req. n° 65941/11, § 80.

⁹⁹⁶ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11, § 84.

⁹⁹⁷ CC, Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation]*, cons. 4 et 7. V. BIOY (X.), « Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation », *Constitutions*, Janvier-Mars 2012, 2012/1, pp. 138-139 ; SIFFREIN-BLANC (C.), « L'expertise génétique post mortem : le Conseil refuse de déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 16-11 du Code civil », *RFDC*, Avril 2012, n° 90, pp. 408-412.

⁹⁹⁸ CC, Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *Mathieu E. [Accès aux origines personnelles]*. V. ROMAN (D.), « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *Revue de droit sanitaire et social*, juillet-août 2012, n° 4, pp. 750-756 ; NEIRINCK (C.), « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant », *Droit de la famille*, juillet-août 2012, n° 7-8, pp. 25-27.

⁹⁹⁹ Cour EDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, req. n° 19535/08 ; *JCP*, 2011, Actu. 797, obs. L. MARINO.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, § 65 : « En effet, en annulant post-mortem l'expertise génétique et en refusant de reconnaître et d'établir la paternité biologique du requérant, la cour d'appel a donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au

cassation a pris la mesure de l'injonction et admet désormais une exception à l'interdiction de l'exhumation non consentie : une expertise *post-mortem* pour établissement de la filiation peut être pratiquée dans une affaire où les ayants droit du défunt sont mis en cause¹⁰⁰¹. Il convient de préciser que la haute juridiction judiciaire a rendu sa décision au visa de l'article 8 de la Convention européenne, ce qui peut s'interpréter comme une porte ouverte à la consécration d'un droit à l'identité, et plus précisément de la protection d'un volet de l'identité personnelle : celui de l'enracinement de la personnalité dans la connaissance des origines biologiques.

237. Le droit à une nationalité. – Différents instruments internationaux garantissent l'attribution d'une nationalité, principalement pour éviter les discriminations¹⁰⁰². L'appartenance à une communauté nationale est fondatrice pour la personne, fondamentale dans l'accès formel au droit¹⁰⁰³. Permettant l'accès à des droits supplémentaires accordés aux nationaux, un tel rattachement est donc également une fixation robuste de l'identité personnelle. L'ordre juridique français se montre particulièrement prudent vis-à-vis de cette association, contrairement aux deux juges européens¹⁰⁰⁴. Le Conseil d'État a lui-même interprété la Convention dans une décision *Omar X*.¹⁰⁰⁵, affirmant que le droit pour un étranger « d'acquérir la nationalité d'un Etat signataire de la Convention européenne et de la conserver n'est pas au nombre des droits et libertés reconnus par celle-ci ». La requête de monsieur X., tendant à l'annulation d'un décret prononçant sa déchéance de nationalité en vertu de l'article 25 du Code civil, fut donc rejetée. La Cour européenne des droits de l'Homme considère la nationalité comme un second élément fondateur de l'identité, en sus de la filiation¹⁰⁰⁶. Elle indique dans l'arrêt *Genovese*¹⁰⁰⁷ que même en l'absence d'une vie familiale, « un refus catégorique d'octroyer la nationalité peut poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la

droit du requérant à connaître ses origines et à les voir reconnues, droit qui ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire ».

¹⁰⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2014 (13-21.018)

¹⁰⁰² DUDH, art. 15§1, PIDCP, art. 24§3, Convention relative aux droits de l'enfant, art. 7§1 : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

¹⁰⁰³ Sur ce point, v. CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, EU:C:2010:104, pt. 46 : « Il appartient à la Cour de se prononcer sur les questions [...] qui concernent les conditions dans lesquelles un citoyen de l'Union peut, du fait de la perte de sa nationalité, perdre cette qualité de citoyen de l'Union et, dès lors, être privé des droits qui y sont attachés ».

¹⁰⁰⁴ CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, EU:C:2011:124. V. AZOULAI (L.), « Le sujet des libertés de circuler », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.) (dir.), *L'unité des libertés de circulation. in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2013, p. 408 : « La perte de la capacité d'agir sur un plan transnational, en tant que citoyen européen [...] ne se limite pas à la perte de droits. Ce qui est en cause, c'est la perte d'une identité personnelle qui est stabilisée dans deux sphères essentielles de la vie : le travail et la vie familiale. Voilà ce que la Cour désigne sous le concept indéterminé de "citoyen de l'Union" ».

¹⁰⁰⁵ CE, 18 juin 2003, *Omar X*, n° 251299.

¹⁰⁰⁶ Pour aller plus loin, v. HERVIEU (N.), « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, Septembre 2014, disponible en ligne.

¹⁰⁰⁷ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, req. n° 53124/09.

Convention en raison de ses conséquences sur la vie privée de l'individu, laquelle est un concept suffisamment large pour englober tous les aspects de l'identité sociale d'une personne »¹⁰⁰⁸ (§ 33). Le Conseil constitutionnel n'envisage pas expressément la nationalité comme un élément de l'identité, mais renvoie à l'état des personnes et donc au domaine de la loi¹⁰⁰⁹.

Différents éléments permettent d'établir le lien direct entre une identité stabilisée et la stabilité psychique de la personne (particulièrement celle de l'enfant). Si l'on affirme que les racines de l'identité doivent être préservées, il faut s'intéresser à la relation de la personne avec ses identifiants formels, autres éléments que l'on retrouve dans l'identité civile.

2. Le droit à une identification personnalisée

238. Une assise de la singularité. – L'individualisation juridique répond en partie à la crainte d'une identification purement massive, communautaire. Elle est paradoxalement le socle de l'interdiction de la discrimination des personnes. Prendre les personnes par grappes, par groupes, est la marque d'un régime totalisant, la tentative d'un gouvernement de la masse, niant les identités individuelles¹⁰¹⁰. L'identité juridique des personnes peut donc être oppressive si elle n'est pas personnalisée¹⁰¹¹ ; il est question de valeur de la personne humaine, de sa dignité¹⁰¹². Cette identification personnelle est logiquement centrale dans l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers, prévue notamment par le protocole additionnel n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰¹³. Nier la singularité et refuser une étude au cas par cas revient à nier l'humanité, l'unicité collective de l'être humain. Cette observation éclaire la situation particulière de l'étranger,

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, § 30 (en anglais uniquement) : « Even in the absence of family life, the denial of citizenship may raise an issue under article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person's social identity ».

¹⁰⁰⁹ CC, décision n° 64-30 L du 17 septembre 1964, *Nature juridique de l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1036 du 23 décembre 1958 portant modification du régime de l'adoption et de la légitimation adoptive (art 357, 2ème alinéa, 3ème phrase, du Code civil)* ; CC, décision n° 86-145 L du 19 mars 1986, *Nature juridique de certaines dispositions du code de la nationalité* : RDP 1989, p. 399, note L. FAVOREU L.

¹⁰¹⁰ ORTEGA Y GASSET (J.), *La révolte des masses*, trad. PARROT (L.), Paris, Les belles lettres, « Bibliothèque classique de la liberté », 2010, 350 p.

¹⁰¹¹ FABRE (P.), « Identité juridique des Juifs », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine, op. cit.*, p. 140 : « Normes conçues pour l'oppression, édictées dans le de but de nuire à leurs destinataires, elles devaient pourtant déterminer, ainsi que n'importe quelles règles juridiques, le champ de leur application : les Juifs ».

¹⁰¹² TZITZIS (S.), « Personne et personnalisme juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique, op.cit.*, p. 29 : « Tout commence par la finitude de l'homme et se termine avec cette finitude. L'homme possède une valeur et une dignité en tant que personne ».

¹⁰¹³ Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art. 4, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention : « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ».

potentiellement vulnérable un raison d'un ensemble de facteurs cumulables¹⁰¹⁴ : situation d'exil, précarité sociale, méconnaissance de la langue, méconnaissance des normes sociales, etc.

239. Identité personnelle et état civil. – L'individualisation juridique relève en principe de la sphère de l'identité formelle, dont les éléments peuvent être considérés comme des données objectives et figées : le nom, le sexe, la filiation. En réalité, l'identité au sens essentialiste se fonde grandement sur cette assise formelle. Par la création de repères qui permettent à l'individu de s'identifier à lui-même, le droit l'aide à se reconnaître et l'institue en tant que personne : « Intuitivement, chacun perçoit que l'attribution d'un nom, d'un prénom, et plus généralement d'un ensemble d'éléments stables d'identification, jouent un rôle décisif dans la constitution du sentiment d'identité »¹⁰¹⁵. Plus encore, cela incite la personne à ne pas sombrer dans l'oubli et la négation, soit le plus puissant trouble de l'identité¹⁰¹⁶. À ces fins, l'état civil est un enregistrement, une sauvegarde de l'individu, et plus profondément, un enracinement juridique et biographique de la personne humaine : elle peut ainsi se désigner elle-même et exiger qu'on la désigne de cette même façon. L'individualisation cède alors progressivement sa place à la personnalisation. Ce fonctionnement est mutuellement arrangeant, car indispensable aux pouvoirs publics pour identifier une personne¹⁰¹⁷. État civil et personnalité juridique ne sont donc pas synonymes mais associés. On comprend, pragmatiquement, que l'impossibilité de faire valoir une identité formelle rend plus que complexe les démarches relevant de la jouissance d'un droit subjectif¹⁰¹⁸ : impossibilité d'être identifié par un service public, de fournir un nom au greffe d'un tribunal, de répondre aux sollicitations policières (contrôles d'identité) ou de s'en défendre¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁴ Pour aller plus loin, v. notamment RICŒUR (P.), « La condition d'étranger », *Esprit*, Mars-Avril 2006, pp. 264-275 ; LOCHAK (D.), *Étrangers, de quel droit ?*, Paris, PUF, « Politique d'aujourd'hui », 1985, 256 p. ; KOZAKAI (T.), *L'étranger, l'identité. Essai sur l'intégration culturelle*, Paris, Payot & Rivages, « Bibliothèque scientifique », 2000, 217 p.

¹⁰¹⁵ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 13.

¹⁰¹⁶ PRADEU (T.), BUSER (P.) et al., *L'identité ? Soi et non-soi, individu et personne*, Paris, PUF, 2006, « Science, histoire et société », 177 p.

¹⁰¹⁷ Tout individu vivant en France doit avoir un état civil, cela relevant d'un intérêt public. V. CA Paris, 3 novembre 1927 : *D.* 1930, 2, 25, note SAVATIER ; CA Paris, 24 février 1977, *Defrénois*, 1978, art 31-590, p. 49 : *D.* 1978, Jur. 168, note MASSIP.

¹⁰¹⁸ MIRABAIL (S.), « Une nouvelle catégorie de marginaux : les êtres humains non identifiés », *D.* 1997, Jurispr., p. 431. Hors d'Europe, on pensera notamment à la situation des enfants nés en Chine en violation de l'ancienne politique de l'enfant unique. Ces enfants, dits « enfants noirs », ne peuvent disposer d'un état civil, notamment du *hukou* (passeport familial). V. parmi de nombreux articles « Chine : les enfants qui n'existaient pas », *LePoint.fr*, 1^{er} novembre 2015, ressource indexée. V. également Cour EDH, GC, *Kuric et autres c. Slovénie*, 26 juin 2012, req. n°26828/06.

¹⁰¹⁹ V. notamment CJCE, GC, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, EU:C:2008:559, pts. 25-28 : « De nombreuses actions de la vie quotidienne, dans le domaine tant public que privé, exigent la preuve de l'identité [...]. [...] Chaque fois que le nom utilisé dans une situation concrète ne correspond pas à celui figurant dans le document présenté à titre de preuve de l'identité d'une personne, notamment en vue soit d'obtenir le bénéfice d'une prestation ou d'un droit quelconque, soit d'établir la réussite à des épreuves ou l'acquisition de capacités, ou que le nom figurant dans deux documents présentés conjointement n'est pas le même, une telle divergence patronymique est susceptible de faire naître des doutes quant à l'identité de cette personne ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés ou à la véracité des données contenues dans ceux-ci ». Pour Loïc Azoulai, « La Cour met en cause une entrave à l'existence et

240. Identité personnelle et nom. – Ce droit à l'identification ne s'arrête pas à la simple attribution d'un caractère alphanumérique qui aurait pour objet d'isoler les individus. Un matricule est objectivement un moyen efficace d'individualisation¹⁰²⁰. Or la réduction d'une personne à un ou plusieurs nombres est une négation de sa qualité. L'identification implique une personnalisation, l'accompagnement vers une possible biographie, une narration de l'identité qui permette à la personne de former et saisir sa spécificité au sein du groupe¹⁰²¹. Pierre Bourdieu s'est intéressé au caractère artificiel et néanmoins biographique du nom, vecteur d'institution de l'individu : « il assure aux individus désignés, par-delà tous les changements et toutes les fluctuations biologiques et sociales, la *constance nominale*, l'identité au sens d'identité à soi-même, de *constantia sibi*, que demande l'ordre social »¹⁰²². Le nom permet à la fois la reconnaissance formelle et la reconnaissance substantielle de la personne. Il permet en outre le rattachement à une famille, tant nucléaire qu'humaine. L'institutionnalisation du nom en tant que référent identitaire primaire en fait un réflexe conditionné de description de soi¹⁰²³, un automatisme tranquillisant en réponse à la seconde question existentielle, « Qui suis-je ? ». Des expériences psychosociales ont démontré qu'à la question « Qui êtes-vous ? », le nom est généralement la première réponse¹⁰²⁴. Il est donc possible d'affirmer, avec le professeur Loiseau, que « Le nom, c'est la personne. Par sa participation à la désignation de l'individu, il en devient l'intime ; évoquant sa personnalité, il est l'un de ses signes les plus tangibles »¹⁰²⁵. Ainsi, le nom est à la fois outil d'identification personnelle et passeport pour les relations avec autrui¹⁰²⁶.

241. Droit au nom. – Au-delà de l'obligation formelle du nom à des fins de police civile, un droit au nom comme assise de l'identité a été garanti par différents instruments juridiques, comme le

à la circulation d'une identité dans l'Union » : AZOULAI (L.), « Le sujet des libertés de circuler », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), *L'unité des libertés de circulation. in varietate concordia ?*, *op.cit.*, p. 405.

¹⁰²⁰ On pensera bien sûr aux tatouages du matricule des déportés juifs dans les camps nazis, mais aussi à la réduction des détenus à leur matricule dans certains États. Pour aller plus loin, v. DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1994, 387 p.

¹⁰²¹ GOBERT (M.), « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP G*, 1980, I, p. 2966.

¹⁰²² BOURDIEU (P.), « L'illusion biographique », *op. cit.*, p. 70 : « Par cette forme tout à fait singulière de *nomination* que constitue le nom propre, se trouve instituée une identité sociale constante et durable qui garantit l'identité de l'individu biologique dans tous les champs possibles où il intervient en tant qu'agent, c'est-à-dire dans toutes ses histoires de vie possibles [...] En tant qu'institution, le nom propre est arraché au temps et à l'espace, et aux variations selon les lieux et les moments : par là, il assure aux individus désignés, par delà tous les changements et toutes les fluctuations biologiques et sociales, la *constance nominale*, l'identité au sens d'identité à soi-même, de *constantia sibi*, que demande l'ordre social ».

¹⁰²³ L'ECUYER (R.), *Le développement du concept de soi de l'enfance à la vieillesse*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1994, 422 p.

¹⁰²⁴ MARC (E.), *Psychologie de l'identité : soi et le groupe*. Paris, Dunod, « Psycho Sup. Psychologie sociale », 2005, 255 p.

¹⁰²⁵ LOISEAU (G.), *Le nom objet d'un contrat*, Paris, LGDJ., 1997, « Bibliothèque droit privé », p. 1.

¹⁰²⁶ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2016, 13^{ème} éd., p. 732.

PIDCP¹⁰²⁷, la Convention de New York¹⁰²⁸, ou encore la CADH¹⁰²⁹. En droit interne, le nom n'est pas explicitement reconnu comme un élément de l'identité personnelle. Le juge constitutionnel français ne considère pas le nom au-delà son caractère formel d'identifiant¹⁰³⁰, contrairement à son homologue italien qui y voit « l'élément le plus immédiat et qui vient en premier pour caractériser l'identité personnelle »¹⁰³¹. Les juges européens de Strasbourg considèrent que le droit au nom doit être englobé dans le droit au respect de la vie privée¹⁰³², l'État ayant en la matière une obligation de prendre en considération ce nom afin de respecter l'identité de la personne jusque dans ses relations sociales. Du côté de Luxembourg en revanche, c'est en tant qu'entrave aux libertés de circulation que la Cour de Justice considère certaines réglementations nationales relatives au nom de famille comme contraires au droit de l'Union¹⁰³³.

242. Droit au prénom. – Par extension, un droit au prénom a pu être dégagé, mais concernant plutôt le choix de ce dernier. L'utilité du prénom est très relative en matière juridique¹⁰³⁴, offrant principalement des perspectives symboliques¹⁰³⁵. Son caractère extra-juridique est plus couramment admis : il permet la création d'un lien psychologique entre parents et enfant, puis d'un rapport particulier de l'enfant à lui-même¹⁰³⁶. Ce rapport personnel au prénom peut perdurer à l'âge adulte, ce qui pourra entraîner des demandes de changement. En tant que particulièrement individualisant au sein d'un groupe, il peut être « une façon pour les hommes de manifester leur personnalité »¹⁰³⁷.

¹⁰²⁷ PIDCP, art. 24§2 : « Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom ».

¹⁰²⁸ Convention relative aux droits de l'enfant, art. 7§1 et art. 8 : « 1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. 2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible ».

¹⁰²⁹ Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 18 : « Toute personne a droit à un prénom propre et aux noms de ses parents ou de l'un d'entre eux ».

¹⁰³⁰ CC, décision n° 90-283 du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 17 : « [...] le nom de famille pris en tant qu'élément d'individualisation et d'identification d'une personne physique ».

¹⁰³¹ Cour constitutionnelle de la République italienne, 3 février 1994, n° 13/1994, cons. 5.1. V. BON (P.), MAUS (D.) (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, « Grands arrêts », 2008, n° 55, pp. 256-258.

¹⁰³² Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, § 24 : « En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci ». V. MARGUENAUD (J.-P.), « L'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le nom patronymique ; Note sous Cour Européenne des Droits de l'Homme, 22 février 1994 », *D.*, 5 janvier 1995, n° 1, pp. 5-9.

¹⁰³³ CJCE, 3 octobre 2003, *Garzia Avello*, aff. C-148/02, EU:C:2003:539, pt. 36 : « [Une] situation [imposée] de diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre État membre dont ils possèdent également la nationalité ».

¹⁰³⁴ V. ISLE (D^e) (M.-C.), *Le prénom*, Thèse Bordeaux I, 1983, 1031 p.

¹⁰³⁵ ZITTOUN (T.), *Engendrement symboliques. Devenir parent : le choix du prénom*, Thèse Lettres, Université Neuchâtel, 2001, 320 p.

¹⁰³⁶ OFFROY (J.-G.), *On nomme un enfant. Choix du prénom et projet parental*, Thèse dactylographiée en psychologie, Paris 7 Diderot, 1991, 481 p.

¹⁰³⁷ SEVENO (J.), *Le prénom*, Thèse univ. Rennes, 1955, p. 4.

La Cour européenne a choisi de tisser un lien entre cet identifiant attribué à l'enfant et le droit au respect de la vie privée dans un arrêt *Guillot*¹⁰³⁸. Elle tempère toutefois son raisonnement en lui choisissant un fondement consensuel : si le choix du prénom de l'enfant « revêt un caractère intime et affectif », c'est au nom de la protection de la « sphère privée des parents » (§ 22).

Une fois encore, l'identification n'est pas seulement un intérêt public. Elle permet aussi la mise en œuvre de la capacité juridique¹⁰³⁹, qui donne lieu à une reconnaissance de soi et de son rôle sur la scène juridique comme sociale. Les deux sont inextricablement liées : la scène juridique n'existe que pour accueillir et réguler les relations interpersonnelles. Hypothétiquement, on pourrait imaginer une identification des personnes qui ne soit assortie d'aucune prérogative juridique pour les intéressés. Ce serait la marque d'un État totalitaire, admettant l'existence d'une population mais n'ayant pas de considération pour les personnes. L'avènement d'un État de droit nécessite des possibilités juridiques d'action, dans le sens des avertissements d'Hannah Arendt : « Le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l'Homme la personne juridique »¹⁰⁴⁰. Une fois la personne juridique fondée, il lui est possible de maintenir sa personnalité dans le temps, et de l'affirmer. L'unité de l'identité commande de devenir soi, mais aussi de le rester. La personne est alors juridiquement actrice de sa propre identité.

§ 2 – L'affirmation de l'identité : la personne juridiquement actrice

243. Vers une identité maîtrisée ? – L'un des débats les plus animés parmi les juristes est celui de la portée de la volonté de la personne, et de son influence sur la qualification juridique¹⁰⁴¹. Admettre l'existence juridique de l'identité personnelle est un pas vers l'identité vécue comme devenant un intérêt protégé. Cela revient à admettre que la personne n'est pas que donnée, elle est aussi construite¹⁰⁴². Est-ce alors trop pousser le subjectivisme juridique que de considérer

¹⁰³⁸ Cour EDH, 24 octobre 1996, *Guillot c. France*, req. n° 15774/89. Les requérants avançaient en l'espèce un décalage né du refus de l'attribution du prénom « Fleur de Marie » à l'état civil, et l'utilisation quotidienne dudit prénom pour désigner l'enfant, qui était « socialement identifiée comme telle » (§ 27).

¹⁰³⁹ NEIRINCK (C.), « La personnalité juridique et le corps », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique, op. cit.*, p. 59 : « La qualité juridique de sujet de droit est reconnue à tout être humain vivant et autonome, susceptible d'agir comme acteur juridique ».

¹⁰⁴⁰ ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme*, Paris, Seuil, 1972, p. 185.

¹⁰⁴¹ V. en premier lieu TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 614 p.

¹⁰⁴² BOURDIEU (P.), « L'illusion biographique », *op. cit.*, p. 72 : « La distinction entre l'individu concret et l'individu construit, l'agent efficient, se double de la distinction entre l'agent, efficient dans un champ, et la personnalité, comme individualité biologique socialement instituée par la nomination et porteuse de propriétés et de pouvoirs qui lui assurent (en certains cas) une surface sociale, c'est-à-dire la capacité d'exister comme agent en différents champs ».

que la personne a des droits sur sa propre identité¹⁰⁴³ ? La notion d'identité personnelle, bien que présente et majoritairement admise dans la plupart des ordres juridiques européens et par la Cour européenne des droits de l'Homme, semble condamnée à entrer en contrebande dans le droit français. Un ordre juridique qui reconnaît l'identité personnelle prend ainsi « en considération l'identité psychique du sujet et lui donne une existence légale, une reconnaissance symbolique forte » ; le droit est alors une « puissance d'affirmation institutionnelle »¹⁰⁴⁴. La possibilité d'agir sur sa propre identité doit bien entendue être circonscrite à ce qui relève de la constitution fondamentale de l'identité, c'est-à-dire à la fundamentalité juridique elle-même. Il appartient alors opportunément au juge de considérer ce qui appartient au développement de la personnalité, en ayant à l'esprit que « La personnalité a pour fonction essentielle d'assurer à chaque sujet de droit une identité qui lui est spécifique, en combinant [...] des considérations biologiques et juridiques »¹⁰⁴⁵. Le lien entre identité et personnalité, qui donne l'identité personnelle, est alors inextricablement lié à l'interprétation que le juge donne au champ du droit au respect de la vie privée. Ce droit est la matrice, tant européenne que française, qui permet l'apparition d'un droit à l'identité.

244. Identité intime et identité sociale. – Les deux volets que sont l'intimité et la sociabilité de la vie privée ne sont pas sans rappeler l'intériorité et l'altérité de l'identité. Bien que les professeurs Marguénaud et Sudre ne lient pas identité et vie privée, ils relèvent tous deux les apparitions de « la vie privée personnelle mais aussi ce que l'on pourrait dénommer la vie privée sociale »¹⁰⁴⁶ ainsi que la « mutation de “vie privée-intimité” en “vie privée-liberté”¹⁰⁴⁷. Il y a donc deux temps dans l'affirmation juridique de l'identité : l'affirmation des choix portant sur l'identité intime (A.) et la possibilité d'exporter ces choix dans la sphère publique, c'est-à-dire sous un angle social (B.). Ces deux facettes de l'identité personnelle sont en réalité inséparables dans le vécu de la personne, mais correspondent à deux domaines de la reconnaissance juridique des choix personnels.

¹⁰⁴³ DEROUSSIN (D.), « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (F.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, op. cit., p. 23 : « L'identité individuelle, même en droit, semble ne plus pouvoir être pensée sans sa relation avec la volonté ».

¹⁰⁴⁴ MARIN (C.), « L'identité psychique et son vacillement », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., p. 285.

¹⁰⁴⁵ NEIRINCK (C.), « La personnalité juridique et le corps », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », p. 65.

¹⁰⁴⁶ MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz-Sirey, « Connaissance du droit », 2010, 5^e éd., p. 71.

¹⁰⁴⁷ SUDRE (F.), « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, « Famille & droit », 2009, p. 16 ; SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 697 et s.

245. Personnalisation du nom et du genre. – La question de l'identité personnelle est une question d'adéquation entre l'identité objective voulue par l'État et l'identité subjective vécue par la personne. « L'unité de la personne dans le temps peut amener le droit à reconnaître publiquement des choix privés. La forme ultime de cette reconnaissance demeure l'institutionnalisation, c'est-à-dire doter des comportements jusque-là « a-juridiques » d'un statut qui en fixe les modalités et les limites »¹⁰⁴⁸. À partir de ce moment, un conflit incontournable se dévoile : l'identité personnelle face au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. On peut donc envisager la portée de la volonté individuelle sur le nom de la personne (1.) et sur le genre de la personne (2.).

1. La personnalisation du nom de la personne

246. Identité nominative et changement de nom. – Le changement de nom peut être accueilli pour différents motifs ayant trait à la personnalité : nom moqué, francisation, subsistance d'un nom de famille. La procédure française de changement de nom pour motif légitime implique une publication préalable de la demande – afin qu'un tiers puisse s'y opposer – et l'envoi de la requête au Garde des Sceaux¹⁰⁴⁹. En cas de rejet de la requête par le ministère de la Justice, le juge administratif est compétent pour connaître de ces changements de nom. Pour Daniel Gutmann, le changement de nom est « utilisé au soutien d'une stratégie d'image que le droit contemporain accueille assez généreusement »¹⁰⁵⁰. Ladite stratégie d'image correspond à une tentative d'unification de l'identité, par la propension narrative du nom. Un attachement personnel et familial particulier à un nom peut être considéré comme un motif légitime de changement de nom lorsque ce dernier est éteint ou risque de s'éteindre¹⁰⁵¹. L'intérêt doit présenter une légitimité élevée, caractérisée par la survenance d'un désagrément identitaire important. Par exemple, solliciter l'octroi d'un nom à consonance judaïque pour se rapprocher de ses convictions religieuses ne constitue pas un motif légitime¹⁰⁵². La Cour européenne est sensible au rapport particulier que la personne peut avoir à son nom, considérant que ce dernier est primordial dans l'assise d'une identité stable et qu'il appartient, « en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société », au « noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée

¹⁰⁴⁸ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, Janvier 2006, n° 65, p. 87.

¹⁰⁴⁹ Code civil, art. 61 et s. ; décret n° 94-52 du 20 janvier 1994 relatif à la procédure de changement de nom.

¹⁰⁵⁰ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰⁵¹ CE, Ass., 19 mai 2004, *Consorts Bourbon*, n° 236470, publié au Recueil Lebon.

¹⁰⁵² CAA Paris, 29 juin 1999, n° 97PA02064 : « Un souci de porter un nom à consonance juive conforme à sa véritable identité religieuse et à ses origines familiales, cette circonstance, qui n'établit pas l'existence d'un intérêt légitime au sens des dispositions précitées du code civil, n'est pas de nature à justifier le changement de nom sollicité ».

et familiale »¹⁰⁵³. Bien que sensible à la protection de l'identité personnelle, le juge strasbourgeois rappelle que le changement de nom n'est pas libre, attribuant aux États membres une certaine marge nationale d'appréciation¹⁰⁵⁴. Le rapport affectif au nom peut être un élément dans l'appréciation de la requête, notamment en raison du lien ou de l'absence de lien avec les parents. Il en est ainsi de Christian Chérif Henry, enregistré à l'état civil français sous le nom de sa mère, laquelle l'a abandonné à l'âge de trois ans. Faisant valoir sa double nationalité et ses racines algériennes, il avait souhaité changer de nom de famille pour prendre celui de son père et devenir Chérif Kismoun, nom par ailleurs connu de l'état civil algérien. La requête avait été rejetée par le Conseil d'État. Saisie de cette même affaire, la Cour européenne a unanimement constaté la violation de l'article 8¹⁰⁵⁵. Il faut ici noter que le Conseil d'État a semblé prendre acte de l'arrêt *Kismoun*, et a depuis admis un assouplissement de l'appréciation du motif légitime dans une affaire d'abandon de famille. En l'espèce, le juge administratif a pris en considération les conditions particulières de l'affaire, à savoir que les requérantes « abandonnées brutalement » par leur père à l'âge de 8 et 11 ans souffraient de « traumatismes physiques et psychologiques depuis cet abandon »¹⁰⁵⁶. Le juge du Palais Royal a annulé l'arrêt de la Cour administrative d'appel qui rejetait la requête de changement de nom. Il est donc désormais permis de penser qu'en France aussi le nom pourra être modulable en raison des affectations personnelles¹⁰⁵⁷.

247. Le changement de prénom. – Le prénom relève plus de l'identification sociale que de l'identification juridique. Néanmoins, cela n'enlève rien au lien particulier tissé entre la personne et son prénom, identifiant qu'elle emploie le plus souvent pour se présenter, voire s'identifier à soi¹⁰⁵⁸. Dans le cas du changement de nom, on assiste à la conciliation entre intérêt public et intérêt particulier, c'est donc le juge administratif qui est compétent. La demande du changement de prénom en revanche n'en appelle à aucun intérêt public. Le changement de prénom est plus largement admis, en cas par exemple de prénom portant préjudice par son ridicule, ou pour d'autres motifs : usage prolongé, souci d'intégration, motif religieux, motif sexué. Depuis la loi du 18 novembre 2016, la présence d'un intérêt légitime peut être constatée directement par l'officier d'état

¹⁰⁵³ Cour EDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, req. n° 664/06, § 51.

¹⁰⁵⁴ Cour EDH, 25 novembre 1994, *Sjerna c. Finlande*, req. n° 18131/91 ; Cour EDH, 7 décembre 2004, *Mentzen alias Mencena c. Lettonie*, req. n° 71074/01.

¹⁰⁵⁵ Cour EDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, req. n° 32265/10.

¹⁰⁵⁶ CE, 31 janvier 2014, n° 362444, cons. 6 ; *JurisData*, n° 2014-001622.

¹⁰⁵⁷ BERNARD-XEMARD (C.), « Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles », *Droit de la famille – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, Juin 2014, n° 6, étude 10 : « Le nom de famille, celui qui est inscrit sur l'acte de naissance, est un élément d'identification de la personne qui est aujourd'hui incontestablement lié à ses affections et ses sentiments ».

¹⁰⁵⁸ COULMONT (B.), *Changer de prénom. De l'identité à l'authenticité*, Lyon, PUL, 2016, 145 p.

civil du lieu de naissance ou de résidence, qui enregistrera lui-même le changement de prénom¹⁰⁵⁹. Si ce dernier ne constate pas la légitimité de l'intérêt, il renvoie au Procureur de la République. En cas de refus, le juge aux affaires familiales pourra être saisi, conformément à l'ancienne procédure. La tendance à faciliter le changement de prénom porte la marque d'une certaine bienveillance du droit positif à l'égard de l'expérience subjective d'un tel identifiant immédiat.

248. Obligation de changer nom. – À l'opposé de ces demandes de changement de nom se trouve l'obligation de changer de nom. Une procédure existait jusqu'en 2010 dans le corps d'armée de la Légion étrangère : adopter une « identité déclarée », c'est-à-dire un autre nom et une autre nationalité, au moins temporairement, dans un souci d'égalité¹⁰⁶⁰. Pour beaucoup de ressortissants étrangers, il y a là une occasion de fuir des circonstances défavorables dans leur pays d'origine, et pour les nationaux, l'occasion de se couper de leur milieu social ou de la société prise dans son ensemble¹⁰⁶¹. Pour d'autres, il y avait là une obligation non fondée d'adopter une autre identité nominative¹⁰⁶². Cette obligation a été levée en 2010 : la recrue s'engage par principe sous son identité réelle, le choix de l'identité déclarée étant optionnel¹⁰⁶³. Un autre exemple concerne ce que l'on qualifiait jusqu'à récemment de « nom marital ». Avant que la Cour européenne ne constate une violation de l'article 8 de la Convention, la loi turque obligeait les épouses à prendre le nom de leur mari¹⁰⁶⁴. Or, « le nom constitue à n'en pas douter un élément de l'identité éminemment personnel, indépendamment du statut matrimonial »¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁹ Code civil, art. 60 modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁰⁶⁰ V. site de la Légion Étrangère, www.legion-etrangere.com, rubrique « Identité déclarée » : « Dans la pratique, la décision de recourir systématiquement à l'identité déclarée est un choix du commandement, car la loi en offre seulement la "possibilité". Ce choix a été fait dans un souci de cohérence sociale pour réduire autant que possible les inégalités de départ entre tous les jeunes légionnaires ».

¹⁰⁶¹ *Ibid.* : « Elle permet à la Légion de dire deux choses très simples à chaque candidat à l'engagement : je te propose de t'engager sous un autre nom, de rompre avec ton passé et, pendant une période dont tu choisiras la durée, de bénéficier de la protection offerte par cette nouvelle identité ; ainsi je t'aiderai à mener à bien ta démarche de rupture et de reconstruction ; je t'engage tout de suite, sans attendre de vérifier ton identité véritable, sans te demander de revenir dans deux ou trois mois avec des pièces d'état civil officielles ; je t'offre donc de saisir ta chance immédiatement ».

¹⁰⁶² Ce mécanisme fait l'objet de vives critiques, ciblant la destruction de l'identité à des fins de contrôle, et l'organisation d'une situation administrative de contrainte pour empêcher la désertion des légionnaires. Pour aller plus loin, v. les travaux de l'ADEFDROMIL (Association de défense des droits des militaires), et notamment les publications de son ancien Président, le colonel Michel Bavoil : BAVOIL (M.), *Pour que l'armée respecte enfin la loi*, Paris, LPM, 2001, 216 p.

¹⁰⁶³ Décret n° 2008-956 du 12 septembre 2008 relatif aux militaires servant à titre étranger, art. 9.

¹⁰⁶⁴ Cour EDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n° 29865/96.

¹⁰⁶⁵ VASSEUR-LAMBRY (F.), « L'identité, l'état civil et le principe de l'indisponibilité des personnes », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, *op.cit.*, p. 78.

2. La personnalisation du genre de la personne

249. Identité sexuelle. – Une inadéquation entre le sexe vécu et le sexe anatomique peut donner lieu à de sérieux troubles psychiques, à une situation d’humiliation et de détresse¹⁰⁶⁶ ; il en est de même de la dissonance entre sexe apparent et sexe juridique. Il est probable que le sexe soit plus vécu comme un élément construit de l’identité que comme un élément biologique donné¹⁰⁶⁷, ce que le transsexualisme illustre bien. L’identité de genre peut impliquer deux changements, qui ne sont pas nécessairement cumulatifs : le changement de sexe biologique, et le changement d’état civil. Seront abordés ici successivement les cas des personnes « trans » et des personnes « intersexuelles ». Dans le cas des transsexuels, certains changements immédiats sont accessibles : adoption des codes vestimentaires et autres comportements sociaux du sexe vécu. La médecine et la chirurgie peuvent apporter des compléments à cette recherche de l’adéquation. Dans un premier temps, les traitements hormonaux, et dans un second, la chirurgie pratiquée au niveau de la zone mammaire et de la zone génitale. Ces traitements étant qualifiés de thérapeutiques, ils sont vus comme traitant une pathologie, requalifiée en syndrome dans le cas du transsexualisme. Cet élément est primordial, notamment pour la prise en charge financière de tels traitements¹⁰⁶⁸. En outre, un suivi médical et psychiatrique est nécessaire avant toute génitoplastie masculinisante ou féminisante, afin de s’assurer qu’il s’agit bien d’une volonté continue que la pression sociale n’a pas éteinte ou créée. Un expert est censé constater la présence d’un véritable mal-être identitaire, et non de l’égarement d’une personne troublée. La Cour européenne l’affirme sans détours : « Élément de l’identité personnelle, l’identité sexuelle relève pleinement du droit au respect de la vie privée que consacre l’article 8 de la Convention. Cela vaut pour tous les individus »¹⁰⁶⁹.

250. Identification sexuelle. – Juridiquement, le débat s’est cristallisé dans un premier temps sur la pertinence d’un changement d’état civil, quel que soit le degré de conversion d’une personne à son sexe psychologique. En 1982, la Cour d’appel de Nancy renvoyait les transsexuels à leurs états d’âme, en les priant de ne pas les confondre avec leurs états civils. Ce raisonnement était pesé à l’aide d’une balance des intérêts aujourd’hui abandonnée : « si l’intérêt des transsexuels n’est certes pas négligeable, il en est un beaucoup plus important, celui de la société dans son ensemble, et celui des individus qui la composent et qui s’accommodent de leur sexe morphologique »¹⁰⁷⁰. La mutation physique pour des motifs identitaires était donc considérée comme un acte de confort

¹⁰⁶⁶ Cour EDH, GC, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n° 22985/93 et 23390/94.

¹⁰⁶⁷ Michel Foucault envisage d’ailleurs l’identité sexuelle plutôt sous l’angle du « sexe-histoire » que sous l’angle d’un élément physique d’identification. V. FOUCAULT (M.), *Histoire de la sexualité. Tome 1 : La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 102-103.

¹⁰⁶⁸ Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. n° 35968/97.

¹⁰⁶⁹ Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P. Garçon et Nicot c. France*, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 95.

¹⁰⁷⁰ CA Nancy, 22 avril 1982 ; Cass., 30 novembre 1983 : *JCP* 1984, I, 20 222, note J. PENNEAU.

personnel qui ne pouvait engager le droit¹⁰⁷¹. La Cour européenne n'était pas de cet avis, et a constaté une violation de l'article 8 de la Convention dans son arrêt *B. c. France* : « la requérante [...] se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée »¹⁰⁷². La Cour de cassation a reçu cette solution et a admis dans son fameux arrêt *René X*¹⁰⁷³ que « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ». On trouve ici le second temps du débat, qui ne porte plus sur la possibilité d'un changement de sexe à l'état civil, mais sur les conditions à réunir pour accéder à cette faculté. En d'autres termes, faut-il être allé jusqu'à la chirurgie génitale, à ce jour médicalement irréversible et donc stérilisante ? L'état civil ne peut-il s'aligner que sur une réalité substantielle et biologique ? C'était l'approche retenue par les juridictions françaises, qui demandait aux requérants de fournir la preuve d'une transformation complète. Après avoir admis que cela relevait de la marge nationale d'appréciation des États¹⁰⁷⁴, la Cour européenne a signé l'acte de décès de cette exigence dans un arrêt *A. P., Garçon, et Nicot c. France*¹⁰⁷⁵. Elle a considéré qu'une telle exigence revient à conditionner la reconnaissance juridique de l'identité sexuelle vécue à l'obligation de subir une opération stérilisatrice, autrement dit subordonner la jouissance de la vie privée et familiale à une renonciation partielle à la vie privée et familiale¹⁰⁷⁶. Les juges européens ont constaté la violation de l'article 8 de la Convention : le refus de la chirurgie génitale n'est pas une raison suffisante pour interdire le changement de sexe à l'état civil.

251. La détresse rencontrée par les intersexuels, nés sans organes génitaux clairement identifiables, est moins connue que celle des transsexuels, notamment du fait de leur faible nombre : environ

¹⁰⁷¹ EDELMAN (B.), « Critique de l'humanisme juridique », *La personne en danger, op.cit.*, p. 22 : « À celui qui dit “Je veux changer de sexe”, les tribunaux refusent ce “droit”. On n'est point le maître de son état civil, c'est-à-dire de son identité sociale ».

¹⁰⁷² Cour EDH, Plén., 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87, § 63.

¹⁰⁷³ Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, *René X*, n° 91-11900.

¹⁰⁷⁴ V. notamment Cour EDH, GC, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09, § 75 : « En l'absence d'un consensus européen, et compte tenu du fait que la présente affaire soulève indubitablement des questions morales ou éthiques délicates, la Cour estime que la marge d'appréciation à accorder à l'État défendeur demeure large [...] Celle-ci doit en principe s'appliquer tant à la décision de légiférer ou non sur la reconnaissance juridique des changements de sexe résultant d'opérations de conversions sexuelles que, le cas échéant, aux règles édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit ».

¹⁰⁷⁵ Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, § 131 : « Conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention ».

200 naissances d'intersexuels par an en France. Certains d'entre eux ne souhaitent pas devenir homme ou femme, ne se sentant « ni l'un, ni l'autre ». Pour autant, le sexe vécu ne s'est pas étendu jusqu'à la reconnaissance de la mention « sexe neutre » à l'état civil¹⁰⁷⁷. La Cour de cassation a explicitement rejeté cette possibilité le 4 mai 2017 dans la mesure où elle considère qu'une telle qualification causerait un grand trouble dans les régimes juridiques¹⁰⁷⁸. Ce raisonnement n'est pas sans rappeler la motivation de la Cour européenne dans les arrêts *Rees*¹⁰⁷⁹ et *Cossey*¹⁰⁸⁰, précurseurs de l'arrêt *B*. Dans ces deux arrêts, la Cour n'avait pas conclu à la violation de l'article 8 mais avait souligné qu'elle avait « conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur [...] la Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent »¹⁰⁸¹.

L'institution de la personne est bien comparable à la protection du noyau atomique de l'identité, consolidation de la personne d'abord actée, et ensuite actrice. Ceci n'a de sens que si la personne est prise dans un ensemble, dans une société¹⁰⁸². La *persona*, masque choisi de l'individu, est la facette sociale, l'aboutissement de l'identité personnelle. C'est ce que confirme le doyen Hauriou, pour qui la personne est « l'agent qui opère dans le domaine psychique, la fusion de l'individuel et du social, c'est-à-dire qui réalise la société en tant qu'elle est chose psychique »¹⁰⁸³. La personne est donc, y compris au sens juridique, uniquement envisageable dans un réseau, dans l'intersubjectivité : « L'homme comme personne ne rencontre pas, il *est* la rencontre »¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁷⁷ Une telle possibilité est déjà offerte dans d'autres États, à l'image du Canada qui vient d'adopter cette réforme de l'état civil, entrée en vigueur le 31 août 2017. V. le site officiel du gouvernement canadien : « Nouvelle désignation de sexe "X" dans les documents d'IRCC », ressource indexée.

¹⁰⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2017 (16-17.189) : « La dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ».

¹⁰⁷⁹ Cour EDH, Plén., 10 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, § 43 : « Or il faudrait pour cela commencer par une modification radicale du système actuel du registre des naissances, de manière que le public n'ait pas accès aux inscriptions antérieures à l'annotation. Le secret risquerait aussi d'entraîner des résultats inattendus considérables et de nuire au rôle du registre des naissances en compliquant des questions de fait qui surgissent, par exemple, dans le domaine du droit de la famille et des successions [...] ». V. *JDI*, 1987, 796, chron. P. ROLLAND.

¹⁰⁸⁰ Cour EDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84. *JDI*, 1991, 806, obs. P. TAVERNIER.

¹⁰⁸¹ Cour EDH, Plén., 10 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, § 47; Cour EDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, § 42.

¹⁰⁸² HALPERN (C.) (dir.), *Identité(s) : l'individu, le groupe, la société*, Auxerre, Éd. Sciences humaines, « Ouvrages de synthèse », 2016, 351 p.

¹⁰⁸³ HAURIUO (M.), « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *op. cit.*, p. 5. Cité par BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁸⁴ JACQUES (F.), *Différence et subjectivité : anthropologie d'un point de vue relationnel*, Paris, Aubier Montaigne, « Analyse et raisons », 1982, p. 182.

B. Les choix de la personne et l'identité personnelle « sociale »

252. Expression et valorisation. – L'identité est à la fois civile et sociale. L'identité civile ne pose guère de difficultés à l'ordre juridique, qui s'en nourrit à des fins de stabilité, de prévisibilité et de contrôle. L'identité sociale, « plus floue sous l'œil du droit », doit être entendue comme « l'individu vu par lui-même et par la collectivité »¹⁰⁸⁵. La possibilité de faire valoir son identité en collectivité repose assurément sur la possibilité de nouer et développer des relations avec ses semblables (1.). La possibilité d'exprimer des choix personnels dans l'espace public procède de l'institution de la personne. C'est la reconnaissance de sa spécificité par les autres êtres humains, à la fois « semblables » et « différents » (2.) : « Le sujet et la société s'entre-appartiennent. Au cœur de cette entre-apparence, de cette solidarité logique : l'institutionnalité »¹⁰⁸⁶.

1. L'expression de l'identité personnelle dans l'espace public

253. Espace public et interfaces. – Sans un ménagement de la possibilité d'avoir des relations sociales, l'expression de l'identité personnelle ne serait pas possible (a.), le corps étant alors classiquement le support assumant le rôle d'interface sociale (b.).

a. Le droit à des relations sociales

254. Personne et personnes. – Le droit ayant notamment pour fonction de prévoir les conditions des rapports intersubjectifs, il ne paraît pas absurde d'imaginer que les sujets de droit puissent mettre en place les conditions de leur propre épanouissement collectif. C'est ainsi que différents concepts, dont celui de « vie privée sociale », ont été pensés. Il y a alors irruption, dans le domaine juridique, d'une observation qui relevait traditionnellement du domaine de la psychologie : le contact d'un sujet avec les autres lui est bénéfique voire indispensable¹⁰⁸⁷, et assure le bon développement de sa personnalité¹⁰⁸⁸. L'élégante formule du professeur Gutmann le met en évidence : « Pour parvenir à l'identité sentie avec soi-même, il faut donc sortir de soi-même, et s'aventurer dans le champ risqué de la confrontation avec l'autre. Il n'est de perception assurée de soi que si le regard intérieur s'est ressourcé au regard extérieur, ou s'est réorienté au contact de ce dernier. Le sentiment d'identité dans l'espace résulte de ce détour par autrui, de ce recouplement

¹⁰⁸⁵ LOISEAU (G.), « Identité... finitude ou infinitude », in MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, *op.cit.*, p. 30. Il ajoute : « C'est l'être saisi dans son individualité, sa singularité et la représentation que lui-même ou autrui s'en fait dans son biotope social ».

¹⁰⁸⁶ LEGENDRE (P.), *L'animal humain et les suites de sa blessure. Conférence à Montpellier*, *op.cit.*, p. 57.

¹⁰⁸⁷ COLIN (P.), « Identité et altérité », *Cahiers de Gestalt-thérapie*, 2001/1, n° 9, p. 55 : « Ce que nous voyons c'est qu'identité et altérité se répondent sans cesse, se *co-constituent* sans que l'un *pré-existe* à l'autre ».

¹⁰⁸⁸ FALGUIERE (J.), ROUCHY (J.-C.), « L'individu et le groupe », *Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe*, 2006/1, n° 46, p. 6 : « Les appartenances familiales, professionnelles, institutionnelles, sociales, sont le creuset d'où procèdent l'individuation et l'identification. Le groupe est l'espace transitionnel entre le singulier et le collectif, entre l'intrapsychique et l'intersubjectif ».

espéré ou redouté entre ma perception de moi-même et celle que me renvoie autrui »¹⁰⁸⁹. Certes, l'identité personnelle est plus une intuition de soi qu'un constat empirique, mais les relations humaines dans leur ensemble ne sont guère plus mesurables. L'identité *personnelle* implique la personnalité, c'est-à-dire une relation sociale, un relationnel : « À la différence des individus, les personnes ne disposent pas d'une existence séparée. Elles n'ont d'autre subsistance que relationnelle »¹⁰⁹⁰. La métaphore de l'atome peut une fois encore être filée : le noyau ne peut subsister sans ses environnants, les électrons¹⁰⁹¹.

255. Le droit à des relations sociales. – Une telle logique n'a pas émergé en France, où le droit positif ne donne guère le change en matière de sociabilité : le droit privé est là pour fixer les relations juridiques interindividuelles, le reste relevant de la liberté de chacun dans la limite des bonnes mœurs et de l'ordre public. Si les influences psychiques d'une personne sur une autre peuvent être prises en compte, c'est uniquement par un raisonnement *in concreto*, à l'occasion de l'allégation d'un préjudice moral ou psychique. Le droit positif ne fixe aucun objectif en ce qui concerne les effets bénéfiques de la sociabilité sur la personne. Quelques décisions entretiennent cette hypothèse, comme celle du Conseil d'État qui a partiellement annulé le décret du 30 septembre 2010¹⁰⁹² interdisant aux agents pénitentiaires d'entretenir des relations avec des anciens détenus, ainsi qu'avec leurs parents et leurs amis¹⁰⁹³. Cela reste toutefois circonscrit à une mesure générale : aucun principe, aucune notion juridique qui garantit la possibilité d'entretenir des relations n'est dégagée, alors même que l'article 8 de la Convention européenne était visé dans cette affaire. Si l'ordre juridique français ne contient pas de normes garantissant un droit général à nouer et développer des relations avec ses semblables, on trouve en revanche une protection constitutionnelle des

¹⁰⁸⁹ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 209.

¹⁰⁹⁰ BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁹¹ DENIS (P.), « Le noyau, la coquille et l'environnement », *Journal de la psychanalyse de l'enfant*, vol. 5, 2015/2, pp. 117-142.

¹⁰⁹² L'article 31 du décret attaqué n° 2010-1711 prévoyait : « Les personnes physiques et les agents des personnes morales concourant au service public pénitentiaire ne peuvent entretenir vis-à-vis des personnes placées ou ayant été placées par décision de justice sous l'autorité ou le contrôle de l'établissement dans lequel ils interviennent, ainsi qu'avec leurs parents ou amis, de relations qui ne seraient pas justifiées par les nécessités de leur mission. Lorsqu'ils ont eu des relations avec ces personnes antérieurement à leur prise en charge par l'établissement dans lequel ils interviennent, ils doivent en informer le responsable de l'établissement ».

¹⁰⁹³ CE, 11 juin 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 347148 : « Qu'en revanche, en étendant cette interdiction aux personnes ayant été détenues et à leurs parents et amis, l'article 31 du décret attaqué instaure une interdiction générale, de caractère absolu et sans aucune limitation de durée, qui impose des sujétions excessives au regard des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, par suite, l'article 31 du décret attaqué, dont les dispositions sont sur ce point divisibles du reste du décret, doit être annulé en ce qu'il étend le champ de l'interdiction définie par cet article aux personnes ayant été détenues dans l'établissement où les personnes soumises au code de déontologie du service public pénitentiaire interviennent ainsi qu'à leurs parents et amis ».

relations en matière de mariage¹⁰⁹⁴ et de vie familiale¹⁰⁹⁵ : sociabilités circonscrites et identifiées, remplissant une fonction sociale déterminée.

256. Devant la Cour européenne. – Un droit à « nouer et développer des relations avec ses semblables » a en revanche été dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme. On découvre dès 1976 les traces explicites de ce positionnement, dans un arrêt de la Commission *X. c. Islande* : le droit au respect de la vie privée comprend également « le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité »¹⁰⁹⁶. On aura longtemps pensé que la Commission avait prêché dans le désert mais, en 1992, l'arrêt *Niemietz* est finalement venu délivrer sa célèbre formule : « Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un “cercle intime” où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »¹⁰⁹⁷. Il est intéressant de constater que la Cour lie souvent, parfois de manière un peu confuse, la protection de l'identité personnelle, l'épanouissement personnel et ce droit aux relations sociales, notamment dans les arrêts *Bensaïd*¹⁰⁹⁸ et *Odièvre*¹⁰⁹⁹. Il faut encore une fois se garder de conclure que le développement de la personnalité et la protection de l'identité personnelle sont synonymes. Néanmoins, la proximité de l'identité personnelle avec la personnalité entendue comme caractère singulier de la personne nous incite à considérer que cette association à laquelle procède la Cour est pertinente. Le juge strasbourgeois relève explicitement une concordance entre identification et développement de la personnalité, non qu'ils soient égaux, mais que la stabilité du premier permette la seconde. Il y a un rôle à jouer pour

¹⁰⁹⁴ CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 107 : « Le principe de la liberté du mariage est une des composantes de la liberté individuelle » ; CE, Ass., 18 janvier 1980, *Bargain*, n° 14397 : le mariage est protégé par un « principe du libre choix ».

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, cons. 3 : « Que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ».

¹⁰⁹⁶ Com. EDH, 18 mai 1976, *X. c. Islande*, req. n° 6825/74.

¹⁰⁹⁷ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13710/88, § 29 ; *GACEDH*, n° 47 ; *AFDI*, 1992, 629, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *RTDH*, 1993, 410, chron. P. LAMBERT et F. RIGAUX ; *JDI*, 1993, 755, obs. P. TAVERNIER.

¹⁰⁹⁸ Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaïd c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98, § 47 : « L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur ».

¹⁰⁹⁹ Cour EDH, GC, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98, § 29 : « La Cour rappelle à cet égard que “l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. La sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée” [...]. A cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle ».

le droit, qui « tente d'éviter au maximum la mutilation de la personnalité véritable en conférant à la personne un droit de s'opposer à toute déformation de son image auprès du public »¹¹⁰⁰.

b. Le corps comme interface sociale

257. La personne dans le corps, le corps dans la personne. – Le corps est le lieu privilégié de la promotion de soi, non au sens marketing mais au sens de la sociabilité, du chemin fait vers l'autre. Lorsque l'on se sent « soi », le corps fait partie intégrante de la *persona*, de ce masque que l'on choisit de porter pour aller vers les autres. Une personne est avant tout un corps, souvent un visage, dans la représentation qu'on se fait d'elle. Il est alors logique que la relation au corps soit éminemment subjective et constitutive de l'identité personnelle¹¹⁰¹. Le doyen Carbonnier allait même jusqu'à affirmer qu'il s'agissait de la substance, du *substratum* de la personne : « le corps humain fait la personne »¹¹⁰². L'identification corporelle est ainsi ambiguë : alors que les caractéristiques physiques et visuelles sont objectivement constatables, certaines relèvent d'un choix personnel, voire vécue intimement. Les tatouages et piercings sont des illustrations de ces modifications corporelles, à même la chair, qui procèdent de décisions personnelles. Ces altérations peuvent être cachées par la personne, ou au contraire affichées, constituant *in fine* un trait social de la personnalité¹¹⁰³. Elles peuvent également constituer un élément d'inclusion, signalant une appartenance à une communauté, quelle que soit sa nature : motards, croyants, sportifs, détenus, fraternités et sororités étudiantes, ethnies, etc. Dans tous les cas, ces caractéristiques peuvent servir d'éléments identifiants dans une description entre personnes privées, à un agent de police, dans le cadre d'une identification *post-mortem*. Des choix personnels deviennent donc à la fois des éléments d'expression de la personnalité et des éléments d'authentification. Il faut ici évidemment évoquer à nouveau l'identité de genre, entendue non pas comme une simple apparence associée à l'un des deux sexes, mais comme le sexe vécu publiquement. On ne dit plus l'impact psychologique que peut avoir un désaccord entre sentiment corporel et perception sociale. La reconnaissance sociale par autrui est un élément essentiel de la consolidation de toute manifestation de l'identité personnelle. Le sentiment d'appartenir à une catégorie humaine spécifique réclame la reconnaissance non

¹¹⁰⁰ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 210.

¹¹⁰¹ NEIRINCK (C.), « La personnalité juridique et le corps », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 58 : « La personnalité des personnes physiques prend appui sur leur existence corporelle ».

¹¹⁰² CARBONNIER (J.), *Droit civil. T. 1, Les personnes*, PUF, Paris, 21^e éd., 2000, n° 48.

¹¹⁰³ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 543 : « Le corps opère le plus souvent le vecteur principal de l'identité et on voit que l'évolution du droit tend à prendre en compte cette identité corporelle jusqu'à admettre la mise à mal de l'intégrité corporelle (transsexualisme, circoncision) pour favoriser, plus globalement, l'intégrité personnelle qui passe par une insertion sociale susceptible d'épanouir la personnalité ».

seulement juridique – le changement d'état civil – mais aussi sociale, c'est-à-dire la possibilité de se comporter en public selon le sexe vécu¹¹⁰⁴.

Un ordre juridique protecteur de l'identité personnelle implique un accompagnement de cette identité jusqu'à sa forme la plus aboutie, sa quintessence : les rapports interpersonnels¹¹⁰⁵. Le droit n'a pas pour rôle d'accompagner chaque personne dans la formation de l'identité personnelle, mais seulement d'en permettre les conditions. La personnalisation s'accommode fort bien d'un énoncé abstrait : dans la mesure où les choix personnels ne menacent ni l'ordre public ni les droits des autres sujets, il est possible de s'en prévaloir publiquement sans craindre aucune discrimination. L'accueil de l'identité personnelle dans l'espace public est tout à la fois une valorisation de l'identité personnelle dans l'espace public. Valoriser la singularité est un corollaire du pluralisme et du libre développement de la personnalité de chacun.

2. La valorisation de l'identité personnelle dans l'espace public

258. Valorisation des choix et des personnes. – La notion d'identité couvre « d'une part l'inscription dans un état civil, même largement compris comme étendu aux données réelles qui le sous-tendent (filiation naturelle, données génétiques), d'autre part les choix personnels en matière sexuelle, religieuse, culturelle, politique »¹¹⁰⁶. Dans le cas de l'état civil et de ses démembrements comme les choix de vie personnels, une possible valorisation dans l'espace public relève d'une garantie contre les discriminations. Au-delà de la pure affirmation de soi, la valorisation de l'identité personnelle dans l'espace est un facteur d'intégration pour la personne. La reconnaissance des choix personnels maintient donc une tension vers l'autonomie (a.) ; la reconnaissance de cette singularité assure une possible intégration à des groupes sociaux, ainsi qu'à l'ensemble de la société (b.).

a. La valorisation des choix personnels : de la reconnaissance à l'autonomie

259. La formation de l'identité par les choix personnels. – L'identité personnelle se forme notamment sur des choix de vie ayant des conséquences sociales, c'est-à-dire jusque dans les relations entre individus. Ces choix sont ceux qui relèvent d'une nature essentielle, qui sont sincèrement constitutifs du sentiment d'identité de la personne. Une partie de ces choix relève du domaine intime, mais ils seront potentiellement visibles dans l'espace public : changement de sexe,

¹¹⁰⁴ DENOUEL (J.), « Identité », *Communications*, 2011/1, n° 88, p. 79 : « Expression et reconnaissance [...] participent pleinement de la construction (ou, parfois, de la déconstruction) de l'identité personnelle ».

¹¹⁰⁵ BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *op.cit.*, p. 91 : « À la différence des individus, les personnes ne disposent pas d'une existence séparée. Elles n'ont d'autre subsistance que relationnelle ».

¹¹⁰⁶ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *op.cit.*, p. 74.

orientation sexuelle, mœurs, opinions politiques¹¹⁰⁷. Une autre partie de ces choix relève d'un engagement qui a vocation à être visible publiquement car il s'exerce en collectivité : pratique religieuse, engagement politique, engagement associatif. Ces déterminations qui forgent un véritable sentiment d'identité, un « projet » de la personne, sont trop nombreuses pour être énumérées exhaustivement. Ces actions liées à une expression de la volonté tendent au développement de la personnalité, accompagné par les conditions de l'autonomie personnelle « qui permet à chacun de revendiquer les éléments essentiels de son identité personnelle, afin qu'ils soient reconnus »¹¹⁰⁸.

260. Choix individuels et humanisme. – Jean-Paul Sartre affirmait, dans une formule fameuse, que « chaque personne est un choix absolu de soi »¹¹⁰⁹. La pensée existentialiste, très proche du personnalisme, assure que l'humain a le sens qu'il se donne. Ce sens – ou plutôt cette *essence* – est modelé par les choix, car la personne est d'abord « un projet qui se vit subjectivement »¹¹¹⁰. Le philosophe ajoutait que ce projet existentialiste, sous couvert de ne concerner que soi, était en fait profondément humaniste. À l'occasion de sa conférence *L'existentialisme est un humanisme*, il affirmait que s'accomplir individuellement était un accomplissement collectif. La possibilité de s'accomplir en suivant ses propres choix serait bénéfique à l'Humanité : « je suis responsable pour moi-même et pour tous, et je crée une certaine image de l'homme que je choisis ; en me choisissant je choisis l'homme »¹¹¹¹.

261. Représentation sociale et identité personnelle. – L'image publique de la personne est défendue par la Cour européenne au titre de la protection de l'identité personnelle. Le fameux arrêt *Von Hannover* a hissé l'image de la personne au rang d'élément de son identité¹¹¹². Allant encore plus loin, les juges du Palais des droits de l'Homme ont observé dans un arrêt *Pfeifer* que « la réputation d'une personne, même si cette personne est critiquée dans le cadre d'un débat public, fait partie de son identité personnelle et de son intégrité morale »¹¹¹³. L'image sociale, la représentation générale que l'on se fait d'une personne est donc protégée au titre de l'identité

¹¹⁰⁷ V. notamment CNIL, délibération n° 007-215 du 10 juillet 2007 autorisant la mise en œuvre par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des réclamations qui lui sont adressées.

¹¹⁰⁸ HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, « Droits de la convention européenne des droits de l'homme », 2015, p. 848.

¹¹⁰⁹ SARTRE (J.-P.), *L'Être et le Néant*, *op.cit.*, p. 538.

¹¹¹⁰ SARTRE (J.-P.), *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 1996, p. 30 : « L'homme est d'abord un projet qui se vit subjectivement, au lieu d'être une mousse, une pourriture ou un chou-fleur ; rien n'existe préalablement à ce projet ; rien n'est au ciel intelligible, et l'homme sera d'abord ce qu'il a projeté d'être ».

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 33.

¹¹¹² Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, § 50. *GACEDH*, n° 42 ; *RTD civ.*, 2004, 802, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G*, 2004, I, 161, n° 8, obs. F. SUDRE ; *D.*, 2005, 340, note J.-L. HALPERIN.

¹¹¹³ Cour EDH, 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Autriche*, req. n° 12556/03, § 35. *RTDH*, 2008, 1171, note Th. HOCHMANN.

personnelle et on pourrait y voir une dangereuse équivalence établie : la représentation que l'on a de soi doit être conforme à la représentation que les autres ont. Il n'en est rien, puisque la Cour se refuse à consacrer un droit absolu à la maîtrise de sa réputation.

In fine, on peut comprendre que « L'autonomie, au sens où l'entend la philosophie des Lumières, c'est la capacité dont dispose l'homme d'être son propre maître en écoutant ce qu'il y a en lui d'universel, c'est-à-dire la voix de sa raison [...] Cependant, si cette autonomie est un idéal qui reste tout à fait valable, il ne doit pas nous conduire à occulter cette dimension incontournable de la condition humaine : la vulnérabilité »¹¹¹⁴.

b. La valorisation des personnes minoritaires : de la reconnaissance à l'intégration

262. Identité personnelle, vulnérabilité et intégration. – Une préservation de l'identité personnelle s'envisage de concert avec une attention particulière apportée à la vulnérabilité. La vulnérabilité est à la fois physique et mentale : les impacts sur l'identité peuvent être majeurs. La préservation de l'identité personnelle dans l'espace public appelle deux volets de protection relatifs à l'interdiction de la discrimination identitaire. Le premier est de ne pas réduire la personne à un seul aspect de son identité formelle (sexe, origine, âge) ou choisie (orientation sexuelle, politique, religieuse, etc.)¹¹¹⁵; le second est de permettre la subsistance des identités formées par des situations minoritaires. Ainsi en est-il par exemple de la vulnérabilité des personnes en situation de handicap, pour lesquelles le processus de reconnaissance facilite grandement l'intégration sociale et limite relativement les occurrences de discriminations¹¹¹⁶ : « le caractère relationnel de la personne et son humanité concordent pour fonder la dignité sur la reconnaissance sociale de chacun »¹¹¹⁷. Le rôle du groupe dans l'institution du sujet de droit est essentiel.

263. Communautés, pluralisme et démocratie. – Une identité imprégnée de communautarisme peut faire l'objet d'une tension. Une identité personnelle renvoie nécessairement à un lien de sociabilité, et peut donc souvent être liée à une communauté (professionnelle, religieuse, associative, etc.). Le principe d'indivisibilité de la République française et les fortes crispations

¹¹¹⁴ DELASSUS (E.), *De l'individu à la personne, op.cit.*, p. 24.

¹¹¹⁵ Cette réduction à l'une des caractéristiques de la personne est souvent qualifiée « d'essentialisation ». Le terme nous semble ambigu puisqu'il ne renvoie pas à une identification de la personne par son *essence* dans son ensemble mais plutôt à un seul des éléments de son identité personnelle. C'est donc la caractéristique qui est essentialisée, et non la personne. L'essentialisation est ainsi une dérive de la pensée essentialiste. Pour éviter toute confusion, nous employons ici plus volontiers l'expression « objectivation de la personne », qui renvoie peu ou prou à la même idée : sur le fondement de l'une ou plusieurs de ses caractéristiques, une personne (voire un groupe de personnes) est prise comme objet.

¹¹¹⁶ V. entre autres *Vie sociale*, n° 1 « Handicap psychique et insertion sociale », Janvier 2009, 136 p. ; *Revue française des affaires sociales*, « Handicaps, incapacités, dépendance », janvier-février 2003, 360 p. ; BLANC (A.), « Handicap et démocratie », *Vie sociale*, n° 11 « L'inclusion », mars 2015, p. 207-222.

¹¹¹⁷ BIOY (X.), « Rapport introductif – Le concept de dignité », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruylant – Nemesis, 2010, p. 39.

politiques entourant la notion d'identité nationale sont autant d'obstacles à la reconnaissance d'une identité inextricablement liée à une forme de communautarisme¹¹¹⁸. La récurrence des débats publics sur le sujet suffit à s'en convaincre¹¹¹⁹. Pourtant, de nombreux chercheurs de toutes disciplines admettent que l'identité de la personne est fortement marquée par la relation aux groupes, au-delà de ce qui est intuitivement perceptible. Nombreux sont les philosophes¹¹²⁰, sociologues¹¹²¹ et juristes à considérer que la prise en compte des identités peut être un vecteur d'intégration. Cette idée se retrouve sous la plume de Rivero, pour qui « la notion de personne exprime l'impossibilité de penser l'homme en dehors des groupes sociaux auxquels il est intégré, les transcendant par sa fin propre, mais indissociable d'eux ». Il en déduit ainsi que « la reconnaissance des droits des groupes provient d'un approfondissement de la notion de personne, qui conduit à voir dans le groupe un élément nécessaire à l'épanouissement de l'homme »¹¹²². Vouloir amoindrir l'importance des groupes dans la formation de l'identité et le développement de la personnalité conduit ainsi à une impasse théorique et pratique : on ne peut reconnaître une personne en niant une communauté dont elle se sent issue et qui a façonné son identité. On comprend ainsi la réticence à la reconnaissance juridique de l'identité entendue dans son ensemble¹¹²³. Les analyses de Sigmund Freud sur les mutations culturelles de son époque abondent en ce sens : « le développement de la culture ressemble à celui de l'individu et travaille avec les mêmes moyens »¹¹²⁴.

264. L'identité personnelle et les personnes vulnérables. – Dans l'affaire *Cossey*, qui augurait le changement de jurisprudence à l'égard des transsexuels, plusieurs juges délivraient une opinion dissidente commune : « on a une conscience accrue de l'importance de l'identité personnelle de

¹¹¹⁸ Pour aller plus loin, v. notamment l'ensemble des recherches de Dominique Schnapper, spéc. SCHNAPPER (D.), *La relation à l'autre : au cœur de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, « NRF Essais », 2003, 562 p. ; SCHNAPPER (D.), « L'identité nationale : quelles réalités ? La notion d'identité nationale : quelles significations ? », *Les cahiers français*, n° 342, La documentation française, janvier-février 2008, pp. 5-6.

¹¹¹⁹ Le port du voile islamique - *hidjab* et *niqab* principalement - illustre le cas d'un choix de vie qui ne peut être écarté, fut-ce temporairement, sans corrompre l'identité personnelle. Il cristallise un débat public passionné, une tension entre une communauté religieuse à l'identité affirmée et une République dite « indivisible et laïque ». Malgré toutes les affaires ayant traversé les contentieux judiciaire et administratif, la reconnaissance de l'identité personnelle n'a jamais été évoquée comme alternative à la simple tolérance laïque. V. en ce sens SABETE (W.), « Quelle théorie de la science juridique ? », *RDP*, 2000, p. 1317 : « La tolérance comme fondement de la démocratie ne suffit pas pour faire respecter les identités diverses à partir du moment où il n'existe plus une véritable reconnaissance de l'identité personnelle ».

¹¹²⁰ RICŒUR (P.), *Parcours de la reconnaissance : trois études, op.cit.*, 431 p. ; TAYLOR (C.), *Multiculturalisme : différence et démocratie, op.cit.*, 144 p.

¹¹²¹ LAGRANGE (H.), *Le déni des cultures*, Paris, Seuil, « Points Essais », 2013, 370 p.

¹¹²² RIVERO (J.), *Les libertés publiques. Tome 1 : Les droits de l'homme*, Paris, PUF, « Thémis Droit public », 1997, 8^{ème} éd., p. 80.

¹¹²³ Cette impasse est aussi grandement due à la dualité de l'ordre juridique et à la relative absence de contentieux constitutionnel relatif aux droits de la personnalité, comme nous le verrons dans la suite de nos développements.

¹¹²⁴ FREUD (S.), *Le malaise dans la culture*, in *Œuvres complètes*, Paris, PUF, 1994, p. 331.

chaque individu et de la nécessité de tolérer et accepter les différences entre les êtres humains »¹¹²⁵. À l'occasion de l'arrêt *Christine Goodwin*, la Cour a pu constater la violation par le Royaume-Uni de l'article 8 de la Convention, et délivrer cette formule : « Il faut également reconnaître qu'il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle [...] On a affaire à un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »¹¹²⁶.

L'étude de l'identité personnelle, voilée par une incertitude juridique en droit français, est maintenant achevée. Il est possible, désormais, d'envisager l'utilisation de cette identité personnelle à des fins d'identification numérique, voire de contrôle.

¹¹²⁵ Opinion séparée commune aux juges Foighel, Palm et Pekkanen dans l'affaire Cour EDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84.

¹¹²⁶ Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, § 77. *GACEDH*, n° 46, *RTD civ.*, 2002, 862, chron. J.-P. MARGUENAUD ; *D.*, 2003, 2032, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *RTDH*, 2003, 1157, note A. MARIENBURG-WACHSMANN et P. WACHSMANN ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 16 et 22, chron. F. SUDRE.

Conclusion du chapitre 1

265. Soi-même parmi les autres. – Avant de pouvoir décrire comment les éléments essentiels de la personne peuvent être absorbés à l'occasion d'un processus de numérisation, il était nécessaire de définir juridiquement cette essence. Une recherche juridique de l'identité est, en outre, résolument liée à la question de l'identité elle-même, c'est-à-dire l'ontologie du sujet. Or, le processus de construction de l'identité, qui permet à la personne d'éprouver sa qualité, est en partie dépendant du droit lui-même. En ce sens, l'identité personnelle correspond à deux réalités qui apparaissent concomitamment : l'institution formelle de la personne juridique, et l'institution sociale de la personne physique. Les processus d'individuation (psychique) et de personnalisation (juridique) sont les étapes d'un cheminement de l'être humain vers le statut de sujet de droit à la fois autonome et pris dans un réseau de relations sociales en tant qu'acteur. La personne doit, en effet, être replacée dans ce contexte social, c'est-à-dire accueillant les rapports permanents entre intimité de la personne et environnement social nécessaire au développement, jusque dans les actions et la valorisation des choix de vie. La personne, ainsi *actée*, est également être *actrice*. La réception de l'identité personnelle par le droit français n'est pas expresse, ce qui en complique l'appréhension et, subséquemment, la protection. Éclatée dans différents faisceaux de droits, l'identité de la personne inscrite dans un ensemble social – identité personnelle – est en revanche pleinement accueillie par la Cour européenne des droits de l'Homme. Par un droit *à* l'identité (solidification des fondements formels) et par une préservation *de* l'identité (encouragement à l'autonomie), le juge strasbourgeois offre de nombreuses perspectives concrètes, mais aussi conceptuelles. L'identité personnelle étant juridiquement éclairée, il est possible de comprendre le danger de son dévoilement par la numérisation.

« Être soi-même, être accepté par autrui pour ce qu'on est : autre manière de convier autrui à un regard dépourvu de préjugé, à une convergence entre le senti de l'un et le perçu de l'autre. C'est dans cette convergence espérée que se joue la constitution du sentiment d'identité »¹¹²⁷

¹¹²⁷ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 327 », 2000, pp. 212-213.

Chapitre 2 – L’identité personnelle dévoilée par le numérique

« Jamais je ne me sens l’âme sans bornes. Mais environnée, mais enclose. Mon Dieu ! Que c’est difficile à expliquer ! Je ne veux point dire captive. Je suis libre, mais classée. Ce que nous avons de plus nôtre, de plus précieux est obscur à nous-mêmes, vous le savez bien. Il me semble que je perdrais l’être, si je me connaissais tout entière. Eh bien, je suis transparente pour quelqu’un, je suis vue et prévue, telle quelle, sans mystère, sans ombres, sans recours possible à mon propre inconnu, - à ma propre ignorance de moi-même ! Je suis une mouche qui s’agite et vivote dans l’univers d’un regard inébranlable ; et tantôt vue, tantôt non vue, mais jamais hors de vue. »

Paul VALÉRY¹¹²⁸

266. Savoir et connaissance de la personne. – La numérisation de l’identité de la personne humaine a franchi un cap : il ne s’agit plus seulement d’identifier, il s’agit de connaître¹¹²⁹. Les informations nominatives ont laissé place à une constellation de données à caractère personnel qui permettent tant l’identification d’une personne que la reconstitution partielle de sa personnalité. L’affinement des algorithmes dédiés et la tendance à l’interconnexion des fichiers de données permettent de penser que l’ensemble des informations personnelles – y compris les plus intimes – intéressent *a minima* certains acteurs (autorités publiques comme annonceurs). Puisque la donnée à caractère personnel « touche à l’essence de la personne en ce qu’elle saisit les éléments constitutifs intrinsèques qui font de l’individu un être humain »¹¹³⁰, il paraît légitime de s’attendre à ce qu’elle soit protégée de manière particulièrement énergique. De prime abord, les normes en vigueur semblent indiquer une telle tendance : les interdictions d’enregistrement et de traitement des données à caractère personnel dites sensibles sont nombreuses¹¹³¹. Pourtant, les dérogations

¹¹²⁸ VALÉRY (P.), *Monsieur Teste*, Paris, Gallimard, 1946, pp. 47-48.

¹¹²⁹ POUSSON (D.), « L’identité informatisée », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L’identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 373 : « Grâce aux capacités exceptionnelles des machines de dernière génération, il est aisé de puiser dans d’innombrables fichiers les informations qui y sont stockées, de les analyser, de les recouper pour donner d’un individu un portrait aussi fidèle que possible. Outre les données objectives classiques accessibles sans le recours de l’ordinateur sont indiqués les goûts, les tendances, les habitudes comportementales, les groupements auxquels adhère la personne, ainsi que les achats effectués, les sites qu’elle fréquente, les revues auxquelles elle est abonnée, les sports qu’elle pratique, les déplacements qu’elle effectue ».

¹¹³⁰ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, Paris, Michalon, 2013, p. 89.

¹¹³¹ Code pénal, art. 226-19 ; règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE n° L 119, 4 mai 2016, p. 1 ; art. 9 ; loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 8 ; Convention pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (n° 108), art. 6.

constituées par les « motifs légitimes » et l'incertitude entourant les notions de « finalité » et de « légitimité du traitement » sont un premier amoindrissement de l'effectivité de ces protections. Par ailleurs, étant donné le volume vertigineux de données collectées, le contentieux est loin d'épuiser les cas de violations du cadre légal. Ainsi, les occurrences donnant lieu à l'application rigoureuse de la loi du 6 janvier 1978 peuvent n'être que l'arbre qui cache la forêt¹¹³².

267. Savoir et pouvoir. – Au sein d'une importante littérature sur les liens étroits entre savoir et pouvoir, Michel Foucault a développé le concept de *savoir-pouvoir*. Plutôt que d'enfoncer une porte ouverte en affirmant simplement que le savoir est source du pouvoir¹¹³³, il systématise une interdépendance entre ces deux pôles et considère que « pouvoir et savoir s'impliquent directement l'un l'autre », de sorte qu'il n'y a « pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir »¹¹³⁴. La collecte massive de données à caractère personnel – c'est-à-dire de savoir relatif à des personnes – illustre cette systématisation. L'appétit de collecte est d'autant plus grand que l'organisme de collecte est puissant – États et multinationales du numérique au premier chef. D'un autre côté, on sait que la quantité de données est telle que toutes ne peuvent être traitées en temps réel, voire qu'elles ne présentent qu'un intérêt limité pour le responsable de traitement¹¹³⁵. Dans cette perspective, l'accumulation de savoir reste une accumulation de pouvoir en devenir¹¹³⁶. Il pourrait porter sur les personnes comme catégorie générale, et plus encore sur les personnes identifiées comme catégorie spéciale¹¹³⁷.

268. L'identification par les éléments essentiels. – Le recours au droit positif permet d'éliminer d'emblée l'argument selon lequel la captation numérique de l'identité de la personne relèverait du pur fantasme. L'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 dispose que l'informatique « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme ». Bien plus précis, le règlement générale relatif à la protection des données n° 2016/679 (RGPD) définit la donnée à caractère personnel

¹¹³² Malgré plusieurs milliers de plaintes chaque année, la CNIL ne sanctionne qu'une dizaine de personnes physiques ou morales par an. En 2017 par exemple, 8360 plaintes ont été déposées auprès de l'autorité de régulation, pour 14 sanctions.

¹¹³³ Pour approfondir sur ce point, v. notamment ADELL-GOMBERT (N.), *Anthropologie des savoirs*, Paris, A. Colin, « U Sciences humaines & sociales », 2011, 334 p. ; spéc pp. 153-192 « Savoir et identité ».

¹¹³⁴ FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, « Collection blanche », 1975, p. 32.

¹¹³⁵ GRUMBACH (S.), FRENOT (S.), « Les données, puissance du futur », *Le Monde*, 8 janvier 2013, p. 18.

¹¹³⁶ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », p. 227 : « Plus que jamais, dans une société dominée par la technique, le savoir est un ressort convoité de la puissance ; cette réalité donne sa valeur à l'information, véhicule du savoir. Il n'est donc pas surprenant que la demande ici, précède parfois l'offre, que l'on propose une somme d'argent pour une masse de données (le fichier clientèle d'Électricité de France, par exemple...) qui n'ont pas été amassées en vue de la vente ».

¹¹³⁷ ROZENFELD (S.), « Adrien Basdevant. Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *ESI*, avril 2018, n° 434, pp. 134-139.

comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »¹¹³⁸. Dans le même sens, l'article 8 de la LIL prévoit qu'à l'exception du comportement de la personne, « il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ». Ces dispositions mettent en évidence l'aspect social de l'identité, ce qui signifie que ces éléments essentiels peuvent être utilisés comme identifiants¹¹³⁹. Le régulateur français de la protection des données personnelles l'admet, l'objectivation de l'essence des personnes est une réalité : « la numérisation de nos activités humaines n'a pas de limites : elle concerne désormais notre corps et ce que nous en faisons »¹¹⁴⁰. Cette essence de la personne se traduit juridiquement par la notion d'identité personnelle.

269. Captation et marchandisation du récit de soi. – L'identité personnelle est une interprétation de soi, une projection visant à l'unité de l'identité. Selon Paul Ricoeur, elle ne peut se réaliser que par le récit, qui devient alors un *médium* qu'il nomme « identité narrative »¹¹⁴¹. Cette mise en discours de soi aurait pour effet de résoudre le problème ontologique de l'incompatibilité entre les deux identités, à savoir la mêmété et la diversité¹¹⁴². L'identité narrative est une dialectique, c'est-à-dire qu'elle prend la forme d'un dialogue intérieur tendant à l'alignement de l'identité-mêmété et de l'identité-altérité¹¹⁴³. Ainsi l'identité personnelle est par nature insaisissable pour autrui, car elle est en construction perpétuelle¹¹⁴⁴ : cette dynamique n'est saisissable que par la personne elle-même. Les plateformes numériques proposent un changement de paradigme,

¹¹³⁸ Règlement (UE) 2016/679, art. 4 (extrait).

¹¹³⁹ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, janvier 2006, n° 65, p. 83 : « L'article 8 de cette loi met bien en parallèle les deux dimensions de l'identité, fortement liées » ;

¹¹⁴⁰ CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 60.

¹¹⁴¹ RICOEUR (P.), « L'identité narrative », *Esprit*, juillet 1988, p. 295 : « [...] identité narrative, c'est-à-dire la sorte d'identité à laquelle un être humain accède grâce à la médiation de la fonction narrative ».

¹¹⁴² KAUFMANN (J.-C.), *L'invention de soi. Une théorie de l'identité*, Paris, Arthème Fayard-Pluriel, « Pluriel », 2004, p. 152 : « La forme narrative opère en effet un glissement qui évacue l'idée de fixité au profit d'une logique d'enchaînement : la cohérence fondatrice n'est plus dans la mêmété mais dans le coulé et l'intelligence de la suite des événements. Elle s'adapte ainsi parfaitement à la structure (contradictoire et changeante) de l'individu moderne, construisant sa nécessaire unité non par une totalisation et une fixation impossibles mais, de l'intérieur et de façon évolutive, autour du récit, fil organisateur. Chacun se raconte l'histoire de sa vie qui donne sens à ce qu'il vit ».

¹¹⁴³ RICOEUR (P.), *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, « Points essais », 1990, p. 168 : « La notion de mise en intrigue, transposée de l'action aux personnages du récit, engendre la dialectique du personnage qui est très expressément de la mêmété et de l'ipsité ».

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 170 : « Il ressort que l'opération narrative développe un concept tout à fait original d'identité dynamique, qui concilie les catégories mêmes que Locke tenait pour contraires l'une à l'autre : l'identité et la diversité ».

puisqu'elles mettent à sa disposition un moyen technique de mise en récit de soi. Alors improprement nommée, l'identité numérique pourrait être « gérée », de même que « l'e-réputation » ou la « présence numérique ». L'outil utilisé pour cette mise en récit n'est donc pas neutre, puisqu'il s'agit à la fois d'un *medium* et d'un récepteur¹¹⁴⁵ : les technologies de numérisation permettent de capter et d'analyser l'intériorité par recouplement¹¹⁴⁶. L'intimité de la personne cesse alors d'être un indescriptible contenant et devient un contenu, un ensemble d'informations essentielles, accessibles à des algorithmes et par là même à un groupe de personnes restreint ou étendu. Le numérique a la capacité de mettre la personne en face d'une copie de son identité personnelle, fidèle ou – généralement – mutilée en raison de la nature figée de l'information collectée et de l'impossible reconstitution exhaustive d'une identité humaine. Le caractère délicat de cette altération de l'identité pourrait être relativisé en cas de véritable maîtrise matérielle et juridique pour la personne sur ses données à caractère personnel.

270. Perte de contrôle du récit de soi : ni temps, ni espace. – La personne humaine est identifiée en priorité par ses caractéristiques physiques. Son identité personnelle, formée par ses caractéristiques essentielles, dépasse ce cadre. Si le corps-identité situe physiquement la personne dans le temps et dans l'espace au sein d'un groupe social¹¹⁴⁷, l'identité numérique permet la présence de la personne sur un support partiellement accessible qui ne connaît quasiment pas les contraintes de l'espace-temps. Les personnes ne peuvent donc contrôler – voire ignorer – les représentations d'elles-mêmes en circulation. La polysémie de l'adjectif « essentiel » permet de rendre compte des deux temps du raisonnement. La mise à distance géographique et temporelle des données couplée à la reconstitution d'informations personnelles crée une situation de perte de contrôle sur ces informations essentielles (**Section 1**). Les techniques de quantification de l'identité de la personne humaine précèdent de loin l'essor du numérique. Il faut ainsi se garder de certains excès, comme parler de domination de l'humain par le numérique¹¹⁴⁸. Cela étant dit, les outils de surveillance et le

¹¹⁴⁵ En dépit de l'intérêt scientifique manifeste de la question des effets d'une technologie sur la personne et par extension sur la société, elle n'est pas l'apanage du juriste. Pour aller plus loin sur ce point, v. MCLUHAN (H. M.), *Understanding media: the extensions of man*, New York, New American Library, 1964, 318 p. ; KOCH (T.), *The message is the medium: online all the time for everyone*, Westport, Praeger, 1996, 228 p. ; plus généralement, v. l'ensemble des travaux relatifs à la médiologie, notamment DEBRAY (R.), *Introduction générale à la médiologie*, Paris, PUF, « Premier cycle », 223 p.

¹¹⁴⁶ CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 76 : « Depuis peu, l'identité en ligne intègre davantage de données comportementales concernant “ce que font” les individus (historique d'achats, de navigation web...). Une nouvelle dimension vient donc s'ajouter aux traditionnels “ce que je sais” (ex : mot de passe), “ce que j'ai” (ex : une carte à puce) et “ce que je suis” (ex : biométrie) qui sont utilisés pour identifier ou authentifier un individu ».

¹¹⁴⁷ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public : Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz - Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, p. 522.

¹¹⁴⁸ Certains auteurs, comme Jacques Ellul, personnifient la technologie dans le présent et pour l'avenir. L'oppression pourrait alors venir plutôt du *medium* que du créateur. V. aussi LATOUR (B.), « La fin des moyens », *Réseaux*, vol. 18, n° 100, 2000, p. 41. « Les techniques appartiennent au règne des moyens et la morale au règne des fins, même si [...] certaines techniques finissent par envahir tout l'horizon des fins en se donnant à elles-mêmes leurs propres lois ».

profilage sont devenus suffisamment précis pour nourrir des algorithmes capables de suggérer des décisions et comportements aux personnes. Ils révèlent plus précisément une recherche de contrôle, rarement direct, souvent diffus¹¹⁴⁹, propre aux buts poursuivis par chaque acteur réalisant un traitement de données à caractère personnel : publicité ciblée, surveillance administrative, échantillonnage industriel. *In fine*, les données relatives aux personnes peuvent être considérées comme essentielles pour un éventuel contrôle (**Section 2**).

Section 1 – Des informations essentielles aisément hors de contrôle

Section 2 – Des informations essentielles pour un éventuel contrôle

¹¹⁴⁹ Pour aller plus loin sur ce point, v. MATTELART (A.), VITALIS (A.), *Le profilage des populations*, Paris, La Découverte, « Cahiers libres », 2014, 224 p.

Section 1 – Des informations essentielles aisément hors de contrôle

271. Spécificité des données. – Les données à caractère personnel sont à la fois révélatrices de l'essence de la personne et hors de son contrôle¹¹⁵⁰. Le rapprochement de ces deux éléments forme la définition d'un concept qui gravite autour de certaines qualifications juridiques : l'aliénation. Ce terme traduit une situation où la substance de l'être est mise hors de sa portée. Nous avons déjà évoqué ce concept dans sa dimension subjective¹¹⁵¹, c'est-à-dire lorsque le sentiment de « ne plus être soi » se fait jour. La préservation de l'intégrité morale qui intéresse le juriste se lie alors à la psychanalyse. Il convient désormais d'étudier les moyens techniques qui occasionnent un éloignement des données à caractère personnel de la personne elle-même. Seront ainsi étudiés les procédés techniques de quantification de la personne par le traitement d'informations essentielles (§ 1), cela afin de mesurer le danger d'une mise à distance et d'une absence de contrôle de la personne sur de telles informations (§ 2).

§ 1 – Le traitement numérique des informations essentielles de la personne

272. Accumulation et exploitation. – Les procédés de collecte sont si nombreux qu'ils ne sauraient être ici listés exhaustivement. La définition du traitement de données à caractère personnel par la loi informatique et liberté (LIL) l'illustre fort bien, puisque doit être considéré comme un traitement « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction »¹¹⁵². Étendue à toutes les informations disponibles ou dont l'exploitation a été consentie, la collecte de données à caractère personnel permet de saisir l'essence de la personne avec efficacité (A.). L'objectif poursuivi n'est alors pas l'émancipation de la personne humaine, mais sa numérisation à des fins multiples. Ce procédé technique permet à la fois d'atomiser la personne en un faisceau d'informations et d'absorber ces informations pour recomposer un profil d'individu. De la sorte, la personne devient quantifiable (B.).

¹¹⁵⁰ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.*, p. 184 : « toute information saisissant par sa nature ou par son objet l'essence humaine biologique ou psychologique d'une personne physique identifiée ou identifiable et échappant intellectuellement et juridiquement à cette dernière ».

¹¹⁵¹ V. nos développements précédents, n° 198.

¹¹⁵² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 2.

273. Identification, suivi et recoupement. – Considérée comme une fin en soi et non comme moyen, la personne ne peut être réduite à un objet. Pourtant, elle est de moins en moins capable d'échapper aux traitements automatisés de données à caractère personnel ayant pour finalité la reconstitution d'une identité tronquée selon la finalité poursuivie¹¹⁵³. La hausse de la collecte de données sensibles (1.) et plus généralement celle des données comportementales (2.) permet de nombreux recoupements de données *via* l'interconnexion de fichiers (3.). Une fois ces informations accumulées et associées, une part essentielle de la personne est numérisée, au terme d'une reconstitution qu'elle n'a pas contrôlée.

1. Une hausse de la collecte directe de données sensibles

274. La banalisation des données intimes. – Au fil des années, les données sensibles sont devenues les « catégories particulières de données à caractère personnel »¹¹⁵⁴. La multiplication de leur collecte pour des usages de plus en plus diversifiés épouse un autre phénomène juridique : la disparition des régimes de déclaration préalable et d'autorisation devant les autorités de contrôle nationales. La reconnaissance de la sensibilité des données essentielles de la personne décroît à mesure que leur utilité à des fins d'identification et d'authentification augmente. Les données essentielles de la personne s'alignent progressivement avec les autres catégories de données personnelles, les plus « normales », n'échappant pas au « changement de paradigme » imposé par le droit européen, reposant sur une « logique de responsabilisation renforcée des acteurs »¹¹⁵⁵.

275. Données biologiques. – Par l'enregistrement et la captation de données telles que les empreintes, le réseau veineux de la main, l'ADN ou la composition de l'iris, la technique s'aventure au-delà de l'identification formelle de la personne¹¹⁵⁶. Elle permet de mettre en lumière des caractéristiques biologiques singulières qui, du fait de leur complexité et de leur inaccessibilité à l'entendement humain, sont par nature secrètes – y compris pour la personne elle-même. Ces

¹¹⁵³ WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, « Cours », 7^{ème} éd., 2013, p. 604 : « La généralisation de l'usage de l'informatique et des moyens de paiement électroniques, la multiplication des possibilités d'enregistrement et de stockage des données constituent pour les libertés une menace grave, dans la mesure où il devient aisé de reconstituer par le menu les activités d'une personne à laquelle on s'intéresse ».

¹¹⁵⁴ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 (modifiée), art. 8 ; directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, JOUE n° L 119, 4 mai 2016, p. 89, art. 10 ; règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 9. Il convient de préciser ici que le règlement renvoie aux données « sensibles » dans son préambule (cons. 10, 51, 91), mais que cette expression disparaît ensuite.

¹¹⁵⁵ CNIL, délibération n° 2017-299 du 30 novembre 2017 portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n°78-17 du janvier 1978 (demande d'avis n° 17023753).

¹¹⁵⁶ Pour envisager en détail les différentes données collectées, v. nos développements précédents, n°s 90 et s.

éléments sont progressivement convertis en identifiants numérisés, stockés et potentiellement transmis¹¹⁵⁷. En matière d'action publique, l'utilisation de telles données d'authentification permet évidemment la simplification d'enquêtes de police et propose de nouveaux éléments concourants au maintien de l'ordre. La légitimité d'un traitement de données biologiques semble en revanche moins nécessaire pour des entreprises qui mettent en place un dispositif de pointage des employés par réseau veineux¹¹⁵⁸, ou une cantine scolaire qui accueille les élèves après authentification de leurs empreintes digitales¹¹⁵⁹. La nature disproportionnée du traitement de données à caractère personnel a été sanctionnée par la CNIL, mais trop tard pour éviter l'enregistrement et le traitement des informations essentielles¹¹⁶⁰, visées par les textes français et européen comme données « particulières ». La prolifération des applications de « *Health Care* », ou « *Quantified self* », inquiète particulièrement la CNIL¹¹⁶¹. En analysant le rythme de vie, de sommeil, les activités sportives ou encore la nutrition, elles proposent à la personne de disposer d'une meilleure connaissance de soi. La nature des données produites et collectées se situe alors à « une frontière floue entre le bien-être et la santé »¹¹⁶². La CNIL redoute grandement le glissement vers le recours aux objets connectés de « *Quantified self* » par des entreprises telles que les compagnies d'assurance désireuses de contrôler les efforts de leurs assurés quant à leur santé¹¹⁶³.

276. Opinions politiques et philosophiques, orientation religieuse. – Le G29¹¹⁶⁴ a relevé le risque particulier présenté par les dispositifs mobiles que les personnes gardent à proximité physique : poche, sac, table de chevet. Le groupe lance l'alerte sur la collecte insidieuse opérée par ces dispositifs débordants de programmes de traçages, lesquels correspondent à autant d'applications qui sollicitent un accès aux données de géolocalisation, à la galerie photographique

¹¹⁵⁷ LOISEAU (G.), « L'objectivation de l'identité », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne le 1^{er} octobre 2009, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, pp. 229 et s. ; BLOCH (P.), DEPADT-SEBAG (V.), *L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, « Actes », 2007, 165 p. ; BARZACH (M.), « Bioéthique : les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie », *Pouvoirs*, 1991, n° 56, pp. 135-147 ; PRINS (C.), « Making our body identify for us: legal implications of biometric technologies », *Computer Law and Security Report*, 1998, 14(3), p. 163.

¹¹⁵⁸ V. CNIL, « Le contrôle d'accès biométrique sur les lieux de travail », 27 septembre 2016, indexé en ligne.

¹¹⁵⁹ CNIL, délibération n°00-015 du 21 mars 2000 portant avis sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en œuvre par le collège Jean Rostand de Nice, destiné à gérer la cantine scolaire par la connaissance des empreintes digitales.

¹¹⁶⁰ V. également CNIL, délibération n° 2016-186 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail et garantissant la maîtrise par la personne concernée sur son gabarit biométrique.

¹¹⁶¹ CNIL, « Applications mobiles en santé et protection des données personnelles : les questions à se poser », 4 mai 2018, ressource indexée.

¹¹⁶² CNIL, *Rapport d'activité 2013*, Paris, La Documentation Française, 2014, p. 72.

¹¹⁶³ *Id.*

¹¹⁶⁴ Groupe des autorités de régulation des données, prévu par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281, 23 novembre 1995, p. 31, art. 29.

et à la liste de contact. Le risque réside dans le recoupement d'informations permettant la perception d'un schéma de comportement, qui « peut également inclure des *catégories spéciales de données*, dans le cas, par exemple, où elles révèlent des visites à des hôpitaux ou à des lieux de culte, la présence à des manifestations politiques ou à d'autres lieux spécifiques révélant des informations concernant la vie sexuelle par exemple »¹¹⁶⁵. Sachant que les principaux moteurs de recherches enregistrent toute saisie d'une requête – *text mining* –, que les réseaux sociaux sont un lieu du débat démocratique et qu'ils incitent vivement à la signification explicite des diverses orientations de la personne (idéologiques comme sexuelles), on peut très largement mettre en doute la non-captation de telles données. L'affaire *Cambridge Analytica* l'a parfaitement illustré¹¹⁶⁶. La société susnommée a pu récupérer les données de 87 millions d'utilisateurs de Facebook sans les en informer ni recueillir leur consentement, et ce afin d'établir 30 millions de profils de votants en vue d'influencer l'élection du Président des États-Unis. Certaines pratiques illégales sont plus ciblées, mais non moins risquées, comme celles de la société immobilière Foncia dont certains employés avaient pour habitude d'ajouter des « commentaires libres » sur les personnes enregistrées dans le fichier client « Totalimm ». La CNIL a averti la société Foncia après avoir constaté la présence dans ces commentaires de données très sensibles¹¹⁶⁷. Le Conseil d'État a rejeté la requête de la société tendant à faire annuler la délibération de la CNIL, constatant la présence de données « portant notamment sur la santé ou les opinions religieuses des personnes, parfois formulées en termes outrageants »¹¹⁶⁸.

La collecte de données sensibles n'est généralement qu'un préalable aux analyses comportementales, lesquelles se nourrissent des catégories particulières de données.

2. La généralisation de la collecte des données comportementales

277. Suivre les empreintes numériques. – Le découpage numérique de la personne s'articule principalement autour de deux questions : « où va-t-elle ? » et « que consomme-t-elle ? ». Ainsi, au

¹¹⁶⁵ G29, avis 13/2011 sur les services de géolocalisation des dispositifs mobiles intelligents, 16 mai 2011, p. 7. En italique dans le texte.

¹¹⁶⁶ MACIEL-HIBBARD (M.), « Protection des données personnelles et cyber(in)sécurité », *Politique étrangère*, 2018/2, été 2018, p. 64 ; WOLTON (D.), « Communication », *Hermès*, 2018/1, n° 80, p. 108.

¹¹⁶⁷ CNIL, délibération de la formation restreinte n°2011-205 du 6 octobre 2011 portant avertissement à l'encontre de la société X (extrait) : « En l'espèce, il n'est pas contesté que de nombreux commentaires pouvant être qualifiés de données sensibles au sens de cette disposition ont été relevés dans la base [...], notamment : “locataire enceinte”, “semble avoir la maladie d'Alzheimer”, “Monsieur a la maladie de Parkinson et des problèmes pour parler”, “maladie génétique”, “Mme est dépressive”, “mari malade amiante”, “elle a attrapé une maladie au Sénégal”, “Mme prothèse hanche et Mr a eu cancer gorge”, “depuis difficultés respiratoires”, “Sa maman est décédée en juillet 2009 (Maladie de Charcot)”, “recherche un T3 proche Magalas pour se rapprocher de leur fille (atteinte d'un cancer)”, “Famille de juifs très pratiquants”, ou encore “propriétaire est prête à la retraite” ».

¹¹⁶⁸ CE, 12 mars 2014, *Société Foncia*, n° 354629.

sein des données comportementales, il faut souligner la collecte systématique des données « traces » (a.) ainsi que le suivi de la consommation par des collectes incidentes (b.).

a. *La collecte systématique de données et métadonnées « traces »*

278. Point de départ d'une recomposition imparfaite. – Sur un plan technique, le traçage numérique est un « enregistrement de toutes les actions d'un individu sous forme de données informatisées »¹¹⁶⁹. De façon générale, le terme de trace peut être défini comme un impact produit par un objet, un évènement ou une personne sur son environnement¹¹⁷⁰. Chaque interaction produisant un impact et donc une trace, celle-ci peut être suivie. Néanmoins, pouvoir dire où la personne a été à un instant et ce qu'elle y a fait ne saurait permettre de circonscrire son identité. La personne est en mouvement, que ce mouvement soit physique ou tout simplement émotionnel et psychique¹¹⁷¹. Or la captation et le traitement de données figent l'identité au moment de la collecte, et selon certaines caractéristiques qui sont parfois étrangères à la conscience de la personne¹¹⁷². L'essor de l'authentification par la biométrie illustre une objectivation de l'identité de la personne humaine par certaines caractéristiques qui lui échappent¹¹⁷³. Le langage permet alors de distinguer deux approches de l'identité : les informations « à propos de la personne », et les informations « sur la personne ». Les informations *sur* la personne peuvent lui échapper : le figé et le factuel tendent à primer le complexe¹¹⁷⁴. La trace n'est qu'un pas, elle ne décrit qu'un instant du voyage. Cependant,

¹¹⁶⁹ PERRIAUT (J.), « Traces numériques personnelles, incertitude et lien social », ARNAUD (M.) et MERZEAU (L.) (dir.), *Hermès n° 53 : Traçabilité et réseaux*, CNRS Éditions, 2009, p. 13. Pour aller plus loin, v. COLLOMB (C.), *Pour un concept technologique de trace numérique*, Thèse Université Libre de Bruxelles, Faculté de Philosophie et Sciences sociales, Bruxelles, 2016, 346 p. ; JEANNERET (Y.), « Complexité de la notion de trace. De la traque au tracé », in GALINON-MELENEC (B.) (dir.), *L'homme trace : inscriptions corporelles et techniques*, Paris, CNRS Editions, 2011, 284 p.

¹¹⁷⁰ Au sens du Littré, la trace est un « vestige qu'un homme ou un animal a laissé à l'endroit où il est passé » ou encore « toute marque laissée par une chose » : *Dictionnaire de la langue française Emile Littré*, Gallimard Hachette, 1963, pp. 1164-1165, V° Trace.

¹¹⁷¹ Sur ce point, voir le chapitre précédent.

¹¹⁷² PERRIAUT (J.), « Traces numériques personnelles, incertitudes et lien social », in ARNAUD (M.) et MERZEAU (L.) (dir.), *Traçabilité et réseaux*, *op. cit.*, p. 18 ; MERZEAU (L.), « Présence numérique : les médiations de l'identité », *Les Enjeux de l'information et de la Communication*, 2009/1, p. 83 : « Cette "ombre digitale" [...] en croissance exponentielle interdit d'assimiler la présence numérique à une représentation de soi. Si le réseau affecte en profondeur l'identité, c'est parce qu'il produit des doubles en dessous du sens. La traçabilité informationnelle ne se réduit ni à l'expression, ni à la projection du sujet. Les traces s'enregistrent automatiquement, sans qu'on les ait toujours élaborées sous la forme d'une image ou d'un message. Opérant comme un sismographe de l'activité réticulaire, l'empreinte électronique radicalise l'équation posée par l'École de Palo Alto : désormais, non seulement on ne peut pas ne pas communiquer, mais on ne peut pas ne pas laisser de traces ».

¹¹⁷³ LOISEAU (G.), « L'objectivation de l'identité », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, pp. 229 et s.

¹¹⁷⁴ En ce sens, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) a recours aux outils conceptuels de Ricoeur pour déplorer la disparition de l'*ipséité* au profit de la *mémeté* : une approche transformée de l'identité de l'homme, où l'on réclame son authenticité aux dépens de sa spontanéité. V. CCNE, avis n° 98, « Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme », 27 avril 2007, p. 8 : « Quand se multiplient et se diversifient ces données, et que celles qui sont relatives à l'intimité et à la fragilité corporelles viennent s'entrecroiser avec celles d'autres zones de la vie sociale, elles-mêmes connues par d'autres intervenants à travers d'autres données liées à des comportements divers et recherchées pour d'autres intérêts, on s'interroge légitimement sur l'espace de liberté laissé à la personne, dans son *ipséité*. Là est la question éthique centrale ».

la multiplicité des moyens de localisation permet de multiplier la collecte des traces. Par recoupement, les moyens de localisation de la personne décrivent des directions, ponctuelles ou habituelles.

279. De nombreux procédés de suivi. – La technologie RFID est le futur de la traçabilité humaine. Sous différentes formes, cette technologie est présente dans la plupart des cartes magnétiques¹¹⁷⁵, dans les étiquettes RFID collées sur certains biens, et bien sûr dans la fameuse puce sous-cutanée du même nom. Les objets ou personnes équipés peuvent être localisés par radiofréquence, avec une précision allant de quelques centimètres à quelques dizaines de mètres selon la force du signal¹¹⁷⁶. Combinées à la téléphonie mobile, ces puces permettent de repérer des personnes passant à proximité d'endroits comportant un tag¹¹⁷⁷, y compris sans aucune requête ou utilisation du possesseur de terminal : les téléphones intelligents, même éteints, répondent aux requêtes lancées par des terminaux ou des services étrangers à la personne¹¹⁷⁸. En ce sens, le G29 s'inquiète des perspectives d'hybridation de nouvelles technologies collectant et transmettant notamment des signaux de localisation¹¹⁷⁹. Le développement phénoménal des objets connectés a pour conséquence la grande multiplication des puces RFID collectant les données en flux tendus¹¹⁸⁰, laissant craindre que « l'objet muet devien[ne] l'exception »¹¹⁸¹. À titre d'illustration, on peut décrire un exemple assez méconnu « d'objet » connecté : pour voyager en dehors de France accompagné d'un carnivore domestique (chien, chat, furet), importer un tel animal ou simplement le posséder dans un département touché par la rage, celui-ci doit être équipé d'une puce RFID

¹¹⁷⁵ Cartes de transports, cartes de paiement sans contact, cartes de fidélité, etc.

¹¹⁷⁶ LACOUR (S.), « *Ubiquitous computing* et droit. L'exemple de la radio-identification », in LACOUR (S.) (dir.), *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, Paris, l'Harmattan, 2008, p. 35.

¹¹⁷⁷ Un tag est une « étiquette » d'identification. Lorsqu'il est automatisé, le tag est une forme d'homeçon numérique, c'est-à-dire un point de rencontre entre deux équipements qui va générer une donnée de passage. Par exemple, un téléphone qui passera à proximité d'une borne de connexion Wi-Fi sera « étiqueté » et enregistré. Pour aller plus loin, v. Poullet (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *LEGICOM*, janvier 2009, n° 42, p. 48.

¹¹⁷⁸ PERRIAULT (J.), « Traces numériques personnelles, incertitudes et lien social », in ARNAUD (M.) et MERZEAU (L.) (dir.), *Hermès n° 53 : Traçabilité et réseaux*, op. cit., p. 18 : « Pas une étoile, pas une planète en dehors du système solaire, pas une rue sur la Terre (Google Earth, GPS), pas une personne (par son GSM), pas un gène, qui ne soit localisable, traçable et mis en fiche ».

¹¹⁷⁹ G29, avis 13/2011 sur les services de géolocalisation des dispositifs mobiles intelligents, 16 mai 2011, p. 7 : « La technologie des dispositifs mobiles intelligents permet une surveillance constante de données de localisation. Les téléphones intelligents peuvent collecter en permanence des signaux de stations de base et de points d'accès Wi-Fi. Sur le plan technique, la surveillance peut se faire en secret, sans en informer le propriétaire. Elle peut également se faire de manière semi-secrète, lorsque les personnes « oublient » que le paramètre des services de localisation est « activé » ou n'en sont pas correctement informées, ou lorsque les paramètres d'accessibilité des données de localisation passent de « privé » à « public » ».

¹¹⁸⁰ ALBERGANTI (M.), *Sous l'œil des puces. La RFID et la démocratie*, Arles, Actes Sud, 2007, pp. 194 et s. ; LAVERDET (C.), « Données personnelles : la sécurité des données à l'ère des objets connectés », *ESI*, n° 392, 1^{er} juin 2014, pp. 214-217 ; MARINO (L.) « To be or not to be connected : ces objets connectés qui nous espionnent. À propos des téléviseurs LG », *D.*, 2014, pp. 29-30.

¹¹⁸¹ BELLANGER (P.), « Principes et pratiques des données personnelles en réseau », Contribution à l'étude annuelle 2014 du Conseil d'État, p. 2, ressource en ligne.

sous-cutanée d'identification¹¹⁸². L'animal de compagnie peut donc être un être vivant connecté et par là même producteur de données¹¹⁸³. Un recoupement de ces données avec celles relatives au propriétaire de l'animal – enregistré à l'achat – ou une identification par la proximité avec d'autres appareils connectés du propriétaire est tout à fait concevable. La petite taille des puces RFID – celle d'un grain de riz pour les plus petites – permet d'envisager une considérable expansion de cette technologie par un passage à l'implantation sous-cutanée¹¹⁸⁴. Une discothèque espagnole a d'ores et déjà proposé à ses clients privilégiés l'implantation d'une puce RFID dans le bras afin de réguler l'entrée et de faciliter le paiement des consommations¹¹⁸⁵. Plus récemment, des entreprises belges et américaines ont implanté ce type de puces à des salariés volontaires¹¹⁸⁶. Face à de telles perspectives, les alertes se font plus régulières et nombreuses¹¹⁸⁷.

280. Pas de vie sociale sans traces. – Il n'est pas exagéré d'affirmer que l'« on ne peut plus ne pas laisser de traces »¹¹⁸⁸. D'une façon générale, il est devenu « extrêmement difficile, si ce n'est impossible, pour un individu d'échapper complètement à la collecte de données personnelles le concernant »¹¹⁸⁹. La collecte de données forme une toile suffisamment dense pour que l'on interroge les possibilités de s'en extraire¹¹⁹⁰, et la CNIL admet résolument qu'il est vain de vouloir échapper au traçage en ligne¹¹⁹¹. Les illustrations d'un impossible anonymat numérique sont légion : généralisation de l'acquiescement de l'impôt en ligne, du paiement des traitements et salaires par

¹¹⁸² Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux, art. 12.

¹¹⁸³ Pour un exemple d'utilisation mercantile des puces RFID sous-cutanées pour animaux : une société américaine a créé en 2015 une chatière à ouverture automatique qui se déclenche lorsque la puce RFID du chat est détectée à proximité.

¹¹⁸⁴ Pour aller plus loin, v. G29, avis 5/2010 sur la proposition des entreprises relative au cadre d'évaluation de l'impact sur la protection des données et de la vie privée des applications reposant sur l'identification par radiofréquence (RFID), 13 juillet 2010, ressource indexée.

¹¹⁸⁵ MUSSEAU (F.), « Une puce sous la peau », *Libération*, 3 juillet 2004, ressource indexée.

¹¹⁸⁶ LESNES (C.), « Aux États-Unis, des puces électroniques implantées sur des salariés », *www.lemonde.fr*, 30 juillet 2017, ressource indexée ; « Belgique : des salariés se font planter une puce électronique sous la peau », *www.latribune.fr*, 7 février 2017, ressource indexée.

¹¹⁸⁷ V. notamment CNIL, « RFID : des puces aux usages multiples et aux impacts variés en termes de vie privée », *Lettre d'actualité*, ressource mise en ligne le 26 septembre 2013 : « En raison de leur taille très réduite, d'une information souvent insuffisante des personnes et de la possibilité de les lire à plusieurs dizaines de mètres, leur utilisation soulève de nouveaux enjeux en termes de vie privée. En effet, si tous les objets de la vie quotidienne deviennent "taggués", il est alors possible de tracer les individus dans tous leurs actes » ; DARQUENNES (D.), POULLET (Y.) « RFID : Quelques réflexions introductives à un débat de société », *RDTI*, janvier 2007, pp. 255-285. Pour une critique particulièrement vive – voire excessive – d'un groupement anti-industriel, v. PIÈCES ET MAIN D'ŒUVRE, *RFID : la police totale. Puces intelligentes et mouchardage électronique*, Montreuil, L'Échappée, « Négatif », 2008, 78 p.

¹¹⁸⁸ MERZEAU (L.), « Du signe à la trace : l'information sur mesure », in ARNAUD (M.) et MERZEAU (L.) (dir.), *Hermès n° 53 : Traçabilité et réseaux*, op. cit., p. 24.

¹¹⁸⁹ TINIERE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2018, p. 188.

¹¹⁹⁰ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, op. cit., p. 105 : « Cet aspect immatériel de la trace a permis d'enserrer les faits et gestes de l'individu dans un maillage très dense de capteurs duquel il ne peut échapper ». Pour aller plus loin, v. SAINT-PAU (J.-C.), *L'anonymat et le droit*, Thèse Bordeaux IV, 1998, 893 p.

¹¹⁹¹ CNIL, « Internet sans trace, ça n'existe pas ! », *Actualités*, 11 janv. 2010, ressource indexée.

virement bancaire, intégration systématique d'ordinateurs de bord et dispositifs GPS dans les véhicules¹¹⁹², disparition des téléphones non connectés, impossibilité de disposer d'une connexion Internet sans être enregistré auprès d'un FAI ; constante nécessité de documents nationaux d'identités¹¹⁹³, qui restent un préalable à la plupart des démarches formelles, comme déposer un dossier de logement ou encore ouvrir un compte bancaire ; obligation de valider sa carte d'abonnement aux transports publics à la borne sous peine d'amende¹¹⁹⁴ ; obligation pour les étudiants d'utiliser une carte dotée d'un code-barres et d'un dispositif RFID¹¹⁹⁵. La profusion des occurrences nous conduit à ne citer que quelques exemples de traçage et de triangulation des personnes¹¹⁹⁶.

281. Le traçage par hyperliens. – La validation d'un lien hypertexte génère instantanément une donnée de navigation¹¹⁹⁷. Celle-ci est enregistrée par l'éditeur de service Web, et *a posteriori* par ses partenaires commerciaux ayant accès aux données, brutes ou déjà traitées. Pour prendre l'exemple le plus édifiant, les entreprises Facebook et Google disposent d'un réseau de collecte de données de navigation tentaculaire¹¹⁹⁸. Sans se contenter d'être les deux services numériques les plus utilisés au monde, ils mettent en place un système d'enrichissement mutuel avec leurs partenaires

¹¹⁹² V. en ce sens la sanction par la CNIL d'un loueur automobile ayant manqué à son obligation d'information et au recueil du consentement concernant la collecte de données de géolocalisation par le véhicule : CNIL, délibération de la formation restreinte n° 2014-294 du 22 juillet 2014 prononçant une sanction pécuniaire publique à l'encontre de la société X ; confirmée par CE, 18 décembre 2015, n° 384794.

¹¹⁹³ Le site officiel service-public.fr rend assez fidèlement compte de la nature supposément optionnelle de la carte d'identité. V. la page indexée en ligne « Est-on obligé d'avoir une carte d'identité ? » et la réponse : « Non, la possession d'une carte d'identité n'est pas obligatoire. Néanmoins, pour certaines démarches, il est nécessaire de justifier son identité. Si vous n'avez aucun titre d'identité, vous risquez donc d'être confronté à des difficultés. Il s'agit, par exemple, des situations suivantes : passer un examen ou un concours, s'inscrire à Pôle emploi, s'inscrire sur les listes électorales et voter aux élections, effectuer des opérations bancaires (paiement par chèque, retrait au guichet de votre banque), voyager à l'étranger... Par ailleurs, si vous êtes soumis à un contrôle d'identité, la procédure sera plus longue si vous ne pouvez pas présenter de pièce d'identité ».

¹¹⁹⁴ CNIL, « Testing de la CNIL auprès de la RATP : l'exercice du droit des usagers à se déplacer anonymement n'est pas garanti », 6 janvier 2009, ressource indexée.

¹¹⁹⁵ On relèvera à ce propos les cartes étudiantes et professionnelles couplées à l'application IZLY, devenue seul moyen de paiement dans les cafétérias CNOUS et assimilés. Un informaticien s'étant intéressé à l'application a révélé que les données de géolocalisation étaient transmises au moment du paiement à des sous-traitants en cascade. Pour aller plus loin, v. UNTERSINGER (M.), « Izly, l'appli du Cnous qui géolocalise des étudiants et renseigne des sociétés publicitaires », *LeMonde.fr*, 20 octobre 2017, ressource indexée.

¹¹⁹⁶ ALBERGANTI (M.), *Sous l'œil des puces. La RFID et la démocratie*, *op. cit.*, p. 190 : il existerait « au moins sept couches superposées et entrelacées constituant autant de toiles tissées sur le globe terrestre : les satellites, le téléphone mobile, les cartes de paiement, Internet, les caméras, les systèmes biométriques, les contrôles radiographiques et... les puces RFID ».

¹¹⁹⁷ Sur ce point, v. nos développements précédents, n° 148.

¹¹⁹⁸ JOUX (A.), « Google et Facebook accaparent le marché de la publicité en ligne », *Revue européenne des médias et du numérique*, n° 42-43, été 2017 ; POULLET (Y.), DINANT (J.-M.), LAZARO (C.) et al., *L'application de la Convention 108 au mécanisme de profilage : Éléments de réflexion destinés au travail futur du Comité consultatif*, Rapport au Conseil de l'Europe, Strasbourg, 13-14 mars 2008, p. 4 : « Ce que beaucoup de consommateurs ignorent c'est que les liens commerciaux apparaissant dans cette fenêtre sont générés au cas par cas et en temps réel par Google sur la base de la page référente communiquée par leur navigateur. Google peut donc suivre, pas à pas, la navigation de chaque internaute sur chacune des pages des sites à grande fréquentation (eBay, journaux en ligne, moteurs de recherches, sites boursiers, sites de vente immobilière, etc.) ».

commerciaux¹¹⁹⁹. En effet, ces entreprises proposent un accès payant à des données spécifiques selon le besoin du partenaire ou annonceur, mais utilisent en retour les plateformes desdits partenaires pour collecter des données, y compris celles des personnes qui ne sont pas utilisatrices de leurs services¹²⁰⁰. Autrement dit, un partenaire est aussi un sous-traitant¹²⁰¹, ce qui explique notamment que l'essentiel des données de navigation disponibles est absorbé par les GAFAM¹²⁰². Cela est encore plus vrai sur format mobile, où les navigateurs installés par défaut¹²⁰³ – Safari pour iOS-Apple et Chrome pour Android-Google – captent l'ensemble de la navigation et des interactions Web¹²⁰⁴.

282. Le traçage par cookies. – Le principal moyen technique permettant la réalisation de ce traçage de navigation est le cookie, fichier déposé par les éditeurs de service dans un répertoire le plus souvent dissimulé du terminal de l'utilisateur¹²⁰⁵. Les cookies se multiplient par la consultation des différents contenus, mais sont parfois très nombreux dès l'arrivée sur un site Web¹²⁰⁶. Lors de la reconnexion au site Web qui les a déposés, les cookies sont rapatriés et fournissent les informations récoltées : historique de navigation, informations sur le terminal utilisé ou encore adresse IP. Dès 1998, le Conseil d'État relevait dans son rapport annuel que la mise en œuvre de ce procédé sans en informer les internautes présentait « des difficultés tant au regard du principe

¹¹⁹⁹ « Politique d'utilisation des données » de Facebook, « Informations provenant des sites web et des applications qui ont recours à nos Services » : « Nous recueillons des informations lorsque vous visitez ou utilisez des sites web et des applications de tiers qui ont recours à nos Services (par exemple, lorsqu'ils incluent nos boutons J'aime ou Se connecter avec Facebook, ou encore lorsqu'ils font appel à nos services de mesure et de publicité). Ceci comprend des informations sur les sites web et les applications que vous consultez, votre utilisation de nos Services sur ces sites web et applications, ainsi que les informations que le développeur ou l'éditeur de l'application ou du site web partagent avec vous ou avec nous » ; « Informations provenant de partenaires tiers » : « Nous recevons des informations sur vous et vos activités, sur et en dehors de Facebook, en provenance de nos partenaires tiers, telles que des informations provenant de partenaires avec qui nous avons collaboré pour offrir un service, ou encore d'annonceurs au sujet de votre expérience ou de votre interaction avec ce dernier » (consulté le 16 décembre 2016).

¹²⁰⁰ Pour se défendre, la société Facebook a simplement répondu qu'elle n'était pas la seule à pratiquer ce pistage. V. TUAL (M.), « Comment Facebook piste les internautes qui ne sont pas sur le réseau social », *Le Monde.fr*, 13 avril 2018, ressource indexée.

¹²⁰¹ On peut rappeler ici qu'afin de simplifier les passerelles et le partage de données collectées entre les géants et leurs partenaires, certaines connexions sont possibles directement par Facebook, Gmail (Google), Twitter ou autres. L'avantage pour l'utilisateur est un simple gain de temps, puisqu'il évitera alors la création d'un nouveau compte permettant l'accès au service.

¹²⁰² SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *Le Monde*, 30 mai 2017, pp. 6-7 : « Le marché de la data est dominé à 95 % par les GAFAM, tous les autres acteurs réunis n'en détiennent pas plus de 5 % » ; BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, Paris, Odile Jacob, « Corpus », 2015, 106 p ; JOUX (A.), « Google et Facebook accaparent le marché de la publicité en ligne », *op. cit.* ; COEFFE (T.), « Les statistiques du digital en 2017 », *Blogdumodérateur*, 1^{er} juin 2017, ressource indexée.

¹²⁰³ Il faut ajouter à cela les constructeurs du terminal (Samsung, Nokia, etc.) qui développent des applications par défaut permettant une vaste collecte de données à caractère personnel générée par les différentes utilisations du téléphone intelligent.

¹²⁰⁴ G29, avis 13/2011 sur les services de géolocalisation des dispositifs mobiles intelligents, *op. cit.*

¹²⁰⁵ V. nos développements précédents, n° 152.

¹²⁰⁶ À l'occasion d'un contrôle, la CNIL a relevé par moins de 359 cookies déposés dans le terminal par un site de presse, actifs sans le moindre consentement et sans même le moindre clic. V. CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 22.

de la collecte loyale des informations que de celui du droit d'accès, dans la mesure où même dans l'hypothèse où il en aurait connaissance, l'internaute n'est pas en mesure de comprendre la signification des informations enregistrées dans le cookie¹²⁰⁷ ». Depuis la modification de l'article 32 de la LIL par l'ordonnance du 24 août 2011, l'enregistrement des cookies n'est en théorie plus effectué de façon dissimulée¹²⁰⁸. En effet, les services Web déposant et récupérant des cookies ont désormais l'obligation de signifier à l'utilisateur qu'ils procèdent à cette opération¹²⁰⁹. Aujourd'hui effective sur certains sites Web, cette disposition reste assez largement inappliquée, considérant le nombre d'éditeurs qui se passent encore du consentement de l'utilisateur¹²¹⁰.

283. Log et connexions dormantes. – Les connexions dormantes sont un maillon essentiel de la chaîne de traçage des personnes. Ce procédé est moins complexe que surprenant. Une fois identifié et connecté – « loggé » – à un service, l'utilisateur ne sera pas déconnecté avant un temps donné, voire pas du tout, sauf s'il procède à une démarche active de déconnexion. Fermer une page ne vaut pas nécessairement déconnexion¹²¹¹. Pour se mettre en conformité avec le droit, de nombreux éditeurs de service proposent une case « Rester connecté » au moment de la connexion au service, généralement précochée et se plaçant sous le régime de l'*opt-out*. Pour les éditeurs de service, un utilisateur qui reste connecté vaut accès à ses itinéraires de navigations sur Internet : sites consultés, achats effectués ou encore interactions sociales engagées. Le fait d'être connecté à Facebook, Google, Yahoo et d'autres services implique une observation invisible lors de la navigation, ce qui n'est annoncé qu'insidieusement dans les conditions générales d'utilisation (CGU)¹²¹². Bénéficiant d'un sentiment d'anonymat trompeur¹²¹³, l'utilisateur est observé par ce discret témoin, qui retranscrit l'ensemble de l'activité à l'éditeur du service concerné¹²¹⁴. À titre d'illustration, la société Facebook avait démenti recourir à de telles pratiques avant d'être condamnée par la CNIL le 27 avril 2017 pour avoir tracé à leur insu les utilisateurs *via* un cookie non signalé¹²¹⁵.

¹²⁰⁷ Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Étude annuelle 1998, Paris, La Documentation Française, p. 36.

¹²⁰⁸ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011.

¹²⁰⁹ V. notamment AVIGNON (C.), « La nouvelle recette des cookies à la française », *Gaz. Pal.*, n° 287-288, 14 octobre 2011, pp. 9-11.

¹²¹⁰ CNIL, *Rapport d'activité 2014*, *op. cit.*, p. 22 : « Les cookies sont presque toujours déposés dès l'arrivée sur la page d'accueil du site sans consentement de l'internaute »

¹²¹¹ En ce sens, le lien « Déconnexion » est parfois renvoyé dans un menu déroulant, dans les paramètres du service, ou écrit en petits caractères.

¹²¹² HASSLER (T.), « Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes », *RLDI*, août-septembre 2015, n° 118, pp. 56-62.

¹²¹³ POUSSON (D.), « L'identité informatisée », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 405 : « Malgré sa volonté de rester anonyme et de se fondre dans la masse l'internaute laisse des traces de son passage, le moindre de ses mouvements est épié, ses tendances, ses goûts, ses travers sont enregistrés ».

¹²¹⁴ V. *supra*, « Politique d'utilisation des données » de Facebook.

¹²¹⁵ CNIL, délibération n° SAN-2017-006 du 27 avril 2017 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés Facebook Inc. et Facebook Ireland.

284. Collecte physique ou orale. – La collecte de données ne se limite pas à la saisie sur support numérique, bien que cette technologie en recouvre l'essentiel. Les autres cas correspondent en général de la réponse à un questionnaire papier ou d'un échange oral avec une personne qui retranscrit les réponses sur un formulaire¹²¹⁶. Toutefois, ce type de collecte retourne quasi intégralement au support numérique, puisque les données obtenues de vive voix sont saisies sur des terminaux informatiques afin d'irriguer des fichiers eux-mêmes connectés à Internet ou à l'Intranet (interne à une entreprise ou un établissement)¹²¹⁷. Il faut parfois déplorer la forme particulière de la collecte de données et l'absence d'informations de la part de certains commerçants. Par exemple, un loueur automobile qui collecterait des informations non pertinentes pour la conclusion du contrat (adresse courriel, numéro de téléphone), voire procéderait à des numérisations ou photocopie des permis de conduire, cartes nationales d'identité ou passeport¹²¹⁸.

285. Cartes de fidélité et cartes groupées. – L'explication de la gratuité des cartes de fidélité se trouve dans le traitement des données à caractère personnel. En cas d'acceptation, il est généralement procédé à la collecte d'un nom, d'une adresse, d'un numéro de téléphone et d'une adresse e-mail. Le passage en caisse de paiement permet l'ajout ou la mise à jour du fichier client indiquant notamment sa consommation¹²¹⁹. Les habitudes de consommation, recoupées avec l'âge de la personne, son sexe ou encore son lieu de vie, sont des informations valorisables. Afin d'obtenir un aperçu de ce que peut être un recoupement intégral, le Japon propose un exemple

¹²¹⁶ Les sondages ne peuvent être considérés comme une collecte de données à caractère personnel lorsqu'ils portent uniquement sur la réponse à une question générale. En revanche, dans le cas où la personne serait identifiable en raison d'une donnée « portail » collectée (nom, adresse e-mail, adresse postale), un sondage ou la signature d'une pétition peut prendre la forme d'une collecte de données à caractère personnel. En ce sens, v. CNIL, délibération n° 81-28 du 24 mars 1981 concernant les traitements automatisés à des fins statistiques d'informations nominatives extraites d'enquêtes par sondages intéressant des personnes physiques effectués par l'État et les établissements publics à caractère administratif (norme simplifiée 19).

¹²¹⁷ Le formulaire papier a, en ce sens, tendance à disparaître au profit des tablettes connectées, qui évitent la double saisie.

¹²¹⁸ Il faut ici noter que l'essentiel des collectes commerciales orales prennent la forme d'un énoncé performatif, du type « Je vais prendre une adresse et un numéro de téléphone ». Rares sont les mentions du caractère optionnel de certaines collectes. Il en va ainsi des photocopies de titres nationaux d'identité réalisées dans de nombreux établissements hôteliers.

¹²¹⁹ V. par exemple les Conditions générales du programme « Ma Carte Carrefour » : « Vos données pourront également être utilisées pour réaliser des opérations relatives à la prospection commerciale, ou des études destinées à améliorer la connaissance client et les services que le Programme de Fidélité peut proposer. Vos données sont ainsi susceptibles d'être utilisées, dans le respect des autorisations requises éventuellement que vous nous aurez consenties : [...] pour analyser vos achats et votre utilisation des services accessibles en utilisant vos identifiants Carrefour (notamment votre navigation en ligne et vos réactions aux emails), afin que nous puissions mieux vous connaître, apprécier si les messages que nous vous adressons présentent un intérêt pour vous et vous proposer des offres, contenus et des services adaptés à votre profil ; ces analyses seront effectuées dans le respect des autorisations que vous nous aurez éventuellement consenties, notamment en cas d'utilisation de cookies ou autres traceurs ». V. SALIN (N.), « L'analyse des données de la carte de fidélité. Focus sur la géolocalisation des ventes », *www.vega-info.fr*, 24 août 2015, ressource en ligne ; LACOURT (B.), « La gratuité et le droit des affaires », *RTD Com.*, juillet 2012, n° 3, pp. 455-474.

édifiant : une carte unique pour les paiements et retraits, la fidélité dans les magasins et les transports. En outre, cette carte peut être intégrée au téléphone mobile des personnes. Grâce à la technologie dite *Near Field Communication* (NFC)¹²²⁰, la carte « FeliCa »¹²²¹ propose une réunion de plusieurs supports permettant l'identification – et donc à la collecte – au sein d'un seul terminal. Les consommateurs japonais équipés de cette technologie peuvent donc s'épargner un portefeuille physique, remplacé par leur téléphone. En retour, ces personnes permettent aux prestataires de service ainsi qu'aux annonceurs d'économiser un temps précieux, nécessaire à l'interconnexion et au recoupement de ces nombreuses données à caractère personnel. Le développement en France du paiement sans contact – par les étiquettes RFID implantées dans les cartes bancaires – augure les tentatives de pénétration du marché européen par ces technologies. Ce système, le *CRM onboarding*¹²²², est principalement vendu par la société américaine Acxiom, qui revendique déjà une base de données de plusieurs dizaines de millions de consommateurs français (elle dispose en effet d'un accès aux bases de données contenant le fichier clientèle du groupe Carrefour¹²²³). Il s'agit de « suivre les consommateurs non plus seulement sur Internet, mais aussi dans leurs déplacements physiques en magasins ou quand ils interrogent des opérateurs de centres d'appels »¹²²⁴.

Les différents procédés de traçage des personnes sont le fondement nécessaire à des recoupements pertinents.

3. *La recomposition partielle de la personne par le rapprochement et les interconnexions*

286. Définition de l'interconnexion. – Il faut ici éclairer la facilité de langage à laquelle nous avons et allons céder. Au sens strict, l'interconnexion est la mise en relation de différents fichiers formés par des traitements de données à caractère personnel. Le recoupement de deux informations par un seul et même traitement n'est donc pas une interconnexion, mais un rapprochement. En définitive, l'interconnexion concerne les fichiers – contenant – et le rapprochement vise les données – contenus. Nous utilisons donc la notion générale de « recoupement », qui correspond aux deux procédés¹²²⁵. Cela étant dit, la frontière entre interconnexion et rapprochement est poreuse : selon la CNIL elle-même, l'interconnexion est un « processus automatisé ayant pour objet de mettre en relation des informations issues de ces fichiers

¹²²⁰ Littéralement, « Communication proche du terrain ».

¹²²¹ POUPEE (K.), « Live Japon : des puces Felica par millions », *clubic.com*, 13 mars 2010, indexé en ligne.

¹²²² Customer Relationship Management : « Management de la relation client » ; Onboarding : « embarqué ». Il s'agit donc d'une technologie intégrée de gestion de la clientèle.

¹²²³ SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, p. 7.

¹²²⁴ *Id.*

¹²²⁵ Pour aller plus loin sur cette notion, v. MAYER-SCHONBERGER (V.), CUKIER (K.) et al., *Big data, la révolution des données est en marche*, Paris, Robert Laffont, 2014, pp. 29 et s.

ou de ces traitements »¹²²⁶. Quel que soit le procédé, l'objectif et le résultat sont identiques : agréger les données personnelles pour obtenir un échantillon abstrait ou un profilage particulier¹²²⁷. Dans les deux cas, le rapprochement (ajout d'une information à un fichier préexistant) et l'interconnexion constituent un traitement de données à caractère personnel¹²²⁸. La notion d'interconnexion est fondatrice, puisque la loi informatique et libertés et la CNIL ont été créées en réaction à un projet d'interconnexion de fichiers connu sous le nom de SAFARI¹²²⁹. Toutefois, l'interconnexion étant particulièrement utilisée tant par les autorités publiques – principalement pour les fichiers de police – que par les acteurs privés¹²³⁰, la CNIL n'a pas souhaité en retenir une définition trop restrictive. *A priori*, pour déterminer si une opération peut-être qualifiée d'interconnexion, elle procède à une appréciation *in concreto*¹²³¹. Le cas du fichier TES¹²³² est une illustration de la prudence de la CNIL avec cette notion : alors que les critères semblent objectivement remplis (fusion de traitements des titres nationaux d'identité), elle n'a pas retenu la qualification d'interconnexion.

287. La donnée technique neutre à l'épreuve des recoupements. – Il est possible d'affirmer que le numéro de série d'un terminal, une adresse IP ou des coordonnées GPS, ne sont que des données silencieuses, c'est-à-dire qui ne traduisent rien de l'identité d'une personne puisqu'elle n'est alors pas identifiable. La personne n'est pas visible derrière une série de chiffres ou de caractères alphanumériques. Néanmoins, si cette série de caractères est unique et relative à une seule et même personne, le simple fait qu'il soit possible de la rapprocher d'autres informations permettant une identification précise suffit à la qualifier de donnée à caractère personnel. Il en est ainsi du matricule, à la fois neutre et identifiant¹²³³. Or les données techniques sont le plus souvent recoupées avec des

¹²²⁶ CNIL, « Comment déterminer la notion d'interconnexion », 5 avril 2011.

¹²²⁷ Sur ce point, v. nos développements précédents relatifs au *Datamining* et au *Profiling*, n° 164 et s.

¹²²⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 2 ; règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 4, 2).

¹²²⁹ Pour rappel, le fichier SAFARI aurait été formé par la mise en relation de différents fichiers administratifs, et aurait utilisé comme identifiant principal le numéro d'inscription au répertoire des personnes physiques (NIR), couramment simplifié en « numéro de sécurité sociale ».

¹²³⁰ ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur "propriété" », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance de géants de l'Internet*, vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015, p. 83 : « les données d'un individu ne prennent pas leur valeur seules [...] mais mises en réseaux avec d'autres, dans un traitement collectif et selon des flux incessants » ; v. également Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 265.

¹²³¹ Pour un exemple, v. CNIL, délibération n° 2016-143 du 12 mai 2016 autorisant la société par actions simplifiée à associé unique ADP GSI France à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'un processus d'audit interne. V. également CE, 19 juillet 2010, n° 317182 et n° 323441. Il s'agissait ici de la création, par décret et par décision ministérielle, de deux traitements automatisés reposant sur l'interconnexion de fichiers relatifs aux élèves du 1^{er} degré. Dans les deux cas, le Conseil d'État a procédé à l'annulation.

¹²³² Fichier des titres électroniques sécurisés, créé par le décret n° 2016-1460 du 28 octobre 2016 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité, JORF 30 octobre 2016.

¹²³³ V. notamment DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1994, 387 p.

informations nominatives. Une fois la donnée technique devenue identifiante, elle est signifiante¹²³⁴. Même dans les cas de garantie de neutralité des données sensibles¹²³⁵, il est assez aisé de procéder à un recoupement permettant une « réidentification »¹²³⁶. Ce n'est donc pas la nature de l'information qui fait son caractère intrusif, mais bien sa destination et sa propension au recoupement¹²³⁷. On comprend ici tout l'intérêt de la définition extensive des données à caractère personnel, visant une personne identifiée ou identifiable « directement ou indirectement »¹²³⁸.

288. La donnée intime à l'épreuve de l'interconnexion. – Plus le nombre de données compilées et recoupées est grand, plus la valeur du fichier augmente, et plus intrusif est le résultat¹²³⁹. L'agrégation de multiples éléments donne un aperçu plus ou moins précis de pans intimes de la personne. L'expérience MetaPhone¹²⁴⁰ a par exemple permis d'établir une haute probabilité de connaissance de la situation affective : contacts réguliers (messages, appels), rapprochements GPS des terminaux (deux téléphones immobilisés dans le même lieu une ou plusieurs nuits), durée des appels, rapidité des réponses, heures d'appel (en général en milieu et fin de journée). Il s'agit uniquement de données techniques. Les résultats peuvent toutefois surprendre, comme sur les

¹²³⁴ « Quand on dispose de tant d'informations sur les individus, retirer les identifiants ne suffit plus à garantir leur anonymat. Il suffit de quelques points pour les réidentifier. Et cela, les personnes concernées ne le savent pas » : propos de Yves-Alexandre de Montjoye, spécialiste de la question au Data Science Institute de l'Imperial College de Londres, recueillis par SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, p. 7.

¹²³⁵ Pour rappel, la CNIL renvoie à la liste du Code pénal à propos des catégories particulières de données. V. Délibération n° 007-215 du 10 juillet 2007 autorisant la mise en œuvre par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des réclamations qui lui sont adressées. : « origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, nom de famille, état de santé, handicap, caractéristiques génétiques, mœurs, orientation sexuelle, âge, opinions politiques, activités syndicales, appartenance ou non-appartenance (réelle ou supposée) à une ethnie, nation ou race, convictions religieuses ».

¹²³⁶ ZOLYNSKI (C.), « *Big data* et données personnelles : pour une meilleure gestion du risque informationnel », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance de géants de l'Internet*, *op. cit.*, p. 119 : « Le *Big Data* permet de trouver ce que l'on ne cherche pas en faisant émerger des répétitions, des signaux faibles ou récurrences significatives indivisibles à l'œil nu mais révélées par la puissance des recoupements ».

¹²³⁷ V. également OHM (P.), « Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization », *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, p. 1717 : l'auteur identifie le phénomène contemporain d'*Easy reidentification*, et démontre qu'il existe peu de bases de données suffisamment isolées pour empêcher la réidentification.

¹²³⁸ La CNIL va plus loin que la lettre du texte et voit trois possibilités de réponses à la question « Suis-je en présence de données personnelles ? » : « données directement identifiantes », « données indirectement identifiantes », et « recoupement d'informations ». V. CNIL, « Informatique et Libertés : suis-je concerné ? », disponible en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/informatique-et-libertes-suis-je-concerne>.

¹²³⁹ ROUX (A.), *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1983, pp. 75-76 : « Le danger de l'ordinateur est d'autant plus grand que du rapprochement de données éparses naissent de nouvelles informations grâce aux capacités de traitement de la machine, par des méthodes qui vont du simple mais fécond rapprochement d'informations, à la recherche opérationnelle, en passant par l'élaboration de statistiques ou de "profils" intégrant une multitude d'éléments disponibles sur l'individu. Ainsi à partir de l'analyse d'une grande quantité d'informations apparemment anodines, l'ordinateur peut donner de nouvelles informations susceptibles de révéler au grand jour des éléments de la vie privée des particuliers. Cette aptitude de l'ordinateur à réorganiser l'information stockée et à utiliser des techniques complexes d'association et de corrélation entre les données qu'il possède risque donc de conduire à des investigations supplémentaires dans la vie privée, non plus au niveau de la collecte des renseignements mais lors du traitement de ceux-ci ».

¹²⁴⁰ V. nos développements sur l'application MetaPhone qui imite la collecte de données opérées par les applications classiques des dispositifs mobiles, n° 130.

réseaux sociaux où l'on rencontre des suggestions de liens parentaux ou affectifs. Au sein du fil d'actualité d'un utilisateur, on pourra trouver en priorité le contenu généré par le conjoint supposé par l'algorithme (notamment sur la base de la régularité des conversations, de leurs durées et du nombre de messages échangés). Les chercheurs américains ont mis en lumière d'autres informations intimes identifiables : état de santé physique (fréquentation de sites médicaux, recherches ciblées sur les moteurs, localisation GPS dans des hôpitaux, échange de courriels avec un praticien de santé dont les coordonnées sont référencées publiquement, etc.) ou psychologique (mêmes critères, ajoutés à la mesure de la sociabilité sur Internet, appels téléphoniques vers des numéros de soutien, déplacements GPS rares, etc.)¹²⁴¹. Le G29 délivre le même constat, rappelant qu'« à partir d'un schéma d'inactivité la nuit, il est possible de déduire le lieu où dort le propriétaire, et à partir d'un schéma de trajets réguliers effectués le matin, de connaître la position d'un employeur [...] le schéma peut également inclure des données issues des schémas de déplacement d'amis, sur la base de ce que l'on appelle le "graphique social" »¹²⁴². L'analyse de la personne va donc au-delà de sa singularité : son entourage social est pris en considération, ce qui constitue un recoupement de grande envergure¹²⁴³ échappant assez largement au critère du consentement. La dynamique du recoupement parmi les acteurs privés devrait continuer son mouvement, puisqu'il est parfois affirmé aux entrepreneurs qu'il n'y a simplement « pas de concurrence possible sans interconnexion »¹²⁴⁴, et que le secrétaire d'État chargé du numérique vient d'annoncer que selon lui « toute start-up peut demander à tout moment le droit de déroger à un règlement ou une loi en place pour déployer un business model », sous réserve d'acceptation du Gouvernement¹²⁴⁵. Les optimistes pourront voir un bon présage dans la condamnation de la société Facebook par la

¹²⁴¹ MAYER (J.), MUTCHLER (P.), « MetaPhone: The Sensivity of Telephone Metadata », *Webpolicy.org*, 12 mars 2014 ; MAYER (J.), MUTCHLER (P.), MITCHELL (J.), « Evaluating the privacy properties of telephone metadata », *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS USA)*, Stanford University, vol. 113, n° 20, 17 mai 2016, pp. 5536-5541.

¹²⁴² G29, avis 13/2011 sur les services de géolocalisation des dispositifs mobiles intelligents, 16 mai 2011, p. 7. Le G29 ajoute : « Un schéma de comportement peut également inclure des catégories spéciales de données, dans le cas, par exemple, où elles révèlent des visites à des hôpitaux ou à des lieux de culte, la présence à des manifestations politiques ou à d'autres lieux spécifiques révélant des informations concernant la vie sexuelle par exemple. Ces profils peuvent être utilisés pour prendre des décisions pouvant affecter le propriétaire de manière significative ».

¹²⁴³ POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *op. cit.*, p. 51 : « On ose à peine imaginer la connaissance de chacun que Google, "Big Brother" de nos temps modernes, peut collecter, croiser et ainsi déduire de l'utilisation combinée ou non d'applications comme son moteur de recherche (Google Search Engine), son service de courrier électronique (Gmail), ses services d'information en ligne (Google News), ses services d'information géographique (Google Earth) et les services de publicité en ligne développés par sa filiale DoubleClick qui, grâce à sa technologie des hyperliens invisibles, collecte les données de navigation des millions d'internautes auprès de milliers de sites web connectés à DoubleClick ».

¹²⁴⁴ CURIEN (N.), *Économie des réseaux*, Paris, la Découverte, « Repères », 2005, p. 86 : « Dans les secteurs en réseau, pas de concurrence possible sans interconnexion, c'est-à-dire sans accès réciproque de chaque opérateur de réseau aux infrastructures des autres ni sans accès des fournisseurs de services aux infrastructures de réseau ».

¹²⁴⁵ BEMBARON (E.), « Mounir Mahjoubi annonce cent mesures pour les start-up », *LeFigaro.fr*, ressource mise en ligne le 24 mai 2018.

CNIL¹²⁴⁶. Sans surprise, l'autorité de régulation avait commencé par constater que Facebook procédait « à la combinaison des données des utilisateurs aux fins d'affichage de contenus et de publicités personnalisés ». Néanmoins, la formation restreinte avait également noté « que la combinaison potentiellement illimitée de toutes les données des utilisateurs, qui sont collectées non seulement sur le site facebook.com mais également sur des sites ou applications tiers, notamment via le cookie datr [était], par son ampleur, de nature à méconnaître les intérêts des utilisateurs et à porter atteinte à leur droit au respect de la vie privée »¹²⁴⁷.

289. Interconnexion à des fins de sécurité publique. – Les pouvoirs publics procèdent également à des recoupements et interconnexions pour faciliter certaines activités de police administrative et judiciaire¹²⁴⁸, ainsi que pour permettre l'évaluation et l'exécution de certains services publics¹²⁴⁹. Le recoupement est un outil central dans la lutte contre le terrorisme¹²⁵⁰, comme en attestent les nombreuses lois adoptées au cours des dernières années. Dans un tel contexte, les données relevant d'une catégorie particulière – *a fortiori* essentielles – peuvent être collectées. C'est ce qu'illustre le fichier ACCReD¹²⁵¹, réalisant l'interconnexion de nombreux fichiers préexistants¹²⁵² : TAJ, CRISTINA, GESTEREXT, FSPRT, etc. Le décret afférent prévoit la collecte des « opinions politiques, philosophiques ou religieuses » si cela est « indispensable à la réalisation des enquêtes administratives »¹²⁵³. La délimitation de la nécessité dans une « enquête administrative » ainsi que la qualification de l'« indispensable » sont laissées à l'appréciation de la direction générale de la police nationale et la direction générale de la gendarmerie nationale. Rappelons que le seul fichier TAJ est célèbre pour ses 15 millions de personnes « défavorablement

¹²⁴⁶ FOREST (D.), « Facebook interroge la souveraineté numérique », *Dalloz IP/IT*, mai 2016, n° 5, pp. 263-266.

¹²⁴⁷ CNIL, délibération n° SAN-2017-006 du 27 avril 2017 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés Facebook inc. et Facebook ireland.

¹²⁴⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 26. Pour aller plus loin, v. DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, pp. 477 et s.

¹²⁴⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 27. Pour aller plus loin, v. BAUDOT (P.-Y.), « Encore une révolution informatique ? Open et big data dans les organisations administratives », *Informations sociales*, 2015/5, n° 191, pp. 8-18.

¹²⁵⁰ POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *op. cit.*, p. 51 : « le profil du terroriste se déduit du croisement de données aussi diverses que le registre de population, les utilisations de cartes de crédit, les déplacements recensés grâce aux mobilophones, les cartes de fidélité, la consommation de médicaments, etc. ».

¹²⁵¹ Décret n° 2017-1224 du 3 août 2017 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Automatisation de la consultation centralisée de renseignements et de données » (ACCReD)

¹²⁵² *Ibid.*, art. 7 (extrait) : « Le traitement mentionné à l'article 1^{er} peut procéder à la consultation automatique et, le cas échéant, simultanée des traitements de données à caractère personnel suivants aux seules fins de vérifier si l'identité de la personne concernée y est enregistrée ».

¹²⁵³ *Ibid.*, art. 3. On peut noter ici que la CNIL a formulé son inquiétude quant à la portée particulièrement large d'une telle collecte, et a toutefois obtenu que soit retirée du décret les dispositions permettant la possibilité d'une collecte de données relatives aux origines raciales ou ethniques lors d'une enquête administrative. V. CNIL, délibération n° 2017-152 du 18 mai 2017 portant avis sur un projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « ACCReD ».

connues » des services de police, alors que « seules » 5 millions de ces personnes disposent d'un casier judiciaire¹²⁵⁴. Dans un autre domaine, les *smart cities* sont un exemple révélateur du recours au recoupement en matière d'amélioration de l'exécution des services publics¹²⁵⁵ : analyse des flux de circulation dans les transports en commun, comportement des usagers dans les lieux publics¹²⁵⁶. Si l'objectif d'amélioration du service public est manifeste, la massification de la collecte et le peu de précautions prises pour l'anonymisation des données inquiètent. La multiplication des dispositifs de vidéoprotection, des objets connectés par RFID et des capteurs (balises) dans les lieux publics, laisse craindre à la fois un outil supplémentaire de surveillance de masse et la réidentification personnelle¹²⁵⁷ par la multiplication de fichiers peu sécurisés contenant des données comportementales¹²⁵⁸.

En définitive, le rapprochement de données et l'interconnexion des fichiers par des traitements automatisés sont les variables qui permettent de programmer des algorithmes prédictifs, de plus en plus aptes à profiler une personne par son identité numérique. Les moyens de stockage, entre autres avancées technologiques, le permettent¹²⁵⁹. Sous les apparences d'un service plus adapté ou d'une sécurité accrue, l'objectif de quantification de la personne poursuivi par les autorités ou entreprises privées mobilisant ces outils apparaît assez clairement¹²⁶⁰.

B. La personne quantifiée selon des critères réducteurs

290. Définition du profilage. – Le profilage est un procédé « consistant à déduire un ensemble de caractéristiques (généralement comportementale) relatives à une personne ou à une entité collective puis à traiter cette personne ou entité (ou d'autres personnes ou entités) à la lumière de

¹²⁵⁴ Pour aller plus loin, v. MANACH (J.-M.), « Défavorablement connus », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, pp. 49-61.

¹²⁵⁵ SCHWEIGER (J.), « *Smart cities* et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », *Dalloz IP/IT*, décembre 2017, n° 12, pp. 624-632.

¹²⁵⁶ THIEULIN (B.), « Gouverner à l'heure de la révolution des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, p. 29 : « L'intégration du prédictif porte en elle la promesse d'une transformation profonde de l'action publique. Les données collectées par la puissance publique ne sont plus seulement des données "statiques", déclarées ponctuellement par le citoyen sous son contrôle. Il s'agit, de plus en plus, de données d'activités ou de comportements, collectées en continu, qui décrivent très finement la vie économique des entreprises et la vie personnelle des citoyens. Demain, les *smart cities* (villes intelligentes), bardées de capteurs, donneront lieu à une collecte massive de données en temps réel : validation des titres de transport, localisation des bus, mesure de l'état du trafic, vidéosurveillance ».

¹²⁵⁷ V. nos développements précédents, n° 287.

¹²⁵⁸ MOURON (P.), « Données personnelles : les risques liés aux Smart Cities », *ESI*, mars 2017, n° 422, pp. 103-107.

¹²⁵⁹ POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *op. cit.*, pp. 51-52 : « La diminution drastique des coûts de stockage, la sophistication des outils d'analyse de données et les puissances de calcul de nos ordinateurs autorisent ces croisements aléatoires d'où sort la vérité au moins statistique des profils qu'il reste à confronter aux données relatives à des personnes particulières ».

¹²⁶⁰ PAUL (M.), ROBERT (D.), « Présentation », *Cités*, 2009, n° 39, p. 11 : « l'exploitation des fichiers de données que produisent nos activités réticulaires en toute naïve inconscience permet de faire commerce de nos identités et des existences que nos connexions expriment et rendent calculables ».

ces caractéristiques»¹²⁶¹. La notion apparaît juridiquement dans le RGPD, où elle est définie comme « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique »¹²⁶². Étant donné la nature essentielle des informations visées, soit les données particulières qualifiées comme telles par les textes, l'on s'attend à ce qu'elles fassent l'objet d'une protection d'un niveau particulièrement élevé. Le développement des moyens techniques permettant le profilage tend à prouver le contraire.

291. Mécanisme du profilage. – Il existe bien des techniques pour constituer un profil à partir des données personnelles captées. Invariablement, l'opération de profilage consiste à saisir des informations relatives à une personne au sein d'une certaine quantité de données – fichiers ou bases de données – pour en faire ressortir une orientation précise relative à une personne physique¹²⁶³. Le programme est inductif et saisit donc prioritairement les données éclatées, essayant ensuite par des procédés algorithmiques de remonter à la source et de former une ou plusieurs nouvelles informations. Par analogie, on peut évoquer le « *reverse engineering* »¹²⁶⁴ : démonter un produit jusqu'à ses plus petits démembrements pour en comprendre le fonctionnement. Une fois le problème densifié, des corrélations sont établies, selon une redondance d'éléments qui permettent de déceler des déterminants et des effets probables. Les données sont réassemblées pour générer des profils, opération au cours de laquelle l'algorithme est enrichi par l'introduction de nouvelles variables¹²⁶⁵. Selon une formule usuelle, les algorithmes permettent de répondre à des questions trop complexes pour être posées¹²⁶⁶. Le procédé appliqué à l'identité dans son ensemble et jusque dans ses aspects essentiels constitue ainsi un démontage maximisé de l'identité narrative, et ce afin d'en extraire un profil. Nécessairement figé pour former une information exploitable, ce dernier peut être qualifié

¹²⁶¹ BYGRAVE (L. A.), « Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling », *Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, vol. 17, 2001, p. 18. Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : « Generally speaking, profiling is the process of inferring a set of characteristics (typically behavioural) about an individual person or collective entity and then treating that person/entity (or other persons/entities) in the light of these characteristics ».

¹²⁶² Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 4, 4).

¹²⁶³ BALLEST (L.), « Text et Data Mining, l'impossible exception », *Dallos IP/IT*, n° 9, septembre 2016, pp. 415-419.

¹²⁶⁴ Ingénierie inversée, parfois décrite comme une forme d'espionnage industriel.

¹²⁶⁵ Il ne s'agit ni plus ni moins que d'un tri progressif avec découverte des critères en direct. C'est la puissance de calcul qui diffère ici : trouver une aiguille dans une botte de foin est une question de fraction de seconde pour un algorithme correctement codé.

¹²⁶⁶ ANRIG (B.), BROWNE (W.), GASSON (M.), « The Role of Algorithms in Profiling », in HILDEBRANDT (M.), GUTWIRTH (S.) (dir.), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2008, p. 65.

de totalisant¹²⁶⁷. La pratique *scoring* dont la CNIL a fait état dans l'une de ses délibérations les plus marquantes en est un exemple¹²⁶⁸. Elle consiste pour un organisme de crédit à mesurer le risque encouru en cas de prêt à une personne identifiée, et ce en évaluant son taux de fiabilité sur la base de données à caractère personnel¹²⁶⁹. L'identité de la personne visée est alors réduite à celle de bon ou de mauvais payeur. Dans un tel cas, le traitement des données à caractère personnel effectué est illicite, puisque la décision prise produit des effets juridiques à l'égard de la personne concernée¹²⁷⁰.

292. Efficacité du profilage. – L'efficacité des algorithmes de profilage est de plus en plus tangible¹²⁷¹. Il est utile ici de rappeler que les algorithmes ne sont pas l'intelligence artificielle, et qu'ils réalisent une tâche mécanique pour laquelle ils ont été programmés. Pour l'exposer simplement, un algorithme programmé par un virtuose sera d'une efficacité sidérante, quand celui programmé par un débutant sera peu voire pas performant. Aux débuts du Web sémantique, les algorithmes prédictifs étaient moqués. Aujourd'hui, ils sont bien plus raffinés et intègrent des variables suffisamment complexes pour que leur enrichissement soit automatique¹²⁷². Ainsi des algorithmes de Facebook, qui dressent des profils d'utilisateurs qui seront proposés aux annonceurs contre rémunération. L'entreprise a fait le choix de dévoiler une partie des résultats de ces algorithmes. L'utilisateur a désormais la possibilité de consulter un onglet « Préférences publicitaires »¹²⁷³ qui lui laisse entrevoir les conclusions générales de l'algorithme prédictif concernant des catégories telles que les voyages, lieux, événements, actualités, divertissements,

¹²⁶⁷ Nous empruntons cet adjectif à Pierre Bourdieu, qui l'évoque dans ses recherches relatives à l'illusion biographique, notion très proche de celle que développera plus tard Paul Ricoeur, l'identité narrative. V. BOURDIEU (P.), « L'illusion biographique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 62-63, juin 1986, p. 70 : « Mais cette identité pratique ne se livre à l'intuition que dans l'inépuisable série de ses manifestations successives, en sorte que la seule manière de l'appréhender comme telle consiste peut-être à tenter de la ressaisir dans l'unité d'un récit totalisant (comme autorisent à le faire les différentes formes, plus ou moins institutionnalisées, du "parler de soi", confidence, etc.) ».

¹²⁶⁸ CNIL, délibération n° 85-15 du 30 avril 1985 portant adoption d'une recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit : « La technique du score, dont la finalité est l'appréciation du risque de crédit par des moyens automatisés, a pour résultat la constitution d'un profil de l'emprunteur par chaque organisme ».

¹²⁶⁹ À titre informatif, il faut noter qu'il existe dans d'autres États un tel fichier à la disposition des établissements bancaires. Au Canada par exemple, le « taux de crédit » des personnes est accessible à l'aide de leur « numéro d'assurance sociale » (NAS). De nombreux abus sont constatés, car la formation de certains contrats repose sur l'information par la personne physique de ce « taux de crédit » (notamment pour obtenir un logement).

¹²⁷⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 10, al. 2 ; Règlement (UE) 2016/679, art. 22.

¹²⁷¹ ROZENFELD (S.), « Adrien Basdevant. Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *op. cit.*, pp. 134-139. Pour des analyses pertinentes déjà pertinentes il y a quelques années, v. DINANT (J.-M.), LAZARO (C.), POULLET (Y.) et al., *L'application de la Convention 108 au mécanisme de profilage : Éléments de réflexion destinés au travail futur du Comité consultatif*, 24^{ème} réunion, 13-14 mars 2008, ressource en ligne ; recommandation CM/Rec(2010)13 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel dans le cadre du profilage, Conseil de l'Europe, 23 novembre 2010.

¹²⁷² V. notamment SOUI (M.), *Algorithmique et programmation. Tome 1*, Éd. Universitaires européennes, 2014, 52 p.

¹²⁷³ L'adresse est la suivante et peut être appliquée à tout profil Facebook : <https://www.facebook.com/ads/preferences> (à jour au 26 mai 2018).

affaires et industrie, sports et activités d'extérieur, style de vie et culture (dont les opinions politiques et religieuses), passe-temps et activités, technologies, préférences culinaires.

293. Le consommateur, cible de la publicité comportementale. – L'expression « traçage » naît dans les années 60¹²⁷⁴, et connaît une application réservée aux marchandises. La norme AFNOR NF X 50-120 nous apprend que « la traçabilité d'un produit est l'aptitude à retrouver l'historique, l'utilisation ou la localisation d'un article ou d'une activité au moyen d'une identification enregistrée »¹²⁷⁵. La possibilité de tracer un produit est une nécessité¹²⁷⁶. Toutefois, la compatibilité d'une telle définition aux traitements automatisés visant la personne est troublante. L'utilisation du vocabulaire marketing appliqué à la personne est en principe inadapté, puisque *market-ing* signifie littéralement « placer sur le marché ». Si l'identification nominative est primordiale pour l'action publique, cela n'est pas toujours justifié dans le cadre de l'utilisation de plateformes numériques, où la fourniture du nom est pourtant souvent demandée. Cela n'est guère surprenant, dans la mesure où la plupart des acteurs privés s'intéressent à la personnalité et au comportement qui en découlent. Du point de vue des annonceurs qui utilisent les données compilées, l'utilisateur d'une plateforme peut rester anonyme du moment que ses goûts sont connus et qu'il est possible de le contacter directement ou indirectement. Qu'importe qu'un utilisateur ait réussi à conserver un anonymat formel du moment qu'il est possible de lui délivrer de la publicité ciblée sur les espaces Web qu'il fréquente ou dans sa boîte courriel¹²⁷⁷. Interrogé par *le Monde*, le président d'une entreprise spécialisée dans le profilage à des fins publicitaires qualifie de « scientifique » la compréhension du consommateur¹²⁷⁸. L'existence même d'une « publicité comportementale », qui a intégré le vocabulaire des annonceurs, mais aussi celui des juristes, peut sembler surprenante¹²⁷⁹. L'expression en elle-même est porteuse d'une curieuse incompatibilité, le comportement de la personne relevant par principe de son essence, et pouvant à ce titre être protégé des investigations. L'expansion de l'étude des techniques commerciales et marketing a donné lieu à cette terminologie,

¹²⁷⁴ Pour une analyse complète, v. VIRUEGA (J.-L.), *La nouvelle traçabilité : au-delà des crises de confiance des consommateurs*, Thèse de doctorat en génie industriel, Université Pierre Mendès France, 2007, 258 p.

¹²⁷⁵ AFNOR, « Vocabulaire pour le management et l'assurance de la qualité », 1987. V. aussi la norme ISO 9000 : « La traçabilité est l'aptitude à retrouver l'historique, la mise en œuvre ou l'emplacement de ce qui est examiné ».

¹²⁷⁶ On pensera notamment à des raisons de santé publique et à la nécessité de retirer un produit de la vente ou de la disponibilité.

¹²⁷⁷ G29, avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, 20 juin 2007, p. 15 : « sans même s'enquérir du nom et de l'adresse de la personne, on peut la caractériser en fonction de critères socio-économiques, psychologiques, philosophiques ou autres et lui attribuer certaines décisions dans la mesure où le point de contact de la personne (l'ordinateur) ne nécessite plus nécessairement la révélation de son identité au sens étroit du terme »

¹²⁷⁸ SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, p. 6.

¹²⁷⁹ G29, avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, 22 juin 2010, p. 5 : « Cependant, la pratique même de la publicité comportementale suscite de sérieuses inquiétudes en termes de protection des données et de la vie privée. La technologie de base de l'internet permet en effet aux fournisseurs de réseaux publicitaires de tracer des personnes concernées sur différents sites et à travers le temps ».

que l'on retrouve dans de nombreux ouvrages dont l'objectif est clair : « Comportement du consommateur »¹²⁸⁰, « Psychologie du consommateur »¹²⁸¹, « Marketing des enfants »¹²⁸². Le support numérique offre des perspectives d'observations comportementales sans limites. Dans le monde physique, on peut en effet supposer que peu de gens toléreraient d'être en permanence suivis par de nombreux observateurs qui noteraient leurs déplacements, les boutiques croisées, chaque chose achetée, chaque interlocuteur, la durée de leurs actions, le temps passé dans un magasin, et qui s'échangeraient les informations obtenues.

Finalement, l'anonymat formel devient pour les acteurs privés une question quasiment obsolète. Pour de nombreux annonceurs et pour certains gestionnaires de services publics, les caractéristiques essentielles de l'identité permettent une compréhension du consommateur ou de l'utilisateur meilleure que la plupart des éléments de l'identité formelle. La propension technique à circuler des données personnelles, qui produit aussi leur volatilité, est alors un avantage pour tous types d'exploitants. Il en résulte un éloignement technique des informations essentielles de la personne.

§ 2 – L'éloignement technique des informations essentielles de la personne

294. De l'intrusion dans l'intime à l'égarement des données. – La collecte et les traitements de données à caractère personnel constituent des ingérences dans l'intimité des personnes, mais les atteintes sont si nombreuses qu'il n'est guère possible de les aborder toutes¹²⁸³. Le flottement juridique qui entoure la nature des données et la valeur du consentement occasionne le développement de pratiques marginales. Les autorités de régulation ne peuvent logiquement faire face à une innovation dépassant les bornes du concevable, la plupart des traitements automatisés ne faisant pas l'objet d'une déclaration préalable. Il semble en effet peu raisonnable de demander aux régulateurs européens, limités financièrement, humainement et juridiquement, d'affronter seuls

¹²⁸⁰ Les ouvrages ainsi nommés sont nombreux. Pour un exemple récent, v. BREE (J.), *Le comportement du consommateur*, Malakoff, Dunod, 2017, 126 p. La 4^{ème} de couverture indique : « Le consommateur est un être complexe, au comportement souvent imprévisible et changeant. Il est difficile de l'attirer, et plus encore, de le fidéliser. Ce livre [...] offre un panorama synthétique, critique et complet des connaissances sur le comportement du consommateur ».

¹²⁸¹ GUEGUEN (N.), *Psychologie du consommateur : pour mieux comprendre comment on vous influence*, Paris, Flammarion, « Clés des champs », 2017, 352 p.

¹²⁸² BOKOBZA (S.), *Le marketing des enfants*, Mémoire de DESS Marketing, Paris I, 1999, 97 p. ; BREE (J.), *Les enfants, la consommation et le marketing*, Paris, PUF, « Gestion », 1993, 310 p. ; GICQUEL (Y.), *Le marketing des juniors*, Chambéry, Le génie des glaciers, « Mini-génies », 2006, 62 p.

¹²⁸³ Dès 1999, on pouvait lire ceci sous la plume d'un ingénieur informaticien : « aujourd'hui, le simple fait d'allumer un ordinateur branché sur Internet met en route plusieurs processeurs qui exécutent subrepticement des centaines de programmes sans que l'utilisateur moyen en soit informé ni puisse avoir le moindre contrôle sérieux sur les données qui y sont traitées » : DINANT (J.-M.), « Les traitements invisibles sur Internet », in MONTERO (E.) (dir.), *Droits des technologies de l'information. Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, « Les Cahiers du CRID », 1999, pp. 277 et s.

les puissances combinées des acteurs privés du numérique et la résistance d'États ayant tendance à multiplier les lois sécuritaires. Malgré une garantie de maîtrise des données, une tendance à la perte de contrôle est déjà bien ancrée, que ce soit dans l'espace par la viralité numérique (A.) ou dans le temps par la mémoire numérique (B.).

A. La perte de contrôle de l'identité dans l'espace en raison de la viralité numérique

295. Loin des yeux, loin des vérifications. – La perte immédiate ou ultérieure de visibilité sur les données collectées (1.) a pour conséquence de rendre impossible leur traçabilité (2.).

1. Perte de visibilité des données

296. Captations invisibles, collectes sauvages. – La maîtrise des données personnelles suppose leur visibilité et leur traçabilité. Or la personne est souvent placée dans une situation généralisée de méconnaissance vis-à-vis des collectes et traitements de données qui la concernent¹²⁸⁴. La responsabilité de la personne, qui a en théorie la possibilité de ne pas donner son consentement à ces pratiques, doit être tempérée¹²⁸⁵. Comment savoir en effet qu'une donnée est générée par le simple fait de cliquer sur une icône, de taper sur le clavier à une certaine vitesse, d'hésiter avant de fermer une page, ou simplement de saisir des lettres sans valider la requête sur un moteur de recherche ? Les captations invisibles et non consenties¹²⁸⁶ sont les symboles d'« une marchandisation qui s'accompagne de pratiques de plus en plus sauvages »¹²⁸⁷. Par ailleurs, les connexions sans fil permettent un traçage accru des équipements connectés. Les terminaux téléphoniques mis en veille continuent de transmettre d'importantes quantités de données¹²⁸⁸. Les informaticiens eux-mêmes se trouvent démunis face à la quantité de données générées par toute

¹²⁸⁴ Sur ce point, v. *infra*, n° 316..

¹²⁸⁵ Pour un approfondissement sur ce point, v. nos développements suivants, n°s 492 et s.

¹²⁸⁶ Pour un exemple de captation illégale : les programmes « aspirateurs d'adresse » qui lancent des recherches diverses, notamment les occurrences « @ » qui valide les adresses électroniques. Un programme assez simple permet ensuite de constituer des listes de diffusion destinée à l'envoi de spams publicitaires. Ces logiciels sont en disponibilité directe par téléchargement en ligne. Leurs noms sont éloquentes : « Prospect Mailer », « Email Collector Power 3.3 ». Pour une condamnation de ces procédés, v. Cass. crim., 14 mars 2006, *Société ABS*, n° 05-83423, *Bull. Crim.* n° 69, *CCE*, 2006, n° 131, obs. A. LEPAGE.

¹²⁸⁷ MARINO (L.), PERRY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 57.

¹²⁸⁸ DINANT (J.-M.), *Rapport sur les lacunes de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) face aux développements technologiques (Partie I)*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2010 p. 3 : « Même lorsque les communications sont chiffrées, le numéro de série électronique statique qui équipe une borne Wifi, une puce RFID ou un mobile BlueTooth demeure généralement lisible en clair. Ces appareils sont de type serveur, c'est-à-dire que, techniquement, ils répondent automatiquement à une tentative de connexion, même si elle est abusive et non suivie d'effet, en communiquant leur numéro de série électronique unique au monde (GUID : Global Unique Identifier). En général, il est donc techniquement possible de lire un numéro de série BlueTooth, l'adresse MAC d'une carte Wifi ou le numéro de série d'une puce RFID, même sans entamer une véritable communication ».

action¹²⁸⁹. Un exemple éloquent peut être trouvé dans une demande d'autorisation sur laquelle la CNIL s'est prononcée à l'été 2015¹²⁹⁰, à rapprocher de la fameuse délibération *Google Street View*¹²⁹¹. En l'espèce, la société JCDecaux sollicitait la possibilité de prélever les adresses MAC¹²⁹² des terminaux téléphoniques passant à proximité – moins de 25 mètres – d'une dalle publicitaire installée dans le quartier parisien de la Défense. Le fait de passer à côté de ce panneau publicitaire avec un téléphone intelligent permettait une détection par connexion Wi-Fi du terminal et le prélèvement de la donnée technique : il s'agit du principe de la balise, aussi appelé *Beacon*¹²⁹³. La société JCDecaux affirmait au régulateur qu'il s'agissait de « tester une méthodologie d'estimation quantitative des flux piétons », dont on comprend qu'elle souhaitait présenter des statistiques précises et individualisées de fréquentation aux annonceurs susceptibles de louer ses emplacements publicitaires. JCDecaux assurait en outre que les données techniques immédiatement transmises sur un serveur à Francfort étaient tronquées, l'identifiant amputé rendant anonyme le traitement. La CNIL a pragmatiquement observé que couper un identifiant alphanumérique en deux avait *in fine* le même résultat : faire correspondre un numéro de série à une personne, reconnue à chaque passage devant la « dalle publicitaire ». Même moins longue, une série de chiffres reste un identifiant. La Commission a donc conclu à l'absence d'anonymisation et estime « que la collecte ainsi réalisée sans connaissance et sans information suffisante des personnes ne pourrait être qualifiée de loyale ». Si dans un tel cas l'entreprise s'est acquittée de son obligation de déclaration préalable – supprimée depuis le 25 mai 2018 –, les observateurs continuent de constater « l'accroissement des captations furtives et des manipulations opaques, favorisé par des moyens techniques de collecte très variés », ce qui « engendre un risque d'utilisation et de réutilisation des données insoupçonné parce que généralement insoupçonnable »¹²⁹⁴. Un récent et retentissant

¹²⁸⁹ *Id.* : « ces nouveaux réseaux largement disséminés et dont la croissance sera exponentielle durant les années à venir, permettent de manière technique et invisible le suivi individuel de chaque terminal équipé d'une interface WiFi, RFID ou BlueTooth, à l'insu de son détenteur, même lorsque l'équipement terminal n'est pas volontairement activé »

¹²⁹⁰ CNIL, délibération n° 2015-255 du 16 juillet 2015 refusant la mise en œuvre par la société JCDecaux d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité de tester une méthodologie d'estimation quantitative des flux piétons sur la dalle de La Défense (demande d'autorisation n° 1833589).

¹²⁹¹ CNIL, délibération n°2011-035 du 17 mars 2011 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X : DEBET (A.), « Affaire Google Street View : une sanction exemplaire... mais quelles suites ? », *CCE*, janvier 2012, n°1, pp. 7-12. En l'espèce, la CNIL avait constaté que le véhicule de cartographie et photographie de *Google Street View* était équipé de « plusieurs dispositifs de collecte de données sur le toit du véhicule, ainsi que d'une clef Wi-Fi dans le coffre du véhicule, permettant de capter et d'enregistrer des signaux Wi-Fi ».

¹²⁹² Adresse électronique émise par la carte réseau intégrée à un appareil. Il s'agit donc d'un identifiant fixe et unique.

¹²⁹³ CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 75 : « Les beacons sont de petites balises physiques sans fil, capables de communiquer avec des smartphones au travers du protocole Bluetooth. Ils permettent en particulier de pouvoir “réveiller” une application mobile lorsqu'un utilisateur passe à proximité, pour lui indiquer une opération en cours ou lui proposer une réduction. Ces dispositifs rendent les commerces connectés et, parce qu'ils ont une portée limitée, permettent de connaître avec précision le parcours des clients dans le magasin ». La CNIL estime que la France devrait compter plus de 60 millions de *beacons* à en 2019.

¹²⁹⁴ RENAUDIN (K.), *Le spamming et le droit. Analyse critique et prospective de la protection juridique des « spamés »*, Thèse dactylographiée, Université Pierre Mendès France Grenoble, 2011, p. 127.

exemple peut être trouvé dans l'installation des compteurs Linky par ENEDIS (anciennement ERDF), gestionnaire du réseau de distribution d'électricité. L'installation de ce compteur est obligatoire, mais à l'occasion des mises en service, le prestataire considère que le consentement vaut à la fois pour l'installation et la collecte de données de consommation horaires. Or ce compteur qui collecte des relevés horaires détaillés de la consommation des ménages¹²⁹⁵ a été installé dans près de dix millions d'habitations sans information véritable et sans consentement valable. La société Direct Énergie a été publiquement mise en demeure par la CNIL¹²⁹⁶, bien que les données de consommation aient déjà été largement collectées et exploitées par la société ENEDIS¹²⁹⁷ et ses partenaires.

297. Le Web « indexé », partie émergée de l'iceberg. – Sauf à se trouver dans un État pratiquant la limitation de certains contenus¹²⁹⁸ – ou le blocage¹²⁹⁹ –, un contenu déposé sur le Web est accessible en tous lieux dotés d'une connexion au réseau Internet, qu'elle soit filaire, non filaire ou satellite. Face à l'immensité d'Internet, le caractère « extrêmement complexe de la protection de l'identité »¹³⁰⁰ apparaît. Ce que l'esprit humain ne peut saisir, l'algorithme le cherche et peut le diffuser mondialement. Dès lors, l'identité « doit être préservée dans un monde où les moyens technologiques permettent d'en détecter les éléments les plus intimes et de les porter à la connaissance de la terre entière en quelques secondes »¹³⁰¹. L'inquiétude s'accroît lorsqu'on pense au *Deep Web* (« Web profond »), traditionnellement opposé au *Surface Web* (« Web surfacique ») que chacun connaît¹³⁰². Le Web classique, indexé sur les moteurs de recherche employés quotidiennement, ne représenterait avec ses 14 milliards de pages qu'une maigre proportion du contenu disponible à la navigation. Le *Deep Web* proposerait un contenu environ 500 fois supérieur,

¹²⁹⁵ SIRINELLI (P.), PREVOST (S.), « Linky : un consentement non éclairé », *Daloz IP/IT*, mai 2018, n° 5, p. 265. V. également les exemples donnés par la CNIL à l'occasion de sa délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants : « Une courbe de charge avec un pas de 10 minutes permet notamment d'identifier les heures de lever et de coucher, les heures ou périodes d'absence, ou encore, sous certaines conditions, le volume d'eau chaude consommée par jour, le nombre de personnes présentes dans le logement, etc. » ; MOROT-MONOMY (C.), « Compteurs communicants *Linky* : la position de la CNIL sur le stockage local de la courbe de charge », in BIOY (X.) (dir.), « Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales (Second semestre 2015) », *LPA*, 27 avril 2016, n° 84, chron., p. 12.

¹²⁹⁶ CNIL, décision MED n° 2018-007 du 5 mars 2018 mettant en demeure la société Direct Energie.

¹²⁹⁷ PAULIAT (H.), « La Cour des comptes et les compteurs Linky : une bonne opération pour ENEDIS, mais pas pour le consommateur », *JCP A.*, 19 février 2018, n° 7, pp. 3-4.

¹²⁹⁸ V. par exemple le blocage de Youtube par l'État turc et les requêtes parvenues jusqu'à la Cour européenne. Cour EDH, 1^{er} décembre 2015, *Cengiz et autres c. Turquie*, req. n° 48226/41 et 14027/11.

¹²⁹⁹ Pour un panorama complet et régulièrement mis à jour, voir la liste des « Ennemis d'Internet » de Reporters Sans Frontières, qui propose un dossier sur chaque État concerné, ressource indexée.

¹³⁰⁰ MARGUENAUD (J.-P.), « La dimension européenne de l'identité », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois presses université, 2015, p. 107.

¹³⁰¹ *Id.*

¹³⁰² V. MAISON ROUGE (de) (O.), « Darkweb : plongée en eaux troubles », *Daloz IP/IT*, n° 2, février 2017, pp. 74-79.

ce qui justifie amplement la métaphore simplificatrice de l'iceberg. Contrairement à ce que l'on peut souvent lire, le *Deep Web* n'est pas une zone de non-droit, ni un marché noir qui propose la vente de produits illégaux¹³⁰³. Sa nature « cachée » tient à un aspect technique contraignant : il faut passer par des outils spécifiques pour pouvoir consulter ces pages. Le large développement de contenus illégaux en est une conséquence, mais pas son fondement. On y trouvera donc aussi bien des contenus parfaitement légaux. Le *Deep Web* n'est ni un projet concrètement défini, ni une infrastructure autonome, mais une partie beaucoup plus dense et moins visible du réseau Internet. Finalement, le bagage technique requis pour l'accès à ce contenu limite mécaniquement la possibilité pour les personnes de savoir si des informations les concernant s'y trouvent. Pour les plus téméraires qui s'essayaient à l'utilisation de *ToR*, *Surfvaf*, *DeepDyve*¹³⁰⁴, une seconde difficulté intervient : l'absence d'indexation. Le propre du *Deep Web* étant de ne pas être référencé, il y a peu de possibilités d'avoir un aperçu du contenu disponible sur un sujet particulier ou à propos d'une personne spécifique. L'adresse d'un contenu doit être connue pour qu'il soit possible d'y accéder¹³⁰⁵. Une fois la visibilité sur la collecte et le stockage perdue, la traçabilité n'est plus envisageable.

2. Perte de traçabilité des données

298. Personne traçable, données volatiles. – La volatilité d'une donnée est déterminée par son environnement de stockage et les possibilités d'accès à distance. Dans le cas où elle est intégrée à un contenu indexé – c'est-à-dire visible sur un moteur de recherche –, il est pratiquement impossible de connaître l'ampleur de sa diffusion, car son enregistrement est à tort considéré comme libre par différents acteurs et logiciels : annuaires en lignes, aspirateurs de données, courtiers en données, personnes physiques, etc. En revanche, dans le cas d'un identifiant bancaire communiqué à un site offrant un paiement sécurisé, l'espérance d'une diffusion réduite ou inexistante est réelle. Le traçage de certaines données est possible à l'aide des métadonnées qui y sont intégrées¹³⁰⁶. Cette opération souffre néanmoins de nombreux obstacles : nécessité de connaissances techniques, indexation incomplète des contenus sur le Web, effacement des métadonnées, temps requis pour traquer les données, collectes invisibles.

¹³⁰³ Le *Deep Web* est souvent confondu avec le *Dark Net*, qui se place véritablement en marge du Web marchand et de l'Internet classique. Les connexions sont externes au réseau et nécessitent une clef spécifique. Paradoxalement, le *Dark Net* propose une sécurité bien plus importante des données à caractère personnel et un véritable anonymat selon l'entrée technique choisie (il nous semble par exemple que *Freenet* propose une sécurité supérieure à *ToR*).

¹³⁰⁴ Pour une revue d'ensemble des outils d'accès au *Deep Web*, v. sur le web « surfacique » : « *Deep Web Research Tools* », contenu indexé.

¹³⁰⁵ En retour, il faut admettre que cela limite la consultation de contenus intimes qui auraient été obtenus frauduleusement et disséminés sur le *Deep Web*. On pensera bien sûr au *Revenge Porn*, mais pas uniquement. On trouve en effet toutes sortes de contenus dans les profondeurs d'Internet, de la communication d'informations sur des tiers identifiés à la revente de fichiers entiers.

¹³⁰⁶ V. nos développements sur la recherche par métadonnées, n° 125.

299. Le partage privé des fichiers clients. – Les différents services proposant l'accès à un réseau enregistrent les données techniques permettant la mise en relation, c'est-à-dire principalement l'adresse IP, les informations relatives au terminal et à la nature de la connexion (Wi-Fi, réseau local, satellite). Quelle que soit la contrepartie du service, la plupart des fournisseurs collectent des informations nominatives¹³⁰⁷. Dans le cas des FAI, un fichier client comprend *a minima* le nom, l'adresse, le numéro de téléphone, une adresse e-mail, un moyen de paiement, une adresse IP, et les métadonnées relatives aux communications auprès des centres d'appels. En plus d'être désormais soumis à la « boîte noire » mise en place officiellement par la Loi relative au renseignement (LRR), les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) exploitent l'accès à une partie des renseignements personnels contenus dans leur fichier. Il en va ainsi de l'opérateur Orange, disposant d'un fichier de 19 millions de clients (accès à la téléphonie et à Internet). Ce procédé n'est pas l'apanage de tels opérateurs. Il en va ainsi de même pour la société FNAC, qui collecte des données personnelles en magasin et lors des achats en ligne afin d'irriguer un fichier concernant environ 6 millions de personnes¹³⁰⁸. Les sociétés proposant des services d'accès à des réseaux dits gratuits fonctionnent selon un modèle similaire. Leur modèle économique consiste à délivrer un accès limité aux données personnelles collectées à leurs partenaires commerciaux contre une compensation financière. La seule façon de s'assurer qu'elles ne sont pas transcrites et réexploitées par lesdits partenaires est probablement l'examen des politiques de confidentialité et d'utilisation des données personnelles. Rappelons qu'il aura fallu attendre l'entrée en vigueur du RGPD pour soumettre les éditeurs à une obligation de contrôle des sous-traitants et responsables conjoints des traitements¹³⁰⁹. Le devenir des données personnelles collectées avant le 25 mai 2018 – date d'entrée en vigueur du RGPD – est donc assez incertain. En outre, les principaux éditeurs de services numériques ont des dizaines, si ce n'est des centaines de partenaires auxquels ils fournissent un accès aux données. Yahoo a par exemple mis à disposition la liste de ses 321 partenaires et des liens vers leurs politiques de confidentialité – en anglais –, pour ceux qui en disposent. La difficulté à rapporter la preuve de la duplication des données décourage généralement les derniers téméraires qui se seraient aventurés jusque-là.

300. L'absence de visibilité sur le courtage en données personnelles. – La méconnaissance du devenir des données croît concomitamment à l'émergence des courtiers en données, les

¹³⁰⁷ Jusqu'au récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, cela relevait en France d'une obligation légale. V. CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 112.

¹³⁰⁸ SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, p. 6.

¹³⁰⁹ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 24 à 29.

*databrokers*¹³¹⁰. Les courtiers, qui opèrent « sur un marché secondaire »¹³¹¹, sont des agrégateurs de données disponibles¹³¹² comme privées¹³¹³. Contrairement aux annuaires en ligne, les courtiers ne partagent pas directement leurs recensements, mais centralisent des fichiers et données obtenus par différents collecteurs pour en proposer un accès limité, voire des solutions spécifiques tirées des données dont ils disposent¹³¹⁴. Pour le dire plus simplement, il s'agit d'accumulateurs de données à caractère personnel pouvant répondre, du fait de l'important contenu dont ils disposent, à tous types de demandes relatives à une personne ou à un groupe de personne. La société *Mediaprism*, filiale du groupe La Poste (*Mediapost*), propose la fameuse « connaissance client »¹³¹⁵ et revendique avec son fichier « Concordeo » une base de données de 36 millions de consommateurs¹³¹⁶. Cette entreprise disposerait pour chaque personne de près de 150 critères et d'un recoupement avec les statistiques de l'INSEE. En 2016, la CNIL a réalisé plus de 50 contrôles visant spécifiquement les courtiers en données. Elle admet un véritable problème de visibilité¹³¹⁷, de sorte que « le cadre juridique existant ne reflète cependant pas la réalité de la situation du courtage, car ce hub des données revêt les caractères de l'iceberg ; sa partie émergée n'est pas la plus importante »¹³¹⁸. En avril 2018, le tollé provoqué par la découverte de l'activité de la société

¹³¹⁰ MEURIS (F.), « L'internet d'aujourd'hui, regard critique », *CCE*, septembre 2014, n° 9, p. 2.

¹³¹¹ CNIL, *Rapport d'activité 2015*, Paris, La Documentation Française, 2016, p. 80.

¹³¹² C'est-à-dire référencées par un moteur de recherche, disponibles sur des blogs, accessibles sur des pages personnelles et des profils de réseaux sociaux configurés en mode « public » ou « semi-public », les CV en ligne, etc.

¹³¹³ Le plus souvent, des données contenues dans des bases de données qu'il est possible d'acheter en vertu de leur statut spécifique (sur ce point v. nos développements suivants, n° 284, relatifs à la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JOUE n° L 77, 27 mars 1996, p. 20).

¹³¹⁴ Pour un des premiers exemples connus de *databroker*, v. LAVENUE (J.-J.), « Interopérabilité internationale, interconnexion des fichiers et protection des libertés : interrogation sur le devenir des données transférées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », in CHATILLON (G.) (dir.), *Droit de l'administration électronique : des nouveaux droits pour les usagers, des nouvelles règles pour les agents*, Actes du colloque international organisé à Paris les 6 et 7 décembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 427. L'auteur vise ici le courtier « US Search » qu'il qualifie de « structure payante de recherche de personnes et d'aide à la prise de décision commerciale ou privée reposant sur un réseau de banque de données publiques et privées ».

¹³¹⁵ Voir le site Internet de la société : <http://www.mediapostcommunication.fr/mediaprism.php>. On y retrouve un vernis marketing assez classique dans la description : « Mediaprism est « L'éclaireur des publics » : cela signifie que, pour nous, la communication doit aider avant tout les annonceurs, entreprises ou institutions, à bâtir dans la durée la meilleure relation, utile, respectueuse, et mutuellement profitable, avec les bonnes personnes. Éclairer, c'est aussi leur apporter ce dont ils ont besoin ».

¹³¹⁶ FEVRE (D.), « Mediaprism : une seconde acquisition stratégique pour Mediapost », *e-marketing.fr*, 24 mars 2011, disponible en ligne : <http://www.e-marketing.fr/Thematique/Direct-Digital-1003/Breves/Mediaprism-une-seconde-acquisition-strategique-pour-Mediapost--38313.htm>.

¹³¹⁷ CNIL, *Rapport d'activité 2017*, Paris, La Documentation Française, 2018, p. 96 : « Ces contrôles révèlent, d'une manière générale, que les personnes concernées ne sont pas suffisamment informées sur le sort ultérieur de leurs données à l'issue de leur première collecte et que plus il y a d'intermédiaires impliqués, moins la démonstration du consentement initial de la personne n'est assurée ».

¹³¹⁸ CNIL, *Rapport d'activité 2015*, *op. cit.*, p. 81.

Cambridge Analytica¹³¹⁹ a donné un retentissement particulier au danger représenté par les agrégateurs de données personnelles.

301. Modification des CGU et du niveau de la confidentialité lors d'un rachat. – Les évolutions des politiques juridiques et économiques sont plutôt opaques pour les utilisateurs, alors que les fusions et acquisitions par les multinationales du numérique sont légion. Les rachats de *start-ups* posent la question du devenir des données collectées préalablement par la nouvelle filiale¹³²⁰. Facebook, à l'occasion de son rachat de la société WhatsApp en février 2014¹³²¹, a assuré qu'aucune interconnexion de fichiers n'avait eu lieu. Il faut ici éclairer l'enjeu avec les chiffres : le service de messagerie proposé par WhatsApp revendiquait alors environ un milliard d'utilisateurs qui envoyaient quotidiennement 1,6 milliard de photographies, 250 millions de vidéos et près de 42 milliards de messages textes¹³²². Or l'interconnexion des bases de données avait bien eu lieu en août 2016. À Bruxelles, la société Facebook a plaidé la bonne foi et l'erreur non-intentionnelle. La Commission européenne a condamné Facebook à une amende de 110 millions d'euros, et a relevé dans son communiqué de presse du 18 mai 2017 que « contrairement à ce qu'avait déclaré Facebook en 2014 [...] la possibilité technique de mettre en correspondance les identités des utilisateurs de Facebook et de WhatsApp existait déjà cette année-là »¹³²³.

302. Flottement et sortie des réseaux pour les données. – Les données personnelles ne sont pas stockées sur chaque terminal physique individuel. Elles doivent transiter, le plus souvent depuis un serveur qui héberge physiquement les données. Considérant la quantité de données mises en circulation, le stockage est principalement assuré par les « entrepôts de données »¹³²⁴, dont les capacités de stockage sont sans cesse améliorées¹³²⁵. Malgré ce stockage physique – qui n'est pas le seul procédé –, la personne ne peut avoir accès à un référencement des données à caractère personnel contenues dans ces « entrepôts », et ne peut donc veiller au chemin parcouru par celles

¹³¹⁹ MACIEL-HIBBARD (M.), « Protection des données personnelles et cyber(in)sécurité », *op. cit.*, p. 64 ; WOLTON (D.), « Communication », *Hermès*, 2018/1, n° 80, p. 108.

¹³²⁰ CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 28 : « Cette valorisation économique des données conduit naturellement à leur entrée dans le monde de la concurrence : des rachats d'entreprise peuvent être motivés par la seule quantité de données détenues par l'entreprise ciblée ou par ses compétences en matière d'exploitation de données ».

¹³²¹ Estimé à environ 22 milliards de dollars.

¹³²² Statistiques : CÖEFFE (T.), « Les 50 chiffres à connaître sur les médias sociaux en 2017 », *Le blog du modérateur*, 3 janvier 2017, ressource indexée ; LUCIU (N.), « Plus de 40 milliards de messages WhatsApp sont échangés chaque jour », *LeFigaro.fr*, 2 janvier 2016, ressource indexée.

¹³²³ Commission européenne, communiqué de presse, « Concentrations : la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp », Bruxelles, 18 mai 2017. La Commission ajoute par ailleurs que « les employés de Facebook étaient au courant de cette possibilité ».

¹³²⁴ En anglais, *Data Warehouses*.

¹³²⁵ Les plus grands *Data Warehouses* ont une capacité d'environ un yottaoctet, soit 10²⁴ octets. Pour donner un vague ordre de grandeur de cette valeur, cette capacité – donc d'un seul entrepôt – devrait permettre le stockage de l'ensemble des informations déjà produites par l'humanité et celles qu'elle sera capable de produire durant plusieurs siècles.

qui la concernent. La visibilité est limitée pour les sociétés récoltantes elles-mêmes, car rien n'indique que ces données ne soient pas disponibles dans d'autres centres de stockage construits, ou déjà enregistrées par des sociétés partenaires ou concurrentes. En résumé, il est difficilement possible de savoir si une donnée personnelle se trouve physiquement dans un entrepôt de données, et impossible d'assurer qu'elle ne se trouve pas ailleurs.

303. L'externalisation des sauvegardes. – Le *Cloud computing* est la réalisation de la dématérialisation totale des données. Il n'est alors plus possible de saisir les données, disséminées à la fois partout et nulle part¹³²⁶. Le procédé technique est complexe, mais on peut le définir comme une externalisation ou une délocalisation de l'infrastructure informatique : les serveurs locaux et physiques ne sont plus nécessaires, des serveurs en ligne distants font circuler les paquets de données en permanence¹³²⁷. À l'exception de systèmes spécifiques tels que la *blockchain*, une telle circulation n'est pas soumise à des paliers de sécurité et de vérification. Si la donnée est capable de circuler n'importe où dans l'espace, il est tout à fait possible qu'elle transite par un État ne disposant pas du niveau de protection adéquat garanti par les normes européennes, ou que le chiffrement supposé des données en circulation soit approximatif¹³²⁸. En somme, « une protection efficace des données à caractère personnel qui sont traitées en nuage suppose encore de nombreux aménagements »¹³²⁹. Inquiète à ce sujet, la CNIL a publié des recommandations à destination des entreprises qui souhaiteraient avoir recours à cette technique, et incite à mener une réflexion spécifique sur rien de moins que sept critères : « D'identifier clairement les données et les traitements qui passeront dans le cloud ; De définir ses propres exigences de sécurité technique et juridique ; De conduire une analyse de risques afin d'identifier les mesures de sécurité essentielles pour l'entreprise ; D'identifier le type de cloud pertinent pour le traitement envisagé ; De choisir un prestataire présentant des garanties suffisantes ; De revoir la politique de sécurité interne ; De surveiller les évolutions dans le temps »¹³³⁰. La dernière recommandation attire particulièrement

¹³²⁶ TUOT (T.), « Informatique en nuage et données personnelles : regard critique sur l'état du droit en France », in FAUVARQUE-COSSON (B.), ZOLYNSKI (C.) (dir.), *Le Cloud computing, l'informatique en nuage*, Actes du colloque du 11 octobre 2013, Paris, Société de législation comparée, « Colloques », 2014, pp. 39 et s.

¹³²⁷ Pour aller plus loin, v. FAUVARQUE-COSSON (B.), ZOLYNSKI (C.), *Le cloud computing l'informatique en nuage*, op. cit., 160 p. ; BERNAULT (C.), « Informatique en nuage et données personnelles : quand l'informatique est dans les nuages, les données personnelles s'envolent ! », *RLDI*, n° 78, janvier 2012, pp. 82-87 ; HURWITZ (J.) et al., *Cloud Computing for Dummies*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2009, 310 p.

¹³²⁸ GRIGUER (M.), « *Cloud computing* et protection des données personnelles : clôture des débats ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2012, p. 20 : « Les offres standardisées du cloud présentent des risques non négligeables en termes de protection, de sécurité et de confidentialité des données à caractère personnel ».

¹³²⁹ MARTIAL-BRAZ (N.), « Les géants de l'Internet et le *Cloud computing* », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance de géants de l'Internet*, vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015, p. 115.

¹³³⁰ CNIL, « Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de Cloud computing », 25 juin 2012, ressource indexée.

l'attention, car si les autorités de régulation peuvent intervenir en amont des différents traitements de données à caractère personnel, elles ne peuvent assurément pas vérifier que les conditions de traitement n'évoluent pas – sauf signalement volontaire. En effet, la nature dynamique du Web sémantique rend possible des modifications structurelles de collecte des données quasiment en direct¹³³¹. Si les géants d'Internet sont particulièrement surveillés au regard des quantités de données qui transitent dans leurs serveurs, les petites et moyennes entreprises qui voient le jour de façon continue peuvent disposer d'une plus grande opacité sur les traitements mis en place, *a fortiori* en raison de la suppression de l'obligation de déclaration préalable¹³³².

Au-delà de la perte de contrôle spatial des données se pose alors, par corollaire, celle de la perte de maîtrise temporelle sur ces données.

B. La perte de contrôle de l'identité dans le temps en raison de la « mémoire numérique »

304. La mémoire numérique, mémoire parfaite ? – La mémoire humaine et la mémoire numérique sont incomparables, par nature et par degré. Du côté de la personne, la constitution du sentiment d'identité repose sur la mémoire et sur l'impression d'écoulement du temps¹³³³. L'oubli est en cela une composante majeure de la stabilité de la personnalité, puisqu'il permet le renouvellement du sentiment d'unité. À l'inverse, la « mémoire numérique » est potentiellement infinie, en raison des capacités de stockage précédemment évoquées. L'effacement¹³³⁴ est donc en ce cas « contre-nature », puisque ce procédé requiert une intervention active. Une telle potentialité de contradiction entre l'identité vécue de la personne et la retranscription qu'en ferait un service numérique justifie l'inquiétude¹³³⁵. C'est ce que la CNIL identifie dès 1996, constatant l'incroyable « mémoire d'Internet » qui incarne un « monde des traces invisibles qui défient les principes de la protection des données »¹³³⁶. On en retrouve l'écho dans un rapport parlementaire intitulé « La vie

¹³³¹ Notamment via des langages assez connus, tels que JavaScript, PHP ou HTML.

¹³³² Sur ce point, v. nos développements suivants relatifs à la fluidification des flux de données par le RGPD, n^os et s.

¹³³³ BERGSON (H.), *L'énergie spirituelle*, Paris, PUF, « Quadrige », 1990, p. 136 : « Notre existence actuelle, au fur et à mesure qu'elle se déroule dans le temps, se double ainsi d'une existence virtuelle, d'une image en miroir. Tout moment de notre vie offre donc deux aspects : il est actuel et virtuel, perception d'un côté et souvenir de l'autre ».

¹³³⁴ Le terme d'effacement, plutôt que celui d'oubli, est donc plus pertinent. En effet, l'oubli est un mécanisme précis qui relève de l'altération de l'information au sein de la mémoire humaine, alors que l'effacement est un procédé mécanique programmé par l'homme ou qui résulte d'une destruction du support de stockage (par action, accident ou omission).

¹³³⁵ ROCHFELD (J.), « Droit à "l'oubli" numérique » et construction de soi », in MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 110 : « L'identité travaillée *via* Google (ou d'autres moteurs de recherche) [...] fait ressortir de chacun de nous une identité numérique spécifique, déformée dans le présent et faisant éventuellement remonter en priorité des informations anciennes qu'un oubli plus naturel aurait dû enfouir ».

¹³³⁶ CNIL, *Rapport d'activité 1996*, Paris, La Documentation Française, 1997, p. 67.

privée à l'heure des mémoires numériques »¹³³⁷ qui, bien qu'alertant sur les risques représentés par les capacités de stockage des systèmes informatiques¹³³⁸, voit dans un citoyen « *Homo numericus* libre et éclairé »¹³³⁹ la solution adéquate – dont nous verrons qu'elle est en réalité assez limitée¹³⁴⁰. Il fallait donc un éclaircissement de la durée légale de conservation des données, que la directive 95/46/CE a contribué à apporter¹³⁴¹. Cependant, elle n'est entrée en vigueur qu'en 2004, soit au terme d'une période de flottement au cours de laquelle les données ont gagné en volatilité¹³⁴². Par ailleurs, la LIL prévoit un cadre général¹³⁴³, mais à chaque type de donnée correspond une durée de conservation particulière et un texte particulier, allant d'un mois pour les images provenant de caméras de surveillance¹³⁴⁴ à cinq ans pour les données nécessaires à la gestion du personnel¹³⁴⁵. Le règlement du 27 avril 2016 prévoit également un cadre général¹³⁴⁶ ainsi qu'un droit à l'effacement¹³⁴⁷ – sous-titré « Droit à l'oubli » –, faisant écho au retentissant arrêt *Google Spain* qui a consacré un droit au déréférencement¹³⁴⁸. Si ces normes sont des signaux positifs, leur éclatement ne facilite pas la tâche de la personne désirant s'informer. En outre, il faut une fois de plus disposer d'une visibilité préalable afin de faire valoir ces droits sur la conservation des données. Pour vouloir, il faut savoir. La perte de maîtrise technique sur les données, associée aux capacités intrusives des traitements de données à caractère personnel, laisse craindre un déséquilibre matériel et juridique particulièrement vaste, reposant sur une modélisation de la personne qui lui échappe, pour des intérêts dont elle n'a

¹³³⁷ DETRAIGNE (Y.), ESCOFFIER (A.-M.), *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport n° 441 du Sénat fait au nom de la commission des Lois, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, 153 p.

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 9 : « Il nous faut être conscients, nous, *homo sapiens* devenus "*homo numericus*", du risque qui nous guette d'être pris au piège des mémoires numériques qui jouent le même rôle que notre propre mémoire : toujours présentes, même si elles paraissent enfouies au plus profond d'un système dont nous ne pouvons pas mesurer l'envergure, elles sont là dans une posture qui peut nous porter alternativement de la progression à la régression selon l'usage que nous en faisons ».

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹³⁴⁰ Pour une critique de cette approche considérant la personne comme principalement responsable du devenir de ses données à caractère personnel, v. nos développements suivants, n° 506.

¹³⁴¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 681, 23 novembre 1995, p. 31.

¹³⁴² Par exemple, avant que le fichier TES soit épinglé pour illégalité de la durée de conservation des empreintes digitales, de nombreuses personnes n'ont pas bénéficié de la possibilité de refuser la prise desdites empreintes. Sur ce point, v. CE, 18 novembre 2015, n° 372111, *JCP G*, n° 49, p. 2227, obs. F. TESSON.

¹³⁴³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 6 : « Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : [...] Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ».

¹³⁴⁴ V. notamment Code de la sécurité intérieure, art. L. 252-5.

¹³⁴⁵ Code du travail, art. L. 3243-4.

¹³⁴⁶ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 5, 1. e).

¹³⁴⁷ *Ibid.*, art. 17.

¹³⁴⁸ CJUE, GC, 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317, pt. 97 : « [l]a personne concernée [peut] demander à ce que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public par son inclusion dans une telle liste de résultats ».

pas nécessairement conscience¹³⁴⁹. Cet éloignement de la personne des enjeux du numérique et des capacités de contrôle qu'il véhicule doit être analysé. La relation de pouvoir n'échappe pas par nature au droit, le droit étant en lui-même l'instrument de définition de la plupart des relations de pouvoir au sein d'une société.

¹³⁴⁹ MERZEAU (L.), « Du signe à la trace : l'information sur mesure », in ARNAUD (M.), MERZEAU (L.) (dir.), *Hermès n° 53 : Traçabilité et réseaux*, *op. cit.*, p. 27 : « opérateurs, marchands, moteurs de recherche et services de renseignement en savent plus sur nos comportements [...] que nous-mêmes, car ils ont la capacité de les archiver, de les recouper et de les modéliser ».

Section 2 – Des informations essentielles pour un éventuel contrôle

305. Orientation comportementale et contrôle. – La qualité de sujet s'accompagne d'une propension à l'autonomie. La possibilité d'orienter le comportement d'un sujet autonome selon des suggestions externes est *a priori* réduite. Or l'information revêt la qualité d'objet¹³⁵⁰. Dès lors, la quantification de la personne en informations revient à la fractionner en autant d'objets¹³⁵¹ qui peuvent être contrôlés avec plus ou moins d'efficacité selon leur nature et leur nombre¹³⁵². Nous touchons ici aux catégories « frontières » du droit. En effet, que l'on adhère à une vision individualiste ou collectiviste¹³⁵³, la réglementation des comportements individuels dans une société délimitée est au fondement du droit¹³⁵⁴, mais aussi aux confins du droit, qui trouve sa limite dans l'exercice de la liberté. C'est pourquoi nous avons choisi l'analyse pragmatique¹³⁵⁵, qui permet de considérer le droit comme dépassant la somme des normes juridiques positives¹³⁵⁶, et d'affirmer que les normes juridiques elles-mêmes ne s'épuisent pas dans le droit positif. Ainsi, les rapports intersubjectifs peuvent être créateurs de normes juridiques situées en marge de l'ordre auquel elles

¹³⁵⁰ Nous développons ici la notion d'objet au sens purement méthodologique, c'est-à-dire qui peut être objectivé, répertorié selon des caractéristiques matérielles et idéelles. Concernant l'information en tant que chose voire plus spécifiquement en tant que bien, v. notamment CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », CATALA (P.), in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina, op.cit.* ; POULLET (Y.), « Le fondement du droit à la protection des données nominatives : propriétés ou libertés ? », in MACKAAY (E.), BEAUDOIN (J.-L.) (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis-Litec, 1991, pp. 175 et s. ; LECLERQ (P.), « L'information est-elle un bien ? », in CARBONNIER (J.) (dir.), *Droit et informatique : l'hermine et la puce*, Paris, Masson, « Coll. Fredrik R. Bull » 1992, p. 91 ; GALLOUX (J.-C.), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, chron., p. 229 ; DARAGON (E.), « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, chron. p. 63 ; MALLET-POUJOL (N.), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, n° 38, pp. 330-336.

¹³⁵¹ DELASSUS (E.), *De l'individu à la personne*, 2013, p. 12, ressource indexée : « on applique, à ce qui est d'ordre qualitatif, subjectif et intersubjectif, un terme emprunté à une logique comptable, à une rationalité de type mathématique faite pour évaluer et organiser des quantités objectivement mesurable »

¹³⁵² RIGAUX (F.), « L'individu, sujet ou objet de la société de l'information », in TABATONI (P.) (dir.), CADOUX (L.), et al., *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 1, PUF, 2000, pp. 122-137 ; POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *op. cit.*, pp. 47-69 ; POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHELF (K.), TRUDEL (P.) (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis-CRDP, 2009, pp. 157-222 ; ROUVROY (A.), « Mise en (n)ombres de la vie même : face à la gouvernementalité algorithmique, repenser le sujet comme puissance », *Blog Mediapart « Gouvernementalités et technologies contemporaines »*, 27 août 2012, ressource indexée ; SADIN (E.), *Surveillance globale : enquête sur les nouvelles formes de contrôle*, Paris, Flammarion, « Climats », 2009, 234 p.

¹³⁵³ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, 5^e éd., pp. 36-42.

¹³⁵⁴ OST (F.), *Du Sinaï au Champ-de-Mars : l'autre et le même au fondement du droit*, Bruxelles, Lessius, « Donner raison », 1999, 126 p.

¹³⁵⁵ FRYDMAN (B.), « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles », *RIEJ*, 2013/1, vol. 70, pp. 92-98.

¹³⁵⁶ CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^e éd., pp. 21 et s., spéc. p. 28 : « ces forces ne sont pas toujours extérieures au droit : elles peuvent résider dans le droit lui-même, et bien mieux, dans la volonté même du droit » ; LOCHAK (D.), « Droit, normalité, normalisation », in CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 51 et s.

appartiennent bel et bien¹³⁵⁷. La croyance en une fonction anthropologique du droit¹³⁵⁸, c'est-à-dire dans le fait qu'il « joue un rôle dans l'institution du sujet et de son humanité »¹³⁵⁹, implique que l'ordre juridique pose des limites au contrôle social¹³⁶⁰ – notamment lorsqu'il est organisé par des acteurs non institutionnels. Il faut définir la relation de pouvoir visée, qui pourra être orientation ou contrôle, comme une action visant à la réalisation différée d'une autre action¹³⁶¹. Cette considération épistémologique à l'esprit, on peut envisager l'impact de la collecte massive de données à caractère personnel de toutes natures sur les comportements. Leur exploitation ciblée, principalement par les multinationales du numérique¹³⁶², expose la personne à une hétéronomie croissante¹³⁶³. En outre, la massification de ces données assure aux services de renseignements de l'État une importante source d'informations sur les personnes, et ce dans un contexte où leurs compétences ont connu un essor normatif singulier¹³⁶⁴. Moyen d'orientation et de contrôle des

¹³⁵⁷ LOCHAK (D.), « Droit, normalité, normalisation », *op. cit.*, pp. 51 et s. BOURDIEU (P.), « L'illusion biographique », *op. cit.*, p. 70 : « Le monde social, qui tend à identifier la normalité avec l'identité entendue comme constance à soi-même d'un être responsable, c'est-à-dire prévisible ou, à tout le moins, intelligible, à la manière d'une histoire bien construite [...] dispose de toutes sortes d'institutions de totalisation et d'unification du moi ».

¹³⁵⁸ SUPIOT (A.), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, « La couleur des idées », 2005, 324 p.

¹³⁵⁹ FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2016, p. 88.

¹³⁶⁰ LOCHAK (D.), « Espace et contrôle social », in CURAPP, *Centre, périphérie, territoire*, Paris, PUF, 1978, p. 151 : « ensemble des processus conscients ou inconscients, spontanés, suscités ou imposés par lesquels une société assure les conditions de sa reproduction, demeure une et la même, maintient sa cohésion dans le temps et dans l'espace, surmonte éventuellement en les occultant ses contradictions internes, désamorce les tensions qui menacent, à terme, sa survie. Le contrôle social suppose le pouvoir sans préjuger des formes dans lesquels il s'exerce [...] Ce champ d'investigation comprend ainsi l'ensemble des mécanismes par lesquels sont obtenus la soumission des individus et l'intégration sociale [...] il inclut à la fois la violence physique et la violence symbolique, l'assujettissement des corps et le contrôle des consciences, la répression et la manipulation, la contrainte et la persuasion, l'inculcation des valeurs et l'imposition des pratiques, l'appel à la raison comme à l'imaginaire ou au désir. Inhérent à la société puisque condition de son existence même, le contrôle social offre par ailleurs cet avantage qu'il peut être postulé indépendamment des formes que revêt le pouvoir dans une formation sociale ou historique donnée ».

¹³⁶¹ FOUCAULT (M.), *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, « Quarto », 2001, pp. 1054-1056 : « En fait, ce qui définit une relation de pouvoir, c'est un mode d'action qui n'agit pas directement et immédiatement sur les autres, mais qui agit sur leur action propre. Une action sur l'action, sur des actions éventuelles, ou actuelles, futures ou présentes [...] Il est un ensemble d'actions sur des actions possibles : il opère sur le champ de possibilité où vient s'installer le comportement des sujets agissants : il incite, il induit, il détourne, il facilite ou rend plus difficile, il élargit ou il limite, il rend plus ou moins probable ; à la limite, il contraint ou empêche absolument ; mais il est bien toujours une manière d'agir sur un ou des sujets agissants, et ce tant qu'ils agissent ou qu'ils sont susceptibles d'agir. Une action sur des actions ».

¹³⁶² SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, pp. 6-7 : « Le marché de la data est dominé à 95 % par les GAFAs, tous les autres acteurs réunis n'en détiennent pas plus de 5 % » ; BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, *op. cit.* ; JOUX (A.), « Google et Facebook accaparent le marché de la publicité en ligne », *op. cit.* ; COEFFE (T.), « Les statistiques du digital en 2017 », *Blogdumodérateur*, 1^{er} juin 2017, ressource indexée.

¹³⁶³ Emmanuel Kant définit l'hétéronomie comme le fait d'admettre des lois étrangères à soi. Plus précisément, comme le fait d'« administrer un intérêt étranger » : KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1907, p. 163. L'hétéronomie diffère donc de l'aliénation en ce que la réduction de l'autonomie personnelle ne chasse pas nécessairement l'autonomie morale : v. JOUAN (M.), *Autonomie personnelle et normativité morale : essai d'articulation anthropologique*, Thèse dactylographiée, Université d'Amiens, 2009, pp. 10-21. En ce sens, l'économie de marché peut être la source d'une forme d'hétéronomie : v. GAUTHIER (F.), « Du mythe moderne de l'autonomie à l'hétéronomie de la nature. Fondements pour une écologie politique », *Revue du MAUSS*, 2011/2, n° 38, pp. 385-393.

¹³⁶⁴ Sur ce point, v. nos développements précédents, n°s 173 et s.

comportements individuels, les données personnelles constituent ainsi un outil précieux tant pour les acteurs privés (§ 1.) que pour les autorités publiques (§ 2).

§ 1 – Orientation du comportement par les acteurs privés

306. Le volontarisme juridique comme fondement. – Le fait qu’une possibilité d’orientation des comportements ne soit pas pas appréhendée par le droit positif n’implique pas qu’elle échappe entièrement au droit. Dans l’approche pragmatique que nous avons choisie, l’observation du contexte dans lequel s’insère la norme est aussi important que la norme elle-même. La présence d’une psychologie comportementale suggestible a été soulignée dans d’autres disciplines¹³⁶⁵, participant à mettre en exergue des possibilités d’exploitation des données personnelles dans lesquelles s’insèrent des entreprises privées. L’orientation du comportement des utilisateurs – ou « gestion de la relation client »¹³⁶⁶ – se greffe sur un discours de responsabilisation de l’utilisateur. Celui-ci se traduit non pas par des programmes de sensibilisation sur le traitement de données relatives à son identité, mais au contraire par la promotion de la responsabilité au sens où l’entend le volontarisme contractuel¹³⁶⁷. La personne devrait donc admettre sa responsabilité face à la perte de maîtrise de ses données (A.). Dans le même temps, l’individu socio-économique, réduit à un ensemble de fonctions, apparaît plus facile à orienter (B.).

A. Responsabilisation accentuée de l’utilisateur

307. Le contrôle sans la maîtrise. – Le discours sur la maîtrise des données personnelles camoufle la réalité d’une collecte réalisée principalement en l’absence de consentement de la personne ou, dans le cas contraire, justifiée par un consentement relatif (1.). Ce constat met en

¹³⁶⁵ Sur ce point, v. en psychologie sociale et en économie comportementale, les recherches suivantes : JOULE (R.-V.), BEAUVOIS (J.-L.), *Petit traité de manipulation à l’usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, 2016, 317 p. ; KAHNEMAN (D.), *Système 1, système 2 : les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, « Champs », 2016, 706 p. ; SUSTEIN (C.) THALER (R.), *Nudge. Émotions, habitudes, comportements : comment inspirer les bonnes décisions*, Paris, Vuibert, « Signature », 2010, 228 p.

¹³⁶⁶ V. *supra*, n° 284 et s.

¹³⁶⁷ Au sens philosophique, le volontarisme est « doctrine qui admet que le fond des choses doit être conçu, non par analogie avec les idées de l’intelligence, mais avec les tendances irrationnelles de la volonté » : LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, « Quadrige », 2016, p. 1216, *V° Volontarisme*. Traduite en droit par le volontarisme contractuel, l’idée philosophique d’une rationalité instrumentale se résume dans la formule bien connue de Fouillé : « Qui dit contractuel, dit juste ». Juridiquement, la liberté contractuelle se rencontre aux art. 1102 et 1103 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi » (1102) ; « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (1103). Cette tendance est d’ailleurs tout à fait explicite. La CNIL affirme qu’elle « accompagne la politique volontariste de l’État en matière d’identité numérique dans le cadre de la mise en œuvre progressive du nouveau règlement européen sur l’identification électronique et les services de confiance » : CNIL, *Rapport d’activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 74.

exergue une faille de la protection de l'autonomie des personnes, laquelle peut alors être investie par de nombreux acteurs du numérique (2.).

1. Une responsabilisation reposant sur une affirmation permanente de la maîtrise par l'utilisateur

308. La maîtrise. – Les normes juridiques en vigueur prévoient un faisceau de prérogatives qui formeraient un tout cohérent permettant à la personne la « maîtrise » de ses données personnelles : information, consentement, accès, modification, opposition, suppression, déréférencement, portabilité. La loi du 7 octobre 2016 a en ce sens modifié l'article 1^{er} de la LIL, et l'a doté d'un second alinéa selon lequel « toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ». Cette révision s'est accompagnée d'un discours sur la maîtrise retrouvée par la personne sur ses données personnelles, notamment dans l'exposé des motifs du projet de loi¹³⁶⁸. Cette affirmation ne dépasse pas le cadre d'un rappel de l'actuel faisceau de droits sur les données personnelles. Ainsi, si l'expression est séduisante, elle ne constitue au mieux qu'une nouvelle clé de lecture des droits existant antérieurement¹³⁶⁹. Or ces derniers avaient atteint leurs limites, comme en témoigne l'intervention du législateur. En définitive, il nous semble excessif de s'enthousiasmer quant à la révision d'un article pour n'y ajouter qu'un rappel de l'économie générale de la loi. Le fait que les nombreuses collectes de données personnelles réalisées sans véritable consentement et leur exploitation en marge du droit perdurent capte davantage notre attention¹³⁷⁰.

309. Le discours sur la maîtrise. – Le fait de relayer un positionnement volontariste n'est pas sans effet. Les discours médiatiques et politiques¹³⁷¹ traitant de l'impudeur des internautes ne sont pas isolés. En doctrine, certains auteurs de diverses disciplines s'en font le relai. À travers l'utilisation de termes récurrents tels que « divulgation » ou « dévoilement de soi »¹³⁷², ils dénoncent

¹³⁶⁸ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, exposé des motifs : « L'article 26 consacre le droit à la libre disposition de ses données, c'est-à-dire le droit de l'individu de décider de contrôler l'usage qui est fait de ses données à caractère personnel ».

¹³⁶⁹ *Id.* : « Il constitue une réponse à la perte de maîtrise par les individus de leurs données personnelles, en donnant sens aux droits déjà reconnus par les textes existants ». C'est aussi l'interprétation de la CNIL, qui y voit la consécration d'une « clé de lecture de cette législation » : CNIL, *Rapport d'activité 2016*, Paris, La Documentation Française, 2017, p. 40.

¹³⁷⁰ Pour des exemples sur les pratiques en question, v. nos développements de la section précédente.

¹³⁷¹ On peut ici citer, à titre d'exemple, l'un des rapports parlementaires les plus fournis de la dernière décennie. DETRAIGNE (Y.), ESCOFFIER (A.-M.), *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport n° 441 du Sénat fait au nom de la commission des Lois, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, p. 31 : « l'exposition consciente et volontaire, par les individus, de pans entiers de leur vie privée sur Internet ».

¹³⁷² V. pour un exemple : LANCELOT MILTGEN (C.), *Vie privée et divulgation de données personnelles sur Internet. Comportement des internautes français face aux formulaires commerciaux en ligne*, Editions universitaires européennes, 2010, 340 p. ; VALLET (C.), « Le dévoilement de la vie privée sur les sites de réseau social. Des changements significatifs », *Droit et société*, n° 80, janvier 2012, pp. 163-188 ; CARON (C.), « Nu comme un ver sur la Toile », *CCE*, n° 4, avril 2009, p. 1.

les réseaux sociaux et blogs comme espaces consacrés au narcissisme¹³⁷³. Autour du droit des données personnelles, certains juristes affirment que « quiconque ne défend pas ses droits, mérite de les perdre »¹³⁷⁴. Le RGPD pose dès ses premières lignes que « de plus en plus, les personnes physiques rendent des informations les concernant accessibles publiquement et à un niveau mondial »¹³⁷⁵. Une approche relevant du volontarisme juridique implique que la personne soit actrice et titulaire d'une maîtrise de son identité numérique à tous les niveaux. C'est alors qu'il est possible de considérer la personne comme responsable, ayant adopté librement un comportement d'exposition de soi qui donne lieu à une surabondance de traitements automatisés¹³⁷⁶. C'est ce que reflète la rédaction de nombreuses clauses contenues dans les CGU : « Vous nous autorisez à collecter » plutôt que « Nous collectons »¹³⁷⁷. Or l'existence combinée de collectes invisibles¹³⁷⁸ – illégalité – et de nombreux autres motifs légitimant un traitement de données – légalité – suffit à faire s'effondrer ce raisonnement¹³⁷⁹. L'existence de ce discours n'est pas sans conséquence, car il consolide la relation asymétrique dans laquelle les grands acteurs du numérique sont en situation de domination vis-à-vis des personnes. La robustesse d'un tel rapport est renforcée par la croyance

¹³⁷³ DEBAETS (E.), *Le droit à la protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, Thèse Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 17 : « L'hyper-individualisme qui se caractérise par le développement d'une culture du narcissisme [...] trouve dans les blogs et les réseaux sociaux un nouvel espace qui lui est entièrement dédié ».

¹³⁷⁴ Le cabinet *Haas avocats*, spécialisé en droit des nouvelles technologies, affirme sa devise : « Celui qui ne défend pas ses droits mérite de les perdre ». V. le site Internet du cabinet, ou encore HAAS (G.), « Invalidation du Safe Harbor. Tourmente sur les transferts DCP Europe-USA », communiqué indexé en ligne ; HAAS (G.) FENOLL-TROUSSEAU (M.-P.), *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec, 2000, 216 p.

¹³⁷⁵ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, cons. 6.

¹³⁷⁶ POUSSON (D.), « L'identité informatisée », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, op. cit., p. 406 : « Les fournisseurs d'accès, d'une manière perfide en faisant miroiter un certain nombre d'avantages pour l'internaute, ont eu l'idée d'encourager ce dernier à délivrer lui-même, spontanément si l'on peut dire, tous les traits saillants de sa personnalité et à révéler l'ensemble de ses éléments d'identification, aussi bien physiques que patrimoniaux ».

¹³⁷⁷ Pour quelques exemples : « Vous nous accordez une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur Facebook ou en relation avec Facebook » (Facebook) ; « Lorsque vous utilisez nos services, vous nous faites confiance pour le traitement de vos données. » (Google) ; « Informations que vous nous communiquez : pour accéder à nos services, vous devez souvent créer un compte Google. Dans ce cas, vous fournissez des informations personnelles [...] » (Google) ; « Nous recueillons le contenu ainsi que d'autres types d'informations que vous fournissez lorsque vous avez recours à nos Services [...] » (Facebook) ; « Si vous nous fournissez votre numéro de téléphone, vous acceptez de recevoir des SMS sur ce numéro de notre part » (Twitter) ; « Vous pouvez choisir de nous fournir des informations supplémentaires afin d'aider à améliorer et à personnaliser votre expérience sur l'ensemble de nos Services. » (Twitter). Conditions d'utilisation consultées le 12 décembre 2016.

¹³⁷⁸ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* op. cit., p. 24 : « Il n'est même plus besoin de parler, ni même de savoir pour que des données personnelles s'échappent et soient appréhendées par des tiers. La personne est à l'heure actuelle complètement mise à nu ».

¹³⁷⁹ Comme nous avons tenté de le démontrer dans nos développements (v. *supra*), la visibilité sur l'ensemble de la collecte de données est impossible. Dès 1998, alors que la collecte de données était au stade embryonnaire, le rapport Braibant prenait acte du fait que la « La quantité d'informations recueillies sur chaque individu, le nombre de traitements dont elles sont susceptibles de faire l'objet, dépassent ce qu'il est susceptible d'appréhender » : BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 1998, p. 12.

en une alternative simple : la volonté comme vecteur de retour à la liberté¹³⁸⁰. Malgré son empêchement « dans les mailles d'un filet dont elle a le plus grand mal à s'extraire »¹³⁸¹, la personne est assurée de sa maîtrise sur sa situation.

2. Une marge de manœuvre pour agir sur l'identité des personnes

310. Rapports entre absence de maîtrise et identité. – La mise en ligne volontaire est une réalité qui ne peut être ignorée ni négligée. La mise en récit de soi et le besoin de reconnaissance de sa propre identité par autrui passe aujourd'hui en grande partie par les réseaux sociaux et les pages personnelles. Selon le psychiatre Serge Tisseron, l'exposition de soi sur les réseaux numériques revient finalement « à communiquer certains éléments de son monde intérieur, dont la valeur est encore incertaine, afin de le faire valider par d'autres internautes, comme jadis par la famille ou les proches »¹³⁸². La dialectique soi-autrui est en effet le pendant nécessaire de la construction d'une identité tendant à l'autonomisation du sujet par ses rapports de « mêmeté » et de « différence » avec autrui¹³⁸³. Cette sociabilité est psychologiquement nécessaire mais intéresse également les juristes, car elle est au fondement du droit, qui a pour but d'assurer la paix sociale en régulant les comportements intersubjectifs. Mettre à disposition un service gratuit facilitant considérablement cette sociabilité n'est donc pas anodin, et confère un grand pouvoir d'ajustement des comportements socio-économiques aux responsables de traitement des données collectées : la capacité à orienter un comportement grandit à l'aune de la connaissance tirée de l'observation d'une identité en train de se construire.

Une marge de liberté ayant permis l'irruption d'acteurs privés dans la construction de l'identité des personnes permet un ajustement des comportements socio-économiques.

B. Ajustement explicite des comportements socio-économiques

311. La mise en place d'une « nécessité ». – Dans un espace de liberté suffisant, la nécessité de la présence numérique s'affirme proportionnellement à l'essor de services facilitant les relations

¹³⁸⁰ Une fois de plus, il est possible de se tourner vers les analyses de Michel Foucault, qui a identifié l'existence du contre-pouvoir comme consolidation potentielle du pouvoir lui-même. V. FOUCAULT (M.), *Dits et écrits II, 1976-1988*, *op. cit.*, pp. 1060-1061 : « Car il est vrai que, au cœur des relations de pouvoir et comme condition permanente de leur existence, il y a une "insoumission" et des libertés essentiellement rétives, il n'y a pas de relation de pouvoir sans résistance, sans échappatoire ou fuite, sans retournement éventuel ; toute relation de pouvoir implique donc, au moins de façon virtuelle, une stratégie de lutte, sans que pour autant elles en viennent à se superposer, à perdre leur spécificité et finalement à se confondre ».

¹³⁸¹ POUSSON (D.), « L'identité informatisée », *op. cit.*, p. 405.

¹³⁸² TISSERON (S.), « Les nouveaux enjeux du narcissisme », *Adolescence*, vol. 3, 2006, p. 603.

¹³⁸³ OST (F.), *Du Sinai au Champ-de-Mars : l'autre et le même au fondement du droit*, *op. cit.* ; RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*. Sur ces considérations, v. notre chapitre précédent, n° 200 et s.

sociales et professionnelles (1.) ; une fois ce besoin intégré, de multiples orientations des individus-consommateurs deviennent possibles (2.).

1. Nécessité de la présence numérique

312. Adhésion ou marginalisation sociale. – Un minimum de vie sociale implique un minimum de fichage¹³⁸⁴. Alors qu'un Internet sans traces n'existe pas, l'accessibilité à Internet est parfois revendiquée comme un droit fondamental qui permettrait la persistance d'autres droits, comme celui de nouer et développer des relations avec ses semblables, ou encore les droits d'information et à la liberté d'expression¹³⁸⁵. Il s'agit bien sûr d'exister administrativement – et donc juridiquement. Au-delà, concernant les services privés, l'injonction au profil numérique se manifeste tout particulièrement avec les réseaux professionnels : il faut avoir une « présence numérique »¹³⁸⁶, voire une « e-réputation »¹³⁸⁷. Le dépôt de CV en ligne devient la norme pour la plupart des entreprises, de même que certains services se dématérialisent pour limiter les coûts et collecter au passage des données personnelles : achats de billets, prises de rendez-vous, réservations de restaurants, etc.

313. Incitation permanente. – Au-delà de l'exigence diffuse, les sollicitations sont fortes. Dans les boîtes courriel des personnes qui se refusent à utiliser les réseaux sociaux ou professionnels pullulent invitations de la part de contacts, suggestions de services, lettres d'actualité, invitations à signer des pétitions. De nombreux éditeurs proposent de procéder à des invitations automatisées ; il suffit pour cela de se connecter à la boîte courriel *via* l'éditeur de service pour lui donner accès à la liste des contacts et lui permettre de lancer lesdites invitations. Le système de parrainage, que l'on retrouve sur des plateformes de réservation ou de transaction comme Über, AirBnB ou PayPal, repose sur le même modèle¹³⁸⁸. Il s'agit en substance d'inviter des relations à la création d'un profil

¹³⁸⁴ DESGENS-PASANAU (G.), « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », in GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « PRESAJE », 2005, p. 97 : « le traitement de données à caractère personnel est inéluctable, car celui qui prétendrait s'y soustraire se placerait en dehors de la vie sociale telle qu'elle est aujourd'hui organisée ».

¹³⁸⁵ V. notamment la résolution du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU du 1^{er} juillet 2016, mais aussi les débats relatifs à la « neutralité du Net ».

¹³⁸⁶ ARNAUD (M.), MERZAU (L.), « Présence numérique : de la gestion d'une identité à l'exercice d'une liberté », *Documentaliste-Sciences de l'information*, vol. 47, janvier 2010, pp. 28-69 ; MERZEAU (L.), « Présence numérique : les médiations de l'identité », *op. cit.*

¹³⁸⁷ Au-delà des réseaux professionnels comme *LinkedIn* (115 millions d'utilisateurs) et *Viadeo* (70 millions d'utilisateurs), une véritable littérature ainsi que des manifestations professionnelles se développent autour de cette question : GUIGUOU (A.) et al., *E-réputation : méthodes et outils pour les individus et les entreprises*, Saint-Herblain, ENI, « Marketing book », 2012, 258 p. ; REGUER (D.), *E-réputation : manager la réputation à l'heure du digital*, Paris, Dunod, « Tendances marketing », 2011, 187 p. ; BODIN (L.), *Entreprises, gérez votre e-réputation : les nouveaux outils pour être connu et reconnu*, Montreuil, Pearson, « Village mondial », 2014, 211 p. ; BLOCH (E.), *Communication de crise et médias sociaux : anticiper et prévenir les risques d'opinion, protéger sa e-réputation, gérer les crises*, Paris, Dunod, « Fonctions de l'entreprise », 2012, 209 p.

¹³⁸⁸ La CNIL y a dédié une page « Quelles sont les règles à suivre en matière de parrainage ? » sur son site Internet ainsi qu'un dossier « Parrainage et jeux concours », ressources indexées.

et à l'utilisation du service pour obtenir en contrepartie une compensation financière, présentée sous forme de cadeau. Les nombreux événements et partages ne sont visibles qu'aux utilisateurs d'un service. Les personnes qui refusent d'avoir un compte Facebook, Instagram, ou SnapChat peuvent expérimenter une forme de marginalisation plus ou moins grande en fonction du groupe social dans lequel elles souhaitent s'insérer¹³⁸⁹. Cela est particulièrement marqué chez les adolescents¹³⁹⁰ qui, en pleine construction de leur identité, sont à la recherche de rapports sociaux consolidant ce que nous avons qualifié de sécurité ontologique¹³⁹¹. De manière tout à fait symptomatique, les applications de rencontres – amoureuses et amicales¹³⁹² – ont connu un essor particulier, alors même qu'elles sont les plus voraces en matière d'informations essentielles¹³⁹³. L'encouragement à la mise en narration de soi est fort, à la fois sur les réseaux et hors de ceux-ci¹³⁹⁴. Qu'importe la plateforme, les incitations au partage et à la mise à jour des données personnelles sont une constante. Les objectifs avancés sont divers : création d'interactions avec les proches, fidélité de l'identité numérique renvoyée, garantie supérieure de réponses positives en cas de profil complet. Sur ce dernier point, les éditeurs de réseaux professionnels rappellent avec insistance qu'une personne disposant d'une page sur un réseau professionnel connecté a beaucoup plus de chance d'être recrutée. La plateforme LinkedIn attribue par exemple un grade aux profils en fonction des informations partagées et du nombre de contacts. Avant que le maximum possible d'informations ait été communiqué, le profil est jugé « Incomplet » ou « Débutant ». Plus la sociabilité est étendue, plus la pression risque d'être grande¹³⁹⁵.

¹³⁸⁹ V. par exemple les propos d'une psychiatre et psychanalyste : HIRIGOYEN (M-F.), « La pression sociale nous coupe de nous-même », *Le Monde*, 7 août 2017.

¹³⁹⁰ ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur "propriété" », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance de géants de l'Internet*, *op. cit.* p. 76 : « Tenter, en tant qu'adolescents, de ne pas exister sur Facebook [...] revient à se couper d'un monde où tous les autres s'invitent et s'informent » ; ITEANU (O.), *Quand le digital défie l'État de droit*, Paris, Eyrolles, 2016, p. 20 : « Un adolescent européen a-t-il vraiment le choix de ne pas être visible sur Facebook ou Snapchat ? Ne risque-t-il pas alors d'être coupé de la communauté de ses "amis" ? La pression est forte ».

¹³⁹¹ V. notre chapitre précédent.

¹³⁹² En 2016, 28% des 18-25 étaient inscrits sur un site de rencontre, 22% des français admettaient avoir déjà utilisé une application de rencontre, et près de 10% des couples se sont connus sur Internet. Sondage BVA réalisé pour *Le Parisien*, 4 février 2016, « Plus d'un Français sur cinq a déjà testé un site ou une application de rencontre », ressource indexée.

¹³⁹³ Nom, prénom, date de naissance, orientation sexuelle, loisirs, etc.

¹³⁹⁴ V. sur ce point la série de délibérations et décisions de la CNIL datées du 24 juin 2015 et mettant en demeure différentes sociétés proposant des services de rencontre entre personnes : 2015-021, 2015-048, 2015-049, 2015-050, 2015-058, 2015-059, 2015-060, 2015-061.

¹³⁹⁵ Nous pouvons ici citer les intemporelles observations d'Henri Bergson : « quand nos amis les plus sûrs s'accordent à nous conseiller un acte important, les sentiments qu'ils expriment avec tant d'insistance viennent se poser à la surface de notre moi, et s'y solidifier [...] Petit à petit ils formeront une croûte épaisse qui recouvrira nos sentiments personnels ; nous croirons agir librement et c'est seulement en y réfléchissant plus tard que nous reconnaitrons notre erreur » : BERGSON (H.), *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, PUF, « Quadrige », 1991, p. 127.

2. Possibilité d'orientations comportementales par les éditeurs de services numériques

314. Orientation : théorie et pratique. – Il faut en premier lieu décrire le fonctionnement de l'orientation comportementale subséquente à l'exploitation des données personnelles (a.) avant d'en relever quelques exemples concrets (b.).

a. Fonctionnement de l'orientation

315. Normalisation des comportements. – Le sociologue Antonio Casilli affirme sans détour que « les entreprises du numérique ne se contentent pas de refléter un changement de normes sociales mais agissent pour le faire advenir, car il correspond à leur intérêt financier »¹³⁹⁶. Mark Zuckerberg semble être du même avis, puisqu'il déclarait en 2010 que la vie privée était « une norme sociale [ayant] évolué ces dernières années », se félicitant de ce que son entreprise ait pu « procéder à un changement dans la gestion de la vie privée de 350 millions d'utilisateurs »¹³⁹⁷. Le directeur d'une société spécialisée dans les « analyses prescriptives » admet sans complexe que son objectif est de « fournir une analyse en temps réel du comportement des individus pour permettre à [ses] clients de changer de stratégie aussi vite que le marché »¹³⁹⁸. La Présidente de la CNIL s'est faite l'écho de l'idée selon laquelle la vie privée évoluerait « incontestablement vers une dimension plus individuelle »¹³⁹⁹ en raison « d'une vie publique revendiquée par les individus eux-mêmes »¹⁴⁰⁰. La tendance n'est pourtant pas à la satisfaction des personnes lorsque sont abordées les collectes de données à caractère personnel.

316. « Et pourtant, ils cliquent ». – La récurrence de la publicité ciblée et des sollicitations marque le passage d'une éventuelle méfiance active à une résignation de l'utilisateur¹⁴⁰¹. Des études

¹³⁹⁶ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 68.

¹³⁹⁷ Propos recueillis par Michael Arrington, le 9 juin 2010 à l'occasion de la « Techcrunch » : « Nous considérons que notre rôle au sein de ce système est d'innover constamment, et de nous mettre à jour pour refléter cette évolution des normes sociales actuelles. Beaucoup d'entreprises seraient emprisonnées par leur héritage et par ce qu'elles ont réalisé : procéder à un changement dans la gestion de la vie privée de 350 millions d'utilisateur n'est pas le genre de choses que beaucoup de sociétés font. Mais nous voyons cela comme une chose importante : toujours rester dans un état d'esprit innovant, et si nous devons recommencer aujourd'hui, nous intégrerions cette nouvelle norme sociale ». Propos indexés.

¹³⁹⁸ Propos de Marc Attalah, co-fondateur de Zettafox, recueillis par SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *op. cit.*, p. 7. La devise commerciale de ladite entreprise est « Analyses prescriptives. Aperçus au-delà des prédictions » (Source : site Internet de l'entreprise).

¹³⁹⁹ On s'interrogera ici sur la possibilité pour la notion de vie privée d'évoluer vers une conception plus individuelle, dans la mesure où elle est déjà, par nature, strictement attachée à la personne.

¹⁴⁰⁰ CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation Française, 2015, p. 5 : « Non, la vie privée n'est pas morte mais elle évolue incontestablement vers une dimension plus individuelle. Aujourd'hui, les données personnelles sont la particule élémentaire du monde numérique. Elles sortent du strict champ de la vie privée et participent à la construction d'une vie publique revendiquée par les individus eux-mêmes ».

¹⁴⁰¹ RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », 1990, p. 603 : « Contraints en raison de leur condition socio-économique à nouer des rapports avec autrui, la quasi-totalité des êtres humains le font dans une position de dépendance qui rejette dans un monde conceptuel désincarné la maîtrise reconnue à chacun sur les données

et sondages convergents ont permis de mettre en lumière la représentation que se font les personnes de la collecte des données à caractère personnel : elle est inéluctable¹⁴⁰². Un récent sondage fait état de la méfiance des utilisateurs de plateformes numériques : 70% des personnes interrogées considèrent « que la confidentialité sur Internet n'est pas correctement assurée »¹⁴⁰³. Et pourtant, elles cliquent. C'est ce qui ressort notamment d'entretiens réalisés à l'occasion de l'étude annuelle 2014 du Conseil d'État : « nombre des personnes auditionnées dans le cadre de cette étude, pourtant particulièrement au fait de ces questions, ont confessé se comporter de la sorte [...] Bien souvent, les internautes savent que leurs données personnelles seront largement disséminées et réutilisées, et pourtant ils cliquent. Cette attitude est en réalité rationnelle, dans la mesure où les droits actuels ne donnent que très peu de pouvoirs aux individus »¹⁴⁰⁴. Le découragement est compréhensible. Repérer et résister aux manœuvres florentines pour la collecte de données demande en effet un temps et une énergie considérables¹⁴⁰⁵. D'un autre côté, les éditeurs rappellent à la personne les bénéfices de l'accès au service : consommation simplifiée, socialisation, accès plus rapide à l'information¹⁴⁰⁶.

317. Conformisme anticipatif. – L'essentiel de l'orientation par des acteurs privés réside dans une formule simple et néanmoins complexe à démontrer : la personne agit différemment quand elle se sent observée. Cette hypothèse est loin d'être nouvelle, puisqu'elle a conduit à l'idée bien connue du panoptique de Bentham : ce qui compte n'est pas que l'on soit observé en permanence, il suffit que cela soit une éventualité. En outre, l'observation prendrait une forme nouvelle, car moins certaine et beaucoup plus diffuse. Il ne s'agirait plus d'un contrôle des personnes mais d'un contrôle des « flux » dans une logique de réseau. Michel Foucault, puis Gilles Deleuze, ont annoncé la transition d'une société disciplinaire à une société du contrôle¹⁴⁰⁷, cette dernière étant apte à « gérer et contrôler la vie dans une multiplicité quelconque »¹⁴⁰⁸. De nombreuses études ont alors montré,

qui lui sont propres » ; MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, n° 138, 18 mai 2007, p. 1480 : « Quant à l'internaute, il n'a finalement que le choix d'accepter d'être pisté, car le traçage est inhérent à l'univers numérique ».

¹⁴⁰² DESGENS-PASANAU (G.), « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », in GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, *op. cit.*, p. 97 : « le traitement de données à caractère personnel est inéluctable, car celui qui prétendrait s'y soustraire se placerait en dehors de la vie sociale telle qu'elle est aujourd'hui organisée ».

¹⁴⁰³ Sondage BVA « réalisé par Internet, du 7 au 9 mai 2018 auprès d'un échantillon de 1200 personnes représentatif de population française, âgée de 18 ans et plus. La marge d'erreur est de 2,3 points », ressource indexée : « Données personnelles. 70 % des français jugent leur confidentialité fragile », *LeTélégramme.fr*, mise en ligne le 24 mai 2018.

¹⁴⁰⁴ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁴⁰⁵ Ce temps a été évalué par des chercheuses américaines à 76 jours de travail par an. V. FAITH-CRANOR (L.), MCDONALD (A.), « The cost of reading Privacy Policies », *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, 22 p., ressource indexée.

¹⁴⁰⁶ LEMOINE (P.), « Commerce électronique, marketing et liberté », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 1, Paris, PUF, 2000, pp. 9 et s.

¹⁴⁰⁷ DELEUZE (G.), « Postscriptum sur les sociétés de contrôle », *L'autre journal*, n° 1, mai 1990, p. 110.

¹⁴⁰⁸ DELEUZE (G.), *Foucault*, Paris, Éd. de Minuit, « Reprise », 2004, p. 76.

de manière plus ou moins marquée, l'existence d'un « conformisme anticipatif »¹⁴⁰⁹, qui incite les personnes à infléchir plus ou moins délibérément leurs comportements dans le sens de ce qu'ils estiment « être la norme ». Actualisant les travaux de Michel Foucault, la philosophe et ingénieure Antoinette Rouvroy voit dans le déploiement des algorithmes un « mécanisme de disciplinarisation des individus particulièrement efficace et économique puisqu'il fonctionne à l'autocensure ou à l'autosurveillance par les citoyens eux-mêmes soucieux d'éviter d'être découverts et exposés »¹⁴¹⁰. Le comportement adopté pour « passer sous les radars » de la collecte fait l'objet de la même analyse que celui que « nous pensons être attendu »¹⁴¹¹. De rares tribunes ont abordé les risques de manipulation par les algorithmes – et ce avec plus ou moins de pertinence¹⁴¹² –, mais le chemin de croix pour s'extraire de la numérisation de masse reste l'apanage de rares initiés¹⁴¹³. Le périmètre de la collecte continue donc de s'agrandir au rythme des innovations, et les capacités d'orientations avec elles : plus grand est le nombre d'informations essentielles recoupées, plus grande est l'efficacité de l'influence exercée sur les prises de décision¹⁴¹⁴.

b. La concrétisation de l'orientation

318. L'orientation au sens premier. – L'orientation du comportement économique est parfois assez directe. Aux États-Unis, certaines compagnies d'assurance évaluent le comportement des automobilistes grâce à une « boîte noire » intégrée au véhicule. Cette dernière collecte les coordonnées GPS et les données techniques relatives au port des ceintures de sécurité, à la façon de négocier les virages ainsi qu'à la vitesse et au type de conduite, permettant de mesurer le « risque » présenté par les assurés et de récompenser les conducteurs prudents par une baisse des tarifs¹⁴¹⁵. En l'absence d'interdiction légale, les assureurs français ont récemment conclu des accords

¹⁴⁰⁹ LYON (D.), « An Electronic Panopticon? A Sociological Critique of the Surveillance Society », *Sociological Review*, 1993, 41(4), pp. 653 et s.

¹⁴¹⁰ ROUVROY (A.), « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information », in GUTTIERREZ (S.) et al. (dir.), *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, Paris, l'Harmattan, 2008, p. 260.

¹⁴¹¹ POULLET (Y.), COLIN (A.), « Du consommateur et de sa protection face à de nouvelles applications des technologies de l'information : risques et opportunités », *Droit de la consommation - Consumentenrecht*, 2010, n° 88, p. 103 : « Cette opacité entraîne la crainte de traitements non sollicités, non voulus et la volonté, dès lors, de se conformer à un comportement qui est celui que nous pensons être attendu en ces nouveaux lieux invisibles de la surveillance ».

¹⁴¹² EUDES (Y.), « Comment notre ordinateur nous manipule », *LeMonde.fr*, mise en ligne le 10 avril 2014, ressource indexée ; HARRIS (T.), « Dix façons dont la technologie nous manipule », mise en ligne le 16 juin 2016, *NowelObs.com*, ressource indexée.

¹⁴¹³ RIGAUX (F.), *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Bruxelles, Larcier, « Petites fugues », 2014, p. 180 : « L'espace virtuel se laisse projeter dans l'image antique du labyrinthe : seul le voyageur qui en maîtrise le secret ne risque pas de s'égarer ».

¹⁴¹⁴ G29, avis 13/2011 sur les services de géolocalisation des dispositifs mobiles intelligents, 16 mai 2011, p. 7 : « Un schéma de comportement peut également inclure des catégories spéciales de données, dans le cas, par exemple, où elles révèlent des visites à des hôpitaux ou à des lieux de culte, la présence à des manifestations politiques ou à d'autres lieux spécifiques révélant des informations concernant la vie sexuelle par exemple. Ces profils peuvent être utilisés pour prendre des décisions pouvant affecter le propriétaire de manière significative ».

¹⁴¹⁵ YVKOFF (L.), « Will you be a better driver with a Big Brother watching you? », 20 avril 2012, ressource indexée.

avec les constructeurs automobiles pour l'installation de dispositifs similaires¹⁴¹⁶. La CNIL s'en inquiète, mais admet dans le même temps qu'« en 2018, 420 millions d'automobiles seront connectées, contre 45 millions en 2013 »¹⁴¹⁷.

319. Contagion émotionnelle et prévisibilité des comportements. – Début 2012, Facebook a mené une expérience pour connaître l'impact de modifications de « petites données » sur l'humeur des internautes. Durant une semaine et en collaboration avec des chercheurs de l'Université de Princeton, le réseau social a mené en secret une expérience dite de « contagion émotionnelle ». Les publications de près de 700.000 utilisateurs ont été légèrement modifiées, en incluant des phrases et mots plus positifs ou plus négatifs. Les conclusions enthousiastes des auteurs¹⁴¹⁸, qui ont constaté que « les états émotionnels sont communicatifs et peuvent se transmettre par un phénomène de contagion », n'ont pas été du goût des utilisateurs¹⁴¹⁹. Des excuses ont immédiatement été communiquées par les chercheurs et le réseau social, ce qui ne change en rien l'existence des interactions et les potentielles sauvegardes des statuts modifiés par divers logiciels d'analyse. En outre, l'impact direct sur les comportements et les humeurs des personnes a été confirmé au service numérique qui compte le plus d'utilisateurs au monde et qui collecte le plus grand nombre de données.

320. Habitudes de consommation des mineurs. – Bien que l'orientation du comportement des mineurs soit un sujet de recherche multidisciplinaire en lui-même, la manière dont leur utilisation des technologies de numérisation conditionne les normes sociales à venir justifie qu'il y soit ménagé une place ici. Souhaitant atteindre les enfants avant qu'ils n'aient l'âge de recourir à des outils numériques de manière autonome, certaines entreprises investissent le milieu scolaire en fournissant les établissements en matériel à prix cassé ou gratuitement. Cette offrande est naturellement plébiscitée par les enseignants et les encadrants. Difficile alors de ne pas penser que des enfants habitués à apprendre au moyen d'un terminal de marque spécifique – Apple, Google et Microsoft – procéderont plus spontanément à l'achat d'appareils de même marque au cours de leur vie future. La CNIL s'en est alarmée et souhaite la signature d'une « Charte de confiance »¹⁴²⁰. La vulnérabilité des mineurs à la suggestion n'étant plus à démontrer, le RGPD prévoit un nouvel

¹⁴¹⁶ NEGRONI (A.), « Vers une boîte noire dans les voitures françaises », *LeFigaro.fr*, 21 juin 2013, indexé en ligne.

¹⁴¹⁷ CNIL, « Pour qui les véhicules connectés roulent-ils ? », *Rapport d'activité 2013*, Paris, La Documentation Française, 2014, p. 68.

¹⁴¹⁸ KRAMER (A.), GUILLORY (J.), HANCOCK (J.), « Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks », *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS USA)*, Princeton University, vol. 111, n° 24, 25 mars 2014, pp. 8788-8790.

¹⁴¹⁹ Réactions relatées notamment par *LeMonde.fr*. V. « Des utilisateurs de Facebook “manipulés” pour une expérience psychologique », 30 juin 2014, ressource indexée.

¹⁴²⁰ CNIL, *Rapport d'activité 2017*, Paris, La Documentation Française, 2018, pp. 22-26.

âge légal de consentement à un traitement automatisé de données à caractère personnel : 16 ans¹⁴²¹. L'utilisation d'un service numérique conditionné par une collecte de données personnelles reste toutefois possible dès l'âge de 13 ans si le titulaire de la responsabilité parentale l'autorise. Le cas échéant, le responsable de traitement « s'efforce raisonnablement de vérifier » que le consentement recueilli provient effectivement de ce titulaire, « compte tenu des moyens technologiques disponibles »¹⁴²².

Les données à caractère personnel sont principalement considérées par les entreprises comme des biens économiques – en état ou en devenir. Puisqu'elles permettent un contrôle des comportements individuels, elles sont aussi des « informations essentielles au maintien de la sécurité publique des États »¹⁴²³.

§ 2 – Contrôle des comportements individuels par les autorités publiques

321. L'exercice d'une prérogative de puissance publique. – L'État doit maintenir la sécurité sur son territoire, assurer le maintien de l'ordre public et préserver l'intégrité physique et morale des personnes physiques. À ces fins, il doit identifier les individus présents sur son territoire en respectant une exigence de proportionnalité, laquelle exclut *a minima* un fichage de l'ensemble de la population. La directive 2016/680¹⁴²⁴ retient une acception de la proportionnalité assez similaire à celle de l'article 8§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴²⁵. En effet, elle prévoit que les traitements de données à caractère personnel effectués par les autorités doivent avoir des objectifs de « prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces »¹⁴²⁶, tout en étant nécessaires et proportionnées¹⁴²⁷. La protection de l'identité personnelle par différents droits subjectifs, tels que celui du droit au respect de la vie privée, trouve ainsi sa limite dans la possibilité de telles ingérences. Corrélativement, la circonscription du champ de contrôle des populations délimite l'espace

¹⁴²¹ Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 8.

¹⁴²² *Id.*

¹⁴²³ TINIERE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 198.

¹⁴²⁴ Directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016.

¹⁴²⁵ L'appréciation de la proportionnalité des mesures de mise en place d'un traitement automatisé de données par les autorités compétentes donne lieu à un certain rapprochement conventionnel opéré par le juge constitutionnel et le juge de l'Union. V. par exemple : Cour EDH, 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, req. n° 21010/10, §§ 33-45 ; CC, décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, *M. Mikhaïl P. [Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires]*, cons. 7-14 ; CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pts. 32-69.

¹⁴²⁶ Directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016, art. 1^{er}.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, art. 4.

disponible pour la construction des identités et le développement de la personnalité. À l'extrémité du spectre sécuritaire se trouve le régime totalitaire, qui a pour fondement la négation des identités personnelles¹⁴²⁸. Le refus de reconnaissance de la spécificité au nom de l'intérêt collectif se traduit notamment par l'affaiblissement de la personnalité juridique, outil d'émancipation individuel à même de menacer un ordre établi¹⁴²⁹. Les potentialités offertes par la collecte de données personnelles en matière de contrôle¹⁴³⁰ vont de paire avec de grands risques pour la constitution des identités et l'autonomie des personnes¹⁴³¹. Bien sûr, le maintien de l'ordre dans un État de droit justifie l'existence d'une surveillance. Cependant, la question de la proportionnalité des mesures devient alors centrale afin d'assurer que l'identification et la surveillance ne se confondent pas entièrement¹⁴³². Afin de mesurer les risques pesant sur les personnes en l'état du droit positif français et européen, il faut examiner l'extension des moyens de contrôle à la disposition des autorités publiques (A.), parallèle à l'accroissement de l'utilisation qu'en font les services habilités (B.).

A. Les moyens du contrôle à la disposition des autorités publiques : la massification des collectes

322. Collecte publique en expansion. – Les portes ouvertes doivent parfois être enfoncées afin que le point de départ de la réflexion soit révélé dans son intégralité : plus la quantité d'informations pertinentes dans un domaine est grande, plus la capacité d'action efficace sur celui-ci est élevée¹⁴³³. Les données à caractère personnel, qu'elles relèvent du type formel ou essentiel, sont de précieux outils de contrôle des populations ; on comprend alors qu'elles fassent « l'objet d'une exploitation accrue par les États dans le but de garantir l'ordre public et la sécurité publique »¹⁴³⁴. Le « contrôle » des personnes par les autorités publiques, plus direct et moins diffus que l'orientation de leurs comportements, doit être entendu au sens d'une « gouvernementalité », c'est-à-dire « l'ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques qui permettent d'exercer cette forme bien spécifique, quoique très complexe de pouvoir qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir l'économie politique, pour instrument

¹⁴²⁸ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 74 : « les régimes totalitaires se présentent d'abord comme négateurs des identités personnelles, de la spécificité de chacun ».

¹⁴²⁹ ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme*, Paris, Seuil, 1972, p. 185 : « Le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l'Homme la personne juridique ».

¹⁴³⁰ GUERRIER (C.), *Les enjeux de la société de contrôle à l'ère numérique. Volume 1*, Londres, ISTE Editions, « Innovation, entrepreneuriat et gestion », 2017, pp. 15-16 : « porteuses de potentialités en matière de surveillance et de contrôle ».

¹⁴³¹ CNIL, *Rapport d'activité 2017*, Paris, La Documentation Française, 2018, p. 12 : « L'observation d'autres écosystèmes que le nôtre devrait pourtant finir de nous ouvrir les yeux sur le potentiel d'asservissement des individus que recèle le numérique »

¹⁴³² CEYHAN (A.), « Identifier et surveiller : les technologies de sécurité », *Culture et conflits*, n° 64, pp. 7-9.

¹⁴³³ ROZENFELD (S.), « Adrien Basdevant. Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *op. cit.*

¹⁴³⁴ TINIÈRE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 187.

essentiel les dispositifs de sécurité»¹⁴³⁵. Ses objectifs principaux sont la détection des comportements individuels représentant un danger pour la sûreté et la sécurité de l'État, et la prévention des infractions ou circonstances favorisant les infractions. Les différents services de police procèdent à des collectes très variées, allant des données d'état civil à certains contenus de réseaux sociaux et aux informations techniques nécessaires à la mise en réseau des différents terminaux¹⁴³⁶. La multiplication des collectes et usages de données personnelles à des fins de gestion présente une similarité prononcée avec la tendance observée chez les acteurs privés. Sans affirmer l'existence d'une « collusion entre public et privé »¹⁴³⁷ qui serait formalisée, on constate néanmoins des intérêts convergents entre ces deux types d'acteurs¹⁴³⁸. Plus les données circulent par les FAI – mise à disposition du réseau par un acteur privé et massification en fonction des utilisations –, plus les dispositifs d'interception prévus par les lois en matière de sécurité et la surveillance accumulent les données personnelles dans une base dont la teneur est classée secret défense ; plus les personnes mettent des données personnelles en ligne sur des réseaux ouverts – tels que des réseaux professionnels –, plus certains fichiers de police s'en nourrissent (AJDRCDs, ACCReD). Les différentes collectes opérées à des fins de police administrative et judiciaire¹⁴³⁹ – antécédents¹⁴⁴⁰, analyse sérielle¹⁴⁴¹, personnes recherchées¹⁴⁴² – peuvent se potentialiser par l'interconnexion de fichiers.

323. Potentialisation des fichiers de police. – Le nombre de fichiers de police croît proportionnellement à la collecte de données personnelles : 36 en 2006¹⁴⁴³, 58 en 2009¹⁴⁴⁴, 80 en

¹⁴³⁵ FOUCAULT (M.), *Sécurité, territoire, population : cours au collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2004, p. 111.

¹⁴³⁶ V. *infra*.

¹⁴³⁷ ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », in BOLLEE (S.), PATAUT (E.) (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS Editions, 2016, p. 167 : « En raison de la collusion entre public et privé que nous avons connue en matière d'espionnage ».

¹⁴³⁸ PERRAY (R.), « Les droits de recours des particuliers en matière de données personnelles dans le cadre de la sécurité nationale », in DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (de) (O.), TALEB-KARLSSON (A.) (dir.), *Protection des données personnelles et sécurité nationale. Quelles garanties juridiques dans l'utilisation du numérique ?*, Bruxelles, Bruylant, « À la croisée des droits », 2017, pp. 189 : « la sécurité nationale n'est alors guère éloignée des pratiques du secteur commercial : entre *Big Data* et profilage ».

¹⁴³⁹ Il faut noter ici que les fichiers rendent assez poreuse la frontière entre ces deux types de police, tracée par les arrêts *Consorts Baud* (CE, sect., 11 mai 1951) et *Dame Noualeck* (T. confl., 7 juin 1951). En effet, les collectes et le recours sont à la fois des actes de prévention qui visent à réprimer les infractions constatées, ou comme des actes qui relèvent de la prévention des infractions pénales. Sur ce point, v. MARTIQUET (Y.), « Les fichiers de police. Nature et conséquences juridiques », *LPA*, 2 mars 2017, n° 44, pp. 7-11.

¹⁴⁴⁰ Code de procédure pénale, art. L. 230-6 à 230-11.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, art. 230-12 à 230-18.

¹⁴⁴² *Ibid.*, art. 230-19.

¹⁴⁴³ Nombre de fichiers recensés par BAUER (A.), *Fichiers de police et de gendarmerie : comment améliorer leur contrôle et leur gestion ?*, Institut national des Hautes Études de Sécurité, Observatoire national de la délinquance, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », décembre 2006, 152 p.

¹⁴⁴⁴ BATHO (D.), BENISTI (J.-A.), *Rapport d'information n°1548 sur les fichiers de police*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2009, p. 13.

2011¹⁴⁴⁵. L'interconnexion de fichiers, qui fait apparaître des profils de plus en plus précis, représente un danger pour l'identité personnelle : plus les informations la concernant sont nombreuses, plus la personne semble apparaître telle qu'elle est, alors que son profil ne recouvre qu'une identité mutilée, figée et totalisante¹⁴⁴⁶. Le premier des fichages est nécessaire à l'État de droit, puisqu'il s'agit de l'état civil, indispensable pour assurer la jouissance des prérogatives prévues dans l'ordre juridique correspondant et premier vecteur de l'institution des personnes. Mais les fichiers et leurs croisements vont bien au-delà. C'est le cas du fichier d'analyse sérielle AJDRCD¹⁴⁴⁷, qui met en commun des informations de différents fichiers préexistants, provenant notamment des administrations (trésor public, douanes), de prestataires de services privés (FAI, banques, opérateurs divers), mais surtout la totalité des informations disponibles sur Internet en source ouverte, c'est-à-dire le contenu disponible sur l'ensemble des réseaux et indexé par les moteurs de recherche. Le fichier EDVIGE¹⁴⁴⁸ avait été prévu en 2008 pour élargir la palette de l'interconnexion. Résultant d'une fusion de renseignements généraux (RG) et de la Direction de la surveillance du territoire (DST)¹⁴⁴⁹, le fichier consistait en une « extension considérable du champ d'application du fichier de police »¹⁴⁵⁰. La collecte de données dont la nature n'était pas précisée pouvait ainsi avoir lieu sur les réseaux sociaux et les moteurs de recherche, dès lors que les informations étaient considérées comme « nécessaires au Gouvernement ou à ses représentants pour l'exercice de leurs responsabilités »¹⁴⁵¹. Les individus pouvant faire l'objet d'un fichage devenaient beaucoup plus nombreux : toutes les personnes susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, et ce dès l'âge de 13 ans. En supplément des informations relatives à l'identité formelle, le fichier pouvait contenir des informations sur les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques, religieuses, sur l'appartenance syndicale ou encore l'orientation sexuelle. Après l'expression d'avis hostiles par le Conseil d'État et la CNIL, le décret fut abrogé le 19 novembre 2008¹⁴⁵². À l'occasion des débats relatifs à l'adoption de la LOPPSI 2¹⁴⁵³, une partie du projet de loi avait attiré l'attention : le gouvernement prévoyait la création d'un fichier regroupant les informations contenues dans les fichiers relatifs aux titulaires de carte nationale d'identité et de

¹⁴⁴⁵ CNIL, *Rapport d'activité pour 2011*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 70. On ne trouve plus trace d'un recensement institutionnel des fichiers de police après 2011.

¹⁴⁴⁶ V. nos développements précédents, n^{os} 291 et s.

¹⁴⁴⁷ « Application judiciaire dédiée à la révélation des crimes et délits en série », créé par la loi n^o 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « LOPPSI 2 ».

¹⁴⁴⁸ EDVIGE : « Exploitation documentaire et valorisation de l'information générale ».

¹⁴⁴⁹ Pour devenir la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI)

¹⁴⁵⁰ MARZOUKI (M.), « Non à EDVIGE : sursaut ou prise de conscience ? », *Plein droit*, n^o 80, 2009/1, pp. 21-26.

¹⁴⁵¹ Art. 1^{er} du décret n^o 2008-632, abrogé le 19 novembre 2008.

¹⁴⁵² Décret n^o 2008-1199 du 19 novembre 2008 portant retrait du décret n^o 2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE ».

¹⁴⁵³ Loi n^o 2011-267 du 14 mars 2011.

passport. Des titres d'identité dotés d'une puce électronique contenant l'ensemble de ces informations – dont les données biométriques – devaient alors être délivrés, dans la poursuite d'un objectif de protection contre l'usurpation d'identité. La version finale de la loi relative à la protection de l'identité¹⁴⁵⁴ fut soumise au Conseil constitutionnel le 22 mars 2012. Le juge constitutionnel a considéré que l'atteinte au respect de la vie privée devait être regardée comme disproportionnée au but poursuivi, en raison de l'ampleur de l'interconnexion, du peu de garanties qui l'accompagnaient et de la faible nécessité d'une telle mesure¹⁴⁵⁵. Ce rejet n'était que partie remise, puisqu'un nouveau « méga-fichier »¹⁴⁵⁶ a vu le jour le 28 octobre 2016. La création du fichier des Titres électroniques sécurisés (TES)¹⁴⁵⁷ a provoqué un soulèvement modéré, à la faveur d'un contexte sécuritaire et d'un calendrier propice¹⁴⁵⁸. Le fichier TES procède à la même interconnexion de fichiers que celle que le Conseil constitutionnel avait censurée en 2012¹⁴⁵⁹, c'est-à-dire les données personnelles de tous les détenteurs de carte nationale d'identité (CNI) et passeports français : nom, sexe, couleur des yeux, taille, adresse du domicile, filiation, image numérique du visage, signature, adresse e-mail, empreintes digitales¹⁴⁶⁰. Ce fichier contient lesdites informations relatives à 60 millions de personnes. Matériellement, il convient de souligner qu'il n'est plus question d'une puce informatique qui contiendrait ces informations. Procéduralement, il faut tout autant mettre en exergue la création du fichier par décret. La CNIL, dont l'avis en matière de création de fichiers de police est consultatif depuis 2004¹⁴⁶¹, était plutôt réservée, « au regard tant de la nature des données enregistrées que du nombre de personnes concernées »¹⁴⁶². Dans un audit rédigé conjointement, l'ANSSI¹⁴⁶³ et la DINSIC¹⁴⁶⁴ ont relevé « que le système TES peut

¹⁴⁵⁴ Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité.

¹⁴⁵⁵ CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, cons. 11.

¹⁴⁵⁶ KOUBI (G.), « Le “méga-fichier” des titres électroniques sécurisé », *JCP A*, n° 47, 28 novembre 2016, pp. 16-20.

¹⁴⁵⁷ Décret n° 2016-1460 du 28 octobre 2016 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité.

¹⁴⁵⁸ L'adoption du décret a eu lieu à l'occasion du week-end de la Toussaint. La secrétaire d'État au numérique du gouvernement Valls II, Axelle Lemaire, a dénoncé son propre gouvernement : « Ce décret a été pris en douce par le ministre de l'Intérieur, un dimanche de la Toussaint, en pensant que ça passerait ni vu ni connu ». V. GALLET (G.), « Fichier TES : Axelle Lemaire dénonce un décret “pris en douce”, l'Intérieur dément », *L'express.fr*, 7 novembre 2011, ressource indexée.

¹⁴⁵⁹ Notons toutefois qu'il n'est pas ici question de doter les CNI d'une puce électronique.

¹⁴⁶⁰ Il est toutefois possible de s'opposer au versement dans le fichier TES des empreintes digitales à l'occasion du renouvellement de la carte d'identité, depuis un décret n° 2017-910 du 9 mai 2017 relatif aux conditions de recueil et de conservation des empreintes digitales des demandeurs de carte nationale d'identité.

¹⁴⁶¹ La CNIL ne disposant plus, depuis l'adoption de la LCEN, que d'un avis consultatif sur la création de fichiers relevant de la compétence de l'administration centrale.

¹⁴⁶² CNIL, délibération n° 2016-292 du 29 septembre 2016 portant avis sur un projet de décret autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité.

¹⁴⁶³ Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information, décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information ».

¹⁴⁶⁴ Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État. Décret n° 2015-1165 du 21 septembre 2015 relatif au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique ; décret n°

techniquement être détourné à des fins d'identification », et ont pointé une « sécurité globale [...] perfectible »¹⁴⁶⁵. Le TES est effectif et déployé sur l'ensemble du territoire français depuis le 30 mars 2017. La dynamique de l'interconnexion peut être illustrée par l'ACCReD¹⁴⁶⁶, qui permet le recoupement de nombreux fichiers préexistants¹⁴⁶⁷ : TAJ, CRISTINA, GESTEREXT, FSPRT. Le seul fichier TAJ, dont les conditions de sauvegarde des données viennent d'être frappées d'inconstitutionnalité¹⁴⁶⁸, est connu pour ses 15 millions de personnes « défavorablement connues » des services de police, chiffre très au-delà des 5 millions de personnes sont inscrites au casier judiciaire national automatisé¹⁴⁶⁹. La LIL, souvent vue comme traduisant « une vigilance particulière à l'égard des fichiers publics, une méfiance marquée à l'égard des interconnexions de fichiers »¹⁴⁷⁰, constitue en réalité un régime d'habilitation assez souple à l'égard de la constitution de fichiers publics. La CNIL, premier observateur de la mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel, rend des avis purement consultatifs. Quant aux appels doctrinaux en faveur d'un éclaircissement sur les procédures portant création de tels fichiers – majoritairement par voie réglementaire –, ils s'épuisent face à un supposé état de nécessité¹⁴⁷¹, qui ne faiblit pas dans un contexte sécuritaire alimenté par le risque terroriste. D'aucuns affirment alors que la sécurité est une « demande sociale »¹⁴⁷².

B. L'exercice du contrôle par les autorités publiques : surveillance et prédiction des comportements

324. Surveiller et anticiper. – Une collecte suffisamment efficace peut permettre la mise en évidence de comportements individuels ou collectifs justifiant la mise en place d'un contrôle, qui

2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à la direction interministérielle de la transformation publique et à la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État.

¹⁴⁶⁵ ANSSI, DINSIC, *Audit du système « Titres électroniques sécurisés »*, rapport au Ministère de l'Intérieur, 13 janvier 2017, p. 4.

¹⁴⁶⁶ Décret n° 2017-1224 du 3 août 2017 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Automatisation de la consultation centralisée de renseignements et de données » (ACCReD).

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, art. 7 (extrait) : « Le traitement mentionné à l'article 1^{er} peut procéder à la consultation automatique et, le cas échéant, simultanée des traitements de données à caractère personnel suivants aux seules fins de vérifier si l'identité de la personne concernée y est enregistrée ».

¹⁴⁶⁸ CC, décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, *M. Mikhaïl P. [Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires]* : v. SURREL (H.), « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018/2, chron., pp. 152-154.

¹⁴⁶⁹ MANACH (J.-M.), « Défavorablement connus », *op. cit.*

¹⁴⁷⁰ CNIL, *Rapport d'activité pour 1998*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 40.

¹⁴⁷¹ PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 209, 2000, p. 87 : « Aujourd'hui, le grand débat autour de l'interdiction des interconnexions de fichiers s'épuise, leurs partisans ayant remporté la victoire au nom de l'efficacité, du réalisme (ces interconnexions existent dans les faits) et du progrès technique qu'on ne peut contenir ».

¹⁴⁷² DEBAETS (E.), *Le droit à la protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, *op. cit.*, p. 9.

se manifeste par une surveillance (1.) ; à plus long terme, une base de données suffisamment nourrie permet un contrôle des comportements par prédiction et anticipation (2.).

1. La surveillance comme principal moyen de contrôle des personnes

325. Renseignements et surveillances. – L'inquiétude vis-à-vis des données captées et utilisées par les services de renseignement peut être vue comme un renouvellement de l'opposition « entre la tradition libérale et ceux qui prétendent restaurer [...] le principe d'autorité », qui ne confronte pas seulement « des intérêts et des idées, mais des sentiments et des idéaux »¹⁴⁷³. L'essor des moyens techniques à la disposition des services de renseignement et de police au sens général, couplé à l'essor des fichiers et de leur ampleur, donne une autre vision du contexte sécuritaire. L'identification et le contrôle se rapprochent dans une dynamique centrifuge, ce qui laisse craindre une « société du contrôle »¹⁴⁷⁴, le spectre d'une « surveillance globale »¹⁴⁷⁵ ou « post-orwellienne »¹⁴⁷⁶. Selon nous, ces craintes relèvent pour le moment de la potentialité et non de la réalité. Il faut donc se garder de toute caricature, sans pour autant s'interdire de constater les possibilités techniques à la disposition de l'État¹⁴⁷⁷ et les risques majeurs que présentent de tels moyens légaux intégrés à un État de droit. Pour sauvegarder que fondements de la légitimité étatique soient sauvegardés, un État de droit suppose le ménagement d'un juste équilibre entre le niveau de sécurité nécessaire à la protection des populations et le traçage des personnes¹⁴⁷⁸, la prépondérance du second risquant d'avoir pour conséquence mécanique une méthode de gouvernance en décalage avec le développement de l'identité personnelle¹⁴⁷⁹. Les assignations à résidence adoptées dans le contexte de l'état d'urgence, largement justifiées par les données disponibles dans les fichiers de renseignement, sont un exemple topique de contrôle direct sur les personnes. Bien que l'assignation à résidence ne soit dans ce contexte pas considérée comme une

¹⁴⁷³ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La politique criminelle des États autoritaires*, Dalloz, Paris, 2009, Edition originale 1938, p. 5. V. également SOLOVE (D. J.), "Data Mining and The Security. Liberty debate", *University of Chicago Law Review*, n° 75, 2008, pp. 43 et s.

¹⁴⁷⁴ TÜRK (A.), *La vie privée en péril : des citoyens sous contrôle*, Paris, Odile Jacob, 2011, 269 p.

¹⁴⁷⁵ SADIN (E.), *Surveillance globale : enquête sur les nouvelles formes de contrôle*, *op. cit.*

¹⁴⁷⁶ GUERRIER (C.), *Les enjeux de la société de contrôle à l'ère numérique. Volume 1, op. cit.*, p. 14 : « C'est ce qui apparaît dans le profilage des populations, qui décortique et analyse les contours, et la dynamique de la surveillance post-orwellienne ».

¹⁴⁷⁷ Pour une revue d'ensemble des moyens techniques de surveillance, à savoir la collecte et le traitement de métadonnées par différents biais, v. nos développements précédents, n°s 173 et s.

¹⁴⁷⁸ TORNY (D.), « La traçabilité comme technique de gouvernement des hommes et des choses », *Cahiers de la Sécurité Intérieure*, n° 38, octobre 1999, pp. 157-183.

¹⁴⁷⁹ HERMITTE (A.), « La traçabilité des personnes et des choses », in PEDROT (P.) (dir.), *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003 : « La traçabilité des personnes est un vieux rêve du pouvoir politique, à l'origine du nom, de l'état civil, du passeport, du domicile [...] Cette traçabilité est parfois avouée, souvent cachée [...]. La traçabilité des choses est une entreprise plus récente, liée à la production de masse, au libre-échange et aux risques propres à ce système de circulation généralisée. Elle s'annonce officiellement comme un instrument du principe de précaution ».

peine, elle entrave largement la sociabilité et le développement de la personne. Depuis 2001, le législateur est intervenu plusieurs dizaines de fois pour créer ou modifier des lois relatives à la sécurité nationale¹⁴⁸⁰, ayant essentiellement pour effet de multiplier les possibilités administratives en matière d'enquête, de surveillance, de perquisition, d'assignation à résidence¹⁴⁸¹.

326. Quel contrôle sur le contrôle ? – Le contrôle de la mise en œuvre de la surveillance administrative par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)¹⁴⁸² se traduit par des avis consultatifs. Pour la création de répertoires de la population, les gouvernements empruntent de plus en plus régulièrement la voie décrétole avec une simple consultation de la CNIL. L'hyperactivité sécuritaire du législateur et des gouvernements successifs exhume une question qu'il n'est guère bon de poser au sein d'une démocratie : *Sed quis custodiet ipsos custodes*¹⁴⁸³ ? Les réponses se trouvent bien sûr dans le contrôle de légalité exercé par le juge administratif et dans celui de la constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. À n'en pas douter, le juge dispose d'un rôle majeur à jouer dans la protection de l'identité des personnes, mais la sanction d'un fichier ou de l'un des pans du fichier produit un effet contingent en raison de l'interconnexion, qui fonctionne comme une hydre : ce que l'on supprime dans une base de données est probablement déjà copié dans d'autres bases, institutionnelles – et pouvant donc faire l'objet d'une demande d'accès en vertu de la LIL¹⁴⁸⁴ – ou secret défense. Dans une lettre ouverte publiée fin 2017, le Conseil national du numérique (CNN) qualifie cette inflation législative de « critique », constatant que « les pouvoirs publics semblent engagés dans une spirale infernale, pour un but – la sécurité absolue – dont l'horizon ne peut jamais être atteint »¹⁴⁸⁵. En substance, le CNN déplore que « la notion de comportement tend[e] à se substituer à celle d'activité » et qu'« au nom d'une conception prédictive de la lutte antiterroriste, des individus pourraient être contraints non parce qu'ils préparaient des crimes ou délits, mais bien parce qu'ils seraient susceptibles d'en commettre »¹⁴⁸⁶. Dans le même temps, Amnesty International rendait un rapport détaillé intitulé

¹⁴⁸⁰ Entre 2001 et 2011, le journaliste Jean-Marc Manach en avait compté quarante-deux (v. leur recensement MANACH (J.-M.), « Lois sécuritaires : 42, v'la les flics », *omni.fr*, mise en ligne le 19 janvier 2011, ressource indexée) ; le Conseil national du numérique en dénombre quinze entre 2012 et 2017 (CNN, « Prédications et contournements de l'autorité judiciaire », *Prédications, chiffrement et libertés*, septembre 2017, p. 3).

¹⁴⁸¹ Cass. crim. 22 octobre 2013, (13-81.949) et Cass. crim. 22 octobre 2013, n° 13-81.945 : dans deux arrêts rendus le même jour, la Cour de cassation a déclaré que l'art. 8 de la Convention européenne imposait que la surveillance d'une personne par un dispositif de géolocalisation mobile soit « exécutée sous le contrôle d'un juge », en tant que constituant une grave ingérence dans le droit en question.

¹⁴⁸² Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, créée par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, art. 2 ; codifiée à l'art. L. 801-1 du Code de la sécurité intérieure.

¹⁴⁸³ « Mais qui surveille nos surveillants ? ». V. notamment GOZZI (M.-H.), « *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* À propos de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G*, n° 38, 14 septembre 2015, pp. 1608-1612.

¹⁴⁸⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 41.

¹⁴⁸⁵ CNN, « Prédications et contournements de l'autorité judiciaire », *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 5.

« Des mesures disproportionnées : l'ampleur grandissante des politiques sécuritaires dans les pays de l'UE est dangereuse »¹⁴⁸⁷, dans lequel la France était largement harponnée sur ses multiples adoptions de lois sécuritaires et prolongations de l'état d'urgence¹⁴⁸⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme sera prochainement amenée à se prononcer sur la compatibilité d'un tel empilement de mesures sécuritaires et d'interceptions de données à caractère personnel avec le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention¹⁴⁸⁹.

327. La vidéoprotection. – Le régime spécial de la vidéosurveillance, encadré par la LOPS¹⁴⁹⁰ puis la LOPPSI¹⁴⁹¹, est devenu le régime de la « vidéoprotection »¹⁴⁹². La mise en place de dispositifs techniques de surveillance dans les lieux publics incarne un exemple particulièrement intéressant de recherche du « conformisme anticipatif », notamment par la crainte d'être fiché en direct par la captation de son image (frontières, manifestations, lieux publics). La multiplication des systèmes de vidéoprotection – près d'un million et demi dans les « espaces ouverts au public » et environ 150 000 sur la voie publique¹⁴⁹³ – ajoute des mailles supplémentaires au filet de la traçabilité des personnes¹⁴⁹⁴, particulièrement en milieu urbain¹⁴⁹⁵. L'efficacité de la vidéoprotection sur la réduction de la délinquance prête souvent à débat : selon l'interprétation des chiffres, elle dissuade très efficacement¹⁴⁹⁶, ou se contente de déplacer géographiquement la délinquance¹⁴⁹⁷. Sur le site du

¹⁴⁸⁷ Amnesty International, « Des mesures disproportionnées : l'ampleur grandissante des politiques sécuritaires dans les pays de l'UE est dangereuse », 17 janvier 2017, 76 p.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, pp. 14-17.

¹⁴⁸⁹ *Association confraternelle de la presse judiciaire c. France* et 11 autres requêtes, req. n° 49526/15, 49615/15, 49616/15, 49617/15, 49618/15, 49619/15, 49620/15, 49621/15, 55058/15, 59602/15 et 59621/15, requêtes communiquées au Gouvernement français le 26 avril 2017 ; *Follorou c. France* et *Johannes c. France*, req. n° 30635/17 et 30636/17, requêtes communiquées au Gouvernement français le 4 juillet 2017.

¹⁴⁹⁰ Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

¹⁴⁹¹ Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹⁴⁹² Code de la sécurité intérieure, art. L. 251-1 à L. 255-1.

¹⁴⁹³ MUCCHIELLI (L.), *Vous êtes filmés ! Enquête sur le bluff de la vidéosurveillance*, Paris, Armand Colin, 2018, 232 p. En 2012, la CNIL en recensait près de 900.000 au total pour 70.000 sur la voie publique : CNIL, « Vidéosurveillance / Vidéoprotection : les bonnes pratiques pour des systèmes plus respectueux de la vie privée », 21 juin 2012, ressource indexée.

¹⁴⁹⁴ CNIL, délibération n° 2011-204 du 7 juillet 2011 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État relatif à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « traitement de procédures judiciaires » (TPJ) (demande d'avis n° 1484843) : « Cette fonctionnalité d'identification, voire de localisation, des personnes à partir de l'analyse biométrique de la morphologie de leur visage, présente des risques importants pour les libertés individuelles, notamment dans le contexte actuel de multiplication du nombre des systèmes de vidéoprotection ».

¹⁴⁹⁵ SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, Thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 520 : « Dans une ville où la vidéoprotection est généralisée, l'information recherchée est la localisation des individus, tant de manière passive concernant les victimes potentielles, qui savent alors que le crime dont elles pourraient être victimes serait enregistré, que pour les agresseurs potentiels qui verront leur déplacement tracé et leur forfait enregistré ».

¹⁴⁹⁶ SALLAZ (J.-P.), DEBROSSE (P.), HAN (D.), *Rapport sur l'efficacité de la vidéoprotection*, Inspection générale de l'administration sur l'efficacité de la vidéoprotection, Rapport au Ministère de l'Intérieur, juillet 2009, p. 45 : « L'analyse des statistiques de la délinquance montre un impact significatif de la vidéoprotection en matière de prévention puisque le nombre de faits constatés baisse plus rapidement dans des villes équipées de vidéoprotection que dans celles où aucun dispositif n'est installé ».

¹⁴⁹⁷ LE GOFF (T.), « Le faux et coûteux miracle de la vidéosurveillance », *Après-demain*, 2010/4, n° 16, pp. 28-30.

ministère de l'Intérieur sont vantées les qualités des nouvelles caméras IP, qui permettent « une collecte d'information plus vaste et plus précise »¹⁴⁹⁸. Les anciennes caméras utilisaient en effet des bandes magnétiques à des fins d'enregistrement des données, quand les nouvelles permettent la retransmission numérique immédiate : reconnaissance faciale pour interrogation en direct des fichiers¹⁴⁹⁹. Les injonctions normatives à la découverte du visage dans l'espace public français¹⁵⁰⁰, entérinées par le juge constitutionnel et le juge de Strasbourg¹⁵⁰¹, prennent ainsi un sens nouveau¹⁵⁰². Les caméras « intelligentes »¹⁵⁰³, fortes de leurs capacités instantanées de recoupement, peuvent ainsi être couplées à des logiciels de détection des comportements « suspects » ou « anormaux »¹⁵⁰⁴. L'identification de ces comportements repose alors sur l'identification des corps se mouvant sur un territoire et de leurs caractéristiques particulières, ce que Michel Foucault qualifie de gouvernance des corps et plus spécifiquement de biopolitique¹⁵⁰⁵. Cette transition de la surveillance au contrôle¹⁵⁰⁶ laisse craindre une accentuation de la prédiction des comportements individuels, plus dangereuse encore pour l'identité des personnes.

2. La prédiction des comportements sur la base de collectes de données

328. Prévisibilité de l'être humain. – Une équipe de chercheurs dirigée par le physicien Albert-László Barabási a déterminé, sur la base de données de géolocalisations collectées par les téléphones mobiles, que les déplacements des personnes analysées devenaient alors prévisibles à 93%¹⁵⁰⁷. Ils ont ensuite recoupé ces résultats avec des indicateurs démographiques et ont établi que les critères

¹⁴⁹⁸ Site du Ministère de l'Intérieur, « La vidéoprotection : une affaire de donnée avant tout », ressource mise à jour le 24 mai 2018, ressource indexée. Le Ministère renvoie à l'article suivant : « La vidéoprotection, une affaire avant tout de données », *silicon.fr*, mise en ligne le 22 février 2017, ressource indexée.

¹⁴⁹⁹ LENA (M.), « Les attentes liées à l'entrée en vigueur du Traitement des antécédents judiciaires », *AJ Pénal*, 2013, p. 635 : « Les photos analysées, comparées aux fiches traitement des antécédents judiciaires [...] pourront en effet être obtenues à partir des visages filmés par une caméra de vidéosurveillance, ce qui est loin d'être anodin lorsque l'on sait à quelle vitesse – exponentielle – se développent ces systèmes de sécurité ».

¹⁵⁰⁰ Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique ; loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹⁵⁰¹ CC, décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ; Cour EDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11.

¹⁵⁰² Sur ce point v. CAYLA (O.), « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.* 2011, p. 1166 ; SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, *op. cit.*, pp. 405-411.

¹⁵⁰³ De nombreuses communes les ont déjà adoptées : Grenoble, Paris, Nice, Toulouse.

¹⁵⁰⁴ LAVENUE (J.-J.), VILLABA (B.), *Vidéo-surveillance et détection automatique des comportements anormaux. Enjeux techniques et politiques*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, « Espaces politiques », 2011, 294 p.

¹⁵⁰⁵ FOUCAULT (M.), *Naissance de la biopolitique : cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2004, p. 323 : « problèmes posés à la pratique gouvernementale par les phénomènes propres à un ensemble de vivants constitués en population : santé, hygiène, natalité, longévité, races ».

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, pp. 201-226.

¹⁵⁰⁷ BARABASI (A.-L.), « Human behavior is 93 percent predictable », Northeastern University, 19 février 2010, ressource indexée.

suivants n'apportaient aucun changement à ces résultats : âge, sexe, densité de population, situation en milieu rural ou urbain¹⁵⁰⁸. La prédiction des comportements ne relève donc plus de la science-fiction, et quelques exemples peuvent être pris pour illustrer les dangers à moyen et long terme de leur prise en compte.

329. La prévention situationnelle. – La prédiction des comportements en milieu urbain est une affaire sensible de la sécurité. Dans un contexte « post 11 septembre », une annexe à LOPSI¹⁵⁰⁹ définit la notion de « prévention situationnelle » comme « l'ensemble des mesures d'urbanisme, d'architecture ou techniques visant à prévenir la commission d'actes délictueux, ou à les rendre moins profitables »¹⁵¹⁰. Pour l'essentiel, cette prévention situationnelle se manifeste architecturalement et géographiquement. Architecturalement, par des interventions policières dans la gestion de l'architecture des logements sociaux et habitations à loyer modéré en construction dans des quartiers connaissant un taux important de délinquance. Les mesures concrètes sont connues : suppression des toits plats, des auvents, des massifs de plantes, des bancs, réduction des coursives, multiplication des grilles et des digicodes, intensification de l'éclairage, installation de systèmes de vidéoprotection¹⁵¹¹. Des études contradictoires indiquent que la délinquance décroît de manière tout autant – voire plus – significative lorsque le quartier est plus agréable à vivre, espacé et mieux entretenu¹⁵¹². Géographiquement, la prévention situationnelle peut se manifester par l'identification de zones pathogènes qui nécessitent un ajustement des effectifs, la mise en place de patrouilles de police et la sensibilisation des populations¹⁵¹³. La mise en évidence de ces zones s'obtient en recoupant les différentes données géographiques relatives aux infractions, les dates des précédentes infractions et la provenance des appels signalant lesdites infractions. Reposant sur une

¹⁵⁰⁸ *Ibid.* : «the predictability represents the probability we can foresee an individual's future whereabouts in the next hour based on his previous trajectory [...] the regularity and predictability of individual movement did no differ significantly across demographic categories, including age, gender, language groups, population density, and urban versus rural locations?».

¹⁵⁰⁹ Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002, annexe I.

¹⁵¹⁰ Le rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure (annexe I) mentionne ensuite la « large application pratique dans de nombreux pays européens ». Il serait en effet « désormais admis que certains types de réalisations urbaines ou d'activités économiques peuvent se révéler criminogènes et qu'il est possible d'y prévenir ou d'y réduire les sources d'insécurité en agissant sur l'architecture et l'aménagement de l'espace urbain ».

¹⁵¹¹ LEVAN (V.), « Sécurisation des quartiers "sensibles" : l'inéluctable ascension de la prévention situationnelle ? », *Champ pénal*, novembre 2004, n° 1, pp. 1-8.

¹⁵¹² LANDAUER (P.), *L'architecte, la ville et la sécurité*, Paris, PUF, « La ville en débat », 2009, 112 p. ; JACOBS (J.), *The Economy of Cities*, New York, Vintage Books, 268 p. ; Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET), *Effets de la rénovation urbaine sur la gestion urbaine de proximité et la tranquillité publique*, septembre 2016, 23 p., ressource indexée.

¹⁵¹³ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 118. Le rapport mentionne le programme opérationnel dans la ville de Memphis, *Blue CRUSH* (Crime Reduction Using Statistical History) : « l'exploitation systématique des données disponibles sur les faits de délinquance, de celles produites par les caméras de vidéosurveillance et les lecteurs automatisés de plaques d'immatriculation ou d'informations diverses (localisation des débits de boisson, de chantiers de construction, etc.) permet de prédire la probabilité qu'un fait de délinquance survienne à telle heure et à tel endroit, protection qui peut être utilisée pour optimiser le parcours des patrouilles de police ».

politique du chiffre et de la statistique, la prévention situationnelle supplante progressivement les autres moyens de prévention de la délinquance¹⁵¹⁴.

330. Détection de la délinquance chez les enfants. – La surveillance ne permet pas qu’une observation neutre des comportements ou la constatation d’un flagrant délit. Comme dans le cas du traitement privé, le contrôle que permet la surveillance se situe aussi dans le futur : prévoir les déplacements, modéliser les comportements, anticiper les agissements. Dans un rapport remis au Premier ministre en 2010, il était question de mettre en place des moyens de prévention – donc une importante collecte de données personnelles à des fins policières – pour détecter chez les enfants les éléments laissant présager un futur comportement délinquant¹⁵¹⁵. Ces propositions n’ont pas été retenues, mais constituent un serpent de mer qui traverse les différents gouvernements¹⁵¹⁶. Si le traitement algorithmique de données personnelles est déjà en lui-même porteur d’un risque de renforcement des discriminations¹⁵¹⁷ et des vulnérabilités¹⁵¹⁸, les retombées pourraient être dévastatrices sur des enfants dont l’identité n’est alors qu’embryonnaire.

Bien qu’il soit impossible de recenser l’ensemble des situations de numérisation des données essentielles présentant une menace pour l’identité personne, une tendance aura pu être isolée. Afin de s’assurer qu’il s’agit bel et bien d’une question juridique centrale, une large place peut être ici ménagée à la décision du 15 décembre 1983 rendue par le Tribunal fédéral constitutionnel allemand¹⁵¹⁹. Le juge constitutionnel allemand y a résumé à la fois les enjeux et les menaces d’une exploitation excessive des données à caractère personnel : « Les possibilités d’inspecter et de gagner en influence ont augmenté à un point jamais atteint auparavant et pourraient influencer le comportement des individus en raison de la pression psychologique exercée par les intérêts publics. Même sous certaines conditions de technologies modernes du traitement de l’information,

¹⁵¹⁴ GAUTRON (V.), « La fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance », *AJ Pénal*, mai 2007, n° 5, pp. 205-209 ; BENBOUZID (B.), « De la prévention situationnelle au *predictive policing*. Sociologie d’une controverse ignorée », *Champ pénal*, 2015, n° 12, pp. 1-25, ressource indexée.

¹⁵¹⁵ BENITSI (A.), *Mission parlementaire sur la prévention de la délinquance des mineurs et des jeunes majeurs*, 25 décembre 2010, p. 78 : « En effet, beaucoup de facteurs se conjuguent dans le processus de fragilisation du jeune enfant ou de l’adolescence : facteurs familiaux, éducatifs, sociaux, économiques, psycho affectifs. Ces facteurs influent sur leurs comportements qui peuvent se manifester dans des difficultés scolaires, l’absentéisme, le retard, les comportements indisciplinés, voire insolents et agressifs [...] Ainsi, la pauvreté, les phénomènes de bandes, la non maîtrise de la langue peuvent expliquer entre autres l’échec scolaire ».

¹⁵¹⁶ CCNE, avis n° 95, « Problèmes éthiques posés par des démarches de prédiction fondées sur la détection de troubles précoces du comportement chez l’enfant », 11 janvier 2007.

¹⁵¹⁷ CNN, « Prédiction et contournements de l’autorité judiciaire », *op. cit.*, p. 5 : « Malgré les progrès spectaculaires de l’intelligence artificielle, ces algorithmes de traitement de données n’en sont pas moins exempts de biais, notamment sociologiques. Ceux-ci peuvent contribuer à renforcer les discriminations dont sont victimes certains groupes d’individus au sein d’une population ».

¹⁵¹⁸ BOURCIER (D.), « Données sensibles et risque informatique : De l’intimité menacée à l’identité virtuelle », in CHEVALLIER (J.) et al. (dir.), *Questions sensibles*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1998, p. 39.

¹⁵¹⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 15 décembre 1983, *Volkszählung*, BVerfGE 65, 1, 42.

L'autodétermination individuelle présuppose que l'individu continue à disposer de sa liberté de décider d'agir ou de s'abstenir, et de la possibilité de suivre cette décision en pratique. Si l'individu ne sait pas prévoir avec suffisamment de certitude quelles informations le concernant sont connues du milieu social et à qui celles-ci pourraient être communiquées, sa liberté de faire des projets ou de décider sans être soumis à aucune pression est fortement limitée. Si l'individu ne sait pas si un comportement déviant est remarqué et enregistré de façon permanente en tant qu'information, il essaiera de ne pas attirer l'attention sur un tel comportement. S'il craint que la participation à une assemblée ou à une initiative des citoyens soit officiellement enregistrée et qu'il coure personnellement des risques en raison de cette participation, il renoncera probablement à l'exercice de ses droits. Ceci n'a pas seulement un impact sur ses chances de se développer, le bien-être commun en est aussi affecté car l'autodétermination est une condition élémentaire fonctionnelle dans une société démocratique libre, basée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer [...] le risque [est] de détruire, non seulement nos chances de nous développer mais aussi le bien-être commun, car l'autodétermination est la condition fonctionnelle élémentaire d'une communauté démocratique libre fondée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer »¹⁵²⁰. La Cour suprême allemande habille ici l'identité de la personne humaine d'un statut juridique limpide, assumant le rôle de rempart de l'État de droit. Elle identifie une composante essentielle de la liberté : l'autonomie.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, cons. 93-94. Trad. libre de l'auteur. POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *op. cit.*, p. 54.

Conclusion du chapitre 2

331. La traversée de la personne par la numérisation. – Le dévoilement de l'identité personnelle par la numérisation des attributs de la personne s'opère en deux temps. Le premier temps correspond à l'extraction, le second à l'exploitation de ces éléments. Le traitement des éléments essentiels de l'identité, c'est-à-dire ce qui caractérise la personne dans sa façon d'être, ne s'arrête pas aux frontières des identifiants formels. Les procédés de captation de l'identité sont particulièrement nombreux, ce qui contribue à une perte de visibilité des données à caractère personnel, disséminées spatialement et temporellement. Dès lors, toutes les traces laissées par l'individu – consciemment ou non – et collectées par différents acteurs deviennent autant d'indices sur la personne elle-même. Ce n'est pourtant pas nécessairement la personne elle-même qui est recherchée, mais son profil, morcellement de l'identité reconstitué dans un but précis. Pour les autorités publiques, il s'agira d'un administré ou d'une personne sous surveillance. Pour les opérateurs privés, il s'agira principalement d'un consommateur. Dans les deux cas, l'agrégation d'informations et leur recoupement permettent une visibilité toute particulière, non seulement sur la personne visée, mais sur les comportements humains eux-mêmes. La quantification et la prévisibilité de la personne humaine engagent un questionnement global, à la fois éthique et juridique. La perte de maîtrise par la personne de ses données à caractère personnel est si avancée qu'il est difficile, voire impossible de faire marche arrière. Si l'un des objectifs du droit positif est bien de protéger la personne humaine, la nécessité de son intervention se fait ressentir, tant dans un aspect subjectif – assurer la maîtrise réelle de la personne sur les éléments de son identité – qu'objectif – assurer le maintien de la personne comme fin du droit et non comme moyen.

« Au thème pascalien magnifiant la grandeur de l'homme par l'espace singulier de sa pensée, succède une vision de cette même humanité, toujours aussi faible et fragile que jadis, mais en position virtuelle d'aliénation sans garantie d'espace propre devant l'espace social et communicationnel qui s'avance comme un univers infini »¹⁵²¹

¹⁵²¹ ZABALZA (A.), « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in SAINT-PAU (J.-C.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, p. 38.

Conclusion du titre 2

332. Accompagner sans contrôler. – Pour comprendre ce que représente la projection de l'identité d'une personne sur les supports numériques, il faut bien sûr regarder l'ombre projetée, mais il ne faut pas perdre de vue la personne qui lui donne son sens. La mesure d'une numérisation des éléments essentiels devait donc être estimée au prisme de ce qu'est l'identité personnelle dans l'ordre juridique. Or, elle n'est rien de moins que la condition de l'autonomie du sujet de droit. Contrairement à ce qui est parfois écrit, l'identité personnelle au sens juridique n'est pas une recherche mortifère pour le droit, menée par la personne en quête de ses propres limites et de son pouvoir sur les autres sujets de droit. Se contenter de voir dans le souhait de préservation de l'identité personnelle une volonté de toute puissance du sujet est une négation du rôle que le droit s'est assigné à lui-même : instituer l'individu en tant que personne. Reconnue dans sa singularité, la personne n'est pas simplement une fiction juridique qui n'implique que la titularité de la personnalité juridique. Le droit accompagne, dans une certaine mesure, le mouvement d'épanouissement de la personnalité en offrant au sujet de droit la possibilité d'aller à la rencontre de ses semblables, paré de tous les éléments de sa personnalité (qui est alors synonyme d'identité personnelle). L'ordre juridique institue l'individu, il le rend sujet, afin qu'il participe à la stabilité de la société. Dès lors, la personne peut se tourner vers elle-même, accueillir et même revendiquer sa singularité et sa différence, qui ne peuvent être explorées que dans les conditions de l'autonomie. Enfin, pour établir son identité, la personne se tournera bien sûr vers autrui et vers les groupes institués (famille, regroupements politiques, et plus généralement corps social). Tout cela étant évoqué, on comprend la prudence nécessaire pour tenter de réunir par le droit les conditions de l'autonomie : l'accompagnement de la personne doit s'arrêter aux frontières de ce qui est « personnel ». Or, les traitements de données personnelles transforment en informations l'ensemble des interactions interpersonnelles et traversent tous les champs. Dans un tel contexte, l'encouragement à la sociabilité peut être, dans une certaine mesure, le moyen d'une orientation des comportements, voire de leur contrôle. On parlera alors du contraire de l'autonomie : l'hétéronomie.

« La raison de vivre, l'homme l'apprend par les emblèmes, les images, les miroirs. Qui manie le Miroir tient l'homme à sa merci »¹⁵²².

¹⁵²² LEGENDRE (P.), *La fabrique de l'homme occidental*, Mille et une nuits – Arté Editions, 1996, p. 11.

Conclusion de la première partie

333. Une projection sans maîtrise. – La première partie de cette étude était l'occasion de partir à la recherche du concept d'identité numérique, qui ne fait l'objet d'aucune définition en droit positif, et sur lequel aucune étude d'envergure n'avait encore été menée. Nous sommes partis du constat que ce n'est pas le droit qui génère l'apparition de ce concept, mais bien l'usage de ses déclinaisons, les données à caractère personnel. L'identité numérique se forme donc par amoncellement des informations personnelles qui font l'objet d'un traitement de données. À la faveur d'allers-retours entre la définition des différents éléments personnels et l'utilisation qui est en faite, il nous est apparu que l'identité de la personne était bien l'objet des données personnelles. Cette formulation, *a priori* peu surprenante, prend tout son sens si l'on prend le temps de distinguer l'identification de l'identité. L'identification est la fonction des données personnelles, qui sont par nature rattachées à une personne. L'identité est autre, plus complexe, et intègre la dimension subjective de la personne, son vécu, ses choix et ses actions. Ce n'est donc pas l'authentification de la personne qui est principalement recherchée par les acteurs publics comme par les opérateurs privés, mais bien au contraire l'accès à ses habitudes et ses préférences, d'usager, de consommateur, ou de personne surveillée par les autorités publiques. Cette exploitation technique des caractéristiques de la personne résulte moins de la volonté de cette dernière de projeter son identité sur les supports numériques que d'une perte de maîtrise généralisée des données à caractère personnel. En permanence sollicitées, pour tous types de services, sur tous types de terminaux, à l'occasion de toutes les mises à jour, les données à caractère personnel apparaissent comme un coût social dont la personne doit s'acquitter pour accéder à l'ensemble des services publics et privés permettant une vie sociale normale. Véritables nuisances du quotidien, les traitements de données à caractère personnel sont pourtant loués, à raison des richesses considérables qu'ils permettent de générer et faire circuler. L'identité numérique est donc avant tout une projection dans le numérique, une irruption plus ou moins souhaitée sur une scène sociale d'une nature différente du monde analogique. L'identité de la personne est ainsi captée dans son ensemble, voire augmentée de nombreux identifiants indirects. La prolifération de ces identifications peut être envisagée, outre la simplification du fonctionnement de nombreux services dématérialisés, comme une multiplication des points d'attache permettant d'extraire – ou du moins de projeter – les éléments de l'identité personnelle. En effet, le recoupement des informations formelles (éléments objectifs et métadonnées cumulés) permet de faire apparaître de nouvelles données sensibles, sans que la personne ait eu à les communiquer. L'utilisation des éléments essentiels de l'identité permet ainsi de les traiter, et d'obtenir un résultat qui ne relève plus simplement de l'authentification, mais de la connaissance sur la personne. Le caractère signifiant de l'identité personnelle fait craindre une

quantification de la personne en raison de l'ampleur et du nombre des traitements de données personnelles. Ce constat d'une projection permanente de l'identité des personnes par numérisation – c'est-à-dire sur des supports particulièrement ouverts, vulnérables et volatiles – appelle une réaction forte du droit, et particulièrement du droit de l'Union européenne. L'Union dispose, en effet, d'une compétence exclusive en matière de législation sur les données à caractère personnel. Cela pourra mettre en évidence les raisons de la marge légale permettant une telle quantification de l'identité de la personne humaine. Nous n'accorderons pas moins d'importances aux autres sources supralégislatives de protection des droits fondamentaux, à savoir le droit constitutionnel et le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, offrant d'autres perspectives.

« On peut se demander si, au point de convergence des deux directions, intimité de la vie privée et intégrité de la vie sociale, ne s'impose pas la nécessité de construire un bastion de l'identité juridique où tous les identifiants de la personne se retrouveraient avec la description tant du réseau où ils servent que de leur principe de finalité sectorielle »¹⁵²³

¹⁵²³ DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, Thèse dactylographiée, Paris II Assas, 1994, p. 209.

DEUXIÈME PARTIE – LA PROTECTION DE L'IDENTITÉ DANS LE NUMÉRIQUE

334. Recherche de l'objet du droit des données personnelles. – Le statut assigné par le droit positif aux données à caractère personnel est révélateur de la faible protection de l'identité numérique. Les données personnelles sont des éléments permettant d'identifier la personne, directement ou indirectement. Elles sont le faisceau de l'identité numérisée¹⁵²⁴. Afin de trouver le point de fixation de l'identité numérique, il est nécessaire de chercher d'une part la fonction assignée au droit des données personnelles, et d'autre part les points de rencontre du droit des données personnelles avec d'autres régimes. Le raisonnement doit être repris à l'origine : les données personnelles ont pour fonction l'identification ; leur objet est donc l'identité des personnes¹⁵²⁵. Le droit des données personnelles, en revanche, repose sur des fondements ambivalents. D'une part, il est souvent présenté comme le droit de la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel. D'autre part, il se présente comme un guide de la licéité des procédés de traitement : ainsi vu, le droit des données aurait pour objet la liberté de collecter les données et ne serait qu'une application balisée de la liberté d'entreprendre. Les prérogatives octroyées aux personnes feraient ainsi office d'exception au principe de liberté des procédés de collecte¹⁵²⁶. L'ambiguïté fonctionnelle d'un droit n'est pas sans conséquence lorsqu'il s'agit de dégager un régime clair et effectif. En se fiant à l'intitulé, à la rédaction des normes et à la logique conceptuelle, on en déduit que les droits sur les données personnelles ont un rapport de filiation avec les droits de la personnalité, qui ont eux-mêmes pour finalité d'assurer la protection de l'intégrité morale des personnes. La recherche de leur compatibilité avec le régime général des droits de la personnalité et son vecteur en droit français – le droit au respect de la vie privée – débouche pourtant sur un échec¹⁵²⁷. Alors, le droit des données personnelles s'affirme comme un régime *sui generis*, qui gagne en autonomie dans les différents champs matériels, tant en droit interne qu'en droit de l'Union.

335. L'identification, approche réaliste. – L'identification des personnes physiques tend vers une approche réaliste du droit sur les données à caractère personnel. Le réalisme philosophique,

¹⁵²⁴ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 559-560 : « une certaine unité se devine néanmoins grâce à la notion d'identité car l'ensemble des données personnelles forment l'identité, prise dans tous ses aspects : l'identité est juridique, physique, psychologique, familiale, comportementale, professionnelle et même aujourd'hui numérique ».

¹⁵²⁵ *Ibid.*, pp. 568-570.

¹⁵²⁶ Sur cette thèse en rupture avec la doctrine majoritaire, v. en priorité OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2014, 754 p.

¹⁵²⁷ V. nos développements précédents ce chapitre.

qui implique de considérer le monde comme un objet extérieur à notre perception, a inspiré la création d'un régime du droit des biens, celui du droit « réel ». En effet, ce droit traduit un pouvoir direct et immédiat sur la chose extérieure. Par conséquent, si les données sont des informations dont la personne est à la fois créatrice et maîtresse, le rapport de propriété peut être considéré comme direct. Une telle hypothèse trouve sa limite dans l'impossibilité du détachement du bien : nul ne peut se défaire d'une caractéristique qui lui est propre. Pour éviter de devoir se prononcer sur la possibilité de s'approprier une information¹⁵²⁸, la proposition la plus évidente est à nouveau celle d'un régime *sui generis* : il ne s'agit plus d'une information, mais d'une donnée. Le glissement terminologique n'est pas anodin : le passage de « l'information nominative » à la « donnée à caractère personnel » répond à la volonté d'exploitation commerciale des attributs de la personnalité. Si l'on admet qu'une donnée personnelle puisse être objet d'un commerce, alors toute opération d'identification qui génère une donnée personnelle peut devenir objet d'un contrat. Les éléments formels de l'identité tels que l'image ou le nom en sont les exemples probants : outils de police civile, ils deviennent objets de commercialité¹⁵²⁹. À ce phénomène de patrimonialisation de la personnalité, le droit des biens n'apporte guère de réponse malgré certaines tentatives de systématisation du lien entre personnalité et propriété¹⁵³⁰. Comment expliquer alors une pratique contractuelle qui a cours en dehors de toute conceptualisation ? Les contrats portant sur la collecte des données personnelles sont en effet légion, et ont pour conséquence la production croissante de ces informations¹⁵³¹. C'est ici qu'un paradoxe émerge : plus l'identification est précise, plus l'identité est menacée¹⁵³². Cette contradiction s'arrête aux frontières du cadre sémantique, puisque cela s'explique logiquement : l'identité est pensée comme une protection du sujet (subjectivité),

¹⁵²⁸ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1998, pp. 224-244 ; POULLET (Y.), « Le fondement du droit à la protection des données nominatives : propriétés ou libertés ? », in MACKAAY (E.), BEAUDOIN (J.-L.) (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis-Litec, 1991, p. 175 et s. ; LECLERQ (P.), LECLERQ (P.), « L'information est-elle un bien ? », in CARBONNIER (J.) (dir.), *Droit et informatique : l'hermine et la puce*, Paris, Masson, « Coll. Fredrik R. Bull » 1992, p. 91 ; GALLOUX (J.-C.), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, chron., p. 229 ; DARAGON (E.), « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.*, 1998, chron. p. 63 ; MALLET-POUJOL (N.), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, n° 38, pp. 330-336.

¹⁵²⁹ LOISEAU (G.), *Le nom objet d'un contrat*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque droit privé », 1997, 524 p.

¹⁵³⁰ REVET (T.), « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, n° 139, p. 49 ; ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, 2006, n° 327, p. 287 ; ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.*, juillet 2006, n° 3, pp. 445-466 ; ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, avril 1993, n° 2, pp. 305-323 ; ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2008, p. 30.

¹⁵³¹ ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur "propriété" », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015, pp. 73-87.

¹⁵³² DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, Thèse dactylographiée, Paris II Panthéon-Assas, 1994, p. 45 : « On peut stigmatiser ce conflit par le paradoxe suivant : l'identification tend à détruire l'identité. En effet, la première évite tout paramètre soumis à l'aléa du temps ou à la mobilité dans l'espace, et donc les réalités d'ordre physique. Au contraire, la seconde se nourrit principalement des conditions physiques de l'activité humaine ».

alors que l'identification répond à une demande de circulation et à une exigence de désignation des objets (objectivation et imputation). Ainsi, « l'identité elle-même en est affectée ; parce qu'elle n'est plus ancrée dans la profondeur secrète de l'être, elle s'apparente à une identification »¹⁵³³.

336. L'identité, subsistance protectrice d'une approche personnaliste. – Le personnalisme juridique ne se résume pas à une préférence pour le recours au droit personnel, mais constitue plus généralement un positionnement du droit vis-à-vis de la subjectivité. Sans être radicalement opposée à la philosophie réaliste, la pensée personnaliste inverse la focale et propose la personne comme possible point de départ de la vérité¹⁵³⁴. Le personnalisme juridique débute par une certaine idée de la dignité de la personne qui tend vers la surdétermination¹⁵³⁵, et se prolonge dans un mécanisme de garantie de cette idée, le droit subjectif. La personne humaine est alors une valeur sociale qui doit être sauvegardée¹⁵³⁶. Les outils de cette sauvegarde sont le développement et l'autonomie, moyens de réalisation du droit et des droits en eux-mêmes. La formation et la maturation de la personne se recourent dans le concept d'« identité ». L'identité repose à la fois sur des éléments assignés par le droit à des fins d'identification vécus comme subjectifs, mais aussi sur de nombreux éléments qui relèvent des rapports sociaux et de la connaissance de soi par les autres et à travers les autres¹⁵³⁷. La protection de l'identité de la personne humaine dans le numérique prime donc la protection des identifiants numérisés. Un tel positionnement suppose de considérer la donnée à caractère personnel comme un élément de l'identité des personnes et non comme un bien, c'est-à-dire d'en exclure l'aliénation juridique. Le développement de la personne à l'abri de regards non sollicités apparaît conforme au concept de personne humaine et aux garanties fondamentales qui en découlent. Le caractère instituant d'un droit protégeant l'autonomie des personnes ménage pour le sujet une situation compatible avec son développement, condition à la fois essentielle à la protection de l'identité de la personne et à sa participation à l'État de droit en

¹⁵³³ ATIAS (C.), « L'homme moderne, (in)certain de son identité », *L'individu face aux nouvelles technologies : surveillance, identification et suivi*, Actes du colloque international des 10 et 11 novembre 2004 à Lausanne, Institut Suisse de droit comparé, Schulthess, 2005, p. 18.

¹⁵³⁴ V. notamment DESCARTES (R.), *Méditations métaphysiques*, Paris, Flammarion, « GF », 2009, pp. 91 et s.

¹⁵³⁵ FRANCK (A.), *Philosophie du droit civil*, Paris, Félix Alcan, 1886, p. 7 : « Les trois choses ensemble, le devoir, le droit, le libre arbitre, n'en font qu'une : l'âme humaine, force intelligible et libre, cette force unique c'est la personne humaine. Nous ne disons pas l'individu, parce que l'individu est chose essentiellement variable, mais la personne humaine, toujours la même, qui répond à un type universel et qui est le véritable but, l'élément primitif de la société. C'est la personne humaine que nous devons mettre au-dessus de toute considération de nationalité, de communion religieuse, de caste et de condition de fortune [...] La personnalité humaine est aussi le fondement de la liberté civile et politique ; car elle est en opposition avec tous les despotismes, de quelque nom qu'ils s'appellent ».

¹⁵³⁶ Code pénal, Livre II « Des crimes et délits contre les personnes », Titre II « Des atteintes à la personne humaine ». BOISTEL (A.), *Cours de philosophie du droit professé à la Faculté de droit de Paris. Tome Premier*, Paris, Fontemoing, 1899 p. 72 : « le principe moral qui protège le droit, c'est l'inviolabilité de la personne humaine » ; BOISTEL (A.), *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, Paris, Thorin, 1870, p. 130 : « Nous avons posé le principe du Droit dans l'inviolabilité de la personne humaine ».

¹⁵³⁷ Sur ce point, v. en complément nos développements précédents, n^{os} 214 et s.

tant que sujet de droit¹⁵³⁸. On trouvera le ferment d'une telle protection tant en droit constitutionnel – avec la liberté personnelle – qu'en droit conventionnel – avec l'autonomie personnelle.

337. Le droit autonome affaiblit, le droit à l'autonomie aguerrit. – Un droit autonome des données à caractère personnel arrache la personne à la protection objective offerte par le droit des personnes, et montre la propension réaliste d'une considération isolées des identifiants de la personne (**Titre 1**). D'un autre côté, la protection de l'autonomie de la personne, qui peut englober la protection fondamentale des données personnelles, semble à même de traduire une approche personnaliste de l'identité numérique (**Titre 2**).

Titre premier – La propension réaliste de l'identification numérique

Titre second – L'appréhension personnaliste de l'identité numérique

¹⁵³⁸ WEIL (S.), *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 1990, 384 p. ; SUPLOT (A.), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, « La couleur des idées », 2005, 333 p.

TITRE 1 – LA PROPENSION REALISTE DE L'IDENTIFICATION

NUMERIQUE

338. Autonomisation du régime par défaut de qualification. – La loi du 6 janvier 1978¹⁵³⁹ (LIL) et la directive 95/46/CE¹⁵⁴⁰ ont été adoptées il y a respectivement quarante ans et vingt-trois ans. Ces textes ne précisent pas la matière applicable aux données à caractère personnel (droit des personnes, droit des biens, droit des contrats) ni les concepts directeurs qui doivent être utilisés¹⁵⁴¹. Le droit des données personnelles est alors à la fois ambigu dans la finalité poursuivie et dans les moyens utilisés pour y parvenir. La coexistence de la liberté de collecter les données personnelles et de la protection des personnes physiques à l'égard des traitements n'apparaissant pas clairement, il est difficile de distinguer le principe de l'exception. Un droit dont la fonction n'est pas identifiée incite à une recherche par induction : la nature du droit et les prérogatives normatives qui en découlent peuvent permettre de faire émerger un régime effectif. L'objet des données à caractère personnel étant l'identité de la personne, il est donc logique de chercher du côté des droits de la personnalité et de leur porte d'entrée en droit français, le droit au respect de la vie privée. Cette recherche, pour de multiples raisons, est à la fois prolix et infructueuse : si l'on peut constater de nombreux points de rencontres entre les différents régimes de protection que sont les droits de la personnalité et les droits sur les données personnelles, l'autonomie de ces derniers ne cesse d'être affirmée par les textes et par les juges.

339. La marchandisation de l'identité à défaut de qualification juridique. – L'adoption d'un texte général sur la protection d'un droit *sui generis* se prolonge nécessairement par une période d'adaptation, qui met à l'épreuve tant l'applicabilité du régime que son application à des situations concrètes. Durant cette période d'étalonnage du droit, une protection trop générale ou trop complexe, accompagnée d'un panel logiquement peu étendu d'interprétations jurisprudentielles, peut donner lieu à des pratiques flottantes, souvent véhiculées par la conviction par le responsable de traitement de l'exercice légal d'une liberté. Pourtant, le rythme des innovations semble prendre une avance croissante sur la loi. Le retard étant toujours plus grand à rattraper, elle ne cesse d'être

¹⁵³⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978, p. 227.

¹⁵⁴⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

¹⁵⁴¹ Il faut ici noter l'exception de l'article premier de la loi du 6 janvier 1978. La mention de différents concepts et notions accentue l'absence d'unité du droit des données personnelles : identité humaine, droits de l'Homme, vie privée, liberté individuelle, libertés publiques.

nouvelle. L'absence de cadre conceptuel général pour les données entraîne une loi bavarde et complexe. De la même façon qu'il est impossible pour le législateur d'imaginer à l'avance toutes les situations juridiques interpersonnelles du monde analogique, il est très improbable que la loi puisse prescrire exhaustivement les comportements adaptés à l'égard des procédés de collecte du monde numérique¹⁵⁴². Le caractère partiellement ineffectif du droit ménage un espace considérable pour le développement des procédés de collecte en marge de la licéité¹⁵⁴³. À l'aune de cette ineffectivité de la protection de l'identité de la personne grandit la marchandisation de ses identifiants. L'approche reposant sur les droits fondamentaux déjà consacrés étant écartée en droit de l'Union et en droit français, l'appréhension de cette marchandisation par le droit pourrait alors se dessiner à l'aide des outils du droit de propriété (patrimonialité), ou du droit des contrats (commercialité). Il n'est pas exclu qu'en cas de perte de maîtrise des éléments de sa propre identité, une pleine maîtrise conférée par un droit absolu tel que la propriété soit une solution de rééquilibrage entre la personne et les collecteurs de données. En outre, une approche de la commercialité fondée sur un droit personnel, c'est-à-dire un monopole d'exploitation sur un droit, est l'approche qui semble avoir cours à l'heure actuelle : un consentement fort, réceptacle consacré d'une autodétermination informationnelle, serait la protection la plus énergique de la personne.

340. Finalité floue, objet insaisissable. – L'autonomisation du régime se produit dans un climat de confusion, et ne procède guère d'un choix législatif ou jurisprudentiel (**Chapitre 1**). Ce contexte normatif ménage un terrain favorable à la marchandisation des éléments de l'identité (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – L'autonomisation du régime par défaut de qualification

Chapitre 2 – La marchandisation de l'identité à défaut de qualification

¹⁵⁴² Dès 1984, la CNIL mesurait le défi qu'elle devait relever. V. notamment CNIL, *Rapport d'activité 1984*, Paris, La Documentation française, 1985, p. 5 : « le développement accéléré de l'informatique aboutit à un véritable encadrement de l'individu qui l'oblige à approfondir sa réflexion et à étendre ses décisions et ses recommandations à des domaines de plus en plus nombreux et de plus en plus sensibles. Dans les différentes situations de sa vie et, peut-on dire, de sa naissance à sa mort, des renseignements sur chaque individu sont fournis, qui donnent lieu à des traitements informatiques, parfois à son insu, alors que la loi l'interdit ».

¹⁵⁴³ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 12 : « Dans ce contexte, la question se pose alors du caractère illusoire ou, à tout le moins, dérisoire de l'efficacité des instruments relatifs aux données personnelles pour protéger les droits et libertés fondamentaux de la personne fichée ».

Chapitre 1 – L'autonomisation du régime par défaut de qualification

« Comment éviter, en effet, que la réponse de la loi au défi électronique ne s'élabore dans le désordre, sous forme de réglementations mal coordonnées, minutieuses à l'excès et cependant parcellaires, attelées au progrès scientifique et, comme lui, sans cesse remises en question, oubliées enfin de quelques vérités permanentes auxquelles pourraient s'attacher des règles stables ? »

Pierre CATALA¹⁵⁴⁴

341. Un objectif évanescent. – Le constat d'une confusion vis-à-vis des objectifs du droit des données personnelles est le préalable nécessaire à la compréhension d'une protection parcellaire. Le principe prioritairement visé est celui de la liberté du traitement des données, qui nécessite une libre circulation de ces dernières. Pourtant, les intitulés et classements des normes semblent indiquer un cadre de protection des droits de la personne¹⁵⁴⁵. Il n'en ressort aucune systématique qui permette de voir clair dans l'armature des normes internes comme européennes. Cet égarement textuel s'explique assez simplement. Au moment de l'élaboration des premiers textes portant sur la protection des informations nominatives, la première considération fut d'admettre qu'il n'était ni possible ni souhaitable de faire cesser le développement informatique, outil du développement de l'État et de l'économie de manière générale. L'informatique est à la fois une fin – production massive de richesse – et un moyen – facilitation de toutes les activités publiques comme privées. Pour ne pas freiner cette dynamique, il fallait mettre en place un régime suffisamment protecteur pour entourer les personnes d'un climat de confiance¹⁵⁴⁶ en l'économie numérique¹⁵⁴⁷. Au moment de l'adoption de la LIL, nul n'ignorait que la conciliation entre développement de l'informatique et protection des droits serait complexe, voire impossible. Ce mariage de la carpe et du lapin ressort particulièrement de la première mouture de son article 1^{er}, amendé à l'excès afin d'y faire figurer les différents intérêts en présence¹⁵⁴⁸. Pour maintenir un cadre acceptable de la protection des

¹⁵⁴⁴ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁴⁵ Le « règlement général sur la protection des données » aura pour conséquence un « Projet de loi relatif à la protection des données personnelles », actuellement en lecture au Parlement.

¹⁵⁴⁶ DOCQUIR (B.), « Introduction générale », in DOCQUIR (B.) (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 7-8 : « Malgré tout, le législateur est parvenu à maintenir l'inspiration initiale et les dimensions majeures de la réforme : augmenter le niveau de responsabilité des “responsables de traitement” (administrations, entreprises, organisations, etc.) et les pouvoirs des autorités de contrôle, afin de créer un climat de confiance essentiel au développement de l'économie numérique ».

¹⁵⁴⁷ V. la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (1).

¹⁵⁴⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 1^{er} (version initiale) : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

personnes à l'égard des traitements automatisés de données, il est indispensable que le législateur intervienne cycliquement, quitte à complexifier le régime et de rendre la loi moins lisible¹⁵⁴⁹.

342. Un embarras conceptuel. – Un cadre technique qui connaît différentes sources est sanctionné par différents juges, ce qui rend la conceptualisation ardue. La juxtaposition des ordres juridiques nationaux et supranationaux est, certes, en partie responsable. L'accumulation de normes de protection est-elle un bienfait pour les sujets de droit concernés ? Le nombre croissant de recherches portant sur la nature des données à caractère personnel atteste du flou conceptuel dans lequel elles se trouvent¹⁵⁵⁰. Selon les auteurs, le droit des données personnelles est une police administrative spéciale¹⁵⁵¹, un ensemble de droits d'auteur¹⁵⁵², des biens faisant l'objet d'un droit réel¹⁵⁵³, un faisceau de droits de la personnalité¹⁵⁵⁴, l'exploitation des biens de la personnalité¹⁵⁵⁵, un droit personnel imprégné de fundamentalité¹⁵⁵⁶, un droit purement fondamental¹⁵⁵⁷. La difficulté à y voir clair témoigne de la crise que connaissent les catégories juridiques prévues pour la protection de l'intégrité morale des personnes. Dès lors, la logique impose de déclarer un tel droit autonome, ne correspondant pas aux régimes préexistants.

343. Objectif embarrassant et régime embarrassé. – L'affaiblissement des droits sur les données personnelles naît d'une confusion entretenue quant à la véritable finalité du droit des

¹⁵⁴⁹ V. la citation d'introduction du présent chapitre, CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 226 : « Comment éviter, en effet, que la réponse de la loi au défi électronique ne s'élabore dans le désordre, sous forme de réglementations mal coordonnées, minutieuses à l'excès et cependant parcellaires, attelées au progrès scientifique et, comme lui, sans cesse remises en question, oubliées enfin de quelques vérités permanentes auxquelles pourraient s'attacher des règles stables ? ».

¹⁵⁵⁰ V. les thèses écrites au cours des dernières années : LESAULNIER (F.), *L'information nominative*, thèse, Paris II, 2005 ; MAROT (P.-Y.), *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, thèse, Nantes, 2007, 666 p. ; LACOSTE (J.-M.), *Pour une pleine et entière reconnaissance du droit à la protection des données à caractère personnel*, thèse, Toulouse I, 2008 ; LE CLAINCHE (J.), *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, thèse, Montpellier I, 2008 ; EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, Paris, Michalon, 2013, 435 p. ; OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.* ; DEBAETS (E.), *La protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2014, 812 p.

¹⁵⁵¹ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*

¹⁵⁵² PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, 168 p. ; LEFRANC (D.), « L'auteur et la personne (Libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *D.*, 2002, pp. 1926-1933.

¹⁵⁵³ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, n° 260, p. 220.

¹⁵⁵⁴ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*

¹⁵⁵⁵ RIGAUX (F.), *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 660 et s.

¹⁵⁵⁶ ROCHFELD (J.), MARTIAL-BRAZ (N.), GATTONE (E.), « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? Les enjeux de l'élaboration chaotique du règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *D.*, 5 décembre 2013, n° 42, p. 2792 : « En définitive, le bateau tangue et l'on ne sait pas encore (si l'on est optimiste) de quel côté il peut se retourner. Il ne se stabilisera pas tant que la question première du statut de la donnée ne sera pas résolue : est-ce une valeur, une création, un bien objet d'appropriation, dont il faut encadrer la patrimonialisation, ou un droit personnel et fondamental de chaque individu, qu'il convient de protéger au même titre que le droit au respect de la vie privée ? ».

¹⁵⁵⁷ DEBAETS (E.), *La protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, *op. cit.*

données personnelles (**Section 1**) couplé à des circonvolutions conceptuelles relatives à la nature des droits afférents (**Section 2**).

Section 1 – Les confusions relatives à la finalité du droit des données personnelles

Section 2 – Les circonvolutions conceptuelles relatives à la nature des droits sur les données personnelles

Section 1 – Les confusions relatives à la finalité du droit des données personnelles

344. Une unité juridique en trompe-l'œil. – L'inflation normative accompagnant la protection des données à caractère personnel devrait logiquement avoir pour conséquence une effectivité accrue. Or chaque modification ajoute son lot de mécanismes de sanction *a posteriori*, lesquels sont peu dissuasifs et, par là-même, moins effectifs que des mécanismes de contrôle *a priori*¹⁵⁵⁸. Il est permis de penser que c'est du brassage de la complexité technique et de l'imprécision juridique que naît l'absence de protection efficace de la personne fichée sur le support numérique. Il serait alors compréhensible que les producteurs de normes comme les juges naviguent à vue. Nous pensons qu'il ne s'agit que d'une analyse incomplète des causes. Dès l'origine, la recherche d'une conciliation entre la liberté de l'informatique et la protection de la personne a abouti à l'adoption d'un texte français qui, en l'absence de choix fort, admettait l'incertitude comme une variable (§ 1). Par conséquent, et puisque le facteur de perturbation est considéré comme nécessaire dans le régime juridique, les ajustements textuels sont aussi logiques que perpétuels : chaque nouvelle stratégie des collecteurs de données implique des nouvelles garanties¹⁵⁵⁹, afin de maintenir une assiette de protection convenable. Cette conciliation se complique en raison des exigences de l'Union européenne qui promeut la liberté de circulation des données en tant que nécessaire à la réalisation d'un marché intérieur (§ 2), menaçant l'équilibre déjà précaire de la protection interne.

§ 1 – La prétention française à la conciliation entre liberté de collecte et protection des données

345. Un conflit d'intérêt passé sous les radars. – L'enthousiasme entourant l'adoption de la loi informatique et libertés a eu tendance à occulter l'absence de choix de société entre deux finalités potentiellement concurrentes. Un enchevêtrement entre deux objectifs différents et potentiellement antagonistes ressort tant des débats parlementaires que de la lettre du texte lui-même, à savoir le libre développement de l'informatique et la protection de la personne fichée (A.). Pour ajouter à ce désordre normatif, de nombreux instruments législatifs sont venus modifier et compléter la LIL, concernant pour la plupart le développement de l'informatique et la liberté de traitement (B.).

¹⁵⁵⁸ V. loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, articles 39 et 40.

¹⁵⁵⁹ VITALIS (A.), *Informatique, pouvoir et libertés publiques*, Thèse dactylographiée, Rennes, 1979, p. 479 : « Jusqu'à présent, aucun choix clair n'a été effectué pour éviter que l'informatique ne porte atteinte à l'autonomie individuelle. En voulant à la fois protéger les libertés mais ne pas entraver le développement d'une technique de pointe, en voulant en orienter l'utilisation mais en même temps en assurer la promotion, les Pouvoirs Publics se sont privés, en fait, de la possibilité d'un véritable contrôle. Ce sont, en définitive, des considérations économiques – la crainte de ne pas pénaliser une industrie d'avant-garde, les impératifs de compétitivité internationale – qui tiennent la première place dans l'ordre des priorités. Toujours est-il que le caractère second de l'effort de protection des libertés individuelles, limite considérablement son intérêt ».

346. Une ambivalence qui ne dit pas son nom. – La LIL a logiquement hérité de la confusion qui régnait dans l'esprit des parlementaires qui l'ont élaborée (1.) ; ces derniers n'ont en effet que très partiellement traduit l'ambivalence des finalités poursuivies (2.).

1. Une ambivalence ressortant des travaux préparatoires

347. Un non-choix de société assumé dès les travaux préparatoires. – L'adoption de la LIL est généralement présentée comme une réponse à l'émoi suscité par le projet SAFARI¹⁵⁶⁰ de 1974. Ce fichier centralisé des citoyens aurait entraîné l'adoption d'un texte essentiel en matière de protection de la personne humaine, et précurseur concernant la personne fichée. Si l'on s'en tient à cet aspect, les débats parlementaires auraient donc dû se limiter à la présentation des deux approches classiquement opposées : intérêt supérieur de la sécurité et fonctionnement de l'administration d'une part, prééminence de la liberté d'autre part¹⁵⁶¹. Pourtant, les aspects économiques et pratiques étaient les invités d'honneur de ces débats : l'informatique est un moyen révolutionnaire pour produire de la richesse via l'information, et pour réorganiser toute l'administration et les politiques publiques dans leur ensemble¹⁵⁶². La curiosité d'un tel non-choix de société face à la question éthique du développement de l'informatique, parfois qualifié de « déterminisme technologique »¹⁵⁶³, s'exprime dans un argument aussi péremptoire que récurrent : il serait idiot de vouloir encadrer trop strictement le développement de l'informatique. Le Garde des Sceaux Jean Lecanuet commençait l'exposé des motifs du projet de loi en affirmant que « les sciences et techniques de l'information sont l'un des moyens les plus efficaces de la gestion des affaires publiques et privées ainsi que de la recherche scientifique ». Il ajoutait que « tous les pays y ont recours, quel soit leur régime, dès lors qu'ils accèdent à un certain niveau de développement »¹⁵⁶⁴. Un État développé encourage l'évolution des sciences et la croissance des

¹⁵⁶⁰ « Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus ».

¹⁵⁶¹ Pour un exemple récent en matière de données à caractère personnel, v. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (de) (O.), TALEB-KARLSSON (A.) (dir.), *Protection des données personnelles et Sécurité nationale. Quelles garanties juridiques dans l'utilisation du numérique ?*, préf. PRADEL (J.), Bruxelles, Bruylant, « À la croisée des chemins », 2017, 279 p.

¹⁵⁶² Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 261 : « Le numérique peut bénéficier de manière considérable à l'efficacité des politiques de santé, d'éducation, de sécurité, de lutte contre la fraude ou de culture, ainsi qu'à la simplification des démarches administratives ».

¹⁵⁶³ ELLUL (J.), *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, « Liberté de l'esprit », 1977, pp. 62 et s., spéc. pp. 68-69 : « Je crois que la raison du système est la croissance technique. D'une part, si l'État augmente de compétences ce n'est pas le résultat de doctrines (interventionnistes, socialistes, etc.) mais bien d'une sorte de nécessité qui vient de la technique elle-même. Tous les domaines de la vie deviennent de plus en plus technicisés, or, au fur et à mesure les actions deviennent plus complexes, s'interpénètrent, (du fait même de l'extrême spécialisation), et sont plus efficaces ».

¹⁵⁶⁴ LECANUET (J.), *Projet de loi n° 2516 relatif à l'informatique et aux libertés*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 août 1976, annexé au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1977, p. 2.

techniques de l'information, dans une dynamique d'interdépendance. C'est au sein d'un État avancé que la gestion des affaires privées est la plus attractive. En retour, l'innovation technique permet une meilleure gestion des affaires publiques¹⁵⁶⁵. Ce n'est qu'aux paragraphes suivants qu'apparaissait l'idée d'une mauvaise utilisation de l'informatique, et c'est donc en second lieu qu'une réflexion sur d'éventuelles menaces pesant sur les libertés individuelles s'imposait¹⁵⁶⁶. La première rédaction proposée de l'article 1^{er} prévoyait logiquement ceci : « L'informatique doit se développer dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques »¹⁵⁶⁷. L'exigence de départ doit être soulignée : l'informatique *doit* se développer, car elle est nécessaire dans tous les pans de la société¹⁵⁶⁸. Jean Foyer, rapporteur du projet au nom de la commission des lois, considérait avec un mélange de fatalisme et d'opportunisme qu'il serait impossible d'interdire le développement informatique, le mieux étant donc d'en prendre son parti et de profiter de ces « services précieux dont il serait absurde de vouloir se priver »¹⁵⁶⁹.

348. Le choix d'une orientation libérale. – L'absence de positionnement clair vis-à-vis du développement des technologies de l'information et de la communication s'accompagne d'une orientation assumée vers ce que l'on peut qualifier de démocratie libérale¹⁵⁷⁰. Une société libérale ne doit pas être réduite au sens économique qui peut lui être parfois donné, mais plutôt s'entendre comme un groupe organisé autour de la liberté individuelle. Cette tendance libérale se retrouve en

¹⁵⁶⁵ Cette idée est illustrée par une formulation malhabile du rapport Thyraud : « La prise en considération du parc installé des ordinateurs dans le monde révèle également des inégalités considérables selon les pays. On pourrait presque se fonder sur l'équipement en gros ordinateurs pour mesurer les niveaux de développement industriel [...] L'équipement en informatique d'un pays comme l'Égypte est aujourd'hui inférieur à celui d'une seule société comme La Redoute ! » (THYRAUD (J.), *Rapport au nom de la Commission des lois* sur le projet de loi adopté à l'Assemblée nationale relatif à l'informatique et aux libertés, annexé au procès-verbal de la séance du 10 novembre 1977, p. 13).

¹⁵⁶⁶ LECANUET (J.), *Projet de loi n° 2516 relatif à l'informatique et aux libertés*, *op. cit.*, p. 2. Il paraît néanmoins juste de noter ici la vigueur des déclarations de Jean Lecanuet à l'égard de la protection des libertés individuelles : « L'importance croissante de l'informatique fait apparaître des risques pour les libertés individuelles qui sont le fondement même de notre société [...] Si la menace n'est pas encore grave, elle pourrait, si des mesures ne sont pas prises à temps, constituer un jour une des formes d'agression de la vie moderne ».

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵⁶⁸ BRAVO (A.), *La société et l'économie à l'aune de la révolution numérique : enjeux et perspectives des prochaines décennies (2015-2025)*, Rapport du Centre d'analyse stratégiques au Secrétariat d'État à la prospective, à l'évaluation des politiques publiques et au développement de l'économie numérique, Paris, La Documentation française, « Rapports et documents », 2009, résumé en quatrième de couverture : « Les flux de données numériques sont au XXI^e siècle ce que furent l'électricité ou les chemins de fer pour les siècles précédents : ils irriguent l'ensemble des secteurs de la société, sont garants de sa cohésion, sont vitaux pour son industrie, ses services et son administration ».

¹⁵⁶⁹ FOYER (J.), *Rapport n° 3125 sur le projet de loi (n° 2516) relatif à l'informatique et aux libertés, sur la proposition de loi (n° 1004) tendant à créer une commission de contrôle des moyens d'informatique afin d'assurer la protection de la vie privée et des libertés individuelles des citoyens et sur la proposition de loi (n° 3092) sur les libertés, les fichiers et l'informatique*, Tome I, 4 octobre 1977, p. 13 : « La considération fondamentale qui l'inspire est qu'on ne peut interdire purement et simplement l'usage des procédés informatiques. Une telle prohibition ne serait, à coup sûr, pas respectée d'autant que le coût du matériel informatique tend aujourd'hui à décroître et le rendre accessible à un plus grand nombre d'utilisateurs. Il rend par ailleurs, comme nous l'avons indiqué en début de ce rapport, des services précieux dont il serait absurde de vouloir se priver ».

¹⁵⁷⁰ GRUBER (A.), « E-démocratie : la loi "informatique et libertés" en France », *LPA*, 12 octobre 2005, n° 203, p. 6 : « La loi du 6 janvier 1978 inaugure une politique de protection des citoyens dans une démocratie libérale en visant un équilibre entre les droits des personnes et la pleine utilisation de l'informatique ».

premier lieu dans la double nature de l'informatique : il s'agit d'une technique – un moyen – que l'on peut également envisager comme une liberté¹⁵⁷¹ – une fin. Cet assouplissement libéral s'accompagne d'une tendance à la subjectivisation du droit, c'est-à-dire l'accentuation d'une focale individuelle, par opposition à une réflexion partant des sous-divisions en groupes. C'est ainsi qu'un amendement proposé par la Commission des lois visait à modifier le libellé de la première phrase de l'article 1^{er}, à savoir « l'informatique doit être au service des citoyens » au profit de « l'informatique doit être au service de chaque citoyen »¹⁵⁷². Cet amendement fut adopté par vote du Sénat. Une fois encore, cette orientation se retrouve dans le projet de loi déposé par Jean Lecanuet. En conclusion de l'exposé des motifs, le Garde des Sceaux présente les grandes lignes du projet de loi : il appartient au législateur de « réaliser un nécessaire équilibre entre la pleine utilisation de l'informatique et la protection des citoyens dans une démocratie libérale »¹⁵⁷³.

2. Une ambivalence traduite dans le texte originel

349. De l'équilibre à l'ambivalence. – Le caractère fondateur de la LIL est souvent vanté : le modèle français aurait irrigué les États européens et les normes de l'Union elle-même, mais également les pays tiers à la construction européenne¹⁵⁷⁴. Il ressort clairement des travaux préparatoires qu'un équilibre était recherché. Les deux finalités imaginées et évoquées lors des débats parlementaires auraient donc dû se traduire par une rédaction exposant clairement les intérêts en présence, afin de s'assurer du respect de la proportionnalité. L'armature du texte original de la LIL peut laisser penser que tel est le cas. Du côté liberté du traitement informatique, le texte envisage les « Formalités préalables à la mise en œuvre des traitements automatisés » (Chap. 3) et les conditions des « Collecte, enregistrement et conservation des informations nominatives » (Chap. 4) ; enfin, concernant les droits de la personne, on trouve un « Exercice du droit d'accès » (Chap. 5) et des dispositions pénales sanctionnant les pratiques illicites, déloyales ou frauduleuses (Chap. 6). Cette première impression, superficielle, ne résiste pas à un examen plus approfondi : sur les 48 articles issus de la première mouture de la LIL, pas un seul ne fait référence explicitement

¹⁵⁷¹ TRICOT (B.), « Droit et maîtrise de l'information », in GALLOUEDEC-GENUYS (F.) (dir.), *Informatique et développement régional, Informatisation et société n° 3. Étude dans le cadre des trois régions Centre, Pays de la Loire, Poitou-Charentes*, Actes du colloque des 20 et 21 octobre 1977, Centre culturel de l'Ouest à Fontevraud, Paris, La Documentation Française, 1978, p. 59 : « Une bonne vision de l'informatique doit tenir compte, d'une part, de ce qu'elle est une technique parmi d'autres [...] ; et d'autre part, que l'informatique est, elle aussi, matière à liberté. Pouvoir utiliser l'informatique est une liberté ; la presse, notamment, le sait bien ».

¹⁵⁷² Cité par KAYSER (P.), FRAYSSINET (J.), « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *RDP*, 1979, p. 638.

¹⁵⁷³ LECANUET (J.), *Projet de loi n° 2516 relatif à l'informatique et aux libertés, op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁷⁴ Cette affirmation, souvent reprise au point d'être devenue un mythe, peut être nuancée. Bien que la France se soit dotée d'une protection particulière en la matière, bien d'autres États disposaient déjà de réglementations portant sur les traitements automatisés d'informations nominatives : loi du 11 mai 1973 en Suède, loi du 10 novembre 1976 en Allemagne, *Privacy Act* du 31 janvier 1974 aux États-Unis.

à la liberté de l'informatique ; dans le même temps, de nombreux articles dotent la personne fichée de prérogatives juridiques¹⁵⁷⁵. Cette lecture conduit régulièrement à l'affirmation que la LIL prévoit exclusivement un droit de la personne fichée face au traitement informatique, ce dernier n'étant envisagé que comme une pratique juridiquement tolérée mais non comme une finalité. La protection de la personne est alors le principe, et la possibilité de traiter des informations nominatives l'exception¹⁵⁷⁶. En se fiant à la rédaction de l'article premier, il est tentant de conclure que l'on est en présence d'un texte traitant intégralement de la protection des droits et libertés¹⁵⁷⁷. Pourtant, en s'attardant sur l'ensemble du texte, « une simple lecture de la LIL permet de comprendre que les droits sur les données personnelles ont été envisagés comme une limite à la liberté de collecter ces informations »¹⁵⁷⁸.

350. L'économie générale de la loi du 6 janvier 1978. – Le véritable esprit de la LIL est rapporté de façon limpide par Jean Foyer lorsqu'il décrit l'économie générale du projet de loi : « La considération fondamentale qui l'inspire est qu'on ne peut interdire purement et simplement l'usage des procédés informatiques [...] L'idée essentielle n'est pas tant d'interdire – encore qu'il soit indispensable de prohiber la mise en mémoire informatisée de données à caractère racial, politique ou religieux – que d'ouvrir au citoyen un droit de contrôle direct sur l'emploi des informations qu'il a fournies »¹⁵⁷⁹. Malgré un maquillage qui n'est pas sans conséquences, l'article 1^{er} de la loi traduit un déterminisme technologique¹⁵⁸⁰, qui veut que la technique soit mue par une dynamique propre, qu'il n'est pas envisageable de faire cesser : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. *Son développement doit s'opérer* dans le cadre de la coopération internationale »¹⁵⁸¹. Ayant cela à l'esprit, une nouvelle lecture de la version initiale de la LIL est possible : la protection de la personne fichée est une réaction et non un objectif. C'est ce qui conduit un auteur à affirmer qu'en réalité, le droit des données personnelles est l'objet d'une police administrative spéciale, c'est-à-dire que la liberté

¹⁵⁷⁵ V. le chapitre 5 du texte initial, « Exercice du droit d'accès », et particulièrement l'article 36 : « Le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite ».

¹⁵⁷⁶ FRAYSSINET (J.), « L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *RRJ*, 1989-4, p. 904.

¹⁵⁷⁷ « Les dispositions de la loi française sont énoncées en des termes tellement généraux que ceux-ci porteraient à croire que le législateur français a travaillé pour l'humanité toute entière » : RIGAUX (F.), « La loi applicable à la protection des individus à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel », *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 443.

¹⁵⁷⁸ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 581.

¹⁵⁷⁹ FOYER (J.), *Rapport n° 3125 sur le projet de loi (n° 2516) relatif à l'informatique et aux libertés*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁸⁰ Pour une thèse contraire, dans laquelle l'auteur affirme que les finalités de la loi sont claires et que la portée de l'article premier de la LIL doit être relativisée et interprétée comme une déclaration de principe en faveur des libertés individuelles : ROUHETTE (G.), « L'article premier des lois », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, pp. 46-47.

¹⁵⁸¹ Nous soulignons.

de traitement découlant de l'utilisation des moyens informatiques serait le principe, quand la restriction pour des raisons de protections des droits fondamentaux demeurerait l'exception¹⁵⁸². *A minima*, il convient d'admettre que les nombreuses modifications de la LIL¹⁵⁸³ n'ont pas amené beaucoup de cohérence, voire ont contribué à accentuer la confusion qui ressort tant de l'esprit de la loi que de sa substance.

B. Une confusion accentuée par les modifications de la LIL

351. Une confusion ravivée. – Le renouvellement de la confusion ressort de différents facteurs, intégrés dans l'ordre juridique par les lois de transposition des directives européennes (1.) et une récente modification substantielle de l'esprit de la loi (2.).

1. Le maquillage des lois de transposition des directives européennes

352. Une ambivalence renouvelée. – Là où certains auteurs voient dans les 25 premières années d'application de la LIL un gage de qualité et d'effectivité du texte¹⁵⁸⁴, d'autres ont porté un jugement beaucoup plus sévère¹⁵⁸⁵. Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté le 24 octobre 1995 la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. L'intitulé de la norme est clair, puisqu'il contient explicitement les deux finalités : protection de la personne et libre circulation des données¹⁵⁸⁶. En France, elle donna lieu à des débats houleux et le Premier ministre chargea Guy Braibant de proposer les modifications nécessaires à la transposition de la directive. Restant dans l'authentique esprit de la LIL, ce dernier décrit l'incontournable symbiose entre informatique dynamique et citoyens apaisés pour permettre une expansion des technologies

¹⁵⁸² OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, op. cit., p. 71 : « Dans ce cadre unitaire, la liberté de traitement des données personnelles constitue le principe (Première partie) et la protection de ces données, l'exception (Deuxième partie) ». Pour une discussion autour de cette thèse, v. *infra*, n° 537.

¹⁵⁸³ Par ordre chronologique : loi n° 88-227 du 11 mars 1988 ; loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 ; loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 ; ordonnance n° 96-267 du 28 mars 1996 ; loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 ; loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ; ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 ; loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 ; loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ; loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 ; loi n° 2004-801 du 6 août 2004 ; loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 ; loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 ; loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 ; loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ; loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010 ; loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 ; loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 ; ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 ; loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 ; loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 ; ordonnance n° 2015-948 du 31 juillet 2015 ; ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 ; loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 ; ordonnance n° 2016-462 du 14 avril 2016 ; loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 ; loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 ; loi n° 2018-493 du 20 juin 2018.

¹⁵⁸⁴ DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, p. 33 : « Sa stabilité et son adaptation furent remarquables puisque celle-ci resta en vigueur plus de 25 ans ».

¹⁵⁸⁵ POULLET (Y.), LEONARD (T.), « La protection des données à caractère personnel en pleine révolution », *Journal des tribunaux*, Bruxelles, 1999, n° 69, pp. 377-396 : « La protection judiciaire est, en la matière, un leurre ».

¹⁵⁸⁶ Pour une étude approfondie de la vision européenne en matière de protection des données personnelles, v. *infra*, n°s 357 et s.

de l'information en France¹⁵⁸⁷. Guy Braibant prolongeait alors des idées avancées plusieurs années avant l'adoption de la LIL, époque à laquelle il affirmait qu'« il existe au moins une raison d'ordre psychologique pour qu'une réglementation nouvelle soit mise en œuvre ; c'est que la crainte des ordinateurs et de l'informatique existe de façon plus ou moins diffuse dans l'opinion publique, et que cette crainte peut aboutir au refus d'innovations utiles »¹⁵⁸⁸. La France fût l'un des derniers États à s'acquitter de son obligation de transposition, un peu plus de neuf ans après l'adoption du texte européen¹⁵⁸⁹, avec six ans de retard¹⁵⁹⁰. La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 ne reprend pas l'intitulé de la directive européenne : elle est « relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel ». Plutôt que d'adopter un nouveau texte d'ensemble, le législateur a souhaité conserver le nom de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ainsi que son « socle originaire »¹⁵⁹¹, l'article 1^{er}. Les 47 autres articles ont été modifiés ou créés à cette occasion. La figure de proue de la LIL a été conservée, mais le bateau de Thésée peut-il toujours être qualifié de bateau de Thésée lorsque toutes ses pièces originales ont été changées à l'exception d'une seule¹⁵⁹² ? Si la loi du 6 août 2004 est affublée d'un intitulé affirmant la protection des personnes, c'est qu'un autre texte a posé les jalons de la priorité du développement informatique un peu plus tôt : la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004¹⁵⁹³, baptisée « loi pour la confiance en l'économie numérique » (LCEN). Le texte n'est pas mystérieux et va dans le sens du volet liberté de circulation de la directive 95/46/CE : liberté de communication en ligne (T1 - chapitre 1),

¹⁵⁸⁷ BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation Française, 1998, « Rapports officiels », p. 26 : « La protection des droits des “personnes fichées” se confond en effet, dans le long terme, avec celle du développement de l'informatique. La législation sur l'informatique et les libertés, en ce qu'elle a permis d'apaiser les craintes des citoyens, des consommateurs et des groupes sociaux, a contribué à la diffusion des technologies de l'information dans la société française. En facilitant l'acceptation des progrès irréversibles de l'informatique, la loi de 1978 a contribué à les rendre plus familiers aux citoyens ».

¹⁵⁸⁸ BRAIBANT (G.), « La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique », *RIDC*, n° 4, 1971, p. 797.

¹⁵⁸⁹ Sur la genèse et les débats entourant l'adoption du texte de transposition, v. notamment ALVERGNAT (C.), CADOUX (L.), CANEVET (S.), FORNI (R.), ITEANU (O.), JOINET (L.), « Il faut sauver la loi informatique et libertés », *Le Monde*, 14 juillet 2004, p. 14.

¹⁵⁹⁰ Directive 95/46/CE, art. 32 : « 1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard à l'issue d'une période de trois ans à compter de son adoption ».

¹⁵⁹¹ LEPAGE (A.), « Consentement et protection des données à caractère personnel », in GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « PRESAJE », 2005, p. 227.

¹⁵⁹² V. nos développements précédents, n° 27.

¹⁵⁹³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Il est à noter au passage que la LCEN consacre des développements à la conservation de certaines données techniques d'identification – et donc données à caractère personnel – en son article 6 II : « Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires [...] L'autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données mentionnées au premier alinéa. Les dispositions des articles 226-17, 226-21 et 226-22 du Code pénal sont applicables au traitement de ces données. Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation ».

encadrement souple de la responsabilité des prestataires techniques (T1- chapitre 2), passage du contrôle à la régulation (T1 – Chapitre 3), commerce électronique (T2), « sécurité dans l'économie numérique » (T3). Il est troublant de constater que la supposée tradition française d'équilibre entre développement informatique et protection des personnes est ici rompue par un texte affirmant une finalité primordiale : assurer la confiance des consommateurs et des professionnels en l'économie numérique. La protection et la sécurité sont alors uniquement envisagée comme des moyens, et non comme des fins¹⁵⁹⁴.

Douze ans plus tard, la Loi pour une République Numérique (LRN) procédait à une nouvelle refonte de la LIL avec un certain panache, sans en éclaircir toutefois les finalités.

2. La mise en scène de la « Loi pour une République Numérique »

353. Une élaboration spectaculaire. – L'élaboration de la LRN¹⁵⁹⁵ aura été spectaculaire au sens premier, c'est-à-dire présentée comme un véritable évènement auquel le public était convié¹⁵⁹⁶. Les internautes étaient en effet invités à participer : avant soumission au Conseil d'État et adoption en Conseil des ministres, chacun avait la possibilité de discuter le projet de loi sur un forum officiel, mesure par mesure. Le débat fut indéniablement riche avec plus de quatre mille participations recensées. À n'en pas douter, le procédé était nouveau et unique en son genre au sein de l'État français. Afin de souligner l'innovation de ce procédé d'élaboration collaborative et d'expliquer les mesures phares du projet, le Gouvernement a également créé une page Internet ayant pour titre « La #LoiNumérique en 9 dessins (dont un burger et une fusée) », logiquement accompagnée de la sobre accroche « Faire confiance à l'intelligence collective »¹⁵⁹⁷. Dans un contexte de « libération de l'économie »¹⁵⁹⁸, la LRN s'inscrit dans la lignée de l'ancien projet d'exploitation des « Nouvelles opportunités économiques »¹⁵⁹⁹ et anticipe l'adéquation au règlement 2016/679 de l'UE adopté le 27 avril 2016, entré en vigueur le 25 mai 2018¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁴ PEYROU (S.), « La protection des données à caractère personnel au sein de l'UE : des enjeux économiques et sécuritaires encadrés par le législateur sous le contrôle du juge », *RDP*, Janvier 2016, n° 1, p. 56 : « L'harmonisation des législations en la matière visait à assurer un niveau élevé de protection des droits fondamentaux, condition indispensable à la confiance des utilisateurs envers l'économie numérique alors à l'aube de sa croissance ».

¹⁵⁹⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

¹⁵⁹⁶ « Qui parle aux yeux, en impose à l'imagination » : *Le Petit Robert, Dictionnaire de la Langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1996, *V° Spectaculaire*, p. 2133.

¹⁵⁹⁷ Ressource disponible en ligne : <http://www.gouvernement.fr/la-loinumerique-en-9-dessins-dont-un-burger-et-une-fusee-2916>.

¹⁵⁹⁸ Expression régulièrement employée par l'ancien ministre de l'économie, principal soutien du texte. V. notamment PILIU (F.), « Emmanuel Macron est-il apte à libérer l'économie ? », *La Tribune*, 6 janvier 2016, p. 18.

¹⁵⁹⁹ Projet de loi « Noé » (Nouvelles opportunités économiques) ou « Macron 2 » finalement abandonné. V. notamment PILIU (F.), « Avec sa loi #Noé, Macron veut sauver la France du naufrage », *La Tribune*, 13 novembre 2015, p. 12.

¹⁶⁰⁰ Sur ce point, v. MATHIAS (G.), ALFER (A.), « Données personnelles : lecture croisée de la loi pour une République numérique et du RGDP », *ESI*, Décembre 2016, n° 419, pp. 422-423.

354. La finalité économique omniprésente. – L'appellation choisie pour la loi mérite elle-même quelques observations. L'intitulé « Loi pour une République Numérique » relève d'une orientation économique affichée, du choix d'une formule percutante¹⁶⁰¹, ou des deux. Une exégèse simpliste conduit à l'interpréter comme suit : la République fait du numérique une finalité, elle *doit* être numérique. Le Numérique est également un moyen d'assurer la stabilité de la République. L'exposé des motifs du projet de loi présenté par Emmanuel Macron – alors ministre de l'économie – et Axelle Lemaire n'écartait nullement cette interprétation, voire épaississait le brouillard conceptuel : « Le numérique constitue une nouvelle opportunité de développement, de croissance et de partage pour notre pays, nos entreprises et nos concitoyens. Il est également un formidable moyen de renforcer les valeurs fondamentales de notre République »¹⁶⁰². Si les notions de développement et de croissance économique sont assez claires et affichées comme priorité, reste à savoir ce que sont les valeurs fondamentales de la République, concept fourre-tout qui demeure un objet de communication politique bien éloigné des tentatives de définition des chercheurs¹⁶⁰³. La suite de l'exposé des motifs balaye la question, puisque M. Macron et Mme Lemaire se concentrent sur les actions entreprises pour « la transformation numérique de l'État » et sur le développement « en matière de politique économique ». Le cap est très clair pour le Gouvernement Valls II : « Il est essentiel de poursuivre cette ambition ; c'est une condition nécessaire du développement du numérique en France sur un rythme aussi soutenu qu'actuellement »¹⁶⁰⁴. Il importe donc de continuer à poursuivre le développement numérique, course entamée par le législateur quarante ans plus tôt¹⁶⁰⁵. L'intitulé des portefeuilles ministériels est un autre éclairage de l'orientation du texte : il a été déposé par le « Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique » et la

¹⁶⁰¹ Cet intitulé n'est pas sans rappeler celui de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique.

¹⁶⁰² Projet de loi pour une République numérique, Quatorzième législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015, exposé des motifs.

¹⁶⁰³ La littérature relative à la République est évidemment millénaire et commence dans l'antiquité, mais nous souhaitons ici relever les recherches récentes sur la signification du terme au sens constitutionnel. Parmi une très riche littérature, v. notamment ROUVILLOIS (F.), *Être (ou ne pas être) républicain*, Paris, Cerf, 2015, 238 p. ; GOYARD-FABRE (S.), *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, PUF, « Léviathan », 1989, 310 p. On notera au passage que dans des rapports déséquilibrés entre celui qui bénéficie des droits et celui qui les octroie, la charge qui pèse sur le premier est d'autant plus lourde que les conditions d'ouverture desdits droits incluent des références à des concepts flous comme « valeurs fondamentales » ou « valeurs républicaines ». V. en ce sens CARRERA (S.), *In search of the perfect citizen? The intersection between integration, immigration and nationality in the EU*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 53 : « another consistent feature in the European approach(es) on integration [...] is a lack of recognition of the huge asymmetry in the status of the parties involved as regards who has the greater onus concerning the duties, responsibilities and obligations. His onus becomes greater when referring to principles and values whose understanding and content is far from being unanimous in a diverse and enlarged EU ».

¹⁶⁰⁴ Projet de loi pour une République numérique, *op. cit.*

¹⁶⁰⁵ DERIEUX (E.), « Loi pour une République numérique. Dispositions relatives à la communication publique. Garanties et limites de la transparence », *RLDI*, Novembre 2016, n° 131, p. 46 : « Convient-il que le législateur, par des dispositions de détail, ne cesse de courir derrière la transformation des techniques et de leurs usages, risquant d'accentuer ainsi le retard pris par le droit ? Ne devrait-il pas lui revenir d'énoncer des principes généraux valables pour des réalités en constante et rapide évolution et d'élaborer ainsi un droit davantage durable ? ».

« Secrétaire d'État chargée du Numérique et de l'Innovation ». Il est possible de souligner la hiérarchie omniprésente tant dans le texte présenté que dans les débats : en premier lieu, favoriser « une politique d'ouverture des données et des connaissances » ; ensuite, dans une formulation très ambiguë, « adopter une approche progressiste du numérique, qui s'appuie sur les individus, pour renforcer leur pouvoir d'agir et leurs droits dans le monde numérique »¹⁶⁰⁶. Le mot « transparence », en particulier, connaît de nombreuses occurrences dans l'exposés des motifs comme dans les débats. Ladite transparence y est présentée comme un modèle à suivre : si cela fonctionne aussi bien pour le numérique, alors la République doit s'en inspirer. Le modèle de la « portabilité » des données notamment, prévu à l'article 20 du règlement général sur la protection des données (RGPD) et présenté comme un outil de maîtrise pour l'utilisateur, ressemble plutôt à une fluidification de l'échange de données entre plateformes numériques¹⁶⁰⁷. Un utilisateur pourra plus facilement demander que l'ensemble de ses données soient transférées – et donc supprimées par l'émetteur – d'un prestataire à un autre (par exemples deux opérateurs téléphoniques), ou demander la récupération de ses données sur un support numérique personnel, ce qui les rendra plus aisément réutilisables ou analysables¹⁶⁰⁸.

355. Des modifications en batterie pour moins de lisibilité. – La LRN chamboule l'ensemble des textes encadrant le traitement et la protection des données à caractère personnel au sein de l'ordre juridique français. Les 113 articles qui composent cette loi modifient et complètent une trentaine de codes¹⁶⁰⁹. La coexistence de trois axes déconnectés ne permet pas d'éclairer l'économie générale du texte : « circulation des données et du savoir », « protection des droits dans la société numérique », « accès au numérique ». Il est possible de voir dans cette absence de ligne directrice un symptôme du procédé collaboratif du texte¹⁶¹⁰, mais l'explication paraît insuffisante dans la mesure où le texte a été normalement débattu et amendé en chambres postérieurement aux

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

¹⁶⁰⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), art. 20 (extrait) : « Les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle ».

¹⁶⁰⁸ Pour aller plus loin, v. G29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, adoptées le 13 décembre 2016, version révisée et adoptée le 5 avril 2017.

¹⁶⁰⁹ Parmi les principaux (par importance quantitative de modifications) : Code des relations entre le public et l'administration, Code des postes et des communications électroniques, Code de la consommation, Code général des collectivités territoriales, Code de l'action sociale et des familles, Code monétaire et financier, Code de la Sécurité intérieure, Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶¹⁰ V. notamment DERIEUX (E.), « Avant-projet de loi “pour une République numérique” », *RLDI*, Octobre 2015, n° 119, pp. 31-32 ; FOREST (D.), « Projet de loi “Pour une République numérique” : ce que l'imaginaire fait au droit », *RLDI*, Février 2016, n° 123, pp. 51-52.

échanges publics. La structure du titre 2 de la loi, « La protection des droits dans la société numérique », est particulièrement énigmatique. En effet, le chapitre 1^{er} de ce même titre est intitulé « Environnement ouvert ». Faut-il en déduire que la protection des droits des personnes sur les supports numériques est une conséquence de la transparence et de l'ouverture ? Dans ce chapitre cohabitent trois sections relatives à la neutralité d'Internet à la portabilité des données et à la loyauté des plateformes, réduite à l'information des consommateurs¹⁶¹¹. Sur les neuf mesures phares mises en avant par le Gouvernement pour présenter la LRN¹⁶¹², le découpage nous semble éloquent : cinq sont des mesures d'accessibilité au numérique et de garantie de la fluidité de la navigation sur Internet¹⁶¹³ ; une est un vecteur de confiance en l'économie numérique¹⁶¹⁴ ; les trois dernières peuvent être présentées comme un renforcement des droits des utilisateurs¹⁶¹⁵.

356. Une nature toujours fuyante de la donnée. – Au premier rang des modifications qui interrogent, on trouve l'article 54 de la LRN, qui entérine une modification de l'article 1^{er} de la LIL. Considéré comme symbole de la LIL, cet article n'avait jamais été modifié avant la loi du 7 octobre 2016. Quarante ans après son entrée en vigueur, l'énoncé de principe est désormais étoffé d'un second alinéa qui dispose que : « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ». Était-il nécessaire de le préciser, considérant que dès 1978 le droit d'accès comprenait un faisceau de prérogatives permettant la consultation, l'accès, la modification, la rectification et l'effacement ? On peut y voir une volonté d'appliquer les recommandations du Conseil d'État à l'égard de l'autodétermination informationnelle, sous le sceau de la protection des personnes et dans le rejet de la patrimonialité des données¹⁶¹⁶ ou, dans le même ordre d'idées, un « équilibre subtil entre circulation et sécurité des données » résultant notamment de « l'Empowerment de l'internaute »¹⁶¹⁷. D'autres ont au contraire considéré qu'un tel énoncé était suffisamment sibyllin pour ne renforcer aucune protection mais constituer une porte d'entrée pour la patrimonialisation des données¹⁶¹⁸. Finalement, cet ajout ne fait qu'accentuer le sentiment

¹⁶¹¹ ROCHFELD (J.), « Le projet de loi pour une république numérique : entre espoirs et regrets », *Dalloz IP/IT*, Janvier 2016, p. 4.

¹⁶¹² Ressource précitée disponible en ligne.

¹⁶¹³ « 1. La neutralité du net », « 2. Portabilité des données », « 3. Droit au maintien de la connexion », « 7. Ouverture des données publiques », « 8. Une meilleure accessibilité ».

¹⁶¹⁴ « 6. Mieux informer les consommateurs sur les avis en ligne ».

¹⁶¹⁵ « 4. Confidentialité des correspondances privées », « 5. Droit à l'oubli des mineurs », « 9. Mort numérique ».

¹⁶¹⁶ MAISNIER-BOCHE (L.), « Loi “pour une République numérique” : état des lieux en matière de protection des données personnelles », *RLDI*, n° 131, Novembre 2016, p. 54.

¹⁶¹⁷ CLUZEL-METAYER (L.), « Loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », *AJDA*, 20 février 2017, n° 6, p. 343.

¹⁶¹⁸ OCHOA (N.), « La propriété des données personnelles : cadeau empoisonné de la loi Lemaire », *LesEchos.fr*, 29 janvier 2016.

d'incompréhension : s'entêter à ne pas définir la nature juridique des données à caractère personnel tout en œuvrant à en assurer le contrôle assure la pérennité d'un véritable épouvantail juridique. Comment maîtriser, à l'aide d'un droit, un objet dont on ignore la substance ? La LRN, présentée comme une révolution tant pour le commerce électronique que pour la protection des personnes, n'est pas en mesure d'apaiser les inquiétudes à l'égard de la numérisation de l'identité des personnes¹⁶¹⁹. Une nouvelle preuve qu'une « loi-spectacle » qui s'inscrit dans la communication publique ne remplit que rarement les objectifs de clarté et d'effectivité¹⁶²⁰, qualités que le Conseil d'État s'évertue à réclamer dans ses études annuelles¹⁶²¹.

Si la prépondérance de l'argument économique était déjà présente dès 1978, cette tendance a été alourdie par les normes de droit européen qui ont fait du bon fonctionnement du marché intérieur leur priorité, et ce sans ambiguïté.

§ 2 – La priorisation européenne de la liberté de circulation sur la protection des données

357. La libre circulation, fondement de l'UE. – L'Union européenne organise la libre circulation en tant que moyen de développement économique et social¹⁶²². La directive 95/46/CE, premier texte communautaire d'ampleur relatif à la protection des données, ne déroge pas à la règle : la libre circulation des données et la protection des personnes sont considérées comme interdépendantes (A.). Le RGPD propose une circulation fluidifiée. À cette fin, il présente la protection des personnes non plus comme une finalité, mais comme une entrave potentielle à la libre circulation, nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur (B.).

A. Une ambivalence assumée au sein du corpus normatif de l'UE

358. De l'interdépendance à l'interférence. – L'ambition des premières normes de l'Union en matière de données semble être celle d'une symbiose entre protection et circulation (1.), mais la

¹⁶¹⁹ Judith Rochfeld regrette que le texte « n'offre, en effet, aucune possibilité de déjouer la “gouvernementalité algorithmique” [...] qui est en passe de régir nos vies et de nous parquer dans des silos hermétiques de consommation et de comportements » : ROCHFELD (J.), « Le projet de loi pour une république numérique : entre espoirs et regrets », *op. cit.*, p. 5.

¹⁶²⁰ DERIEUX (E.), « Loi pour une République numérique. Dispositions relatives à la communication publique. Garanties et limites de la transparence », *op. cit.*, p. 49 : « Intervenant, avec beaucoup et assurément trop de détails, sur de multiples points et éléments distincts de réglementation concernant divers usages actuels et sans doute assez provisoires ou transitoires des techniques numériques à des fins de communication publique, la loi du 7 octobre 2016 [...] est bien loin, comme cela peut être perçu, de satisfaire les exigences d'accessibilité et de lisibilité de la règle de droit dans une République, que celle-ci soit qualifiée de “numérique” ou non ».

¹⁶²¹ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude annuelle 2006, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2006, 412 p.

¹⁶²² MARTUCCI (F.), « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/1, vol. 78, pp. 127-145 ; EVERSON (M.), JOERGES (C.), « Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism », *European Law Journal*, 2012/5, vol. 18, pp. 644-666.

récente adoption du RGPD marque un tournant assumé en faveur de la libre circulation. Dans ce contexte, la conception de la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données devient celle d'une entrave potentielle (2.).

1. La protection des personnes en symbiose avec la libre circulation

359. Une posture ancrée dans les premières normes européennes. – À l'occasion des débats sur l'adoption d'un cadre protecteur dans la Communauté économique européenne, la CNIL s'inquiétait du « point de vue presque exclusivement économique » des débats européens, l'idée d'une protection étant alors considérée selon elle « plus comme une condition du développement économique que comme une réponse aux menaces qu'un fichage accru et mieux outillé fait peser sur les autonomies individuelles »¹⁶²³. L'intitulé de la directive 95/46/CE n'écarte pas cet argument, puisque la nécessité de la libre circulation y figure explicitement¹⁶²⁴. Dès la première ligne de la directive, on constate qu'elle est adoptée au visa de l'article 100 A du TCE¹⁶²⁵ qui prévoit « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». Ce même article 100 A renvoie à l'article 14 TCE¹⁶²⁶ disposant que « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ». Si le doute persiste, le troisième considérant de la directive rappelle – dans cet ordre – que « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur [...] nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un État membre à l'autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés »¹⁶²⁷. On pourrait alors objecter qu'un considérant d'une directive n'a pas la

¹⁶²³ CNIL, *11^{ème} Rapport d'activité 1990*, Paris, La Documentation Française, 1991, p. 48.

¹⁶²⁴ Pour rappel : « Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » (nous soulignons).

¹⁶²⁵ L'article 100 A TCE est devenu l'article 95 TCE puis l'article 114 TFUE. Dans sa version consolidée de 1992 (à laquelle renvoie la directive 95/46/CE), le Traité instituant la Communauté Européenne indiquait : « 1. Par dérogation à l'article 100 et sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 7 A. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 189 B et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

¹⁶²⁶ L'article 14 TCE est ensuite devenu l'article 26 TFUE : « 1. L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités. 2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. 3. Le Conseil, sur proposition de la Commission, définit les orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans l'ensemble des secteurs concernés » (nous soulignons).

¹⁶²⁷ Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, cons. 3 : « considérant que l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel, conformément à l'article 7 A du traité, la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un État membre à l'autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés ».

même valeur qu'un article¹⁶²⁸. L'article 1^{er} sur l'objet de la directive règle définitivement la question de l'orientation du texte et de la marge de manœuvre laissée aux États en matière de protection des données personnelles : « 1. Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel. 2. Les États membres *ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel* entre États membres pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1 »¹⁶²⁹.

360. La libre circulation comme porte d'entrée de la protection. – Le portrait ne doit pas être noirci par principe. En effet, il serait excessif de prétendre que le texte n'est construit qu'autour de velléités économiques. Il est tout à fait possible de considérer que la libre circulation est une étape de l'accès à la protection, voire qu'il s'agit de sa condition d'existence. Un tel raisonnement doit être mis à l'épreuve. L'ordre juridique de l'Union contient ses propres normes de protection des droits fondamentaux¹⁶³⁰. Le principe de primauté, adossé à l'équivalence des standards européens et nationaux¹⁶³¹, vise à dissuader les États membres d'opposer leur normes internes de protection des données – droits fondamentaux compris – à l'exigence fondamentale de libre circulation qui caractérise l'Union¹⁶³². L'articulation logique du droit de l'Union est peu mystérieuse, tant et si bien qu'elle figure au fronton des traités constitutifs, et quasi-systématiquement en en-tête des normes de droit dérivé. La directive 95/46/CE n'y fait pas exception, et l'on retrouve les principes contenus

¹⁶²⁸ Pour la Cour de justice, « le préambule d'un acte communautaire n'a pas de valeur juridique contraignante et ne saurait être invoqué pour déroger aux dispositions mêmes de l'acte concerné » : CJCE, 19 novembre 1998, *Nilsen*, aff. C-162/97, EU:C:1998:554, pt. 54. Cependant, elle reconnaît *de facto* une invocabilité d'interprétation aux préambules des actes de droit dérivé, fondant systématiquement son interprétation téléologique de ces derniers (v. par exemple CJUE, GC, 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317. Aux pts. 48, 54, 58, 66 et 67, la Cour se livre à une interprétation téléologique de la directive 95/46/CE en invoquant extensivement son préambule).

¹⁶²⁹ *Ibid.*, art. 1 (nous soulignons).

¹⁶³⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, EU:C:1970:114, pts. 3-4 : « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État ; Attendu qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue ; Qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ».

¹⁶³¹ CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. C-5/88, EU:C:1989:321, pt. 17 : « en assurant la sauvegarde [des droits fondamentaux], la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de telle sorte que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces États ». De ce fait, l'impossibilité pour ces derniers d'opposer leurs normes de protection nationales à une norme du droit de l'Union est politiquement justifiée, même si la Cour de justice conserve le monopole de l'identification et de l'interprétation de ces « traditions constitutionnelles communes ».

¹⁶³² LETTERON (R.), « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, n° 11, janvier-février 1995, p. 186 : « Pour le droit communautaire, la protection des personnes n'est que la conséquence du principe de libre circulation. Elle trouve son origine dans la volonté qu'aucun État membre ne puisse se retrancher derrière les nécessités de la protection de la vie privée pour se soustraire au principe de libre circulation ».

dans le TUE¹⁶³³ dès le premier considérant¹⁶³⁴ : le marché commun est un objectif qui n'est plus seulement économique, mais également politique. La libre circulation est un facteur de développement économique et social, permettant de promouvoir la démocratie en s'inspirant des droits internes aux États membres, encourageant une harmonisation en matière de droits fondamentaux. Il peut être relevé que cette approche ne fait pas l'unanimité, des auteurs la qualifiant de véritable « schizophrénie »¹⁶³⁵. *A contrario*, il convient de signaler qu'elle connaît certains défenseurs parmi les chercheurs, notamment économistes¹⁶³⁶, mais également juristes¹⁶³⁷. Cette tendance se confirme dans la jurisprudence dans la Cour de justice des Communautés européennes qui rapporte que « l'objectif essentiel » de la directive du 24 octobre 1995 est « de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres afin d'éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur découlant précisément des disparités entre les législations nationales »¹⁶³⁸. En somme, le droit européen propose une protection des données personnelles en échange de leur circulation. Or, cette protection ne compense pas les atteintes aux droits de la personne, induites par cette circulation dans la mesure où les occurrences de traitements

¹⁶³³ Traité sur l'Union européenne, art. 3 (ancien art. 2) (extraits) : « 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples. [...] 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique [...] » (nous soulignons).

¹⁶³⁴ Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, cons. 1 : « Les objectifs de la Communauté, énoncés dans le traité, tel que modifié par le traité sur l'Union européenne, consistent à réaliser une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens, à établir des relations plus étroites entre les États que la Communauté réunit, à assurer par une action commune le progrès économique et social en éliminant les barrières qui divisent l'Europe, à promouvoir l'amélioration constante des conditions de vie de ses peuples, à préserver et conforter la paix et la liberté, et à promouvoir la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des États membres, ainsi que dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹⁶³⁵ SUPIOT (A.) (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, « Divers Sciences », 1999, p. 12 : « Cette schizophrénie conduit à réparer de la main gauche (sociale) les dégâts occasionnés par la main droite (économique) » ; DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », in MORAND (C.-A.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant-Éd. de l'Université de Bruxelles-Helbing & Lichtenhahn, « Collection de droit international (Université libre de Bruxelles) », 2001, p. 70 : « La schizophrénie est encore plus nette dans les domaines qui relèvent simultanément des deux ensembles européens : police des étrangers, biotechnologies, médias ».

¹⁶³⁶ DUMONT (B.), « La régulation à l'échelle communautaire. Une analyse économique des instruments et institutions de la protection des données au sein de l'UE », *Réseaux*, 2011/3, n° 167, p. 51 : « Si de l'avis général, le respect des droits fondamentaux passe par la protection des données personnelles, cet aspect ne doit cependant pas en occulter un autre tout aussi important. La protection des données est supposée éviter que les questions juridiques liées à la protection de la vie privée ne fassent obstacle au développement des relations économiques et sociales entre États [...] Cet aspect s'inscrit pleinement dans le souhait des États membres de l'UE de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques au sein des territoires européens ».

¹⁶³⁷ BRAIBANT (G.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, « Inédit Essais », 2001, p. 113 : « Tous ces textes s'inspirent des mêmes principes et tendent aux mêmes objectifs par les mêmes moyens ; ils ont contribué à former une doctrine européenne des relations entre l'informatique et les libertés. Cette doctrine vise à concilier la liberté de collecte et de circulation des informations, qui est de nature à favoriser le développement économique et social, et la protection des personnes dont les droits et les libertés risquent d'en être affectés ».

¹⁶³⁸ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, EU:C:2003:294, pt. 42 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, EU:C:2003:596, pt. 41.

de données se multiplient. Dès lors qu'il s'agit d'éléments immatériels, les données deviennent invisibles et l'effectivité de leur protection est alors uniquement envisageable dans le cas où d'importants moyens seraient mis en œuvre pour assurer un contrôle véritable. On se trouve donc face à un paradoxe, celui de la garantie du refuge en échange des pérégrinations.

L'abrogation de la directive 95/46/CE par le règlement (UE) 2016/679 n'a pas freiné cette tendance.

2. La protection des personnes comme entrave potentielle à la libre circulation

361. Consolidation normative de la libre circulation des données par le RGPD. – La première observation qui peut être faite sur l'abrogation de la directive 95/46/CE par le règlement 2016/679¹⁶³⁹ est celle du choix d'un acte de droit dérivé plus contraignant pour les États membres. En effet, contrairement à la directive, le règlement est d'applicabilité directe, horizontale et verticale. Ce faisant, il s'impose en tant que tel aux juges nationaux qui doivent, dans le cadre du contrôle de conventionalité qui leur incombe, écarter toute norme de droit interne qui lui serait contraire¹⁶⁴⁰. L'adoption du règlement 2016/679 est donc une consolidation normative allant dans le sens d'une harmonisation des législations. Le texte contient également un affermissement matériel : l'exigence de libre-circulation des données à caractère personnel est accrue. Le treizième considérant est éloquent à cet égard : « Afin d'assurer un niveau cohérent de protection des personnes physiques dans l'ensemble de l'Union, et d'éviter que des divergences n'entravent la libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur, un règlement est nécessaire pour garantir la sécurité juridique et la transparence aux opérateurs économiques ».

362. Un esprit conforté. – Le RGPD offre au premier abord un visage rassurant, étant adopté au visa de l'article 16 TFUE qui garantit à toute personne la protection des données à caractère personnel qui la concernent, notamment dans le cadre de la libre circulation¹⁶⁴¹. Le premier considérant énonce que « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental » et renvoie à l'article 8§1 de la Charte des droits

¹⁶³⁹ Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

¹⁶⁴⁰ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, n° 58657, publié au recueil Lebon ; CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, aff. C-106/77, EU:C:1978:49.

¹⁶⁴¹ Art. 16 TFUE : « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes. Les règles adoptées sur la base du présent article sont sans préjudice des règles spécifiques prévues à l'article 39 du traité sur l'Union européenne ».

fondamentaux de l'Union européenne. Dès le second considérant apparaît une orientation conjuguée au conditionnel : « Les principes et les règles régissant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel les concernant devraient [...] respecter leurs libertés et droits fondamentaux, en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel ». Ce même considérant énonce les objectifs du règlement dans un ordre désormais familier : « contribuer à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et d'une union économique, au progrès économique et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du marché intérieur, ainsi qu'au bien-être des personnes physiques ». Si l'on peut saluer la présence du « bien-être des personnes physiques », il est tout autant possible de s'interroger sur sa signification : est-ce une limitation possible à la libre circulation des données, ou au contraire une conséquence de la libre circulation des données, en tant qu'elle permet l'accès à certains avantages matériels ? À partir de ce point, la hiérarchie apparaît clairement : le droit de l'UE est soucieux de la protection des personnes, mais cette dernière ne peut être une entrave à la libre circulation et au fonctionnement du marché intérieur. Les considérants exprimant la même philosophie sont suffisamment nombreux pour empêcher des citations exhaustives, mais on peut relever ce qui semble être l'économie générale du texte : « Pour que le marché intérieur fonctionne correctement, il est nécessaire que la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union ne soit ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel »¹⁶⁴². Afin de graver cette orientation dans le marbre européen, l'article 1^{er} qui fixe l'objet et les objectifs du règlement énonce dans un premier temps la double finalité « protection-circulation » avant de s'assurer qu'aucun doute ne persiste : « La libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel »¹⁶⁴³. On touche ici au cœur du problème de l'atomisation de la personne et de la constitution d'une identité numérique qui lui échappe assez largement : la libre circulation ne peut pas être considérée comme la menace qui pèse sur le droit à la protection des données à caractère personnel au sens du droit européen. Le neuvième considérant du RGPD condamne fermement l'échec de la directive 95/46/CE, puisqu'elle n'a pu empêcher « une insécurité juridique ou le sentiment, largement répandu dans le public, que des risques importants

¹⁶⁴² Règlement 2016/679, cons. 13.

¹⁶⁴³ Règlement 2016/679, art. 1^{er} : « 1. Le présent règlement établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données. 2. Le présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel. 3. La libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

pour la protection des personnes physiques subsistent, en particulier en ce qui concerne l'environnement en ligne ». Le responsable est alors désigné par le législateur européen : le fractionnement de la protection au sein des États. La menace pour les droits fondamentaux est envisagée, mais le législateur européen s'empresse de rappeler dès les lignes suivantes qu'une différence de niveau de protection est un frein à la libre circulation, ce qui risque de nuire aux activités économiques au sein de l'Union et de fausser la concurrence¹⁶⁴⁴. Dans une forme de raisonnement circulaire, l'Union fait primer la libre circulation mais déplore l'absence d'effectivité dans la protection qui risque de nuire à la libre circulation. Or, puisqu'en l'état le traitement numérique multiplie le caractère volatile des données par la vitesse d'analyse et l'opacité des processus¹⁶⁴⁵, il semble pertinent de considérer que l'exigence renforcée de libre circulation est un facteur pathogène pour la protection des données : « qui dit protection dit surtout diminution significative des possibilités de réutiliser et de faire circuler facilement les données »¹⁶⁴⁶. Les communications de la Commission européenne¹⁶⁴⁷ donnent une idée assez précise du souhait de « libérer le potentiel de l'économie fondée sur les données dans l'UE »¹⁶⁴⁸, afin d'envisager sereinement une « économie européenne fondée sur les données »¹⁶⁴⁹.

363. Inversion des moyens et des fins. – La protection des personnes n'apparaît plus comme une finalité, mais ne se présente également plus comme une conséquence de la libre circulation. Sans que cela soit explicitement formulé, la protection des droits fondamentaux des utilisateurs du numérique est envisagée comme entrave potentielle. Dès lors, les normes envisagées sont là pour

¹⁶⁴⁴ Règlement 2016/679, cons. 9 : « Si elle demeure satisfaisante en ce qui concerne ses objectifs et ses principes, la directive 95/46/CE n'a pas permis d'éviter une fragmentation de la mise en œuvre de la protection des données dans l'Union, une insécurité juridique ou le sentiment, largement répandu dans le public, que des risques importants pour la protection des personnes physiques subsistent, en particulier en ce qui concerne l'environnement en ligne. Les différences dans le niveau de protection des droits et libertés des personnes physiques, en particulier le droit à la protection des données à caractère personnel, à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans les États membres peuvent empêcher le libre flux de ces données dans l'ensemble de l'Union. Ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l'exercice des activités économiques au niveau de l'Union, fausser la concurrence et empêcher les autorités de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union. Ces différences dans le niveau de protection résultent de l'existence de divergences dans la mise en œuvre et l'application de la directive 95/46/CE ».

¹⁶⁴⁵ Sur ce point, v. l'ensemble de nos développements précédents, nos 271 et s.

¹⁶⁴⁶ MARINO (L.), PERRY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 61.

¹⁶⁴⁷ Certaines communications de la Commission peuvent être considérées comme ayant « une valeur-quasi normative » : PICOD (F), « La normativité du droit communautaire », *NCCC*, Janvier 2007, n° 21. Ainsi, la Cour de justice a pu notamment annuler une communication pour vice de compétence, considérant qu'« il y [avait] lieu de considérer que la communication [constituait] un acte destiné à produire des effets juridiques propres, distincts de ceux déjà prévus par les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services, à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux, en sorte qu'elle [était] susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation » : CJCE, 20 mars 1997, *France c. Commission*, aff. C-57/95, EU:C:1997:164, pt. 23. V. également, entre autres, CJCE, 16 juin 1993, *France c. Commission*, aff. C-325/91, EU:C:1993:245, pts. 18-23.

¹⁶⁴⁸ Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données », Bruxelles, 10 janvier 2017.

¹⁶⁴⁹ *Id.*

« susciter la confiance »¹⁶⁵⁰ des personnes, permettre la libre circulation et donc la réalisation d'un marché intérieur¹⁶⁵¹. Afin de permettre le développement économique, il est donc pertinent de protéger les droits fondamentaux¹⁶⁵². C'est ce que l'on peut qualifier d'inversion des moyens et des fins¹⁶⁵³. Une appréciation finaliste d'un tel phénomène peut conduire à considérer qu'un tel agencement importe peu, du moment que la protection est effective. Or, si les droits fondamentaux sont des vecteurs de confiance permettant la réalisation du marché intérieur, une hiérarchie apparaît clairement. Donc, la protection des droits fondamentaux s'apprécie en fonction de leur fonction réalisatrice du marché intérieur. Une telle conclusion interroge la fundamentalité des droits au sens premier, qui seraient soumis par principe et non plus par exception à des finalités qui les dépassent.

364. La sécurité des données personnelles, autre pivot de la circulation. – Il existe un autre domaine qui justifie que la circulation des données à caractère personnel ne puisse être entravée ou interdite pour des raisons relevant de la protection des personnes au sein de l'Union : la sécurité¹⁶⁵⁴. Dans la foulée de l'adoption du règlement 2016/679 a été votée une directive 2016/680 relative à « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données »¹⁶⁵⁵. L'économie générale de la directive est assez similaire à celle du règlement. On

¹⁶⁵⁰ Règlement 2016/679, cons. 7 : « Ces évolutions requièrent un cadre de protection des données solide et plus cohérent dans l'Union, assorti d'une application rigoureuse des règles, car il importe de susciter la confiance qui permettra à l'économie numérique de se développer dans l'ensemble du marché intérieur ».

¹⁶⁵¹ « Enfin, comme elle est expressément citée par l'article 1er, paragraphe 1, du règlement n° 45/2001, la directive 95/46 précitée a un intérêt interprétatif dans ce domaine. Elle impose aux États membres l'obligation de garantir la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques et notamment du droit à l'intimité, dans le cadre du traitement des données à caractère personnel, pour assurer la libre circulation des données personnelles au sein de la Communauté » : conclusions de l'AG Sharpston, 15 octobre 2009, EU:C:2009:624 sous CJCE, GC, 28 août 2008, *Commission / The Bavarian Lager Co. Ltd.*, aff. C-28/08 P, EU:C:2010:378, pt. 27 ; DOCQUIR (B.), « Introduction générale », in DOCQUIR (B.) (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, *op. cit.*, pp. 7-8. : « Malgré tout, le législateur est parvenu à maintenir l'inspiration initiale et les dimensions majeures de la réforme : augmenter le niveau de responsabilité des « responsables de traitement » (administrations, entreprises, organisations, etc.) et les pouvoirs des autorités de contrôle, afin de créer un climat de confiance essentiel au développement de l'économie numérique [...] ».

¹⁶⁵² MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », *op.cit.*, p. 57 : « La circulation débridée des données risque de ruiner la confiance du client et menace donc le commerce électronique ».

¹⁶⁵³ Pour une ultime illustration, v. Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données », *op. cit.* : « « Toutes ces initiatives sont fondées sur des règles solides visant à protéger les données à caractère personnel (le règlement général sur la protection des données adopté l'année dernière) et à garantir la confidentialité des communications électroniques (voir la proposition relative à la protection de la vie privée dans les communications électroniques adoptée aujourd'hui), puisque *la confiance est le socle sur lequel l'économie des données devra se construire* » (nous soulignons).

¹⁶⁵⁴ V. notamment Commission européenne, « Le programme européen en matière de sécurité », 28 avril 2015, COM(2015) 185 final. Pour aller plus loin sur la politique de sécurité au sein de l'Union, v. PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), « L'Union européenne et les technologies de sécurité », *Culture & conflits*, Hiver 2006, n° 64, pp. 97-108 ; PEYROU (S.), « La protection des données à caractère personnel au sein de l'UE : des enjeux économiques et sécuritaires encadrés par le législateur sous le contrôle du juge », *op. cit.*

¹⁶⁵⁵ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins

retrouve à l'article premier l'objectif de protection des « libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel ». Cette formule est atténuée par l'alinéa suivant qui renvoie les États membres à leur obligation de veiller « à ce que l'échange de données à caractère personnel par les autorités compétentes au sein de l'Union, lorsque cet échange est requis par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, ne soit ni limité ni interdit pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Logiquement, la directive ménage une importante marge d'appréciation pour les États, notamment en matière de temps de conservation des données¹⁶⁵⁶ et plus spécifiquement sur les « limitations du droit d'accès »¹⁶⁵⁷. La circulation des données à caractère personnel entre les autorités compétentes est présentée comme un gage d'amélioration en matière de « prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces au sein de l'Union »¹⁶⁵⁸. Un tel contexte serait favorable à l'effectivité des droits fondamentaux, du moment que les États membres garantissent dans le même temps « un niveau élevé de protection des données à caractère personnel »¹⁶⁵⁹. En résumé, il est « crucial d'assurer un niveau élevé et homogène de protection des données à caractère personnel des personnes physiques et de faciliter l'échange de données à caractère personnel entre les autorités compétentes des États membres, afin de garantir l'efficacité de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière »¹⁶⁶⁰. La directive ne mentionne toutefois pas le lien entre l'ELSJ¹⁶⁶¹ appliqué aux données personnelles et réalisation du marché intérieur. En effet, si le règlement 2016/679 assume la liaison entre circulation des données et réalisation du marché intérieur, la directive 2016/680 se contente d'établir un lien entre circulation des données personnelles et exigence de sécurité sur le territoire de l'Union. Il manque donc à ce trépied bien connu une reconnaissance normative explicite : le marché unique dépend de la protection des droits fondamentaux mais également de la sécurité au sein de l'Union. Dès lors, on comprend la similarité des deux textes adoptés le même jour, qui tendent tous deux à la réalisation des grands objectifs de l'Union, exprimés notamment dans des communications de la Commission assurant la promotion de systèmes numériques « plus robustes et plus intelligentes au

de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 89.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, art. 5.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, art. 15.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, cons. 4.

¹⁶⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, cons. 7.

¹⁶⁶¹ Espace européen de Liberté, de Sécurité et de Justice.

service des frontières et de la sécurité »¹⁶⁶², qui incluent la sécurité des données dans la lutte contre le terrorisme pour une « Union de la sécurité réelle et effective »¹⁶⁶³. La sécurité est présentée comme une condition primordiale de réalisation du marché intérieur plutôt que comme porte d'entrée de droits concrets et effectifs. Le « Programme européen en matière de sécurité » est à cet égard assez volubile. La Commission y confirme que « l'intégration de normes élevées en matière de sécurité et de droits fondamentaux dès les premiers stades de la conception technologique » permet de « garantir que les produits et services de sécurité conçus et fournis dans l'UE respectent les droits des particuliers et, ce faisant, d'améliorer la confiance des consommateurs »¹⁶⁶⁴. Le programme Horizon 2020, qui désigne le cap pour les politiques économiques de l'Union, mentionne également au rang des « défis sociétaux » un objectif de « sociétés sûres, protection de la liberté et de la sécurité de l'Europe et de ses citoyens »¹⁶⁶⁵.

Afin de donner corps à cette ambivalence assumée des normes européennes, les régimes de contrôle préalable à la mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel ont été largement assouplis au cours des trente dernières années.

B. Un affranchissement progressif des régimes de contrôle préalable

365. La simplification des démarches préalables. – La libre circulation n'est pas, en elle-même, une atteinte au droit à la protection des données à caractère personnel. Tous les terminaux et services numériques fonctionnent en effet sur des échanges de données. L'Union européenne a donc souhaité encourager la libre circulation des données comme vecteur de développement économique. Le lien est plausible et la finalité louable, mais ce sont alors les moyens qui doivent être interrogés. Les normes européennes ont encouragé cette libre circulation par deux moyens principaux : d'une part, en opérant une fluidification par le passage du régime de l'autorisation préalable à celui de l'appréciation des finalités par le responsable de traitement lui-même (1.) ; dans le même temps, en responsabilisant l'utilisateur de support numérique *via* le consentement comme

¹⁶⁶² Commission européenne, « Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité », 6 avril 2016, COM(2016) 205 final.

¹⁶⁶³ Commission européenne, « Mise en œuvre du programme européen en matière de sécurité pour lutter contre le terrorisme et ouvrir la voie à une Union de la sécurité réelle et effective », 20 avril 2016, COM(2016) 230 final.

¹⁶⁶⁴ Commission européenne, « Le programme européen en matière de sécurité », 28 avril 2015, COM(2015) 185 final, pp. 13-14. Au sein du même texte, v. également p. 4 : « Des actions relevant du marché unique numérique et de la politique européenne de voisinage compléteront et renforceront le programme européen en matière de sécurité. Celui-ci repose également sur des stratégies sectorielles existantes qui peuvent contribuer – directement ou indirectement – à un niveau élevé de sécurité » ; p. 15 : « la cybercriminalité fait peser une menace de plus en plus grande sur les droits fondamentaux des citoyens et sur l'économie, ainsi que sur le développement d'un marché unique numérique garant de prospérité. Les activités commerciales et bancaires en ligne tendant à se généraliser, la cybercriminalité est porteuse d'immenses profits pour les criminels et de pertes considérables pour les citoyens ».

¹⁶⁶⁵ Commission européenne, « Horizon 2020 en bref. Le programme cadre de l'UE pour la recherche et l'innovation », 2014, p. 11.

légitimant le traitement (2.) ; enfin, en admettant d'autres motifs de légitimation, beaucoup moins mis en avant par les prestataires du numérique (3.).

1. De l'autorisation préalable à l'appréciation des finalités par le responsable de traitement

366. La suppression de l'autorisation des autorités de contrôle. – Dans la loi du 6 janvier 1978, la plupart des mises en œuvre de traitement d'informations nominatives devaient faire l'objet d'un contrôle préalable de la CNIL¹⁶⁶⁶. La raison ne relevait pas tant de la suspicion que d'un souhait d'éviter les erreurs de la part des professionnels, fussent-elles commises en toute bonne foi. Force est d'admettre que la législation était déjà complexe et que s'y conformer nécessitait l'intervention de spécialistes, comme en atteste les nombreuses publications adressées aux professionnels¹⁶⁶⁷. Or, les années 1990 ont été marquées par une vaste informatisation de l'administration¹⁶⁶⁸ et par les balbutiements d'Internet. En bref, cette décennie a entériné le franchissement d'un point de non-retour : l'explosion des services numériques et subséquemment, la dépendance du plus grand nombre et de l'administration elle-même à ces services. La CNIL pouvait difficilement faire face à l'ampleur de tous les nouveaux procédés de traitement et ne devait surtout sa compétence qu'à une déclaration volontaire des professionnels. Considérant les moyens passés – et présents – de l'autorité de régulation, il était logique de craindre un effet bouchon qui aurait découlé d'une obligation d'autorisation avant la mise en place de tous types de traitements. Par conséquent, là où la LIL prévoyait un contrôle systématique par la CNIL comme préalable à tout traitement¹⁶⁶⁹, la directive 95/46/CE envisage plusieurs légitimations possibles pour qualifier la licéité du traitement, met en place une « obligation de notification à l'autorité de contrôle », et propose de recourir au sein des entreprises à un « détaché à la protection des données à caractère personnel » qui a notamment pour effet de rendre la notification subsidiaire¹⁶⁷⁰. La loi du 6 août 2004 traduit cela par

¹⁶⁶⁶ Loi n° 78-17, version initiale, articles 15 et 16.

¹⁶⁶⁷ V. parmi d'autres BENSOUSSAN (A.), *La déclaration obligatoire des fichiers et des banques de données nominatives*, Paris, Hermès, « Guide juridique », 1993, 80 p. ; MATTATIA (F.), *Traitement des données personnelles : le guide juridique*, Paris, Eyrolles, 2013, 188 p. ; RICARD (L.-N.), « Règlement européen sur la protection des données : ce qui change pour les professionnels », CNIL, « Règlement européen sur la protection des données : ce qui change pour les professionnels », 10 juillet 2018, ressource indexée ; V. également le site de la CNIL avec les pages « Comprendre vos obligations » et « Professionnels : comment répondre à une demande de droit d'accès ? ». Enfin, l'institution du CIL et plus tard du délégué à la protection des données illustre la nécessité d'un spécialiste implanté au sein des grandes structures privées et publiques pour aborder sereinement la technicité du droit des données.

¹⁶⁶⁸ FRISSEN (P.), « L'informatisation dans l'administration publique », *Revue internationale des sciences administratives*, n° 58, Septembre 1992, pp. 361-461 ; FIALAIRE (J.), « L'évolution des politiques d'informatisation de l'administration publique en France. Quelles articulations entre services centraux et déconcentrés de l'État ? », *Politiques et management public*, n° 10-4, 1992, pp. 55-63.

¹⁶⁶⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, chapitre III, « Formalités préalables à la mise en œuvre des traitements automatisés », art. 14 et s.

¹⁶⁷⁰ Directive 95/46/CE, art. 18 (extrait) : « 1. Les États membres prévoient que le responsable du traitement, ou le cas échéant son représentant, doit adresser une notification à l'autorité de contrôle visée à l'article 28 préalablement à la mise en œuvre d'un traitement entièrement ou partiellement automatisé ou d'un ensemble de tels traitements ayant une même finalité ou des finalités liées. 2. Les États membres ne peuvent prévoir de simplification de la notification

une modification quasi-totale de la LIL, et créé deux branches de nouvelles « formalités préalables à la mise en œuvre des traitements » (chapitre IV) : d'un côté la déclaration pour les traitements divers de données à caractère personnel¹⁶⁷¹, et de l'autre l'autorisation en matière de données sensibles¹⁶⁷². Concernant le régime commun de déclaration qui porte sur des traitements « dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés »¹⁶⁷³, la délivrance d'un récépissé de la CNIL attestant de la bonne réception permet de mettre en œuvre le traitement de données déclarées¹⁶⁷⁴. La loi du 6 août 2004 porte également création d'un statut de « correspondant informatique et libertés » (CIL) qui peut être attribué à une personne expérimentée au sein d'un organe privé ou public, et dont la surveillance permet de dispenser ledit organe des formalités de déclaration¹⁶⁷⁵. Le terme de « correspondant » peut être interrogé, puisqu'il s'agit en réalité plutôt d'une délégation implicite de plusieurs pouvoirs de contrôle qui reviennent normalement à la CNIL¹⁶⁷⁶. Il y a donc eu entre 1978 et 2004 une importante transition, d'une autorisation préalable à une obligation de déclaration préalable assouplie pour la plupart des traitements, qui ressemble à une privatisation partielle de l'autorité de régulation¹⁶⁷⁷.

367. La suppression définitive des obligations de déclaration. – Dès les premiers débats autour du RGPD, il fut perceptible que le temps du régime de déclaration était compté. Cette procédure n'avait pas donné satisfaction en termes de protection et engendrait une importante charge administrative et financière. Sa suppression fut donc jugée souhaitable dès le premier projet de règlement¹⁶⁷⁸. La déclaration préalable est finalement exclue du RGPD en tant que condition de

ou de dérogation à cette obligation que dans les cas et aux conditions suivants: - lorsque, pour les catégories de traitement qui, compte tenu des données à traiter, ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées, ils précisent les finalités des traitements, les données ou catégories de données traitées, la ou les catégories de personnes concernées, les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées et la durée de conservation des données et/ou - lorsque le responsable du traitement désigne, conformément au droit national auquel il est soumis, un détaché à la protection des données à caractère personnel ».

¹⁶⁷¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 2004, version consolidée au 6 août 2004, art. 22 à 24.

¹⁶⁷² *Ibid.*, art. 25 et s.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, art. 24.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, art. 23.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, art. 22 (extrait) : « III. - Les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi sont dispensés des formalités prévues aux articles 23 et 24, sauf lorsqu'un transfert de données à caractère personnel à destination d'un État non membre de la Communauté européenne est envisagé ».

¹⁶⁷⁶ BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, *op. cit.*, p. 104 : « Ce “détaché” ne serait pas en fait un simple correspondant de la CNIL, mais il exercerait par une délégation implicite certains des pouvoirs de contrôle qui lui incombent ».

¹⁶⁷⁷ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁶⁷⁸ *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données)*, 25 janvier 2012, COM (2012) 11 final, p. 32 : « La directive 95/46/CE prévoyait une obligation générale de notifier les traitements de données à caractère personnel aux autorités de contrôle. Or cette obligation génère une charge administrative et financière, sans pour autant avoir véritablement amélioré la protection des données. En conséquence, l'obligation générale de notification devrait être supprimée et remplacée par des procédures et des mécanismes efficaces ciblant

licéité du traitement¹⁶⁷⁹, sauf lorsque l'analyse d'impact obligatoire pour les traitements sensibles¹⁶⁸⁰ révèle un risque potentiel : il s'agit alors non d'une déclaration mais d'une « consultation »¹⁶⁸¹. En contrepartie, un délégué à la protection des données¹⁶⁸² est obligatoirement nommé au sein des organismes qui traitent des catégories particulières de données¹⁶⁸³ et les responsables de traitement ont l'obligation de tenir des registres des activités de traitement afin de faciliter les contrôles¹⁶⁸⁴. Il s'agit de la traduction des mécanismes qualifiés par les anglo-saxons d'*accountability*¹⁶⁸⁵, c'est-à-dire « l'obligation pour les entreprises de mettre en œuvre des mécanismes et des procédures internes permettant de démontrer le respect des règles relatives à la protection des données »¹⁶⁸⁶, et de *compliance*, terme qui ne signifie ni plus ni moins qu'une conformité en toute bonne foi aux exigences de la norme en vigueur, jusque dans les valeurs qu'elle promeut et ses implications éthiques¹⁶⁸⁷. Enfin, des normes établissant une forme d'auto-déclaration en cas de violation de données à caractère personnel sont mises en place. Si le responsable de traitement constate une violation¹⁶⁸⁸, il doit en informer l'autorité de contrôle compétente¹⁶⁸⁹ ainsi que la ou les personnes concernées par ladite violation¹⁶⁹⁰. L'élaboration des études d'impact par le responsable du traitement, la croyance en la transparence des registres, la présomption de bonne foi dans le signalement des violations et la confiance en l'indépendance du délégué à la protection des données personnelles donnent une vision assez claire de la privatisation en cours dans la protection des données personnelles. Quand

plutôt les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers pour les droits et libertés des personnes concernées, du fait de leur nature, de leur portée ou de leur finalité ».

¹⁶⁷⁹ Règlement 2016/679, art. 5.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, art. 35. Il faut préciser que le texte ne parle plus désormais de données sensibles mais de « certaines catégories de données ».

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, art. 36. ROSIER (K.), « Délégué à la protection des données : une nouvelle fonction, un métier en devenir », in DOCQUIR (B.) (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 135-168.

¹⁶⁸² À la faveur duquel le « Correspondant Informatique et Libertés » disparaîtra en 2018.

¹⁶⁸³ Règlement 2016/679, art. 37.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, art. 30.

¹⁶⁸⁵ Sur la compatibilité de ce mécanisme à la protection des données, v. notamment MATTATIA (F.), MORDELET (F.), « La mise en œuvre du GDPR au prisme du risque juridique », *RLDI*, n° 140, Août 2017, pp. 61-64 ; DAOUD (E.), PLENACOSTE (F.), « La sécurité des données à caractère personnel dans l'entreprise », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 119, Novembre 2016, pp. 22-25 ; PELIKS (T.), PORLON (S.), « Données personnelles. Conseils pratiques pour l'application du RGPD », *ESI*, n° 426, Juillet 2017, pp. 269-273.

¹⁶⁸⁶ Site Internet de la CNIL, « *Accountability* », ressource indexée.

¹⁶⁸⁷ Sur l'application de ce principe au sein du RGPD, v. notamment VAN ASBROECK (B.), DEBUSSCHE (J.), « Les obligations de "compliance" des entreprises », in DOCQUIR (B.) (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, *op. cit.*, pp. 89-133 ; sur la notion de *compliance*, v. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la compliance », *D.*, 29 septembre 2016, n° 32, pp. 1871-1874 ; pour une position critique, v. IDOUX (P.), NICINSKI (S.), GLASER (E.), « Après la régulation, la compliance ? », *AJDA*, 9 octobre 2017, n° 33, pp. 1874-1875.

¹⁶⁸⁸ Pour la définition de la violation de données à caractère personnel, v. règlement 2016/679, art. 2 : « [...] une violation de la sécurité entraînant, de manière accidentelle ou illicite, la destruction, la perte, l'altération, la divulgation non autorisée de données à caractère personnel transmises, conservées ou traitées d'une autre manière, ou l'accès non autorisé à de telles données ».

¹⁶⁸⁹ Règlement 2016/679, art. 33.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, art. 34.

on connaît les difficultés rencontrées par les entreprises alors que la déclaration était obligatoire¹⁶⁹¹, on peut s'inquiéter d'une démarche d'auto-évaluation. On retrouve l'idée prégnante d'un marché intérieur fonctionnel, qui repose sur des acteurs de bonne volonté : on compte sur les organismes pour former objectivement des preuves et faciliter les démarches qui conduiront potentiellement à l'interdiction d'un traitement sur lequel reposent en tout ou partie leurs activités. Cette démarche d'auto-évaluation dans le respect des droits et libertés n'est pas sans rappeler la libéralisation d'un autre pan du droit européen, celui de la concurrence¹⁶⁹².

La fluidification de la circulation des données s'est accélérée par le biais de cet affranchissement administratif¹⁶⁹³, mais un moyen de légitimation en particulier assure la collecte débridée de données à caractère personnel : le consentement de l'utilisateur.

2. De la légitimation stricte du traitement au consentement de l'utilisateur

368. Le consentement comme légitimation du traitement. – Le consentement ne faisait pas à l'origine partie des motifs légitimes de traitement, mais le droit de l'Union l'a introduit. En plus de l'existence d'un délégué au sein de l'entreprise et de divers autres motifs, la directive 95/46 du 24 octobre 1995 prévoyait une importante possibilité de se soustraire au régime de l'autorisation préalable : le consentement de la personne faisant l'objet d'un traitement. Si la directive définit le consentement comme une « manifestation de volonté, libre, spécifique et informée »¹⁶⁹⁴ et affirme

¹⁶⁹¹ ROCHFELD (J.), « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », *Revue des contrats*, Mars 2014, p. 120 ; PERRAY (R.), « De l'utilité économique de bien accomplir ses formalités auprès de la CNIL », *RLDI*, Octobre 2013, n° 97, pp. 43-44 : « En réalité, il faut bien se rendre compte que la loi *Informatique et libertés* se trouve bien souvent mal respectée et que les cas dans lesquels les fichiers sont non déclarés ou ne répondent pas aux exigences du texte abondent ».

¹⁶⁹² PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2013, pp. 461-462 : « L'autoévaluation permet à la Commission et aux opérateurs de faire l'économie d'une procédure de notification. [...] Un débat intéressant s'est formé autour de la question de savoir si l'auto-évaluation constitue une évolution opportune du droit européen de la concurrence. Dans l'absolu, les sujétions qu'elle impose aux entreprises n'ont rien de choquant : dans l'exercice habituel de leur commerce, les agents économiques doivent veiller à respecter une nuée de règles de droit d'origine diverses (droit des contrats, de la consommation, droit financier, etc.). Elle serait même souhaitable. L'effet préventif spontané de la norme juridique limite les coûts d'administration des règles à charge des autorités et juridictions. Ceci étant, le degré de sécurité juridique offert aux praticiens est directement affecté. Ce constat a été dressé par de nombreux praticiens, qui se sont émus de la disparition de la notification préalable. Il y a selon nous, un obstacle dirimant à la fiabilité des auto-évaluations que réalisent les entreprises. Sous l'influence, sans doute heureuse, de la théorie économique, le droit matériel de la concurrence s'est transformé en une matière factuelle, casuistique et complexe. Des erreurs sont envisageables, et il est permis de douter que l'analyse économique qui s'impose dans le cadre de l'auto-évaluation soit à la portée de toute entreprise ». Pour une illustration, v. CJUE, GC, 18 juin 2013, *Schenker & Co*, aff. C-681/11, EU:C:2013:404, où, dans le contexte de l'abolition du régime de notification préalable en matière d'ententes, la Cour de justice a jugé qu'un avis juridique d'un cabinet d'avocats ou une décision d'une autorité nationale de concurrence n'exonérerait pas une entreprise d'un comportement anticoncurrentiel ni de l'infliction d'une amende.

¹⁶⁹³ ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », in BOLLEE (S.), PATAUT (E.) (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS Editions, 2016, p. 162 : « On trouve en premier lieu, dans le projet de règlement, un effort de fluidification des traitements de données *via* le basculement total du système par rapport à celui qui est actuellement en vigueur : il ne sera plus nécessaire de notifier *a priori* un traitement à l'autorité de contrôle nationale et d'effectuer des formalités préalables ; on s'en remettra à un contrôle *a posteriori* ».

¹⁶⁹⁴ Directive 95/46/CE, art. 2.

que le traitement ne peut être effectué que si « la personne concernée a indubitablement donné son consentement »¹⁶⁹⁵, la loi de transposition du 6 août 2004 est plus souple en la matière. Le consentement simple est requis pour qu'un traitement soit légitime¹⁶⁹⁶, mais en matière de données sensibles, le consentement doit être « exprès »¹⁶⁹⁷. Particulièrement sensibles, les prélèvements biologiques identifiants doivent faire l'objet d'un « consentement éclairé et exprès »¹⁶⁹⁸. La CNIL a considéré qu'une telle imprécision relative à la notion de consentement était inquiétante¹⁶⁹⁹ et aurait pour cette fois préféré une application stricte de la directive¹⁷⁰⁰. Cet avis est resté lettre morte. La LRN n'ayant rien précisé en la matière, les dispositions relatives au consentement sont inchangées depuis 2004. Du côté de l'Union, le nouveau règlement semble poser des conditions strictes et définit le consentement comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque »¹⁷⁰¹. Le responsable de traitement doit être capable d'apporter la preuve du consentement, doit s'assurer que le recueil du consentement doit être distinct d'autres questions éventuelles, et doit faciliter le retrait du consentement, qui doit devenir aussi simple que son expression¹⁷⁰².

369. La méfiance des régulateurs à l'égard du consentement. – En préalable à l'entame des débats relatifs à l'adoption du règlement européen, le G29¹⁷⁰³ a eu l'occasion de préciser dans un avis relatif au consentement que le recueil de ce dernier n'impliquait en rien une autorisation générale d'exploitation et encore moins une possibilité de contourner les règles relatives à la collecte des données sensibles¹⁷⁰⁴. Ce groupe des régulateurs européens rappelle également que la notion de

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, art. 7.

¹⁶⁹⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 7.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, art. 8.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, art. 56.

¹⁶⁹⁹ CNIL, avis du 26 septembre 2000 relatif à l'avant-projet de loi sur la protection des données personnelles, p. 27.

¹⁷⁰⁰ CNIL, délibération n° 02-093 du 28 novembre 2002 portant avis sur le projet de loi relatif à l'économie numérique : « Le principe du consentement préalable est une garantie forte en termes de protection des personnes dont il convient de ne pas amoindrir la portée. À cet égard, la définition du consentement (2) issu de la directive cadre du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données exclut que l'expression de ce consentement soit, par exemple, diluée dans une acceptation des conditions générales d'utilisation d'un service proposé ou encore couplée à une demande de bons de réduction. La Commission recommande donc que le recueil du consentement soit effectué de manière à respecter le texte et l'esprit de la directive cadre de 1995, par exemple, par le biais d'une case à cocher comme le suggère l'un des considérants de la directive du 12 juillet 2002. (2) Article 2 de la directive du 24 octobre 1995 : "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" ».

¹⁷⁰¹ Règlement 2016/679, art. 4, 11).

¹⁷⁰² *Ibid.*, art. 7.

¹⁷⁰³ Groupe des régulateurs européens des données à caractère personnel, institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE.

¹⁷⁰⁴ G29, avis 15/2011 sur la définition du consentement, WP 187, 13 juillet 2011, p. 8 : « En outre, l'obtention d'un consentement n'annule pas les obligations imposées au responsable du traitement par l'article 6 en termes d'équité, de nécessité, de proportionnalité ainsi que de qualité des données. Ainsi, même si le traitement de données à caractère personnel a reçu le consentement de l'utilisateur, cela ne justifie pas la collecte de données excessives au regard d'une fin particulière. L'obtention d'un consentement n'autorise pas davantage le contournement d'autres dispositions, telles

consentement est étroitement liée à la notion connexe d'autonomie, qui est à la fois une condition préalable du consentement et sa conséquence¹⁷⁰⁵. Globalement, le G29 affirme de différentes manières que le responsable de traitement ne doit en aucun cas présumer la situation d'autonomie de la personne, et qu'il doit en conséquence s'assurer de la qualité de l'information et de la situation de transparence¹⁷⁰⁶. En ce sens, l'article L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques – transposant partiellement la directive 2002/58/CE¹⁷⁰⁷ – prévoit une définition du consentement en accord avec le droit européen : « toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée ». Cette acception se limite toutefois à des dispositions relatives à la prospection directe¹⁷⁰⁸. Il faut enfin relever que la CNIL, à l'occasion d'une délibération rendue le 19 août 2009, a retenu une conception particulièrement exigeante du consentement visé par l'article 7 de la LIL, qui ne peut être considéré comme librement donné que s'il a été obtenu « sans pression, ni risque de représailles sur la personne concernée »¹⁷⁰⁹. Depuis lors, la CNIL a cependant abandonné cette formule, ce qui n'est guère étonnant tant il est impossible de définir rigoureusement la « pression » exercée sur une personne : cela peut aller d'une présence physique à une pression économique, sans oublier une pression sociale à grande échelle, qu'une autorité de régulation n'a pas pour mission d'estimer.

370. Le consentement, libérateur de circulation. – La question du consentement est en effet éminemment politique, et pose le problème fondamental de l'autonomie de la personne qui va

que l'article 8, paragraphe 5. Ce n'est que dans des circonstances très restreintes que le consentement peut légitimer des traitements de données qui auraient été interdits autrement, notamment dans le cas du traitement de certaines données sensibles (article 8) ou pour permettre le traitement ultérieur de données à caractère personnel, que celui-ci soit ou non compatible avec la finalité spécifiée à l'origine. En principe, le consentement ne doit pas être considéré comme une dérogation à d'autres principes applicables à la protection des données, mais bien comme une garantie. Il s'agit en premier lieu d'une condition de licéité et non d'une renonciation à l'application d'autres principes ».

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 9 : « Le consentement est lié à la notion de libre choix en matière d'informations. L'autonomie de la personne concernée est à la fois une condition préalable et une conséquence du consentement. En effet, elle permet à la personne concernée d'influencer le traitement des données. Cependant [...], il existe des cas où la personne concernée n'est pas en mesure de véritablement décider ».

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 10 : « La transparence est une condition du contrôle du traitement et est nécessaire pour que le consentement soit valable. La transparence ne suffit pas, en soi, pour légitimer le traitement de données à caractère personnel, mais elle est une condition essentielle pour garantir que le consentement est valable. Pour être valable, le consentement doit être informé. Ceci implique que toutes les informations nécessaires doivent être données au moment de la demande du consentement et que ces informations doivent couvrir tous les aspects de fond du traitement que le consentement est censé légitimer ».

¹⁷⁰⁷ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

¹⁷⁰⁸ CPCE, art. L. 34-5 (extrait) : « Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen. Pour l'application du présent article, on entend par consentement toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe ».

¹⁷⁰⁹ CNIL, délibération n° 2009-474 du 23 juillet 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « Discovery ».

consentir. Si une opinion dominante – celle du volontarisme juridique – voit dans le consentement une garantie effective de la protection des droits subjectifs, d'autres y voient le vecteur de la fragilisation de la protection juridique¹⁷¹⁰. La prise en compte de l'asymétrie des rapports de force des parties à certains contrats et, par là-même, de la vulnérabilité de la « partie faible »¹⁷¹¹, est notamment illustrée par le développement du droit de la consommation¹⁷¹². De récentes recherches vont plus loin et interrogent un consentement érigé en valeur cardinale d'une société libérale qui permettrait une renonciation aux droits fondamentaux¹⁷¹³. Comme nous l'avons vu, la suppression du régime de déclaration implique que les professionnels traitant des données à caractère personnel procèdent à l'auto-évaluation de leurs pratiques¹⁷¹⁴. De la même manière, le fait de consentir à l'utilisation de telles données en contrepartie d'un service dans le cadre d'un contrat passé un support numérique suppose que l'utilisateur du service auto-évalue les risques qu'il est prêt à encourir. Dans un domaine pourtant très technique et dans lequel le droit d'opposition se fait d'autant plus difficilement valoir que les flux de données sont transfrontières, il n'existe aucun « principe de précaution ». Si connaître l'origine d'un produit vendu en supermarché confine parfois à l'expertise, que dire de la lecture des très longues conditions générales (CGU) d'utilisation de tous les services¹⁷¹⁵, dont la rédaction est souvent sibylline ? Peut-on véritablement s'assurer du consentement d'un utilisateur qui souscrit à des clauses selon lesquelles tout recours doit être introduit en anglais, selon la loi du Delaware et devant les juridictions californiennes¹⁷¹⁶ ? Un utilisateur est-il censé évaluer la sécurité des plateformes ? Non seulement les codes sources de sécurité sont inaccessibles, mais encore faudrait-il avoir les connaissances techniques pour en estimer l'efficacité, et connaître les conditions techniques de stockage. Dans un tel contexte, la personne ne peut disposer du même recul et de la même information que l'administration ou qu'une autorité administrative indépendante (AAI) telle que la CNIL. Il s'agit d'une déréglementation

¹⁷¹⁰ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 255 : « Contrairement à une opinion dominante qui tend à y voir un signe fait en faveur d'une protection accrue des droits et libertés de la personne fichée, l'introduction du consentement au sein des instruments relatifs aux données personnelles vise davantage à faciliter l'exercice effectif de la liberté de traitement de données nominatives par les auteurs de traitements que de constituer une garantie pour la personne fichée. Ce constat résulte à la fois des implications propres au consentement que de la facilité avec laquelle il est possible de s'en dispenser ».

¹⁷¹¹ STRICKLER (Y.), « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 octobre 2004, n° 213, p. 8.

¹⁷¹² GHESTIN (J.) et al., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1996, 676 p. ; BOURRIER (C.), *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse dactylographiée, Dijon, 2001, 564 p.

¹⁷¹³ FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés : la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, « Collection de droit international », 2001, 752 p. ; DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, 528 p.

¹⁷¹⁴ V. *supra*, n° 366.

¹⁷¹⁵ FAITH-CRANOR (L.), McDONALD (A.), « The cost of reading Privacy Policies », *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, 22 p., ressource indexée.

¹⁷¹⁶ JAULT-SESEKE (F.), ZOLYNSKI (C.), « Le règlement (UE) n° 2016-679 relatif aux données personnelles. Aspects de droit international privé », *D.* 2016, p. 1874.

libérale au sens classique (« laissez-faire ») : la liberté de choix des individus est l'assise d'un marché qui finit par s'équilibrer en matière d'offre et de demande¹⁷¹⁷. Le consentement, vu alors comme un vecteur de flexibilité et donc de circulation, place la personne dans une situation d'incertitude et de vulnérabilité¹⁷¹⁸. En mettant en avant le partage volontaire des données¹⁷¹⁹, le RGPD s'attache pourtant à la fiction d'une personne à même d'opérer sur le marché des choix conscients et rationnels en fonction de ses besoins et inclinaisons¹⁷²⁰. Les États-Unis, qui investissent le consommateur de la responsabilité d'agir en justice pour juguler les effets délétères du « laissez-faire », se sont placés en proue du navire pour pointer la terre promise du marché des données personnelles, et ce dès les balbutiements de l'informatique¹⁷²¹. L'objection à une telle approche est connue : un individu placé sur un marché dont les protagonistes sont voraces – notamment d'éléments de l'identité – est moins une partie prenante qu'une cible qu'il s'agit de viser convenablement¹⁷²². Vu comme un acteur de l'économie de marché dont il fournit une partie des richesses et du fonctionnement *via* les éléments identifiants de sa personne, le sujet se confond alors aisément avec l'objet¹⁷²³.

3. Les autres moyens de légitimation de la collecte et du traitement

371. Un nouvel assouplissement européen. – La version initiale de la loi du 6 janvier 1978 ne comporte aucun moyen de légitimation permettant une exonération de l'obligation de déclaration préalable, hors les cas explicitement prévus par la loi¹⁷²⁴, et les « catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie

¹⁷¹⁷ V. FOUCAULT (M.), *Sécurité, territoire, population, Cours au collège de France 1977-1978*, Paris, Gallimard, Seuil, « Hautes études », 2005, pp. 63 et s. ; DOSTALER (G.), « Les chemins sinueux de la pensée économique libérale », *Alternatives économiques*, 2009/4, n° 44, pp. 42-64.

¹⁷¹⁸ EDELMAN (B.), « L'homme numérique : questions d'image », in ATIAS (C.), CABAL (C.), EDELMAN (B.) et al., *L'individu face aux nouvelles technologies : surveillance, identification et suivi*, Actes du colloque international des 10 et 11 novembre 2004 à Lausanne, Institut Suisse de droit comparé, Schulthess, 2005, p. 43.

¹⁷¹⁹ Règlement 2016/679, cons. 6 : « De plus en plus, les personnes physiques rendent des informations les concernant accessibles publiquement et à un niveau mondial ».

¹⁷²⁰ DESCHAMPS (M.), « L'expert ou le peuple ? Deux attitudes polaires face à la politique de concurrence », *Revue internationale de droit économique*, 2012/1, T. XXVI, pp. 57-94.

¹⁷²¹ HIRSHLEIFER (J.), «The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity», *American Economic Review*, Septembre 1971, vol. 61, n° 4, pp. 561-574 ; POSNER (A. R.), «An economic theory of privacy», *Regulation*, Mai-Juin 1978, pp. 19-26 ; POSNER (A. R.), «The Economics of Privacy», *American Economic Review*, 1981, vol. 71, n° 2, pp. 402-409 ; STIGLER (J. G.), «An Introduction to Privacy in Economics and Politics», *The Journal of Legal Studies*, décembre 1980, vol. 9, n° 4, pp. 623-644.

¹⁷²² RIGAUX (F.), « Les paradoxes de la protection de la vie privée », in TABATONI (P.) (dir.) et al., *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 1, PUF, 2000, p. 42 : « Alors que le droit à la protection de la vie privée est conçu à l'origine comme le droit d'être laissé seul et continue à être, pour l'essentiel, un droit au secret, le premier succès de l'agresseur est de forcer sa victime à sortir du bois ».

¹⁷²³ EDELMAN (B.), « Sujet de droit et technoscience », in *La personne en danger*, Paris, PUF, « Doctrine juridique », 1999, p. 401 : « L'économie de marché a, tout à la fois, produit et assimilé ce système et l'orienté désormais vers une productivité accrue ».

¹⁷²⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, version initiale, articles 15 et 16.

privée ou aux libertés »¹⁷²⁵. L'article 7 de la directive 95/46/CE prévoit en revanche plusieurs motifs légitimes de mise en œuvre immédiate du traitement : consentement indubitable de la personne, exécution d'un contrat, respect d'une obligation légale à laquelle le responsable de traitement est soumis, sauvegarde de l'intérêt vital d'une personne, exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, intérêt légitime du responsable de traitement dans le respect des droits et libertés fondamentaux. La loi de transposition du 6 août 2004 reprend intégralement ces motifs de légitimation du traitement. Un seul changement formel est à signaler par rapport au droit dérivé de l'Union : le consentement n'est pas intégré de façon indifférente à une liste de motifs légitimes, mais placé en en-tête de l'article 7¹⁷²⁶. L'accent est donc mis sur le consentement de la personne, qui sera le droit commun en matière de collecte de données à caractère personnel. Ce positionnement hiérarchique, louable dans son esprit, ne change pas la réalité de la collecte des données, qui permet une relativisation de la qualité du consentement¹⁷²⁷. Enfin, le RGPD reprend pour l'essentiel les mots de la directive de 1995, précisant toutefois que « les intérêts légitimes poursuivis par le responsable de traitement ou par un tiers » doivent s'apprécier avec une rigueur accrue « lorsque la personne concernée est un enfant »¹⁷²⁸. Le dernier motif, la « réalisation de l'intérêt légitime », n'est toujours pas défini par le droit de l'Union.

372. L'embarras de « l'intérêt légitime » non défini. – L'intérêt légitime du responsable de traitement ou du tiers ayant intérêt au traitement n'apparaît pas parmi les vingt-six définitions posées par l'article 4 du RGPD. Cela ne semble *a priori* pas incohérent : comment définir une formule aussi générale ? Néanmoins, un tel motif permet d'échapper à l'exigence de consentement de la personne, ce qui peut présenter certains risques pour les droits et libertés. Dans son rapport sur la transposition de la directive, Guy Braibant admettait qu'une telle formulation « pourrait, à terme, recouvrir l'ensemble des traitements du secteur privé »¹⁷²⁹, puisque la réalisation de bénéfices semble être un objectif parfaitement légitime pour toute entreprise. Le motif de l'intérêt légitime, « très problématique »¹⁷³⁰ en raison de sa nature subjective, aurait pu conduire à un désintérêt pour

¹⁷²⁵ *Ibid.*, art. 17.

¹⁷²⁶ En effet, ce dernier dispose comme suit : « Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes [...] ».

¹⁷²⁷ Sur ce point, v. nos développements ultérieurs, nos 492 et s.

¹⁷²⁸ Règlement (UE) 2016/679, art. 6, 1. f) : « le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ».

¹⁷²⁹ BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷³⁰ ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », in BOLLEE (S.), PATAUT (E.) (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 168 : « le rôle ambigu du consentement de la personne concernée : il demeure une cause de légitimation du traitement parmi six autres [...] dont la très problématique poursuite des "intérêts légitimes" du responsable du traitement ».

le recueil du consentement¹⁷³¹. Pour minimiser sa portée, il faut rappeler que l'intérêt légitime trouve sa limite à l'aune des droits et libertés des personnes concernées. Il ne s'agit donc ni plus ni moins que d'une mise en balance des intérêts en présence, obéissant à la logique selon laquelle la liberté de la collecte est le principe et l'interdiction l'exception. Dès lors, il faut se tourner vers le contentieux et les développements jurisprudentiels afin de circonscrire avec un peu plus de précision le champ d'application de cette « réalisation de l'intérêt légitime ». L'exemple emblématique se trouve dans l'intérêt économique du moteur de recherche, accueilli par la Cour de justice de l'Union dans l'arrêt *Google Spain*¹⁷³², ou encore par les TGI de Paris et Toulouse¹⁷³³. Le traitement effectué par la société Google – indexation et référencement – vise à la réalisation d'un intérêt légitime, mais doit être mis en balance avec les droits des personnes qui souhaiteraient voir certaines données personnelles – comme des infractions passées – disparaître des résultats de recherche. La CNIL use alternativement des articles 7) 5° et 6) 3° de la LIL¹⁷³⁴ pour effectuer son contrôle de proportionnalité. Il faut souligner que l'autorité de régulation préfère assez largement user de l'article 6 afin de procéder à une mise en balance des intérêts. On trouve de rares développements relatifs à l'article 7 dans la délibération *Discovery*¹⁷³⁵, où la CNIL a eu à apprécier des transferts de données personnelles vers les États-Unis sur le fondement d'une loi américaine relative à la communication de preuves pertinentes relatives à une affaire, y compris contre soi-même¹⁷³⁶. Le respect de conventions internationales et des lois étrangères sont ainsi un motif légitime de traitement, mais doit être opéré dans le respect des droits fondamentaux et d'autres conventions internationales. En l'espèce, la loi du 26 juillet 1968¹⁷³⁷, la convention de La Haye du 18 mars 1970¹⁷³⁸, et l'article 38 de la LIL relatif au droit d'opposition effectif¹⁷³⁹, s'opposent à un tel

¹⁷³¹ GOUZES (G.), Rapport au nom de la Commission des lois sur le projet de loi (n° 3250) relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 janvier 2002, p. 35.

¹⁷³² CJUE, GC, 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317, pt. 73 : « Quant à la légitimation, au titre de l'article 7 de la directive 95/46, d'un traitement comme celui en cause au principal effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche, celui-ci est susceptible de relever du motif visé à cet article 7, sous f) ».

¹⁷³³ TGI Paris, ord. réf., 24 novembre 2014, *Marie-France M. c. Google France et Google Inc.* ; TGI Toulouse, ord. réf., 21 janvier 2015 : *Légipresse*, 2015, n° 324, p. 107, note M. BERGUIG.

¹⁷³⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 6) 3° (extrait) : « [Les données] sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ».

¹⁷³⁵ CNIL, délibération n° 2009-474 du 23 juillet 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « Discovery ».

¹⁷³⁶ Pour plus de détail sur ce conflit, v. PROUST (O.), BURTON (C.), « Le conflit de droits entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel », *RLDI*, Février 2009, n° 46, pp. 79-84.

¹⁷³⁷ Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

¹⁷³⁸ Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.

¹⁷³⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 38 (extrait) : « Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

transfert sans le consentement de la personne concernée. La Commission ne procède donc pas au contrôle de proportionnalité sur le fondement de l'article 7) 5° lorsque le traitement ne revêt pas la qualité d'intérêt légitime. Elle refuse par exemple d'admettre que le traitement du numéro de sécurité sociale (NIR)¹⁷⁴⁰ pour lutter contre l'homonymie des employés au sein d'une entreprise constitue un intérêt légitime¹⁷⁴¹. À la lumière des dates de ces différentes affaires, on notera un éclaircissement particulièrement tardif de la notion de « réalisation de l'intérêt légitime ». Le G29 illustre ce problème en lui consacrant un avis détaillé le 9 avril 2014, soit près de vingt ans après l'adoption de la directive. Le groupe des régulateurs de l'Union reconnaît l'incompréhension qui gravite autour de cet article 7, f), « parfois perçu à tort une “porte ouverte” légitimant tout traitement de données qui ne cadre avec aucun autre fondement juridique »¹⁷⁴². D'un autre côté, une application zélée et trop protectrice des personnes peut faire l'objet d'une sanction. Ainsi de l'Espagne, qui avait transposé l'article 7, f) en imposant la tenue d'un registre publiquement accessible pour les données traitées sur le fondement de ladite disposition. La Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'une telle transposition était trop énergique et revenait à modifier le champ d'application de l'article visé¹⁷⁴³. Dès lors, afin d'inciter à l'harmonisation sur ce point central de la directive et d'assurer la circulation des données au sein du marché intérieur, elle a affirmé que l'article 7, f) de la directive remplissait les conditions d'inconditionnalité et de précision propres à lui conférer un effet direct dans une telle hypothèse de transposition nationale incorrecte¹⁷⁴⁴.

373. La proportionnalité en demi-teinte. – Finalement, il est possible se rassurer en considérant la présence d'un contrôle de proportionnalité comme garde-fou contre des traitements mis en œuvre en l'absence de consentement de la personne concernée. Néanmoins, la réalité des traitements de données personnelles éteint cette espérance. Premièrement, les traitements de données personnelles se comptent en millions. Deuxièmement, l'obligation de déclaration préalable, dont l'existence était déjà devenue évanescence, a disparu avec l'entrée en vigueur du RGPD. Ainsi, il n'est pas inutile de se rappeler que si le contrôle de proportionnalité est une technique jurisprudentielle très pertinente dans la défense des droits et libertés fondamentaux, encore faut-il qu'il y ait pour cela un contentieux. La disparition des déclarations préalables pour

¹⁷⁴⁰ Sur cette donnée particulièrement signifiante, v. nos développements précédents, nos 104 et s.

¹⁷⁴¹ CNIL, délibération n° 2009-576 du 20 octobre 2009 refusant d'autoriser la mise en œuvre par la société MANPOWER FRANCE d'un traitement automatisé de données à caractère personnel utilisant le numéro de sécurité sociale et ayant pour finalité la gestion des salariés intérimaires.

¹⁷⁴² G29, avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, WP 217, 9 avril 2014, p. 5.

¹⁷⁴³ CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*, aff. jointes C-468/10 et C-469/10, EU:C:2011:777, pt. 49.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, pts. 50-55.

les catégories normales de données à caractère personnel transfère l'essentiel de la responsabilité du déclenchement des poursuites et du dépôt des requêtes aux personnes physiques. En raison de la quantité de traitements réalisés et considérant l'opacité des transferts de données, on peut s'inquiéter de l'effectivité des droits sur les données personnelles. On peut en revanche assez aisément admettre que la libre circulation des données n'en sera que peu entravée.

Le manque de clarté entourant la finalité du droit des données est un terreau fertile à l'incertitude de leur fonction. Une lecture attentive des textes permet cependant d'en rendre compte : les données à caractère personnel permettent d'identifier. Ce n'est que recoupées entre elles qu'elles constitueront un véritable renseignement sur la personne. Leur objet est donc l'identité. La présence d'une donnée personnelle portant sur l'identité, qui n'est pas reconnue comme concept opérationnel en droit français, donne logiquement lieu à des circonvolutions relatives à la nature des droits sur les données personnelles.

Section 2 – Les circonvolutions relatives à la nature des droits sur les données personnelles

375. Une importante nébulosité. – Une réglementation portant sur des moyens techniques, dont les fondements juridiques et les juges sont divers, est logiquement moins intelligible et accessible. La juxtaposition des ordres juridiques nationaux et supranationaux apporte, bien sûr, ajoute à la complexité. Pour autant, une accumulation de normes de protection dans un domaine circonscrit n'est pas nécessairement négative pour les sujets de droit concernés. Hélas, le nombre croissant de recherches portant sur la nature des données à caractère personnel atteste du flou conceptuel dans lequel elle se trouve¹⁷⁴⁵. C'est également ce qui ressort de la profusion des normes autant que de leur rédaction¹⁷⁴⁶, même si certains auteurs considèrent que le corpus normatif est satisfaisant en l'état¹⁷⁴⁷. Face à cette nécessaire clarification, on peut dénombrer de sincères tentatives visant à inclure les droits sur les données personnelles à des régimes préexistants (§ 1). Face aux incompatibilités conceptuelles et matérielles, ces inclinaisons cèdent la place à la tentative d'un régime autonome devant être pensé en dehors des catégories habituelles (§ 2).

§ 1 – La tentative d'une intégration aux régimes préexistants

376. Compatibilité et chevauchements. – En l'absence d'une sanction juridique des atteintes à l'identité, les chercheurs comme les juges ont dû composer avec l'entrechoquement de différents régimes potentiellement à même de permettre une rationalisation des droits sur les données personnelles. Les législateurs français et européens n'ont que peu aidé en la matière, renvoyant tantôt aux droits de la personnalité, tantôt au droit au respect de la vie privée, et ne prenant jamais soin de définir la nature juridique des droits sur les des données personnelles. Tel est le « paradoxe

¹⁷⁴⁵ V. les thèses écrites au cours des dernières années : LESAULNIER (F.), *L'information nominative*, *op. cit.* ; MAROT (P.-Y.), *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, *op. cit.* ; LACOSTE (J.-M.), *Pour une pleine et entière reconnaissance du droit à la protection des données à caractère personnel*, *op. cit.* ; LE CLAINCHE (J.), *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *op. cit.* ; EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.* ; OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.* ; DEBAETS (E.), *La protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, *op. cit.*

¹⁷⁴⁶ Étude annuelle 1998 du Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 1998, p. 13 : « Il est clair que des questions éthiques voire philosophiques qu'avait déjà suscitées l'outil informatique prennent une actualité nouvelle avec les réseaux numériques : les données personnelles sont-elles des biens commercialisables, à l'image des biens de consommation ? Quelles garanties l'individu doit-il établir dans ce monde virtuel, à l'image de ses droits et libertés réelles ? ».

¹⁷⁴⁷ Par exemple, le professeur Beignier fait le choix de ne consacrer qu'un paragraphe succinct au « Droit des fichiers » dans un ouvrage de référence de droits et libertés. Il y écrit : « Il faudrait longuement s'attarder sur la législation relative aux fichiers et à l'informatique. Depuis la loi du 6 janvier 1978 dite "Informatique et libertés", qui trouve sa sanction pénale dans les articles 226-16 et s. du Code pénal, la France est dotée d'une législation appropriée qui, dans l'ensemble, donne satisfaction » : BEIGNIER (B.), « Droit des fichiers », in CABRILLAC (R.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2017, 23^e éd., p. 256, n° 344.

qui frappe le statut des données personnelles et l'identité numérique »¹⁷⁴⁸. À bien y regarder, les droits de la personnalité s'imposent légitimement comme concept juridique adapté, l'identité en constituant le « carrefour »¹⁷⁴⁹ (A.). L'origine doctrinale des droits de la personnalité conduit néanmoins à envisager une protection par la « matrice »¹⁷⁵⁰ juridique qui permet leur subjectivisation : le droit au respect de la vie privée (B.).

A. Les droits de la personnalité, fondement légitime de la protection des données personnelles

377. Un défenseur amoindri. – Fondés sur la protection des éléments constitutifs de la personne, les droits de la personnalité sont théoriquement taillés pour être les gardiens des données à caractère personnel (1.). L'idéal de protection formulé par les doctrines allemande et française trouve toutefois sa limite dans une composition disparate, qui résiste mal aux assauts de la patrimonialisation (2.).

1. Une catégorie formellement adaptée

378. Une logique d'ensemble. – Les droits de la personnalité ont été imaginés pour combler l'absence préjudiciable de définition de la personne au sein d'un ordre juridique ayant pourtant tendance à la subjectivisation. Dans la mesure où cet ordre juridique prêtait en revanche une grande attention au droit des biens, les droits de la personnalité ont émergé pour délimiter la frontière entre les personnes et les choses, entre les sujets de droit et les objets de droit. Le droit de la personnalité au singulier a donc pour fonction de prévoir un cadre conceptuel protecteur de la personne humaine, fondement et finalité du droit dans les sociétés occidentales¹⁷⁵¹ (a.). Les droits de la personnalité au pluriel en sont alors la déclinaison naturelle, de sorte que le cadre posé aboutit à la création de mécanismes effectivement protecteurs des attributs de la personnalité (b.).

a. La protection de la personne humaine : le droit objectif de la personnalité

379. Une recherche juridique de la personne. – À l'occasion de la rédaction du Code civil, il n'était pas apparu nécessaire d'envisager une définition de la personne, ni de préciser les droits qui devaient être entendus comme découlant de la personnalité juridique. Cette dernière ne faisait d'ailleurs pas l'objet d'une garantie en elle-même. On pourrait y voir un fâcheux oubli, mais il semble raisonnable de considérer que la théorie des droits subjectifs, aujourd'hui intégrée aux outils du discours juridique, n'avait alors tout simplement aucune existence conceptuelle. La personne

¹⁷⁴⁸ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », in PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁷⁴⁹ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 559.

¹⁷⁵⁰ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *D.*, 1999, pp. 541-544.

¹⁷⁵¹ Sur ce point, v. notamment VOGEL (L.) (dir.), *Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éd. Panthéon Assas, « Droit Global Law », 2006, 170 p.

humaine ne faisait pas non plus l'objet de développements en droit français. Non pas que la personne ne soit pas considérée en 1804, mais que la menace pesant sur son essence même était moins perceptible qu'actuellement¹⁷⁵². En effet, une fois libérée de l'absolutisme et des privilèges, la personne humaine se heurte dans la seconde moitié du XIX^e siècle au développement économique accéléré par la révolution industrielle¹⁷⁵³, et particulièrement à la publicité, au sens administratif¹⁷⁵⁴ comme au sens lucratif¹⁷⁵⁵. Le système libéral qui est progressivement mis en place promeut la liberté économique. Le profond changement sociétal qui s'amorce avec une transformation rapide de l'environnement naturel ne remet pas en cause les protections générales de la responsabilité civile et du droit pénal, mais ne s'accompagne pas de l'élaboration de mécanismes de protection de la personne humaine spécifiques, à même de pallier les nouveaux périls auxquels elle est confrontée. En effet, un risque différent, moins directement menaçant mais plus pernicieux, apparaît comme un écho aux réflexions d'Emmanuel Kant : une personne qui deviendrait moyen au service de fins qui la dépassent¹⁷⁵⁶. Au sein de la doctrine allemande, à l'origine du concept de droit de la personnalité, Neuner décrit une maîtrise du corps et de la spiritualité, soit l'ensemble des droits fondamentaux dans une perspective kantienne : « par droit de la personnalité, nous entendons le droit de la personne à être sa propre fin, à s'affirmer et s'épanouir comme la fin d'elle-même »¹⁷⁵⁷. Or, l'inquiétude est grande à propos de ces fins déterminées par des puissances de différentes natures, qui compressent la personne en l'absence de limites à leurs investigations¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵² BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, Ellipses, « Mise au point », 2015, p. 6 : « La personne, tout d'abord, n'a jamais été envisagée en elle-même dans le Code civil [...] Cela n'était donc pas propice à la reconnaissance de droits subjectifs. Ensuite, et surtout, la personne n'était pas menacée comme elle l'est aujourd'hui ».

¹⁷⁵³ ZABALZA (A.), « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, *op. cit.*, p. 6 : « Si la civilisation de puissance transforme les choses qu'elle manipule, il en va de même pour l'homme qu'elle abstrait, puis qu'elle chosifie dans les logiques industrielles ».

¹⁷⁵⁴ HABERMAS (J.), *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. BUHOT DE LAUNAY (M.), Paris, Payot, « Critique de la politique », 2014, texte remanié, 324 p.

¹⁷⁵⁵ RIGAUX (F.), *Ordonnements juridiques et conversion numérique*, Bruxelles, Larcier, « Petites fugues », 2014, p. 157 : « C'est le marché qui les a placés dans une position défensive : dès la première moitié du XIX^e siècle, les atteintes à de tels biens poursuivaient un but de lucre. C'est l'exploitation publicitaire, bien plus que la malveillance, qui a empiété sur les attributs personnels du sujet ».

¹⁷⁵⁶ KANT (E.), *Fondations de la métaphysique des mœurs*, trad. RENAULT (A.), Paris, Flammarion, 1994, p. 108 : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme un fin, jamais simplement comme un moyen » ; KANT (E.), *Leçons d'éthique*, trad. LANGLOIS (L.), Paris, Le Livre de Poche, « Classiques de la philosophie », 1997, p. 236 : « L'homme n'est pas autorisé à vendre un de ses membres pour de l'argent, même s'il devait recevoir dix mille thalers pour un seul de ses doigts, car autrement on pourrait lui acheter tous ses membres. On peut disposer des choses qui n'ont pas la liberté, mais pas d'un être qui possède le libre arbitre ». Pour une critique de l'expansion technique comme menace pour la personne, v. HEIDEGGER (M.), *Essais et conférences*, Gallimard, « Tel », 1984, pp. 9-10 : « Nous demeurons partout enchaînés à la technique et privés de liberté, que nous l'affirmions avec passion ou que nous la niions pareillement ».

¹⁷⁵⁷ NEUNER (K.), *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, Schwer'sche Buchhandlung, 1866, p. 16.

¹⁷⁵⁸ ZABALZA (A.), « Philosophie juridique des droits de la personnalité », *op. cit.*, p. 50.

380. Protection contre toute forme de puissance extérieure. – Dès lors, le droit de la personnalité « témoigne que si la loi du “laissez-faire, laissez-passer” est créatrice de richesses, elle peut être dommageable pour l’humanité entraînée par la convoitise et par l’emballement des logiques de marché »¹⁷⁵⁹. Comme une réponse naturelle à toute forme de puissance hégémonique contre la personne humaine, le droit s’affirme à son tour comme puissance et rempart préservant une certaine idée de la personne et du droit lui-même¹⁷⁶⁰. Contenant une importante charge subjective, le droit de la personnalité aurait pour finalité le libre épanouissement de la personnalité humaine¹⁷⁶¹. Il n’est alors pas surprenant de voir les droits de la personnalité comme des « proches parents des droits de l’homme »¹⁷⁶². Pris en ce sens, ce concept développé par le juge judiciaire et la doctrine civiliste est alors aisément transposable au droit public français¹⁷⁶³.

381. De la valeur protégée à la personne protégée. – La doctrine allemande se divise sur la question de la singularité ou de la pluralité du droit. Si l’on parle du droit de la personnalité, il s’agit d’un régime juridique unitaire de protection de la personne humaine, à la représentation solidement assise. Si les droits de la personnalité sont pluriels, on rend mieux compte de la complexité de la personnalité, qui nécessite un faisceau de droits qui ne peuvent faire l’objet d’un inventaire exhaustif à travers le temps. La réponse se trouve dans la symbiose. Le droit objectif définit la personne humaine comme une valeur sociale protégée et le développement de droits subjectifs garantit non seulement une protection effective, mais un saisissement par la personne de sa propre protection.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 50 : « Ce caractère de la force du droit est la marque de sa puissance, qui est une puissance de *service* contre les “traces de la puissance privée”. Le droit protège une certaine représentation de la personne humaine, cause et fin du droit, mais jamais moyen. Il doit alors sa valeur à la puissance qu’il dresse face aux puissances abusives de fragmentation, de chosification et de déshumanisation de la personne » ; *Ibid.*, p. 52 : « L’enjeu d’une philosophie juridique des droits de la personnalité se trouve là ; comme un regard non négociable de l’autorité métaphysique du droit, comme un rempart contre toutes les formes hégémoniques de puissance, indépendante de toute ordre, si ce n’est de l’idée anthropogène de justice ».

¹⁷⁶¹ BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1992, p. 51.

¹⁷⁶² ZABALZA (A.), « Philosophie juridique des droits de la personnalité », *op. cit.*, p. 15. Ce rapprochement, comme le remarque l’auteur, n’est pas sans poser de problèmes, car les droits de l’Homme correspondent à une source particulière qui non seulement méconnaît les droits de la personnalité mais plus encore met en avant certaines libertés économiques qui ne correspondent pas aux droits de la personnalité, voire représentent un danger pour ces derniers (sur ce point, v. EDELMAN (B.), « L’ennemi dans les déclarations sur les droits de l’homme », *Droits*, 16 décembre 1992, pp. 119-130). On peut en revanche constater leur grande compatibilité avec les droits fondamentaux si l’on définit ces derniers comme un cadre objectif posé dans le but d’instituer et protéger la personne humaine contre toute aliénation et violence excessive, qu’elle soit physique ou morale.

¹⁷⁶³ ANTIPAS (J.), *Les droits de la personnalité : de l’extension au droit administratif d’une théorie fondamentale de droit privé*, Thèse dactylographiée Paris II, Aix-en-Provence, PUAM, « Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles », 2012, p. 334 : « l’intransmissibilité des droits de la personnalité peut et doit rayonner au-delà du droit privé pour atteindre le droit administratif [...] cette solution non seulement est pleinement envisageable, mais encore s’impose au sein d’une jurisprudence administrative qui, pour l’heure, est somme toute assez limitée en la matière ».

382. Les influences étrangères. – La doctrine allemande fait émerger la question des droits de la personnalité à l'aune de la bataille doctrinale pour la définition du droit subjectif. Dérangés par la rigidité du régime classique de droit romain séparant les droits réels et les obligations personnelles, les allemands cherchent un mécanisme plus à même d'expliquer la titularité des prérogatives juridiques. Le débat sur les droits de la personnalité connaît un point d'orgue au moment de l'affaire de la photographie de la dépouille du Chancelier Bismarck. À cette occasion, le Tribunal du Reich – *Reichsgericht* – considère que les proches du défunt doivent consentir à une telle représentation de la dépouille, sous peine d'illicéité¹⁷⁶⁴. Quel droit peut justifier pareille prérogative ? Comment expliquer qu'une dépouille génère des droits résiduels ? Le Code civil allemand (BGB) de 1900 fait formellement état des « droits de la personnalité », puisque la première des cinq parties est relative à la personnalité juridique et aux droits qui en découlent pour le sujet. Outre-Atlantique, les américains Warren et Brandeis proposent leur théorie du *right to privacy* en rappelant que celui-ci existe seulement « en tant que partie du droit plus général – à l'intégrité de la personne – le droit à la personnalité de chacun »¹⁷⁶⁵. Pour eux, la défense d'un tel droit et d'une telle catégorie de droits procède de « la reconnaissance de la nature spirituelle de l'homme »¹⁷⁶⁶. Les juges américains consacrent cette théorie une décennie plus tard, à l'occasion de l'utilisation de l'image d'une personne à son insu dans une publicité¹⁷⁶⁷.

383. La réception française de la notion. – Dans son article fondateur, Ernest-Hippolyte Perreau remarque en 1909 que la loi française prévoit avec une plus grande minutie le régime des droits patrimoniaux que celui des droits de la personnalité, si bien que l'on aurait moins affaire à un Code civil qu'à un « Code des biens »¹⁷⁶⁸. Perreau propose une théorie du droit de la personnalité – au singulier – contenant les droits à l'intégrité physique et à l'intégrité morale, touchant de façon générale tout ce qui ne porte pas sur les biens. Il en déduit un régime caractérisé par l'absence de rapport pécuniaire : ces droits sont incessibles, imprescriptibles, intransmissibles et ne peuvent faire l'objet d'une représentation par autrui¹⁷⁶⁹. Cette théorie passe plus ou moins inaperçu malgré les appels de Perreau à la doctrine. François Gény revient brièvement sur ces droits, y voyant des « prérogatives inhérentes à la personne, et consistant en puissance, dont elle est investie, pour

¹⁷⁶⁴ Tribunal impérial de Leipzig (Tribunal du Reich), 28 décembre 1899, *Bismarck*, RGZ 45, 170.

¹⁷⁶⁵ WARREN (S. D.), BRANDEIS (L. D.), "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 15 décembre 1890, vol. IV, n° 5, p. 207.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 193.

¹⁷⁶⁷ Cour suprême de l'État de Georgie, 3 mars 1905, *Pavesich v. New England Life Insurance Co. et al.*, 122 Ga. 190; 50 S.E. 68; 1905 Ga.

¹⁷⁶⁸ PERREAU (E.-H.), « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.*, 1909, p. 517.

¹⁷⁶⁹ Ces droits sont « hors des atteintes de la volonté humaine » : *Ibid.*

assurer en quelque façon sur elle-même, l'épanouissement de ses intérêts propres, vie, intégrité corporelle, individualité, liberté, dignité, honneur, intimité »¹⁷⁷⁰. Si Gény respecte l'esprit et la fonction objective du droit de la personnalité, ses observations peuvent être considérées comme particulièrement générales et, par conséquent, modérément mobilisables. La véritable consécration des droits de la personnalité se produit en France avec la thèse de Roger Nerson portant sur les droits extrapatrimoniaux¹⁷⁷¹. Bien qu'il soit méfiant à leur égard, il admet les « intérêts de la personnalité » comme étant par essence extrapatrimoniaux¹⁷⁷². Sur ce point, il rejoint donc Perreau. Son scepticisme se cristallise autour de la justiciabilité des droits de la personnalité, ou plutôt leur absence de justiciabilité. Dans la préface de ladite thèse, son directeur Paul Roubier est particulièrement virulent à l'égard des droits de la personnalité, les décrivant comme étant une des « théorie les plus obscures du droit civil »¹⁷⁷³, et qualifiant une majorité desdits « droits » – qualité qu'il réfute – de « droits fantômes conçus par des imaginations dérégées »¹⁷⁷⁴. Non satisfait de sa critique en préface de l'œuvre de Nerson, Roubier poursuit et fait état de ce qu'il considère comme une incompatibilité avec les droits subjectifs dans son ouvrage *Droits subjectifs et situations juridiques*¹⁷⁷⁵. Pour tous les deux, le droit de la personnalité ne peut pas être un droit subjectif car il n'est formé par aucune prérogative déterminée et ne concerne pas un avantage disponible, auquel on pourrait donc renoncer. L'article 1382 (ancien) du Code civil¹⁷⁷⁶ leur apparaît comme suffisant pour connaître des atteintes à la personne. La théorie subjectiviste des droits de la personnalité reste donc en couveuse durant plusieurs années. En 1970, répondant à un besoin pressant d'une protection de l'intimité face aux nouveaux procédés techniques de captation et de diffusion de l'image, l'article 9 du Code civil vient garantir un droit au respect de la vie privée. Cette étape marque pour les droits de la personnalité une émancipation conceptuelle et procédurale vis-à-vis de la responsabilité civile¹⁷⁷⁷. Cette autonomisation sera explicitement reconnue par l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1996¹⁷⁷⁸. S'appuyant sur la théorie des droits subjectifs de

¹⁷⁷⁰ GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1924, n° 225, pp. 230-232.

¹⁷⁷¹ NERSON (R.), *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1939, 546 p.

¹⁷⁷² *Ibid.*, « Des intérêts extra-patrimoniaux relatifs à l'élément moral de la personnalité », pp. 134 et s.

¹⁷⁷³ ROUBIER (P.), « Préface », in NERSON (R.), *Les droits extrapatrimoniaux, op. cit.*, p. VII.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. XI.

¹⁷⁷⁵ ROUBIER (P.) *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. DEROUSSIN (D.), Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005, n° 44, pp. 364 et s.

¹⁷⁷⁶ Code civil, art. 1382 (ancien), art. 1240 (nouveau) : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹⁷⁷⁷ SAINT-PAU (J.-C.), « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », *Mélanges H. Groutel*, Litec, 2006, pp. 405 et s.

¹⁷⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996 (94-14.798) : « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ». V. *JCP G* 1997, II, 22805, note J. RAVANAS.

Saleilles¹⁷⁷⁹, Pierre Kayser dresse une liste exhaustive des droits portant sur la personnalité encore souvent reprise en doctrine : droit au nom, droit de la personne sur son corps, droit au respect de la vie privée, droit de réponse en cas d'atteinte à la réputation, droit moral de l'auteur et de l'inventeur¹⁷⁸⁰. Il exclut une part importante des droits de la personnalité envisagés par Perreau, selon un critère envisagé par Nerson. En effet, les seuls « intérêts » ne sont pas des droits pour autant, il faut exclure les « faux droits de la personnalité » puisqu'aucun « ne confère à son titulaire un pouvoir déterminé »¹⁷⁸¹ : les droits à la vie, à l'intégrité physique, à l'honneur, au travail, à la santé, au repos. Du côté des droits qu'il admet comme protégeant la personnalité, il y voit un mécanisme permettant d'empêcher et de sanctionner « l'utilisation à une fin lucrative, sans leur autorisation, d'un élément de leur personnalité, nom, image, voix, événements de la vie privée »¹⁷⁸². La parade procédurale aux objections antérieures à Kayser est trouvée dans un syllogisme reposant sur l'article 30 du Code de procédure civile¹⁷⁸³ qui prévoit que l'action en justice prend pour objet une prétention ; or l'expression de ladite prétention n'a pas d'autres raisons d'être que la reconnaissance d'un droit¹⁷⁸⁴ ; donc une prétention sanctionnée par un juge comme bien fondée porte sur un droit. Ce raisonnement a pour but de couper court à une vision strictement legaliste des droits de la personnalité. La doctrine majoritaire classe encore les droits de la personnalité dans la catégorie des droits extrapatrimoniaux, considérés comme indisponibles, inaliénables, insaisissables et imprescriptibles. L'article 1341-1 du Code civil paraît homologuer cette approche : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne ». Si la fonction des droits de la personnalité est la protection de la personne humaine dans son ensemble et que ces droits sont assortis de prérogatives pour en protéger les attributs, tout semble indiquer une catégorie englobant la protection des données personnelles.

¹⁷⁷⁹ SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique : histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, préf. CAPITANT (H.), Paris, A. Rousseau, 1922, 2^{ème} éd, p. 548 : « Nous dirons donc que le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome ».

¹⁷⁸⁰ KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.*, 1971, pp. 445-509.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 455.

¹⁷⁸² KAYSER (P.), *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1995, 3^{ème} éd., p. 184.

¹⁷⁸³ Code de procédure civile, art. 30 : « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

¹⁷⁸⁴ BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité, op. cit.*, p. 49.

384. Les droits sur les données personnelles sont des droits de la personnalité. – Un éclairage global de la notion de droit de la personnalité apparaît nécessaire, afin d'en délimiter plus clairement le champ et amplifier son effectivité. Il n'est pas certain qu'une définition générale soit souhaitable. Trop précise, elle étoufferait de nombreuses interactions nécessaires dans un ordre juridique soucieux des droits et libertés (liberté d'expression, liberté d'information, liberté d'entreprendre, liberté de circulation, développement de l'administration, défense nationale, etc.) ; trop éclatée, elle resterait vœu pieux et continuerait à souffrir l'érosion de ses principes sous les assauts de l'innovation technique¹⁷⁸⁵. Tout comme pour les concepts d'identité ou de vie privée, un tel régime juridique ne peut s'éclairer que par son contenu : il est fait pour être un moule, une antichambre de droits subjectifs. Dans un tel cas, c'est une définition stipulative qui se justifie. La personnalité a pu s'éclairer au regard de certains attributs protégés – nom, voix, image –, ce qui laisse entendre que le droit de la personnalité protège d'une façon générale les éléments de l'identité dotés d'une fonction identifiante¹⁷⁸⁶. Cette formule n'a que l'apparence du pléonasme : c'est parce ces éléments identifiants permettent le lien avec une personne que la représentation de cette personne – son identité – est touchée. On en arrive donc à l'exacte définition des données à caractère personnel. Même les données techniques *a priori* neutres peuvent être identifiantes lors d'un recoupement avec d'autres informations. Donc, sans pouvoir dire que l'identité est un calque de la personnalité, on peut affirmer qu'elle est centrale dans la protection des droits de la personnalité, et qu'il existe *a minima* autant de données à caractère personnel qu'il peut exister de manifestations concrètes de l'identité pouvant faire l'objet d'une captation ou d'une collecte. Pour le dire autrement, la protection de l'identité des personnes par les droits de la personnalité ne se limite plus aujourd'hui à quelques attributs, mais à un vaste ensemble qui absorbe notamment le nom, la voix et l'image. Cet ensemble est formé des données à caractère personnel, contenu de l'identité numérique. Dans son *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, Catala le percevait déjà : « Quand l'objet des données est un sujet de droit, l'information est un attribut de la personnalité »¹⁷⁸⁷.

385. Un écho en droit positif. – Lorsqu'il traite ouvertement du concept de droits de la personnalité, le droit positif reconnaît les droits sur les données personnelles comme des démembrements. Au sein du livre II du Code Pénal (« Des atteintes à la personne humaine »), le titre II (« Des crimes et des délits contre les personnes ») consacre une sous-division aux « atteintes

¹⁷⁸⁵ MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2007, p. 1477 : « Chaque étape de leur histoire a coïncidé avec l'apparition d'un procédé d'atteinte ».

¹⁷⁸⁶ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 577 : « En d'autres termes, plutôt qu'un "démembrement de la vie privée", les droits sur les données personnelles seraient un démembrement de la personnalité protégeant l'identité de la personne ».

¹⁷⁸⁷ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 232.

à la personnalité »¹⁷⁸⁸. Ce chapitre VI mentionne dans l'ordre : la vie privée, la représentation de la personne, la dénonciation calomnieuse, la représentation de la personne, l'atteinte au secret, atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques. Les deux dernières catégories d'infractions visées font référence à la protection des données à caractère personnel, l'une explicitement¹⁷⁸⁹, l'autre implicitement : les caractéristiques génétiques et les empreintes génétiques sont évidemment des données à caractère personnel, à ceci près qu'elles sont dites particulières ou sensibles¹⁷⁹⁰. À l'occasion d'une affaire de reprise non autorisée de la voix d'un acteur bien connu dans une publicité, le TGI de Paris a eu l'occasion d'affirmer que la voix « constitue l'un des attributs de la personnalité ; que toute personne est en droit d'interdire que l'on imite sa voix dans des conditions susceptibles de créer une confusion de personnes, ou de lui causer un préjudice »¹⁷⁹¹. La même juridiction a constaté une atteinte résultant la diffusion non autorisée de la voix de la cantatrice Maria Callas, affirmant que la voix est un « attribut de la personnalité, une sorte d'image sonore »¹⁷⁹². Cette dernière formule a le mérite de relever une conception métaphorique des droits de la personnalité où tout est question de représentation de la personne : d'une certaine façon, la personne n'est qu'image. Enfin, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que la protection de l'image comme de la voix sont conditionnées à leur nature identifiante¹⁷⁹³. Abriter les droits sur les données personnelles sous l'aile des droits de la personnalité semble conceptuellement pertinent, ce que certains auteurs ne manquent pas de souligner¹⁷⁹⁴. On ne s'étonnera donc pas en constatant que le débat qui entoure aujourd'hui les données personnelles est un calque de celui qui a secoué le concept de droits de la personnalité depuis près d'un siècle : existence de droits subjectifs, patrimonialisation, disponibilité.

¹⁷⁸⁸ Code pénal, articles L. 226-1 à L. 226-32.

¹⁷⁸⁹ Les articles 226-16 à 226-24 visent différents cas de traitements de données à caractère personnel.

¹⁷⁹⁰ Règlement 2016/679, art. 4 al. 13 : « “données génétiques”, les données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique qui donnent des informations uniques sur la physiologie ou l'état de santé de cette personne physique et qui résultent, notamment, d'une analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question » ; LIL, art. 25 : « I. - Sont mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, à l'exclusion de ceux qui sont mentionnés aux articles 26 et 27 [...] 2° Les traitements automatisés portant sur des données génétiques, à l'exception de ceux d'entre eux qui sont mis en œuvre par des médecins ou des biologistes et qui sont nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou de traitements ».

¹⁷⁹¹ TGI Paris, 3 décembre 1975, *Claude Piéplu* : D., 1977, II, p. 211, note R. LINDON.

¹⁷⁹² TGI Paris, 19 mai 1982, *Maria Callas* : D., 1993, II, p. 147, obs. R. LINDON.

¹⁷⁹³ Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2006 (05-16.817), *Bull. civ. I*, n° 170 : RTD Civ., 2006, p. 535, obs. J. HAUSER ; CA Pau, 22 janvier 2001 : D., 2002, somm. p. 2375, obs. A. LEPAGE.

¹⁷⁹⁴ LUCAS (A.), *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, « Thémis », 1987, p. 27 : « La loi du 6 janvier 1978 s'inscrit dans le cadre de la théorie des droits de la personnalité qu'elle contribue à faire progresser » ; MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *op. cit.*, p. 1480 : « la personne trace elle-même les frontières de sa vie privée. Elle est alors protégée dans ce qu'elle estime être sa personnalité » ; BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*

La découverte de cette similitude n'est toutefois pas nécessairement satisfaisante : si les droits de la personnalité sont en mal de cohérence et donc de justiciabilité, il en va mécaniquement de même des droits sur les données personnelles.

2. Une catégorie substantiellement inopérante

386. Absence de consensus sur la nature des droits de la personnalité. – Perreau a importé en France la notion de droits de la personnalité en la définissant par une opposition aux droits patrimoniaux. La logique selon laquelle une protection de la personne reposerait sur une indisponibilité des éléments qui la constitue trouve tout son sens dans une pensée subjectiviste, voire personnaliste¹⁷⁹⁵. La reconfiguration de la dichotomie sujet-objet et les profonds changements de société opérés par les progrès techniques ont conduit à une remise à plat de la catégorie qui, il est vrai, s'était diffusée sans véritable conceptualisation formelle et matérielle¹⁷⁹⁶. Dire que tous les droits non patrimoniaux relèvent des droits de la personnalité n'est guère satisfaisant¹⁷⁹⁷. L'approfondissement du concept par Nerson et Roubier ne permet pas non plus d'apercevoir une économie générale des droits de la personnalité. Ils ne contestent guère l'extrapatrimonialité, mais interrogent la justiciabilité à travers une résurgence du débat sur les droits subjectifs. La période d'après-guerre voit apparaître une nouvelle posture : on n'interroge plus les droits de la personnalité, concept lié à un autre concept devenu d'autorité, la personne humaine¹⁷⁹⁸. Ainsi de Kayser, qui s'interroge bien plus sur leur contenu que sur leur nature. Cette absence de conceptualisation peut s'expliquer par le caractère récent de la catégorie, qui n'a connu ni les fondements secourables du droit romain, ni l'assise du Code civil, ni la protection de la Constitution de 1958. On se trouve donc en présence d'un objet livré à une casuistique complexe et qui ne se fixe pas dans le temps, puisqu'il est lié à la course du développement technique. Les droits de la personnalité semblent donc être hostiles à toute tentative de systématisation¹⁷⁹⁹. Plus récemment, divers courants doctrinaux ont contesté l'axiome attaché aux droits de la personnalité :

¹⁷⁹⁵ V. nos développements précédents, n° 21 et s.

¹⁷⁹⁶ BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, p. 10 : « Cette diffusion s'est faite sans véritable conceptualisation ce qui n'est pas sans créer de profonds désordres ».

¹⁷⁹⁷ Ce que Perreau relevait lui-même, en appelant à la doctrine et au législateur pour l'accompagner dans cette tâche de conceptualisation des droits de la personnalité.

¹⁷⁹⁸ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, n° 256, p. 214 : « La personnalité a été appréhendée comme une évidence sur laquelle il n'aurait pas été autrement nécessaire de s'interroger ».

¹⁷⁹⁹ SAINT-PAU (J.-C.), « Fasc. 10 : Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Définition conceptuelle du droit subjectif », *Jurisclasser*, mise à jour du 16 mars 2016, n° 25 : « Les droits de la personnalité manquent cependant d'une conceptualisation générale comparable aux théories présentées pour les droits patrimoniaux. Cette démission doctrinale tient certainement à l'histoire récente de la matière qui n'est pas assise sur la réflexion juridique romaine et semble se présenter comme une véritable casuistique jurisprudentielle, portant sur un contentieux frivole, superficiel et hostile à toute systématisation ».

l'extrapatrimonialité, lézardée par les réalités économiques¹⁸⁰⁰ et juridiques¹⁸⁰¹ qui touchent certains attributs. Frédéric Zenati et Thierry Revet considèrent que la théorie des droits de la personnalité est « entravée par la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial, laquelle est inapte à rendre compte des nuances de la réalité »¹⁸⁰². Selon eux, l'ensemble de la doctrine a une vision réductrice de la propriété, et la systématique biens-patrimoine est incorrecte : il existerait des biens extrapatrimoniaux. Il faudrait donc admettre une « non-pécuniarité » des droits de la personnalité plutôt qu'une extrapatrimonialité. Dans le même sens, Rigaux a été l'un des principaux penseurs des « biens de la personnalité » qui sont l'expression d'une liberté : celle d'en user en propre en cas d'atteinte. Il admet que les biens de la personnalité ne sont pas en adéquation avec l'esprit premier des droits de la personnalité imaginés par Perreau, mais il invite à ne pas nier la réalité économique par excès d'idéologie¹⁸⁰³. Dès lors, il propose d'admettre qu'un droit de la personnalité puisse faire l'objet d'un contrat sans que cela soit incompatible avec son caractère extracommercial¹⁸⁰⁴ : un bien de la personnalité peut ainsi être considéré comme un autre bien sans pour autant que la personne soit privée de l'un de ses éléments¹⁸⁰⁵. À vrai dire, même ceux qui ne contestent pas nécessairement le bien-fondé de la catégorie des droits de la personnalité admettent les nombreuses atteintes qui sont portées à leur caractère extrapatrimonial¹⁸⁰⁶.

387. Absence de consensus sur le contenu des droits de la personnalité. – Un profond désaccord sur la nature des droits de la personnalité ne pouvait qu'accoucher d'une impossible

¹⁸⁰⁰ RIGAUX (F.), *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 157 ; « les droits de la personnalité sont nés sous le signe de leur origine extrapatrimoniale, pour accéder progressivement au marché d'échange généralisé qui caractérise les sociétés marchandes » : RIGAUX (F.), « La liberté de la vie privée », *op. cit.*, p. 563 ; « Les exigences de la vie en société nous imposent de livrer à autrui des parcelles de notre personnalité, souvent sous la contrainte des nécessités économiques ».

¹⁸⁰¹ HASSLER (T.), « Crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA*, 7 décembre 2004, n° 244, p. 5 : « Il n'est plus possible de contester, aujourd'hui, que certains droits de la personnalité, obéissent, au moins en partie, à la loi du marché. Il est aisé d'en constater la réalité, plus délicat d'en mesurer les effets dévastateurs sur les catégories juridiques ».

¹⁸⁰² ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁸⁰³ RIGAUX (F.), *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 157 : « Affirmer, comme on le fait encore trop souvent, que les biens de la personnalité sont hors commerce, qu'ils sont inaliénables, indisponibles, bref qu'ils sont non patrimoniaux a une signification purement idéologique ; elle tend à masquer l'empire universel du marché ».

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 153 : « Affirmer que ce droit est indisponible, hors du commerce, inaliénable, ne fait pas obstacle à ce qu'un usage déterminé, contractuellement prévu, soit compensé par le paiement d'une rémunération ».

¹⁸⁰⁵ RIGAUX (F.), *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, 1990, p. 733 : « Ainsi, l'objet du contrat n'est pas, directement, un attribut du droit de la personnalité, conçu comme une parcelle de la maîtrise exercée par le sujet sur lui-même, mais un élément rendu négociable par la spécification qu'il reçoit de la relation particulière dans laquelle il se trouve inséré. D'où la validité du contrat par lequel une personne autorise l'exploitation publicitaire de son nom ou de son image, de ses souvenirs, même les plus intimes ».

¹⁸⁰⁶ BRUGUIERE (J.-M.), « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *D.*, 6 janvier 2011, n° 1, pp. 28-34 ; RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du X^e Colloque de l'Association « Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, « Famille & droit », 2009, 346 p. ; MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *op. cit.*, n° 138, pp. 1477-1483 ; LOISEAU (G.), « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *McGill Law Journal*, 1997, vol. XLII, p. 328 ; MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », *op. cit.*, pp. 997-104 ; MARINO (L.), PERRY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », *op. cit.*, pp. 55-70 ; CARON (C.), « Brèves observations sur l'abus des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, Mai 2007, n° 138, pp. 47-49.

exhaustivité en matière de garanties. Le législateur, qui aurait pu y mettre un terme, a participé à la confusion en prenant les théories dominantes à contrepied. Il a ainsi lié la présomption d'innocence au droit au respect de la vie privée¹⁸⁰⁷, inscrit le respect de l'intégrité physique au sein du Code civil en utilisant la forme habituellement dédiée aux droits de la personnalité¹⁸⁰⁸, ou encore ajouté la protection contre la dénonciation calomnieuse au sein de la partie consacrée aux droits de la personnalité dans le Code pénal¹⁸⁰⁹. Les juges, promoteurs privilégiés des droits de la personnalité¹⁸¹⁰, ont pu ajouter au désordre, en incluant le droit moral de l'auteur dans la liste¹⁸¹¹. Cette découverte a depuis été reprise par les articles L. 121-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle¹⁸¹². Si l'on s'attache à analyser le contenu proposé par le droit positif, il en ressort un ensemble de prérogatives variées dont il est en effet bien difficile de tirer une cohérence¹⁸¹³. Un souci d'ordonnement rationnel a conduit une partie de la doctrine à déclarer que certains droits consacrés étaient des « faux droits de la personnalité »¹⁸¹⁴. La première controverse porte sur l'inclusion de l'intégrité physique parmi les droits de la personnalité, certains auteurs s'y opposant nettement¹⁸¹⁵ quand d'autres sont en faveur d'une telle définition extensive¹⁸¹⁶. Le droit moral de l'auteur est souvent rejeté de l'énoncé des droits de la personnalité : même si une certaine proximité rend la théorie séduisante, une telle association ne peut que conduire à l'implosion des droits de la

¹⁸⁰⁷ Code civil, art. 9-1, créé par la loi n° 93-2 du 5 janvier 1993 : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence ».

¹⁸⁰⁸ Code civil, art. 16-1, créé par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

¹⁸⁰⁹ Code pénal, art. 226-10 à 226-12.

¹⁸¹⁰ Pour un exposé détaillé de l'ensemble des jurisprudences ayant marqué l'émergence prétorienne des droits de la personnalité, v. LINDON (R.), *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*, Paris, Dalloz, « Manuels de droit usuel », 1974, 372 p.

¹⁸¹¹ CA Paris, 6 mars 1931 : « La propriété littéraire et artistique comporte pour celui qui en est titulaire un droit qui n'a rien de pécuniaire, mais qui, attaché à la personne même de l'auteur ou de l'artiste, lui permet, sa vie durant, de ne livrer son œuvre au public que de la manière et dans les conditions qu'il juge convenables » ; Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, D. 1994, 78, note A. FRANÇON.

¹⁸¹² Code de la propriété intellectuelle, art. L. 121-1, créé par la loi 92-597 du 1^{er} juillet 1992 : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

¹⁸¹³ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.*, p. 161 : « Si l'on s'attache [...] aux droits de la personnalité, on s'aperçoit qu'ils font référence à des prérogatives diversifiées et très hétérogènes qui rendent la catégorie incohérente ».

¹⁸¹⁴ KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *op. cit.*, p. 468 ; BRUGUIERE (J.-M.), « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *op. cit.*, p. 34 : « L'objet du droit (car nous pensons que le droit a un objet unique) est la personnalité définie comme l'identité sociale de l'individu, une personnalité qui ne touche que les droits à l'intégrité morale ».

¹⁸¹⁵ BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, Ellipses, « Mise au point », 2015, p. 16 : « Les droits de la personnalité sont des droits visant à préserver l'intégrité morale et non à sanctionner les atteintes à l'intégrité physique ».

¹⁸¹⁶ PERREAU (E.-H.), « Des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 501-536 ; KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *op. cit.*, pp. 461-462, n° 18 ; pour une défense plus récente de cette approche, v. *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2016, 11^{ème} éd., p. 760 : « Droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux. Ex. droit à la vie, à l'intégrité physique, au respect de la vie privée (C. civ. a. 9), etc. ».

personnalité qui admettraient en leur sein l'inverse de ce qui les définit : l'extrapatrimonialité¹⁸¹⁷. L'inclusion des libertés civiles au sens général a été également proposée¹⁸¹⁸, ce qui aurait pour effet d'allonger considérablement la liste des droits de la personnalité, et d'estomper plus encore la frontière avec les droits fondamentaux. Ce contenu variable n'est pas sans conséquence, car en l'absence d'unité substantielle dans la protection des droits de la personnalité, il est difficile d'en assurer l'effectivité concrète et procédurale¹⁸¹⁹.

388. Absence d'unité dans la protection des droits de la personnalité. – Face à une telle pluralité de prérogatives proposées, l'ordre juridique ne peut pas donner une impression de finalité clairement définie. En outre, une telle disparité de droits garantis empêche l'unité procédurale, qui donnerait corps aux droits de la personnalité. L'article 9 du Code civil ne les vise pas tous, ce qui les exclut de la protection particulière du juge des référés. Ces droits sont ainsi protégés de manière éparse et incidente, mais le concept même de droits de la personnalité, au contenu clairsemé, ne permet pas l'apparition d'une mécanique identifiable et efficace. On comprend donc qu'il puisse exister des doutes quant à la justiciabilité de ces droits¹⁸²⁰, d'autant plus que la constitutionnalisation d'une partie du droit des personnes ne suggère pas d'adhésion à ce concept. Le Conseil constitutionnel préfère en effet placer ce faisceau de droits dans le giron de l'article 2 de la DDHC. Si le juge administratif y est sensible, c'est encore par référence à des concepts issus du droit public et plus spécifiquement des droits et libertés fondamentaux, ou grâce aux AAI permettant la consolidation de la protection des droits de la personnalité en droit public¹⁸²¹. Les absences d'unité matérielles et formelles conduisent à considérer que l'essence des droits de la personnalité est nettement altérée.

389. Une catégorie amputée dans sa substance. – La notion de droits de la personnalité présentait une utilité concrète en l'absence d'un véritable droit subjectif à la protection de la vie privée. Une fois opérant, ce droit matriciel permet à l'ensemble des droits dits « de la personnalité » de devenir concrets par son truchement¹⁸²². Finalement, rien ne servait d'abriter des droits vulnérables sous un toit percé. La bâtisse des droits de la personnalité, construite sur mesure pour

¹⁸¹⁷ BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité, op. cit.*, pp. 115 et s.

¹⁸¹⁸ WEILL (A.), TERRE (F.), *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, « Précis Dalloz », 1978, 4^e éd., n° 30.

¹⁸¹⁹ MALAURIE (P.), « Les droits de la personnalité en 2003 », in *Une certaine idée du droit, Mélanges André Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 470 : « Chaque changement dans l'étendue, la raison d'être et le régime des droits de la personnalité, ne porterait-il que sur des détails anecdotiques, en modifie la signification, parfois de façon imperceptible. Chaque détail compte. Un droit n'est pas seulement fait de principes ou de règles générales, mais aussi de leurs modalités qui, seules, leur donnent un sens concret et quotidien. Modifiez l'une, tout est transformé ».

¹⁸²⁰ LE TOURNEAU (P.), CADIET (L.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz-Action, 2000-2001, n° 1308, n° 1606.

¹⁸²¹ Sur ce point, v. la chronique dirigée par Xavier Bioy aux *Petites affiches* depuis 2014, « Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales ». V. également, AUTIN (J.-L.), « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *Droit et société*, Mai 2016, n° 93, pp. 285-295.

¹⁸²² V. en ce sens SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 541-544.

la personne humaine, sera restée en France à l'état de plans prometteurs. Une vision normativiste plus confortable et plus intuitive conduit ainsi à reconsidérer la protection des données personnelles sous l'égide du droit au respect de la vie privée, matrice solidement ancrée en droit interne comme en droit international.

B. La vie privée, fondement indiqué

390. Les données personnelles à l'épreuve de la vie privée. – La vie privée paraît être la notion idéale pour assurer la protection des droits sur les données personnelles. Elle présente ainsi une pertinence à la fois conceptuelle (1.) et formelle (2.). Elle connaît toutefois certaines limites qui l'empêchent de constituer un fondement entièrement satisfaisant (3.).

1. La pertinence conceptuelle de la protection de la vie privée

391. Les fondements du droit au respect de la vie privée. – Le droit de chacun au respect de sa vie privée est un droit récent. La notion elle-même, qui « connote plus qu'elle ne désigne »¹⁸²³, ne peut faire l'objet d'une définition exhaustive. Elle ondule selon les époques, les ordres juridiques et les formations de jugement¹⁸²⁴. Une approche étymologique rend partiellement compte de sa nature : le terme est hérité du latin *privare* qui signifie « séparer ». La théorie des deux sphères a longtemps été dominante en la matière : une vie privée isolée de la vie publique¹⁸²⁵. L'intimité est alors protégée dans le *for intérieur*, ce qui justifie pléthore de métaphores territoriales : la vie privée est « secteur »¹⁸²⁶, « zone »¹⁸²⁷, « sphère »¹⁸²⁸, « domaine réservé »¹⁸²⁹, « jardin secret »¹⁸³⁰, « château fort »¹⁸³¹, etc. L'intimité est une délimitation, un « territoire du moi » qui permet la formation d'une identité, espace où « toute pénétration est ressentie [...] comme un empiètement qui provoque une manifestation de déplaisir et parfois un retrait »¹⁸³². Cette délimitation est matériellement rendue

¹⁸²³ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 327 », 2000, p. 215.

¹⁸²⁴ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2016, 13^{ème} éd., p. 700, n° 457 : « Il s'agit d'une notion contingente dont le contenu varie en fonction de l'époque, du milieu et de la société dans lequel l'individu vit ».

¹⁸²⁵ GUSY (C.), « La théorie des sphères », *AJJC*, 2002, pp. 467-484.

¹⁸²⁶ NERSON (R.), « La protection de l'intimité », *Journal belge des Tribunaux*, 1959, p. 713.

¹⁸²⁷ RIVERO (J.), *Les libertés publiques, Tome 2*, Paris, PUF, « Thémis », 4^{ème} éd., 1989, p. 76.

¹⁸²⁸ CARBONNIER (J.), I, n° 86, p. 134.

¹⁸²⁹ CORNU (G.), I, n° 513, p. 192.

¹⁸³⁰ BEIGNIER (B.), « Vie privée et vie publique », *Archives de la philosophie du droit*, T. 41, Dalloz, 1997, p. 169 : « la vie privée est une liberté civile. Chacun peut interdire à autrui de profaner son jardin secret. À lui de le clore, de l'entretenir ».

¹⁸³¹ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. COSTA (J.-P.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso, « Cours », 2016, p. 496.

¹⁸³² GOFFMAN (E.), *La mise en scène de la vie quotidienne, 2. Les relations en public*, Paris, Éd. de Minuit, « Le sens commun », 1973, p. 44.

possible par le respect du domicile, forteresse de la vie privée. Au-delà des tranchées entourant le secret se trouve l'espace public, dans lequel la personne est nécessairement amenée à se livrer, participant à la société parmi ses semblables. Cette approche a connu ses premiers développements poussés dès la fin du XIX^e siècle avec les américains Warren et Brandeis et leur illustre article dans la *Harvard Law Review*. Leur théorie du *right of privacy* s'inscrit dans le droit général de personnalité, qu'ils associent à un *right to be left alone*¹⁸³³. Les revendications liées à la vie privée sont une réaction, et dans ce cas précis, une réaction aux progrès de la technique qui permettent concomitamment des atteintes plus poussées à l'intimité des personnes par des moyens de diffusion accrus¹⁸³⁴. Ce *droit à être laissé tranquille*, probablement mieux traduit par *droit à la tranquillité*, s'inscrit bien sûr dans le courant de l'individualisme. En France, la protection de la vie privée a été amorcée dans la jurisprudence, pour des questions de maîtrise de la représentation des personnes : dans un premier temps, dans la célèbre affaire *Rachel*, où la représentation picturale d'une personne décédée sur son lit de mort avait été considérée comme illicite¹⁸³⁵ ; puis, dans l'affaire *Eden contre Whistler*¹⁸³⁶, la Cour de cassation a affirmé que le peintre qui a finalement refusé de livrer l'œuvre qui lui a été commandée ne peut faire usage de ladite toile sans avoir modifié l'image du commanditaire de façon suffisante pour le rendre méconnaissable. L'alliance de la presse et de la photographie a largement surpassé les capacités de divulgation de la peinture. Ainsi, le développement de la presse à scandale suffisait à justifier la modification de l'article 9 du Code civil par la loi du 17 juillet 1970 pour créer le droit au respect de la vie privée¹⁸³⁷. La vie privée implique à la fois une liberté et un droit¹⁸³⁸. La liberté est celle de l'intimité, c'est-à-dire la possibilité pour la personne de préserver son for intérieur de la connaissance d'autrui. Le droit, quant à lui, se manifeste par une opposabilité de la vie privée et une possibilité de faire cesser les atteintes à l'intimité des personnes, principalement des divulgations (peinture, presse écrite, médias audiovisuels, supports numériques)¹⁸³⁹. Cette approche, bien que parfois nuancée, est validée par de nombreux auteurs qui considèrent que le

¹⁸³³ WARREN (S. D.), BRANDEIS (L. D.), "The Right to Privacy", *op. cit.*, p. 205: "These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be left alone".

¹⁸³⁴ Il s'agissait justement d'une réaction des avocats bostoniens à une publication concernant les activités sociales de la famille Warren.

¹⁸³⁵ Tribunal civil de la Seine, 16 juin 1858, *Mlle Rachel*.

¹⁸³⁶ Cass. civ., 14 mars 1900, *Eden c. Whistler*.

¹⁸³⁷ « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

¹⁸³⁸ SCHUTTER (de) (O.), « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1^{er} octobre 1999, n° 40, pp. 827-863.

¹⁸³⁹ KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *op. cit.*, 1971, n° 23, p. 469 : « Il faut donc admettre qu'une personne a le droit de s'opposer à une investigation dans sa vie privée, quel que soit le mode de cette investigation. Il n'en serait autrement que si celle-ci était justifiée par un motif légitime ».

respect de la vie privée comprend le droit de ne pas faire l'objet d'investigations excessives, et *a fortiori* d'une tentative perpétuelle de captation d'informations personnelles¹⁸⁴⁰. Le rapprochement avec la collecte de données à caractère personnel est ici complet. On en revient aux sollicitations incessantes dont la personne fait l'objet en raison de l'innovation exponentielle en matière de procédés de captation et de collecte, ainsi qu'à l'utilisation des données personnelles dans tous les pans des services privés comme publics¹⁸⁴¹.

392. Dépassement de la théorie des deux sphères. – Schématiquement, la théorie des deux sphères réduit le droit au respect de la vie privée à un droit de vivre seul, pourrait-on dire isolé. Un courant doctrinal récent mais néanmoins fort voit dans le droit au respect de la vie privée le ferment du développement personnel, qui permet à la personne de s'épanouir au sein d'une intimité consolidée dans un cadre qui lui permette la promotion contrôlée de sa personnalité dans la sphère sociale : l'identité personnelle¹⁸⁴². En effet, l'hermétisme de la séparation vie privée-vie publique ne résiste pas à l'examen. Dans de nombreux domaines, la sociabilité en appelle à des considérations personnelles, voire intimes. Il est impossible de séparer l'identité *ipso* de l'identité *idem* : le soi social ne peut être radicalement différent du moi intime¹⁸⁴³. Le masque de la personne se lie au visage de l'individu qui le porte¹⁸⁴⁴. C'est notamment le cas dans le cadre d'une activité professionnelle : l'intimité de la personne reste protégée hors de son domicile. Le lieu de travail est alors à mi-chemin

¹⁸⁴⁰ Pour Kayser, « il résulte de la finalité de ce droit qu'il comporte le pouvoir de s'opposer à la divulgation de la vie privée et celui de s'opposer à une investigation de celle-ci » (KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *op. cit.*, p. 445) ; pour Carbonnier, la tranquillité est la valeur psychologique protégée avec la vie privée et suppose le droit à la fois « de demeurer inconnu, de ne pas être épié, suivi, sollicité, questionné, dépeint » et de « ne pas entendre prononcer son nom en public, ne pas voir divulguer sa biographie, sa généalogie, l'état de sa fortune et de ses dettes » (CARBONNIER (J.), *Droit civil, T. 1, Les personnes*, Paris, PUF, 20^{ème} éd., 1996, n° 87). Pour Cornu, le manquement le plus grave au droit au respect de la vie privée « consiste à s'immiscer dans le domaine réservé pour en capter par indiscrétion des éléments (renseignements, photographies, enregistrements) afin de les divulguer ensuite » (CORNU (G.), *Droit civil, Les personnes*, Paris, Montchrestien, n° 30, p. 67). Pour Beignier, « Le respect [...] de la vie privée, c'est celui de l'identité et de la personnalité. Ce n'est pas le droit de vivre caché, mais de vivre librement. Être libre, c'est pouvoir être tranquille. Concept de droit américain : *to be left alone* » (BEIGNIER (B.), « Réflexion sur la protection de la vie privée », *Droit de la famille*, n° 11, Novembre 1997, chron. 11, p. 7.

¹⁸⁴¹ Sur ce point, v. l'ensemble de nos développements concernant « L'identité personnelle dévoilée par le numérique », spéc. n°s 271 et s.

¹⁸⁴² Pour la distinction entre intimité et identité, v. notamment SAINT-PAU (J.-C.), *L'anonymat et le droit, Tome 2*, Thèse Bordeaux IV, 1998, n°s 538 et s.

¹⁸⁴³ JACQUES (F.), *Différence et subjectivité : anthropologie d'un point de vue relationnel*, Paris, Aubier Montaigne, « Analyse et raisons », 1982, p. 182 : « L'homme comme personne ne rencontre pas, il est la rencontre ».

¹⁸⁴⁴ HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, Librairie de la société du recueil générale des lois et arrêts, 1899, pp. 148-149 : « La personnalité juridique est comme un masque appliqué sur un visage, mais qui ne le moulerait pas exactement. La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même, elle naît avec l'homme, elle est du premier coup constituée ; elle demeure toujours la même pendant l'existence ; elle soutient sans défaillance, pendant des années, des situations juridiques immuables ; elle veille pendant que l'homme sommeille ; elle reste saine pendant qu'il déraisonne ; parfois elle se perpétue après la mort, puisqu'il y a des successeurs qui sont continuateurs de la personne. Or, dans la réalité des choses, les représentations et les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, tumultueuses, bouleversées par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le droit appliqué à un masque immobile ».

entre la sphère privée et la sphère publique¹⁸⁴⁵. Dès lors, il sera probablement plus pertinent de parler de vie privée personnelle étendue à la « vie privée sociale »¹⁸⁴⁶. L'expression même de vie publique par opposition à la vie privée est dangereuse. En effet, on pourrait penser, par comparaison au modèle américain, qu'il s'agit de la possibilité pour une personne de choisir librement les attributs de la personnalité qu'elle souhaite aliéner par convention¹⁸⁴⁷. C'est dans l'aliénation complète que réside le danger : une fois passée dans la vie publique, une information intime est disponible et ne peut plus faire l'objet d'une protection. Bien que schématique, une telle possibilité rend particulièrement problématique le manque de clarté vis-à-vis de la publicité des données à caractère personnel sur certains supports numériques (réseaux professionnels, annuaires numériques, microblogging, etc.). C'est encore en droit du travail que l'on trouve les plus nombreux exemples, avec des licenciements pour fautes fondées à bon droit sur des échanges ayant eu lieu sur des réseaux sociaux *via* des profils configurés en « public » ou « amis des amis »¹⁸⁴⁸. Les échanges de la personne avec d'autres personnes privées comme avec les personnes publiques sont ponctués de perpétuelles sollicitations d'informations personnelles, qui attirent inlassablement les éléments de la vie privée personnelle dans un environnement social, normalisant l'obligation de dévoilement¹⁸⁴⁹. Considérer la personne comme entièrement responsable d'un tel dévoilement serait excessif et particulièrement sévère en raison de la nébuleuse que constituent les CGU, les recoupements entre les différents éditeurs, hébergeurs, fournisseurs d'accès à Internet, entreprises partenaires ou payant un accès aux données. Une protection de la vie privée qui nierait l'interdépendance de la vie personnelle et de la vie sociale nierait également la réalité de l'identité des personnes, et ignorerait la finalité d'une protection de l'intégrité morale. Il est, *in fine*, permis de penser que l'opposition privé-public est d'une pertinence limitée dans la mesure où ce qui est privé n'a d'existence que socialement, par opposition à une autre personne¹⁸⁵⁰. La notion de secret de la

¹⁸⁴⁵ Cass. soc., 2 octobre 2001 (99-42.942), *SA Nikon c. Frédéric O.* : « Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée » ; Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13710/88, § 29 : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “vie privée”. Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un “cercle intime” où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ».

¹⁸⁴⁶ MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz-Sirey, « Connaissance du droit », 2010, 5^e éd., p. 71.

¹⁸⁴⁷ V. nos développements ultérieurs consacrés au *Right of publicity*, n° 441.

¹⁸⁴⁸ RAY (J.-E.), « Facebook, le salarié et l'employeur », *Droit social*, n° 2, Février 2011, p. 128.

¹⁸⁴⁹ RIGAUX (F.), *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 157 : « Les exigences de la vie en société nous imposent de livrer à autrui des parcelles de notre personnalité, souvent sous la contrainte des nécessités économiques ».

¹⁸⁵⁰ RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 16, n° 4 : « Les attributs de la personnalité ne pénètrent dans le domaine social régi par le droit et n'acquièrent la qualité de “biens juridiques”, selon certains, de droits de la personnalité, qu'après avoir accédé à une sphère qu'il faut bien appeler publique ».

vie privée, en plus d'être relative, est donc plutôt ambiguë, et masque potentiellement la portée réelle du droit au respect de la vie privée : la protection de l'ensemble des droits de la personnalité.

393. La propension matricielle du droit au respect de la vie privée. – Alors que les droits de la personnalité étaient bâtis pour abriter le droit au respect de la vie privée, c'est l'inverse qui s'est produit, tant en droit français¹⁸⁵¹ qu'en droit conventionnel¹⁸⁵². En droit interne, la protection de la personnalité a pu ressurgir sur les fondements d'une interprétation extensive et dynamique du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 9 du Code civil, droit subjectif plus jeune, plus fort et mieux accueilli par le juge judiciaire¹⁸⁵³. Ainsi l'ensemble des droits de la personnalité, allant de l'intégrité morale au respect de l'intégrité physique selon certains auteurs¹⁸⁵⁴ et juges¹⁸⁵⁵, seraient réunis sous la bannière de la vie privée, permettant le respect du principe d'unité de la personnalité¹⁸⁵⁶. Dans de telles conditions, la protection de l'ensemble des informations relatives à l'identité des individus, les données à caractère personnel, semblent plus que bienvenues.

394. La pertinence d'une protection des données personnelles par la vie privée. – Il est couramment admis en doctrine que la vie privée est « un ensemble d'informations personnelles »¹⁸⁵⁷, « d'informations relatives à l'identité et à l'intimité des personnes »¹⁸⁵⁸. Le droit qui y est attaché supposerait donc un relatif contrôle desdites informations personnelles. Du point de vue des tiers en effet, « la vie privée de la personne n'est rien d'autre qu'un ensemble d'informations qu'il peut être utile ou rentable de recueillir afin d'en tirer profit »¹⁸⁵⁹. De nombreuses jurisprudences attestent d'une protection de certaines informations personnelles par l'article 9 du Code civil. Ainsi, ouvrent droit à réparation : la communication par un bailleur des occurrences de loyers impayés à l'employeur du locataire¹⁸⁶⁰, le fait pour une caisse de retraite d'interroger un maire sur la situation de ses adhérents pour obtenir leur identité, leur adresse et l'état de leurs ressources¹⁸⁶¹, le fait d'investiguer sur les conditions d'occupation d'un logement¹⁸⁶²,

¹⁸⁵¹ BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, *op. cit.*, 1992, p. 49.

¹⁸⁵² SUDRE (F.), « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité – Actes du X^e Colloque de l'Association « Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, « Famille & droit », 2009, pp. 1-21.

¹⁸⁵³ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 541-544.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 541 : « Le droit au respect de la vie privée qui a vocation à absorber tous les droits de la personnalité ayant pour objet de protéger l'intégrité morale comme le droit au respect du corps humain (art. 16-1, al. 1^{er}, c. civ.) constitue la matrice de tous les droits ayant pour objet la protection de l'intégrité physique ».

¹⁸⁵⁵ Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, § 22.

¹⁸⁵⁶ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *op. cit.*, p. 544 : « La personnalité est une, les droits de la personnalité doivent donc tendre vers l'unité ».

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 542.

¹⁸⁵⁸ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 542.

¹⁸⁵⁹ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité*, *op. cit.*, p. 227, n° 257.

¹⁸⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 1976 (75-11.962), *Bull. civ.* 1976, n° 292, p. 236.

¹⁸⁶¹ Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1995 (93-18.939), *Bull. civ.* 1995, I, n° 479 ; *RTD Civ.*, 1996, obs. J. HAUSER.

¹⁸⁶² Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996 (94-11.273).

le fait de fouiller les poubelles d'une personne pour dresser une liste de sa consommation¹⁸⁶³. Les exemples sont nombreux, et témoignent d'un rapprochement fort entre la notion de vie privée et les données à caractère personnel¹⁸⁶⁴. On retrouve la protection contre les investigations, caractéristique du droit au respect de la vie privée, appliquée à diverses données à caractère personnel. En tirant sur le fil de la libre interprétation, on pourrait également citer un arrêt dans lequel la Cour de cassation considère que des actes d'espionnage par des personnes privées dans l'espace public tombent sous le coup de l'article 9 du Code civil¹⁸⁶⁵. Il ne s'agissait pas en l'occurrence d'un traitement de données à caractère personnel, mais le raisonnement est aisément extensible aux procédés non consentis de localisation¹⁸⁶⁶. Le droit au respect de la vie privée donne donc de l'espoir quant à la recherche de protection de l'identité, si l'on considère avec François Rigaux que « ce droit au secret, à première vue égoïste et fermé sur lui-même, est une valeur fondatrice de la démocratie [...] Tard venue, elle bouscule des devancières mieux assises, obtient l'aide de l'État contre les organes de l'autorité, part à l'assaut d'un adversaire aussi majestueux que la liberté d'expression et s'infiltré d'une manière ambiguë entre les libertés économiques »¹⁸⁶⁷.

2. La pertinence formelle de la protection de la vie privée

395. Une protection explicitement visée en droit interne. – Si les fondements conceptuels de la vie privée justifient une applicabilité à la protection des données, ce n'est pas en méconnaissance des normes. Le premier article de la LIL dispose que l'informatique ne doit porter atteinte « ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». La vie privée est ici le seul droit subjectif mentionné, les autres étant des catégories juridiques, et l'identité humaine un concept métajuridique. Dans l'ensemble du texte, l'expression « vie privée » apparaît neuf fois. Il semble que dans l'esprit du législateur de 1978, la vie privée est le droit source de la protection des données. Concernant, par exemple, les transferts internationaux de données, l'article 68 prévoit que « le responsable d'un traitement ne peut transférer des données à caractère personnel vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne que si cet État

¹⁸⁶³ CA Paris, 30 mars 1995.

¹⁸⁶⁴ GRANCHET (A.), « Les nouvelles frontières de la vie privée. Droits de la personnalité – protection des données personnelles », *Légipresse*, 2008, II-161.

¹⁸⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2000 (97-21.846), *Bull. civ.* 2000 I n° 26, p. 17. Selon les mots de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, la requérante avait été « épiée, surveillée et suivie jusqu'à son domicile privé » par son ancien employeur qui voulait vérifier le respect d'une clause de non concurrence (qui ne liait alors plus la requérante).

¹⁸⁶⁶ Les exemples possibles sont légion, mais l'on peut évoquer à titre d'exemple le partage caché de données de localisation lors d'un paiement à l'aide d'une carte étudiante par la technologie IZLY, récemment découvert. Mentionnons ici que de nombreuses cafétérias étudiantes gérées par le Cnous sont passées au « zéro monnaie », qui implique que le seul moyen de paiement est ladite carte IZLY. V. UNTERSINGER (M.), « Le Cnous vend les données des étudiants aux publicitaires », *Le Monde Eco & Entreprise*, 23 octobre 2017, p. 8.

¹⁸⁶⁷ RIGAUX (F.), « Les paradoxes de la protection de la vie privée », *op. cit.*, p. 44.

assure un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux ». Le respect de la vie privée est le critère déterminant pour la mise en œuvre d'un traitement hors de l'Union. En outre, la « Loi pour une République Numérique » dispose d'un chapitre II intitulé « Protection de la vie privée en ligne » dont la première sous-division est une section première consacrée à la « protection des données à caractère personnel ». Sur sa page Internet « Maitriser mes données », la CNIL sous-titre « Suivez nos éclairages pour protéger votre vie privée ». Quant aux rapports parlementaires entourant les propositions de modification de la loi informatique et libertés, ils visent explicitement la protection de la vie privée¹⁸⁶⁸.

396. Une protection constitutionnalisée en droit interne. – C'est un argument d'autorité : le Conseil constitutionnel a consacré le droit à la protection des données personnelles comme démembrement du droit fondamental au respect de la vie privée, lui-même consacré quelques années plus tôt¹⁸⁶⁹. Le 23 juillet 1999¹⁸⁷⁰, les juges de l'aile Montpensier ont abandonné le fondement de la liberté personnelle¹⁸⁷¹ pour celui, plus consensuel peut-être, de la protection de la vie privée. Il s'agissait ici de la communication de données de santé susceptibles, selon les requérants, de permettre l'identification des personnes. En l'espèce, le Conseil juge que le législateur a fixé des modalités « assurant le respect de la vie privée »¹⁸⁷², et les données à caractère personnel sont repositionnées sous l'égide de l'article 2 de la DDHC : « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression” ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée »¹⁸⁷³. La protection des droits sur les données à caractère personnel est désormais – supposément – couverte par un droit fondamental, le Conseil ayant consolidé ce fondement depuis 1999¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁶⁸ V., par exemple *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport d'information de M. Yves DETRAIGNE et Mme Anne-Marie ESCOFFIER, fait au nom de la commission des lois, n° 441 (2008-2009), 27 mai 2009.

¹⁸⁶⁹ Pour aller plus loin, v. DREYER (E.), « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *CCE*, Mai 2005, n° 5, étude 18, pp. 21-26. V. également nos développements sur le droit au respect de la vie privée dans le dernier titre de cette recherche, nos 562 et s., 576 et s.

¹⁸⁷⁰ CC, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 *loi portant création d'une couverture maladie universelle*. V. GAY (L.), « Note sous décision n° 99-416 DC », *RFDC*, n° 40, Décembre 2000, pp. 809-817. V. également CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* ; CC, décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi pour le financement de la sécurité sociale pour 2000*.

¹⁸⁷¹ Pour de plus amples développements concernant la liberté personnelle, v. *infra*, nos 553 et s.

¹⁸⁷² CC, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 *loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 51.

¹⁸⁷³ *Ibid.*, cons. 45.

¹⁸⁷⁴ Pour une illustration de la continuité de la protection des données à caractère personnel à partir de ce fondement : CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* ; CC, décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation* ; CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

397. Une forte protection conventionnelle. – La Cour européenne des droits de l’Homme a procédé au même rattachement à l’occasion de l’arrêt *Leander*¹⁸⁷⁵. Il était alors question d’investigations dont un technicien avait fait l’objet afin d’estimer la possibilité de le laisser exercer son métier dans un musée naval jouxtant une base militaire. Les informations découvertes avaient servi de fondement à la disqualification de M. Leander pour l’emploi visé. Ce dernier se plaignait de n’avoir pu accéder aux éléments de l’enquête et aux informations qui le visaient. Les juges du Palais des droits de l’Homme ont relevé que le registre secret renfermait « sans contredit des données relatives à la vie privée » et que « tant leur mémorisation que leur communication, assorties du refus d’accorder à M. Leander la faculté de les réfuter, portaient atteinte à son droit au respect de sa vie privée » (§ 48). Les données personnelles entraient donc dans le champ de l’article 8§1 de la Convention. Dans l’arrêt *Z. c. Finlande*¹⁸⁷⁶, l’importance de la protection des données dans une société démocratique était soulignée à grands traits, puisque la Cour y rappelait le « rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel [...] pour l’exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l’article 8 de la Convention » (§ 95). Plus tard, la Cour interprétait le droit au respect de la vie privée de façon dynamique avec l’arrêt *Rotaru*¹⁸⁷⁷. À cette occasion, elle délivrait un raisonnement qui s’extrayait pleinement de la théorie des deux sphères : « Des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu’elles sont, d’une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics » (§ 43). Enfin, dans son arrêt *S. et Marper*¹⁸⁷⁸, elle appliquait aux données personnelles sa jurisprudence relative à la protection de l’identité des personnes, rendue possible par la portée matricielle du droit au respect de la vie privée¹⁸⁷⁹. Cette dernière doit être considérée comme « une notion large, non susceptible d’une définition exhaustive, qui recouvre l’intégrité physique et morale de la personne » et peut donc « englober de multiples aspects de l’identité physique et sociale d’un individu » (§ 66). Le rattachement est donc pleinement achevé et la portée sociale d’un droit à la protection des données personnelles amplement démontrée. Cette « irrésistible ascension »¹⁸⁸⁰ de

¹⁸⁷⁵ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81. *JDI*, 1988, 858, obs. P. ROLLAND.

¹⁸⁷⁶ Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. n° 22009/93 : *JDI*, 1998, 178, obs. O. DE FROUVILLE ; *JCP G*, 1998, I, 107, 6, chron. F. SUDRE.

¹⁸⁷⁷ Cour EDH, GC, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95 : *RTDH*, 2001, 137, obs. O. DE SCHUTTER ; *JDI*, 2001, 203, obs. D. LECLERQ-DELAPIERRE ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. SUDRE ; V. en ce sens Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13710/88.

¹⁸⁷⁸ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04 : *GACEDH*, n° 41 ; *RFD A*, 2009, 741, note S. PEYROU-PISTOULET ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. SUDRE.

¹⁸⁷⁹ SUDRE (F.), « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 1-21 ; pour aller plus loin, v. SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant – Némésis, « Droit et justice n° 63 », 2005, 336 p.

¹⁸⁸⁰ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « L’irrésistible ascension de la “vie privée” au sein des droits de l’homme. Synthèses et conclusions », in SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant – Némésis, « Droit et justice n° 63 », 2005, pp. 305-336.

la vie privée en droit européen des droits de l'Homme s'accompagne également de développements en droit de l'Union.

398. Une protection normative dans l'Union. – Au sein de l'Union européenne, on observe une tendance différente des autres systèmes normatifs. Cette fois, ce sont bien les textes, et non le juge, qui ont procédé au rattachement des données personnelles au respect de la vie privée. L'article premier de la directive 95/46/CE prévoyait que « les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Dans le cadre d'un flux transfrontière de données, l'article 25 relatif à l'adéquation du niveau de protection d'un État tiers avec la réglementation prévue dans l'Union visait à cette fin un examen « de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes »¹⁸⁸¹. Dans l'ensemble, l'expression « vie privée » était utilisée quatorze fois dans le texte, principalement en introduction de la directive¹⁸⁸². Dans le même sens, on pensera bien sûr à la directive 2002/58/CE dite « Vie privée et communications électroniques », mais dont le véritable intitulé est « concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques »¹⁸⁸³. Avant l'adoption du règlement général sur la protection des données, le contrôleur européen de la protection des données rappelait que « la protection des données est étroitement liée au droit au respect de la vie privée, une valeur fondamentale dans nos sociétés démocratiques »¹⁸⁸⁴. Pourtant, l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union a permis de remarquer la séparation formelle entre les articles 7 et 8, respectivement relatifs à la protection de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. Le RGPD ne contredit pas cette tendance, dans la mesure où l'expression « vie privée » n'a qu'une seule occurrence en introduction, et est nettement distinguée de la protection des données : « le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux [...] en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la

¹⁸⁸¹ Directive 95/46/CE, art. 25 (extrait) : « La Commission peut constater, conformément à la procédure prévue à l'article 31 paragraphe 2, qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat au sens du paragraphe 2 du présent article, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, souscrits notamment à l'issue des négociations visées au paragraphe 5, en vue de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes ».

¹⁸⁸² On relèvera particulièrement l'énigmatique considérant 33, qui dispose que « les données qui sont susceptibles par leur nature de porter atteinte aux libertés fondamentales ou à la vie privée ne devraient pas faire l'objet d'un traitement, sauf consentement explicite de la personne concernée ». Difficile de savoir si cet énoncé établit une distinction au sein des données à caractère personnel, ou s'il considère que toute donnée à caractère personnel doit être associée aux libertés fondamentales ou à la vie privée (autre distinction curieuse s'il en est).

¹⁸⁸³ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE, n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

¹⁸⁸⁴ CEPD, avis n° 6/2015, *Une nouvelle étape vers une protection européenne complète des données*, 28 octobre 2015, p. 4.

liberté de pensée [...] ». Le règlement ayant vocation à devenir la norme principale de protection des données, il y a lieu de considérer les limites de la pertinence d'un rattachement au droit au respect de la vie privée.

3. Les limites concrètes de la protection offerte par la vie privée

399. Des protections aux champs d'application différenciés – Si la protection de la vie privée permet un déclenchement du droit subjectif en présence d'une investigation excessive ou d'une divulgation non souhaitée par la personne concernée, la protection des données à caractère personnel est réduite aux questions relatives à la condition du traitement desdites informations¹⁸⁸⁵. La définition du traitement est entendue extensivement et comprend notamment l'enregistrement, le stockage et la diffusion¹⁸⁸⁶, mais le droit au respect de la vie privée reste une protection plus énergique et plus globale. Les informations personnelles recouvrent l'ensemble du contenu de la vie privée, mais les droits sur les données personnelles sont eux plus restreints, conditionnés au truchement d'un procédé technique. Le droit à la protection des données à caractère personnel ne relève donc pas totalement de la vie privée, sauf à devenir un droit général « à la protection des informations personnelles » qui ne s'embarrasserait pas de la condition du traitement¹⁸⁸⁷. Cette limite est confirmée par la LIL, qui malgré ses références régulières au respect de la vie privée, ne se prémunit pas moins d'une association excessive. À l'article 24, la loi du 6 janvier 1978 prévoit des cas de traitements courants de données à caractère personnel « dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés »¹⁸⁸⁸. Plus clairement encore, l'article 34 bis empêche toute systématisation qui voudrait qu'une atteinte aux données à caractère personnel soit *de jure* considérée comme une atteinte à la vie privée : « lorsque cette violation peut porter atteinte aux données à caractère personnel ou à la vie privée d'un abonné ou d'une autre personne

¹⁸⁸⁵ Cass. soc., 28 novembre 2007 (06-21.964) : *D.*, 2008, p. 24. La Cour de cassation a annulé pour défaut de base légale l'arrêt de la Cour d'appel qui interdisait à une entreprise de procéder à des entretiens d'évaluations des salariés si les données recueillies ne faisaient pas l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL. Selon le juge de cassation, il fallait en premier lieu « constater que ces données sont destinées à faire l'objet d'un traitement automatisé ».

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 2 (extrait) : « Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

¹⁸⁸⁷ MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 1482-1483 : « Il existe certes pour l'instant un droit *de* la protection des données personnelles, mais non un droit *à* la protection des informations personnelles. Un véritable droit au respect des informations personnelles aurait l'avantage de disjoindre cette protection de celle de la vie privée *stricto sensu* » (en italique dans le texte).

¹⁸⁸⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 24 (extrait) : « Pour les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, la Commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie, après avoir reçu le cas échéant les propositions formulées par les représentants des organismes publics et privés représentatifs, des normes destinées à simplifier l'obligation de déclaration ».

physique, le fournisseur avertit également, sans délai, l'intéressé »¹⁸⁸⁹. Ainsi, si les deux régimes entretiennent des liens étroits en raison de leur nature, le texte majeur de protection des données rejette non seulement une assimilation, mais contrarie de surcroît l'idée selon laquelle l'ensemble des données à caractère personnel serait protégé par l'article 9 du Code civil. Il faut alors porter le coup de grâce à une telle approche en rappelant que l'alinéa second dudit article 9 vise limitativement « l'intimité de la vie privée ».

400. Des protecteurs différents. – Dans l'ensemble, les droits sur les données personnelles prévus par la LIL sont mis en œuvre par une autorité administrative indépendante disposant d'un pouvoir limité. La CNIL n'est pas apte, notamment, à se prononcer sur les questions de respect de la vie privée relevant du Code civil. Le juge judiciaire, en gardien vieillissant des libertés individuelles¹⁸⁹⁰, a peu à connaître de contentieux relatifs à la LIL¹⁸⁹¹, puisque les décisions de la CNIL peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État en premier et dernier ressort¹⁸⁹². En cas de double invocation, il a tendance à préférer la protection offerte par le droit au respect de la vie privée, faisant l'objet notamment d'un droit à réparation plus vigoureux. Ainsi en a-t-il été par exemple du TGI de Coutances qui considère que l'invocation conjointe de l'article 9 et de la loi du 6 janvier 1978 est « superfétatoire »¹⁸⁹³. Enfin, il faut rappeler que la CNIL est une autorité qui tire sa légitimité de sa spécialisation technique permettant une approche contextualisée des traitements d'informations personnelles. Il en est de même pour la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, chargée de contrôler la pertinence et la mise en œuvre des procédés de surveillance, qui comprend des experts techniques. En outre, la protection particulière de l'article 9 du Code civil permet la saisine du juge des référés en cas d'urgence particulière liée à une atteinte aux droits de la personnalité¹⁸⁹⁴, ce que ne propose pas la LIL. Les différents juges mobilisables sur

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, art. 34 bis (extrait) : « Lorsque cette violation peut porter atteinte aux données à caractère personnel ou à la vie privée d'un abonné ou d'une autre personne physique, le fournisseur avertit également, sans délai, l'intéressé ».

¹⁸⁹⁰ WACHSMANN (P.), « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *D.*, 2016, p. 473.

¹⁸⁹¹ Le juge civil connaît parfois des contentieux relatifs à des clauses abusives de partages de données introduites dans un contrat : Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2013 (10-28.397 et 11-11.421) ; on trouve aussi certains cas relevant du droit social, avec par exemple un salarié licencié pour faute grave en raison de son refus de saisir des informations personnelles relatives aux mineurs inscrits dans un centre éducatif : Cass. soc., 23 avril 2013 (11-26.099). Pour un autre exemple en droit social, v. TGI Paris, 17^e ch., 16 octobre 2006, *Nissan Europe* : il s'agissait en l'espèce d'une salariée licenciée ayant par la suite créé un blog pour dénoncer le harcèlement moral dont elle avait été victime, divulguant des informations personnelles relatives à certains de ses anciens collègues : noms, prénoms, adresses e-mail, numéros de téléphone, adresses postales.

¹⁸⁹² Code de justice administrative, art. R. 311-1 (extrait) : « Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort [...] des recours dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale ».

¹⁸⁹³ TGI Coutances, 6 octobre 2001, aff. n° 10/00822 : « Il est dès lors superfétatoire de répondre aux moyens fondés sur les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 ». Le requérant souhaitait que son nom soit effacé des registres de baptême (après débaptisation).

¹⁸⁹⁴ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *op. cit.*, p. 544 : « Il semble donc que, sur le fondement de l'art. 9, toute atteinte à un droit de la personnalité permet de saisir le juge des référés, mais ce dernier ne

le fondement de la loi du 6 janvier 1978 ont vocation à être complémentaires et non concurrents¹⁸⁹⁵, en conformité avec le principe constitutionnel *non bis in idem*¹⁸⁹⁶, rappelé par l'article 47 de ladite loi¹⁸⁹⁷. Cette délimitation des compétences se retrouve dans la capacité du président de la CNIL à provoquer un recours devant le juge judiciaire en cas d'atteintes graves et immédiates aux droits et libertés¹⁸⁹⁸ et à saisir le procureur de la République en cas d'infraction visées par les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal¹⁸⁹⁹. À l'inverse, le procureur de la République informe le président de la CNIL des condamnations prononcées sur le fondement de ces mêmes articles.

401. Une conception française limitative. – La conception française de la vie privée, par rapport notamment à la conception de la Cour européenne, semble assez restrictive¹⁹⁰⁰. Si le secret de la vie privée est indéniablement protégé, l'aspect social de ce droit est en revanche assez largement ignoré, ne ménageant aucune place à l'identité vécue par le sujet de droit. Or, il s'agit d'un enjeu majeur en matière protection des données à caractère personnel : la diffusion sociale, volontaire ou non, d'éléments de l'identité personnelle. Cela pousse une partie de la doctrine à souhaiter l'accueil d'un droit général au respect de la personnalité à l'article 9¹⁹⁰¹, ou encore une considération du Conseil constitutionnel pour l'identité vécue¹⁹⁰².

prononcera une saisie qu'en cas d'urgence, c'est-à-dire notamment lorsque l'atteinte présentera un certain caractère de gravité ».

¹⁸⁹⁵ MATTATIA (F.), « CNIL et tribunaux : concurrence ou complémentarité dans la répression des infractions à la loi Informatique et Libertés ? », *Revue de Sciences Criminelles*, Avril-Juin 2009, pp. 317-330.

¹⁸⁹⁶ Pour une illustration, v. étude annuelle 2001 du Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La Documentation française, « Études et documents », p. 331. Sur la valeur constitutionnelle du principe, v. CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; CC, décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*.

¹⁸⁹⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (modifiée), art. 47 al. 2 (extrait) : Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (modifiée), art. 47 al. 2 (extrait) : « Lorsque la formation restreinte a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce ».

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, art. 45 III. : « En cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés mentionnés à l'article 1^{er}, le président de la commission peut demander, par la voie du référé, à la juridiction compétente d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, toute mesure nécessaire à la sauvegarde de ces droits et libertés ».

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, art. 11 2° e) : « Elle informe sans délai le procureur de la République, conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale, des infractions dont elle a connaissance, et peut présenter des observations dans les procédures pénales, dans les conditions prévues à l'article 52 ».

¹⁹⁰⁰ Pour avis partiellement contraire v. ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes, op. cit.*, n° 374, p. 318 : « La vie privée, au sens strict, sens que retient le droit interne, désigne les informations relatives à la personne humaine. Il ne s'agit donc pas de la vie biologique (au sens où l'on peut parler d'un droit du sujet sur sa vie), laquelle est indirectement appropriée à travers le corps humain, mais de l'existence humaine telle qu'elle est perçue socialement ».

¹⁹⁰¹ LEPAGE (A.), « L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité ? », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2007, n° 138, pp. 43-47.

¹⁹⁰² BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, Janvier 2006, n° 65, pp. 73-95.

402. Inadéquation aux catégories, nouvelle catégorie ? – Textes et jurisprudences maintiennent le droit des données enchevêtré dans un faisceau de régimes qui ne se complètent qu’en admettant de se faire parfois concurrence. En réponse aux confusions et circonvolutions touchant le droit des données personnelles, il semble logique d’admettre la présence d’un régime *sui generis*, qui « creuse désormais son propre sillon »¹⁹⁰³. Il s’agirait donc d’un droit autonome¹⁹⁰⁴ qui ne doit pas être pensé à l’aide de catégories préexistantes. L’autonomie de cette « législation-relai »¹⁹⁰⁵ n’est pas que théorique. Elle se constate dans la mise en œuvre des droits sur les données personnelles, par une spécificité substantielle et procédurale (A.) et plus récemment par une autonomie formelle faisant son apparition dans certaines normes (B.).

A. Autonomie substantielle et procédurale des droits sur les données personnelles

403. Autonomie et spécificité. – En raison de l’indétermination conceptuelle qui entoure les données à caractère personnel, on ne sait pas véritablement ce qui justifie leur autonomie. Toutefois, il est possible de constater que des droits et procédures particuliers sont institués par la LIL (1.), ce qui place parfois le droit de la protection des données dans une situation de concurrence vis-à-vis d’autres régimes (2.).

1. Une protection particulière instaurée par la LIL

404. Une justiciabilité fractionnée. – Une certaine confusion naît de la volonté de disposer d’un concept unique, d’un droit subjectif englobant la protection des données à caractère personnel. Si un tel droit unique existe, il est particulièrement complexe à identifier et situer¹⁹⁰⁶. On trouve au sein de ce régime de protection des prérogatives aux conséquences tout à fait différentes puisque « toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d’un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l’utilisation, la communication ou la conservation est interdite »¹⁹⁰⁷; on y trouve également la possibilité de consentir à l’exploitation de ses données personnelles¹⁹⁰⁸. En cas de manquement du responsable de traitement à ses obligations, ce n’est pas principalement le juge

¹⁹⁰³ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁹⁰⁴ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 523.

¹⁹⁰⁵ MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *op. cit.*, pp. 1481-1482.

¹⁹⁰⁶ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.*, p. 170 : « On est donc devant un droit subjectif qui ne correspond à aucun droit subjectif spécifiquement identifié ».

¹⁹⁰⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 40.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, art. 7.

judiciaire qui est saisi, mais bien une autorité nationale de contrôle, conformément au droit de l'Union européenne qui rend obligatoire l'existence d'une telle entité¹⁹⁰⁹. La spécificité des droits sur les données personnelles est donc avant tout procédurale, car le premier référent n'est autre que la CNIL, dont la saisine a été facilitée au cours de ses quarante années d'existence¹⁹¹⁰. La singularité procédurale des droits sur les données personnelles est un indicateur fort de son autonomisation et du refus d'un rattachement intégral à d'autres catégories. C'est ce que confirme le Conseil d'État dans son étude annuelle 2014 consacrée au numérique et aux droits fondamentaux : « Le droit à la protection des données personnelles et le droit d'accès à internet sont nés en réponse aux questions posées par l'essor du numérique [...] S'ils sont souvent présentés comme se rattachant respectivement au droit à la vie privée et à la liberté d'expression, leurs enjeux sont en réalité plus larges et peuvent être considérés comme des droits fondamentaux autonomes »¹⁹¹¹. Tout laisse donc penser que si les droits sur les données personnelles peuvent se recouper avec la protection de la vie privée ou d'autres droits et libertés, ils ne peuvent pas y être pleinement inclus. Si ces droits débordent le cadre des autres régimes, il y a lieu de les déclarer à la fois complémentaires et autonomes.

405. Le traitement informatique justifiant une qualification pénale différente. – On aurait pu imaginer un législateur considérant que les qualifications pénales relatives au droit au respect de la vie privée étaient adaptées aux questions de traitement des données à caractère personnel. Il n'en est rien puisque des infractions particulières ont été prévues dès l'origine¹⁹¹² et sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 226-16 à 226-24 du Code pénal¹⁹¹³. Les articles L. 226-1 à 226-2-1 relatifs à la vie privée visent des informations personnelles limitées puisqu'ils mentionnent les « paroles prononcées », « l'image d'une personne » et enfin un « enregistrement ou un document ». Il ne s'agit donc que de certaines données, qui permettent une identification directe de la personne. Les articles suivants touchent explicitement les informations personnelles, mais dans un cadre particulier : celui de la violation de données à caractère personnel et les appareils permettant des captations ou

¹⁹⁰⁹ Règlement 2016/679, art. 51 (extrait) : « Chaque État membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques indépendantes sont chargées de surveiller l'application du présent règlement, afin de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement et de faciliter le libre flux des données à caractère personnel au sein de l'Union ».

¹⁹¹⁰ MEURIS (F.), « CNIL. Un bilan positif », *CCE*, Juillet 2013, n° 7, pp. 2-3 ; v. plus récemment JOHANNES (F.), « La CNIL résiste et persiste », *Le Monde*, Fascicule « Les 40 ans de la CNIL », 23 janvier 2018, p. 1.

¹⁹¹¹ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 10.

¹⁹¹² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (version initiale), art. 41 à 44.

¹⁹¹³ Il nous semble également pertinent de rajouter les articles L. 226-25 à 226-30, qui résultent des infractions liées à l'examen illicite des caractéristiques génétiques de la personne ou à son identification non consentie par ces mêmes informations. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'infractions relatives à une certaine catégorie de données sensibles.

collectes illicites¹⁹¹⁴. La protection contre les traitements est donc autonome en raison de la nature des informations collectées mais également du moyen, qui doit être un intermédiaire technique. La dénomination du chapitre s'éclaire alors : « Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques ». On pourrait donc imaginer que les différents régimes qui protègent incidemment des données à caractère personnel sont des concurrents du droit à la protection des données.

2. Une protection isolée par des régimes concurrents

406. Coexistence de régimes concurrents. – La LIL n'occulte pas le risque d'un chevauchement des protections et s'en prémunit notamment dans son article 67, selon lequel « les dispositions des alinéas précédents ne font pas obstacle à l'application des dispositions du Code civil, des lois relatives à la presse écrite ou audiovisuelle et du Code pénal, qui prévoient les conditions d'exercice du droit de réponse et qui préviennent, limitent, réparent et, le cas échéant, répriment les atteintes à la vie privée et à la réputation des personnes »¹⁹¹⁵. C'est ce que l'on constate en observant les dispositions pénales relatives aux fichiers et traitements informatiques mentionnées *supra* : le traitement des caractéristiques génétiques est séparé du traitement des autres types de données, dispositions elles-mêmes distinctes des atteintes au droit au respect de la vie privée. La concurrence n'est toutefois qu'apparente, car une pluralité de qualifications en droit pénal ne fait pas obstacle à la justiciabilité, en raison du principe du concours idéal de qualifications relatives à des faits identiques¹⁹¹⁶. Il faut ici noter que, paradoxalement, l'infraction relative à la violation du droit au respect de la vie privée est punissable d'un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende quand l'infraction caractérisée par un traitement illicite de données à caractère personnelle est punie de cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Alors que devant le juge civil, la qualification de vie privée permet le recours au référé particulier de l'article 9, la qualification pénale relative aux données est plus sévère à l'égard du délinquant. Finalement, le juge civil aura tendance à considérer qu'un cumul de fondements portant sur le droit au respect de la vie privée et sur la loi du 6 janvier 1978 est « superfétatoire »¹⁹¹⁷ quand le juge pénal peut accepter un tel concours de qualification¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁴ Code pénal, art. L. 226-3 à 226-7.

¹⁹¹⁵ Cet article unique du chapitre IX est relatif aux « Traitements de données à caractère personnel aux fins de journalisme et d'expression littéraire et artistique ».

¹⁹¹⁶ Cass. crim., 3 mars 1960, *Ben Haddadi*, *Bull. Crim.*, n° 138 ; v. PIN (X.), *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, « Cours », 2017, 8^e éd., n° 253.

¹⁹¹⁷ TGI Coutances, 6 octobre 2001, aff. n° 10/00822, préc.

¹⁹¹⁸ Cass. crim., 4 mars 1997 (96-84.773) : *Bull. crim.*, 1997, n° 83, p. 270 ; *Droit pénal*, 1997, comm. 75, obs. M. VERON. Cet arrêt concernait un dispositif d'écoutes mis en place par la cellule antiterroriste de l'Élysée, entre 1983 et 1986, à la demande du Président François Mitterrand et de plusieurs de ses collaborateurs. Les écoutes ont abouti à une

407. Le cas particulier de l'image des personnes. – L'image est une donnée à caractère personnel¹⁹¹⁹, mais il s'agit d'une donnée particulière, théoriquement assortie d'une protection forte. En effet, l'image de la personne est considérée comme le principal vecteur de sa représentation et est en cela à l'origine de l'avènement du droit au respect de la vie privée en France. Elle est également l'un des piliers de la théorie des droits de la personnalité. La Cour de cassation a affirmé que « le seul constat de l'atteinte au droit de chacun de s'opposer à la publication de son image, sans qu'il y ait lieu de s'expliquer davantage sur la nature du préjudice qui en est résulté, ouvre le droit à réparation sur le fondement de l'article 9 du Code civil¹⁹²⁰ », et envisage pour certaines atteintes une spécificité procédurale comme la caractérisation systématique de la situation d'urgence¹⁹²¹. L'image est également protégée par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui la vise à plusieurs reprises¹⁹²². Plus singulier, elle est parfois placée derrière les épais murs de la protection de la dignité : « la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve de la dignité de la personne humaine »¹⁹²³. Afin d'apporter une unité et une certaine clarification sur sa protection, certains auteurs réclament la pleine autonomie du droit à l'image¹⁹²⁴. On peut alors raisonnablement considérer que cette donnée vécue comme l'une de plus intimes est mieux protégée par d'autres régimes que par celui de la LIL, y compris si ladite image fait l'objet d'un traitement, ce qui est

conservation massive de données dans différents registres (près de 3000 conversations concernant plus de 150 personnes).

¹⁹¹⁹ Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne (n° 1)*, req. n° 59320/00, § 50 : « La notion de vie privée comprend des éléments se rapportant à l'identité d'une personne tels que son nom ou son droit à l'image » ; Directive 95/46/CE, considérant 14 : « compte tenu de l'importance du développement en cours, dans le cadre de la société de l'information, des techniques pour capter, transmettre, manipuler, enregistrer, conserver ou communiquer les données constituées par des sons et des images, relatives aux personnes physiques, la présente directive est appelée à s'appliquer aux traitements portant sur ces données ».

¹⁹²⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 2004 (03-13.416) : *Bull. civ.*, 2004, II, n° 341.

¹⁹²¹ Cass. civ. 1^{re}, 12 décembre 2000 (98-21.161) : *Bull. civ.*, 2000, I, n° 321 ; *D.* 2001, p. 2434, note J.-C. SAINT-PAU. Dans certaines situations, « la seule constatation de l'atteinte au respect dû à la vie privée et à l'image par voie de presse caractérise l'urgence et ouvre droit à réparation » et « l'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudices distincts, ouvrant droit à des réparations distinctes ». Il s'agissait ici d'une publication dans un journal « à sensation » relatant des disputes entre un chanteur célèbre et son épouse (judicieusement anonymisés « Johnny et Laeticia A »), le tout illustré par des photographies.

¹⁹²² Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 23, 35 ter, 38 ter, 39 quinquies, 48.

¹⁹²³ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001 (98-23.471) : *Bull. civ.* 2001, I, n° 42 ; V. également Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2001 (98-21.337) : *Bull. civ.* 2001, I, n° 222 : « Attendu que la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine » ; pour une application récente v. Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 2017 (15-28.813) : « Attendu que la liberté de la presse et le droit à l'information du public autorisent la diffusion de l'image de personnes impliquées dans un événement d'actualité ou illustrant avec pertinence un débat d'intérêt général, dans une forme librement choisie, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine ».

¹⁹²⁴ Sur ce point, v. BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), « Proposition de loi sur le droit à l'image. Pitié pour les juristes ! », *D.* 2003, p. 2643 ; CASTETS-RENARD (C.), « La proposition de loi visant à donner un cadre juridique au droit à l'image : une occasion manquée », *LPA*, 6 janvier 2004, n° 4, p. 7.

quasiment systématique¹⁹²⁵. L'image est peu protégée en sa qualité de donnée à caractère personnel¹⁹²⁶. Ce dernier point met particulièrement en relief le manque de vigueur de la protection des données par la LIL : à choisir, le régime indépendant de la protection des données est souvent le plus intéressant¹⁹²⁷. C'est ce qui se confirme avec une autre déclinaison de l'image : la représentation vidéographique des personnes.

408. Le cas particulier de la vidéoprotection. – Si l'image est déjà un cas particulier, celui de la succession d'images captées par vidéosurveillance en est une nouvelle sous-division. Le régime spécial de la vidéosurveillance a été mis en place par la LOPS¹⁹²⁸ et modifié par la LOPPSI¹⁹²⁹. À cette occasion, le terme trop connoté de « vidéosurveillance » a cédé sa place à la « vidéoprotection », associé à un régime inclus au sein du Code de la sécurité intérieure¹⁹³⁰. La représentation vidéographique de la personne reste théoriquement couverte par le droit à la protection des données¹⁹³¹, mais l'ensemble des prérogatives prévues par le régime de la vidéoprotection rend stérile l'invocation de la LIL dans ce domaine commun, même en cas de traitement : demande préfectorale pour installation de dispositifs d'enregistrements dans des lieux publics¹⁹³², obligation permanente et visuelle d'information¹⁹³³, limitation des délais de conservation¹⁹³⁴, droits d'accès, de vérification et de rectification¹⁹³⁵. L'équivalence de protection étant particulièrement flagrante, on peut donc s'interroger sur la valeur d'un tel régime : est-il supplétif, complémentaire ou intégralement concurrent ? Le législateur semble en avoir fait un régime complémentaire au droit au respect de la vie privée mais pas à la protection des données

¹⁹²⁵ MURAT (P.), « Le contrôle de l'image de la personne en droit civil », in *L'image. Journées nationales de l'Association Capitant. Tome VIII*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 21 : « Tous les traitements et la circulation de l'image se font désormais sous forme de fichiers numériques : or, dès lors que l'image subit un traitement automatisé, il est envisageable de rendre applicable les contraintes de la loi du 6 janvier 1978 ».

¹⁹²⁶ Pour un exemple, v. TGI Privas, 3 septembre 1997 : *LPA*, 11 novembre 1999, p. 19, note J. FRAYSSINET ; confirmation par Ch. corr. Nîmes, 6 novembre 1998, *Monsieur F. / Le Ministère public et Mademoiselle S.* En l'espèce, un homme avait enregistré des images intimes de son ex-compagne qui faisaient « apparaître ses mœurs ». Cette dernière n'en ayant pas eu connaissance, le mis en cause fut condamné sur le fondement de l'article 226-19 du Code pénal, c'est-à-dire l'infraction de mise en mémoire ou de conservation informatisée et non consentie d'une donnée à caractère personnel, à 5.000 francs d'amende et huit mois d'emprisonnement avec sursis.

¹⁹²⁷ « À cet égard, la protection mise en place dans le cadre des données personnelles se révèle plus faible que celle assurée par les droits de la personnalité » : EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, op. cit., p. 170.

¹⁹²⁸ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

¹⁹²⁹ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹⁹³⁰ Code de la sécurité intérieure, art. L. 251-1 à L. 255-1.

¹⁹³¹ Directive 95/46/CE, considérant 14 : « compte tenu de l'importance du développement en cours, dans le cadre de la société de l'information, des techniques pour capter, transmettre, manipuler, enregistrer, conserver ou communiquer les données constituées par des sons et des images, relatives aux personnes physiques, la présente directive est appelée à s'appliquer aux traitements portant sur ces données ».

¹⁹³² Code de la sécurité intérieure, art. L. 252-1.

¹⁹³³ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, art. 10, II, al. 4.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, art. 10, IV.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, art. 10, V., al. 1^{er}.

personnelles, puisque l'article L. 254-1 du CSI prévoit en cas d'infraction une peine trois ans d'emprisonnement et une amende de 45 000 euros, « sans préjudice des dispositions des articles 226-1 du Code pénal et L. 1121-1, L. 1221-9, L. 1222-4 et L. 2323-47 du Code du travail ».

409. D'autres objets communs. – La voix relève du régime de la LIL mais peut également être l'objet d'une atteinte à la vie privée. La Cour d'appel de Pau a rendu à ce propos un arrêt énonçant que « la voix constitue l'un des attributs de la personnalité et peut bénéficier de la protection instituée par l'article 9 du Code civil, dans la mesure où une voix caractéristique peut être rattachée à une personne identifiable »¹⁹³⁶. On retrouve en substance tous les éléments de la définition de donnée à caractère personnel au sens de la LIL mais c'est bien le droit au respect de la vie privée qui fait l'objet d'une invocation explicite. La voix est alors protégée par l'article 9 à condition d'un recoupement avec une personne identifiable : « la voix n'est une "image sonore" qu'à la condition que son titulaire dispose d'une image »¹⁹³⁷. Un jugement postérieur du TGI de Paris propose directement d'appréhender la voix comme un élément protégé par l'article 9 du Code civil en tant que tel¹⁹³⁸. Comme pour l'image, la doctrine aura réclamé une autonomisation formelle de la protection de la voix¹⁹³⁹.

L'autonomie des droits sur les données personnelles se traduit donc par des rapports de désunion avec d'autres régimes. Cependant, le droit de l'Union a consacré son autonomie formelle.

B. Autonomie formelle des droits sur les données personnelles

410. Une tendance perceptible dans le RGPD. – Le règlement général sur la protection des données précise le cap, en tant que nouveau texte européen de référence ayant vocation à gommer les disparités de protection entre États membres. Alors que la directive 95/45/CE mentionnait une quinzaine de fois la « vie privée », le RGPD n'en fait mention qu'à une seule et unique reprise. Cette occurrence est l'occasion d'une distinction nette vis-à-vis de la protection des données à caractère personnel : « le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique »¹⁹⁴⁰. Un tel isolement vis-à-vis du droit au respect de la vie

¹⁹³⁶ CA Pau, 1^{ère} ch., 22 janvier 2001, 99/00051.

¹⁹³⁷ *Ibid.*

¹⁹³⁸ TGI Paris, 27 septembre 2004 : *D.* 2005, p. 2643, note A. LEPAGE.

¹⁹³⁹ HUET-WEILLER (D.), « La protection juridique de la voix humaine », *RTD Civ.*, 1982, p. 497.

¹⁹⁴⁰ Règlement 2016/679, cons. 4 : « Le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité. Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré

privée n'est pas sans rappeler la lettre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (CDFUE), dont on peut mieux mesurer les conséquences grâce à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union.

411. Une rupture dans la CDFUE. – On aurait pu imaginer que la réserve du RGPD n'était qu'un indicateur vague de l'autonomisation du droit des données personnelles. S'il en était besoin, le droit primaire de l'Union opère désormais une séparation claire entre les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantissent respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale et la protection des données à caractère personnel. Des principes généraux, qui facilitent la libre circulation mais garantissent un certain contrôle, sont inclus à l'article 8 de la CDFUE : « 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 ». Cette séparation des protections siamoises aurait pu rester une curiosité normative si la Cour de justice n'avait pas récemment confirmé cette rupture formelle. Alors qu'elle avait auparavant souligné le lien entre vie privée et protection des données personnelles dans ses arrêts *Österreichischer*¹⁹⁴¹ et *Volker*¹⁹⁴², elle a modifié sa copie. Ainsi, l'arrêt *Google Spain*¹⁹⁴³ n'a été rendu qu'au seul visa de la directive 95/46 et l'arrêt *Digital Rights* témoigne d'une volonté de mise à distance de l'outil conventionnel¹⁹⁴⁴. Une nouvelle fois interrogée sur cette double protection, la Cour de justice profite de l'occasion pour consolider l'indépendance de sa jurisprudence vis-à-vis du droit conventionnel et pour confirmer l'autonomie des articles 7 et 8 de la CDFUE. Elle déclare alors, dans l'arrêt *Tele2 Sverige*, que « l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l'article 7 de celle-ci et qui n'a pas d'équivalent dans la CEDH »¹⁹⁴⁵. Il faut relativiser

par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique ».

¹⁹⁴¹ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, EU:C:2003:294, pt. 68 : « Il y a lieu encore d'ajouter que les dispositions de la directive 95/46, en ce qu'elles régissent le traitement de données à caractère personnel susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales et, en particulier, au droit à la vie privée, doivent nécessairement être interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ».

¹⁹⁴² CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 47 « À cet égard, il importe de relever que l'article 8, paragraphe 1, de la charte énonce que "toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant". Ce droit fondamental est étroitement lié au droit au respect de la vie privée consacré à l'article 7 de cette même charte ».

¹⁹⁴³ CJUE, GC, 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317.

¹⁹⁴⁴ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pts. 21, 35, 47, 54 et 55 : « voir par analogie, en ce qui concerne l'article 8 CEDH » ou « en ce qui concerne l'article 8 CEDH ».

¹⁹⁴⁵ CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 129 : « En outre, il convient de rappeler que les explications afférentes à l'article 52 de la Charte indiquent que l'article 52,

la portée générale de cet énoncé, en s’attardant notamment sur une autre formule de l’arrêt, qui soutient que « la protection du droit fondamental au respect de la vie privée au niveau de l’Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s’opèrent dans les limites du strict nécessaire »¹⁹⁴⁶. Dès lors, il est possible d’imaginer que la Cour de justice entend simplement marquer la subordination de l’article 8 à l’article 7 dans le cadre du contrôle de proportionnalité¹⁹⁴⁷ et faire valoir une éventuelle « plus-value tangible »¹⁹⁴⁸ à l’égard de la Convention. En attendant la levée du doute sur un amoindrissement de protection, la protection des données personnelles semble de plus en plus isolée. Or une autonomisation n’a pas nécessairement pour finalité d’assurer une protection accrue¹⁹⁴⁹. Deux décennies d’une circulation relativement débridée des données personnelles sont là pour en attester. Dans ce contexte, la patrimonialisation des données personnelles par contractualisation s’accroît¹⁹⁵⁰ : « la vénalité de l’information et les lois du marché exercent une pression irrésistible dans le sens de la libre circulation »¹⁹⁵¹.

paragraphe 3, de celle-ci vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH, “sans que cela porte atteinte à l’autonomie du droit de l’Union et de la Cour de justice de l’Union européenne” (arrêt du 15 février 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, point 47). En particulier, ainsi que le prévoit expressément l’article 52, paragraphe 3, seconde phrase, de la Charte, l’article 52, paragraphe 3, première phrase, de celle-ci ne fait pas obstacle à ce que le droit de l’Union accorde une protection plus étendue que la CEDH. À cela s’ajoute enfin le fait que l’article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l’article 7 de celle-ci et qui n’a pas d’équivalent dans la CEDH ».

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, pt. 96.

¹⁹⁴⁷ V. en ce sens CJUE, 27 septembre 2017, *Puškár*, aff. C-73/16, EU:C:2017:725, pt. 112 : « Il importe, à cet égard, de veiller au respect du principe de proportionnalité. En effet, la protection du droit fondamental au respect de la vie privée au niveau de l’Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s’opèrent dans les limites du strict nécessaire ».

¹⁹⁴⁸ TINIERE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l’Union européenne », 2018, p. 203.

¹⁹⁴⁹ « La consécration d’un droit fondamental à la protection des données personnelles encourage une conception artificiellement autonome de ces dispositions relatives à la protection des données » : OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, 2014, p. 582.

¹⁹⁵⁰ « L’entrée des droits dans le patrimoine entraîne et favorise leur circulation. Ils intègrent la sphère marchande et s’insèrent dans le marché » : MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l’image », *op. cit.*, p. 999.

¹⁹⁵¹ CATALA (P.), « Ébauche d’une théorie juridique de l’information », in *Le droit à l’épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », p. 225.

Conclusion du chapitre 1

412. Finalité en demi-teinte, fondement incertain. – Le brouillard conceptuel qui entoure les données à caractère personnel est en partie dû à l'opacité technique qui entoure les supports numériques. Toutefois, l'absence de stabilité des fondements juridiques afférents n'aide pas à la compréhension de cet objet. Cela ressort, originellement, des finalités poursuivies par un droit des données personnelles. La résignation des législateurs français et européens face à la nécessité technique et économique du traitement des données à caractère personnel est telle que ces finalités potentiellement concurrentes ont été gravées au sein même du droit positif. Cela est vrai, particulièrement, en droit dérivé de l'Union européenne, qui procède à une curieuse inversion des fins et des moyens : il importe de susciter la confiance des personnes et des opérateurs en garantissant un niveau élevé de protection afin de permettre la libre circulation des données, moyen essentiel à la réalisation du marché intérieur. Le droit interne, beaucoup moins transparent, semble présenter le régime applicable – principalement la loi du 6 janvier 1978 – comme un régime strictement protecteur. Or il n'en est rien, tant la volonté d'une cohabitation des intérêts potentiellement concurrents – liberté de la collecte et protection de la personne physique à l'égard des traitements de données – ressort des textes. La relative méconnaissance de l'aspect objectif des droits sur les données personnelles, pourtant mentionné à l'article 1^{er} de la LIL – « l'identité humaine » – participe à l'autonomisation de ces droits. Isolée de son fondement conceptuel logique – droits de la personnalité – et désaxée du droit au respect de la vie privée – matrice légale des droits de la personnalité –, la protection des données à caractère personnel est réduite à un faisceau de droits subjectifs. Parachevant cette entreprise, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a consacré un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel isolé du droit au respect de la vie privée. Le fondement même du droit des données personnelles est chancelant. Dans ce contexte, les traitements de données ne s'interrompent pas, voire s'amplifient. Pour expliquer la marchandisation résultant de ce désordre conceptuel et normatif, des solutions « réalistes » sont proposées : patrimonialisation et contractualisation.

« Ce n'est pas le moindre des paradoxes – car le droit à la protection de la vie privée en abonde – que pour mieux garantir cette liberté il faille instaurer un système tellement compliqué et sophistiqué que le citoyen moyen est hors d'état de défendre lui-même son droit à la confidentialité et au secret »¹⁹⁵²

¹⁹⁵² RIGAUX (F.), « Les paradoxes de la protection de la vie privée », in TABATONI (P.) (dir.) et al., *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 1, PUF, 2000, p. 39.

Chapitre 2 – La marchandisation de l'identité à défaut de qualification

« Affirmer, comme on le fait encore trop souvent, que les biens de la personnalité sont hors commerce, qu'ils sont inaliénables, indisponibles, bref qu'ils sont non patrimoniaux a une signification purement idéologique ; elle tend à masquer l'empire universel du marché. »

François RIGAUX¹⁹⁵³

413. Régime autonome, catégorie revisitée ? – Le droit est un « art pratique qui ne fonctionne bien que s'il manie des catégories dont on maîtrise la définition »¹⁹⁵⁴. Pour expliquer la confusion qui entoure la protection de l'identité numérique des personnes, nous avons tenté de démontrer que les principales finalités du droit des données personnelles sont la libre utilisation de l'informatique et la libre circulation des flux de données¹⁹⁵⁵ ; puis nous avons affirmé que les données à caractère personnel, ainsi que les droits d'exercice qui les accompagnent, ne paraissent pas épouser les catégories toutes indiquées, c'est-à-dire celles relatives à la protection de l'intégrité morale des personnes. La présence d'un régime *sui generis*, un droit autonome de l'identité numérique, semble s'imposer. Puisque ni la loi Informatiques et libertés (LIL) ni le règlement européen relatif à la protection des données ne s'affichent comme étant ouvertement dérogoires à la protection de la vie privée, la pratique fait droit. Pour en arriver là, une réflexion critique commande le mouvement dialectique que nous suivons : le régime conceptuellement indiqué pour répondre au danger d'une circulation excessive des données personnelles – les droits de la personnalité – ne constitue pas une réponse suffisante à l'enjeu qu'est la marchandisation massive et exponentielle des éléments de l'identité des personnes. Dès lors, on peut tenter de renverser la focale et de considérer que la pratique a épousé la forme particulière du droit patrimonial, forme à laquelle le droit des données personnelles aurait ménagé une place. Cette hypothèse est infirmée, car des contradictions insolubles ressortent des tentatives de qualifications patrimoniales. Finalement, il ne reste que la pratique et le régime spécial des droits sur les données personnelles. En l'absence de conceptualisation, un nouveau régime *sui generis* est découvert entre les personnes et les biens : la contractualisation portant sur les droits de la protection des données personnelles.

¹⁹⁵³ RIGAUX (F.), *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Bruxelles, Larcier, « Petites fugues », 2014, p. 157.

¹⁹⁵⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Penser le monde à partir de la notion de “donnée” », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.) *Internet, espace d'interrégulation*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2016, p. 7

¹⁹⁵⁵ V. en priorité OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, 754 p.

414. Zone grise, zone de liberté ? – En se réclamant d'un certain réalisme, il est tentant de prendre acte de la patrimonialisation des données à caractère personnel¹⁹⁵⁶. Cela peut notamment permettre de se défaire de l'aporie inhérente aux droits de la personnalité et de s'aventurer sur le terrain de la commercialité¹⁹⁵⁷. Face à la pertinence limitée des outils théoriques, la pratique peut être un important révélateur : le silence paraît être une liberté. Partant, il faut considérer l'état des normes au regard du phénomène de marchandisation. Effectivement, le corpus juridique n'interdit pas les contrats portant sur un dévoilement de données à caractère personnel, ce qui signifie que le droit commun a vocation à s'appliquer. On peut ainsi parler d'une tendance, que des auteurs qualifient de « marchandisation sauvage »¹⁹⁵⁸. Une vision « réaliste » de la pratique ne va pas sans son bagage libéral : les zones grises deviennent des zones de liberté, et la marchandisation devient une manifestation de l'ajustement du marché. Or, la puissance nécessaire pour coloniser les nouvelles zones de libertés économiques est généralement l'apanage des multinationales¹⁹⁵⁹. Cela est particulièrement vrai lorsque les zones colonisables sont celles qui regorgent de ressources dont l'extraction demande une grande connaissance technique et d'importants moyens financiers. L'analogie, bien connue, est facile : les données personnelles sont le « pétrole du XXI^e siècle »¹⁹⁶⁰. Tout comme la nature, la commercialité a horreur du vide.

415. La tendance à la commercialisation des données. – En vérité, évoquer une tendance à la commercialisation des données relève de l'euphémisme. De par leur abstraction, les chiffres perdent leur signification et dépassent l'entendement. Le Boston Consulting Group estime que la richesse annuelle produite par l'économie numérique sera d'environ 670 milliards de dollars en 2020¹⁹⁶¹. L'analogie semble gagner en pertinence : « la ressource la plus lucrative du monde n'est

¹⁹⁵⁶ MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », in DREYER (E.), BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.) (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2009, p. 1031 : « Nous sommes tous d'accord sur le phénomène de patrimonialisation, mais les avis divergent sur la façon dont il accède au droit ».

¹⁹⁵⁷ La notion de « commercialité » provient de la rédaction de l'ancien article 1128 du Code civil : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

¹⁹⁵⁸ MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 58.

¹⁹⁵⁹ SEGOND (V.), « Des données très convoitées », *Le Monde*, 30 mai 2017, pp. 6-7 : « Le marché de la data est dominé à 95 % par les GAFAs, tous les autres acteurs réunis n'en détiennent pas plus de 5 % » ; BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, Paris, Odile Jacob, « Corpus », 2015, p. 39 et s. ; JOUX (A.), « Google et Facebook accaparent le marché de la publicité en ligne », *Revue européenne des médias et du numérique*, n° 42-43, été 2017 ; COEFFE (T.), « Les statistiques du digital en 2017 », *Blogdumodérateur*, 1^{er} juin 2017, ressource indexée.

¹⁹⁶⁰ V. par exemple ROZENFELD (S.), « Isabelle Falque-Pierrotin : “Les données personnelles représentent le pétrole du numérique” », *ESI*, février 2012, n° 366, pp. 49-54 ; GRALLET (G.), « Les “data”, pétrole du XXI^e siècle », *Le Point*, Économie n° 2061, 15 mars 2012, pp. 94-96 ; MARCHAND (S.), « Les données fournies par le Big Data sont le pétrole du XXI^e siècle », *L'Opinion*, 18 novembre 2014.

¹⁹⁶¹ Boston Consulting Group, *The Value of our Digital Identity*, 2012, ressource indexée, p. 3 : « All told, the value created through digital identity can be massive – at a 22% annual growth rate, applying personal data can deliver a € 330 billion annual economic benefit for organizations in Europe by 2020. Individuals will benefit to an even greater degree, as the consumer value will be more than twice as large: € 670 billion by 2020 ».

désormais plus le pétrole, mais les données »¹⁹⁶². Si le droit n'a pas encore pris la mesure de la nature des données, leur intérêt et leur valeur marchande sont des évidences parmi les professionnels du secteur¹⁹⁶³. Il s'agit alors de prendre acte de leur commercialisation par positivisme¹⁹⁶⁴, c'est-à-dire admettre ce qui *est* avant de s'interroger sur ce qui *devrait être*. Par un raisonnement à rebours, il est possible d'admettre que les données personnelles, n'étant pas extracommerciales¹⁹⁶⁵, sont chargées d'une valeur et entrent à ce titre dans le patrimoine de la personne. Reste alors à savoir quelle est la nature de cet objet patrimonial : s'agit-il d'un bien ? Si oui, quel type de bien ? Le droit positif, qui procède selon la *summa divisio* personnes-choses, n'est pas d'un grand secours : ce qui n'est pas une personne est une chose. Mais qu'en est-il des attributs de l'identité ? Les concepts qui permettraient une réflexion propriétaire sur la nature de la donnée ne font pas non plus l'objet d'une définition consensuelle : propriété, patrimoine, bien. Les données sont-elles des biens immatériels ou des éléments de la personnalité ? Peuvent-elles être les deux ? Aucun article de la LIL ne répond à cette question, pas plus que le droit de l'Union. La conséquence de ce nouveau non-choix est une importante ouverture à la liberté des pratiques en matière de traitement des données. Il peut s'agir d'accompagner cette tendance et, à l'instar d'un défenseur de la propriété des données personnelles, admettre ceci : « on a perdu la bataille, et pour la rattraper, il faudra une rupture de paradigme »¹⁹⁶⁶.

416. Croisement de deux mondes. – Au « confluent de deux logiques »¹⁹⁶⁷, celles de l'être et de l'avoir¹⁹⁶⁸, les données personnelles sont des « feux follets conceptuels », partout et nulle part à la

¹⁹⁶² « Regulating the Internet giants », *The economist*, 6 mai 2017, ressource indexée. Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : « The world's most valuable resource is no longer oil, but data ».

¹⁹⁶³ V. en priorité BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, *op. cit.* Pour un récapitulatif récent, v. ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, pp. 75-86. En France, pour une étude d'ensemble datant de la prise de conscience du potentiel marchand des données, v. BELLEIL (A.), *E-privacy. Le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'Internet*, Paris, Dunod, « Stratégies et management », 2001, 202 p.

¹⁹⁶⁴ MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », in DREYER (E.), BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.) (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, p. 1000 : « Mais qu'on l'approuve ou non, il est vrai que c'est un élément du système juridique. Il faut donc le prendre à bras-le-corps, le regarder en face et tenter d'en restituer la signification. Il ne sert à rien de l'occulter ».

¹⁹⁶⁵ L'extracommercialité peut être définie comme « une restriction du pouvoir du sujet vis-à-vis de la chose ou du droit en le mettant dans l'impossibilité de s'en défaire par un acte de volonté » : LOISEAU (G.), *Le nom objet d'un contrat*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁶⁶ Propos de Gilles BABINET, recueillis par GEORGES (B.), RAULINE (N.), « Gilles Babinet et Pierre Bellanger : la régulation des données, défi majeur du XXI^e siècle », *LesÉchos.fr*, 12 février 2014, ressource indexée.

¹⁹⁶⁷ PRADEL (J.), « L'information personnelle : entre le commerce et les libertés », in *Le droit de la communication actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Montréal en septembre 1990*, Montréal, Thémis, 1992, p. 26 : « Avec les informations personnelles traitées par voie informatique, le débat reprend une nouvelle jeunesse puisque ces données nominatives se trouvent au confluent de deux logiques, celle de la vie privée et des libertés qui pousse à ne les admettre que parcimonieusement et celle de la publicité, de la communication, de la commercialisation qui conduit à les admettre au sens large ».

¹⁹⁶⁸ TERRE (F.), SIMLER (P.), *Droit civil. Les biens*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 2 : « Lié à la distinction de l'être et de l'avoir, la matière est, dans ses grandes lignes, tributaire des catégories fondamentales imaginées par le droit romain et maintenues au fil des siècles » (en italique dans le texte).

fois, allant du droit des obligations au droit des personnes¹⁹⁶⁹, protégées par un droit fondamental, prenant diverses formes insaisissables qui laissent les observateurs souvent découragés. Deux approches sont possibles pour expliquer ce phénomène. La première, que l'on peut qualifier de « réaliste », analyse la donnée personnelle comme un bien qui peut alors faire l'objet d'un droit réel (*jus in re*), selon la conception classique de la pleine propriété (**Section 1**). Les limites de cette hypothèse soulignées, il sera temps d'envisager la seconde, parfois désignée comme « personnaliste ». Elle est présentée par ses défenseurs comme plus à même de rendre compte de la substance des données. En effet, la patrimonialisation se ferait par un rapport de droit personnel (*jus ad personam*). Il s'agirait alors d'admettre que la personne maîtrise l'exploitation de ses données, dans un lien d'exclusivité qui ne souffre d'aucune aliénation vis-à-vis de la chose chargée en valeur (**Section 2**).

Section 1 – L'impossible appropriation des éléments de l'identité numérique

Section 2 – L'irrésistible contractualisation sur les éléments de l'identité numérique

¹⁹⁶⁹ MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, op. cit., p. 57 : « Au plan juridique, la marchandisation [...] remet en cause une certaine conception des données personnelles. Elle nous transporte au croisement de deux mondes, de deux logiques, de deux branches du droit : du droit commercial au droit des personnes, le droit du commerce électronique bouscule le droit des données personnelles ».

Section 1 – L'impossible appropriation des éléments de l'identité numérique

417. Le patrimoine, bagage de la personne. – Le patrimoine, dont on attribue la conceptualisation majeure à Aubry et Rau, est un bagage juridique de la personne, un ensemble qui constitue « une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique »¹⁹⁷⁰. Le patrimoine est une fiction dont la création est concomitante à celle de la personnalité juridique. Il y a donc autant de patrimoines que de personnes, et nulle personne sans patrimoine. Néanmoins, même si le patrimoine est un « grand sac »¹⁹⁷¹, il n'est qu'un contenant attaché à la personne et ne peut se confondre avec elle. Comment expliquer alors que des éléments de l'identité, qui forment partiellement la personne, puissent se patrimonialiser et plus précisément se charger d'une valeur pécuniaire ? Bien avant que les données à caractère personnel rendent possible une marchandisation de l'ensemble des attributs de l'identité, trois d'entre eux avaient déjà cristallisé l'attention de la doctrine, en ce que leur patrimonialisation était avancée : le nom, la voix, l'image¹⁹⁷².

418. Les éléments de l'identité, bagage de la personne ? – Le droit s'adapte à l'exploitation croissante des éléments de la personne par les entreprises. Si le corps de la personne et ses produits – tenus à l'écart par une « servitude d'humanité »¹⁹⁷³ – résistent encore à la commercialité, ils font l'objet de sollicitations pressantes¹⁹⁷⁴ : « tous les corps, qu'ils soient humains ou non-humains, vivants ou non-vivants, sont devenus les terres d'un nouveau monde à conquérir »¹⁹⁷⁵. Quant aux éléments de l'identité, il n'en existe plus aucun qui ne fassent pas l'objet d'une collecte. Il est par

¹⁹⁷⁰ AUBRY (C.-M.), RAU (F.-C.), *Cours de droit civil français de M. C. S. Zachariae. Tome Premier*, Strasbourg, Lagier, 1839, p. 333.

¹⁹⁷¹ ROCHFELD (J.), « La distinction des personnes et des choses », *Droit de la famille*, Avril 2013, pp. 11-12 : « [...] un grand sac – un contenant – dans lequel tous les biens et les dettes de la personne se mélangent, qu'ils soient présents comme futurs – le contenu –, les uns répondant des autres selon les techniques de la subrogation réelle et de l'universalité de droit ».

¹⁹⁷² Sur cette récente accélération de la patrimonialisation des attributs de l'identité, v. notamment au sein d'une riche littérature : SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 273-360 ; ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, « Thémis », 2013, notions 1, 4 et 5 ; MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », *op. cit.*, pp. 997-1049 ; TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, Universités européennes, 2012, 556 p. ; LOISEAU (G.), « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.*, janvier 2000, n° 1, pp. 47-63 ; LOISEAU (G.), *Le nom objet d'un contrat, op. cit.* ; BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, Ellipses, « Mise au point », 2015, p. 71 et s. ; BRUGUIERE (J.-M.), « La patrimonialisation de l'image : état des lieux », *LEGICOM*, février 2009, n° 43, pp. 19-22 ; BOUVARD (F.), « La commercialisation de l'image de la personne physique », in BLOCH (P.) (dir.), *Image et droit*, Paris, L'Harmattan, « Champs visuels », 2002, p. 375 et s.

¹⁹⁷³ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz - Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, p. 714.

¹⁹⁷⁴ BAYER (E.), *Les choses humaines*, Thèse Toulouse 1 Capitole, 2003, 455 p. ; ZULIAN (I.), *Le gène saisi par le droit : la qualification de choses humaines*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection du Centre Pierre Kayser », 2008, 338 p. ; SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, Thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 112 et s.

¹⁹⁷⁵ BARTOLI (D.), GOSSELIN (S.), « Organiser la désappropriation, libérer le commun », *Multitudes*, 2011/4, n° 47, p. 190.

ailleurs difficile de savoir si certains d'entre eux résistent encore à la commercialité¹⁹⁷⁶. Ce n'est plus – seulement – l'État qui presse la personne physique en matière d'investigations et de collecte des renseignements personnels. Désormais, « le privé est devenu le principal agresseur du privé »¹⁹⁷⁷. Dans un tel contexte, la propriété des données est envisagée par des opérateurs privés – qui peuvent y voir une opportunité – mais également par certains défenseurs de la personne qui y voient un rééquilibrage des rapports des forces, susceptible de faire cesser les investigations agressives qui ont cours sur les supports numériques¹⁹⁷⁸. Cette propriété s'envisage alors de deux façons : dans un rapport classique personne-bien, c'est-à-dire un droit de propriété de la personne sur ses données personnelles (§ 1), ou dans différentes acceptions renouvelées du bien et de la propriété (§ 2). Si des objections contextuelles peuvent être soulevées concomitamment à la présentation de ces théories, d'autres obstacles généraux à la propriété sur les données personnelles doivent faire l'objet de développements séparés, afin d'éviter une répétition systématique (§ 3).

§ 1 – La propriété sur les données personnelles selon l'approche classique

419. Le bien, un singulier au pluriel. – La donnée à caractère personnel peut-elle être considérée comme un bien ? Il faut, pour s'en convaincre, procéder par étape, dans un raisonnement à concepts gigognes. La donnée à caractère personnel est-elle un objet du droit ? De toute évidence, au regard du droit positif, oui. La loi du 6 janvier 1978 et le règlement 2016/679 garantissent un faisceau de droits *sur* les données personnelles. Les données à caractère personnel ne sont pas *sujet* de droit, mais *objet* de droit. Il faut ensuite se fixer sur la nature de la donnée personnelle : est-elle une chose ? Cela est probable, puisque la donnée personnelle est, au regard des normes en vigueur, une « information » qui permet l'identification des personnes¹⁹⁷⁹. L'étape suivante marque la fin du déroulement linéaire : la donnée est-elle un bien ? Pour pouvoir répondre à cette question, il faut dépasser la théorie classique des biens corporels et admettre l'existence des biens incorporels, qui

¹⁹⁷⁶ Les données sensibles, en théorie, ne devraient pas faire l'objet d'une circulation débridée, mais même ce principe a tendance à subir des atteintes croissantes : v. CAVALIER (M.), *La propriété des données de santé*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2016, 497 p.

¹⁹⁷⁷ PIATTI (M.-C.), « Avant-propos », in PIATTI (M.-C.) (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, PUL, 2001, p. 8.

¹⁹⁷⁸ BELLEIL (A.), « La régulation économique des données personnelles ? », *LEGICOM* 2009/1, n° 42, p. 144 ; GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « Presaje », 2005, 271 p.

¹⁹⁷⁹ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, Paris, Michalon, 2013, p. 34 : « L'information semble donc pouvoir être définie comme une chose incorporelle formalisée et porteuse d'un sens ».

font désormais l'unanimité en doctrine¹⁹⁸⁰ et ont été intégrés au droit positif¹⁹⁸¹. Les poupées gigognes laissent ici place à une ramification binaire dont le point d'ancrage est la notion de bien. La première approche est classique : la donnée primaire serait un bien détachable de son propriétaire (A.) ; la seconde prend acte des objections à la première, et propose que la propriété sur les données personnelles fasse corps avec la propriété intellectuelle et spécifiquement le droit moral de l'auteur (B.).

A. L'approche classique : la propriété sur les données primaires

420. L'hypothèse propriétaire en droit positif. – Alors que l'exploitation commerciale des données personnelles est toujours croissante et que l'effectivité des droits sur les données interroge, des voix s'élèvent pour proposer de prendre le marché à contrepied par un droit de propriété sur les données à caractère personnel. Un tel droit subjectif serait, *de jure*, plus protecteur, assurant un contrôle immédiat, et retisserait le lien entre la personne et la donnée personnelle. Dans un rapport rendu en 2002, le magistrat Pierre Truche admettait qu'il est « tentant en première approche de regarder les personnes comme détentrices d'un véritable droit de propriété sur leurs données »¹⁹⁸². Plus encore, les deux ordres juridiques juxtaposés proposeraient des éléments qui permettent d'envisager un tel régime. Il faudra alors passer la donnée personnelle à l'étalon du droit français de la propriété (1.) avant celui du droit européen (2.). Enfin, il conviendra d'admettre l'existence de nombreuses influences poussant dans le sens des théories réalistes sur la propriété des données personnelles et discuter ces théories (3.).

1. À l'épreuve du droit français de la propriété

421. Du général au particulier. – Pour apprécier la concordance d'un droit de propriété sur les données personnelles avec le droit français, il nous incombe de passer cette hypothèse au tamis des outils conceptuels de la propriété (a.) avant d'observer les indicateurs matériels du droit positif (b.).

a. Applicabilité des outils conceptuels de la propriété aux données à caractère personnel

422. Donnée personnelle et pleine propriété. – Éprouver la donnée personnelle au regard de la notion classique de la propriété et de son faisceau de prérogatives peut sembler particulièrement

¹⁹⁸⁰ Le Code de la propriété intellectuelle ainsi que de nombreux manuels sont là pour en attester. V. notamment MARINO (L.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, PUF, « Thémis », 2013, 425 p. ; VISSE-CAUSSE (S.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, « Mémentos LMD », 2017, 214 p.

¹⁹⁸¹ Code pénal, art. L. 434-41 (extrait) : « Est puni des mêmes peines le fait de détruire, détourner ou tenter de détruire ou de détourner un véhicule immobilisé ou un véhicule, une arme, tout autre bien, corporel ou incorporel » ; Code civil, art. 2355 (extrait) : « Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ».

¹⁹⁸² TRUCHE (P.) (dir.), *Administration électronique et protection des données personnelles. Livre blanc : rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État*, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 2002, p. 75.

scolaire, mais se révèle indispensable à la formation d'un point de départ conceptuel. Au sens classique, le terme de propriété renvoie à « la propriété privée – droit individuel de propriété – et la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel : droit d'user, de jouir et disposer d'une chose de manière exclusive »¹⁹⁸³. Cette définition rend compte du triptyque bien connu : *usus, fructus, abusus*. Peut-il exister un droit d'user (*usus*) de la donnée à caractère personnel ? Que la personne fasse un libre usage de l'information qui la rend identifiable semble cohérent. Cela étant dit, la propriété privée suppose la possibilité d'une cession : un tiers peut-il librement user d'un attribut de la personnalité cédé par une personne ? Cela est peu probable, car une telle convention pourrait faire obstacle à la qualification d'une infraction telle que l'usurpation d'identité, par ailleurs étendue aux données à caractère personnel¹⁹⁸⁴. Les exceptions sont celles du droit d'user de l'image ou du nom des personnes célèbres, mais cela se limite à quelques éléments et à cette situation particulière de notoriété¹⁹⁸⁵. En ce qui concerne la jouissance (*fructus*), l'expérience est là pour témoigner de ce qui se produit d'ores et déjà : le profit réalisé par les géants du numérique repose grandement sur les traitements de données à caractère personnel¹⁹⁸⁶. Enfin, la libre disposition (*abusus*) de la donnée à caractère personnel présente la plus grande difficulté d'application d'un droit de propriété entendu au sens classique. Un élément de l'identité peut-il être cédé à un tiers ? Une personne peut-elle aliéner un élément de sa propre identité ? La convocation des éléments formels de l'identité civile suffit à balayer une telle hypothèse : il n'est pas possible de se défaire de son nom, de sa nationalité, de sa date de naissance¹⁹⁸⁷. Sauf exception consentie par l'administration, le statut personnel est indisponible. Il faut en réalité admettre que cette approche est aussi rigide que contextuelle : elle va de pair avec une conception de la propriété limitée au bien corporel, c'est-à-dire « toute chose matérielle susceptible d'appropriation »¹⁹⁸⁸. Or, c'est bien l'évolution de la notion de bien, notamment à travers le bien immatériel, qui bouscule la notion de propriété.

423. Le bien, une définition incertaine. – Le concept de bien est « très ambigu »¹⁹⁸⁹, à tel point qu'il y a lieu de s'interroger sur la possibilité de parvenir à sa définition¹⁹⁹⁰. Le lien entre bien et

¹⁹⁸³ *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2016, 11^{ème} éd., p. 821.

¹⁹⁸⁴ Code pénal, art. 226-4-1 : « Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ».

¹⁹⁸⁵ Cass. com., 6 mai 2003 : *Bull. civ.*, IV, n° 69 : D. 2003, p. 2228, note G. LOISEAU ; *JCP G* 2003, II, 10169, note E. TRICOIRE ; MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », *op. cit.*

¹⁹⁸⁶ BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, *op. cit.*

¹⁹⁸⁷ Sur l'obligation du nom, l'interdiction de principe de la déchéance de nationalité, et de manière générale le principe d'indisponibilité du statut personnel, v. le premier chapitre de cette étude.

¹⁹⁸⁸ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁹⁸⁹ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 209.

¹⁹⁹⁰ GRZEGORCZYK (C.), « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? » *APD*, 1979, T. 24, pp. 259-272.

propriété est prégnant dans le droit positif, voire systématique. Le Code civil met en place des sous-divisions (meuble et immeuble) mais n'éclaire pas sa signification. Toutefois, il est parfois utile qu'une notion soit floue, de sorte qu'elle soit apte à traduire l'état d'une société politique à un instant donné¹⁹⁹¹. Sa définition contingente permet alors de modeler la fonction sociale du droit correspondant¹⁹⁹². Dans le cas du bien, l'intuition suffit à comprendre l'enjeu : il s'agit de la notion centrale du droit de propriété, lui-même pilier des sociétés occidentales¹⁹⁹³. Finalement, il n'est donc pas surprenant de constater la pluralité des critères pour apprécier la présence d'un bien : intérêt économique¹⁹⁹⁴, valeur¹⁹⁹⁵, produit¹⁹⁹⁶. Néanmoins, l'appropriation et l'existence d'une valeur peuvent être considérées comme les principaux critères.

424. L'immatérialité des biens appliquée à la donnée. – La dématérialisation progressive des échanges dans l'ensemble des sociétés a entraîné la création de biens dont l'intangibilité¹⁹⁹⁷ est nommée de différentes façons : incorporels, immatériels, intangibles, intellectuels. Cette polysémie est le fruit d'une absence de véritable conceptualisation¹⁹⁹⁸, peu dommageable dans la mesure où c'est moins l'objet qui intéresse que la possibilité de l'échanger et de le vendre. Il n'en est pas moins un bien¹⁹⁹⁹, en toute logique puisque « l'intangible est devenu la plus précieuse des ressources économiques »²⁰⁰⁰. Qu'il encourage ou réfrène une telle poussée, le droit serait malavisé de ne pas se saisir de tels objets. Les murs de la propriété sont repoussés, afin que cette dernière puisse devenir « l'instrument juridique privilégié pour organiser les relations entre la personne et une chose, matérielle ou non, qui a de la valeur »²⁰⁰¹. La catégorie des biens incorporels peut accueillir de nombreux objets : droits d'auteur, parts sociales d'une entreprise, clientèles, brevets, marque

¹⁹⁹¹ MATTHIEU (M.-L.), *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, « Thémis droit », 2^{ème} éd., 2015, p. 67 et s.

¹⁹⁹² ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 210 : « Admettre un élément de valeur au rang de bien juridique traduit en effet l'état des conceptions politiques à un moment donné ».

¹⁹⁹³ V. au sein d'une abondante littérature : MIGNOT (M.), « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ*, 2006/4, pp. 1805-1857 ; GRZEGORCZYK (C.), « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *op. cit.* ; REVET (T.), « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, mars 2004, n° 124, pp. 20-31.

¹⁹⁹⁴ LIBCHABER (R.), *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, mai 2016, n° 5, V° « Biens » : « Les biens sont, en première approximation, tous les objets possibles des désirs individuels, mais des désirs qui peuvent être satisfaits ; ils sont donc l'autre des personnes, ce qui pour elles constituent le monde extérieur, en tant qu'il peut être appréhendé, utilisé, consommé ».

¹⁹⁹⁵ MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges A. Breton-F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277.

¹⁹⁹⁶ Pour aller plus loin, v. ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 257, n° 33.

¹⁹⁹⁷ Le bien immatériel se définit par opposition au bien corporel : il n'est pas tangible et ne peut être saisi dans sa matière.

¹⁹⁹⁸ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 240 : « Ce manque de reconnaissance nette de la catégorie des biens incorporels ne va pas sans conséquence sur leur régime : le droit positif n'entoure pas ces biens de règles unitaires adaptées ».

¹⁹⁹⁹ CATALA (P.), « L'immatériel et la propriété », *APD*, 1999, T. 44, pp. 61-63.

²⁰⁰⁰ TABATONI (P.), « L'incorporel comme ressource économique. Propos introductifs », *APD*, 1999, T. 44, p. 149.

²⁰⁰¹ CARON (C.), « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image. Journées nationales de l'Association Capitant. Tome VIII*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, n° 2, p. 96.

déposée... mais afin de savoir si la donnée à caractère personnel peut s'insérer dans cette classification, il faut revenir à sa racine : l'information. Une réflexion autour de la nature de l'information est un préalable indispensable à la circonscription matérielle des données à caractère personnel, qui demeurent des informations permettant l'identification directe ou indirecte des personnes²⁰⁰². La propriété intellectuelle sur l'information, qui génère une valeur variable – en fonction de l'objet, de la temporalité, de l'émetteur et de la cible – fait figure de serpent de mer, « d'éternelle chimère »²⁰⁰³. Si elle incarne un « symbole des valeurs immatérielles »²⁰⁰⁴, l'information ne semble pas pouvoir être dotée d'un cadre conceptuel rigoureux. Cela s'explique par le degré d'abstraction de la notion d'information, qui ne peut véritablement faire l'objet d'une définition. Tout savoir est une information dès lors qu'il est formulé, mentalement comme verbalement²⁰⁰⁵. On trouve donc logiquement des définitions générales telles que « la formulation d'un message communicable »²⁰⁰⁶ ou « une chose incorporelle formalisée et porteuse d'un sens »²⁰⁰⁷. La synonymie avec la donnée et le renseignement n'éclaire pas mieux la notion, voire étourdit quiconque se livrerait à cette recherche circulaire²⁰⁰⁸. Pour ces différentes raisons, le droit positif – propriété intellectuelle comprise – n'offre pas à l'information un cadre juridique de protection ou d'appropriation²⁰⁰⁹. La doctrine se livre depuis plusieurs décennies à un débat de fond sur son caractère appropriable²⁰¹⁰. Pierre Catala a posé les jalons de cet échange très riche. Partant du principe que toute information formulée est une création et non une manne, il adopte une vision relevant principalement du droit d'auteur, et trouve sur les informations personnelles des

²⁰⁰² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 2 et Règlement (UE) 2016/679, art. 4.

²⁰⁰³ MALLEY-POUJOL (N.), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *op. cit.*

²⁰⁰⁴ TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, *op. cit.*, p. 117.

²⁰⁰⁵ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1998, p. 229 : « À l'heure où l'on photographie les atomes et où l'on écoute les astres, il n'est pas faux de dire que l'information potentielle donne une idée de l'infini ».

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 224.

²⁰⁰⁷ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁰⁸ ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *op. cit.*, p. 75 : « “Données”, “informations” et “connaissances” sont d'ailleurs des termes souvent utilisés l'un pour l'autre, alors même que ceux-ci recouvrent des catégories bien différentes tout en s'imbriquant ».

²⁰⁰⁹ TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, *op. cit.*, p. 118 : « Elles relèvent en effet, au même titre que les idées, d'une abstraction trop importante pour pouvoir circonscrire le champ de leur protection ».

²⁰¹⁰ V. notamment CHAMOIX (J.-P.) (dir.), « L'appropriation de l'information », Séminaire « Droit et économie des productions immatérielles » organisé à Paris du 12 au 14 novembre 1984, Paris, Librairies techniques, 184 p. ; CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.* ; POULLET (Y.), « Le fondement du droit à la protection des données nominatives : propriétés ou libertés ? », in MACKAAY (E.), BEAUDOIN (J.-L.) (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, *op. cit.*, p. 175 et s. ; LECLERQ (P.), « L'information est-elle un bien ? », in CARBONNIER (J.) (dir.), *Droit et informatique : l'hermine et la puce*, *op. cit.*, pp. 81-90 ; GALLOUX (J.-C.), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *op. cit.*, p. 229 ; DARAGON (E.), « Étude sur le statut juridique de l'information », *op. cit.* p. 63.

« prérogatives relevant du droit réel »²⁰¹¹, c'est-à-dire une pleine propriété²⁰¹². D'autres auteurs, comme Nathalie Mallet-Poujol, admettent la dualité des informations personnelles, en principe extrapatrimoniales mais pouvant faire l'objet d'un usage commercial²⁰¹³. Finalement, l'incertitude impose un consensus : l'information en tant que telle est exclue du Code de la propriété intellectuelle ainsi que des manuels, en ce qu'elle « ne relève pas de l'avoir, mais de la connaissance »²⁰¹⁴.

Les indicateurs conceptuels traduisant de modestes sursauts, ils ne permettent pas de déduire une pleine propriété des données à caractère personnel. Il faut alors examiner le droit positif pour estimer si, malgré l'absence de fondement théorique solide, il est possible d'apercevoir des indicateurs matériels allant dans le sens d'une propriété sur les données.

b. Observation des indicateurs matériels du droit positif

425. Du côté du législateur et de la jurisprudence. – Les indicateurs matériels sont de deux sortes : ce que le juge a eu à dire sur les éléments de l'identité à l'époque où la loi était muette sur ce point (- α), et ce que la loi est venue dire d'un éventuel droit de propriété sur les données à caractère personnel (- β).

-a. Les tendances jurisprudentielles quant à la propriété sur les données personnelles

426. Le juge finalement défavorable à la propriété des données personnelles. – Des jugements anciens peuvent être invoqués pour justifier non seulement une patrimonialisation mais plus encore une propriété réelle sur l'image ou le nom patronymique. Le Tribunal de la Seine a activement tenté de développer, au cours du XXe siècle, une conception propriétaire du droit à l'image. En 1905, la juridiction affirmait que « la propriété imprescriptible que toute personne a sur son image, sur sa figure, sur son portrait, lui donne le droit d'interdire l'exhibition de ce portrait »²⁰¹⁵ ; en 1937, « qu'il est de jurisprudence que le modèle a un droit absolu de propriété sur

²⁰¹¹ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 239 : « Ce sont là des prérogatives relevant du droit réel. Elles consacrent implicitement l'appartenance de la donnée nominative à la personne concernée, légitime titulaire qui peut, en cette qualité, vérifier leur bon usage et leur véracité, sous certaines contraintes et limites que le législateur a édictées pour des motifs d'intérêt général. Il nous paraît donc que la protection accordée aux individus par la loi sur l'informatique et les libertés reflète un droit *sur* l'information personnalisée plutôt qu'un droit *à* cette information » (en italique dans le texte).

²⁰¹² Pour une discussion approfondie autour de cette thèse, v. *infra*.

²⁰¹³ MALLET-POUJOL (N.), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *op. cit.*, p. 336 : « Cette récusation de tout droit de propriété sur l'information invite à revivifier le concept d'usage d'une chose hors commerce parce que non appropriable ou indisponible. La réglementation de l'usage de l'information est un chantier majeur des sociétés contemporaines. Les avancées législatives et jurisprudentielles des vingt dernières années sont très encourageantes. Penser cet usage en termes de droit à l'information et de droit de la personnalité contribuerait à renforcer un "certain humanisme juridique" ».

²⁰¹⁴ GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *APD*, 1999, T. 43, p. 77.

²⁰¹⁵ Tribunal civil de la Seine, 10 février 1905, *DP* 1905, II, pp. 389-390.

sa photographie »²⁰¹⁶. La tendance se confirmait avec d'autres jugements du Tribunal commercial de la Seine²⁰¹⁷, puis du TGI de Paris²⁰¹⁸, et enfin de quelques épigones, à l'image du Tribunal de grande instance de Grasse²⁰¹⁹. Le droit sur le nom a connu en jurisprudence pareils développements. Bien que les arrêts soient encore plus anciens, c'est cette fois la Cour de cassation qui avait donné le ton, en 1841, en assurant que « les noms patronymiques des familles sont leur propriété »²⁰²⁰. Cette position avait été logiquement suivie par les juges du fond²⁰²¹, et la chambre des requêtes de la haute juridiction civile itérait en 1908²⁰²². Ces deux tendances jurisprudentielles peuvent être relativisées à différents égards. D'emblée, on peut soulever l'ancienneté des occurrences, ce qui illustre un abandon de l'approche ouvertement propriétaire des éléments de la personnalité. Plus encore, c'est la cause de ce délaissement qui est déterminante : une conceptualisation française des droits de la personnalité et la garantie d'un véritable droit au respect de la vie privée. En l'absence de garde-fous tels que les développements jurisprudentiels concernant les droits de la personnalité ou l'article 9 du Code civil, la pleine propriété pouvait passer pour protectrice des personnes et de leur patrimoine. Hasard ou non, la théorie de la propriété sur le nom a disparu de la jurisprudence après les développements de Perreau sur les droits de la personnalité. Les juges ne considèrent plus, désormais, que la propriété est secourable en matière de protection de l'identité des personnes. Ils constatent en effet la présence d'un « droit exclusif »²⁰²³ sur l'image, c'est-à-dire un droit subjectif qui n'est pas obligatoirement un lien de propriété. En réalité, il faut aller plus loin et affirmer qu'il ne doit pas être considéré comme un droit de propriété. Le 5 juin 2003, la Cour de cassation validait curieusement un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux qui constatait un droit de propriété sur l'image d'un bien. La motivation devait alors être à regardée de plus près : le juge de cassation précisait que « le motif selon lequel le “droit à l'image” serait un attribut du droit de propriété » est « erroné mais surabondant »²⁰²⁴. Il est difficile de faire plus clair. Le monopole d'exploitation de sa

²⁰¹⁶ Tribunal civil de la Seine, 24 mars 1937 : *Gaz. Pal.* 1937, 2, p. 155.

²⁰¹⁷ Tribunal commercial de la Seine, 11 mai 1939, *Gaz. Pal.* 1968, I, p. 379 : « Attendu qu'une entreprise spécialisée dans la publicité sous toutes ses formes ne peut ignorer le droit absolu de propriété du modèle sur sa photographie » ; Tribunal commercial de la Seine, 26 février 1963, *JCP G* 1963, II, 13364 : « Attendu que par un principe de droit établi par une jurisprudence constante, le photographié possède sur son image et sur l'usage qui en fait, un droit de propriété absolu, dont nul ne peut disposer sans son consentement ».

²⁰¹⁸ TGI Paris, 31 octobre 1996, *Légipresse* 1997, I, p. 52 : « [...] il est de principe que chacun possède, sur son image, et sur l'usage qui en est fait, un droit de propriété absolu dont nul ne peut disposer sans consentement ».

²⁰¹⁹ « Le fait d'avoir publié sans autorisation, des photographies concernant la vie privée de Belmondo et représentant celui-ci constitue une atteinte véritable au droit de propriété que chacun possède sur son image » : TGI Grasse, ord. réf., 27 février 1971, *JCP G* 1971, II, 16734.

²⁰²⁰ Cass. civ. 16 mars 1841 : *D.* 1841, I, p. 210.

²⁰²¹ CA Paris, 4 décembre 1863 : *DP* 1864, II, p. 12 ; CA Paris, 16 mai 1900 : *DP* 1902, II, p. 174.

²⁰²² Cass. req., 25 mars 1908 : *Gaz. Pal.* 1908, I, p. 549.

²⁰²³ CA Paris, 19 octobre 1988 : *D.* 1988, p. 288 ; TGI Paris, 9 juin 2010 : *Légipresse* 2010, p. 374 : « Toute personne dispose d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à la reproduction de son image, sans autorisation préalable ».

²⁰²⁴ Cass. civ. 2^e, 5 juin 2003, *Légipresse* 2003, I, 155 : « Mais attendu que la cour d'appel a justement retenu que la publication dans la presse de la photographie de la résidence de M. X..., accompagnée du nom du propriétaire et de sa

propre image relève donc d'un droit personnel. Il semble alors quelque peu schématique de considérer que l'image est « susceptible d'appropriation et de négoce comme une marchandise »²⁰²⁵. Néanmoins, les deux siècles écoulés enseignent que le champ du droit de propriété n'est jamais figé, comme le rappelle souvent le Conseil constitutionnel : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux »²⁰²⁶.

427. Commercialité et extracommercialité d'un fichier de clientèle. – Un fichier de clientèle ne peut être cédé s'il n'a pas fait l'objet d'une déclaration à la CNIL. C'est ce que la Cour de cassation a fait savoir dans un arrêt du 25 juin 2013²⁰²⁷. Les visas de l'arrêt se placent au croisement du droit des contrats (ancien art. 1128) et de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, la haute juridiction civile est venue rappeler que la loi n° 78-17 était relative à l'informatique, *aux fichiers*²⁰²⁸ et aux libertés. En l'espèce, un commerçant dont l'activité était la vente de vin aux particuliers avait cédé son portefeuille de clients. L'acheteur, constatant que le fichier de clientèle n'avait pas fait l'objet d'une déclaration à la CNIL, souhaitait obtenir la nullité du contrat pour illicéité de l'objet, et ce sur le fondement de l'article 22 de la LIL. La Cour de cassation a accueilli le moyen et cassé l'arrêt d'appel en affirmant que la vente « d'un tel fichier qui, n'ayant pas été déclaré, n'était pas dans le commerce, avait un objet illicite ». Cette solution a fait l'objet d'interprétations très diverses. Des auteurs ont pu y voir une forme de consécration de la propriété sur les données, puisque la commercialité du fichier ne peut être discutée que s'il s'agit d'un bien²⁰²⁹ ou encore que « l'extracommercialité n'existe que pour des choses qui sont déjà appropriées »²⁰³⁰. Ce dernier point peut être discuté puisqu'il existe des choses appropriées hors commerce, comme certaines armes à feu de catégories particulières²⁰³¹. Le principe reste le suivant : ce qui est extrapatrimonial est extracommercial. À titre d'exemple, le cas du corps humain reste le plus éloquent. En ce sens, un autre auteur a plutôt considéré que « cette décision est particulièrement importante car elle permet

localisation précise, portait atteinte au droit de M. X... au respect de sa vie privée ; qu'ainsi, abstraction faite du motif, erroné mais surabondant, selon lequel le "droit à l'image" serait un attribut du droit de propriété, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

²⁰²⁵ MALAURIE (P.), *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, 3^e éd. 2007, n° 332, p. 135.

²⁰²⁶ CC, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons.16 ; v. également CC, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2008, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 13 : « que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figure le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France ».

²⁰²⁷ Cass. com., 25 juin 2013 (12-17.037): *Bull. Civ.* 2013, IV, n° 108.

²⁰²⁸ Nous soulignons.

²⁰²⁹ BEAUSSONIE, « L'extracommercialité relative d'un fichier informatisé de clientèle », *D.* 2013, pp. 1867-1870.

²⁰³⁰ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », *op. cit.*, p. 119.

²⁰³¹ TERRE (F.), SIMLER (P.), *Droit civil. Les biens, op. cit.*, n° 14 ; TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité, op. cit.*, p. 134 et s. ; DROSS (W.), *Droit civil. Les choses*, Paris, LGDJ, 2012, p. 616, n° 335-1.

d'esquisser les contours de la commercialité limitée des données personnelles, dans un contexte général d'indisponibilité »²⁰³². Nous partageons cette dernière interprétation, puisqu'il n'est pas nouveau que les fichiers de clientèle, qui contiennent des données à caractère personnel (au minimum les noms et coordonnées des clients), sont des objets pouvant être commercialisés²⁰³³. Il n'est pas non plus nouveau que les supports qui contiennent des données sont distincts des données personnelles elles-mêmes, comme l'indique le droit *sui generis* des bases de données. La commercialité du fichier est conditionnée à la licéité de l'objet²⁰³⁴, licéité elle-même subordonnée à une déclaration auprès de la CNIL qui vérifiera le cas échéant les conditions de collecte des données²⁰³⁵. S'il est certes paradoxal que le fichier soit objet de propriété alors que son contenu ne l'est pas, cet arrêt n'apporte aucun argument dans le sens de la propriété des données : il en circonscrit la collecte et l'utilisation au contrôle de la CNIL, qui raisonne exclusivement sur le fondement de la loi *Informatiques et libertés*. Or, dans cette loi du 6 janvier 1978, on ne trouve nulle trace d'un droit réel sur les données personnelles²⁰³⁶. En définitive – et bien que cela puisse être discuté – il apparaît juridiquement nécessaire de considérer que le fichier est un objet à part entière, dont la licéité ne dépend pas d'un droit de propriété sur les différents éléments qui le composent. S'il n'en était pas ainsi, l'action d'une personne qui ferait valoir son droit de suppression sur une donnée personnelle contenue dans un fichier entraînerait systématiquement la nullité de la vente pour altération postérieure de l'objet. Nous voyons donc plutôt dans cet arrêt un coup de semonce de la Cour de cassation, qui entend mettre fin aux nombreux flottements des pratiques, voire à la grande ignorance des commerçants vis-à-vis des obligations de déclaration²⁰³⁷. Sur ce dernier point, il y a loin de la coupe aux lèvres, puisque le RGPD est venu changer la nature des obligations de déclaration pesant sur les entreprises²⁰³⁸.

²⁰³² OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 576.

²⁰³³ ROCHFELD (J.), « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », *Revue des contrats*, mars 2014, p. 120 : « Relativement au fichier de clientèle, on pourrait néanmoins s'étonner que cette préoccupation ne se cristallise que maintenant, tant cet élément d'échange apparaît somme toute assez classique : il n'est pas un nouveau venu dans la pratique des affaires ».

²⁰³⁴ Pour rappel, les choses hors commerce sont celles qui ne peuvent être l'objet d'une convention (art. 1128 du Code civil), être vendues (art. 1598), prêtées (art. 1878), ou acquises par prescription (art. 2226). Pour aller plus loin, v. MOINE (I.), *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1997, 438 p. ; TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, *op. cit.* ; LOISEAU (G.), « Typologie des choses hors du commerce », *op. cit.*, pp. 47-63.

²⁰³⁵ Ce que confirme la CNIL dans son rapport annuel d'activité 2015. V. CNIL, *Rapport d'activité 2015*, Paris, La Documentation Française, 2016, p. 81 : « Si le commerce des fichiers et leur valeur marchande sont reconnus (cf. à cet égard la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment par son arrêt du 25 juin 2013), ce sont donc sous condition de légalité et sans écarter les droits des personnes concernées par les données cédées ».

²⁰³⁶ La CNIL continue d'utiliser l'expression « utilisateur de données » pour qualifier les professionnels réalisant des traitements, et non celle de « propriétaire des données ».

²⁰³⁷ PERRAY (R.), « De l'utilité économique de bien accomplir ses formalités auprès de la CNIL », *RLDI*, octobre 2013, n° 97, pp. 43-44.

²⁰³⁸ V. nos développements précédents sur l'auto-évaluation par les professionnels, n°s 367 et s.

Le juge n'éclairant que peu le débat sur la propriété des données à caractère personnel, il est nécessaire de rechercher des indices au sein du droit positif.

-β. *Les autres éléments de droit positif suggérant un droit de propriété sur les données personnelles*

428. La modification du noyau de la LIL. – L'article 1^{er} de la LIL, socle historique du texte, n'avait jamais été modifié avant la loi du 7 octobre 2016²⁰³⁹. Il contient désormais un second alinéa qui dispose que « toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant ». Cet énoncé peut être pris en deux sens différents. La première interprétation consiste à isoler l'expression « droit de décider et de contrôler les usages » et la traduire par « abus et usufruit ». Ainsi interprété, l'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 modifiée est une implémentation cachée d'un droit de propriété sur les données personnelles²⁰⁴⁰. Toutefois, on trouve un rejet explicite d'un tel droit dans l'exposé des motifs de la LRN. En effet, les ministres qui présentent le texte y affirment une rupture avec « la thèse patrimoniale qui affirme que la meilleure réponse est de faire entrer les données dans le champ patrimonial des personnes »²⁰⁴¹. La seconde lecture suggère donc une inclinaison vers l'autodétermination informationnelle, et il faut relever que cette partie de l'exposé des motifs reprend mot pour mot l'étude annuelle du Conseil d'État relative au numérique et aux droits fondamentaux²⁰⁴². Dans la présentation du texte, on trouve également l'affirmation selon laquelle la modification de l'article 1^{er} « constitue une réponse à la perte de maîtrise par les individus de leurs données personnelles », ainsi qu'un renvoi aux « dispositions équivalentes consacrées par la Cour fédérale allemande ». L'expression n'est pas inscrite dans le texte, mais elle est suggérée avec insistance²⁰⁴³ : autodétermination informationnelle²⁰⁴⁴. L'absence de transcription complète du concept peut s'expliquer par la faible volonté de traduire en droit positif l'ensemble des prérogatives qu'il peut induire : consentement réévalué, rapports de force équilibrés, actions collectives et individuelles renforcées²⁰⁴⁵. Ainsi amputée d'une partie de sa portée, l'autodétermination

²⁰³⁹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

²⁰⁴⁰ OCHOA (N.), « La propriété des données personnelles : ce cadeau empoisonné de la loi Lemaire », *Les Échos*, 29 janvier 2016 ; LEGER (L.) (dir.), *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, Rapport public du Think Tank « Génération libre », pp. 56-60.

²⁰⁴¹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, exposé des motifs, article 26.

²⁰⁴² Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 265 : « C'est le très grand nombre de données traitées qui confère leur valeur aux bases manipulées par les acteurs du numérique. Ainsi, le rapport de forces entre le consommateur isolé et l'entreprise, resterait marqué par un déséquilibre structurel » ; Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, exposé des motifs, article 26 : « C'est le très grand nombre de données traitées qui confèrent leur valeur aux bases manipulées par les acteurs du numérique. Ainsi, le rapport de forces entre le consommateur isolé et l'entreprise, resterait marqué par un déséquilibre structurel ».

²⁰⁴³ C'est ainsi que l'interprète la CNIL, qui y voit la consécration d'une « clé de lecture de cette législation » : CNIL, *Rapport d'activité 2016*, Paris, La Documentation Française, 2017, p. 40.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 264 et s. ; Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 15 décembre 1983, *Volkszählung*, BVerfGE 65, 1, 42.

²⁰⁴⁵ Sur ce point, v. nos développements suivants, n° 585.

informationnelle n'est plus que la « maîtrise des données ». Or, affirmer ladite maîtrise revient à rappeler l'actuel faisceau de droits sur les données personnelles, qui ne sont autres que des droits de réaction (rectification, suppression). Si l'expression « maîtrise » est donc séduisante, elle n'est que l'assurance de la possibilité d'exercer un droit subjectif. Si l'on peut y voir un glissement vers la définition du droit subjectif donnée par Dabin, une « appartenance-maîtrise »²⁰⁴⁶, on ne peut en revanche y voir la garantie d'une propriété sur les données. La modification de l'article 1^{er} de la loi *Informatique et libertés* ne nous apparaît donc pas plus utile que révolutionnaire. On y verra une volonté du législateur de montrer patte blanche avant l'entrée en vigueur du RGPD, voire de bousculer un droit des données personnelles jugé peu effectif en altérant son fondement historique²⁰⁴⁷.

429. Le droit *sui generis* des bases de données. – Si aucun élément normatif ou jurisprudentiel ne semble aller dans le sens d'une propriété sur les données personnelles, un droit de propriété parallèle s'est développé : celui sur les bases de données²⁰⁴⁸. Le droit *sui generis* des bases de données accueille explicitement la propriété privée²⁰⁴⁹. Le cadre a été posé par la directive 96/9/CE relative à la « protection juridique des bases de données »²⁰⁵⁰. Le texte prévoit que « les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur »²⁰⁵¹. Un paradoxe émerge : les opérateurs privés peuvent disposer d'un droit de propriété sur des bases de données alors que les personnes dont les données sont contenues dans cette base ne sont pas propriétaires de leurs propres données. Sur ce point, la directive botte en touche en rappelant que « la protection des bases de données par le droit d'auteur prévue par la présente directive ne couvre pas leur contenu et elle est sans préjudice des droits subsistant sur ledit contenu »²⁰⁵². Le contenant est donc potentiellement objet de propriété mais la formation du contenu relève d'un autre droit applicable, celui des données à caractère personnel. En théorie, la maîtrise est totale grâce à ce droit « *sui generis* »²⁰⁵³, puisque le créateur de la base de données a le droit « d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité

²⁰⁴⁶ DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 81-93.

²⁰⁴⁷ V. nos développements précédents sur la LRN, « Loi-spectacle », n^{os} 354 et s.

²⁰⁴⁸ L'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle définit les bases de données comme suit : « On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

²⁰⁴⁹ Pour une réflexion d'ensemble menée avant même l'adoption de la directive 96/9/CE, v. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données : contribution à une approche juridique des richesses informationnelles*, Paris, CNRS Éd., 1993, 754 p.

²⁰⁵⁰ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L 77 du 27 mars 1996, p. 20.

²⁰⁵¹ *Ibid.*, art. 3 al. 1.

²⁰⁵² *Ibid.* art. 3 al. 2.

²⁰⁵³ Il s'agit de l'intitulé du chapitre III de la directive 96/9/CE : « Droit *sui generis* ».

ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci »²⁰⁵⁴. Le premier problème réside dans la certitude de la légalité du contenu des bases de données : l'assurance que toutes les données à caractère personnel ont été collectées licitement et loyalement, en respect d'un consentement libre et informé, est impossible à fournir. Dès lors, dans le cas de la cession d'une telle base de données, la traçabilité devient pratiquement impossible, et l'effectivité des droits sur la protection des données personnelles s'amenuise. La seconde objection découle d'une difficulté de qualification : la propriété intellectuelle sur la base de données est conditionnée par une activité particulière de classement ou traitement effectuée de façon « systématique ou méthodique ». En d'autres termes, une forme de technique et d'originalité justifie la qualité « d'auteur » d'une base de données. Cette seconde objection donne lieu à deux observations subséquentes. La massification des procédés de traitement rendant difficile la justification du statut d'auteur – qui permet de bénéficier d'un statut protecteur –, le risque d'établissement hors de l'Union pour bénéficier de lois plus souples est à craindre²⁰⁵⁵. La deuxième observation replace la focale sur les données à caractère personnel : dans un tel cas, tout acteur qui stocke les données personnelles à des fins ultérieures de traitement, selon un certain mode de classement, n'est-il pas *de jure* propriétaire d'une base de données ? Le responsable de traitement qui agit en qualité de « transformateur » des données primaires deviendrait auteur et donc propriétaire. La difficulté à distinguer la base de données du fichier prend ici toute sa mesure²⁰⁵⁶. Finalement, ces observations conduisent à considérer qu'un droit de propriété sur les bases de données est un amoindrissement des droits sur les données à caractère personnel – notamment la fameuse portabilité des données²⁰⁵⁷. La crainte de la volatilité est d'autant plus sérieuse que les bases de données ont fait l'objet de décisions de l'Autorité de la concurrence, qui considère que des prix concurrentiels doivent être pratiqués sur ces bases de données afin de ne pas entraver le bon fonctionnement du marché²⁰⁵⁸,

²⁰⁵⁴ Directive 96/9/CE, art. 7.

²⁰⁵⁵ V. ROZENFELD (S.), « Nicolas Courtier : Bases de données, une protection obsolète », *ESI*, juin 2017, n° 45, p. 219.

²⁰⁵⁶ Schématiquement, on peut définir une base de données comme un entrepôt immatériel de stockage des données. Le fichier, lui, est un agencement de données à visée spécifique, et ne contient qu'un certain type d'informations. Donc, lorsque le stockage dans une base de données est réalisé d'une façon cohérente en vue d'une utilisation ultérieure, la base de données elle-même peut être sous-divisée en différents fichiers. La base de données – lieu de stockage indifférencié des données – et le fichier – données agencées dans un but précis – entretiennent des liens étroits. L'approche statique de la définition de la base de données semble donc aujourd'hui désuète. En effet, les données sont essentiellement stockées dans des contenants spécifiques et les programmes vont pouvoir venir puiser dans le contenu afin d'agencer des fichiers en flux continu. C'est la raison pour laquelle les notions de « Fichiers de bases de données » et « Groupes de fichiers » ont été développées dans le cadre de systèmes qui facilitent l'interopérabilité.

²⁰⁵⁷ Portabilité des données prévue par le RGPD (art. 20) et inscrite dans Code de la consommation à l'article L. 224-42-1 : « Le consommateur dispose en toutes circonstances d'un droit de récupération de l'ensemble de ses données ».

²⁰⁵⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales*.

conformément au droit de l'Union qui encourage la circulation des bases de données pour la réalisation du marché intérieur²⁰⁵⁹.

430. Le « vol » de données. – La loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme²⁰⁶⁰ a notamment modifié l'article L. 323-3 du Code pénal. Désormais, le Code pénal incrimine le fait « d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données » contenues dans un système informatique. Concrètement, on peut donc y voir une incrimination du vol et de recel de données. Or, on ne peut voler que la chose d'autrui, et la situation de l'infraction visée au sein du Code pénal le confirme : elle est inscrite dans le Livre III qui vise les « crimes et délits contre les biens ». La qualification pénale de données en tant que bien n'est pas sans conséquence, lesdites données étant potentiellement des données à caractère personnel. Il faut néanmoins ramener ces dispositions à leurs connotations pratique et matérielle : elles ont été adoptées afin d'alourdir les peines relatives au piratage informatique dans un cadre terroriste²⁰⁶¹, et restent des dispositions de droit pénal, droit qui « ne s'embarrasse pas du débat sur la nature d'une information »²⁰⁶². Rappelons enfin que les infractions relatives aux traitements frauduleux de données à caractère personnel sont considérées comme des atteintes aux personnes, et plus spécifiquement aux droits de la personnalité. En ce sens, la norme évoquée peut être considérée comme un éventuel indicateur, mais non comme un éclairage permettant de faire le jour sur la nature des données personnelles.

431. Le Ministère de l'intérieur, « vendeur » de données ? – Un cas très particulier, et à notre connaissance unique, a été prévu à l'article 29 de la loi du 20 avril 2009²⁰⁶³. Ce texte modifie l'article L. 330-5 du Code de la route afin d'autoriser l'utilisation commerciale des données personnelles figurant sur la carte grise du véhicule par l'autorité administrative en charge de la collecte de ces données²⁰⁶⁴. Après diverses modifications, le Code de la route dispose désormais que « ces

²⁰⁵⁹ La CJUE rappelle que la directive 96/9/CE vise à la libre circulation des bases de données. V. CJUE, 1^{er} mars 2012, *Football Dataco e. a.*, aff. C-604/10, EU:C:2012:115, pt. 48 : « il convient de souligner que la directive 96/9 vise [...] à supprimer les disparités qui existaient entre les droits nationaux en matière de protection juridique des bases de données, notamment en ce qui concerne l'étendue et les conditions de la protection par le droit d'auteur, et qui portaient atteinte au fonctionnement du marché intérieur, à la libre circulation des biens et des services dans l'Union européenne ainsi qu'au développement d'un marché de l'information au sein de celle-ci ».

²⁰⁶⁰ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (1), JORF n° 0263 du 14 novembre 2014, p. 19162, texte n° 5.

²⁰⁶¹ La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a d'ailleurs réévalué les sanctions pénales prévues à cet article : toutes ont été doublées par rapport à la loi du 13 novembre 2014.

²⁰⁶² DAURY-FAUVEAU (M.), « Le “vol” d'un bien numérique : vers la suppression des guillemets », in NETTER (E.), CHAIGNEAU (A.) (dir.), *Les biens numériques*, Actes du colloque organisé par le CEPRISCA le 26 septembre 2014, Paris, PUF, « Colloques », 2015, p. 137.

²⁰⁶³ Loi n° 2009-431 du 20 avril 2009 de finances rectificative pour 2009 (1).

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, art. 29 (extraits) : « Ces informations nominatives sont également communicables à des tiers préalablement agréés par l'autorité administrative afin d'être réutilisées dans les conditions prévues au chapitre II du titre Ier de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal [...] à des fins d'enquêtes et de prospections commerciales,

informations nominatives sont également communicables à des tiers préalablement agréés par l'autorité administrative afin d'être réutilisées dans les conditions prévues [...] à des fins d'enquêtes et de prospections commerciales, sauf opposition des personnes concernées »²⁰⁶⁵. Les informations contenues dans ce fichier SIV²⁰⁶⁶ sont nombreuses. On y trouve notamment les noms, adresses, numéros de téléphone (facultatif), modèle du véhicule, immatriculation²⁰⁶⁷. Ces renseignements, qui intéressent les concessionnaires, assureurs et vendeurs de pièces automobiles²⁰⁶⁸, rapporteraient environ 4 millions d'euros par an au Ministère de l'intérieur²⁰⁶⁹, puisque le montant de la redevance fixé par décret oscille entre 0,087 et 0,20 euro par dossier d'immatriculation²⁰⁷⁰. Un raisonnement simplifié conduit à dire que « l'État peut vendre à des sociétés commerciales des données personnelles »²⁰⁷¹. Il est possible de rétorquer que le droit d'opposition est prévu par les dispositions en vigueur, cette prérogative restant valable dans le cas d'un traitement par l'administration. Sur le consentement lui-même, on peut se montrer réservé quant à l'information sur un tel traitement et sur une telle transaction au moment de l'achat d'un véhicule et de la signature d'une carte grise : les professionnels et la préfecture s'engagent à faire apparaître les dispositions dans un formulaire. Quant à l'exercice concret du droit d'opposition, il s'opère auprès des préfectures. Cela n'est pas, il faut bien le dire, la démarche la moins lourde pour l'utilisateur. Finalement, si l'État peut vendre des données à caractère personnel comme des biens, il est difficile d'expliquer que les personnes elles-

sauf opposition des personnes concernées selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article 38 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

²⁰⁶⁵ Code de la Route, article L. 330-5.

²⁰⁶⁶ Système d'immatriculation des véhicules, arrêté du 10 février 2009 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé système d'immatriculation des véhicules ayant pour objet la gestion des pièces administratives du droit de circuler des véhicules.

²⁰⁶⁷ Pour une appréciation des nombreuses données contenues dans ce fichier, v. CNIL, délibération n° 2013-321 du 24 octobre 2013 autorisant le Ministère de l'Intérieur à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé Système d'Immatriculation des Véhicules (SIV) ayant pour finalité la gestion des pièces administratives du droit de circuler des véhicules : « Le SIV enregistre les informations : relatives au titulaire du certificat d'immatriculation : nom, nom d'usage, prénom, sexe, date et lieu de naissance, raison sociale, numéro SIREN et/ou numéro SIRET, adresse, numéro de téléphone portable (facultatif) ; relatives au véhicule et à l'autorisation de circuler : numéro d'immatriculation, numéro VIN (vehicle identification number), pays d'immatriculation, caractéristiques techniques du véhicule (dont marque, dénomination commerciale, code couleur, catégorie UE, genre national, masse en charge maximale admissible en service dans l'État membre et masse en charge techniquement admissible), situation vis-à-vis du contrôle technique, mentions spécifiques et d'usage, oppositions au transfert du certificat d'immatriculation, déclarations valant saisie, gages, retrait du titre suite à l'immobilisation du véhicule, suspension de l'immatriculation, destruction du véhicule, annulation de l'immatriculation, déclaration d'achat, déclaration de cession, déclarations et conclusions des rapports d'expertise des véhicules endommagés, montant des taxes, numéro de formule du certificat d'immatriculation et date de la première immatriculation ».

²⁰⁶⁸ V. par exemple la société *Oscaro*, qui propose sur Internet la vente de pièces détachées automobiles. Afin de s'assurer de la compatibilité des pièces commandées avec le modèle du véhicule, le vendeur de pièces détachées rassure ses clients : il suffit de fournir le numéro de la plaque d'immatriculation de son véhicule. Le prestataire peut alors recouper les informations dont il dispose pour fournir la pièce détachée adaptée au type de véhicule indiqué sur la carte grise.

²⁰⁶⁹ « L'État aussi vend vos données », *LeParisien.fr*, 19 mai 2015, ressource indexée.

²⁰⁷⁰ Arrêté du 11 avril 2011 fixant le montant de la redevance due en contrepartie de la mise à disposition des informations issues du système d'immatriculation des véhicules, art. 5.

²⁰⁷¹ CLUZEL-METAYER (L.), « Les téléservices publics face au droit à la confidentialité des données », *RFAP*, 2013/2, n° 146, p. 411.

mêmes ne soient pas considérées comme propriétaires de leurs données. La réalité est plus nuancée : il s'agit plutôt d'une autorisation d'exploitation, c'est-à-dire un droit de créance (droit personnel) et non d'une vente à proprement parlé²⁰⁷², qui impliquerait une rupture du lien entre l'objet du contrat et la personne.

La confusion entoure les données à caractère personnel en droit français. Il faut alors se tourner vers le droit européen, susceptible de fournir des indicateurs plus harmonieux.

2. À l'épreuve du droit européen

432. Deux approches différentes. – Questionner le droit européen sur une éventuelle propriété des données nécessite deux observations séparées, correspondant à deux ordres juridiques différents. L'UE abordant la question de la propriété sous l'angle de la notion de marchandise, il faut comparer ladite notion aux normes de réglementation des traitements de données personnelles (a.). La Cour européenne des droits de l'Homme donne à la notion de bien un sens autonome, qui ne semble pas inclure les données à caractère personnel (b.).

a. La donnée personnelle à l'épreuve de la notion de marchandise en droit de l'UE

433. La nature de la donnée absente en droit de l'Union. – Le droit de l'Union posant le cadre principal sur le droit des données personnelles, il convient d'y rechercher leur nature. La force normative avec laquelle le droit européen affirme le principe de leur circulation est éclatante. Une simple lecture suffit à s'en convaincre : directives, règlements et communications de la Commission établissent que la libre circulation prime tout autre intérêt, envisagé comme conséquence, voire condition, plutôt que comme finalité²⁰⁷³. Demeure un problème majeur dans l'arbitrage entre ces finalités concurrentes : comment peser l'importance de l'intérêt individuel sans connaître la nature de l'objet qui circule ? Le droit de l'Union dans son ensemble laisse cette question sans réponse, et s'accommode d'une circulation des données à caractère personnel qui s'effectue sur une « ligne de crête »²⁰⁷⁴, à mi-chemin entre les personnes et les marchandises. S'il n'est question ni de marchandises, de personnes, de services ou de capitaux, l'incompétence de l'Union en matière de données personnelles pourrait être soulevée. Or, c'est justement dans un autre registre qu'apparaissent les données : les droits fondamentaux. Dès lors, le législateur

²⁰⁷² Sur ce point, v. nos développements en section 2 de ce chapitre.

²⁰⁷³ Sur ce point, v. nos développements précédents, nos 362 et s.

²⁰⁷⁴ ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur "propriété" », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, op. cit., p. 85 : « Les instances européennes s'arrangent pour avancer sur une ligne de crête, dans un équilibre instable et à la recherche de compromis. Elles passent ainsi sous silence la question cruciale de ce qu'elles entendent prioritairement protéger : la circulation des données pour assurer la pérennité des modèles économiques ou la protection des personnes ? ».

européen n'a nullement besoin de définir la nature des données à caractère personnel pour justifier sa compétence, prévue en outre par l'article 16 du TUE depuis la modification opérée par le Traité de Lisbonne.

434. Recherche de définition : la marchandise en droit de l'Union. – L'Union européenne étant fondée sur le libéralisme économique, il n'est pas utile de rechercher une liste exhaustive des choses qui peuvent être considérées comme une marchandise. Le raisonnement est inverse : tout ce qui peut se charger en valeur et faire l'objet d'une transaction est potentiellement une marchandise. Les seules exclusions envisageables relèvent de la marge nationale d'appréciation des États, notamment de leur ordre public. La libre circulation des marchandises permettant la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur, la Cour de justice apprécie alors, au cas par cas, la compatibilité de ces entraves au droit de l'Union. Elle a précisé la définition générale de la marchandise dans un arrêt *Commission c. Italie* du 10 décembre 1968. En l'espèce, la requête visait à faire sanctionner l'Italie pour la perception d'une taxe sur des objets « présentant un intérêt artistique, historique, archéologique ou ethnographique ». La République italienne avançait qu'il ne s'agissait pas de biens ordinaires mais d'objets hors commerce. Le juge luxembourgeois interprétait alors l'article 9 du Traité CEE²⁰⁷⁵ et en appelait à considérer les marchandises comme des « produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales »²⁰⁷⁶. Dès lors, il pouvait constater l'incompatibilité de la taxe avec l'article 36 du Traité CEE²⁰⁷⁷ et qualifier ces objets de marchandises, « quelles que soient par ailleurs les qualités qui les distinguent des autres biens du commerce »²⁰⁷⁸.

435. Application de la définition aux données à caractère personnel. – Il est possible, en précipitant le raisonnement, d'affirmer que la donnée personnelle est assimilée à une marchandise

²⁰⁷⁵ Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957, art. 9 (extrait) : « 1. La Communauté est fondée sur une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises, et qui comporte l'interdiction, entre les États membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation de toutes taxes d'effet équivalent, ainsi que l'adoption d'un tarif douanier commun dans leurs relations avec les pays tiers ».

²⁰⁷⁶ CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, 7-68, EU:C:1968:51, p. 626 : « Attendu qu'aux termes de l'article 9 du Traité, la Communauté est fondée sur une union douanière "qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises" ; que par marchandises, au sein de cette disposition, il faut entendre les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales ».

²⁰⁷⁷ Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957, art. 36 : « Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

²⁰⁷⁸ CJCE, *Commission c. Italie*, préc. : « les produits visés par la loi italienne, quelles que soient par ailleurs les qualités qui les distinguent des autres biens du commerce, partagent cependant avec ces derniers la caractéristique d'être appréciables en argent et de pouvoir ainsi former l'objet de transactions commerciales ».

au sens du droit de l'UE²⁰⁷⁹. Pour s'en convaincre, un raisonnement à rebours peut être mené à l'aide de la définition posée par la Cour de justice. Premièrement, les normes européennes fixent un cadre au sein duquel la circulation des données ne peut être limitée ou interdite pour des raisons relevant de la protection des droits fondamentaux²⁰⁸⁰. La marge d'appréciation des États en la matière est donc fortement réduite. Deuxièmement, les données à caractère personnel sont des objets générant une grande valeur économique et pouvant faire l'objet d'une transaction. L'Union met régulièrement en avant la valeur des données²⁰⁸¹ et a même fait de l'économie reposant sur les données numériques l'un de ses principaux objectifs²⁰⁸². La donnée est une chose dotée d'une importante valeur qui doit circuler pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Il y aurait donc lieu de considérer que le droit de l'Union définit implicitement les données à caractère personnel comme des marchandises²⁰⁸³. La première impression ne suffisant pas, il faut confronter cette hypothèse aux sources principales. Ainsi, l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), garantit le droit à la protection des données à caractère personnel, ce qui semble disqualifier *de jure* la possibilité de considérer ces dernières comme des marchandises. Il faut, là encore, tenter de prendre de la hauteur. Si le second alinéa énonce que les données « doivent être traitées loyalement », c'est afin de rappeler que la circulation des données – et donc

²⁰⁷⁹ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité, op. cit.*, p. 577 : « Il fallait en effet considérer les données personnelles comme des marchandises pour que l'Union européenne puisse intervenir » ; LE CLAINCHE (J.), *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, Université Montpellier I, 2008, p. 97 : « la compétence communautaire a été acquise au prix de l'assimilation des données à caractère personnel à des marchandises ce qui constitue une réelle évolution de la philosophie du droit » ; RAYNAUD (J.), « Informatique et données à caractère personnel », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, « Quadrige », 2008, p. 526 : « On ne reviendra pas sur la philosophie animant la directive de 1995, assimilant les données personnelles à des biens ».

²⁰⁸⁰ Règlement (UE) 2016/679, art. 1^{er} (extrait) : « La libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

²⁰⁸¹ « Dans certaines grandes économies, l'économie de l'internet a concentré 21 % de la croissance du PIB sur la période 2006–2011[...] L'économie numérique a des retombées positives importantes, puisqu'elle améliore la productivité et apporte des solutions nouvelles » : Commission européenne, « L'acte pour le marché unique II – Ensemble pour une nouvelle croissance », COM(2012) 573 final ; v. également Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données », Bruxelles, 10 janvier 2017 : « Toutes ces initiatives sont fondées sur des règles solides visant à protéger les données à caractère personnel (le règlement général sur la protection des données adopté l'année dernière) et à garantir la confidentialité des communications électroniques (v. la proposition relative à la protection de la vie privée dans les communications électroniques adoptée aujourd'hui), puisque la confiance est le socle sur lequel l'économie des données devra se construire ».

²⁰⁸² Les « douze nouvelles priorités de croissance » fixées par l'UE sont regroupées en quatre axes, et que l'un d'entre eux n'est autre que « soutenir l'économie numérique dans toute l'Europe ». V. Commission européenne, Communiqué de presse, « Acte pour le marché unique II : douze actions prioritaires pour une nouvelle croissance », 3 octobre 2012.

²⁰⁸³ Intervention de Maurice Ligot, député, à l'occasion des débats à l'Assemblée Nationale sur l'adoption d'un cadre européen de protection, 1992-1993, 73^{ème} séance, JORF du 25 juin 1993, p. 2287 : « Toute intervention communautaire effectuée au nom de la réalisation du marché intérieur risque de déboucher sur l'assimilation des données informatisées à de simples marchandises. Le seul objectif d'assurer la libre circulation des données informatisées est en contradiction avec la tradition française consistant à octroyer une protection particulière et un statut spécifique aux données à caractère personnel ».

leur traitement – ne peut être interdite ni même limitée pour des raisons relevant du respect des droits fondamentaux²⁰⁸⁴. Cela n'est guère surprenant, dans une conjoncture où il est considéré que « pour assurer le succès de l'Europe dans la nouvelle ère de l'économie industrielle », l'Union doit se « doter d'un cadre stable et prévisible pour la circulation des données à l'intérieur du marché unique »²⁰⁸⁵. Il faut donc, *a contrario* de la thèse intuitive, admettre que les normes comme le juge de l'Union ne permettent en rien de certifier que les données à caractère personnel sont assimilées à des marchandises.

436. Nouvelle homologation d'un droit *sui generis*. – Ce que l'on peut en revanche affirmer, dans une réflexion parallèle, c'est que leur statut actuel en droit de l'Union est peu protecteur. Premièrement, la protection des données au titre d'un droit de la personnalité est « disqualifiée » en raison d'une incompatibilité manifeste avec la circulation exigée : l'interdiction ou la limitation des flux qu'engendrerait une extrapatrimonialité des données serait en contradiction avec la réalisation du marché intérieur. Deuxièmement, la qualification de marchandise, elle aussi, risquerait de scléroser les échanges et la circulation au sein du marché intérieur : la gestion d'une telle quantité de nouveaux actifs intégrés au patrimoine des personnes entraînerait une croissance des intermédiaires, la « rétention » de leurs données par de nombreux propriétaires, et un considérable ralentissement des services reposant sur la collecte des données personnelles par consentement simple²⁰⁸⁶.

Du côté de l'autre ordre juridique européen, la Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas non plus considérer que les données à caractère personnel sont compatibles avec la notion de bien.

b. La donnée personnelle à l'épreuve de la notion de bien en droit conventionnel

437. Notion de bien dans la jurisprudence de la Cour EDH. – Le droit conventionnel illustre le large spectre de la notion de bien. Lorsqu'elle recherche l'applicabilité de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne, la Cour européenne établit une corrélation entre bien et droit de propriété. La présence d'un bien permet de déclencher la protection conventionnelle. Si la mesure touchant le bien s'analyse en une ingérence, elle est alors passée au crible du contrôle de proportionnalité. À ce titre, le juge strasbourgeois confère à la notion de bien une portée autonome. Sa jurisprudence est dynamique en la matière, puisqu'il considère que peut être qualifié de bien tout

²⁰⁸⁴ Règlement (UE) 2016/679, art. 1, préc. Pour rappel, le règlement étant réputé respecter un standard fonctionnel de protection des droits et libertés fondamentaux, la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres ne saurait se voir opposer des normes de protection des libertés et droits fondamentaux exogènes.

²⁰⁸⁵ Déclarations d'Elzbieta BIENKOWSKA, Commissaire pour le marché intérieur, l'industrie, l'entrepreneuriat et les PME, in Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données », *op. cit.*

²⁰⁸⁶ Sur ce point, v. *infra* nos objections générales à la propriété des données, nos 460 et s.

« intérêt substantiel »²⁰⁸⁷. Cela comprend notamment une clientèle²⁰⁸⁸, des parts sociales²⁰⁸⁹, des droits sur des œuvres de l'esprit²⁰⁹⁰, ainsi que la titularité de droits présents et à venir sur lesquels la personne peut fonder une « espérance légitime »²⁰⁹¹. *A priori*, rien n'empêche donc de penser que la donnée à caractère personnel puisse être considérée comme un bien. Or, la Cour a explicitement placé celle-ci dans le giron de la protection de l'identité des personnes, à travers l'article 8 de la Convention, lui aussi interprété dynamiquement. Les renseignements personnels sont donc étroitement liés à l'identité individuelle des personnes²⁰⁹².

438. L'information, un bien comme les autres ? – Il faut admettre que la Cour a semé le trouble dans un arrêt *Sanoma Uitgevers*, où l'on pouvait lire que « l'information est un bien périssable »²⁰⁹³. Si l'information est un bien, la donnée personnelle peut être incluse, en sa qualité d'information relative à une personne identifiée ou identifiable. La même formule a depuis été employée à plusieurs reprises, notamment dans un récent arrêt *Eker c. Turquie*²⁰⁹⁴. L'incongruité de la formule ressort de son caractère accessoire puisque, loin d'être essentielle au syllogisme, elle s'insère de manière cavalière dans un raisonnement relatif à des violations alléguées de l'article 10 de la Convention, donc à la liberté d'expression et d'information. Un examen plus approfondi permet de s'apercevoir qu'aucune de ces affaires ne comporte de volet relatif à une violation alléguée de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention. Il n'est donc pas question de l'applicabilité du droit de propriété. La réalité est finalement peu intrigante, puisqu'il s'agit d'une commodité originelle de traduction, répercutée par la suite dans les différentes affaires. En effet, la notion de « biens » en anglais se traduit par le terme « *possessions* » et occasionnellement par celui de

²⁰⁸⁷ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99, § 124. V. *GACEDH*, n° 66.

²⁰⁸⁸ Cour EDH, Plén., 26 juin 1986, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, req. n°s 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79, § 41 : « grâce à leur travail, les intéressés avaient réussi à constituer une clientèle; revêtant à beaucoup d'égards le caractère d'un droit privé, elle s'analysait en une valeur patrimoniale, donc en un bien au sens de la première phrase de l'article 1 (P1-1), lequel s'appliquait dès lors en l'espèce ».

²⁰⁸⁹ Cour EDH, Plén., 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, § 107.

²⁰⁹⁰ Cour EDH, 29 janvier 2008, *Balan c. Moldavie*, req. n° 19247/03, §§ 31-33.

²⁰⁹¹ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, req. n° 12742, § 31 : « Jusqu'à son prononcé, les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement; il faut y voir, aux fins de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1), un élément de la propriété en question » ; Cour EDH, GC, 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, req. n° 42527/98, § 83 : « La Cour rappelle que, d'après la jurisprudence constante des organes de la Convention, la notion de « biens » peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété ». Pour aller plus loin sur ce point, v. JEAN-BAPTISTE (W.), *L'espérance légitime*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Thèses », 2011, 466 p.

²⁰⁹² V. notamment, avant nos développements ultérieurs aux n°s 572 et s., Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, § 60 : les renseignements personnels relatifs aux requérants sont considérés comme étant « étroitement liés à leur identité individuelle ».

²⁰⁹³ Cour EDH, 14 septembre 2009, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, req. n° 38224/03, § 70 : « l'information est un bien périssable, et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt ».

²⁰⁹⁴ Cour EDH, 24 octobre 2017, *Eker c. Turquie*, req. n° 24016/05, § 30.

« goods »²⁰⁹⁵. Or, dans la version originale – en anglais – de l’arrêt *Sanoma*, la Cour utilise l’expression « *News is a perishable commodity* »²⁰⁹⁶. Cette phrase pourrait être traduite, plus rigoureusement selon nous, comme suit : « les informations sont une *denrée* périssable ». En définitive, il n’y a donc pas lieu de voir dans ces arrêts un quelconque positionnement de la Cour, ni de supposer que l’information est susceptible d’appropriation au sens du premier protocole additionnel à la Convention, ce qui aurait eu pour effet de réinterroger les données à caractère personnel en tant qu’informations.

Loin du droit européen des droits de l’Homme, des influences s’exercent en faveur de la propriété des données personnelles, et des avis s’amoncellent pour donner corps à une véritable théorie reposant sur l’exercice d’un droit réel.

3. Des influences réalistes en pleine expansion

439. Propagation des poussées réalistes. – Bien qu’historiquement en provenance de l’étranger et particulièrement des États-Unis (a.), les théories propriétairestes sur les données personnelles commencent à trouver leurs promoteurs français (b.).

a. L’influence du droit américain

440. Vaste mouvement de dérégulation. – Le Congrès des États-Unis a adopté le 28 mars 2017²⁰⁹⁷ une loi autorisant les FAI à vendre les données personnelles de leurs clients sans consentement explicite de la part de ces derniers²⁰⁹⁸. Outre les informations nominatives, l’historique de navigation est également concerné. Au regard de la loi américaine, les données personnelles sont donc des biens cédés à l’occasion de la conclusion d’un contrat d’adhésion. En outre, les autres données produites dans le cadre de l’utilisation du service – essentiellement des métadonnées – doivent être regardées comme propriété du fournisseur d’accès. L’unique garde-fou concédé par le législateur étasunien est l’exigence que les données personnelles ne soient pas utilisées à des fins discriminatoires²⁰⁹⁹. Auparavant, le consentement du client était nécessaire avant

²⁰⁹⁵ Cour EDH, *Öneryıldız v. Turkey*, préc., § 124 (version anglaise): “The Court reiterates that the concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law”.

²⁰⁹⁶ Cour EDH, *Sanoma Uitgevers*, préc., § 70 (version anglaise): “News is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest”.

²⁰⁹⁷ H.J. Res. 86 *Providing for congressional disapproval under chapter 8 of title 5, United States Code, of the rule submitted by the Federal Communications Commission relating to “Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services”*, 115th Congress (2017-2018). Loi promulguée par le Président des États-Unis le 4 avril 2017.

²⁰⁹⁸ LÉLOUP (D.), « Le Congrès américain autorise les fournisseurs d’accès à vendre les données de leurs clients », *LeMonde.fr*, 29 mars 2017 ; BARRAUD (B.), « Aux États-Unis, les données personnelles sont des biens commerciaux comme les autres », *Revue européenne des médias et du numérique*, n° 42-43, printemps-été 2017, pp. 65-68, ressource indexée.

²⁰⁹⁹ Deux observations rapides s’imposent. Premièrement, le profilage commercial est discriminatoire. Il s’agit en réalité de son essence même : quels que soient les critères, la publicité ciblée vise toujours une catégorie particulière de personne (âge, sexe, catégorie socioprofessionnelle, etc.). Considérant que l’historique de navigation permet

de réaliser la vente des données personnelles, ce qui n'empêchait pas certaines sociétés, comme l'acteur majeur Google, de proposer une faible rémunération²¹⁰⁰ aux utilisateurs qui acceptaient de désactiver les paramètres de confidentialité sur leurs terminaux numériques²¹⁰¹.

441. Un contexte adapté. – Le cadre juridique des États-Unis est particulièrement adaptée à ce type de décomposition des éléments de l'identité. La coexistence des *right of privacy* et *right of publicity*²¹⁰², souvent opposés à tort²¹⁰³, ménage un terrain fertile à l'exploitation de toutes choses, y compris celles qui ne sont pas des choses par nature. Le *right of publicity* n'est pas une négation du *right of privacy*, mais plutôt une prérogative qui permet le passage de la structure moniste de la personnalité à une structure dualiste²¹⁰⁴. Un tel droit patrimonial créé sur le modèle du droit réel – mais reposant sur un faisceau de droits – provient de développements prétoriens. Le point de départ du *Right of publicity* peut être trouvé en 1953²¹⁰⁵, mais sa véritable consécration par la Cour Suprême date de l'arrêt *Zacchini*, rendu vingt-quatre ans plus tard²¹⁰⁶. Ce droit est considéré aux États-Unis comme un « droit de la personnalité » mais doit être distingué de la conception civiliste. En effet, s'il implique la possibilité de contrôler l'exploitation commerciale qui est faite des éléments de la personnalité, il ne s'agit pas d'un droit personnel mais d'un droit réel, puisqu'il peut survivre à la personne dont les éléments sont exploités et se transmettre aux ayants droits. C'est ainsi que

potentiellement une revue assez précise des opinions politiques, religieuses, de l'orientation sexuelle et de l'état de santé, les outils de discrimination mis à la disposition des entreprises semblent affûtés. Il faut deuxièmement souligner la superfluité de cette mesure générale d'interdiction des discriminations. Nonobstant l'absence de contrôle préalable dans la mise en œuvre des traitements de données personnelles, le droit commun prohibe déjà toute discrimination depuis le *Civil Rights Act* du 3 juillet 1964.

²¹⁰⁰ 10 dollars, sous forme de deux cartes cadeaux.

²¹⁰¹ STEELE (B.), "Google Screenwise panel will pay you to track your every move online", *engadget.com*, 8 février 2012, ressource indexée ; « Le programme Screenwise de Google : de l'argent en échange de 100% de vos données Internet », *Zdnet.fr*, 9 février 2012, ressource indexée.

²¹⁰² NIMMER (M.), "The Right of Publicity", *Law and contemporary problems*, 1954, n° 19, pp. 203-223; FELCHER (P. L.), RUBIN (E. L.), "Privacy, Publicity, and the Portrayal of Real People by the Media", *Yale Law Journal*, 1978, n° 88, pp. 1577-1622. En français, v. pour un bref aperçu SCOFFONI (G.), « États-Unis. Constitution et secret de la vie privée », *AJJC*, XVI-2000, p. 248 ; pour une étude très détaillée, v. RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », 1990, p. 392 et s.

²¹⁰³ RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 393 : « Le right of publicity consiste à tirer profit de sa propre notoriété. C'est un abus de langage de confondre ce droit, essentiellement patrimonial, avec le right of privacy » ; RIGAUX (F.), « Les paradoxes de la protection de la vie privée », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, T. 1, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2000, p. 45 : « Le *right of publicity* que la doctrine américaine a placé à côté du *right of privacy*, tel un frère plus fortuné et non comme un concurrent, exprime éloquentement qu'en se patrimonialisant le droit de la personnalité est aussi devenu public ».

²¹⁰⁴ Sur ce point, v. nos développements suivants, nos 478 et s.

²¹⁰⁵ Cour d'appel du deuxième circuit, 16 février 1953, *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.* : 202, F. 2d 866 (2d Cir., 1953), 348 U.S. 812. Cette affaire traitait de la possibilité pour deux marques de chewing-gum concurrentes d'utiliser l'image des mêmes sportifs célèbres. Le juge d'appel avait, pour faire droit à la demande de la première à avoir contracté, mis en avant l'existence d'un *right of publicity*, qui engageait un monopole d'exploitation commerciale sur les éléments de la personnalité en cas de contrat.

²¹⁰⁶ Cour suprême, 28 juin 1977, *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

dans l'arrêt *Zacchini*, la Cour Suprême qualifie le *right of publicity* « d'intérêt analogue à la propriété »²¹⁰⁷ mais circonscrit cette prérogative particulière à la condition de notoriété. Le *right of publicity* ne fonde ainsi pas la propriété sur les données, mais constitue un modèle qu'il est pertinent d'observer pour situer le contexte de la commercialité desdites données sur le territoire des États-Unis. Du côté de la doctrine, James Rule et Lawrence Hunter sont souvent présentés comme les précurseurs de la réflexion sur la propriété des données personnelles. Dans leur article de 1999, ils proposent un modèle à la fois juridique et économique susceptible selon eux de générer un cadre protecteur de la vie privée sur les supports numériques²¹⁰⁸. Leur anticipation de l'exploitation massive des données personnelles est remarquable, mais comme de nombreux auteurs des années 2000, ils ne pouvaient prévoir le dynamisme du Web 2.0 et la perte de maîtrise sur des données devenues particulièrement volatiles. Il est ainsi possible de porter un regard actualisé sur leur théorie, qui postule la rationalité des choix de la personne dans la perspective d'un contrôle renforcé par un droit de propriété²¹⁰⁹. En France, certains auteurs et acteurs privés ont été – et sont encore – sensibles à cette vision de la propriété sur les données personnelles.

b. Des sollicitations du droit de propriété en France

442. De rares tentatives commerciales. – Quelques entreprises françaises se sont essayées à la commercialisation ouverte des données à caractère personnel, en proposant à l'utilisateur un système de propriété du profil. Par exemple, la société *Yes profile* a mis en place un système de rémunération au partage des données personnelles dès 2012²¹¹⁰, sur le modèle de la société californienne *Agloco*, qui avait tenté l'expérience dès 2007²¹¹¹. Le résultat a été peu concluant en France : *Yes profile* a signalé une cessation de paiement et a été radiée fin 2016.

443. Des essayistes en promoteurs des théories propriétairestes. – Gilles Babinet²¹¹² a été le premier président du Conseil National du Numérique. Nommé *Digital Champion*²¹¹³ auprès de la Commission européenne en 2013 – avant l'adoption de la Loi pour une République Numérique

²¹⁰⁷ De l'anglais "*proprietary interest*": *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, préc., 433 U.S. 573.

²¹⁰⁸ RULE (J.), HUNTER (L.), "Towards Property Rights in Personal Data", in GRANT (R.A.), BENETT (C.J.) (dir.), *Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, pp. 168-181.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 174 : "If a right like this were established, it should then be far easier for anyone to determine when and where information about himself or herself were circulating".

²¹¹⁰ RAULINE (N.), « La start-up Yes profile rémunère des internautes partageant leurs données », *Les Échos Entrepreneurs* 7 mai 2013, ressource indexée ; v., par le créateur de ladite société VIALA (C.-F.), « Mon profil est mon patrimoine », *Le Monde Informatique*, 30 novembre 2012, ressource indexée.

²¹¹¹ CASTELLO-LOPES (D.), « "Conso", les internautes font la loi », *Le Monde*, 9 juillet 2007, p. 16 : « L'idée est simple : en surfant sur Internet, vous donnez gratuitement une multitude d'informations sur vous-même que les entreprises, qui cherchent à cibler efficacement leur publicité, sont prêtes à payer très cher ».

²¹¹² BABINET (G.), *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité. Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, Paris, Le Passeur, 2014, 236 p.

²¹¹³ Chaque État membre de l'Union européenne nomme un *Digital Champion* (traduit en français par « défenseur du numérique ») afin de promouvoir une société numérique.

(LRN) –, cet entrepreneur se disait « scandalisé par l'absence de capacité » des gouvernements successifs « à voir l'opportunité du numérique ». Il considère également que la CNIL exerce une « régulation excessive » et qu'elle est en cela « un ennemi de la Nation »²¹¹⁴. En faveur d'une circulation débridée des données personnelles²¹¹⁵, il considère que leur appropriation n'est qu'une étape, puisque la personne est en passe de devenir une véritable monnaie d'échange pour accéder à tous types de service. M. Babinet encourage vivement cette tendance : « est-ce que posséder une voiture, un appartement aura encore du sens dans une société technologique de services, où les données permettront de satisfaire le besoin sans avoir à acquérir l'objet ? »²¹¹⁶. Le recours à la démonstration par l'exemple et l'absence de développements juridiques de l'auteur nous privent hélas de possibles discussions sur ces propositions. Un autre entrepreneur, Pierre Bellanger, est souvent cité en exemple lorsqu'on aborde les soutiens de la propriété des données personnelles. Constatant l'hégémonie des États-Unis sur l'économie numérique reposant sur l'exploitation des données personnelles, il considère que la France doit reprendre sa « souveraineté numérique »²¹¹⁷. Pour lui, cela passe par une qualification des données personnelles comme biens communs souverains, qui passeraient du statut de *res nullius* à celui de *res communis*²¹¹⁸. Il est intéressant de noter à propos de cette thèse que l'auteur lui-même l'a partiellement désavouée quelques mois plus tard, à l'occasion de sa contribution à l'étude annuelle du Conseil d'État. Il propose désormais d'ériger les réseaux de circulation des données personnelles – et non plus les seules données personnelles – en biens communs²¹¹⁹. Une publication de Laurent Chemla, informaticien et membre de la quadrature du Net, peut également être relevée. Son raisonnement a le mérite d'être assez proche de la logique juridique : il relève que si la base de données est protégée au titre du droit d'auteur, la façon dont sont agencées et dévoilées les données par les personnes peut aussi s'apparenter à une forme de création de l'esprit²¹²⁰. Si l'analogie n'est pas à exclure, les fondements juridiques sont ici

²¹¹⁴ BARBAUX (A.), « Pour Gilles Babinet, “il faut fermer la CNIL, c'est un ennemi de la Nation” », *usinenouvelle.com*, 26 février 2013, ressource indexée.

²¹¹⁵ De cet auteur, v. notamment *Big Data. Penser l'homme et le monde autrement*, Paris, Le passeur, « Poche », 2015, 248 p. ; *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité. Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, Paris, Le passeur, 2014, 236 p. ; *Transformation digitale : 5 leviers pour l'entreprise*, Montreuil, Pearson, « Village mondial », 2014, 278 p.

²¹¹⁶ BABINET (G.), *Big Data. Penser l'homme et le monde autrement, op. cit.*, p. 232. L'auteur ajoute : « Les sceptiques pointeront que des sociétés comme LeCab ou Uber offrent déjà ce type de services sans qu'il y ait eu de changements significatifs à l'échelle d'une société humaine. Il n'y a pourtant aucune raison que ça s'arrête là, tout simplement parce que les données vont s'affiner au fur et à mesure que le volume augmentera ; et finalement, le prix de ces services pourrait baisser de façon tellement drastique que la considération même d'achat d'un bien physique plutôt que d'un service semblerait hors de propos ».

²¹¹⁷ BELLANGER (P.), *La souveraineté numérique*, Paris, Stock, 2014, 252 p.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 201 et s. Pour une discussion autour de cette thèse en général, v. *infra*.

²¹¹⁹ Pour en savoir plus sur cette thèse, qui a le mérite de souligner l'incohérence d'une vision isolationniste de la donnée personnelle, v. BELLANGER (P.), « Principes et pratiques des données personnelles en réseau », Contribution à l'étude annuelle 2014 du Conseil d'État, 8 p., ressource indexée.

²¹²⁰ CHEMLA (L.), « Nous sommes tous des ayants droit », *Mediapart*, Blog de Laurent Chemla, 23 octobre 2013, ressource indexée.

absents. Il n'en reste pas moins que cette suggestion est en tout point similaire à celle proposée par une partie de la doctrine juridique²¹²¹. Enfin, il peut être noté que l'essayiste Jacques Attali milite en faveur de la « propriété commerciale » des données personnelles. Plus généralement, il souhaite que chaque individu puisse être juridiquement « propriétaire de sa vie et de ce qu'il fait »²¹²². À nouveau, les développements juridiques attachés à cette hypothèse sont trop maigres pour permettre la discussion.

444. Le rapport « Mes data sont à moi ». – Dans un rapport publié début 2018, le Think Tank « Génération Libre » propose de « créer une patrimonialité des données à droit constant »²¹²³. Selon les auteurs, « le droit apporte un cadre légal qui va légitimer un véritable marché de la donnée personnelle ». Bien utilisé, cet encadrement est censé garantir « la bonne foi de la transaction »²¹²⁴ et rendre à l'utilisateur son véritable pouvoir de décision et son autonomie informationnelle²¹²⁵. Le rapport s'engouffre dans ce que ses auteurs considèrent comme une brèche ouverte par la récente modification de l'article 1^{er} de la LIL²¹²⁶ : le contrôle et la libre utilisation de ses données par la personne. Ils y voient une confirmation de « l'usus et l'abus du droit de propriété que le cybercitoyen a de ses données personnelles »²¹²⁷. La logique juridique est ardue à suivre, puisque le fondement de l'appropriation du bien serait le secret qui vaudrait « emprise possessoire »²¹²⁸. Au sens de l'article 2276 du Code civil, le secret engendrerait possession et titre sur la donnée. On peut ici noter, d'emblée, que bon nombre de données à caractère personnel ne sont pas couvertes par le droit au secret, mais par le droit à l'anonymat, qui connaît de nombreuses limites : identification des personnes, authentification, conclusion d'un contrat, etc. Les auteurs avancent que c'est sur le fondement de la loi spéciale – la source n'est pas indiquée – que cette propriété serait acquise, dans un raisonnement de va-et-vient quelque peu étourdissant : « Dans un premier temps, il est nécessaire de vérifier l'appropriabilité de la chose par le droit spécial. Si cette solution est possible, elle écarte le droit commun des biens sauf si le droit spécial offre une option au possesseur de la chose. En effet, l'appropriation possible par le droit spécial s'impose mais le droit spécial peut

²¹²¹ Sur ce point, v. nos développements suivants, n° 446.

²¹²² ATTALI (J.), « Être propriétaire de soi », *L'express.fr*, Blog de Jacques Attali, 18 février 2013, ressource indexée : « Le droit doit être révisé : il faut que les données personnelles soient protégées directement par la loi. Non pas seulement au nom de la protection de la vie privée, mais comme une propriété commerciale. Plus généralement, chacun doit être considéré comme propriétaire de sa vie et de ce qu'il fait ».

²¹²³ LEGER (L.) (dir.), *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, *op. cit.*

²¹²⁴ *Ibid.*, p. 47.

²¹²⁵ *Ibid.*, p. 16.

²¹²⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 356.

²¹²⁷ LEGER (L.) (dir.), *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, *op. cit.*, p. 79.

²¹²⁸ *Ibid.*, pp. 56-60, spéc. p. 60 : « Dès lors, et c'est la dernière étape permettant d'envisager l'application du droit commun des biens en présence d'une chose incorporelle, la possession vaut titre de propriété. Cela permet d'affirmer que la possession d'une donnée grâce au secret, ou au contrôle, offre au possesseur la propriété de cette donnée, en application du droit commun des biens ».

laisser un champ d'opportunité au possesseur du bien intellectuel et permettre, par le jeu d'une option, à ce dernier de revenir vers le droit commun des biens »²¹²⁹. Il semble en ressortir que la démarche de la personne doit être active pour s'assurer de la transcription de sa possession en titre de propriété, avant de pouvoir l'utiliser dans une transaction commerciale. En plus des nombreuses objections conceptuelles et de droit positif déjà évoquées, il nous faut relever que les auteurs semblent nier purement et simplement l'existence des autres articles de la loi du 6 janvier 1978 – loi spéciale – qui n'autorise en aucun cas l'appropriation de données à caractère personnel. Pire, la focalisation sur la première partie du second alinéa de l'article 1^{er} de la LIL – contrôle et usage – sort le texte de son contexte. Le cadre est en effet rappelé à la fin de cet alinéa, et ne renvoie ni au droit des biens, ni à une loi extérieure au cadre juridique des données personnelles : « toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, *dans les conditions fixées par la présente loi* »²¹³⁰. La maîtrise n'est ainsi que le nom donné au faisceau de droits sur les données personnelles, qui sont en effet des droits de réaction (rectification, suppression). Bien entendu, une modification de la LIL et la création d'une loi spéciale ne sont pas à exclure, mais cette prescription infirmerait la théorie des auteurs selon laquelle le cadre normatif actuel permet déjà de confirmer l'appropriation des données à caractère personnel. La publication de ce rapport et son importante médiatisation ont provoqué une levée de boucliers en provenance d'observateurs réguliers de l'économie numérique²¹³¹.

445. De rares défenseurs parmi les juristes. – Depuis plusieurs années, l'avocat Alain Bensoussan soutient un droit de propriété sur les données à caractère personnel. Il considère qu'il faut, dans l'ordre, « d'abord reconnaître des droits, par la propriété des données, et dans un second temps accorder une protection par exception, si c'est nécessaire »²¹³². Il s'inscrit dans le courant très libéral de la libre disposition des éléments de l'identité numérique, considérant que l'individu doit pouvoir décider selon « la sensibilité qu'il accorde à ses données ». Une telle approche repose sur la certitude d'une rationalité instrumentale, voire sur un utilitarisme intégral : elle suppose la conviction de la qualité systématique d'un consentement totalement libre, spécifique et informé²¹³³.

²¹²⁹ *Ibid.*, p. 56.

²¹³⁰ Nous soulignons.

²¹³¹ ABITEBOUL (S.), DOWEK (G.), « La propriété des données personnelles est une fausse bonne idée », *LeMonde.fr*, 5 février 2018, ressource indexée ; REGNAULD (I.), « Revendre ses données personnelles, la fausse bonne idée », *maisonvaleweb.fr*, Blog d'Irénée Régnault, 29 janvier 2018, ressource indexée ; ERTZSCHEID (O.), « Faut pas prendre les usagers des GAFAM pour des Datas sauvages », *Affordance.info*, Blog d'Olivier Ertzscheid, 28 janvier 2018, ressource indexée ; « Pourquoi revendre ses données personnelles est une énorme c... », *Pixellibre.net*, Blog anonyme de Numendil, 28 janvier 2018, ressource indexée.

²¹³² BENSOUSSAN (A.), in CNIL, « Vie privée à l'horizon 2020. Paroles d'experts », *Cahiers IP innovation et prospective*, n° 1, 2012, p. 47. L'auteur reformule à la même page : « la liberté de décision doit être le principe fondamental et la protection, l'exception ».

²¹³³ Sur ce point, v. nos développements ultérieurs, nos 492 et s.

Pour cet auteur, la libre disposition des données doit être totale, puisqu'il s'agirait notamment de « libérer la biométrie », de sorte que l'individu puisse « décider lui-même de payer avec son doigt si cela lui facilite la vie »²¹³⁴. En réponse au danger d'agrandissement de la fracture numérique en cas de propriété des données, il répond qu'il appartient à la CNIL de réduire cet écart, et qu'il faut agir vite, notamment pour les enfants, car « ceux qui ne sont pas aujourd'hui sur Facebook prennent du retard »²¹³⁵.

Bien qu'il ne développe pas outre mesure son hypothèse juridique, cet auteur est proche d'une théorie qui séduit plusieurs auteurs : la donnée personnelle comme propriété intellectuelle. La donnée personnelle ne serait ainsi donc pas une chose à l'état brut mais une création de l'esprit.

B. L'approche nouvelle : la donnée personnelle comme création de l'esprit

446. Un mariage contre nature ? – Le mariage du droit des données personnelles et du droit d'auteur constituerait une indéniable curiosité²¹³⁶. La naissance promise serait une donnée non plus primaire mais une véritable création de l'esprit, dont la patrimonialité manifeste serait juridiquement reconnue. S'il faut admettre que le rapprochement d'opportunité est au premier abord séduisant (1.), il faut en discuter la pertinence, car il peut ne pas convaincre (2.).

1. Un rapprochement séduisant

447. Une analogie séduisante. – Le droit de propriété postule une extériorité, une altérité. Or, les données à caractère personnel sont une manifestation de la possibilité technique d'un tel détachement : de la personne à l'information. Selon cette hypothèse, c'est la personne qui décide librement de ce détachement, et de la constitution d'une information. Parce qu'il existe un objet extérieur à la personne, le droit de la propriété est là pour tisser le lien juridique²¹³⁷. D'aucuns y ont alors vu l'occasion d'une comparaison avec la propriété intellectuelle : un dualisme patrimonial-extrapatrimonial au sein d'un même droit. Les éléments d'identité détachés de la personne seraient alors une forme de création de l'esprit. Le rapprochement est séduisant. Comme l'observe Rigaux, « à l'instar du droit d'auteur, les droits de la personnalité ont une composante morale et une composante patrimoniale et la seconde tend de plus en plus à prendre le pas sur la première »²¹³⁸.

²¹³⁴ BENSOUSSAN (A.), in CNIL, « Vie privée à l'horizon 2020. Paroles d'experts », *op. cit.*, p. 26.

²¹³⁵ *Ibid.*, p. 40.

²¹³⁶ FOREST (D.), « Droit d'auteur et données personnelles : un mariage morganatique ? », *RLDI*, mars 2011, n° 69, pp. 80-89 ; FRAYSSINET (J.), « L'accouplement du droit de la protection des données personnelles avec le droit d'auteur : la naissance d'un avorton, l'article 9-4 de la loi modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *Légipresse*, novembre 2004, n° 216, pp. 119-123.

²¹³⁷ Pour un approfondissement de ce lien juridique, v. ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 282 : « La propriété, relation aux personnes ».

²¹³⁸ RIGAUX (F.), « Les paradoxes de la protection de la vie privée », *op. cit.*, p. 47.

Cela est d'autant plus intéressant que le droit moral de l'auteur²¹³⁹ a été reconnu explicitement comme un des droits de la personnalité par la Cour de cassation²¹⁴⁰. Cette même juridiction a par ailleurs plusieurs fois affirmé que l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur est un « principe d'ordre public »²¹⁴¹. La création des articles L. 121-1²¹⁴² et L. 121-2²¹⁴³ du Code de la propriété intellectuelle a parachevé cette qualification. À la manière d'un droit de la personnalité, le droit d'auteur serait configuré selon une structure dualiste : une composante extrapatrimoniaire, et une composante patrimoniale. La comparaison semble pertinente, au point d'envisager une fusion des régimes. Dans un article élaboré en 1983 et enrichi au fil des années²¹⁴⁴, Pierre Catala propose d'envisager les informations comme des biens, mais plus encore dans certains cas comme des créations. Il voit dans le rapport de la personne à ses informations nominatives des rapports « relevant du droit réel » qui « consacrent implicitement l'appartenance de la donnée nominative à la personne concernée »²¹⁴⁵. Philippe Mouron va plus loin en affirmant que « la numérisation de l'identité implique un “détachement” des éléments propres à la personne et la personnalité », lesdits éléments pouvant alors, « telles des choses [...] circuler indépendamment de la volonté de leur propriétaire »²¹⁴⁶. Il fonde son argumentaire sur le recours au droit d'accession prévu à l'article 546 du Code civil, qui dispose que « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, naturellement ou artificiellement ».

Ces thèses peuvent être discutées, en raison d'objections juridiques qui rendent incertain ce rapprochement entre données personnelles et créations de l'esprit.

²¹³⁹ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 111-1 (extrait) : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial [...] ».

²¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993 (91-15.915) : *D.* 1994, p. 78, note A. FRANÇON : « Mais attendu que le droit moral de l'auteur d'œuvres littéraires est seulement celui de faire respecter soit l'intégrité de ses œuvres, soit son nom et sa qualité en tant qu'auteur de celles-ci, mais qu'il est entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi ».

²¹⁴¹ Cass. soc., 10 juillet 2002 (99-44.224) : *Bull.* 2002, V, n° 245 ; Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003 (00-20.014) : *Bull. civ.* 2003, I, n° 28 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 2009 (08-10.194).

²¹⁴² Code de la propriété intellectuelle, article L. 121-1, créé par la loi 92-597 du 1^{er} juillet 1992 : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

²¹⁴³ Code de la propriété intellectuelle, article L. 121-2, créé par la loi 92-597 du 1^{er} juillet 1992 (extraits) : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. [...] Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur [...] »

²¹⁴⁴ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *RRJ*, 1983, pp. 185-200. Afin d'être les plus fidèles possibles à la pensée de l'auteur, nous nous référerons exclusivement au dernier paru : CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1998, pp. 224-244.

²¹⁴⁵ CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 239.

²¹⁴⁶ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », *op. cit.*, p. 115.

2. Un rapprochement incertain

448. Discussion sur le rapprochement. – Bien que séduisant, ce rapprochement conduit selon nous à de multiples impasses si l'on prend la peine d'arpenter les différents chemins. En premier lieu, le droit d'auteur porte non pas sur la personne, à l'instar des autres droits de la personnalité, mais sur son œuvre dont la qualification dépend d'un travail artistique humain dont l'originalité doit être manifeste²¹⁴⁷. Considérer que les attributs de l'identité sont des œuvres s'apparente à un contresens. Il n'y a pas de hasard à ce que les droits de la personnalité soient souvent considérés comme étant « innés »²¹⁴⁸, puisque c'est l'attachement à la personne qui fait leur nature²¹⁴⁹. Ils ne dépendent d'aucune création personnelle, d'aucun travail. Même si la personne dispose de possibilités d'actions sur les attributs de sa personnalité, ce n'est qu'en application d'un droit subjectif attaché à la personne : une prérogative limitée liée à son identité (changement de sexe, de nom, de domicile, etc.). Il est difficile de voir ici une volonté créatrice ou artistique²¹⁵⁰. Catala l'avait d'ailleurs perçu : il admettait qu'on ne pouvait considérer les données nominatives comme relevant d'un processus de création²¹⁵¹. En outre, les droits extrapatrimoniaux s'éteignent avec la personne et sont intransmissibles²¹⁵², contrairement aux droits d'auteurs dont le caractère perpétuel est affirmé à l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle. Enfin, il faut insister sur le fait que dans une telle configuration, il faudrait admettre que toutes les données produites sont des œuvres de l'esprit de l'auteur, ce qui pourrait notamment inclure d'autres données neutres et des informations fantaisistes qui ne disent rien de l'identité de la personne²¹⁵³. Ces considérations conduisent selon nous à d'importants contresens concernant le concept d'identité numérique attaché à la personne humaine, qui perd toute son essence : l'unité. L'identité personnelle est une recherche d'unité, qu'elle soit synchronique ou diachronique, c'est-à-dire à l'épreuve du contexte et

²¹⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2012 (11-21.641) : « pour conférer le caractère d'une œuvre originale protégée, comme telle par le droit d'auteur » il faut « rechercher en quoi les choix opérés témoignaient d'un apport intellectuel propre et d'un effort personnalisé ».

²¹⁴⁸ V. *infra*, n° 454.

²¹⁴⁹ Pour une étude approfondie de cette question, v. BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, Ellipses, « Mise au point », 2015, p. 115 et s.

²¹⁵⁰ CARON (C.), « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image. Journées nationales de l'Association Capitant. Tome VIII, op. cit.*, n° 11, p. 101 : « L'image de la personne n'est pas une œuvre, laquelle implique une intervention humaine originale. Seule une chirurgie esthétique originale (celle de Michael Jackson ?) pourrait, le cas échéant, prétendre à la qualification d'œuvre dont le support matériel serait, à l'instar des tatouages, le corps humain ».

²¹⁵¹ « En dehors des données nominatives, les droits sur l'information procèdent d'une opération intellectuelle de création ou de formulation » : CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 234.

²¹⁵² Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1999 (97-15.756), *Bull. civ.* 1999, n° 345, p. 224 : « Mais attendu que le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit ».

²¹⁵³ MOURON (P.), « Perspectives sur le droit à l'identité numérique », *op. cit.*, p. 116 : « des données fantaisistes devraient aussi y être rangées, dès lors qu'elles résultent d'une création de l'esprit de l'individu [...] L'identité numérique peut lui permettre de se construire une personnalité fictive, propre à garantir son anonymat et exprimer son imagination. L'identité peut alors se muer en personnage de fiction, comme l'avatar de jeu vidéo, ce qui confère à son titulaire un droit de propriété intellectuelle ».

de l'écoulement du temps²¹⁵⁴. L'identité numérique, qu'elle soit voulue par la personne, pistée par les fournisseurs de services numériques, ou observée par un service judiciaire ou administratif, est toujours une recherche d'unité et de cohérence, quel que soit le degré de subjectivité ou la marge d'erreur acceptée. L'identité numérique est avant tout un regroupement d'identifiants utilisés pour profiler et authentifier : elle doit être fiable. Rappelons en ce sens que la loi informatique et libertés prévoit en son article 6 une protection des données qui sont « exactes, complètes et si nécessaire, mises à jour ». Enfin, le passage de l'élément de l'identité à la donnée à caractère personnel se fait par le vecteur du traitement, opération réalisée pour l'essentiel par une tierce personne, qu'elle soit privée ou publique. En ce sens, la création ne serait donc pas le fait de la personne identifiable, mais du responsable de traitement, sorte de transformateur de matière brute. On atteint ici des hauts degrés d'abstraction, qui nous semblent assez déconnectés de la réalité de la collecte des données à caractère personnel. Cette hypothèse constitue finalement un plaidoyer plutôt qu'une observation du droit positif (indisponibilité des personnes, caractère entier de la propriété, pénalisation spéciale des atteintes à la personnalité qui reste distincte des biens). Elle ne prend donc pas la mesure des enjeux de la protection de l'identité, en droit positif comme en droit prospectif. Si le rapprochement est tout à fait pertinent, en ce que le droit moral de l'auteur ouvre une porte sur l'indétermination de la nature des composantes immatérielles de l'identité des personnes, il ne peut en constituer un vademécum de la protection des attributs de la personnalité sur le support numérique. Le droit d'auteur peut être admis comme étant un droit de la personnalité²¹⁵⁵, mais le droit général de la personnalité – dont les données personnelles sont autant d'éléments – ne peut être assimilé à un droit d'auteur.

449. Discussion sur le droit d'accession. – Le droit d'accession prévu à l'article 546 du Code civil prévoit que l'accessoire suit le principal, c'est-à-dire que tout ce qui incorporé à la chose ou produit par la chose appropriée est une extension du droit de propriété de la personne titulaire. Les données personnelles seraient ainsi à la personne ce que les fruits sont à l'arbre. Le syllogisme peut séduire, mais les prémisses en sont erronées, puisque le droit d'accession vise la propriété d'une chose et non d'une personne. Sauf à affirmer que la personne est propriétaire d'elle-même, le déroulement de l'argumentaire est vain. En admettant cela, il faudrait alors se heurter aux exclusions explicites du droit positif qui interdisent la commercialisation des produits du corps humain ainsi qu'au principe de dignité qui assure à la personne le statut de finalité et non de moyen²¹⁵⁶. Enfin,

²¹⁵⁴ Sur ce point, v. nos développements *supra*, nos 208 et s.

²¹⁵⁵ V. *contra* BRUGUIERE (J.-M.), « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *D.*, janvier 2011, n° 1, pp. 28-34.

²¹⁵⁶ KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1999, p. 104 : « Or je dis : l'homme, et en général tout être raisonnable, existe comme fin en soi, et non pas simplement comme moyen dont telle ou telle volonté puisse user à son gré, dans toutes ses actions, aussi bien dans celle qui le concernent lui-même que dans celles qui concernent

au sens purement matériel, il est difficile de considérer que les éléments numérisés de l'identité sont des fruits ou des incorporations : ils sont attachés à la personne et ne procèdent d'aucune action de création ou d'intégration. Dans le cas de l'identité, la personne ne *fait* pas, elle *est*. Considérer que des informations qui dépendent de l'existence des personnes sont objets de propriété et créations de l'esprit ouvrirait une monumentale brèche dans le champ matériel de la propriété : tous faits et gestes deviendraient propriété.

450. Rejet explicite par la Cour de cassation. – En 2008, la haute juridiction civile a dû se pencher sur un contrat de cession de droits à l'image particulier²¹⁵⁷. En l'espèce, un mannequin professionnel avait cédé pour 305 euros ses droits sur les images prises à l'occasion d'une séance photo, selon les conditions suivantes : « leur exploitation sous toutes ses formes, sauf contextes pornographiques, et par tous procédés techniques, aux fins d'illustration, décoration, promotion, publicité, de toute association, société, produit ou service, par télévision, satellite, vidéocassettes, internet, multimédia, CD Rom, presse, sur tous supports, pour le monde entier et une durée de quinze ans, renouvelable par tacite reconduction ». L'évidente généralité de la clause était attaquée, et la requérante soutenait que comme en matière de droit moral de l'auteur, la durée d'exploitation de l'image devrait connaître des plafonds²¹⁵⁸. La solution est autre : la Cour de cassation rejette l'assimilation du droit au respect de la vie privée²¹⁵⁹ aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle et rappelle que « les dispositions de l'article 9 du Code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du Code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle ». La Cour de cassation enterre donc l'union du droit des données personnelles et du droit d'auteur, qui devront continuer à se fréquenter ponctuellement, ou en secret.

Si l'approche relevant de la propriété intellectuelle des données personnelles peut être intéressante, on retombe finalement sur la difficulté rencontrée par le droit positif en son état actuel. Pire, ce droit autonome risquerait alors d'être dépouillé des avantages des droits de la personnalité, pour aller vers le droit moral de l'auteur qui lui refuserait l'ensemble de sa protection en raison de sa

d'autres êtres raisonnables, il doit toujours être considéré en même temps comme fin » ; TZITZIS (S.), « Personne et personnalisme juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », p. 29 : « Tout commence par la finitude de l'homme et se termine avec cette finitude. L'homme possède une valeur et une dignité en tant que personne ».

²¹⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 11 décembre 2008 (07-19.494) : *JCP G* 2009, II, 10025, note G. LOISEAU.

²¹⁵⁸ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 131-3 (extrait) : « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

²¹⁵⁹ Selon nous, il aurait été intéressant pour la requérante de se fonder sur l'article 6 de la LIL. En effet, le principe de finalité du traitement d'une donnée à caractère personnel impose que les utilisations ultérieures soient circonscrites aux stipulations initiales. D'un point de vue théorique et pratique, il aurait été intéressant d'approfondir la position du juge judiciaire sur la protection offerte à l'image sur le fondement de la LIL.

spécificité. Il faut alors, pour découvrir une éventuelle compatibilité des données personnelles avec un droit de propriété, songer à une nouvelle approche de ce droit de propriété lui-même.

§ 2 – La propriété sur les données selon de nouvelles approches du droit de propriété

451. Différents renouvelés proposés. – À l’occasion de débats parlementaires en 1993, un député relevait la difficulté à « considérer que les données à caractère nominatif puissent être assimilées à un bien ordinaire »²¹⁶⁰. Dès lors, une approche renouvelée de la notion de bien, voire du droit de propriété dans son ensemble – qui rencontre d’autres difficultés –, pourrait être souhaitable. Une première thèse, celle de la propriété de la personne sur elle-même, serait une alternative crédible bien que radicale (A.). Une idée plus modérée peut également servir de fondement à une éventuelle propriété des données : celle de « bien de la personnalité », notion fonctionnelle qui briserait la dichotomie bien-personnalité (B.). Enfin, une approche encore plus originale, que l’on qualifiera de « globale », propose une propriété commune des données, envisagées comme des *res communis* ouvertes à tous pour l’épanouissement collectif (C.)

A. Une objectivation complète de la personne juridique

452. La définition renouvelée du droit de propriété. – La vision classique de la propriété pose de nombreux problèmes qui empêchent de considérer les données personnelles comme des biens immatériels de droit commun. Dès lors, une approche renouvelée de la notion de propriété peut être une alternative pour arriver à une telle qualification : lorsqu’on ne trouve pas l’inconnue de l’équation, il est parfois judicieux de changer la formule. Les professeurs Zénati et Revet ont proposé cette rénovation²¹⁶¹. Leur vision de la propriété promeut une focalisation sur l’exclusivité qui lie la personne à la chose, dans une interprétation libérale de l’article 544 du Code civil qui dispose que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Le droit de propriété serait « le pouvoir exclusif, ce par quoi une personne se réserve l’exclusivité d’une chose », ladite chose étant « acquise par un pouvoir spécifique et unique, le *jus excluendi alios* : le pouvoir de repousser quiconque »²¹⁶². L’exclusivité est synonyme de capacité d’exclusion des tiers : la sphère privée devient donc d’opposabilité *erga omnes*. Il s’agit d’un élargissement considérable de la notion de propriété, une vision qui dépasse le critère du pouvoir sur la chose et qui intègre le rapport au

²¹⁶⁰ JORF, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Seconde session ordinaire de 1992-1993 (73^e séance), Compte rendu intégral, 1^{ère} séance du vendredi 25 juin 1993, Intervention de Jean-Pierre BALLIGAND, p. 2289.

²¹⁶¹ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, *op. cit.*, p. 260, n° 164.

²¹⁶² REVET (T.), « La propriété de la personnalité », *op. cit.*, n° 139, p. 49.

droit subjectif. Par exemple, quand la jurisprudence confirme le lien d'exclusivité de la personne sur son image, alors le droit sur l'image serait en fait un droit de propriété²¹⁶³. Plus qu'un élargissement de la notion, on y verra une révolution de la fonction : la propriété devient protection de la personne²¹⁶⁴. Cette théorie ne postule rien de moins que la propriété de la personne sur elle-même dans son ensemble²¹⁶⁵. Ainsi, les auteurs démantèlent l'expression « vie privée » et considèrent que « la vie est un élément de la personnalité en tant qu'information sur l'identité et l'activité de l'Homme. Le concept de vie privée exprime l'appropriation par chacun de ses informations personnelles »²¹⁶⁶. En somme, une privatisation de la vie personnelle.

453. Critique de l'approche renouvelée de la propriété. – Cette hypothèse, bien que séduisante, se voit opposer des arguments de deux natures. Les premiers sont conceptuels et les seconds, formels, relèvent de l'observation du droit positif. Premièrement, il est possible d'objecter qu'une telle allégation conduit à la négation de la dichotomie sujet-objet sur laquelle repose l'ordre juridique²¹⁶⁷. À dire vrai, le lien d'exclusivité comme caractère de la propriété n'est pas tant une conception extensive qu'une conception totalisante²¹⁶⁸. Une telle définition revient en effet à considérer que tous les droits subjectifs, qui sont caractérisés par l'exclusivité, relèvent du droit de propriété²¹⁶⁹. Le droit ne serait alors qu'un « tout-propriété ». Or, ce n'est pas ce que retient l'ordre juridique français. La loi prohibe explicitement certaines conventions, et refuse la patrimonialisation – *a fortiori* la propriété – de certains objets. L'exemple le plus probant se trouve à l'article 16-1 du Code civil, qui exclut expressément la patrimonialisation du corps humain ainsi que ses éléments et produits : « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »²¹⁷⁰. Les défenseurs de cette théorie reconnaissent d'ailleurs cette difficulté, et invitent à la rénovation globale du droit²¹⁷¹.

²¹⁶³ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, n° 327, p. 287.

²¹⁶⁴ ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *op. cit.*, pp. 445-466 ; ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit.*, pp. 305-323.

²¹⁶⁵ Pour aller plus loin et envisager d'autres auteurs à propos de cette théorie, v. BAUD (J.-P.), *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, « Travaux », 1993, 243 p. ; BOUVARD (F.), « La commercialisation de l'image de la personne physique », in BLOCH (P.) (dir.), *Image et droit*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 375 et s.

²¹⁶⁶ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, n° 360, p. 309.

²¹⁶⁷ *Summa divisio* à laquelle les auteurs ont pourtant recours : « La personnalité est un bien. Dans les droits de la personnalité, la personne humaine n'est pas sujet puisqu'elle constitue l'assiette même des prérogatives juridiques considérées. Elle est donc *objet* » : ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, n° 260, p. 220.

²¹⁶⁸ ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *op. cit.*, p. 445 : « Les droits sont tous des droits de propriété ».

²¹⁶⁹ MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », *op. cit.*, n° 1725, p. 1004 : « L'exclusivité, signe d'un droit, n'est pas toujours (uniquement) le signe d'un droit de propriété ».

²¹⁷⁰ Code civil, art 16-1 : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

²¹⁷¹ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, pp. 254-261.

La propriété de la personne sur elle-même nécessitant une refonte de l'ensemble du droit positif, une approche plus empirique semble souhaitable. La thèse des « biens de la personnalité » est potentiellement plus ancrée dans la réalité du droit des données personnelles.

B. Une commercialité relative de la personnalité : les « biens de la personnalité »

454. Le « bien inné ». – Le bien au sens classique renvoie à une donnée positive, à un actif. Or, les éléments de la personnalité ne sont pas des biens, ils ne sont pas des valeurs ajoutées, ils sont attachés à la personne. D'où la notion de « bien inné », qui permet d'établir une nouvelle sous-division de la personne et de tenir en respect l'hermétisme hérité de la dichotomie personne-bien. Avant les nombreuses études et découvertes doctrinales portant sur les droits de la personnalité, Zachariae évoque déjà l'existence de « biens personnels, c'est-à-dire dérivant de la personne », comme par exemple « la liberté qui consiste, au point de vue juridique, dans l'usage déterminé que l'on peut faire de sa personne et de sa fortune »²¹⁷². Il qualifie également ces biens d'« innés »²¹⁷³, expression reprise par Aubry et Rau qui y voient des objets « qui se confondent avec l'existence de la personne qui a des droits à exercer sur eux »²¹⁷⁴. C'est enfin chez Boistel que l'on retrouve des développements à propos de ces « droits purement internes »²¹⁷⁵, qui s'exercent notamment sur des « bien innés »²¹⁷⁶.

455. Le « bien de la personnalité ». – Dans le même esprit, la théorie des « biens de la personnalité » est une réaction à la composante patrimoniale de la personnalité, dont la négation serait « purement idéologique »²¹⁷⁷. Il s'agit alors de nommer « bien » des éléments constitués par l'actif ou le passif de la personne afin de lui garantir une certaine maîtrise, tout en niant la nature détachable de ce bien²¹⁷⁸. Les « biens de la personnalité » font en France l'objet de peu de littérature²¹⁷⁹ en dehors de François Rigaux qui a principalement importé cette théorie du droit allemand²¹⁸⁰. Il balise l'inaliénabilité du bien de la personnalité, qui n'est autre que « la part du sujet

²¹⁷² ZACHARIAE (K.-S.), *Le droit civil français*, Tome 2, Paris, Auguste Durand, 1855, § 251, p. 3, note 1.

²¹⁷³ *Ibid.*, § 264, p. 38.

²¹⁷⁴ AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français*, Tome premier, Strasbourg, F. Lagier, 1839, § 168, p. 331.

²¹⁷⁵ BOISTEL (A.), *Cours de philosophie du droit*, Tome 1, Paris, Thorin, 1899, p. 18.

²¹⁷⁶ *Ibid.*, § 98.

²¹⁷⁷ RIGAUX (F.), *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, *op. cit.*, p. 157.

²¹⁷⁸ Les biens « de la personnalité » se distinguent en cela d'une autre théorie qui vise à l'inverse la subjectivation des choses : les « biens à caractère personnel » ou encore les « choses empreintes de subjectivité ». V. CHATILLON (C.), *Les choses empreintes de subjectivité. Etude de droit privé français*, Sarrebruck, Éd. Universitaires européennes, 2010, 408 p. ; DELCENSERIE (S.), *Les biens à caractère personnel*, Thèse Paris II Panthéon-Assas, 2006.

²¹⁷⁹ Parmi les rares développements, v. notamment SIIRIAINEN (F.), « Des biens de la personnalité », in STRICKLER (Y.), SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Volonté et biens. Regards croisés*, Actes du colloque organisé à Nice les 14 et 15 décembre 2012 par le Centre d'études et de recherches en droit privé, Paris, L'Harmattan, « Droit privé et sciences criminelles », 2013, pp. 327-345.

²¹⁸⁰ RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 16 et s.

dont la maîtrise ne peut lui être soustraite ou qui ne peut être appropriée par autrui, que ce soit dans l'intérêt de l'administration publique ou pour la satisfaction d'un intérêt privé »²¹⁸¹. Il n'est donc guère surprenant de le voir fustiger l'idée d'une pleine propriété d'un élément de l'identité tel que l'image et inviter à « répudier toute assimilation du droit au respect de la vie privée à un faisceau de prérogatives analogue à celui que confère le droit de propriété, analogie dont le droit à la propre image a été trop longtemps victime »²¹⁸². Après analyse, cette théorie peut être écartée de développements relatifs à la propriété au sens du droit des biens : l'appellation « biens » de la personnalité n'est qu'un trait soulignant le volet patrimonial des droits de la personnalité, dans une perspective dualiste²¹⁸³. Le bien de la personnalité ne serait autre que le passage d'un droit de la personnalité non marchand à une exploitation marchande de ce droit par l'expression de la volonté individuelle²¹⁸⁴.

Il est temps, enfin, d'examiner l'hypothèse d'une propriété de tous sur les données personnelles.

C. Une « propriété » de tous sur les données personnelles

456. Insuffisance des individualités face à la puissance des géants du numérique. – Pour lutter contre la puissance quasi monopolistique des multinationales du numérique, l'*Open Data*²¹⁸⁵ est une alternative séduisante. La mise en commun des informations et des technologies empêcherait non seulement la concentration des ressources entre les mains de quelques opérateurs privés, mais serait un levier d'information et de création à la portée de tous²¹⁸⁶. Les données à caractère personnel, possiblement englobées dans les *res communes*, seraient des choses communes au service du bien commun, dans une logique de « dépassement des concepts de propriété et de souveraineté par un principe de solidarité »²¹⁸⁷. La propriété privée s'effacerait au profit d'une forme

²¹⁸¹ *Ibid.*, p. 694.

²¹⁸² RIGAUX (F.), « Les paradoxes de la protection de la vie privée », *op. cit.*, p. 42.

²¹⁸³ Sur ce point, v. la section suivante relative à la contractualisation portant sur les éléments de l'identité des personnes. Pour une approche doctrinale complète, v. MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix et de l'image », in DREYER (E.), BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.) (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, n° 1762 et s.

²¹⁸⁴ En ce sens, v. SIIRIAINEN (F.) (dir.), « Des biens de la personnalité », *op. cit. spéc.*, p. 237 : « par l'expression "biens de la personnalité", on entendra les éléments ou attributs de la personnalité comme le nom, l'image, la voix ou la vie privée, qui sont l'objet d'une exploitation commerciale licite : la marchandisation ».

²¹⁸⁵ L'*open data*, littéralement « données ouvertes », se traduit par une mise à disposition du public d'une grande quantité de données, provenant notamment du secteur public (conformément à la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public). Les données et informations font souvent l'objet d'une licence ouverte, à des fins de réutilisation. Pour aller plus loin, v. ROCHFELD (J.), ORSI (F.), CORNU (M.) et al., *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, « Quadrige », 2017, V° *Open Data* ; VARET (E.), « L'Open Data. Point de rencontre entre le libre et les données publiques », *ESI*, juillet 2012, n° 371, pp. 254-257 ; BINCTIN (N.), « Le statut juridique des informations non appropriées », *Légipresse*, février 2013, n° 302, pp. 82-88.

²¹⁸⁶ Sur ce point, v. notamment ROCHFELD (J.), « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme biens », in NETTER (E.), CHAIGNEAU (A.) (dir.), *Les biens numériques*, Actes du colloque organisé par le CEPRISCA le 26 septembre 2014, Paris, PUF, « Colloques », 2015, p. 229 et s.

²¹⁸⁷ PARANCE (B.), SAINT VICTOR (DE) (J.) (dir.), « Commons, biens communs, communs », in *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éd., 2014, p. 27.

de « propriété collective »²¹⁸⁸ dans laquelle chaque personne serait gardienne de la chose dans l'intérêt de tous. L'article 714 du Code civil prévoit en effet qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Une telle norme renvoie au domaine public, qui trace une ligne de démarcation entre ce qui est appropriable et ce qui ne l'est pas. Classiquement, cela comprend l'air, l'eau de la mer, l'eau courante : des ressources dont la privatisation menacerait les besoins primaires des personnes, voire l'écosystème dans son ensemble. On comprend donc que le Code civil exige une réglementation de telles choses par des lois de police²¹⁸⁹. Toutefois, si cette approche exclut la propriété privée, elle implique la libre utilisation de la chose disponible par tous. On peut alors réfléchir au regard de l'économie sur les biens communs et non aliénables, et admettre que « la donnée est un bien non rival, ce qui signifie que sa consommation par un individu ne la fait pas disparaître »²¹⁹⁰.

457. Discussion autour d'une approche collectiviste des données personnelles. – Les objections à une telle hypothèse sont intuitives avant d'être juridiques. Il semble d'abord dangereux de considérer que des éléments attachés à la personne – fussent-ils moraux – puissent faire l'objet d'un usage commun. Un adage populaire ne dit-il pas que « ce qui est mis en commun est négligé en commun »²¹⁹¹ ? Se convaincre que la gestion commune incite à tendre vers le bien commun nous semble excessivement optimiste, déconnecté de la conjoncture économique et des pratiques commerciales qui en découlent. Tout semble indiquer qu'il y aurait là de nouvelles opportunités privées, comme la monétisation directe du profilage. Un recruteur pourrait par exemple avoir recours à un enquêteur pour reconstituer avec précision le profil numérique d'un candidat, et cela sans porter atteinte à l'impossible appropriation des données ni à la vie privée. Les exemples sont multipliables à souhait : assureur qui enquête sur l'état de santé d'une personne, banque qui veut estimer le sérieux et la solvabilité avant d'accorder un crédit. L'hypothèse d'un État policier reposant sur la surveillance n'est pas non plus à exclure : le contrôle des personnes serait particulièrement aisé, et on pourrait s'inquiéter d'un pouvoir central ayant ouvertement accès aux opinions politiques, orientations sexuelles, aux croyances religieuses. Le contre-argument vient alors naturellement en réponse à ces divers exemples : un statut particulier pourrait être ménagé pour les données sensibles. La mesure de « libération des données » serait alors contre-productive : on en reviendrait au régime actuel en matière de protection des catégories particulières de

²¹⁸⁸ Pour un aperçu du pendant philosophique de cette théorie, v. notamment BARTOLI (D.), GOSSELIN (S.), « Organiser la désappropriation, libérer le commun », *op. cit.*, p. 189-194.

²¹⁸⁹ Code civil, art. 714 al. 2 : « Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

²¹⁹⁰ ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *op. cit.*, p. 76.

²¹⁹¹ OSTROM (E.), *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, « Planète en jeu », 2010, 301 p.

données²¹⁹², mais les prérogatives d'opposition et la relative protection offerte par le consentement seraient oubliées. En outre, en cas d'utilisation préjudiciable de certaines données à caractère personnel, vers qui irait la réparation²¹⁹³ ? Reste une objection juridique majeure : l'hypothèse d'une mise en commun des données personnelles impliquerait la possibilité de forcer les personnes à renoncer à leur vie privée et à divulguer des informations intimes. Il s'agirait d'une violation manifeste du droit au respect de la vie privée, tant au sens du droit interne que du droit conventionnel²¹⁹⁴ ou de l'Union²¹⁹⁵. Le contresens serait important : une donnée à caractère *personnel* ne peut pas être une donnée *commune*. On assisterait à une dépersonnalisation de la donnée, d'un détachement et donc d'une aliénation au sens juridique. Au final, bien que chargée de bonnes intentions, la théorie de la mise en commun risquerait par son aspect totalisant de détruire définitivement la poussive protection de la personne à l'égard des traitements informatiques et de la laisser plus démunie encore qu'en cas de propriété privée.

Ces critiques au cas par cas ont tendance à se recouper. Il faut y voir le signe d'objections d'ensemble à un droit de propriété sur les données personnelles, qui peuvent être soulevées collectivement afin de donner un aperçu du caractère limité de l'hypothèse de départ.

§ 3 – La propriété sur les données face aux réalités juridiques

458. Du pour et beaucoup de contre. – Dans une perspective de discussion générale, les intentions positives des tenants de la propriété sur les données doivent être rappelées (A.), avant de pouvoir développer de nombreuses et considérables objections (B.).

A. Les prétentions générales de la propriété sur les données personnelles

459. Faire cesser « l'effet Eldorado ». – L'intérêt économique correspondant à l'exploitation des données à caractère personnel a été inscrit au fronton des normes récentes qui encadrent leur traitement. Dès lors, l'hypothèse d'une propriété sur les données à caractère personnel est souvent considérée comme l'apogée d'une telle tendance. Il est permis de penser tout l'inverse. De fait, la plupart des promoteurs d'une propriété sur les données personnelles y voient prioritairement une nouvelle forme d'humanisme. Les arguments sont inégalement présentés, mais le cœur du propos

²¹⁹² Règlement (UE) 2016/679, art. 9 ; Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 8 et s.

²¹⁹³ V. par exemple DRAPIER (S.), « Quel régime de responsabilité civile pour les choses communes endommagées ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2016/4, vol. 41, pp. 691-707.

²¹⁹⁴ La violation de la Convention est évidente : il n'est pas possible de forcer les personnes à renoncer à une stipulation conventionnelle, conformément à l'article 1^{er}.

²¹⁹⁵ On imagine mal la Cour de Justice valider une législation forçant toute personne entrant sur le territoire à divulguer l'ensemble de ses données personnelles : une telle dissuasion marquerait une entrave importante à la liberté de circulation.

est identique : il s'agit de « reconnaître aux consommateurs une forme de droit de propriété sur leurs données personnelles » afin « de rétablir l'efficacité du marché »²¹⁹⁶ en redistribuant équitablement les richesses produites dont les personnes ne bénéficient nullement. Établir un droit de propriété sur les données à caractère personnel équivaldrait à forcer les annonceurs à puiser dans leurs ressources financières, de sorte de faire cesser les sollicitations intrusives du marketing en ligne. Les coûts pour les publicitaires augmentant, on pourrait s'attendre à ce que l'effet produit soit un retour à la tranquillité pour les utilisateurs²¹⁹⁷. Pour le dire plus familièrement, il s'agirait d'une mesure analogue à la mise en place d'une fiscalité élevée sur le commerce des données personnelles, permettant de freiner l'effet Eldorado²¹⁹⁸ qui les entoure. Les individus seraient alors les « producteurs de cette “matière première” »²¹⁹⁹ dont ils seraient individuellement gardiens. Malheureusement, et pour de nombreuses raisons, « le rééquilibrage de la relation entre les éditeurs de services numériques et les internautes, qui découlerait de la reconnaissance d'un tel droit de propriété, apparaît largement illusoire »²²⁰⁰.

B. Les objections générales à la propriété sur les données

460. De jure et de facto. – Parmi les objections que nous opposerons à l'idée d'une propriété sur les données, certaines relèvent du droit (1.), et les autres relèvent des difficultés techniques que présenteraient la mise en œuvre d'un tel droit (2.). Le second temps du raisonnement relève donc d'une approche conséquentialiste assumée.

1. Les objections générales relevant de la technique juridique

461. De nombreuses incompatibilités. – À l'impossible détachement de l'élément de l'identité (a.) vient s'ajouter le risque d'entrave au bon fonctionnement de l'administration (b.). En outre, il n'est pas certain qu'un tel droit aurait un quelconque effet, puisqu'il suffirait aux entreprises de faire évoluer les conditions générales d'utilisation (c.). Si le principe de finalité du traitement est un obstacle théorique car peu sollicité (d.), l'application extranationale d'un tel droit poserait de nombreux problèmes (e.).

a. L'impossible détachement de l'élément de l'identité

462. Pour des raisons matérielles : pas d'aliénation d'éléments distinctifs. – La propriété implique *a minima* un lien d'exclusivité, mais plus généralement un lien avec un objet, une chose

²¹⁹⁶ BELLEIL (A.), « La régulation économique des données personnelles ? », *op. cit.*, p. 144.

²¹⁹⁷ *Ibid.*

²¹⁹⁸ ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *op. cit.*, p. 75.

²¹⁹⁹ BELLEIL (A.), *E-privacy. Le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'internet*, *op. cit.*, p. 31.

²²⁰⁰ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 265.

extérieure. Il ne peut en être autrement puisque la fonction même de la propriété est de marquer ce lien. La donnée à caractère personnel est envisagée comme une chose, elle est objet de circulation. Toutefois, il est impossible de s'en détacher, puisqu'elle a pour nature l'identité et pour fonction l'identification : on ne peut se défaire des caractéristiques de son iris, de sa date de naissance ou de son nom de famille pour en céder la propriété à autrui. Le phénomène de commercialisation peut donc être vu comme un « dérapage »²²⁰¹, et la propriété sur les données un véritable contresens juridique²²⁰², comme cela a pu être établi pour l'image²²⁰³. La pleine propriété impliquerait au pire une aliénation totale par renonciation à l'identité, au mieux une perte de maîtrise totale des éléments identitaires.

463. Pour des raisons d'ordre public : l'indisponibilité de l'identité des personnes. – La fonction des éléments formels de l'identité de police suffit à balayer l'hypothèse d'une libre disposition des données à caractère personnel : il n'est pas possible de se défaire de son nom, de sa nationalité et de sa date de naissance, ni d'en donner le contrôle à un tiers. Tout d'abord, parce que céder les droits d'utilisation de certaines composantes de l'identité contreviendrait aux nécessités d'identification des personnes et neutraliserait l'infraction d'usurpation d'identité. Un État fonctionnel implique de mesurer la population²²⁰⁴ et de pouvoir nommer chaque individu conformément à son état civil, identité de police.

b. Un obstacle au bon fonctionnement de l'administration

464. Pour des raisons de bon fonctionnement de l'administration. – Sans se contenter de ralentir les échanges entre personnes privées, une propriété des données à caractère personnel alourdirait prodigieusement tous les traitements effectués par l'administration dans le cadre du fonctionnement habituel de l'État. Qui plus est, la protection conférée par l'administration à l'administré serait abandonnée, puisqu'il serait possible de se soustraire au service public ainsi qu'aux droits et libertés dont l'exercice dépend de la possibilité d'une identification. Globalement, « la reconnaissance d'un droit de propriété de l'individu impliquerait en réalité de renoncer

²²⁰¹ LINDON (R.), *Dictionnaire juridique : les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1983, n° 33, p. 113.

²²⁰² POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHEF (K.), TRUDEL (P.) (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis-CRDP, 2009, p. 214 ; POULLET (Y.), « Le fondement du droit à la protection des données nominatives : propriétés ou libertés ? », in MACKAAY (E.), BEAUDOIN (J.-L.) (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, op. cit., p. 175 et s.

²²⁰³ FABRE-MAGNAN (M.), « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.*, 1997, p. 583 : « On ne peut être propriétaire de son image dans la mesure où on ne peut céder entièrement et définitivement cette image à autrui faute de pouvoir la détacher matériellement de soi-même ».

²²⁰⁴ CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LDGJ, 10^e éd., 2001, p. 64 : « L'État a besoin de voir : sans y voir, comment frapper, comment identifier (ces moyens de contraindre) ? ». Pour aller plus loin, v. FOUCAULT (M.), *Sécurité, territoire, population : cours au collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2004, 435 p.

largement à la logique de protection »²²⁰⁵, et supposerait que le rapport entre l'administration et l'administré puisse devenir financier, ce qui serait contraire au principe même du service public et un véritable ravage sur le bon fonctionnement de l'administration²²⁰⁶.

c. Le risque d'évolution des conditions générales d'utilisation

465. Une parade simple : l'évolution des CGU. – L'idée selon laquelle la propriété sur les données personnelles permet une meilleure protection implique une prise de conscience de cette valeur économique et sociale à protéger. Dans le cas contraire, et pour ne pas se sevrer de tous les services numériques auxquels elles se sont habituées, les personnes pourraient tout simplement consentir à de nouvelles clauses qui prévoient la cession des droits d'utilisation des données, fussent-elles des biens, en échange du service. Alors, non seulement les principaux éditeurs de service ne subiraient pas de contrecoup économique, mais se trouveraient encore mieux dotés pour utiliser librement les données collectées²²⁰⁷. Considérant l'actuelle rédaction sibylline des conditions générales d'utilisation, qui ne sont d'ailleurs pas nommées « contrat » ou « clauses », il y a peu de chance que l'avènement d'une propriété sur les données personnelles donnent lieu à une clarification et une simplification des CGU au profit de l'utilisateur.

d. La finalité du traitement comme obstacle essentiel

466. Limitation de l'utilisation aux finalités prévues. – Le principe de finalité du traitement est le cœur de la protection imaginée par le législateur, traduite par la loi du 6 janvier 1978. Il implique que les données collectées le soient « pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités »²²⁰⁸. Ce principe de finalité du traitement, nettement sous-exploité en doctrine comme en jurisprudence, nous semble être en opposition avec les implications d'une propriété sur les données personnelles, quelle que soit sa définition : l'acquéreur de la donnée n'aurait pas la possibilité de faire valoir l'*abusus* ni même le lien d'exclusivité permettant toute forme d'exploitation²²⁰⁹. Il s'agit de l'essence même de la

²²⁰⁵ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 266.

²²⁰⁶ TRUCHE (P.) (dir.), *Administration électronique et protection des données personnelles. Livre blanc : rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État*, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 2002, p. 75 : « Si une telle analyse patrimoniale devait prévaloir, les traitements administratifs et leur régime de contrôle pourraient en subir les effets. Cela justifierait en effet une approche contractuelle de la maîtrise des personnes sur leurs données, et cela remettrait en question le contrôle opéré sur les traitements administratifs, qui est protecteur mais aussi contraignant pour les usagers comme pour les administrations ».

²²⁰⁷ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 265-266 : « les acteurs du numérique rédigeraient leurs contrats comme la fourniture d'un service en échange de la cession de droits d'utilisation des données, ce dont nombre de conditions générales d'utilisation se rapprochent déjà beaucoup ; le rapport de forces entre l'individu, consommateur isolé et l'entreprise, resterait marqué par un déséquilibre structurel ».

²²⁰⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 6 (extrait).

²²⁰⁹ En ce sens, v. CNIL, « Vie privée à l'horizon 2020. Paroles d'experts », *Cahiers IP innovation et prospective*, n° 1, 2012, p. 56.

protection des données : pour des raisons immédiates – contrôle de la personne – et futures – prédictibilité des comportements humains –, les données à caractère personnel ne peuvent servir à toutes sortes de traitement qui n’auraient pas été prévus dès l’origine. Les développements récents liés au *privacy by design* (vie privée dès l’origine) sont en fait un écho au principe de finalité : l’un comme l’autre peinent à trouver leur véritable effectivité²²¹⁰.

e. Les obstacles extranationaux

467. Exigence d’harmonisation de la protection en droit de l’Union. – Une réflexion purement positiviste suffit à mettre fin au débat : le législateur de l’Union a considéré que l’absence d’effectivité dans la protection des données provenait des disparités de protection au sein des États membres²²¹¹ et a adopté le RGPD pour y mettre fin : « Afin d’assurer un niveau cohérent de protection des personnes physiques dans l’ensemble de l’Union, et d’éviter que des divergences n’entraînent la libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur, un règlement est nécessaire pour garantir la sécurité juridique et la transparence aux opérateurs économiques »²²¹². En d’autres termes, si le RGPD, adopté après des années de débats et modifications, ne prévoit pas un régime spécifique de propriété sur les données personnelles, il n’y aura pas de propriété sur les données personnelles. Toute législation contraire au sein d’un État membre pourrait entraîner un recours devant la Cour de Justice de l’Union européenne pour non-conformité au droit de l’Union. Cela n’est pas propre au régime de protection des données à caractère personnel, comme l’a rappelé la Cour de justice elle-même : « la poursuite de l’objectif de la protection des droits fondamentaux dans le droit de l’Union, en ce qui concerne tant l’action de l’Union que la mise en œuvre du droit de l’Union par les États membres, est motivée par la nécessité d’éviter qu’une protection des droits fondamentaux susceptible de varier selon le droit national concerné porte atteinte à l’unité, à la primauté et à l’effectivité du droit de l’Union »²²¹³.

468. Absence de valeur extranationale d’un tel droit. – Même en admettant que le droit de l’Union et la Cour de justice ne s’opposent pas à la consécration d’un tel droit, son opposabilité en

²²¹⁰ PUCHEVAL (P.), RALLET (A.), ROCHELANDET (F.), ZOLYNSKI (C.), « La Privacy by design : une fausse bonne solution aux problèmes de protection des données personnelles soulevés par l’Open data et les objets connectés ? », *LEGICOM*, mars 2016, n° 56, pp. 89-99 ; DARY (M.), BENAÏSSA (L.), « Privacy by Design : un principe de protection séduisant mais complexe à mettre en œuvre », *Dalloz IP/IT*, octobre 2016, n° 10, pp. 476-480.

²²¹¹ Règlement (UE) 2016/679, cons. 9 : « Les différences dans le niveau de protection des droits et libertés des personnes physiques, en particulier le droit à la protection des données à caractère personnel, à l’égard du traitement des données à caractère personnel dans les États membres peuvent empêcher le libre flux de ces données dans l’ensemble de l’Union. Ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l’exercice des activités économiques au niveau de l’Union, fausser la concurrence et empêcher les autorités de s’acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l’Union. Ces différences dans le niveau de protection résultent de l’existence de divergences dans la mise en œuvre et l’application de la directive 95/46/CE ».

²²¹² *Ibid.*, cons. 13 (extrait).

²²¹³ CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández e.a.*, aff. C-198/13, EU:C:2014:2055, pt. 47.

dehors du territoire français, dans un État qui ne reconnaît pas ladite prérogative, serait difficile à mettre en œuvre. En outre, alors que l'essentiel des données à caractère personnel transite vers les États-Unis, le respect des droits attribués aux citoyens français ou de l'Union impliqueraient des serveurs particuliers, des traitements informatiques adaptés et des conventions différentes avec les partenaires commerciaux des géants du numérique²²¹⁴. Une telle entrave rendrait les données européennes économiquement viciées. Il y a donc fort à parier que les multinationales refuseraient l'application d'un tel droit de propriété accordé aux ressortissants français, et se reposeraient sur leurs filiales européennes, pour la plupart établies en Irlande.

On trouve ici à la jonction entre les objections juridiques de droit positif et les objections techniques qui auraient des conséquences juridiques. Ces dernières découlent principalement de la mise en réseau.

2. Les objections générales relevant de la technique appliquée au juridique

469. Obsolescence des approches monolithiques. – La mise en réseau des données personnelles dans une société dite « de l'information » crée une situation au sein de laquelle penser la valeur d'une donnée primaire et isolée est une erreur (a.). En outre, même en admettant qu'il soit possible de le faire, l'absence de visibilité sur la circulation des données rendrait tout droit de propriété évanescant (b.). Enfin, il faut rappeler que la fameuse fracture numérique serait accentuée par la consécration d'un tel droit (c.).

a. L'erreur de l'isolement : l'incalculable valeur de la donnée personnelle primaire

470. Une valeur isolée dérisoire. – Lorsque la société *Virgin* s'est déclarée en cessation de paiement, le fichier client contenant environ 1,6 millions d'adresses e-mail a été vendu 54 000 euros à la *FNAC*, soit environ 3 centimes d'euros par client. Il faut le souligner d'emblée : l'adresse e-mail est probablement la donnée à caractère personnel la plus monnayable, puisqu'elle permet l'envoi direct de publicité. Concernant les autres données personnelles, il n'existe aucun spécialiste pour nier que leur valeur ne dépasse pas « quelques centimes ou [...] quelques dizaines de centimes »²²¹⁵. On pourrait objecter à cet argument que la quantité de données personnelles collectée est telle que cela pourrait former à terme pour la personne un véritable intérêt économique. Or, cela ne serait exact que dans le cas où chaque service aurait l'obligation de payer chaque donnée. En outre, l'essentiel des flux de données se fait entre les entreprises du numérique :

²²¹⁴ Dans son Étude annuelle de 2014, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, le Conseil d'État relève ce problème : « L'opposabilité du droit de propriété de l'individu à une entreprise traitant ses données personnelles et établie dans un État ne reconnaissant pas ce droit ne serait pas garantie ou se trouverait subordonnée à la signature d'accords internationaux » (p. 266).

²²¹⁵ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 265.

la personne n'est absolument pas sollicitée à chaque collecte ni à chaque échange entre éditeurs de services. Par exemple, le consentement à ce qu'une donnée soit collectée sur un réseau social professionnel comme *LinkedIn* est l'assurance que de nombreuses autres entreprises auront accès à ces données moyennant un coût financier. La personne elle-même est exclue de cette convention, puisqu'il est impossible qu'elle soit avertie à chaque fois qu'un élément de son identité devient objet d'un contrat²²¹⁶. Les rares données isolées qui pourraient avoir un intérêt financier pour la personne sont les données de contact, puisqu'elles permettent le démarchage et la publicité : adresse postale, adresse courriel, numéro de téléphone. Or, il y a actuellement des façons très simples d'acquiescer gratuitement, ou moins cher, ces données : cartes de fidélité, vérifications de sécurité, collecte lors d'un achat dans un magasin quelconque, rachat du fichier d'une société en liquidation judiciaire, etc. Enfin, nouvel article 1169 du Code civil nous semble s'y opposer et aurait selon nous largement matière à s'appliquer en matière de collecte de données personnelles : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »²²¹⁷.

471. Une valeur exponentielle par recoupement. – Pour un éditeur, disposer du nom d'une personne en tant que donnée isolée n'a pas grand intérêt. Toutefois, ce nom associé à une adresse e-mail qui permet de la joindre, et à la connaissance de son dernier achat sur Internet – par historique de navigation ou *cookies* –, a une toute autre valeur pour un annonceur. Si l'on y ajoute sa localisation GPS, l'intérêt du groupe de données est décuplé. La valeur ne s'accumule donc pas proportionnellement à l'addition des données, mais plutôt en exponentielle, c'est-à-dire par multiplication en fonction du type de données ajoutée au profil, chaque type de donnée disposant d'un certain coefficient. En schématisant, on peut affirmer que la valeur d'une donnée est « proportionnelle au carré du nombre de données auxquelles elle est reliée »²²¹⁸. Pour tout éditeur de service qui souhaite revendre l'accès aux données collectées, la plus grande collecte assure la plus grande rémunération : « c'est le très grand nombre des données traitées qui confère leur valeur aux bases manipulées par les acteurs du numérique »²²¹⁹. On peut également s'interroger sur le statut de données techniques supposément « neutres » qui ne deviennent des données à caractère personnel que par recoupement. Faut-il en déduire que celles-ci ne seraient pas soumises à ce droit de propriété ? Il s'agit pourtant des données les plus collectées : l'adresse IP, les cookies, la localisation GPS, les relevés d'appels, les numéros de série des terminaux, etc. Dans un tel cas, un

²²¹⁶ En ce sens, les clauses sont suffisamment générales pour autoriser un partage important et la consultation par les partenaires de l'éditeur de service numérique.

²²¹⁷ Code civil, art. 1169.

²²¹⁸ BELLANGER (P.), *La souveraineté numérique*, op. cit., p. 2.

²²¹⁹ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, op. cit., p. 265.

simple trousseau de données nominatives « portails » (spécifiquement le nom et l'adresse IP) payé par l'entreprise permettrait d'ouvrir toutes les portes de l'identité d'une personne à coût très faible, à l'aide des métadonnées qui sont les véritables chevilles ouvrières de l'identification numérique²²²⁰.

b. Absence de visibilité sur la circulation des données personnelles

472. Absence de visibilité sur les flux de données et sur le *cloud*. – La représentation de la circulation des flux de données est inaccessible au cerveau humain. Il est impossible de visualiser, calculer ou tracer la circulation de l'ensemble des paquets de données sur les supports numériques. C'est pour cela qu'une telle tâche a été déléguée à des terminaux dotés de programmes adaptés et disposant de la puissance de calcul nécessaire. La volatilité des données personnelles sur un réseau mondial autonome rend illusoire tout registre de gestion de la propriété personnelle.

473. Absence de visibilité sur la collecte. – Envisager la collecte comme une opération monolithique qui part de la personne pour s'élever dans l'édifice du numérique est une erreur. Une telle vision a pu être défendue, mais elle n'a plus été audible dès l'avènement du Web 2.0, qui a pleinement exploité les capacités de mise en réseau d'Internet et le dynamisme des terminaux numériques. Dès lors, on peut affirmer qu'une donnée personnelle déposée sur un support numérique échappe à la personne concernée, prise dans un réseau de traitement et dans une commercialisation qui la dépasse, voire qui se produira sans sollicitation. La collecte directe auprès de la personne tend à ne plus être la norme mais l'exception : ce sont désormais les bases de données déjà constituées qui intéressent les annonceurs. Cela devrait s'accroître à l'avenir, puisque si le téléphone intelligent est déjà le principal fournisseur de données personnelles, la prolifération des objets connectés décuplera les masses d'informations disponibles²²²¹.

474. Intermédiaires de l'information : les infomédiaires. – Puisque la personne ne peut assurer une telle gestion, il faudrait avoir recours à des professionnels qui auraient eux-mêmes recours à de nombreux logiciels de traitement des données à caractère personnel. Par ailleurs, pour qu'un contrôle de ces milliards d'échanges internationaux et quotidiens soit possible, le passage des données à caractère personnel au sein d'un même centre de traitement serait nécessaire. Faire transiter toutes les données à caractère personnel au sein d'un même dispositif technique est une idée relativement inquiétante pour la vie privée des personnes, tant par les risques de violations des

²²²⁰ ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *op. cit.*, p. 78 : « Les services numériques offrent des fonctions de classement, de tri, d'organisation des données qui sans les métadonnées n'existeraient pas [...] La valeur d'usage de ces services repose donc sur la combinaison de données et de métadonnées. Les données, seules, sont donc sans réelle valeur puisque inutilisables sans recours aux métadonnées ».

²²²¹ BELLANGER (P.), « Principes et pratiques des données personnelles en réseau », *op. cit.*, pp. 1-2 : « Les collecteurs de données personnelles sont destinés à se multiplier sous forme de capteurs disséminés partout et intégrés dans la plupart des objets [...] L'autorisation individuelle réfléchie à chaque captation, déjà aléatoire, n'est plus possible dans les faits ».

données résultant d'une intrusion privée que par ceux d'un État qui ferait main basse sur un fichier mondial des informations personnelles²²²². Une autre possibilité réside dans la création d'intermédiaires techniques, les « infomédiaires »²²²³, qui agrégeraient les données vendues par les personnes afin de les revendre à des entreprises intéressées. À terme, il ne s'agirait que d'un retour des géants du numérique, soulagés du besoin de proposer des services pour procéder à la collecte. En outre, considérant le nombre de données dont disposent déjà ces grandes entreprises, elles seraient en situation de position dominante, ce qui leur permettrait aisément de faire chuter les prix et de presser les utilisateurs sur la vente des données²²²⁴.

475. L'exemple de la protection des œuvres sur les supports numériques. – Une nouvelle comparaison peut être établie entre les créations de l'esprit et les données personnelles, pour souligner cette fois le caractère inopérant des dispositifs de protection. Le peu d'efficacité des logiciels DRM (*Digital Right Management*) protégeant les biens intellectuels invite à la perplexité. En matière de données personnelles, on peut fortement douter des contrôles directs sur les flux, malgré les avancées techniques sur les PRN (*Privacy Right Management*)²²²⁵. La loi HADOPI témoigne en effet de l'incapacité à contrôler les flux illégaux, les intermédiaires techniques faisant peau neuve dès les premières tentatives de démantèlement des réseaux de circulation : *peer to peer*, *streaming*, *newsgroup*, etc. Il est donc assez paradoxal d'imaginer qu'une personne isolée réussirait à faire mieux, pour protéger son droit de propriété sur ses données personnelles, que la réunion des studios de cinéma, des majors musicaux et des éditeurs.

c. Les risques d'accentuation de la fracture numérique

476. Fracture technique. – Envisager une propriété des données à caractère personnel présente un risque important de fracture technique entre les personnes disposant des connaissances techniques (ou d'intermédiaires adaptés²²²⁶) et les autres²²²⁷. En imaginant une valorisation par la personne de ses propres données personnelles, cette dernière aurait l'obligation de maîtriser des processus d'analyses qui sont loin d'être accessibles aux profanes. La programmation d'algorithmes qui permettent de traiter les données primaires afin d'obtenir des informations et données

²²²² Sur ce point, v. notamment l'ouvrage quelque peu alarmiste de GARFINKEL (S.), *Database Nation: The Death of Privacy in the 21st Century*, Beijing-Sebastopol, O'Reilly, 2001, 326 p.

²²²³ HAGEL (J.), SINGER (M.), *Valeur sur le Net. Infomédiaires : les nouveaux champions du Web*, Paris, Éd. d'Organisation, 2000, 320 p.

²²²⁴ CNN, avis n° 2014-2 sur la neutralité des plateformes : réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable, mai 2014, p. 37 : la propriété sur les données « ne pourrait que générer des revenus anecdotiques pour les usagers et susciter à l'inverse un marché de la gestion protectrice des données numériques ».

²²²⁵ En ce sens, v. BELLEIL (A.), « La régulation économique des données personnelles ? », *op. cit.*, pp. 145-146.

²²²⁶ ISAAC (H.), « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *op. cit.*, p. 80 : « La valeur créée à partir des données ne sera perçue par l'utilisateur qu'à condition d'être médiée par des interfaces qu'il peut s'approprier ».

²²²⁷ Pour un article récent et complet, v. DEYDIER (J.), « Les exclus de la datacratie », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, pp. 137-148.

valorisables est un travail considérable²²²⁸. La personne aurait également besoin de sécuriser sa propriété et de s'assurer qu'elle évite les collectes sauvages. Il existe des technologies procurant une sécurité très élevée, comme les réseaux privés (VPN) ou encore la *blockchain*, mais le coût d'entrée est alors trop grand pour la plupart des personnes. De telles compétences techniques ne sont pas à la portée de tous, ou demandent un temps considérable d'acquisition²²²⁹. Cette responsabilité pesant sur les personnes serait excessive, dans une période où l'on peut légitimement demander « un ajustement du rythme de la transition numérique à nos capacités d'accompagnement réelles [...] en vue d'éviter la “digitalisation sauvage” de la société aux dépens d'une part significative de nos concitoyens »²²³⁰.

477. Fracture économique. – Le spectre d'une autre inégalité, en lien avec la première, plane sur la propriété des données : la fracture économique. En cas de gestion personnelle de son portefeuille de données, « les plus pauvres pourraient être tentés de vendre leurs données, tandis que les données des plus riches seraient plus facilement préservées »²²³¹. Sans avoir besoin de recourir à de funestes comparaisons telles que les ventes de ses organes ou de son sang²²³², on peut y voir un retour aux critiques initiales qui ont touchées le droit au respect de la vie privée : mal distribué, il ne protège plus que les personnes ayant les moyens d'ériger des murs et de s'abriter derrière eux. Alors que les enjeux entourant les données personnelles sont mal connus et mal diffusés, il paraît logique de supposer que les personnes en difficulté s'empresseraient de procéder à la vente de leurs informations personnelles pour s'assurer un complément de revenu.

La propriété sur les données personnelles serait finalement une « fausse bonne idée »²²³³. Les objections sont si nombreuses et de natures si diverses qu'il est difficile de les énumérer. La logique de réseau fait qu'elles se potentialisent entre elles, de sorte qu'on en arrive à l'affirmation suivante : la propriété sur les données personnelles n'est pas seulement une mauvaise idée, elle est chimérique. La consacrer reviendrait à affirmer un droit subjectif sans la moindre effectivité, ou qui conduirait rapidement à la renonciation à un droit fondamental, celui du droit au respect de la vie privée. Dès

²²²⁸ En ce sens, v. notamment RANSBOTHAM (S.), KIRON (D.), KIRK PRENTICE (P.), “Beyond the Hype: The Hard Work behind Analytics Success”, *MIT Sloan Management Review*, 8 mars 2016, ressource indexée.

²²²⁹ CNN, avis n° 2014-2, *op. cit.*, p. 37. Pour le CNN, la propriété des données « déboucherait sur un renforcement des inégalités entre citoyens en capacité de gérer, protéger et monétiser leurs données et ceux qui, par manque de littéraire, de temps, d'argent ou autre, abandonneraient ces fonctions au marché ».

²²³⁰ DEYDIER (J.), « Les exclus de la datacratie », *op. cit.*, p. 147.

²²³¹ CNIL, « Vie privée à l'horizon de 2020 », *Cahiers innovation et prospective*, n° 1, 2012, pp. 55-56.

²²³² BELLANGER (P.), « Stop au pillage des données », *Libération*, 12 mai 2016, ressource indexée : « Tel est notre sang désormais : toutes les données, solidaires parce que liées entre elles ».

²²³³ DETRAIGNE (Y.), ESCOFFIER (A.-M.), *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport n° 441 du Sénat fait au nom de la commission des lois, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, p. 106.

lors, la pleine propriété étant inenvisageable, la thèse d'une contractualisation des données à caractère personnel peut être avancée.

Section 2 – L'irrésistible contractualisation des éléments de l'identité numérique

478. Propriété sur les données et patrimonialité des droits sur les données. – Quelle que soit la façon dont on prend la propriété sur les données, qu'importe la définition du bien, cette vision conduit à une impasse. *In fine*, il s'agit bien plus d'une galvanisation des problèmes qui se posent actuellement que d'une véritable solution. Faut-il en déduire que les données demeurent irrémédiablement extrapatrimoniales ? La réponse est nuancée. D'un côté, l'extracommercialité (aucun acte juridique permettant la circulation et l'échange) des données en tant qu'objet isolé peut prêter à discussion. De l'autre, admettre la patrimonialité (acte à titre onéreux possible) de certains éléments des droits de la personnalité est envisageable. Sans nier dans l'ensemble la nature extracommerciale de ces objets, il peut être envisagé une convention sur les droits liés à leur protection. Dès lors, les droits de la personnalité deviennent binaires : une partie extracommerciale, et une partie commercialisable (§ 1). Cette approche parfois dite « personnaliste » repose sur le droit personnel, qui confère à la personne un monopole d'exploitation sur l'objet, fût-il un droit. Afin de s'assurer que le lien entre la personne et l'objet n'est pas arbitrairement rompu, un élément central demeure nécessaire : le consentement de la personne, vecteur de la renonciation à l'utilisation du droit de protection (§ 2).

§ 1 – Le dualisme des droits de la personnalité, fondement conceptuel de leur marchandisation

479. Une extrapatrimonialité relative. – Afin d'admettre une approche commerciale personnaliste des droits sur les données personnelles, il faut commencer par admettre une définition inclusive du patrimoine, qui englobe les possessions comme les intérêts et droits subjectifs (A.). On retrouve l'idée de l'exclusivité, non pas pour qualifier la propriété mais plutôt le bagage d'ensemble qui la contient : les droits de propriété ne seraient qu'un élément du patrimoine. Cette hypothèse validée, on se trouve alors en situation de liberté contractuelle, où la patrimonialisation des données personnelles peut avoir lieu (B.)

A. Les droits personnels, éléments du patrimoine

480. Le patrimoine dépasse la propriété. – Atias pose la question pertinente en ces termes : « en droit français, toute propriété est une valeur patrimoniale, mais toute valeur patrimoniale est-elle pour autant une propriété ? »²²³⁴. Pour répondre à cette question, il faut tenter de délimiter la notion de patrimoine (1.), avant de pouvoir apprécier le dépassement du critère de la pécuniarité par l'existence des droits personnels (2.).

²²³⁴ ATIAS (C.), *Droit civil. Les biens*, Paris, Litec, « Manuels », 2007, 9^e éd., n° 627, p. 381.

1. Délimitation classique de la notion de patrimoine

481. La difficile délimitation du patrimoine. – Dès l'origine de la notion de patrimoine, on trouve l'inclusion des droits dont dispose une personne. La définition d'Aubry et Rau s'éclaire : « une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique »²²³⁵. Les auteurs strasbourgeois appuient le subjectivisme jusqu'à déclarer que « le patrimoine d'un individu est la personnalité même de cet individu considéré dans ses rapports avec l'empire qui lui compète sur les objets du monde extérieur »²²³⁶. La plasticité de la notion de patrimoine se retrouve dans des définitions plus récentes, qui associent désormais la prérogative juridique à une valeur pécuniaire : « l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne et qui sont envisagés comme formant une universalité juridique »²²³⁷. Pour comprendre cet ajustement, il faut en revenir à la conception étroite de la patrimonialité, c'est-à-dire un patrimoine unique et indivisible. Cette acception, trop restreinte, aurait empêché de nombreuses « initiatives privées »²²³⁸. Par opposition, on peut objecter à la définition plus récente, fondant l'intégration au patrimoine sur la valeur, d'épouser intégralement la notion connexe de commercialité.

2. Dépassement de la caractérisation par la pécuniarité

482. Les droits personnels contre la stricte pécuniarité du patrimoine. – Pour éviter l'écueil d'une vision strictement pécuniaire du patrimoine, il faut alors procéder à une sous-division matérielle au sein du patrimoine : d'un côté les biens, de l'autre côté les droits et charges d'une personne²²³⁹. Une deuxième sous-division, cette fois-ci fondée sur la nature du contenu, peut être envisagée : une partie serait commercialisable, l'autre ne le serait pas. On peut ainsi dépasser l'aporie patrimoine-commercialité contre extrapatrimonialité-extracommercialité, ce qui permet l'intégration de situations hybrides ; par exemple, un bien inclus dans le patrimoine d'une personne mais qui ne pourrait faire l'objet que d'une commercialité limitée (comme une arme à feu de catégorie spéciale). On comprend donc que des auteurs nient la valeur de la chose comme fondement unique de la commercialité²²⁴⁰. La valeur appartient à la catégorie des fins, quand la

²²³⁵ AUBRY (C.-M.), RAU (F.-C.), *Cours de droit civil français de M. C. S. Zachariae. Tome Premier*, Strasbourg, Lagier, 1839, p. 333.

²²³⁶ AUBRY (C.-M.), RAU (F.-C.), *Cours de droit civil français de M. C. S. Zachariae. Tome Quatrième*, Strasbourg, Lagier, 1844, p. 108.

²²³⁷ TERRE (F.), SIMLER (P.), *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 19.

²²³⁸ *Ibid.*, n° 21.

²²³⁹ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° *Patrimoine*, p. 747 : « Ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent), de l'actif et du passif, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir ».

²²⁴⁰ TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, *op. cit.*, p. 52 et s.

commercialité, qui correspond en fait à la circulation de l'objet, appartient à la catégorie des moyens. Il est parfois possible de plaquer une valeur sur un fait ou une réalisation sans qu'il soit question de circulation et de commerce. Par exemple, l'indemnisation d'une victime nécessite le calcul d'une valeur sans qu'il soit question de commercialité de la réparation²²⁴¹. Le travail au sens économique peut également être perçu comme estimable en argent : alors que la réalisation d'une tâche n'est pas *per se* objet du commerce, elle est le vecteur d'un ajout de valeur²²⁴². Réalisant une synthèse de ces diverses considérations, Alain Sériaux propose de caractériser la patrimonialité dans « l'accessibilité à l'échange »²²⁴³, intégrant les différentes natures et composantes de l'universalité attachée à la personne. Ainsi apparaissent les droits dits « personnels », aussi appelés « droits de créance », qui permettent d'exiger d'un tiers le respect d'une obligation de faire ou de ne pas faire²²⁴⁴. Dès lors, il est envisageable d'admettre que les droits de la personnalité, auxquels sont naturellement rattachées les données, disposent d'un « un caractère extrapatrimonial qui n'exclut pas l'émergence, à leurs côtés, d'un droit d'exploitation de nature patrimoniale »²²⁴⁵.

B. Les droits sur les données personnelles, objets de la liberté contractuelle

483. Un dualisme nécessaire à la contractualisation. – Afin que la liberté contractuelle puisse intégrer les droits sur les données personnelles, il faut postuler la nature duale des droits de la personnalité (1.), permettant d'admettre une patrimonialisation des données à caractère personnel par contractualisation (2.).

²²⁴¹ Pour une discussion sur les rapports entre valeur et commercialité, v. *contra*, TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, *op. cit.*, p. 52 et s.

²²⁴² LOCKE (J.), *Deuxième traité du gouvernement civil : constitutions fondamentales de la Caroline*, trad. GILSON (B.), Paris, Vrin, « Textes philosophiques », 2^e éd., 1977, § 40 : « Il ne faut donc pas s'étonner, comme on le ferait peut être sans réfléchir que la propriété du travail soit capable de l'emporter sur la communauté de la terre, car c'est bien le travail qui donne à toute chose sa valeur propre [...] l'amélioration due au travail constitue, de loin, la plus grande partie de la valeur » ; MARX (K.), *Le capital*, trad. ROY (J.), Paris, Garnier-Flammarion, « Texte intégral », 1979, p. 130 : « Pour pouvoir tirer une valeur échangeable de la valeur usuelle de la marchandise, il faudrait que l'homme aux écus eût l'heure chance de découvrir au milieu de la circulation, sur le marché même, une marchandise dont la valeur usuelle possédât la vertu particulière d'être source de valeur échangeable, de sorte que la consommer, serait réalisé par un travail et par conséquent, créer une valeur ».

²²⁴³ SERIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.*, 1994, p. 805 : « Aussi le véritable critère de la patrimonialité ne réside-t-il pas, à proprement parler, dans le fait que tel ou tel bien est susceptible d'une estimation pécuniaire, mais plus radicalement dans l'accessibilité à l'échange. Les biens qui ne peuvent pas être échangés contre d'autres ne sont pas des biens patrimoniaux. C'est pourquoi l'argent qui, comme chacun sait, peut indifféremment se trouver en n'importe quelle main, a progressivement été considéré comme le bien patrimonial par excellence » (en italique dans le texte).

²²⁴⁴ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 285 : « droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation (donner, faire ou ne pas faire quelque chose) ».

²²⁴⁵ TEYSSIE (B.), *Droit civil. Les personnes*, Paris, Litec, « Manuels », 2007, 10^e éd., n° 49, p. 91.

484. Définition du principe de la liberté contractuelle. – La liberté contractuelle suppose la fixation par les personnes de leurs engagements juridiques par convention, dans le respect de la loi²²⁴⁶. Ce principe, pilier du Code Napoléon de 1804, est toujours au cœur de notre ordre juridique. L'article 1102 dispose en effet que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Le second alinéa précise que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public », ce à quoi on peut ajouter les bonnes mœurs prévues à l'article 6 du même code²²⁴⁷. Cette liberté a pour moyen d'exécution le contrat, « convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété »²²⁴⁸, notion indispensable dans l'ensemble des ordres juridiques, que ce soit en droit de l'Union²²⁴⁹ ou en droit de la Convention²²⁵⁰. Une appréciation de l'importance de la liberté contractuelle est un préalable nécessaire à la compréhension des différents objets d'un contrat, dont peuvent faire partie les droits de la personnalité.

485. Dualisme des droits de la personnalité. – La pensée par dichotomie n'est pas, en tant que telle, créatrice de difficultés. La pensée par antinomie, en revanche, met en place un cadre rigide duquel il n'est parfois possible de se défaire que par des brèches dommageables. En matière de catégories juridiques, la souplesse est souvent gage de durée de vie. Ainsi, une approche dualiste des droits de la personnalité n'est pas nécessairement un affaiblissement de la protection de la personne humaine. Il faut l'étudier pour se convaincre de sa pertinence, ou pour la disqualifier. Le dualisme des droits de la personnalité admet une dichotomie au sein de la catégorie, « une partie

²²⁴⁶ Au sens philosophique, le volontarisme est une « doctrine qui admet que le fond des choses doit être conçu, non par analogie avec les idées de l'intelligence, mais avec les tendances irrationnelles de la volonté » : v. LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, « Quadrige », 3^{ème} éd., 2010, p. 1216, *V^o Volontarisme*. Traduite en droit par le volontarisme contractuel, l'idée philosophique d'une rationalité instrumentale se résume dans la formule bien connue de Fouillé : « Qui dit contractuel, dit juste ». Juridiquement, la liberté contractuelle se rencontre aux articles 1102 et 1103 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi » (1102) ; « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (1103).

²²⁴⁷ « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

²²⁴⁸ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 260.

²²⁴⁹ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, cons. 8 et 9 ; CJCE, 5 octobre 1999, *Espagne c. Commission*, aff. C-240/97, EU:C:1999:47, pt. 99 : « Il convient, à titre liminaire, de constater que le droit des parties de modifier les contrats qu'elles ont conclus repose sur le principe de la liberté contractuelle et ne saurait, dès lors, être limité en l'absence d'une réglementation communautaire instaurant des restrictions spécifiques à cet égard » ; v. en doctrine SCHULZE (R.), « Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire », *RIDC*, 2005, vol. 57, n° 4, pp. 877-898.

²²⁵⁰ BECHILLON (DE) (D.), « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOUILLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 53-64.

restant extrapatrimoniale, tandis que l'autre devient patrimoniale »²²⁵¹. Le dualisme a donc le mérite de prendre acte de la patrimonialité relative de la personnalité : « soutenir le contraire reviendrait à refuser d'admettre une réalité quotidienne qui s'exprime dans de nombreux contrats [...] et dans de foisonnants usages contractuels »²²⁵². On serait alors en présence d'un droit dérivé de la personnalité dont la création « s'explique alors par la liberté contractuelle qui, dans la limite de l'ordre public et des bonnes mœurs, permet de former une convention constitutive d'un droit d'usage ou de jouissance qui est valable [...] car son objet n'est pas la titularité du droit subjectif extrapatrimonial – hors commerce –, mais la création d'un droit patrimonial portant sur un attribut de la personnalité alors nécessairement dans le commerce – ce qui lui confère la qualité de bien »²²⁵³. La proximité avec la théorie des « biens de la personnalité » est troublante. En effet cette théorie, malgré la mention dans son intitulé de la notion de « bien », désigne un droit personnel : « l'objet du contrat n'est pas, directement, un attribut du droit de la personnalité, conçu comme une parcelle de la maîtrise exercée par le sujet sur lui-même, mais un élément rendu négociable par la spécification qu'il reçoit de la relation particulière dans laquelle il se trouve inséré. D'où la validité du contrat par lequel une personne autorise l'exploitation publicitaire de son nom ou de son image, de ses souvenirs, même les plus intimes »²²⁵⁴.

486. Patrimonialisation des éléments de la personnalité. – L'image avait déjà conduit à des réflexions sur la structure dualiste du droit qui la protégeait²²⁵⁵. Depuis, les éléments de la personnalité sont « marqués par une patrimonialisation graduelle au sens où, plus ils sont transformés et leur lien avec la personne dilué, plus leur circulation est aisée »²²⁵⁶. On trouve de multiples exemples : un nom cédé à une entreprise²²⁵⁷, une image qui peut faire l'objet d'un contrat de cession²²⁵⁸, ou encore un professionnel libéral qui peut « céder » sa clientèle avec l'idée de transmettre sa propre réputation professionnelle à l'acheteur-successeur²²⁵⁹. Les données à

²²⁵¹ MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image *op. cit.*, p. 1009.

²²⁵² CARON (C.), « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image. Journées nationales de l'Association Capitant. Tome VIII, op. cit.*, n° 1, pp. 95-69.

²²⁵³ SAINT-PAU (J.-C.), « Fasc. 10 : Jouissance des droits civils. Droit au respect de la vie privée. Définition conceptuelle du droit subjectif », *JurisClasseur*, mise à jour du 16 mars 2016, n° 80.

²²⁵⁴ RIGAUX (F.), *La Protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, op. cit.*, 1990, p. 733, n° 658.

²²⁵⁵ GAILLARD (E.), « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, chron. p. 161 et s.

²²⁵⁶ ROCHFELD (J.), « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaider contre la reconnaissance de leur "propriété" », *op. cit.*, pp. 82-83.

²²⁵⁷ Cass. com., 12 mars 1985 (84-17.163), *Bordas : D.*, 1985, p. 471, note J. GHESTIN.

²²⁵⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 11 décembre 2008 (07-19.494) : *JCP G*, 2009, II, 10025, note G. LOISEAU.

²²⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000 (98-17.731) : *D.* 2001, p. 2400, note Y. AUGUET.

caractère personnel constituent le parachèvement de la patrimonialisation des éléments de la personnalité²²⁶⁰.

487. Droit personnel : renonciation ou abstention. – Dans un contrat permettant l'exploitation d'une donnée à caractère personnel, une étape est nécessaire : une renonciation de la part de la personne²²⁶¹. Il y aurait alors création d'un droit personnel. La renonciation consisterait en une obligation de ne pas faire pour la personne : malgré l'exploitation d'un attribut de la personnalité, elle s'engagerait à ne pas exercer ses droits à la réparation en échange d'une contrepartie. La renonciation ne porte donc pas sur l'attribut de la personnalité, ni même sur le droit lui-même, mais sur l'exercice de ce dernier. Dans le cas des données à caractère personnel, cela signifierait la renonciation à l'exercice de l'ensemble des droits sur les données personnelles. Une approche *a priori* plus modérée considère qu'il n'y a pas renonciation, mais plutôt une abstention à toute exploitation. Cette abstention serait la conséquence de l'autorisation d'exploitation de la personne, et non pas son vecteur. Cette approche permet l'étude d'une renonciation aux droits fondamentaux²²⁶² : il existerait une abstention temporaire et contextuelle, mais qui ne pourrait valoir aliénation du droit garanti. Pour autant, l'abstention qui ne connaît pas de durée limitée se rapproche d'une renonciation : s'abstenir totalement d'utiliser une prérogative juridique produit le même effet qu'une renonciation à celle-ci.

Il convient donc de s'interroger sur le type de patrimonialisation que l'on constate en matière de droits sur les données personnelles.

2. Patrimonialisation des droits sur les données personnelles par contractualisation

488. Un fait accompli. – La patrimonialisation des éléments de la personnalité ne fait plus véritablement débat, les auteurs admettant être « tous d'accord » sur ce phénomène²²⁶³. Avec les données personnelles, qui peuvent traduire la totalité des éléments de l'identité des personnes, la tendance devient autonome, puisqu'on assiste à la création « d'un marché économique à part

²²⁶⁰ MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », *op. cit.*, pp. 55-70.

²²⁶¹ Cass. com., 12 mars 1985 (84-17.163), *Bordas : D.*, 1985, p. 471, note J. GHESTIN

²²⁶² Sur ce thème, v. nos développements suivants, n^{os} 544 et s. Pour aller plus loin, v. FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, « Droit international », 2001, 752 p. ; ARROYO (J.), *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, Paris, Pedone-Fondation René Cassin, « Publications de l'Institut international des droits de l'homme », 2016, 669 p. ; SCHUTTER (DE) (O.), RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », CRIDHO working paper series 1/2005, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, 2005, ressource indexée ; DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, 528 p. ; MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2013, 514 p.

²²⁶³ MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », in DREYER (E.), BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.) (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, p. 1031.

entière »²²⁶⁴. Dès lors, il faut constater que « leur commercialité, et donc leur aptitude à la circulation juridique », est un phénomène qui « soulève des questions en droit, mais s'impose en fait »²²⁶⁵. Selon la logique du droit personnel, la patrimonialisation est une valorisation par la personne, qui « dispose d'un droit de propriété incorporelle – un monopole d'exploitation des informations personnelles –, droit distinct du droit de contrôle légitime de ces informations, c'est-à-dire le droit de la personnalité »²²⁶⁶. Cette possibilité lui est offerte en de nombreuses occasions, car pour accéder à des services numériques ou bénéficier d'avantages particuliers, de nombreux contrats contenant des clauses de cession ou de partage de données existent²²⁶⁷.

489. La nature de l'échange clarifiée. – La patrimonialisation ne se manifeste pas par une contrepartie financière pour la personne qui accepte la collecte et le partage de ses données, mais par l'accès à un service : application mobile, réseau social, moteur de recherche. En outre, les contrats de service dans lesquels la personne paie directement un service ajoutent de plus en plus régulièrement des clauses de collecte de données²²⁶⁸. Tout cela peut être considéré comme une patrimonialisation, dans la mesure où la personne est dotée par son identité de nouveaux droits à exploiter, donc de circulation juridique et *in fine* d'objets à valeur marchande.

490. La nature du lien respectée. – Le propre du droit personnel est de rappeler le lien à la personne : la titularité de l'aspect patrimonial du droit n'est possible que parce que le titulaire identifié s'en prévaut. La charge subjective contenue dans la notion de droit personnel a donné lieu à diverses théories, comme celle de l'autodétermination informationnelle, élevée au rang de norme constitutionnelle en Allemagne²²⁶⁹ et préconisée en France par le Conseil d'État dans étude annuelle de 2014²²⁷⁰. Plus encore, il semble qu'on en trouve les traces dans l'article 1^{er} de la LIL, depuis la modification par la LRN du 7 octobre 2016. Si le texte garantit la maîtrise par l'individu de ses données²²⁷¹, l'exposé des motifs mentionne « un droit à la libre disposition de ses données » et

²²⁶⁴ MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », *op. cit.*, pp. 55-56.

²²⁶⁵ *Id.*

²²⁶⁶ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *D.*, 1999, p. 543.

²²⁶⁷ ROCHFELD (J.), « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », *op. cit.*, p. 120 : « on ne compte plus les contrats ou les clauses de cession ou de partage de données, que ce soit dans les contrats de l'univers numérique (contrats de « cloud computing » ou d'hébergeurs de contenus, par exemple), ou dans ceux de la vie "réelle" [...] Par là même, ces données émergent comme des éléments à forte charge commerciale ».

²²⁶⁸ Par exemple, alors que la réservation d'un billet de spectacle n'a pas besoin d'être nominative, il n'est plus possible de se procurer un tel billet sans créer un compte ou communiquer des données personnelles autres que les moyens de paiement.

²²⁶⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 15 décembre 1983, *Volkszählung*, BVerfGE 65, 1, 42.

²²⁷⁰ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 261 et s.

²²⁷¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, art. 1^{er} (extrait) : « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ».

affirme la création d'un « droit rattaché à la personne, à l'image des dispositions équivalentes consacrées par la Cour fédérale allemande »²²⁷². Par ailleurs, la CNIL interprète explicitement le nouvel article premier comme l'affirmation d'un droit à l'autodétermination informationnelle qui « s'inspire d'un droit similaire dégagé par la juridiction constitutionnelle allemande »²²⁷³. Cette prérogative, qui ne consacre pas selon nous un droit de propriété mais bien un monopole d'exploitation, peut ainsi être considérée comme une vision de la donnée qui reste un démembrement de l'identité d'une personne. Une approche « personnaliste » revient donc à « considérer davantage les liens que la donnée entretient avec la personne et à plaider pour attirer son régime vers celui de la protection de cette dernière : les données personnelles sont des éléments de la personnalité de chacun ; elles émanent des individus, révèlent leur identité et leurs comportements »²²⁷⁴.

Nous avons affirmé qu'une approche dualiste des droits sur la protection des données n'était pas nécessairement un affaiblissement de la protection de la personne humaine. Pour que tel ne soit pas le cas, il faut néanmoins que soient réunies les conditions d'un passage protégé entre les différents régimes. Entre extrapatrimonialité attachée à la personne et commercialité attachée au patrimoine, l'ouverture porte le nom bien connu de consentement. C'est la qualité du consentement qui représente à la fois la clé et l'enjeu du droit des données personnelles, car un consentement galvaudé est une altération partielle de l'autonomie de la personne.

§ 2 – Le consentement de la personne, justification juridique de la marchandisation

491. La volonté individuelle et le droit. – La volonté des acteurs est la plus haute expression d'une société libérale. Dans cette configuration, la formation d'une convention licite est soumise à différentes conditions. La volonté, traduite en « consentement », est l'indispensable pilier du contrat entre un éditeur de service et une personne. Puisque le contrat règne en maître sur la patrimonialisation des données à caractère personnel, il sera nécessaire d'étudier le sens à donner au consentement, notion centrale (A.), afin de caractériser son inadaptabilité aux droits sur les données personnelles (B.).

²²⁷² Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, exposé des motifs, article 26.

²²⁷³ CNIL, « Ce que change la loi pour une République numérique pour la protection des données personnelles », communiqué du 17 novembre 2016, ressource indexée.

²²⁷⁴ ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », in BOLLEE (S.), PATAUT (E.) (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS Editions, 2016, p. 165.

A. La définition du consentement

492. Définition, fonction, application. – Il convient de revenir sur la notion de consentement et sur la fonction de cette manifestation de volonté (1.), afin de jauger l'applicabilité d'une telle définition au droit sur les données personnelles (2.).

1. Définition et fonction classique du consentement

493. Notion centrale, définition ouverte. – Il est inconcevable de parvenir à une définition uniforme du consentement, puisque la manifestation de volonté est un problème philosophique et sociologique qui dépasse largement les sphères du droit²²⁷⁵. La volonté individuelle est l'épicentre d'une approche subjectiviste du droit, innervée par les différentes philosophies du sujet, dont la théorie kantienne d'autonomie de la volonté sert souvent de référence²²⁷⁶. Logiquement, l'influence de la volonté d'une personne sur le droit est un thème récurrent parmi les chercheurs²²⁷⁷. Différents aspects peuvent être interrogés. Premièrement, la volonté individuelle a-t-elle des conséquences sur les qualifications ? La réponse se trouve dans l'accueil ou dans le refus du subjectivisme juridique et, dans l'hypothèse favorable, par une gradation de son rôle au sein de l'ordre juridique. Deuxièmement, et c'est ici qu'interviendra la notion de consentement, la volonté individuelle peut-elle justifier une aliénation ou une renonciation à ses propres droits ?²²⁷⁸.

494. Définition et qualité du consentement. – Du latin *consentire*, « être d'accord », le consentement peut être défini comme un « accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit »²²⁷⁹. La qualité de la manifestation de volonté est alors l'élément central de la relation juridique, un certain seuil étant exigé pour la validité d'une convention. En matière médicale, le consentement est connu comme devant être « libre et éclairé »²²⁸⁰. L'effet est double :

²²⁷⁵ V. notamment JOUAN (M.), *Autonomie personnelle et normativité morale : essai d'articulation anthropologique*, Thèse dactylographiée, Université d'Amiens, 2009, 549 p.

²²⁷⁶ RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, « Travaux et recherches de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris », 1980, 165 p. ; GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912, 470 p.

²²⁷⁷ TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 614 p. ; MARLY (P.-G.), DELEBECQUE (P.), *Fongibilité et volonté individuelle : étude sur la qualification juridique des biens*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc », 2004, 365 p. ; NICOD (M.) (dir.), *De la volonté individuelle*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, « Travaux de l'IFR mutation des normes juridiques », 2009, 303 p. ; MAHER (A.), *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, Montpellier, Firmin, 1913, 415 p.

²²⁷⁸ FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, « Droit international », 2001, 752 p. ; DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, 528 p. ; MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2013, 514 p. ; ARROYO (J.), *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, Paris, Pedone-Fondation René Cassin, « Publications de l'Institut international des droits de l'homme », 2016, 669 p. SCHUTTER (DE) (O.), RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *op. cit.*

²²⁷⁹ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 245.

²²⁸⁰ V. notamment la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p. 4118 (extrait) : « le médecin doit respecter la volonté de la personne [...] Aucun acte médical

réduire les possibilités qu'une personne agisse contre elle-même dans un état second ou sous la contrainte ; exonérer les professionnels médicaux en cas de dommage figurant dans les risques contractuellement envisagés²²⁸¹. Le consentement en matière de pratiques sexuelles pose également des questions mises en exergue par le retentissant arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*²²⁸² de la Cour européenne des droits de l'Homme : est-il possible de vouloir subir des atteintes relevant de pratiques sadomasochistes particulièrement violentes ? Les réactions à la mise en avant de l'autonomie personnelle par le juge européen ont illustré la passion inhérente au débat sur le consentement²²⁸³. En des termes schématiques, la question de la réaction juridique peut être posée comme suit : « doit-on opter pour un droit paternaliste protégeant l'individu contre lui-même ou pour un droit libéral accordant à l'individu une complète autonomie ? »²²⁸⁴.

495. Les critères de rencontre du consentement. – Il est notable que volonté et consentement intéressent la plupart des branches du droit. Un critère commun peut être identifié en ce que la notion de « consentement » est généralement employée pour estimer la nature volontaire d'une atteinte à sa propre intégrité²²⁸⁵. Il ne s'agirait donc ni plus ni moins que d'une manifestation de volonté valant autorisation pour une atteinte à soi. La matière médicale illustre bien l'enjeu, mais d'autres domaines peuvent aisément se mêler aux débats : liberté sexuelle, alcool, drogues, tatouages, piercings, scarifications, etc. On trouve ici le point de rencontre, si ce n'est le point de rupture, entre la liberté personnelle et la dignité humaine : le corps peut-il avoir des droits que le

ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ».

²²⁸¹ Pour aller plus loin, v. GARAY (A.), « Consentement aux actes médicaux et droit des patients », *Gaz. Pal.*, 1^{er} janvier 1999, n° 1, pp. 27-37.

²²⁸² Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99.

²²⁸³ EDELMAN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 17 juillet 2008, n° 28, pp. 1946-1953 ; MARZANO (M.), MILON (A.), « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », in BORRILLO (D.), LOCHAK (D.) (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, pp. 107-130 ; RENCHON (J.-L.), « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 de la Cour EDH », in *Mélanges Francis DELPEREE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, LGDJ, 2007, pp. 1309-1320 ; MARGUENAUD (J.-P.), « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in DUBOS (O.), MARGUENAUD (J.-P.) (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens*, Paris, Pedone, 2007, pp. 85-92 ; MARZANO (M.), « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *D.*, avril 2009, n° 48, pp. 109-130 ; FABRE-MAGNAN (M.), LEVINET (M.), MARGUENAUD (J.-P.), TULKENS (F.), « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *D.*, 2009, n° 48, pp. 3-57 ; EDELMAN (B.), « Naissance de l'homme sadien », *D.*, avril 2009, n° 49, pp. 107-133 ; ROMAN (D.), « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? » *La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, *D.*, 9 juin 2005, n° 23, pp. 1508-1516.

²²⁸⁴ PIN (X.), « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *D.*, avril 2009, n° 49, p. 83.

²²⁸⁵ GEAULT (A.), « Le consentement éclairé, historique du concept de consentement », *Médecine et droit*, juin 1994, n° 6, pp. 55-56 ; PIN (X.), *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de sciences criminelles », 2002, 724 p. ; VIANGALLI (F.), « Le consentement à la violence et la règle *volenti non fit injuria* dans la responsabilité civile », *D.*, avril 2009, n° 49, pp. 29-56.

droit ne connaît pas²²⁸⁶ ? La question du consentement est éminemment politique, car elle traduit un positionnement du législateur vis-à-vis de la faiblesse des personnes : déterminisme, libre-arbitre, arbitrage entre les deux ? La question de l'aliénation des personnes vis-à-vis des influences extérieures s'inscrit dans une posture économique à long terme. La personne est-elle un être trop sensible pour résister à l'influence de structures, institutions et dispositifs qui la dépassent ? La personne est-elle un acteur économique rationnel qui tend vers son intérêt personnel utile à la détermination de l'intérêt commun ? Dès lors, on peut interroger la notion kantienne d'autonomie de la volonté : est-elle affirmée comme un tout (la volonté est autonome) ou comme une condition (la volonté doit être autonome) ? La vérité se trouve probablement dans les nuances. Ces éléments permettent de comprendre les recherches qui ont distingué le consentement et la volonté. La première notion relèverait de l'acceptation, voire de la soumission à une atteinte (et donc d'une position passive) ; la seconde impliquerait l'expression de soi, une action qui résonne comme une affirmation²²⁸⁷.

2. Définition appliquée aux données

496. La complexe définition du consentement. – Le consentement comme légitimation de collecte et traitement des données personnelles a été introduit par le droit de l'Union, et plus spécifiquement par la directive 95/46 du 24 octobre 1995. Le consentement était, avec le délégué spécialisé au sein de l'entreprise, une nouveauté du côté des légitimations de traitement et soustraction au régime de l'autorisation préalable. La directive 95/46/CE définit le consentement comme une « manifestation de volonté, libre, spécifique et informée »²²⁸⁸. Il en découle que le traitement ne peut être effectué que si « la personne concernée a indubitablement donné son consentement »²²⁸⁹. La loi française de transposition a réinterprété l'exigence de consentement d'une façon plutôt souple : certes, le consentement est requis pour qu'un traitement soit légitime²²⁹⁰, mais il s'agit d'un consentement « simple », c'est-à-dire non précisé ni défini. Le texte est toutefois plus précis en matière de données sensibles, qui ne peuvent être collectées qu'en présence d'un

²²⁸⁶ ROMAN (D.), « « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas » ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *op. cit.* ; ROMAN (D.), « “À corps défendant”. La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 17 mai 2007, n° 19, pp. 1284-1293.

²²⁸⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.* 1995, p. 573 : « Le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement, tandis que la volonté consiste dans la force de pouvoir toujours ne pas admettre. En occident, la liberté est dans le non ; le consentement est dans le oui. Par la volonté, je domine ; par le consentement, je me sou mets. La force est du côté de la volonté, la faiblesse de celui du consentement ».

²²⁸⁸ Directive 95/46/CE, art. 2.

²²⁸⁹ *Ibid.*, art. 7.

²²⁹⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 7.

consentement « exprès »²²⁹¹. Enfin, les prélèvements biologiques identifiants (données ADN) sont considérées comme particulièrement sensibles : en ce cas, le consentement doit être « éclairé et exprès »²²⁹². La LIL, curieusement imprécise dans sa définition du consentement, devra désormais s'interpréter à la lumière du règlement 2016/679, qui enrichit la définition de la directive : le consentement est une « manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque »²²⁹³. La CNIL, à l'occasion d'une délibération rendue le 19 août 2009, a retenu une conception particulièrement exigeante du consentement visé par l'article 7 de la LIL, qui ne peut être considéré comme librement donné que s'il a été obtenu « sans pression, ni risque de représailles sur la personne concernée »²²⁹⁴. Cette formulation ne connaîtra plus aucune occurrence sous la plume de la CNIL. Il est en effet impossible de définir rigoureusement la « pression » exercée sur une personne : cela peut aller d'une présence physique à une pression sociale à grande échelle, que les réseaux sociaux incarnent parfaitement. Le Conseil d'État, dans une affaire de consentement à une prospection commerciale, a établi que « le consentement spécifique exigé par les dispositions de l'article L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques ne peut résulter que du consentement exprès de l'utilisateur, donné en toute connaissance de cause et après une information adéquate sur l'usage qui sera fait de ses données personnelles »²²⁹⁵.

497. Les mécanismes de recueil du consentement. – Considérant que la manifestation de volonté doit être libre, spécifique, éclairée et univoque, les modes de recueil du consentement devraient être particulièrement balisés. En réalité, ils sont très nombreux et très différents, selon le support et selon l'éditeur de service souhaitant procéder à la collecte²²⁹⁶. Pour commencer, ils ne s'intitulent ni « recueil du consentement » ni « contrat d'utilisation », mais plutôt « Conditions générales d'utilisation » (CGU) ou « Politique de confidentialité ». Un modèle assez classique est la présence d'une grande page qui se plaque à l'écran du terminal (mobile ou fixe) et qui ne peut être dépassée qu'en la faisant défiler jusqu'en bas et en sélectionnant « Accepter » ou « Refuser »²²⁹⁷. L'acceptation permet l'accès au service. Le mode habituel de consentement est intégré à la création de compte et au dépôt de données à caractère personnel. Pour faire un achat, effectuer une réservation ou accéder à un service, il est souvent nécessaire de fournir des informations

²²⁹¹ *Ibid.*, art. 8.

²²⁹² *Ibid.*, art. 56.

²²⁹³ Règlement 2016/679, art. 4, 11.

²²⁹⁴ CNIL, délibération n° 2009-474 du 23 juillet 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « Discovery ».

²²⁹⁵ CE, 11 mars 2015, n° 368624.

²²⁹⁶ Pour une des premières analyses sur la question, v. LEPAGE (A.), « Consentement et protection des données à caractère personnel », in GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « PRESAJE », 2005, p. 227.

²²⁹⁷ Ce type de consentement est très représenté sur les supports mobiles (téléphonie) et en cas de mise à jour par un éditeur des fameuses conditions d'utilisation. Un refus vaut renonciation à l'ensemble du service.

nominatives. À cette occasion, on rencontre les deux types de consentement numérique : *l'opt-in* et *l'opt-out*. *L'opt-out* implique une action de la part de l'utilisateur pour s'informer : il n'a aucune obligation de lire ou de faire défiler des conditions générales pour accéder au service. En outre, *l'opt-out* passif ne propose pas la moindre case à cocher pour confirmer lecture et acceptation des conditions générales. Dans ce mode de validation, l'utilisation du service vaut acceptation tacite. Par opposition, *l'opt-in* oblige l'utilisateur à cocher une case type « J'ai bien lu et j'accepte les conditions d'utilisation » avant de pouvoir accéder aux services proposés par un éditeur²²⁹⁸. Depuis de nombreuses années, la CNIL souhaite inciter tous les États et toutes les entreprises à un passage généralisé vers *l'opt-in*²²⁹⁹. Le RGPD exige une « manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque ». L'ajout de l'adjectif « univoque » indique assez clairement que *l'opt-in* est désormais préféré par le droit de l'Union. Un problème de territorialité se pose à nouveau, puisque des entreprises américaines comme Google et Facebook fournissent leur service sur la base d'un *opt-out* passif, c'est-à-dire que l'utilisateur ne peut modifier ses paramètres de confidentialité qu'une fois un profil déjà créé. On peut ainsi relativiser l'adoption du RGPD, porteur d'un renforcement du consentement, mais qui laisse certaines questions sans réponses. La CNIL a notamment réalisé une consultation publique qui a permis d'en faire émerger plusieurs : « Doit-on informer des conséquences du refus de consentir ? Quid des clics accidentels ? Quid du consentement dans le cadre de la relation de travail quand il n'y a pas d'autre fondement ? Comment doit se matérialiser le recueil du consentement (case pré-cochée, non cochée, taille des boutons "J'accepte" supérieure à celles de "Je n'accepte pas") ? Doit-on toujours considérer la poursuite de la navigation comme un acte positif ? Peut-on envisager des finalités types nécessitant le consentement (ie surtout celles qui ne le nécessitent pas) ? Peut-on envisager un consentement par groupe de finalités ? [...] Comment recueillir un consentement dans le contexte des objets connectés ? »²³⁰⁰.

Ces interrogations suffisent à mettre en lumière l'inadaptabilité du consentement à la collecte de données personnelles dans les réseaux numériques. Là où certains proposent de considérer le consentement comme accessoire dans la collecte des données²³⁰¹, d'autres proposent en revanche de réévaluer cette étape²³⁰² pour préserver la personne. Pour le moment, le consentement n'est

²²⁹⁸ ROZENFELD (S.), « Réseaux sociaux-vie privée. *L'opt-out* s'impose », *ESI*, n° 348, juin 2010, p. 203.

²²⁹⁹ Propos de la directrice adjointe des affaires juridiques de la CNIL, NERBONNE (S.), « Les libertés individuelles face à Internet et aux réseaux sociaux », Conférence dans le cadre de *La Semaine des droits de l'homme* à l'Institut des Droits de l'Homme de Lyon, le 23 novembre 2010.

²³⁰⁰ CNIL, « Consultation publique sur le Règlement européen. Synthèse des contributions sur la notification de violations, le consentement, le profilage », mars 2017, p. 8, ressource indexée. Il ne s'agit ici que d'un extrait : de nombreuses autres questions sont posées quant à la pertinence d'un recueil du consentement en l'état.

²³⁰¹ World Economic Forum, *Unlocking the Value of Personal Data : From Collection to Usage*, Février 2013, Davos, 36 p., ressource indexée.

²³⁰² LEHTINIEMI (T.), KORTESNIEMI (Y.), "Can the obstacles to privacy self-management be overcome? Exploring the consent intermediary approach", *Big Data and Society*, July 2017, pp. 1-11.

qu'un moyen de légitimation du traitement parmi d'autres, et sa définition ambiguë n'est pas sans poser d'importants problèmes d'effectivité juridique²³⁰³.

B. L'inadaptabilité du consentement

498. Le consentement repose sur le postulat de la rationalité instrumentale (1.), considération délicate en matière de protection des données personnelles tant le déséquilibre contractuel est grand entre les collecteurs de données et la personne concernée (2.).

1. Le postulat : la rationalité instrumentale de la personne

499. Autonomie intellectuelle. – Le rationalisme peut se définir comme une « manière d'envisager les objets par les données de la raison, et indépendamment de toute autorité »²³⁰⁴. Le fondement théorique de la rationalité doit être examiné (a.) afin de mesurer sa pertinence en matière de consentement à la collecte d'éléments de l'identité numérique (b.).

a. Les fondements théoriques

500. Patrimonialisation et équilibre du marché. – Le consentement en matière de contrats passés sur les supports numériques est une autre forme d'auto-évaluation. Il permet de faire entrer les droits sur les données dans le contrat, dans une forme d'exploitation de son patrimoine. Une telle convention repose sur l'idée d'un marché qui s'équilibre selon la rationalité des acteurs : si les conditions sont excessives ou trop intrusives, le consommateur ne contracte pas ou retire son consentement²³⁰⁵. L'économie du marché numérique repose non seulement sur l'idéologie néolibérale²³⁰⁶, mais plus encore sur l'ordolibéralisme propre au droit de l'Union, c'est-à-dire l'inclusion de l'économie sociale de marché au sein du corpus normatif, afin d'assurer sa réalisation en la soustrayant aux aléas personnels et politiques²³⁰⁷. Appliquée au consentement à la collecte de

²³⁰³ ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », *op. cit.*, p. 168 : « le rôle ambigu du consentement de la personne concernée : il demeure une cause de légitimation du traitement parmi six autres (l'existence d'une obligation légale à la charge du responsable de traitement ; la nécessité pour la sauvegarde de la vie de la personne concernée ; l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou encore l'exécution d'une mission d'intérêt général), dont la très problématique poursuite des "intérêts légitimes" (du) responsable du traitement ».

²³⁰⁴ *Dictionnaire de la langue française Emile Littré*, Gallimard Hachette, 1963, p. 910.

²³⁰⁵ RULE (J.), HUNTER (L.), "Towards Propriety Rights in Personal Data", in GRANT (R.A.), BENETT (C.J.) (dir.), *Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age*, *op. cit.*, spéc. 179 : "Obviously, people ought to be able to change their minds about the disposition of their data, for example, if they come to judge that access to a specific record has become a source of dissatisfaction" (Traduction libre de l'auteur : « De toute évidence, les gens devraient pouvoir changer d'avis au sujet de la disposition de leurs données, par exemple, s'ils en viennent à juger que l'accès à un dossier précis est devenu une source d'insatisfaction »).

²³⁰⁶ Pour un aperçu des débats relatifs à l'utilisation du terme « néolibéralisme » et sa portée, v. notamment CARE (S.), CHATON (G.), « Néolibéralisme(s) et démocratie(s) », *Revue de philosophie économique*, 2016/1, vol. 17, pp. 3-20.

²³⁰⁷ MARTUCCI (F.), « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *RIEJ*, 2017/1, vol. 78, pp. 127-145 ; MONGOUACHON (C.), « L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011/4, pp. 70-78 ; LE TEXIER (T.), « Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernamentalité managériale », *Revue de Philosophie Économique*, 2011/2, vol. 12, pp. 53-85.

ses données à caractère personnel, une telle vision suppose une véritable information et un consentement en toute liberté : une rationalité instrumentale.

501. Le mythe de la rationalité instrumentale. – Certes, une approche néolibérale ne postule pas l’objectivité totale de l’agent économique : le droit positif ne renvoie pas le consentement à une valeur absolue qui ne pourrait faire l’objet de remise en question. Toutefois, sans s’aventurer dans cet utilitarisme intégral qui caractérise l’approche néoclassique de l’économie de marché²³⁰⁸, le droit positif met en avant le principe d’une certaine rationalité, que l’on peut qualifier d’instrumentale lorsqu’il s’agit d’une société communicationnelle moderne²³⁰⁹. C’est en effet avec la modernité cartésienne qu’émerge l’idée selon laquelle « qu’il n’y a point d’âme si faible qu’elle ne puisse, étant bien conduite, acquérir un pouvoir absolu sur ses passions »²³¹⁰. Aux économistes néoclassiques, héritiers d’une pensée moderne hypertrophiée en équilibre de l’offre et de la demande, se sont opposés de nombreux sociologues et philosophes pour nier la rationalité d’un sujet évoluant dans une société offrant toujours plus de déterminismes et d’hétéronomies²³¹¹. Il serait alors possible d’objecter qu’il ne s’agit que d’observations en provenance de chercheurs en sciences humaines, profanes en matière d’économie. Herbet Simon, prix Nobel d’économie, est là pour répondre. Il affirme, dans l’ensemble de son œuvre, la rationalité limitée des agents économiques dans les sociétés contemporaines en raison d’un trop grand nombre d’informations hors de portée²³¹². La crainte d’un déterminisme technologique refait surface, et particulièrement en matière de collecte de données à caractère personnel, qui pose de nombreux obstacles matériels à la réalisation d’une

²³⁰⁸ V. notamment WEINTRAUB (E. R.), *General Equilibrium Theory*, London, Macmillan Press, “MacMillan Studies in Economics”, 1982, 64 p.

²³⁰⁹ Pour aller plus loin sur ce point, v. HABERMAS (J.), *Théorie de l’agir communicationnel. Tome 1 : Rationalité de l’agir et rationalisation de la société*, trad FERRY (J.-M.), Paris, Fayard, « Espace du politique », 1987, 448 p. Pour une étude spécifique à propos du développement de ce courant aux États-Unis : HARCOURT (B. E.), Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIXe et XXe siècles », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, n° 1, pp. 31 et s.

²³¹⁰ DESCARTES (R.), *Les passions de l’âme*, Paris, Librairie générale française, « Poche », 1990, p. 74.

²³¹¹ Il est impossible de recenser ici les œuvres, toutes disciplines confondues, qui portent sur le déterminisme. Chez les philosophes, une telle pensée peut être aperçue chez Spinoza, qui relève dans l’*Éthique* que le vouloir provient de la nature des choses et non l’inverse : SPINOZA (B.), « III. Des passions », in *Éthique III*, Trad. SAISSET (E.), Charpentier, 1861, p. 107-181. Chez les sociologues, il est possible de considérer que le concept de déterminisme social naît véritablement avec Durkheim dans *Le Suicide* : DURKHEIM (E.), *Le suicide : étude de sociologie*, Paris, PUF, « Quadrige », 2013, 463 p. L’idée de déterminisme connaît un enrichissement théorique avec le concept d’*habitus* chez Bourdieu : BOURDIEU (P.), *Le sens pratique*, Paris, Éd. de Minuit, « Sens commun », 2012, 475 p. En sens contraire, on peut relever l’approche sociologique de Boudon, qui souhaite mettre entre parenthèses la vision déterministe et lui préfère un « individualisme méthodologique », ce dernier ménageant une place plus importante à la rationalité de l’agent : BOUDON (R.), *Essai sur la théorie générale de la rationalité : action sociale et sens commun*, Paris, PUF, « Quadrige », 2007, 332 p.

²³¹² SIMON (H. A.), *Models of bounded rationality. Volume 3: Empirically grounded economic reason*, Cambridge, MIT Press, 1997, 457 p. L’auteur critique l’approche classique, qui est selon lui abstraite et déconnectée de la réalité des prises de décision : “At the level of the business firm and the consumer, classical theory gives few hints as to how real human beings make real decisions in a world that rarely provides them with the data and computational resources that would be required to apply, literally, the theory of textbooks” (p. 275).

rationalité instrumentale. Dans l'ignorance ou l'incapacité, il est possible d'agir contre son intérêt²³¹³.

b. Les obstacles matériels

502. Un fondement vicié : l'absence de lecture des CGU. – La plupart des utilisateurs de services ne lisent pas les conditions générales d'utilisation auxquelles ils souscrivent, et contractent dans l'ignorance. On est alors tenté de répondre par l'adage latin *de non vigilantibus non curat praetor* : le juge n'a cure des insoucians. Si nul n'est censé ignorer la loi, nul n'est censé, *a fortiori*, ignorer sa propre loi contractuelle. Plusieurs arguments peuvent être opposées à cette condamnation hâtive de l'utilisateur imprudent qui partage avec impudeur ses données personnelles. En premier lieu, il faut relever la rédaction sibylline des CGU, où « la gratuité revendiquée n'est [...] qu'apparente »²³¹⁴, puisque le contrat repose sur la possibilité de collecter des éléments identifiants d'une personne²³¹⁵. Ainsi l'information n'est-elle pas rendue aussi claire qu'elle pourrait l'être, soit par manque d'accessibilité, soit à dessein, afin d'adoucir la méfiance des utilisateurs du numérique, résignés à l'habituelle collecte de leurs données²³¹⁶. Dans un second temps se pose la question du temps nécessaire à la lecture de l'ensemble des conditions générales des sites visités, des logiciels préinstallés sur les terminaux, des applications mobiles, des moteurs de recherches, des services Internet tels que les réseaux sociaux ou les sites marchands. Une étude menée en 2008 répond au discours de la rationalité pure. Lorry Faith Cranor et Aleecia McDonald ont mené une recherche pour quantifier ce qui était pressenti : il est hautement improbable de réussir à lire l'intégralité des contrats de service auxquels souscrit un utilisateur moyen, sauf à en faire une véritable activité²³¹⁷. Malgré la relative ancienneté de l'étude, qui ne prend pas en compte l'utilisation récente des téléphones intelligents et applications mobiles, les chiffres sont éloquentes. Pour lire l'ensemble de ces contrats qui ne disent pas leur nom, il faudrait environ 304 heures par an et par personne, soit environ deux semaines sans interruption, ou une quarantaine de jours de travail²³¹⁸. Après avoir

²³¹³ DESGORGES (R.), « Agir contre soi », *RRJ*, janvier 2003, n° 1, pp. 37-46.

²³¹⁴ MARTIAL-BRAZ (N.), « Le droit des contrats à l'épreuve des géants d'Internet », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, *op. cit.*, p. 65. L'auteure ajoute : « La contrepartie fournie par l'utilisateur existe indéniablement et réside dans les informations (données et contenus) qui seront valorisées par les géants de l'Internet. Le contrat apparaît donc bien comme étant à titre onéreux, au sens juridique du terme, dès lors que chacune des obligations dispose d'une contrepartie fournie par le cocontractant ».

²³¹⁵ FARCHY (J.), MEADEL (C.), SIRE (G.), *La gratuité, à quel prix ? Circulation et échanges de biens culturels sur Internet*, Paris, Mines Paris Tech, « Cahiers de l'EMNS », 2015, 132 p.

²³¹⁶ GENTOT (M.), « La protection des données personnelles à la croisée des chemins », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 3, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2000, p. 40 : « La crainte qu'une parfaite information ne conduise les personnes à refuser de consentir ou une certaine approche commerciale du problème peuvent contribuer à dégrader l'exigence du consentement ».

²³¹⁷ FAITH-CRANOR (L.), MCDONALD (A.), "The cost of reading Privacy Policies", *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, 22 p.

²³¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

souligné le manque à gagner économique que constituerait une véritable lecture par les personnes²³¹⁹, les auteures déconstruisent l'image selon laquelle les utilisateurs ne procédant pas à une lecture des conditions générales seraient tout simplement désintéressés de la protection de la vie privée²³²⁰. En outre, l'absence de lecture des CGU a été prouvée par l'absurde. À des fins de promotion et en partenariat avec des chercheurs, la société finlandaise *F-Secure* a temporairement modifié ses conditions générales d'utilisation, de sorte que les personnes se connectant à un *hotspot*²³²¹ acceptent de céder définitivement leur premier enfant né, ou à défaut leur animal domestique favori²³²². L'expérience n'a duré que quelques minutes, les chercheurs ayant rapidement été inquiétés par la validation sans lecture des utilisateurs qui commençaient à partager des données²³²³. On pourrait donc assez aisément imaginer une qualification de déséquilibre contractuel, au sens de l'article 1171 du Code civil : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

503. Un fondement erroné : la plupart des collectes sont silencieuses. – La personne est placée dans une situation quotidienne de méconnaissance quant à la collecte et au traitement des éléments de son identité²³²⁴. Non seulement les connexions sans fil augmentent le risque de piratage par interception des flux de données, mais elles permettent un traçage accru des équipements connectés²³²⁵ ; les terminaux téléphoniques mis en veille continuent de transmettre des quantités importantes de données²³²⁶. Les informaticiens eux-mêmes se trouvent démunis face à la quantité

²³¹⁹ *Ibid.*, p. 19. Imaginant que le temps passé à lire les conditions générales soit converti en travail selon le salaire moyen, les auteures estiment que le manque à gagner serait d'environ 5000 dollars par personne et donc supérieur à mille milliards de dollars sur l'ensemble des États-Unis.

²³²⁰ *Ibid.*, p. 22 : « Finally, some corporations take the view that their users should read privacy policies and if they fail to do so, it is evidence of lack of concern about privacy. Instead, we counter that websites need to do a better job of conveying their practices in useable ways, which includes reducing the time it takes to read policies ».

²³²¹ Borne de connexion publique et « gratuite » qui nécessite la simple création d'un compte ou la validation des conditions générales. On les trouve notamment dans les commerces, aéroports ou les transports en eux-mêmes.

²³²² FOX-BREWSTER (T.), « Londoners give up eldest children in public Wi-Fi security horror show », *The Guardian*, 29 septembre 2014, ressource indexée.

²³²³ WERY (E.), « Du Wifi gratuit contre un bébé », *www.droit-technologie.org*, 21 décembre 2014, ressource indexée.

²³²⁴ Pour une étude en sciences de gestion, v. LANCELOT MILTGEN (C.), *Vie privée et divulgation de données personnelles sur Internet. Comportement des internautes français face aux formulaires commerciaux en ligne*, Editions universitaires européennes, 2010, 340 p.

²³²⁵ RENAUDIN (K.), *Le spamming et le droit. Analyse critique et prospective de la protection juridique des « spamés »*, Thèse dactylographiée, Université Pierre Mendès France Grenoble, 2011, p. 127 : « l'accroissement des captations furtives et des manipulations opaques, favorisé par des moyens techniques de collecte très variés, engendre un risque d'utilisation et de réutilisation des données insoupçonné parce que généralement insoupçonnable ».

²³²⁶ « Même lorsque les communications sont chiffrées, le numéro de série électronique statique qui équipe une borne Wifi, une puce RFID ou un mobile BlueTooth demeure généralement lisible en clair. Ces appareils sont de type serveur, c'est-à-dire que, techniquement, ils répondent automatiquement à une tentative de connexion, même si elle est abusive et non suivie d'effet, en communiquant leur numéro de série électronique unique au monde (GUID = Global Unique Identifier). En général, il est donc techniquement possible de lire un numéro de série BlueTooth, l'adresse MAC d'une carte Wifi ou le numéro de série d'une puce RFID, même sans entamer une véritable communication » : DINANT (J.-

de données générées par toute action²³²⁷, et Pierre Bellanger relève que « les collecteurs de données personnelles sont destinés à se multiplier sous forme de capteurs disséminés partout et intégrés dans la plupart des objets [...] L'autorisation individuelle réfléchie à chaque captation, déjà aléatoire, n'est plus possible dans les faits »²³²⁸. Croire en la rationalité en matière de collecte numérique de données personnelles serait donc une erreur méthodologique sur le plan technique²³²⁹, la personne n'ayant aucune visibilité par rapport aux « ogres » du numérique, qui résident dans l'opacité des « nuages »²³³⁰.

Une étude de la pertinence du consentement dans la conclusion du contrat ne s'arrête pourtant pas ici : il faut également relever le déséquilibre économique et la pression sociale exercées sur la personne lors du recueil du consentement.

2. La réalité : le déséquilibre en défaveur de la personne

504. Un déséquilibre économique manifeste. – La puissance économique des multinationales du numérique instaure, dès l'origine, « un déséquilibre structurel »²³³¹. Les éditeurs ont la capacité de proposer d'importants services « gratuits » que les utilisateurs finissent par considérer comme indispensables. Une telle démarche n'est en soi pas problématique et on ne peut stigmatiser une telle rencontre de volontés trop hâtivement. Néanmoins, si l'on met en perspective l'illusion de la gratuité et la difficulté conceptuelle à saisir les problèmes à long terme que pose la collecte massive de données à caractère personnel²³³², les déséquilibres apparaissent : économiquement, la contrepartie est dérisoire²³³³ ; l'obligation essentielle à la charge du responsable de traitement paraît

M.), *Rapport sur les lacunes de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) face aux développements technologiques (Partie I)*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2010 p. 3.

²³²⁷ *Ibid.*, p. 3 : « ces nouveaux réseaux largement disséminés et dont la croissance sera exponentielle durant les années à venir, permettent de manière technique et invisible le suivi individuel de chaque terminal équipé d'une interface WiFi, RFID ou BlueTooth, à l'insu de son détenteur, même lorsque l'équipement terminal n'est pas volontairement activé »

²³²⁸ BELLANGER (P.), « Principes et pratiques des données personnelles en réseau », *op. cit.*, pp. 1-2.

²³²⁹ ROCHELANDET (F.), *Économie des données personnelles et de la vie privée*, Paris, La Découverte, « Repères », 2010, 128 p. spéc. pp. 67-87 : « IV. Les comportements en matière de vie privée sont-ils rationnels ? » ; HUET (J.), « Droit informatique et rationalité », in *Droit et informatique : l'hermine et la puce*, *op. cit.*, pp. 67-80 ; POUSSON (D.), « L'identité informatisée », in POUSSON-PETTIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 373-374.

²³³⁰ SUNE LLINAS (E.), « ¿ Gigantes on the cloud u ogros en la nube ? », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, *op. cit.*, p. 327 : « Le mythe de la rationalité instrumentale ».

²³³¹ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 265-266 ; v. également MARINO (L.), PERRY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », *op. cit.*, p. 65.

²³³² ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », *op. cit.*, p. 162 : « sous la pression des grands acteurs américains, les poussées réalistes se font puissantes, avec l'assentiment majoritaire des citoyens – il faut le remarquer –, attirés par la transaction occulte proposée : laissez-nous opérer sur vos données (en nous abandonnant la valeur) et vous aurez accès à des services extraordinaires (ce qui est vrai) ; la « fausse » gratuité masque en réalité le territoire d'un échange ».

²³³³ Code civil, art. 1169.

vidée de sa substance²³³⁴ ; ce contrat d'adhésion crée un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »²³³⁵. Le principe de négociation, qui sous-tend l'esprit du droit des contrats, s'estompe. L'utilisateur de ces services numériques – qui connaissent une expansion économique fulgurante – n'a aucun argument à faire valoir : son refus isolé n'aura qu'un impact dérisoire sur les possibilités d'enrichissement de l'éditeur²³³⁶. On est alors en présence d'un contrat d'adhésion, d'une offre à prendre ou à laisser dans son intégralité²³³⁷, le « *take it or leave it* » que les américains qualifient de *Hobson's choice*²³³⁸. Les manifestations sont plurielles, allant de la case « Refuser » plus petite et moins en évidence que l'acceptation, au fameux choix entre « J'accepte » et « Plus tard ». Ainsi, présumer la qualité du consentement reviendrait à nier « le rapport de force entre consommateurs et entreprises »²³³⁹, ce que le RGPD rappelle d'ailleurs, mais uniquement en préambule²³⁴⁰.

505. Renonciation au droit plutôt que marginalisation sociale. – L'existence sociale minimale de la personne suppose une collecte minimale des éléments de l'identité numérique. Cette collecte est rendue nécessaire en tout premier lieu pour l'existence administrative. Le caractère optionnel de la carte d'identité ou du passeport est topique : la plupart des démarches revêtant un poids social important sont conditionnées par la présentation d'un tel document (compte en banque, logement, emploi, études, examens nationaux). L'obligation du profil numérique personnel se développe également. Le dépôt de CV en ligne devient par exemple la norme pour la plupart des entreprises. D'une façon générale, et dans la perspective d'un droit admettant la nature fondamentale des

²³³⁴ Code civil, art. 1170.

²³³⁵ Code civil, art. 1171.

²³³⁶ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 261 : « À quoi bon lire les politiques relatives à la confidentialité ou aux contenus pouvant être mis en ligne, puisqu'elles sont de toute façon imposées à tous les utilisateurs du service, sans aucune marge de négociation pour ces derniers ? Les individus peuvent certes choisir de ne pas recourir au service ou de l'abandonner ; mais le recours à des services concurrents conduirait à la même situation. La plus-value du droit par rapport au simple jeu du marché est ici bien mince ».

²³³⁷ CALAIS-AULOY (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ.* 1994, p. 245 : « le consommateur donne une acceptation globale, il n'a généralement pas la possibilité de négocier. De là résulte que le contrat est souvent déséquilibré, au profit du professionnel et au détriment du consommateur ».

²³³⁸ La formule est associée au nom de Thomas Hobson à qui l'on attribue – sans certitude – la formule « *take it or leave it* ». C'est le poète John Milton qui lui délivre cette parenté, et qui a rapporté l'histoire du *Hobson's Choice*. Facteur de son état et propriétaire de nombreux chevaux qu'il louait aux étudiants et professeurs de Cambridge, Thomas Hobson s'aperçut rapidement que ses meilleurs coureurs étaient les plus sollicités et donc les plus rapidement épuisés. Il mit ainsi au point une ligne dans ses écuries afin d'assurer une rotation : le client pouvait choisir le cheval qu'il voulait, du moment qu'il s'agissait de celui qui était le plus proche des portes de l'écurie. Le choix n'en était donc plus un. Cela n'est pas sans rappeler la célèbre sentence d'Henry Ford : « Any customer can have a car painted any color that he wants so long as it is black ».

²³³⁹ CNN, avis n° 2014-2, *op. cit.*, p. 37.

²³⁴⁰ Règlement (UE) 2016/679, cons. 43 : « Pour garantir que le consentement est donné librement, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel dans un cas particulier lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique et qu'il est improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière ».

relations entre les personnes, « le traitement de données à caractère personnel est inéluctable, car celui qui prétendrait s’y soustraire se placerait en dehors de la vie sociale telle qu’elle est aujourd’hui organisée »²³⁴¹. Il ne semble pas simple de démontrer à des adolescents qu’il n’est pas socialement nécessaire d’être visible sur les réseaux sociaux²³⁴², et que ces supports ne sont pas des sources d’informations primordiales. Si la pression ne vient pas du sentiment intérieur de marginalité sociale que peut ressentir un mineur en dehors des réseaux, les sollicitations des proches peuvent être des relais²³⁴³, particulièrement dans une période de constitution de l’identité²³⁴⁴. Les effets d’un tel isolement sont potentiellement problématiques sur l’identité, tant pour le mineur que pour l’adulte²³⁴⁵. Que la contrainte soit économique, sociale, ou plus probablement les deux à la fois, il est donc permis de douter qu’il soit possible pour une personne d’éviter la numérisation des éléments de son identité²³⁴⁶. L’article 1143 du Code civil nous semble alors indiqué pour qualifier la situation dans laquelle se retrouve la personne au moment de l’adhésion aux conditions générales d’utilisation prévues par un éditeur de service numérique dont il est difficile de se passer : « Il y a également violence lorsqu’une partie, abusant de l’état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

506. Empowerment ou affaiblissement ? – Le concept d’*empowerment*, qui commence à faire irruption dans le discours juridique²³⁴⁷, a été majoritairement développé en Amérique du nord à la

²³⁴¹ DESGENS-PASANAU (G.), « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », in GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, *op. cit.*, p. 97.

²³⁴² ROCHFELD (J.), « Les géants de l’Internet et l’appropriation des données personnelles : plaider contre la reconnaissance de leur “propriété” », *op. cit.*, p. 76 : « Tenter, en tant qu’adolescents, de ne pas exister sur Facebook – ou celui qui prendrait bientôt sa place – revient à se couper d’un monde où tous les autres s’inventent et s’informent ».

²³⁴³ Il faut souligner que les adultes n’échappent pas à ce genre de sollicitations de la part de leur entourage social.

²³⁴⁴ ITEANU (O.), *Quand le digital défie l’État de droit*, Paris, Eyrolles, 2016, p. 20 : « Un adolescent européen a-t-il vraiment le choix de ne pas être visible sur Facebook ou Snapchat ? Ne risque-t-il pas alors d’être coupé de la communauté de ses “amis” ? La pression est forte » ; selon le psychiatre Serge Tisseron, l’exposition de soi sur les réseaux numériques revient finalement « à communiquer certains éléments de son monde intérieur, dont la valeur est encore incertaine, afin de le faire valider par d’autres internautes, comme jadis par la famille ou les proches » : TISSERON (S.), « Les nouveaux enjeux du narcissisme », *Adolescence*, vol. 3, 2006, p. 603.

²³⁴⁵ V. par exemple les propos d’une psychiatre et psychanalyste : HIRIGOYEN (M.-F.), « La pression sociale nous coupe de nous-même », *Le Monde*, 7 août 2017.

²³⁴⁶ RIGAUX (F.), « L’individu, sujet ou objet de la société de l’information », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l’information*, Tome 3, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2000, p. 132 : « L’informatisation des données à caractère personnel dont certaines peuvent être tenues pour sensibles est devenue inéluctable et il est pour le moins artificiel de soutenir que la personne qui a contracté avec un transporteur aérien, avec une banque ou une compagnie d’assurance ou qui a consulté un médecin a consenti, même de façon implicite, au traitement informatisé des données qui la concernent. Pour faire valoir un tel refus de consentir, il faudrait se placer délibérément en dehors de la société, telle qu’elle fonctionne actuellement ».

²³⁴⁷ À propos des données à caractère personnel, v. PICCIO (C.), MOURON (P.), « Introduction », *L’ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 25 ; CLUZEL-METAYER (L.), « Loi pour une République numérique : l’écosystème de la donnée saisi par le droit », *AJDA*, 20 février 2017, n° 6, pp. 340-349 ; pour d’autres utilisations, v. FLÜCKIGER (A.), ROTH (R.), ROBERT (C.-N.) (dir.), *Droit et émotions. Le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, Genève, Centre d’étude, de technique et d’évaluation législatives (CETEL), septembre 2010, p. 140, ressource indexée ; LAGARDE (J.), ARZEL (G.), « Assurance maladie, vieillissement et inégalités territoriales de

fin du XXe siècle²³⁴⁸. Il est ardu de le traduire, mais il peut s'entendre comme l'attribution à des minorités ou personnes vulnérables de prérogatives et d'outils juridiques de luttes pour résister à une forme de pouvoir oppresseur. Dans la littérature institutionnelle, l'ambiguïté d'un tel discours réside dans sa proximité avec un autre discours, celui de la responsabilisation des personnes vulnérables²³⁴⁹. Si l'attribution de prérogatives personnelles a pour effet un retrait institutionnel ou légal, la rançon d'un tel processus est une fragilisation accrue des personnes vulnérables²³⁵⁰. Le risque est alors l'avènement d'une version dévoyée de la subjectivisation du droit. En effet, si l'attribution de droits subjectifs aux personnes est à la fois un moyen et une finalité du droit positif²³⁵¹, cela ne peut aller sans la conservation d'un cadre objectif de protection. L'autonomie du sujet de droit se réalise certes dans ses actions, mais cette liberté est subordonnée à la présence d'un cadre protecteur placé en amont, qui garantit la réunion des conditions du développement de la personne et donc de son autonomie. C'est pourquoi nous préférons le concept « d'autonomisation » plutôt que celui « d'empowerment » : un processus de gain d'autonomie (applicable à tous les cas) plutôt qu'un processus de gain d'un pouvoir (choisi parmi d'autres pouvoirs et limité à certains cas). Là où l'autonomisation implique une intervention²³⁵², l'empowerment peut justifier le laisser faire²³⁵³. L'ambiguïté d'un tel discours est notamment relevé en matière de collecte de données à caractère personnel par un auteur, qui qualifie une telle approche de « destructrice de la liberté de la personne humaine »²³⁵⁴. C'est également l'avis de Pierre Bellanger, qui affirme que « l'individualisation juridique des données conduit à atomiser un droit

santé », *Revue de droit sanitaire et social*, juillet 2011, n° 4, p. 601 : « Une nouvelle voie : l'action sur les comportements visant au renforcement des capacités des acteurs (« empowerment ») dans le cadre juridique du contrat » ; FISCHER (R.), BALAZARD (H.), SCOTT (M.), «The 'Big Society' in the United Kingdom : privatisation or democratisation of public services», *Revue Française d'Administration Publique*, janvier 2018, n° 163, pp. 507-519.

²³⁴⁸ V. par exemple WEST (D.), *Authenticity and empowerment: a theory of liberation*, New York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 198 p.

²³⁴⁹ Il ne s'agit ici nullement de condamner l'ensemble de la littérature concernant l'empowerment, ni même d'en réfuter l'utilité. Il s'agit de montrer qu'un tel discours en provenance d'acteurs institutionnels est un paradoxe potentiel, une sorte de clause idéologique d'irresponsabilité en cas de protection lacunaire.

²³⁵⁰ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 265-266.

²³⁵¹ Sur ce point, v. nos développements précédents, n° 226.

²³⁵² Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 261 : « l'intervention publique peut accroître la capacité des individus à agir pour la défense de leurs droits et à amplifier ainsi les possibilités d'actions des pouvoirs publics eux-mêmes ».

²³⁵³ SUPIOT (A.), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, *op. cit.*, p. 27 : « on distribue les droits comme on distribuerait des armes, et ensuite que le meilleur gagne ».

²³⁵⁴ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 580 : « Une telle démarche, sous couvert de donner aux individus une vraie voix au chapitre, doit être stigmatisée comme particulièrement cynique car destructrice de la liberté de la personne humaine [...] Le cynisme de la promotion d'un tel "empowerment" d'une partie faible à un échange n'est d'ailleurs pas limité à la seule question des données personnelles, mais a pu être relevé également, pour un usage identique de ce terme, dans les discours internationaux relatifs à l'aide au développement ».

collectif potentiel en une somme de droits privés plus facilement solubles : clic d'acceptation par clic d'acceptation »²³⁵⁵.

Il semblerait donc que le consentement ne soit pas un facteur de renforcement de la maîtrise par la personne de ses données à caractère personnel, mais plutôt l'inverse²³⁵⁶. La volatilité des données étant de plus en plus connue, il est naturel de se demander pourquoi les individus cliquent en connaissance des enjeux sur la dissémination des données à caractère personnel. On peut émettre deux suppositions. Premièrement, ils ont conscience de la faible effectivité des droits garantis²³⁵⁷ et de la faible maîtrise qu'ils ont sur leurs données²³⁵⁸. Deuxièmement, la perte d'autonomie des personnes est telle que la renonciation à certains droits²³⁵⁹ n'est pas vécue comme une aliénation mais comme une norme sociale qui naturalise l'aliénation. Il faut alors mettre en exergue un problème majeur pour la démocratie et la défense des droits fondamentaux : l'infléchissement de l'autonomie personnelle.

²³⁵⁵ BELLANGER (P.), « Principes et pratiques des données personnelles en réseau », *op. cit.*

²³⁵⁶ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 255 : « Contrairement à une opinion dominante qui tend à y voir un signe fait en faveur d'une protection accrue des droits et libertés de la personne fichée, l'introduction du consentement au sein des instruments relatifs aux données personnelles vise davantage à faciliter l'exercice effectif de la liberté de traitement de données nominatives par les auteurs de traitements que de constituer une garantie pour la personne fichée. Ce constat résulte à la fois des implications propres au consentement que de la facilité avec laquelle il est possible de s'en dispenser ».

²³⁵⁷ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, Paris, Michalon, 2013, p. 22 : « Cette reconnaissance théorique de l'existence d'un lien entre la personne et la donnée ne semble pas s'accompagner d'une efficacité pratique. En effet, le droit à la rectification paraît par exemple paralysé quand l'intéressé n'a aucune maîtrise intellectuelle de la donnée ».

²³⁵⁸ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 261 : « nombre des personnes auditionnées dans le cadre de cette étude, pourtant particulièrement au fait de ces questions, ont confessé se comporter de la sorte. Bien souvent, les internautes savent que leurs données personnelles seront largement disséminées et réutilisées, et pourtant ils cliquent. Cette attitude est en réalité rationnelle, dans la mesure où les droits actuels ne donnent que très peu de pouvoirs aux individus ».

²³⁵⁹ FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, *op. cit.* ; DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, *op. cit.*

Conclusion du chapitre 2

507. À défaut de personne, un bien ? – Le droit étant construit selon la dichotomie personne-bien, ce qui n'est pas une personne *doit* être un bien. L'argumentation selon laquelle un droit de propriété protégerait mieux les attributs de la personnalité est alors une tautologie : le droit ne sait pas saisir autrement des attributs que par l'outil réservé aux biens. Pourtant, parler de propriété des données à caractère personnel est un non-sens juridique, mais en tout premier lieu un non-sens matériel. Il n'est, globalement, pas possible de faire commerce pour soi-même de tels objets. La constitution de données à caractère personnel a en effet lieu, dans la grande majorité des cas, en dehors de la connaissance de la personne. Comment exercer un droit sur ce dont on ignore l'existence ? Selon le positionnement adopté, la réponse offerte par le droit des biens peut à la fois être vue comme un renforcement de la maîtrise de la personne sur son identité ou comme un catalyseur de sa vulnérabilité vis-à-vis d'acteurs avec lesquels cette personne n'est pas placée dans une situation d'égalité. Un droit de propriété sur les données à caractère personnel, en raison de la perte de maîtrise déjà envisagée dans la présente étude, nous semble relever de la seconde hypothèse. Une autre réponse, qui épouse la réalité préexistante, est alors apportée. Il s'agit d'une approche reposant sur une revalorisation du consentement, dans une perspective marchande plus souple permise par le droit des contrats. Il ne faudrait en effet pas y voir une aliénation des éléments de l'identité, mais plutôt un consentement revalorisé (« *empowerment* ») de la personne à l'exploitation de ces éléments. Cette vision de la personne protégée par ses « droits personnels » est tout autant artificielle. Il convient de rappeler, en premier lieu, que le consentement de la personne n'est qu'un moyen de légitimation du traitement de données personnelles parmi d'autres. En outre, la valeur de ce consentement est à interroger d'une façon globale. Le temps nécessaire à la lecture des conditions générales d'utilisation et les manœuvres nécessaires pour éviter une numérisation sauvage des données à caractère personnel nécessiteraient que la personne y consacre un temps substantiel, en réalité impossible à fournir. Les outils du droit privé ne permettant pas de prendre la mesure de la protection à apporter à l'identité des personnes, il convient dès lors de rechercher une éventuelle garantie supralégislative et sa potentielle effectivité.

« Puisque les réalités immatérielles ont de la valeur, il est inévitable qu'elles soient appréhendées par le droit ; il faut donc qu'elles soient des biens, puisqu'à l'exception des personnes morales, ces réalités immatérielles ne sont pas des personnes ; et puisqu'il faut qu'elles soient des biens, il faut nécessairement qu'elles soient appropriables. Voici le vice fondamental de l'enchaînement : pour

donner prise au droit, les réalités immatérielles sont autoritairement encadrées par l'*a priori* du bien et de la propriété »²³⁶⁰.

²³⁶⁰ GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *APD*, 1999, T. 43, p. 77.

Conclusion du titre 1

508. La commercialité occupe le vide conceptuel. – La recherche dans le droit positif des raisons à la protection parcellaire de l'identité de la personne conduit à une découverte d'un vice congénital propre au droit des données personnelles. Ce régime est souvent décrit comme étant exclusivement protecteur, et au service d'une préservation de la personne humaine. Une pièce centrale est absente dans la description de la garantie dont dispose la personne physique de ne pas être fichée abusivement : la liberté de la collecte est le premier droit garanti par ce régime. En effet, bien qu'il ne soit pas nommé explicitement en droit français, le droit pour les différents responsables de procéder à un traitement est implicitement contenu dans le texte, le législateur ayant choisi de souligner que « l'informatique [...] doit se développer » (art. 1^{er} de la LIL). Cette ambivalence du droit des données personnelles ressort explicitement des travaux ayant précédé l'adoption de la loi du 6 janvier 1978. En outre, le droit matériel de l'Union européenne, qui tient lieu de cadre général depuis la directive 95/46/CE, assume cette ambiguïté sans mystère. La priorité reste que les données à caractère personnel circulent avec fluidité, de sorte de libérer leur potentiel économique. L'intitulé de la norme européenne lui-même révèle crûment ces finalités bien distinctes. La protection des personnes physiques n'est alors plus véritablement la finalité du régime mais un moyen de parvenir à la réalisation du marché intérieur. Ces considérations à l'esprit, l'émancipation du droit des données personnelles du régime des droits de la personnalité – et plus concrètement de la vie privée – apparaît comme logique. Dès lors, la marchandisation des données à caractère personnel qui s'est imposée sans avoir été juridiquement envisagée s'éclaire différemment. Afin de maintenir équilibre précaire entre un niveau de protection des personnes physiques qui soit acceptable et une politique législative qui corresponde à l'économie sociale de marché, le législateur multiplie les mesures palliatives et s'aligne sur le droit européen. Le RGPD, dont la nature réduit encore la marge des États membres en matière de protection, fait largement disparaître l'obligation de déclaration préalable aux autorités de contrôle pour la mise en œuvre d'un traitement, catégories particulières de données comprises. La valeur marchande des données à caractère personnel ayant eu le temps de se construire et étant aujourd'hui bien connue, de nombreux juristes se sont interrogés sur le statut de ces données. S'agissait-il de biens au sens classique, de biens particuliers, ou encore d'éléments de la personnalité pouvant faire l'objet d'une commercialité, dans une approche dualiste des droits de la personnalité ? Aucune de ces approches n'apparaît satisfaisante, tant il n'est pas concevable qu'une personne puisse prendre la mesure de l'ensemble des contrats d'adhésions auxquels elle souscrit sur les supports numériques. Il n'est pas non plus envisageable que la personne dispose d'une visibilité suffisante pour « gérer » un tel patrimoine, correspondant à des milliers d'opérations quotidiennes. Les données personnelles

circulent et s'échangent le plus souvent en marge de la collecte initiale, ce qui rend impensable l'existence de notifications systématiques à chaque nouvelle autorisation de traitements. Ni véritables démembrements de la personnalité, ni objets de propriété qui maintiendrait le lien juridique entre sujet et objet, les données à caractère personnel ne sont protégées qu'en elles-mêmes. La dimension objective de la protection est égarée et la préservation de l'identité de la personne humaine n'est pas envisagée à long terme, ni à travers elle celle de l'humanité dans son ensemble. De telles considérations en appellent nécessairement à la recherche d'un fondement juridique plus solide, effectif et offrant des garanties objectives plus en conformité avec les finalités que le droit s'est assigné à lui-même. La fundamentalité, par sa force à la fois légitimante et normative, peut être une réponse à cette question.

« [La personnalité est] le noyau dur de ce qui mérite la protection de la loi et cela pas seulement ou pas nécessairement parce qu'échouer à protéger ou cette spontanéité porterait atteinte à la dignité humaine, mais parce que cela porterait atteinte à l'humanité elle-même, à ce qui permet d'identifier des êtres comme humains »²³⁶¹

²³⁶¹ ROUVROY (A.), "Governmentality in an Age of Autonomic Computing: Technology, Virtuality and Utopia", in ROUVROY (A.), HILDEBRANDT (M.) (dir.), *Autonomic Computing and the Transformations of Human Agency*, Routledge, 2009, p. 25.

TITRE 2 – L'APPRÉHENSION PERSONNALISTE DE L'IDENTITÉ

NUMÉRIQUE

509. La recherche de la personne dans les données personnelles. – Après avoir tenté de montrer les limites inhérentes aux catégories – ou absence de catégories – utilisées en droit privé et en droit matériel de l'Union européenne pour appréhender les données personnelles, il est désormais possible de se tourner vers un nouveau degré de garantie, à savoir le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, formellement visé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²³⁶². Par ailleurs, les données à caractère personnel entrent dans le champ d'application du droit respect à la vie privée tel qu'il est entendu par la Cour européenne des droits de l'Homme. Cela est également le cas dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui intègre formellement la protection des données à caractère personnel au sein du droit au respect de la vie privée. Ces deux méthodes distinctes – fondamentalité consacrée et protection fondamentale assurée par une extension du champ d'application – nécessitent une interrogation de la pertinence du discours juridique portant sur un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. Questionner le caractère fondamental d'un droit dépasse la simple posture intellectuelle : il en va de la cohérence de l'ordre juridique et donc, de l'effectivité des droits. La fondamentalité est le soubassement d'une certaine conception de l'ordre juridique qui tend, par sa tendance à la subjectivisation, à placer la personne au premier plan – dans le Droit objectif – comme en arrière-plan – avec les droits subjectifs²³⁶³. C'est ainsi que nous qualifions l'appréhension *personnaliste* qui ressort de l'observation d'une partie du droit positif : la consolidation de l'assise de la personne humaine au centre du droit²³⁶⁴.

510. La plus-value réside-t-elle dans la fondamentalité autonome ? – La recherche d'un droit fondamental s'effectue donc sur la base de la vérification de deux hypothèses principales tirées du postulat susvisé : le développement de la personne est la finalité poursuivie par le droit fondamental

²³⁶² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE du 18 décembre 2000, 2000/C 364/01, art. 8§1 : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ».

²³⁶³ CANAS (S.), « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », *NCCC*, 2015/3, n° 48, p. 47 : « la personne au cœur de nos systèmes juridiques démocratiques ».

²³⁶⁴ ZABALZA (A.), « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in SAINT-PAU (J.-C.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 1-52, spéc. pp. 12-13 ; TZITZIS (S.), « Personne et personnalisme juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2013, pp. 17-33 ; BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public - Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz - Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, pp. 106-108.

consacré (aspect objectif) ; la protection fondamentale de la personne est effectivement assurée (aspect subjectif). En définitive, il s'agira donc de se demander si la garantie formelle d'un droit fondamental autonome à la protection des données à caractère personnel est plus protectrice que l'habituel faisceau de droits sur les données personnelles. En prenant à contrepied l'intuition d'une protection renforcée par une consécration formelle, nous verrons que la formulation d'un droit fondamental à la protection des données personnelles apparaît comme largement artificielle (**Chapitre 1**). Toutefois, les développements jurisprudentiels de la Cour européenne des droits de l'Homme et, dans une moindre mesure, du Conseil constitutionnel, laissent entrevoir des outils permettant une réunification des données personnelles et de l'identité de la personne. Dans un tel cas, la protection fondamentale pourrait être effectivement assurée (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La formulation artificielle d'un droit fondamental

Chapitre 2 – La persistance substantielle d'une protection fondamentale

Chapitre 1 – La formulation artificielle d'un droit fondamental

« Le droit est un langage, dit-on, mais c'est un langage qui, sans cesse, nous parle de lui, nous l'avons noté en commençant, il est même bavard, voire redondant. Tâchons de ne pas perdre le fil de la conversation, en conversant nous-mêmes, autant que faire se peut [...] avec tous ceux qui, comme nous, perçoivent ce bruit étrange et s'efforcent d'en comprendre le sens »

Jean-Jacques SUEUR²³⁶⁵

511. La recherche de la fundamentalité dans la protection des données personnelles. – Nous avons étudié le régime de protection des données à caractère personnel tel qu'il est principalement promu en droit privé et en droit de l'Union, c'est-à-dire comme un régime autonome. Dans une approche pragmatique, on constatera que cet état de l'ordre juridique est un message signifiant, et qu'il doit être mis en perspective avec un ensemble plus grand, c'est-à-dire la fonction du droit à la protection des données à caractère personnel, l'idéal de justice auquel il répond. Il ne s'agit pas de découvrir la fonction légitimée par une certaine idée politique de ce que devrait être le droit positif – recherche du droit naturel ou théorie du fondement du droit – mais la fonction assignée par l'ordre juridique lui-même – nature juridique. Il n'est alors pas question de légitimité ou de morale, mais bien de cohérence de l'ordre juridique. L'objet des données personnelles, l'identité, semble apparaître clairement dans la loi informatique et libertés (LIL), de même que la fonction d'un droit à la protection des données à caractère personnel : « l'informatique doit être au service de chaque citoyen », de sorte qu'elle ne doit porter atteinte « ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »²³⁶⁶. Le même positionnement semblait fonder le régime prévu par la directive 95/46/CE : « les systèmes de traitement de données sont au service de l'homme »²³⁶⁷. Le RGPD a, semble-t-il, repositionné le développement de la personne humaine parmi d'autres finalités. Son préambule énonce en effet, dès l'ouverture, que le texte participe à « la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et d'une union économique, au progrès économique et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du

²³⁶⁵ SUEUR (J.-J.), « Propos confluxif : positivisme et liberté, *RIEJ*, 2011/2, vol. 67, p. 156.

²³⁶⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 1^{er}.

²³⁶⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE du 23 novembre 1995, n° L 281, p. 31, cons. 2.

marché intérieur, ainsi qu’au bien-être des personnes physiques»²³⁶⁸. Ces finalités ne sont pas nécessairement antagonistes et ne doivent pas être stigmatisées à la hâte. Pour autant, imaginer qu’une telle pluralité d’objectif puisse ne pas générer de conflits de droits et d’intérêts serait illusoire. La consécration formelle d’un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel par la Charte aurait pu être un indicateur de l’importance de la personne humaine dans la conciliation de ces intérêts. Pour s’apercevoir qu’il n’en est rien, il faut passer cette garantie formelle à l’étalon de la fondamentalité. Il faut alors modéliser cet étalon, comme pour tout concept.

512. La recherche de la fondamentalité dans le droit. – La définition de la fondamentalité juridique suscite un débat aussi vif que légitime²³⁶⁹ : le statut normatif d’un tel droit, ainsi que son caractère légitimant – « fondamental » – en font un objet particulièrement prisé de la plupart des causes militantes (sans préjuger du bien fondé de celles-ci). Cette force terminologique – « fondamentalité » – n’est pas sans causer certaines dérives liées à l’utilisation de la fondamentalité comme objet de communication, voire de marketing²³⁷⁰. Nous ne souhaitons pas ici proposer une nouvelle définition des droits fondamentaux. Une réflexion d’une telle envergure supposerait de

²³⁶⁸ Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1., cons. 2.

²³⁶⁹ V. notamment (par ordre chronologique) : RIVERO (J.), « La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe », *RIDC*, 1981, p. 659 ; PAVIA (M.-L.), « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n°54, pp. 6-13 ; CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit “fondamental” en droit constitutionnel français », *D.* 1995, pp. 323-329 ; MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme », *D.*, 20 juillet 1995, n°27, pp. 211-212 ; MORIN (J.-Y.) (dir.), *Les droits fondamentaux : universalité et diversité, droit au développement, démocratie et État de droit, commerces illicites – Actes des 1ères Journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l’AUPELF-UREF tenues à Tunis du 9 au 12 octobre 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 443 p. ; PICARD (E.), « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n°7, pp. 6-42 ; JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, pp. 44-51 ; FAVRE (J.), TARDIVEL (B.), « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de “libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle” », *RDP*, 2000, p. 1411 ; MORIN (J.-Y.), OTIS (G.) (dir.), *Les défis des droits fondamentaux - Actes des deuxièmes journées scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de l’Agence Universitaire de la Francophonie*, Bruxelles, Bruylant, « Université libre de Bruxelles », 2000, 472 p. ; CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, 348 p. ; MEINDL (T.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, 514 p. ; WACHSMANN (P.), « L’importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 29 octobre 2004, n°1-4, pp. 40-49 ; CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les droits et libertés fondamentaux en France, genèse d’une qualification », in LYON-CAEN (A.), LOKIEC (P.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 11 ; DREYER (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l’ordre juridique », *D.* 2006, pp. 748-753 ; DUPRE DE BOULOIS (X.), « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP G.*, 5 décembre 2007, n°49, pp. 11-19 ; MOLFESSIS (N.), « Droit fondamental – Un label incontrôlé », *JCP G.*, 2009, n°25, p. 32 ; VIALA (A.), « “Droits fondamentaux (Garanties procédurales)” et “Droits fondamentaux (Notion)” », in CHAGNOILLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 275-319 ; BURGORGUE-LARSEN (L.), « Le concept de liberté publique et de droit fondamental », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 389-407 ; BIOY (X.), « Qu’appelle-t-on droits fondamentaux ? », *Politeia*, décembre 2016, n°30, pp. 215-226.

²³⁷⁰ TINIERE (R.), « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l’Union européenne : le discours sans la méthode », *RDLF*, 20 mars 2013, 2013-14, chron. n° 14 : « Faute d’exercer une influence sur le contenu normatif des actes de droit dérivé ou d’encadrer juridiquement leur mise en œuvre, ces références aux droits fondamentaux ne procèdent donc pas de l’action politique mais bien plutôt de la communication politique » ; BIOY (X.), « Qu’appelle-t-on droits fondamentaux ? », *Politeia*, Décembre 2016, n°30, p. 216 : « Il existe une dimension “communicationnelle” (performative ou “marketing”) à l’usage de la sémantique des “droits fondamentaux” ».

partir à la recherche de la définition du droit lui-même. De nombreux auteurs ont proposé des systématisations, et deux approches principales peuvent être classiquement retenues et brièvement présentées. Premièrement, la fundamentalité relèverait d'une exigence formelle. Dans un tel cas, le droit fondamental serait celui qui est inscrit dans les normes hiérarchiquement supérieures, c'est-à-dire supralégislatives : « les droits et libertés protégés par les normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins »²³⁷¹. Deuxièmement, la fundamentalité proviendrait non du positionnement hiérarchique de la norme, mais de la substance qu'elle entend traduire, qui serait revêtue d'une importance particulière. Cette approche peut être qualifiée de matérielle, car elle renvoie à une qualité légitimant le statut « fondamental » d'une garantie. Cette matérialité peut alors préexister à l'ordre juridique – jusnaturalisme²³⁷² – ou être déduite de lui : le droit positif assignerait des fonctions politiques aux droits²³⁷³. La définition de Xavier Bioy à laquelle nous nous sommes référés dès l'introduction « implique d'appuyer les dimensions formelle et matérielle l'une sur l'autre en vue de dégager une esquisse de hiérarchie qui permette d'éclairer le fonctionnement du droit positif »²³⁷⁴. Les droits fondamentaux peuvent alors être entendus comme des « droits individuels, exercés individuellement, exigibles de tous contre tous et qui révèlent l'équilibre à opérer entre la libre disposition de soi et la nécessaire garantie sociale de l'existence même du sujet individuel »²³⁷⁵.

513. Vérification de l'hypothèse. – À l'aide de ces outils, nous verrons que le droit fondamental à la protection des données personnelles souffre de carences à la fois structurelles (**Section 1**) et matérielles (**Section 2**).

Section 1 – Une insuffisance structurelle

Section 2 – Une carence matérielle

²³⁷¹ PFERSMANN (O.), FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, 11^e éd., 2008, p. 854.

²³⁷² Pour le jusnaturaliste, le droit préexiste à l'organisation en société, il est observable en amont, quelle que soit la source (Dieu, la nature au sens premier, la morale). V. notamment LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, LGDJ-Nemesis-Anthemis, « Droit et justice n° 102 », 2012, 4^e éd., pp. 75-77 ; VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 95.

²³⁷³ V. notamment PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Série Droit n° 38 », 2004, p. 373 : « [les droits fondamentaux] ne peuvent être compris sans la relation qu'ils entretiennent avec la moralité et la réalité sociale, ils ne peuvent non plus être analysés sans référence aux fins ou aux objectifs qu'ils prétendent réaliser ».

²³⁷⁴ BIOY (X.), « Qu'appelle-t-on droits fondamentaux ? », *Politeia*, Décembre 2016, n° 30, pp. 225.

²³⁷⁵ *Ibid.*, p. 226 ; BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. COSTA (J.-P.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « LMD Cours & TD », 2016, 4^{ème} éd., p. 109.

Section 1 – Une insuffisance structurelle

514. Observation et appréciation du droit fondamental. – Avant de tenir un discours sur l'autonomie d'un droit fondamental, il faut caractériser cette autonomie. Concernant un tel droit, l'autonomie peut être de deux sortes. Il peut s'agir pour le droit de s'autonomiser formellement – refus de la contrainte hiérarchique –, c'est-à-dire que les droits fondamentaux le restent, qu'importe le juge qui les sanctionne et les normes qui les garantissent²³⁷⁶. Toutefois, l'autonomie peut être matérielle – refus de la contrainte substantielle –, c'est-à-dire que le droit est fondamental lorsqu'il est formellement consacré, qu'importe la finalité ou la vigueur de la garantie visée. Nous tentons ici de prévenir le lecteur d'une éventuelle dissonance : l'autonomie matérielle correspond à une approche plutôt formelle de la fundamentalité, quand l'autonomie formelle renvoie plutôt à l'hypothèse matérielle. Cela étant précisé, il sera possible de revenir sur l'autonomisation matérielle du droit fondamental consacré par l'article 8 de la CDFUE et de rechercher l'intérêt d'une telle curiosité normative (§ 1) avant de pouvoir apprécier le caractère fondamental d'un tel droit (§ 2).

§ 1 – La consécration expresse d'un droit fondamental à la protection des données en droit de l'Union Européenne

515. Cheminement d'une autonomisation. – De manière pragmatique, il convient d'étudier la consécration normative en elle-même en tentant de la replacer dans son contexte (A.) avant d'observer la norme telle qu'appréciée par le juge (B.).

A. La consécration normative d'un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel

516. Une fundamentalité affirmée de façon multiple. – L'autonomie de la protection du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel ressort tant de l'observation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1.) que d'autres normes de droit matériel de l'UE (2.).

²³⁷⁶ PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n°7, p. 14 : « au sein de l'ordre supranational comme au sein de l'ordre interne, la fundamentalité n'est réservée à aucun rang normatif en particulier. On peut donc conclure ici qu'aucune norme n'a le monopole de la fundamentalité. Par ailleurs, la fundamentalité ne se contient entièrement dans aucune norme formelle » ; PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, p. 643 : « Il ne semble donc pas totalement illégitime de présager, dans une certaine mesure, un mouvement croissant d'autonomisation des droits fondamentaux en tant que normes en soi, indépendamment de leur ancrage textuel. Les droits fondamentaux pourraient alors apparaître comme des objets d'études autonomes, étude dont le champ recouperait à la fois une partie du droit constitutionnel, une partie du droit international et une partie du droit communautaire ».

1. La *fundamentalité* consacrée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

517. La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. – Les droits fondamentaux n'étant pas visés par les traités constitutifs des communautés, il n'appartenait pas à la Cour de justice des communautés européennes d'en assurer la protection. Le juge communautaire a, toutefois, entendu garantir le respect de ces droits fondamentaux en les découvrant au sein des principes généraux du droit communautaire²³⁷⁷. Il fut aidé, il faut bien le dire, par la pression mise par le Tribunal fédéral constitutionnel allemand, qui menaçait d'ignorer les actes dérivés du droit communautaire manifestement contraires aux garanties offertes par la Loi fondamentale²³⁷⁸. Cette entreprise, dont la primauté du droit communautaire dépendait²³⁷⁹, s'est donc poursuivie et a permis l'élaboration d'un véritable système de protection des droits fondamentaux au sein des Communautés européennes, puis de l'Union européenne²³⁸⁰. Prenant acte de cette construction et de son pouvoir de légitimation démocratique, les États membres ont proclamé, lors du Conseil européen de Nice des 7 et 8 décembre 2000, une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE)²³⁸¹. Cet instrument, dont la valeur juridique est restée incertaine durant quelques années, a finalement été intégrée au droit primaire de l'Union à l'occasion de l'adoption du Traité de Lisbonne²³⁸². Cette Charte, qui a donc désormais une valeur normative équivalente à celle des traités, organise les différents droits et libertés au sein de six titres : dignité, libertés, égalité, solidarité, citoyenneté, justice. Le titre « libertés » abrite deux articles qui nous intéresseront particulièrement : le 7, relatif au « respect de la vie privée et familiale », et le 8, qui vise la « protection des données à caractère personnel ».

²³⁷⁷ CJCE, 12 novembre 1969, *Stander / Stadt Ulm*, aff. C-29/69, EU:C:1969:57 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, aff. 11-70, EU:C:1970:114, pt. 4 : « qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG / Commission*, aff. 4-73, EU:C:1974:51.

²³⁷⁸ BVerfGE, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft / EVGF*, dit « *Solange I* » : BVerfGE, 37, p. 271.

²³⁷⁹ TINIERE (R.), « La Cour de justice de l'Union européenne protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'Union européenne ? », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.) (dirs.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux : du juge des droits au juge du Droit ?*, Paris, Pedone, « Publications de l'Institut international des droits de l'Homme », 2015, p. 81 : « Il faut garder à l'esprit que la jurisprudence protectrice des droits fondamentaux développée par la Cour de justice doit principalement son existence au souci de préserver la primauté du droit communautaire ».

²³⁸⁰ Pour aller plus loin, v. TINIERE (R.), *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2008, 708 p. ; TINIERE (R.), VIAL (C.), *Protection des droits fondamentaux dans l'union Européenne : Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2015, 414 p. ; VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2018, 1279 p. ; PEERS (S.), BARNARD (C.), *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 2^e éd., pp. 227-261 ; REMEDEM (A.), *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Clermont-Ferrand 1, 2013, 469 p.

²³⁸¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1.

²³⁸² Traité sur l'Union européenne (TUE) tel que modifié par le traité de Lisbonne, art. 6 : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

518. L'article 8 de la CDFUE : texte et contexte. – L'article 8§1 de la CDFUE dispose comme suit : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ». Il est possible, en tout premier lieu, de se demander dans quel contexte s'inscrit l'implantation d'un droit fondamental spécifique pour les données à caractère personnel, alors que les autres garanties visées dans les premiers titres sont pour la plupart des rappels des stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme²³⁸³. Il ne s'agit pas ici de procéder à des extrapolations, mais bien de situer cette apparition textuelle dans une chronologie institutionnelle et juridique. La fin des années 1990 avait en effet été marquée par une multiplication des normes relatives aux communications électroniques, dont la directive 95/46/CE fut l'assise²³⁸⁴. Cette agitation normative suivait assez logiquement l'emballage technologique et, concomitamment, économique²³⁸⁵. En outre, la période accordée pour la transposition de cette directive était sur le point de s'achever, avec certains retards de la part des États membres, dont celui de la France qui fut particulièrement prononcé²³⁸⁶. De nouveaux textes se préparaient, dont la directive « vie privée et communications électroniques »²³⁸⁷. La prise de conscience du rôle que la circulation des données à caractère personnel était appelée à jouer dans le fonctionnement du marché intérieur nécessitait en retour une sérieuse sécurisation juridique pour les acteurs de l'économie numérique comme pour les utilisateurs de leur service²³⁸⁸. Les recommandations adoptées par les États membres de l'OCDE, dès 1980, prenaient ainsi corps en droit communautaire²³⁸⁹. Une telle protection était, en

²³⁸³ On peut également citer parmi les libertés mises en avant par la Charte : liberté des arts et des sciences (art. 13), liberté professionnelle (art. 15), liberté d'entreprise (art. 16).

²³⁸⁴ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE du 23 novembre 1995, n° L 281, p. 31 ; directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L 77 du 27 mars 1996, p. 20 ; directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, JOCE n° L 024 du 30 janvier 1998, p. 1 ; directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n° L 13 du 19 janvier 2000, p. 12 ; directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

²³⁸⁵ Pour un rappel de ces enjeux, v. nos développements introductifs, nos 36 et s.

²³⁸⁶ La France fit d'ailleurs l'objet d'un recours en manquement : CJCE, 18 janvier 2001, *Commission / France*, aff. C-151/00, EU:C:2001:43.

²³⁸⁷ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

²³⁸⁸ Sur ce point, v. nos développements précédents, nos 360 et s.

²³⁸⁹ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoptée le 23 janvier 1980, préface : « il est à craindre que des disparités dans les législations nationales n'entravent la libre circulation des données de caractère personnel à travers les frontières; or, cette circulation s'est considérablement intensifiée au cours des dernières années et elle est appelée à se développer encore par suite de l'introduction généralisée de nouvelles technologies des ordinateurs et des télécommunications. Des restrictions imposées à ces flux pourraient entraîner de graves perturbations dans d'importants secteurs de l'économie, tels que la banque et les assurances. C'est pourquoi, les pays Membres de l'OCDE ont jugé nécessaire d'élaborer des lignes directrices qui permettraient d'harmoniser les législations nationales relatives à la protection de la vie privée et qui, tout

outre, déjà assurée par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui avait accueilli les données à caractère personnel dans le giron de l'article 8 de la Convention, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale²³⁹⁰. C'est dans ce contexte qu'apparaissait un droit fondamental à la protection des données. La promotion normative connue par la CDFUE à la fin des années 2000 relançait la question de l'intérêt d'une séparation de la protection des données à caractère personnel du droit au respect de la vie privée. Les données à caractère personnel étant des informations relatives à une personne – donc des informations personnelles – ayant subi un traitement, il semblait assez pertinent de les intégrer au droit au respect de la vie privée, cette dernière pouvant être définie comme un ensemble « d'informations personnelles »²³⁹¹, « d'informations relatives à l'identité et à l'intimité des personnes »²³⁹², « d'informations qu'il peut être utile ou rentable de recueillir afin d'en tirer profit »²³⁹³. Les États membres ont pourtant fait le choix de promouvoir une protection autonome, ce qui semblait correspondre à un mouvement de promotion des droits fondamentaux économiques en droit de l'Union, à l'instar de la liberté professionnelle²³⁹⁴ ou de la liberté d'entreprise²³⁹⁵. L'affirmation formelle d'une protection spécifique a pu être accueillie favorablement, en raison de la nécessité d'une garantie forte au regard de l'enjeu²³⁹⁶, comme défavorablement, en raison de la confusion pouvant ressortir du déracinement de la garantie par rapport aux valeurs inhérentes à la vie privée²³⁹⁷.

en contribuant au maintien de ces droits de l'homme, empêcheraient que les flux internationaux de données ne subissent des interruptions ».

²³⁹⁰ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81 ; Cour EDH, GC, 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. n° 27798/95 ; Cour EDH, GC, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95.

²³⁹¹ SAINT-PAU (J.-C.), « L'article 9, matrice des droits de la personnalité », *D.*, 1999, p. 542.

²³⁹² BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, p. 542.

²³⁹³ GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 327 », 2000, p. 227.

²³⁹⁴ CDFUE, art. 15.

²³⁹⁵ CDFUE, art. 16.

²³⁹⁶ PEYROU (S.), « La protection des données à caractère personnel au sein de l'UE : des enjeux économiques et sécuritaires encadrés par le législateur sous le contrôle du juge », *RDP*, Janvier 2016, n°1, p. 58 : « L'essor de l'économie numérique et la croissance exponentielle d'échanges de données subséquents, aussi bien à l'intérieur de l'Union qu'avec des pays tiers, ont provoqué cependant des inquiétudes diffuses chez les utilisateurs de l'internet. Celles-ci s'avérant fondées (il suffit de penser aux informations divulguées par Edward Snowden en 2013) et révélatrices de risques majeurs pour "l'identité numérique" de tout un chacun, il apparaît indispensable d'accorder une garantie renforcée à ce qui est aujourd'hui un droit fondamental grâce à la Charte en son article 8 ».

²³⁹⁷ POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHELF (K.), TRUDEL (P.) (dirs.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis-CRDP, 2009, p. 218 : « Faire du "droit à la protection des données" un droit fondamental distinct [...] risque d'atténuer le lien essentiel existant entre le respect de la vie privée et la protection des données et de détacher ainsi la protection des données des valeurs fondamentales de dignité humaine et d'autonomie individuelle, valeurs fondamentales de dignité humaine et d'autonomie individuelle, valeurs fondatrices du concept de respect de la vie privée, dans lesquelles les régimes de protection des données trouvent leur racine ».

La consécration de la fundamentalité du droit à la protection des données personnelles connaît, en outre, un écho dans certaines normes de droit dérivé.

2. La fundamentalité visée d'autres normes de droit matériel de l'Union européenne

519. Une compétence particulière de l'Union en la matière. – Il convient de préciser d'emblée que le renvoi à la fundamentalité par les normes de droit dérivé de l'Union relatives à la protection des données personnelles se fonde juridiquement non seulement sur la Charte, mais également sur les traités. Cela est suffisamment singulier pour être relevé. En général, les États membres sont assez rétifs à l'inscription dans les traités d'une compétence exclusive de l'UE en matière de droits et libertés²³⁹⁸. Cela permet en effet à l'UE d'imposer sa législation sur des catégories juridiques sensibles et propres à chaque État²³⁹⁹. Ainsi, les exemples sont peu nombreux et leur proximité avec le fonctionnement du marché intérieur est un sérieux indice. On peut citer par exemple la non-discrimination²⁴⁰⁰, la liberté de circulation des personnes²⁴⁰¹, et la protection des données à caractère personnel²⁴⁰². Concernant cette dernière compétence, le lien n'est pas tacite et la compétence exclusive affirmée. L'article 16 du TFUE dispose en effet que le « Parlement européen et le Conseil [...] fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données ».

520. Le renvoi à la fundamentalité en droit dérivé. – Depuis 2002, il n'est guère de norme édictée par l'Union en matière de technologies numériques qui ne renvoie pas à la fundamentalité garantie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Cette tendance, observable dans d'autres domaines, donne lieu à certaines incongruités, à tel point que parfois, « les références aux droits fondamentaux semblent totalement déconnectées des risques de violation provoqués par l'acte de droit dérivé dans lequel elles sont inscrites »²⁴⁰³. Il en va ainsi de la directive

²³⁹⁸ Pour aller plus loin, v. BLUMANN (C.), « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *Revue des affaires européennes*, 2006-1, pp. 11-30.

²³⁹⁹ TINIERE (R.), « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : le discours sans la méthode », *RDLF*, 20 mars 2013, 2013-14, chron. n° 14, ressource indexée : « les États se sont toujours opposés à l'inscription dans les traités d'une telle base juridique de peur de voir l'Union légiférer dans des domaines aussi sensibles que peuvent l'être, par exemple, le droit de la famille (droit à la vie privée et familiale, droit de se marier), le système judiciaire national (droit à un recours juridictionnel effectif et autres droits de procédure) ou, de façon générale, les droits sociaux ».

²⁴⁰⁰ TFUE, art. 18 (discrimination fondée sur la nationalité) et 19 (compétence du Conseil pour lutter contre toute forme de discrimination).

²⁴⁰¹ TFUE, art. 45 et s. (libre circulation des travailleurs).

²⁴⁰² TFUE, art. 16 ; TUE, art. 39.

²⁴⁰³ TINIERE (R.), « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : le discours sans la méthode », *RDLF*, 20 mars 2013, 2013-14, chron. n° 14, ressource indexée. L'auteur relève également de curieux renvois à la fundamentalité, comme au sein de la directive 2003/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26

2006/24/CE²⁴⁰⁴, abrogée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Digital Rights*²⁴⁰⁵. Ce texte imposait aux opérateurs de communication de conserver l'ensemble des métadonnées de connexion des utilisateurs pour une durée allant de six mois à deux ans à des fins de lutte contre la criminalité. Malgré les nombreux renvois aux droits fondamentaux contenus dans le préambule de la directive²⁴⁰⁶, la Cour de Justice a constaté que le législateur de l'Union, en n'imposant pas que de telles données soient conservées sur le territoire de l'UE²⁴⁰⁷ et en imposant un cadre « sans qu'aucune différenciation, limitation ni exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves »²⁴⁰⁸, avait « excédé les limites qu'impose le respect du principe de proportionnalité au regard des articles 7, 8 et 52 »²⁴⁰⁹ de la Charte.

521. Le renvoi au seul droit fondamental à la protection des données personnelles en droit dérivé. – Au-delà de cette illustration, on notera une nouvelle tendance initiée par le règlement général sur la protection des données (RGPD). Là où les précédents actes de droit dérivé renvoyaient aux articles 7 et 8 de la CDFUE²⁴¹⁰, le RGPD ne renvoie plus désormais qu'aux articles 8§1 de la CDFUE et 16§1 du TFUE. La protection des données à caractère personnel s'entend ainsi comme participant du respect d'autres droits et libertés, mais n'en dépend plus. La seule mention de la vie privée est ainsi l'occasion d'une distinction opérée entre différents droits et libertés : « le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté

mai 2003, concernant la réception par type des tracteurs agricoles ou forestiers, de leurs remorques et de leurs engins interchangeables tractés, ainsi que des systèmes, composants et entités techniques de ces véhicules, et abrogeant la directive 74/150/CEE.

²⁴⁰⁴ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JOUE n° L 105 du 13 avril 2006, p. 54.

²⁴⁰⁵ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238. V. COSTES (L.), « La CJUE opposée à une obligation générale de conservation de données aux fournisseurs de services de communications électroniques », *RLDI*, janvier 2017, n° 133, pp. 29-31 ; DEBET (A.), « Censure par la Cour de justice de l'Union européenne de l'obligation générale de conservation des données de trafic et de localisation imposée aux opérateurs de communications électroniques », *CCE*, février 2017, n° 2, pp. 45-48.

²⁴⁰⁶ Directive 2006/24/CE, cons. 1, 9 (renvoi à la Convention EDH), 17, 22, 25.

²⁴⁰⁷ *Ibid.*, pt. 57.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*, pt. 68.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, pt. 69.

²⁴¹⁰ V. par exemple directive 2002/58/CE, cons. 2 : « La présente directive vise à respecter les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, elle vise à garantir le plein respect des droits exposés aux articles 7 et 8 de cette charte ».

d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique »²⁴¹¹.

De telles observations, purement exégétiques, resteraient sans intérêt en l'absence d'une confirmation jurisprudentielle de l'autonomie matérielle du droit fondamental à la protection des données personnelles vis-à-vis du droit au respect de la vie privée.

B. La confirmation jurisprudentielle d'un droit fondamental distinct de la protection de la vie privée

522. Explicite dans la lettre, timorée dans les effets. – La confirmation jurisprudentielle de l'autonomie de l'article 8 de la CDFUE vis-à-vis de l'article 7 de cette même Charte s'est faite suffisamment attendre pour laisser penser qu'elle ne viendrait jamais. En outre, cette autonomisation par la Cour de justice de l'Union est à la fois explicite et timide (1.), ce qui mérite certaines réflexions autour de la pertinence d'une telle interprétation (2.).

1. Une autonomisation timide mais avérée

523. Une dissociation progressive. – Dès l'arrêt *Österreichischer*, la Cour de justice des Communautés européennes a choisi de lier l'interprétation de la directive 95/46/CE au droit au respect de la vie privée, principe général du droit communautaire²⁴¹². Puis, à l'occasion de l'arrêt *Volker*, elle a procédé à sa première utilisation combinée des articles 7 et 8 de la CDFUE, soulignant que le droit fondamental à la protection des données était « étroitement lié au droit au respect de la vie privée »²⁴¹³. Affirmer que la protection des données à caractère personnel était subordonnée à d'autres droits fondamentaux eût été excessif, mais l'on pouvait, *a minima*, constater la présence récurrente du chaperonnage de l'article 7 de la CDFUE (vie privée). Cette association était prévue pour durer²⁴¹⁴, de telle sorte qu'il semblait pertinent de s'interroger sur l'intérêt d'une telle

²⁴¹¹ Règlement 2016/679, cons. 4 : « Le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité. Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique ».

²⁴¹² CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, EU:C:2003:294, pt. 68 : « Il y a lieu encore d'ajouter que les dispositions de la directive 95/46, en ce qu'elles régissent le traitement de données à caractère personnel susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales et, en particulier, au droit à la vie privée, doivent nécessairement être interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ».

²⁴¹³ CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 47.

²⁴¹⁴ V. spéc : CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pt. 53 : « la protection des données à caractère personnel, résultant de l'obligation explicite prévue à l'article 8, paragraphe 1, de la Charte, revêt une importance particulière pour le droit au respect de la vie privée consacré à l'article 7 de celle-ci » ; CJUE, GC, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, EU:C:2015:650 pt. 39.

distinction. Cet intérêt devait se révéler à l'aune d'une question portant sur une équivalence de protection avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, visée à l'article 52§3 de la Charte. Interrogée de façon quelque peu cavalière²⁴¹⁵, la Cour de justice de l'Union avait, dans l'arrêt *Tele2 Sverige*, assez logiquement rappelé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer dans l'abstrait en délivrant des « opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques » déconnectées de l'issue du litige²⁴¹⁶. Elle cédait toutefois, dans une sorte *d'obiter dictum*, à l'opportunité d'un énoncé inédit : « En outre, il convient de rappeler que les explications afférentes à l'article 52 de la Charte indiquent que l'article 52, paragraphe 3, de celle-ci vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH, “sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne” [...] En particulier, ainsi que le prévoit expressément l'article 52, paragraphe 3, seconde phrase, de la Charte, l'article 52, paragraphe 3, première phrase, de celle-ci ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue que la CEDH. À cela s'ajoute enfin le fait que l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l'article 7 de celle-ci et qui n'a pas d'équivalent dans la CEDH »²⁴¹⁷. Différentes lectures peuvent être faites de ces développements.

2. Réflexions sur la raison de cette autonomisation

524. Différentes lectures possibles. – Il est possible de voir dans ces développements une simple mise à distance de l'outil conventionnel, dans la lignée d'une consolidation de l'autonomie du droit de l'Union, nécessité réaffirmée par l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la Convention²⁴¹⁸. L'énoncé susvisé ne serait alors qu'accessoire et ne servirait qu'à rappeler la subordination de l'article 8 à l'article 7 dans le cadre du contrôle de proportionnalité²⁴¹⁹. En outre, la présence d'une

²⁴¹⁵ CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 126 : « la Court of Appeal (England & Wales) [...] demande en substance si, dans l'arrêt Digital Rights, la Cour a interprété les articles 7 et/ou 8 de la Charte dans un sens allant au-delà de celui conféré à l'article 8 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme ».

²⁴¹⁶ CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 130.

²⁴¹⁷ *Ibid.*, pt. 129 : « En outre, il convient de rappeler que les explications afférentes à l'article 52 de la Charte indiquent que l'article 52, paragraphe 3, de celle-ci vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH, “sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne” (arrêt du 15 février 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, point 47). En particulier, ainsi que le prévoit expressément l'article 52, paragraphe 3, seconde phrase, de la Charte, l'article 52, paragraphe 3, première phrase, de celle-ci ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue que la CEDH. À cela s'ajoute enfin le fait que l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l'article 7 de celle-ci et qui n'a pas d'équivalent dans la CEDH ». V. COSTES (L.), « La CJUE opposée à une obligation générale de conservation de données aux fournisseurs de services de communications électroniques », *RLDI*, Janvier 2017, n° 133, pp. 29-31 ; DEBET (A.), « Censure par la Cour de justice de l'Union européenne de l'obligation générale de conservation des données de trafic et de localisation imposée aux opérateurs de communications électroniques », *CCE*, Février 2017, n° 2, pp. 45-48.

²⁴¹⁸ CJUE, Plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, avis 2/13, EU:C:2014:2454, pts. 170, 174, 194, 200.

²⁴¹⁹ CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 96 ; v. également en ce sens CJUE, 27 septembre 2017, *Puškár*, aff. C-73/16, EU:C:2017:725, pt. 112 : « Il importe, à cet égard, de veiller au respect du principe de proportionnalité. En effet, la protection du droit fondamental au respect de la vie privée au

protection plus étendue opérée par la Cour de justice rendrait futile toute réflexion autour d'un danger pour la protection des données à caractère personnel. *A contrario*, on peut s'interroger sur la pertinence d'une mise en surbrillance de l'autonomie de l'article 8 de la CDFUE à ce moment de l'arrêt. On pourrait y voir alors un rappel du principe visé tant par le RGDP que la directive 95/46/CE avant lui : « la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel »²⁴²⁰. En effet, la Charte assure l'existence d'un standard de protection des droits fondamentaux permettant à la Cour de justice de rejeter les griefs tirés de violations des droits et libertés provenant non seulement du droit interne mais aussi des stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme et leur interprétation. En outre, l'appréciation d'une « protection plus étendue »²⁴²¹ étant l'apanage de la Cour de justice, il est à craindre qu'une telle invocation s'accompagne d'un effet couperet. La Cour pourrait donc utiliser l'article 52§3 de la CDFUE pour transformer la Charte en « écran »²⁴²² à la protection conventionnelle.

525. Interrogation de la fundamentalité : l'hypothèse de l'inversion des moyens et des fins. – Il convient de s'accorder sur l'existence d'une protection active et dynamique des droits sur les données à caractère personnel par la CJUE, se fondant notamment sur la CDFUE. Les arrêts *Digital Rights*²⁴²³, *Google Spain*²⁴²⁴ et *Schrems*²⁴²⁵, ont été riches en conséquences et peuvent être présentés comme ayant réhaussé le seuil de la protection des personnes physiques face à des traitements de données illicites ou disproportionnés. Toutefois, la possibilité de replacer ces décisions dans un contexte particulier peut permettre de relativiser la fundamentalité qui aurait présidé à une telle protection. L'arrêt *Schrems* a ainsi pu être décrit comme plaçant l'Union européenne dans une position de force pour renégocier la gouvernance de l'Internet²⁴²⁶. L'adoption

niveau de l'Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s'opèrent dans les limites du strict nécessaire ».

²⁴²⁰ Règlement (UE) 2016/679, art. 1^{er} ; directive 95/46/CE, art. 1^{er}.

²⁴²¹ Les arrêts dits « *Solange* » de la Cour constitutionnelle allemande sont là pour prouver que le principe de faveur n'est pas une préoccupation prioritaire de la Cour de justice. Sur la définition et l'application de ce principe de faveur, v. PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 255 et s.

²⁴²² PEYRONNET (C.), « Rétention des demandeurs d'asile et droit à la liberté et à la sûreté : Les errements stratégiques de la Cour de justice », *RDLF*, Mars 2016, ressource indexée.

²⁴²³ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.

²⁴²⁴ CJUE, GC, 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317.

²⁴²⁵ CJUE, GC, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, EU:C:2015:650.

²⁴²⁶ PEYROU (S.), « La protection des données à caractère personnel au sein de l'UE : des enjeux économiques et sécuritaires encadrés par le législateur sous le contrôle du juge », *RDP*, janvier 2016, n°1, p. 68 : « Cette invalidation prive dès lors de base juridique tous les transferts de données vers les Etats-Unis, et nécessite une renégociation rapide de l'accord *Safe Harbor*, ce pour quoi l'UE semble en position de force aujourd'hui, grâce à l'arrêt de la Cour ».

concomitante du *Privacy Shield*²⁴²⁷ – remplaçant le *Safe Harbor*²⁴²⁸ invalidé par la Cour de Justice dans l'arrêt *Schrems* – et du RGPD, qui conditionne les flux transfrontières de données au respect du droit de l'Union²⁴²⁹, peut être également vue comme une redirection de l'économie numérique vers le territoire de l'Union. Sous la menace d'une possibilité de blocage des flux transfrontières de données personnelles par les autorités indépendantes de contrôle des États membres de l'Union, les États-Unis avaient tout intérêt à donner des gages de garantie du respect du droit de l'Union, quitte à céder une part du marché numérique²⁴³⁰. On peut ici revenir à une question ancienne : la réalisation de la finalité permet-elle de négliger les moyens nécessaires pour y parvenir ? Un positionnement finaliste de la fundamentalité – que l'approche formelle ne rejette pas – conduit à répondre par l'affirmative. Si la protection de la personne physique à l'égard des traitements de données illicites et disproportionnés est assurée et que les moyens utilisés pour y parvenir ne sont pas contraires à d'autres droits et libertés garantis à la personne, aucun problème ne mériterait alors qu'on le souligne. Dans une autre approche, plus transversale, on considèrera que la méthode employée produit un message aussi important que la finalité poursuivie. Selon un tel point de vue, une démarche d'inversion des moyens et des fins peut, même si le résultat est identique, poser problème. En droit de l'Union, la présence de conditions de possibilité du respect des droits fondamentaux a pour effet de rendre cette protection contingente : en cas de redéfinition des droits et libertés économiques primant les autres, les contours du concept de personne pourraient en être redessinés, de sorte d'en faire une fonction et non plus une matrice. Pour le dire autrement, si la primauté et l'effectivité du droit de l'Union ainsi que la réalisation du marché intérieur ne requéraient plus un haut degré de protection des droits fondamentaux, leur dépréciation ne nécessiterait qu'une modification du droit matériel ou un virage jurisprudentiel de la Cour de justice. Selon les mots de la Cour elle-même, « la poursuite de l'objectif de la protection des droits

²⁴²⁷ Décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis, JOUE n° L 207 du 1^{er} août 2016, p. 1.

²⁴²⁸ Décision 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, JOCE n° L 215 du 25 août 2000, p. 7. On notera ici que le *Privacy Shield* ne semble pas avoir offert les garanties attendues, notamment en matière de conception commune de la protection à opérer entre l'Europe et les États-Unis (TINIÈRE (R.), « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2018, p. 200. En outre, il est reproché au *Privacy Shield* de ne pas opérer une rupture particulièrement nette avec son prédécesseur en matière de surveillance indifférenciée, de sorte qu'il fait l'objet d'une requête pendante devant le Tribunal (*La Quadrature du Net e.a./Commission*, requête enregistrée le 26 octobre 2016, T-738/16).

²⁴²⁹ Règlement (UE) 2016/679, art. 44 et s.

²⁴³⁰ Nous insistons ici sur le fait que nous tentons de souligner un faisceau de circonstances qui nous apparaissent comme concordantes, car il n'est en rien possible de dégager des éléments juridiques probant pour appuyer ces propos, autres que l'omniprésence du discours de la Commission européenne sur l'importance d'une économie européenne fondée sur l'exploitation des données numériques. Sur ce point, v. nos développements précédents, n° 436, note 2088.

fondamentaux dans le droit de l'Union, en ce qui concerne tant l'action de l'Union que la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres, est motivée par la nécessité d'éviter qu'une protection des droits fondamentaux susceptible de varier selon le droit national concerné porte atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union »²⁴³¹. Il est possible d'opposer à un tel raisonnement l'absence de référence expresse à la libre circulation et à la réalisation du marché intérieur dans ce volet jurisprudentiel relatif à la protection des données personnelles. Il nous semble que le droit dérivé mobilisé dispense la Cour de justice de référence au marché intérieur, puisque la poursuite de sa réalisation, reposant notamment sur la libre circulation des données personnelles, est directement intégrée au droit matériel par de nombreux renvois, tant en préambule qu'au sein des garanties elles-mêmes : « le présent règlement établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données »²⁴³².

Que cela ait été réfléchi ou non, l'autonomisation de l'article 8 de la CDFUE, couplée à l'adoption d'un règlement sur la protection des données personnelles, assure au droit de l'Union la maîtrise complète du cadre général sur la protection des données, en repoussant les éléments exogènes (droit interne et droit de la Convention). Cette tendance centrifuge à l'absorption des droits fondamentaux pour promouvoir un standard européen n'est pas nouvelle, puisque l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* proclamait « tout à la fois que les droits fondamentaux sont garantis en droit communautaire en tant que principes généraux et que le droit communautaire ne saurait se voir opposer une norme nationale fut-elle constitutionnelle et protectrice des droits fondamentaux des individus »²⁴³³. À la lumière de la valorisation économique des données personnelles au sein de l'Union européenne, la possibilité que la personne ne soit pas au centre de ce régime de protection dit « fondamental » est forte. Une déficience structurelle de ce droit vient étayer cette thèse.

§ 2 – La déficience structurelle d'un droit fondamental à la protection des données personnelles

526. Examen structurel du droit fondamental. – Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, les régimes juridiques visant les données personnelles sont le résultat de confusions en cascade. La cohabitation plus ou moins assumée de différentes finalités rend complexe

²⁴³¹ CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández e.a.*, aff. C-198/13, EU:C:2014:2055, pt. 47.

²⁴³² Règlement (UE) 2016/679, art. 1^{er}. Sur la présence explicite de finalités économiques intégrée au droit de l'Union, v. nos développements précédents, n^{os} 358 et s.

²⁴³³ TINIÈRE (R.), « La Cour de justice de l'Union européenne protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'Union européenne ? », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.) (dirs.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux : du juge des droits au juge du Droit ?*, Paris, Pedone, « Publications de l'Institut international des droits de l'Homme », 2015, p. 81.

l'appréhension d'un objet qui ne peut en aucun cas être unitaire. En outre, les tentatives de rattachement à des régimes préexistants butent à la fois sur les carences conceptuelles desdits régimes – droits de la personnalité, vie privée – et sur le mouvement explicite d'autonomisation d'un « droit à la protection des données personnelles ». Dans ce contexte, garantir un droit fondamental revient à inverser la logique, et à recouvrir de fondamentalité un édifice aux fondations plurielles et dénivelées. On peut ainsi tenter de démaquiller ce droit fondamental à la protection des données, afin d'y retrouver un simple faisceau de droits subjectifs se rattachant à différents titulaires²⁴³⁴ (A.) et ne traduisant aucun « caractère essentiel à l'existence du sujet comme personne »²⁴³⁵ (B.).

A. Les droits sur les données personnelles, des droits subjectifs parmi d'autres

527. Droit subjectif et fondamentalité. – Si tout droit fondamental a nécessairement vocation à produire des effets – le droit fondamental est avant tout un droit –, les droits subjectifs ne découlent pas nécessairement, en revanche, d'un droit fondamental. Il faut ici en revenir à une définition des droits fondamentaux qui place le sujet de droit au centre de l'ordre juridique, et admettre que de nombreux droits considérés comme « fondamentaux » sont en fait des possibilités d'action ou des garanties permettant d'assurer la protection d'autres droits fondamentaux. La nécessité du droit subjectif, « puissance de volonté humaine reconnue et protégée par l'ordre juridique »²⁴³⁶, n'est pas ici questionnée. Cela étant dit, revêtir de fondamentalité tout droit subjectif en raison du rattachement à son titulaire – la personne – serait excessif²⁴³⁷. Ainsi, des prérogatives juridiques, mêmes envisagées par le législateur comme relatives à la protection de la personne physique, peuvent être de simples garanties légales, c'est-à-dire des normes permettant une « correspondance entre l'énoncé abstrait de la norme et le développement des potentialités que cette dernière recèle »²⁴³⁸.

²⁴³⁴ EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* Paris, Michalon, 2013, p. 155 : « À la lecture de la loi du 6 janvier 1978, il apparaît que la protection des données personnelles fait intervenir deux personnages principaux : l'individu fiché et l'individu ficheur ».

²⁴³⁵ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques, op. cit.*, p. 107.

²⁴³⁶ JELLINEK (J.), *System der subjektiven, öffentlichen Rechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Mohr, 1905, p. 44, trad. JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, pp. 45-46.

²⁴³⁷ Il est ici possible de noter qu'à l'inverse, les droits fondamentaux n'appellent pas nécessairement de régime transitionnel de garantie pour produire des effets et permettre d'ester en justice. Ainsi a pu être notamment développée – en fusionnant les aspects subjectif et objectif du droit fondamental – la notion de droit public subjectif, inspirée de la doctrine allemande. V. FOULQUIER (N.), *Les droits subjectifs des administrés – Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003, 805 p.). Pour aller plus loin, v. JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, p. 46.

²⁴³⁸ VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, « Thèses Panthéon-Assas », 2007, p. 249.

528. Droits subjectifs pluriels et garanties de la fundamentalité. – Le régime de protection des données à caractère personnel n'est, *in fine*, rien de plus qu'un ensemble de garanties permettant d'assurer la protection effective du droit au respect de la vie privée dans certaines situations strictement prévues. Les garanties peuvent n'être qu'une simple transcription d'une protection objective, permettant la sanction concrète du droit devant un tribunal, prévoyant des garanties procédurales qui assurent l'effectivité du droit²⁴³⁹. Cela ressort d'une pluralité de prérogatives accordées à la personne, comme autant de « droits minuscules » permettant le maintien du « Droit majuscule »²⁴⁴⁰ dans lequel s'inscrivent les droits fondamentaux. Les droits subjectifs agiraient alors comme des capteurs « prêts à se déclencher à la moindre transgression »²⁴⁴¹. C'est ce qui ressort du régime de protection des données à caractère personnel, qui nous semble être bien plus un régime « intermédiaire »²⁴⁴² que fondamental. La personne dispose en théorie d'un faisceau de droits subjectifs, qualifié de « maîtrise » ou de « libre disposition »²⁴⁴³. Elle a, en premier lieu, la possibilité

²⁴³⁹ Une telle distinction aura pu justifier l'apparition d'une distinction entre « droits fondamentaux » et « normes de droits fondamentaux » (v. ALEXY (R.), *A theory of constitutional rights*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2002, pp. 19-20) mais également celle, plus connue, entre garanties procédurales et garanties substantielles (v. VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) » et « Droits fondamentaux (Notion) », in CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz-Sirey, 2010, *V° Droits fondamentaux*, pp. 275-319). Certains auteurs voient toutefois, dans cette confusion entre droit fondamental et garanties de ce droit, un affaiblissement des droits fondamentaux eux-mêmes. V. notamment DREYER (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, n°11, pp. 751-752 : « Il existe un mouvement, pernicieux, consistant à galvauder les droits fondamentaux. Il consiste à qualifier de la même façon le droit et ses démembrements. Il en résulte une augmentation du nombre des droits concernés qui ne méritent pas toujours leur qualification. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en fournit la meilleure illustration. A titre d'exemple, au lieu de rattacher la protection des données à caractère personnel au respect de la vie privée, l'article 8 de cette Charte lui consacre des développements spécifiques. Les droits d'accès aux fichiers et de rectification sont, bien entendu, essentiels, mais constituent-ils, pour autant, des droits fondamentaux ? ».

²⁴⁴⁰ FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2016, p. 5 ; *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Paris, Dalloz, 2007, 1195 p.

²⁴⁴¹ CARBONNIER (J.), « Théorie sociologique du droit subjectif », *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^e éd., p. 197 : « La subjectivisation est, pour le droit, un moyen de s'accomplir plus parfaitement en disposant, autour de la norme, d'innombrables avertisseurs, très sensibles, prêts à se déclencher à la moindre transgression. C'est une vérité d'expérience que l'homme s'affranchit d'un cœur plus léger des lois et règlements, s'il peut se persuader que, ce faisant, il ne lèse personne. Et ne léser personne, c'est ne léser personne vivante, souffrante, clamante - personne physique ».

²⁴⁴² POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHFLEF (K.), TRUDEL (P.) (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis-CRDP, 2009, pp. 168-169 : « la récente promulgation de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par conséquent la reconnaissance du caractère quasi-constitutionnel du droit à la protection des données comme un droit constitutionnel distinct du droit à la protection de la vie privée pourrait, nonobstant l'intention noble de ces auteurs, rendre l'évaluation normative plus difficile sur certains points au lieu de la clarifier. En effet, la disposition peut être interprétée comme attribuant à la protection des données une valeur en soi, intrinsèque, qui éclipserait de la sorte ce qui nous semble être un aspect important : la valeur plutôt "intermédiaire" ou "instrumentale" de la protection de données, sa nature, non pas de "fin en soi", mais seulement d' "outil" de sauvegarde et de promotion de valeurs plus fondamentales, à savoir la valeur du développement personnel autonome et de la participation politique ».

²⁴⁴³ Loi n° 78-17, art. 1^{er}, al. 2 : « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ».

de ne pas donner son consentement – qui mérite de plus amples réflexions²⁴⁴⁴ – lors de la proposition d'un contrat d'adhésion prévoyant notamment un traitement de données à caractère personnel²⁴⁴⁵. On notera, une fois encore, qu'elle ne peut empêcher les traitements correspondant à d'autres modes de légitimation²⁴⁴⁶. La personne dispose ensuite de prérogatives dont les intitulés sont particulièrement révélateurs de leur nature *a posteriori* : « accès »²⁴⁴⁷, « rectification »²⁴⁴⁸, « effacement »²⁴⁴⁹, « opposition »²⁴⁵⁰. On perçoit très nettement que la protection des données à caractère personnel ne ressort pas d'un énoncé général prévoyant la protection abstraite d'une personne dans toutes les situations, et qui serait opposable à tous. Le régime est constitué, comme cela est souvent le cas en matière de garanties, d'une accumulation de normes prévoyant des possibilités concrètes d'action *a priori* – contractualisation – et *a posteriori* – oppositions. Il semble donc plus rigoureux de parler de droits sur les données personnelles (au pluriel)²⁴⁵¹, afin d'englober les différentes prérogatives qui y sont contenues. La précision de ce faisceau de droits n'est pas inutile, puisqu'elle correspond à des situations bien particulières, ce qui souligne une fois de plus la pertinence d'un ensemble de prérogatives particulières, et tend à disqualifier un droit fondamental à la protection des données. En effet, la limitation à une situation bien particulière et clairement définie – l'existence d'un traitement de données à caractère personnel – ne lui confère pas un caractère d'opposabilité générale. Ces droits ne sont valables que dans un contexte particulier, contrairement aux autres droits proprement fondamentaux, prêts à accueillir toutes les situations dans lesquelles le droit serait menacé. Le Conseil constitutionnel ne s'y est pas trompé, et a clairement qualifié la nature des droits garantis par la LIL. À l'occasion de l'examen de la loi de transposition de la directive 95/46/CE, qui procédait à une refonte quasi-totale de la loi du 6 janvier 1978, il a rappelé que le législateur était compétent pour modifier ou abroger des textes sous réserve qu'il ne prive pas la personne de « garanties légales d'exigences constitutionnelles »²⁴⁵². Après avoir

²⁴⁴⁴ Sur la pertinence relative du consentement comme mode de légitimation, v. nos développements précédents, nos 493 et s., et suivants, n° 542.

²⁴⁴⁵ CDFUE, art. 8§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 » ; règlement (UE) 2016/679, art. 6 et 7 ; loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 7.

²⁴⁴⁶ Sur ce point, v. nos développements précédents, nos 372 et s.

²⁴⁴⁷ Règlement (UE) 2016/679, art. 15 ; loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 40 I.

²⁴⁴⁸ Règlement (UE) 2016/679, art. 16 ; loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 40 I.

²⁴⁴⁹ Règlement (UE) 2016/679, art. 17 ; loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 40 I.

²⁴⁵⁰ Règlement (UE) 2016/679, art. 21 ; loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 38.

²⁴⁵¹ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 545-671.

²⁴⁵² CC, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 3 : « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ».

rappelé qu'il se fondait sur l'article 2 de la DDHC, impliquant « le respect de la vie privée »²⁴⁵³, le juge constitutionnel a ajouté qu'il appartenait au législateur « de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »²⁴⁵⁴. Le 12 juin 2018, à l'occasion de la nouvelle transformation d'ensemble de la loi du 6 janvier 1978, le Conseil a censuré certaines dispositions, entachées d'incompétence négative, en affirmant que ces dispositions auraient pu affecter « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »²⁴⁵⁵.

Bien que particulièrement nécessaire dans un ordre juridique soucieux de préserver l'autonomie des personnes, le régime de protection des données personnelles reste un faisceau étroit de prérogatives. En outre, l'état du droit positif indique que ce régime est déconnecté de la protection de la personne humaine, pourtant sujet des droits fondamentaux : « les dispositions relatives à la protection des données personnelles n'ont pas de sens *per se*. [...] elles ne protègent pas une valeur existante en soi mais ne constituent que des modalités de garantie d'autres droits et libertés déjà existant »²⁴⁵⁶.

B. Le droit des données personnelles, régime ambivalent à l'égard de la personne

529. Le poids de l'ambivalence. – Il est difficile de ne voir dans le droit à la protection des données à caractère personnel qu'une norme de protection. Visant différents titulaires, sa nature de régime d'habilitation autant que de protection (1.) semble déconnectée des caractéristiques structurelles d'un droit fondamental, dont le principe de finalité d'un tel droit : la protection de la personne humaine (2.).

1. Une protection découlant de l'habilitation

530. Un régime hybride : deux acteurs. – Pris isolément, le discours sur un droit à la protection des données personnelles n'a aucun sens. Le droit des données personnelles permet la cohabitation de deux intérêts distincts. Le premier intérêt est satisfait par l'habilitation – conditionnée – à procéder à un traitement des données personnelles. Cette liberté vaut pour les personnes publiques et privées œuvrant à la réalisation de finalités diverses considérées comme légitimes et légalement prévues²⁴⁵⁷. Le second intérêt est celui de la personne physique, qui dispose de différentes

²⁴⁵³ *Ibid.*, cons. 2.

²⁴⁵⁴ *Ibid.*, cons. 4

²⁴⁵⁵ CC, décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, cons. 44.

²⁴⁵⁶ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Thèse dactylographiée, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 518.

²⁴⁵⁷ CDFUE, art. 8§2 ; règlement (UE) 2016/679, art. 6 ; loi n°78-17 du 6 janvier 1978, art. 6.

prérogatives lui permettant de jouer un rôle dans ce traitement, à l'aide des droits subjectifs²⁴⁵⁸. Quelle que soit la norme, l'habilitation est tacite. La liberté de la collecte n'est jamais mentionnée en tant que telle, mais elle est bornée, de sorte qu'elle apparaît *a contrario*. Afin d'illustrer ce propos, une énumération hiérarchique des normes peut être menée. En premier lieu, la CDFUE dispose que « ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi »²⁴⁵⁹. En droit dérivé de l'Union, le RGPD prévoit que « le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie [...] »²⁴⁶⁰. Enfin la LIL s'inscrit dans la même tendance, et énonce qu'« un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes [...] »²⁴⁶¹. Dans chacun de ces cas, l'énoncé aurait pu être : « les personnes physiques et morales sont libres de collecter les données dans les conditions suivantes ». Étant entendu que le traitement de données à caractère peut correspondre à certaines finalités légitimes n'étant pas nécessairement constitutives d'une atteinte à l'identité des personnes, l'existence d'un régime d'habilitation est nécessaire. Le choix de le faire cohabiter au sein d'un même texte avec la protection des personnes physiques visées par ces traitements de données à caractère personnel prête en revanche à de plus amples discussions. En tout état de cause, la personne physique visée par le traitement de données à caractère personnel n'est pas le seul sujet de droit visé par les régimes actuels portant sur les données à caractère personnel. Si cela ressort clairement des intitulés des normes de droit dérivé de l'Union européenne, qui intègrent la « libre circulation », la loi « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés » n'est pas aussi explicite. Il est néanmoins possible d'y voir une « liberté de l'informatique » et la « possibilité de constituer des fichiers », toutes deux mises en balance avec les « libertés ». Le droit fondamental à « la protection des données à caractère personnel » n'intègre en principe aucune ambivalence et ne vise que la personne souhaitant faire valoir cette protection²⁴⁶². La Cour de justice de l'Union européenne a éclairci ce point dès la première invocation l'article 8, à l'occasion de l'arrêt *Volker*. Après avoir rappelé que le droit à la protection des données à caractère personnel n'apparaissait « pas comme une prérogative absolue »²⁴⁶³, elle a également souligné que l'article 8§2 de la Charte

²⁴⁵⁸ V. *supra*.

²⁴⁵⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 8§2.

²⁴⁶⁰ Règlement (UE) 2016/679, art. 6.

²⁴⁶¹ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978, art. 6.

²⁴⁶² CDFUE, art. 1^{er} : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ».

²⁴⁶³ CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 48.

« autorise ainsi le traitement des données à caractère personnel si certaines conditions sont réunies »²⁴⁶⁴.

La présence d'un régime d'habilitation affaiblit ainsi le lien entre le droit – supposément fondamental – et le sujet, qui ne fait guère doute en matière de droits fondamentaux : la personne humaine.

2. Absence de sujet déterminé, relativité de la protection

531. Finalité des droits fondamentaux : la personne. – Que l'on adopte une approche formelle ou matérielle, le droit fondamental ne peut être détaché de la personne humaine, qui en constitue le sujet²⁴⁶⁵. La question de la finalité du droit fondamental est, en principe, une préoccupation majeure parmi les juristes adoptant une approche matérielle – ou substantielle – de la fondamentalité²⁴⁶⁶. Pour autant, la personne humaine est nécessairement le sujet des droits fondamentaux, quel que soit l'angle par lequel on attaque la question. Considérer que les droits seraient fondamentaux simplement en raison de leur statut hiérarchiquement supérieur s'apparente à une tautologie si l'on exclut le rattachement à la personne humaine. Si la fondamentalité est une question de pure hiérarchie, le concept de fondamentalité n'a alors guère plus d'intérêt. En revanche, si le sujet de rattachement est la personne humaine – sans présager de la façon d'assurer les conditions de son autonomie –, la fondamentalité se charge de sens et permet au juge de l'apprécier. Il ne s'agit donc pas encore de se demander *comment* protéger mais *qui* protéger. Ainsi, les droits fondamentaux ne peuvent nier le lien fort qu'ils entretiennent avec les droits de l'Homme, dont le sujet apparaît explicitement : « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »²⁴⁶⁷ ; « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme »²⁴⁶⁸.

532. La finalité du droit des données personnelles. – Cette hypothèse peut ainsi être confrontée aux finalités identifiées par les principaux régimes juridiques de réglementation de traitements de données à caractère personnel. En raison de son ancienneté et de son caractère supposément

²⁴⁶⁴ *Ibid.*, pt. 49.

²⁴⁶⁵ PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 19-20 : « ensemble des droits et principes de valeur supra-législative protégeant un intérêt considéré comme primordial de la personne ».

²⁴⁶⁶ V. notamment PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n°7, p. 8 ; ARNOLD (R.), « La protection des droits fondamentaux de la loi fondamentale : jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *RIDC*, 3/2003, pp. 679-680 ; TERRE (F.), SIMLER (P.), *Droit civil. Les biens*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n°28 ; PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Série Droit n°38 », 2004, p. 23 ; DREYER (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, pp. 748-753 ; BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1972, 4^e éd., p. 30 ; JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1939, 2^e éd., p. 3.

²⁴⁶⁷ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, art. 1^{er}.

²⁴⁶⁸ *Ibid.*, art. 2.

finaliste²⁴⁶⁹, l'article 1^{er} de la LIL doit être évoqué en premier lieu. Rédigé à l'époque des balbutiements de l'informatique, et inchangé jusqu'au 7 octobre 2016, il semblait indiquer la direction à prendre dès la première phrase : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen ». Le législateur avait ensuite jugé bon d'inscrire la nécessité du développement informatique dans cette cartographie du régime : « Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale ». Enfin, l'aspect objectif de la protection éclatait dans la troisième phrase, comme autant de bornes à cette liberté de l'informatique : « Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». La référence à l'identité humaine permettait de tracer un lien direct entre ces garanties légales d'exigences constitutionnelles – ou en tout cas appelées à le devenir – et la personne humaine, valeur cardinale des droits fondamentaux. La doctrine s'accorde très majoritairement sur le fait que cet article prévoit un objectif, une fin déterminée par le législateur : la protection de la liberté de la personne humaine, « fondement de la démocratie »²⁴⁷⁰ et « valeur sociale méritant une protection indépendante de la volonté des individus »²⁴⁷¹. Il ne semble pas qu'une telle dimension ait été prise en compte à l'occasion du contentieux, tant par la CNIL que par les juges ordinaires et constitutionnels. La protection objective de l'identité de la personne, même particulièrement menacée par sa projection résultant de la numérisation des données à caractère personnel²⁴⁷², peine à intégrer le droit positif²⁴⁷³. Le législateur semble même avoir pris un chemin contraire avec l'adoption de la loi du 7 octobre 2016 intitulée « pour une République numérique »²⁴⁷⁴. L'article 1^{er} de la LIL est désormais augmenté d'un second alinéa qui dispose que « toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ». Si cet énoncé a selon nous le mérite de tenir à distance la thèse de la propriété des données²⁴⁷⁵, il ne remplit en réalité guère d'autre fonction que de rappeler que des droits sont garantis par la loi concernée et que la personne peut les exercer. Il est possible d'ajouter à présent qu'une telle formulation s'inscrit dans une démarche contraire à l'alinéa premier. En effet, alors que l'informatique devait être subordonnée au citoyen, notamment afin de s'assurer de la protection de l'identité humaine, cet ajout vient prendre le contrepied de la

²⁴⁶⁹ ROUHETTE (G.), « L'article premier des lois », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, pp. 46-47.

²⁴⁷⁰ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 576.

²⁴⁷¹ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, p. 564.

²⁴⁷² Sur ce point, v. l'ensemble de nos développements de la première partie.

²⁴⁷³ V. nos développements précédents, n^{os} 198 et s. (Ensemble du chapitre 3)

²⁴⁷⁴ Loi n^o 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n^o 0235 du 8 octobre 2016.

²⁴⁷⁵ V. nos développements précédents, n^o 429.

nature objective de la protection – l’humanité par extension de la personne humaine –, et renvoie à une subjectivité surévaluée : la libre disposition et le contrôle par la personne. Cette tendance s’inscrit parfaitement dans les finalités promues en droit dérivé de l’Union : la protection de la personne physique comme vecteur de confiance permettant la libre circulation des données personnelles, de sorte que la personne elle-même ne constitue pas une entrave à cette circulation permettant la réalisation du marché intérieur²⁴⁷⁶. On notera toutefois, afin d’instruire à décharge autant que faire se peut, la présence au sein du préambule du RGPD de la formule suivante : « le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l’humanité »²⁴⁷⁷. Enfin, l’article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne aurait dû, assez logiquement, avoir pour finalité la protection de la personne humaine. Une telle interprétation reviendrait à ignorer la spécificité de l’outil, les droits garantis étant estampillés « de l’Union européenne ». Le préambule apporte quelques précisions, assez générales, sur les orientations de la Charte. La personne est ainsi placée par l’Union « au cœur de son action », qui se manifeste par l’institution de la citoyenneté de l’Union et par la création de l’espace de liberté, de sécurité et de justice. Ces deux tendances – droits spécifiques pour les citoyens de l’Union et sécurisation du territoire de l’Union – ne tissent guère de lien entre la protection offerte et le concept de personne humaine, pas plus que l’affirmation nébuleuse de la nécessité de « renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l’évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques ». L’article 8 de la Charte en lui-même, comme nous l’avons déjà vu, ne promet pas de valeur abstraite, sa rédaction singulière ne constituant qu’une version amoindrie des garanties prévues en droit dérivé. Son second paragraphe forme ainsi un condensé du problème, puisqu’il réunit tout à la fois l’habilitation et la protection qui en découlent : « 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 »²⁴⁷⁸. Il semble donc que les normes relatives aux données personnelles continuent de protéger les données

²⁴⁷⁶ Sur ce point, v. nos développements précédents, n^{os} 353 et s. Pour un rappel parmi d’autres, v. directive 95/46/CE, cons. 3 : « considérant que l’établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel, conformément à l’article 7 A du traité, la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d’un État membre à l’autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés » ; règlement (UE) 2016/679, cons. 7 : « il importe de susciter la confiance qui permettra à l’économie numérique de se développer dans l’ensemble du marché intérieur ».

²⁴⁷⁷ Règlement (UE) 2016/679, cons. 4.

²⁴⁷⁸ *Ibid.*, art. 8§2.

personnelles (utiles au responsable de traitement et supports de droits subjectifs) plutôt que la personne elle-même²⁴⁷⁹.

La consécration d'un droit fondamental à la protection brouille un peu plus la visibilité sur les finalités poursuivies par le droit des données personnelles²⁴⁸⁰, qui n'en avait guère besoin. Cette faiblesse structurelle, s'accompagne, assez logiquement, d'une carence substantielle.

²⁴⁷⁹ V. *contra* DEBAETS (E.), *Le droit à la protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, Université Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 696 : « L'exploration de ces réglementations, nationales et supranationales, a permis de mettre en évidence que celles-ci ne cherchaient pas à protéger les données personnelles en soi comme pourrait le laisser penser la locution trompeuse de protection des données personnelles. Cette protection est intimement attachée à l'individu, c'est lui que ces réglementations tendent à protéger à travers les données personnelles ».

²⁴⁸⁰ POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHLEF (K.), TRUDEL (P.) (dirs.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis-CRDP, 2009, p. 213 : « en plaçant le droit à la protection des données personnelles au même niveau que le droit au respect de la vie privée, ne risque-t-on pas d'atténuer l'intelligibilité des fondements des régimes de protection des données – la dignité et l'autonomie individuelle – et de rendre de ce fait plus difficile la tâche du législateur lorsqu'il aura à évaluer et, éventuellement, à revoir les instruments de protection des données au vu des évolutions sociopolitiques et technologiques de la Société de l'information ? ».

Section 2 – Une carence matérielle

533. Une conciliation virant à la renonciation. – Le droit des données personnelles peut être envisagé, en raison de la présence de différents intérêts au sein de ses énoncés, comme une norme de conciliation (§ 1). En outre, l'étendue de la liberté de la collecte, se fondant notamment sur le consentement de la personne, peut inciter à voir au-delà de la conciliation : le droit des données personnelles se muerait alors en régime de renonciation à un droit fondamental (§ 2).

§ 1 – Une norme de conciliation

534. Un conflit envisagé. – L'observation des principales normes portant sur les données personnelles laisse entrevoir l'intégration d'un potentiel conflit de droits (A.). Toutefois, une lecture complète des textes amène à une conclusion pragmatique : ce potentiel conflit de droits n'est pas le fruit d'errements des législateurs français et européen, il est prévu par la norme elle-même (B.).

A. Un potentiel conflit de droits intégré à la norme

535. Une protection, mais pas seulement. – Nous avons plusieurs fois abordé, au cours de cette étude, l'intégration de finalités diverses et potentiellement concurrentes au sein des principales normes portant sur les données à caractère personnel. La contradiction avec les intitulés visant une « protection » n'est que relative, puisque la loi du 6 janvier 1978 ne concerne pas uniquement les « libertés ». Elle vise également « l'informatique » et les « fichiers »²⁴⁸¹. Les normes de droit dérivé de l'Union européenne ne font aucun mystère de la réunion de finalités différentes. Elles opposent en général une activité et un droit, une nécessité au bon fonctionnement du marché intérieur et une protection : « vie privée et communications électroniques »²⁴⁸², « protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données »²⁴⁸³. Finalement, il ne pourrait y avoir qu'une simple conclusion à tirer de ces enseignements : le droit des données personnelles n'est pas une simple garantie de protection de la personne physique, mais une norme de conciliation prévoyant la rencontre d'intérêts concurrents. Il ne s'agirait ni plus ni moins que d'une norme objective rendant compte du compromis juridique à opérer entre une habilitation (liberté du traitement) et ses bornes (protection des personnes physiques). Ainsi faudrait-il lire l'article premier de la LIL comme prévoyant que la liberté

²⁴⁸¹ V. *supra*, n° 529.

²⁴⁸² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

²⁴⁸³ Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

d'utilisation de l'informatique trouve ses limites dans l'identité humaine, les droits de l'Homme, la vie privée, les libertés individuelles et publiques. Le préambule du RGPD s'éclairerait également, lui qui prévoit de nombreux intérêts : « réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et d'une union économique, au progrès économique et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du marché intérieur, ainsi qu'au bien-être des personnes physiques »²⁴⁸⁴. Ainsi, la persistance du vocable de « protection des données à caractère personnel » dès lors qu'il s'agit d'aborder le droit des données personnelles complique la lecture de ce régime. Alors que la LIL, le RGPD et la directive (UE) 2016/680 sont de véritables vadémécums à l'attention des professionnels du numérique et des autorités publiques en matière de collecte²⁴⁸⁵, une partie du discours doctrinal²⁴⁸⁶ mais aussi institutionnel²⁴⁸⁷ reste centré sur la protection des droits. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne semblait avoir oublié, dans l'arrêt *Digital Rights*, les différentes finalités poursuivies par la directive 95/46/CE : « la directive [...] a, conformément à son article 1^{er}, paragraphe 1, pour objet d'assurer la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel »²⁴⁸⁸. Toutes ces confusions justifient le peu de systématisation qui entoure le droit des données personnelles. La LIL, le RGPD, et les nombreuses autres normes relatives aux données à caractère personnel forment en réalité un « droit des données personnelles » qui vise l'encadrement d'une activité : le traitement de données à caractère personnel²⁴⁸⁹. Ce fait, parfois souligné en doctrine comme une évidence²⁴⁹⁰, n'aura pas touché tous les lecteurs.

536. Quelle liberté concurrente ? – On peut alors légitimement se demander quels seraient les intérêts concurrents à la protection des données personnelles. Il semble qu'on puisse en relever

²⁴⁸⁴ Règlement (UE) 2016/679, cons. 4.

²⁴⁸⁵ On notera en ce sens que la littérature à l'attention des professionnels est sensiblement plus abondante que celle visant la « protection » des données. V. récemment : V. parmi d'autres BENSOUSSAN (A.), *La déclaration obligatoire des fichiers et des banques de données nominatives*, Paris, Hermès, « Guide juridique », 1993, 80 p. ; MATTATIA (F.), *Traitement des données personnelles : le guide juridique*, Paris, Eyrolles, 2013, 188 p. ; RICARD (L.-N.), « Règlement européen sur la protection des données : ce qui change pour les professionnels ; Note sous CNIL, communiqué du 15 juin 2016 », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet 2016, n°4, pp. 6-7 ; CNIL, « Règlement européen sur la protection des données : ce qui change pour les professionnels », 10 juillet 2018, ressource indexée ; V. également le site de la CNIL avec les pages « Comprendre vos obligations » et « Professionnels : comment répondre à une demande de droit d'accès ? ».

²⁴⁸⁶ V. notamment DESGENS-PASANAU (G.), *La protection des données à caractère personnel*, Paris, LexisNexis, « Carré droit », 2012, 170 p. ; DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, 1288 p.

²⁴⁸⁷ V. par exemple Commission européenne, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel », 4 novembre 2010, COM(2010) 609 Final.

²⁴⁸⁸ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pt. 4.

²⁴⁸⁹ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, 754 p. ; MATTATIA (F.), *Le droit des données personnelles*, Paris, Eyrolles, 2016, 223 p.

²⁴⁹⁰ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, p. 581 : « une simple lecture de la LIL permet de comprendre que les droits sur les données personnelles ont été envisagés comme une limite à la liberté de collecter des informations ».

plusieurs. La liberté de la collecte par les autorités publiques semble être logiquement prévue à des fins de prévention et poursuite des infractions pénales, et plus globalement au maintien de la sécurité et de l'ordre public, et de l'intérêt général. S'il est délicat de considérer que l'ordre public et l'intérêt général peuvent être associés à des droits, on peut *a minima* convenir qu'il s'agit de normes objectives – de protection ou de limitation selon les auteurs²⁴⁹¹. Un exemple peut être envisagé à travers l'affirmation par le législateur de ce que « la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives »²⁴⁹², ce qui n'est pas sans interroger l'« antinomie entre l'ordre public et les droits fondamentaux »²⁴⁹³. En outre, le Conseil constitutionnel a souligné que sans l'ordre public, « l'exercice des libertés ne saurait être assuré »²⁴⁹⁴. En tout état de cause, qu'on choisisse d'assimiler l'intérêt général et l'ordre public à une protection ou une limitation, ils peuvent être qualifiés de norme objective – surplombant la volonté et les comportements individuels –, tout comme les droits fondamentaux. En ce qui concerne les acteurs privés, la liberté d'entreprendre, qui se définit notamment comme « la liberté de choisir l'objet de l'utilisation de ses moyens de production, et la liberté d'en choisir la structure », mais aussi comme « le libre usage du travail et le libre usage du capital »²⁴⁹⁵, semble être le principal défluent de la liberté de l'utilisation de l'informatique²⁴⁹⁶. En effet, le traitement de données à caractère personnel permet de rendre l'entreprise performante et compétitive²⁴⁹⁷, au point qu'il est aujourd'hui considéré comme tout à fait indispensable au sein de tout secteur d'activité²⁴⁹⁸. Dans un tel cas, le statut accordé à la liberté d'entreprendre – droit fondamental ou non – est déterminant dans l'arbitrage d'un conflit de droits. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne vise

²⁴⁹¹ Sur ce point, v. notamment NIVERT (N.), *Intérêt général et droits fondamentaux*, thèse dactylographiée, Université de la Réunion, 2012, pp. 369 et s.

²⁴⁹² Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, art. 1^{er}. Cet article a été abrogé par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.

²⁴⁹³ ARMAND (G.), « L'ordre public de protection individuelle », *RRJ*, 2004, n°3, pp. 1602.

²⁴⁹⁴ CC, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 3.

²⁴⁹⁵ DELVOLVE (V.), *La liberté d'entreprendre*, Thèse dactylographiée, Paris-II-Panthéon-Assas, 2002, p. 212.

²⁴⁹⁶ TRICOT (B.), « Droit et maîtrise de l'information », in GALLOUEDEC-GENUYS (F.) (dir.), *Informatique et développement régional, Informatisation et société n° 3. Étude dans le cadre des trois régions Centre, Pays de la Loire, Poitou-Charentes*, Actes du colloque des 20 et 21 octobre 1977, Centre culturel de l'Ouest à Fontevraud, Paris, La Documentation Française, 1978, p. 59 : « Une bonne vision de l'informatique doit tenir compte, d'une part, de ce qu'elle est une technique parmi d'autres [...] ; et d'autre part, que l'informatique est, elle aussi, matière à liberté. Pouvoir utiliser l'informatique est une liberté ».

²⁴⁹⁷ BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 1998, p. 12 : « Les traitements de données personnelles sont indispensables à la gestion des principales fonctions de l'entreprise : ressources humaines, gestion des rémunérations, suivi de la clientèle [...] marketing et prospection commerciale, relations publiques, recherche- développement, sécurité » ; *Ibid.*, p. 13 : « le droit de commercialiser des données personnelles se rattache à la liberté d'entreprendre ».

²⁴⁹⁸ Le furieux essor des entreprises dites *startups* en est la principale manifestation. Pour un exemple récent, v. SCHIRMER (J.), LEHMANN-ORTEGA (L.), BOURDON (I.), *(Ré)inventez votre business model par le Big Data*, Malakoff, Dunod, 2018, 183 p. ; BABEAU (O.), « Les données ne sont pas le pétrole du XXI^e siècle », *LesÉchos.fr*, 27 décembre 2017 : « il nous appartient de nous saisir de l'opportunité formidable que constitue l'économie des données numériques, ressources infinies et dématérialisées ! Manquer cela, faute de capacité d'innovation ou en nous barricadant derrière de vaines lignes Maginot, serait suicidaire pour notre pays comme pour nos intérêts ».

expressément ce droit : « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales »²⁴⁹⁹. Il y aurait alors « collision »²⁵⁰⁰ de droits fondamentaux, nécessitant une intervention du juge pour prendre la mesure des intérêts concurrents et choisir de prioriser l'un ou l'autre. Cette question nous semble particulièrement intéressante dans la mesure où la liberté d'entreprendre connaît une importante ascension au sein des droits protégés²⁵⁰¹. Tant les normes relatives aux données personnelles que leurs interprétations n'apportent – pour l'heure – aucune réponse à cette question, aucun cas de conflit direct n'ayant eu à être arbitré. Cela ne relève en rien d'une crainte d'opposer frontalement la liberté d'entreprise et la protection des données à caractère personnel. La réponse se trouve tout simplement dans le régime général : la liberté d'entreprendre étant strictement bornée en ce qui concerne les traitements de données à caractère personnel, de même que les prérogatives accordées à la personne, il n'est pas nécessaire d'opposer deux droits fondamentaux. Ainsi, le potentiel conflit de droit n'est pas simplement intégré à la norme : il est parfaitement envisagé, signe que les législateurs français et européens étaient parfaitement conscients de l'ambivalence originelle des textes.

B. Un potentiel conflit de droits envisagé par la norme

537. Police ou proportionnalité. – Dans une thèse abondamment citée dans la présente étude²⁵⁰², l'auteur affirme que le droit des données personnelles dans son ensemble ne se contenterait pas d'envisager le conflit de normes, mais que cela relèverait de sa nature véritable, celle d'une police administrative spéciale (1.). Après discussion de cette approche, nous en reviendrons à l'hypothèse plus actuelle de la prévision du conflit intégré au sein de la norme, à travers le renvoi au principe de proportionnalité (2.).

1. L'hypothèse d'une police administrative spéciale

538. Une norme formelle d'habilitation. – Dans sa thèse de doctorat, Nicolas Ochoa envisage le droit des données personnelles comme « un droit encadrant l'activité de traitement des données personnelles »²⁵⁰³. Afin de nommer cet encadrement, il dépoussière la notion de police administrative spéciale, dont l'objet serait « l'aménagement des libertés publiques »²⁵⁰⁴, et se

²⁴⁹⁹ CDFUE, art. 16.

²⁵⁰⁰ V. CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, pp. 149 et s.

²⁵⁰¹ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de Droit du Travail*, 2007, n° 1, p. 25 : « La question de la capacité des droits fondamentaux à justifier des exceptions aux règles de la concurrence, et à rétablir un rééquilibrage civique, humaniste ou social dans un ordre marchand reste entière ».

²⁵⁰² OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, 754 p.

²⁵⁰³ *Ibid.*, p. 12.

²⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 71.

présenterait sous la forme d'une « norme formelle d'habilitation »²⁵⁰⁵. La police administrative spéciale, à même d'éloigner le concept-valise de « régulation », serait le pendant nécessaire de la liberté publique, le plus souvent par anticipation d'une situation qui ne correspondrait pas aux situations normales d'exercice des libertés²⁵⁰⁶. Pour étayer l'intervention de la police administrative spéciale vis-à-vis de cette anormalité, l'auteur établit notamment une analogie avec le droit de l'environnement : la liberté de détruire l'environnement serait bornée par la protection contre les nuisances environnementales²⁵⁰⁷. Le recours à la notion de police administrative spéciale permet selon lui d'éclairer la prégnance « d'un principe de liberté de traitement des données personnelles »²⁵⁰⁸. La liberté de la collecte serait donc le principe, et la protection de la personne physique, l'exception²⁵⁰⁹. L'objectif de la thèse est, *in fine*, de « rétablir l'unité du droit des données personnelles en rappelant sa dimension collective, masquée depuis l'origine par sa dimension subjective et, ainsi, enrayer la tendance marquée du droit des données personnelles à l'autonomie afin de rompre avec son isolement »²⁵¹⁰.

539. Discussion de cette thèse. – Sous réserve d'avoir bien compris cette séduisante thèse, elle nous semble se heurter à deux difficultés. La première difficulté ressort d'une objectivation qui nous semble excessive²⁵¹¹ du droit des données personnelles. À propos de la loi du 6 janvier 1978,

²⁵⁰⁵ PICARD (E.), *La notion de police administrative. Tome 2*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 1984, p. 568. Cité par OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 305.

²⁵⁰⁶ GAILLARD (G.), *Les polices spéciales en droit administratif*, Thèse dactylographiée, Grenoble, 1977, p. 101. V. également p. 107 : « Il résulte de tout ce qui précède, que loin d'être, à l'instar des polices générales, de simples polices d'improvisation, les polices spéciales sont de véritables polices d'organisation. Elles dégagent les règles d'une harmonie future beaucoup plus qu'elles ne remédient à une harmonie rompue ». Cité par OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 64.

²⁵⁰⁷ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 509. V. également CABALLERO (F.), *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit », 1981, p. 105 « Si l'existence d'une police spécialement adaptée à la prévention des troubles écologiques ne fait désormais plus de doute, son impuissance à juguler les phénomènes de nuisances est tout aussi patente. Pollutions, bruits, dégradations du cadre de vie sont encore trop présents dans la vie quotidienne des citoyens pour que l'efficacité des dispositifs de protection mis en place par l'État ne puisse être remise en cause. Toute la question est de savoir si la permissivité actuelle est institutionnelle ou seulement occasionnelle. La police écologique apparaît en effet un peu comme une "passoire" juridique au travers de laquelle les activités génératrices de nuisance peuvent aisément se faufiler ». Sur la notion de nuisance adapté à un type de traitement de données à caractère personnel – *spamming* –, v. RENAUDIN (K.), *Le spamming et le droit. Analyse critique et prospective de la protection juridique des « spammés »*, Université Grenoble-Alpes, 2011, pp. 466 et s.

²⁵⁰⁸ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 73.

²⁵⁰⁹ V. également, en ce sens, EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?* Paris, Michalon, 2013, p. 170 : « Si l'on s'en tient aux textes actuellement en vigueur, l'individu ne peut donc par principe pas s'y opposer, sauf s'il peut justifier de motifs légitimes. On assiste ici à une inversion des principes et exceptions ».

²⁵¹⁰ OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 644.

²⁵¹¹ Il nous est ici possible de citer Maurice Hauriou, décrivant les dangers d'un objectivisme excessif. HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in, *Cahiers de la Nouvelle Journée, Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, n° 23, 1925, réimpr. 1986, Université de Caen, « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », p. 95 : « On touche du doigt l'erreur fondamentale de toute cette construction qui consiste à prendre la réaction pour l'action et la durée pour la création : ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices et qui sont l'action : les éléments objectifs, la règle de droit, le milieu social, l'ordre public ne sont que des éléments de réaction, de durée et de continuité : attribuer aux uns les rôles des autres c'est mettre la maison à l'envers ». Cette assertion renvoie elle-même à la lointaine mise en garde de Nietzsche : « Il n'y a pas d'erreur plus dangereuse que de

l'auteur affirme en effet qu'« afin de maximiser l'effet utile de l'exercice libre d'une activité déterminée, le législateur l'a soustrait au libre jeu de l'autonomie de la volonté tempéré par la protection de l'ordre public général, pour en fixer le régime dans le cadre d'une police administrative spéciale »²⁵¹². Pourtant, le droit des données personnelles est mu par une tension inverse : la subjectivisation – elle aussi excessive – véhiculée par le discours juridique sur la maîtrise, la libre disposition et sur la place du consentement de la personne²⁵¹³. L'autre difficulté nous semble relever du refus de lier la protection des données à caractère personnel au droit au respect de la vie privée, union célébrée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'Homme. L'utilisation du droit au respect de la vie privée présente l'avantage de permettre au juge de réinscrire le droit à la protection des données personnelles dans l'univers de la personne humaine – à défaut d'une persistance de son rattachement à la liberté personnelle par le juge constitutionnel. Si nous nous accordons avec l'auteur pour admettre qu'« une approche subjectiviste du droit des données personnelles qui passerait par l'emploi du concept de droit fondamental pour en saisir l'ensemble est vouée à l'échec car elle nie la dualité de son objet »²⁵¹⁴, il nous semble que l'approche subjectiviste elle-même ne doit pas être disqualifiée pour autant, ce que l'auteur reconnaît lui-même²⁵¹⁵. L'objet des données personnelles, l'identité de la personne, appelle une protection subjective forte à des fins de cohérence d'un ordre juridique soucieux d'un « équilibre à opérer entre libre disposition de soi et garantie sociale de l'existence même du sujet individuel »²⁵¹⁶. En cela, la double composante de la vie privée est à même de fournir une réponse à la mesure de l'enjeu : elle est à la fois liberté et protection²⁵¹⁷. Ce premier volet, certes mieux accueilli en droit de la Convention qu'en droit constitutionnel, permet au juge de dépasser le cadre fixé par le droit des données personnelles, fut-il une police administrative spéciale, pour prendre de la hauteur vis-à-vis des dangers à long terme qui peuvent menacer la personne²⁵¹⁸. Une certaine marge de manœuvre

confondre l'effet avec la cause » (NIETZSCHE (F.), « Le crépuscule des idoles », *Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche. Vol. 12*, trad. ALBERT (H.), Paris, Mercure de France, 1908, 7^e éd., p. 144.

²⁵¹² *Ibid.*, p. 68.

²⁵¹³ Sur ce point, v. nos développements précédents, n^{os} 307 et s.

²⁵¹⁴ *Ibid.* p. 56.

²⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 644 : « Ce résultat n'aboutit pas à rejeter comme erronée toute lecture du droit des données personnelles sous un angle subjectiviste, par exemple à la lueur de la notion de droit fondamental. Il aboutit seulement à en révéler la pertinence limitée, en ce que le parti-pris d'adopter ce seul point de vue ne permet d'expliquer qu'une faible partie du droit positif des données personnelles ».

²⁵¹⁶ BIOY (X.), « Qu'appelle-t-on droits fondamentaux ? », *Politeia*, Décembre 2016, n^o30, p. 225.

²⁵¹⁷ KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.*, 1971, p. 445 : « il résulte de la finalité de ce droit qu'il comporte le pouvoir de s'opposer à la divulgation de la vie privée et celui de s'opposer à une investigation de celle-ci » (BEIGNIER (B.), « Réflexion sur la protection de la vie privée », *Droit de la famille*, 1997, Chron. 11. : « Le respect [...] de la vie privée, c'est celui de l'identité et de la personnalité. Ce n'est pas le droit de vivre caché, mais de vivre librement. Être libre, c'est pouvoir être tranquille. Concept de droit américain : *to be left alone* » ; SCHUTTER (de) (O.), « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1^{er} octobre 1999, n^o 40, pp. 827-863.

²⁵¹⁸ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n^{os} 30562/04 et 30566/04, § 71.

laissée au juge permet ainsi l'application du principe propre à assurer ce rôle de conciliation : la proportionnalité.

2. Les multiples renvois à la proportionnalité

540. L'indice fort des références à la proportionnalité. – Les normes formant le droit des données personnelles, tant françaises qu'européennes, multiplient les références à un privilégié des conflits de normes : la proportionnalité²⁵¹⁹. La LIL soumet les traitements au principe de proportionnalité en énonçant qu'un traitement ne peut porter que sur des données « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs »²⁵²⁰. Il s'agit d'un écho du RGPD, qui vise des données « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées »²⁵²¹. Dans un tel cas, la proportionnalité est donc principalement limitée à la question de la nécessité pour la réalisation du traitement. Cette souplesse était déjà préconisée avant l'adoption de la LIL, par le « rapport Tricot », dans lequel on pouvait lire que « l'adéquation des données à la finalité doit être une idée directrice, plus féconde, croyons-nous, que les interdictions a priori »²⁵²². Toutefois, le législateur de l'Union est allé au-delà et a inclus la relativité du droit à la protection des données à caractère personnelle au sein du préambule du RGPD. Après avoir rappelé que « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental »²⁵²³, le règlement souligne – s'il en était besoin – que ce droit « n'est pas un droit absolu » et qu'il « doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité »²⁵²⁴. Le droit de l'Union européenne, seul à garantir un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, n'est pas insensible à la théorie de la fonction sociale des droits²⁵²⁵, à même de constituer un outil pertinent à l'occasion de l'exercice du contrôle de proportionnalité. S'agissant

²⁵¹⁹ Si la proportionnalité est principalement une technique de droit public utilisée dans les relations verticales (contrôle de la mesure de limitation étatique), sa présence s'impose progressivement en droit privé, par le truchement du juge judiciaire mais aussi par l'inclusion de multiples références législatives. V. par exemple, GENIAUT (B.), *La proportionnalité dans les relations de travail*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2009, p. 433 : « [la proportionnalité répond] à la montée des droits fondamentaux dans le système juridique. Celle-ci tient à la reconnaissance de la juridicité et de la positivité des normes qui consacrent les droits fondamentaux, au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Elle tient également à la reconnaissance de leur opposabilité dans les rapports privés ».

²⁵²⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 6.

²⁵²¹ Règlement (UE) 2016/679, art. 5 c).

²⁵²² Commission Informatique et Libertés, rapport dans le cadre du décret n° 74.938 du 8 novembre 1974, Paris, La Documentation française, 1975, p. 46.

²⁵²³ Règlement (UE) 2016/679, cons. 1.

²⁵²⁴ *Ibid.*, cons. 4.

²⁵²⁵ Théorie assez majoritairement héritée du droit allemand. V. JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, p. 49 : « Dès lors, les usages de ces droits sont envisagés d'après leur intérêt objectif pour le processus démocratique ».

de rappeler le caractère non absolu de certains droits, la Cour de justice de l'Union européenne souligne régulièrement que certains droits doivent « être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société ». À l'occasion des arrêts *Volker et Deutsche Telekom*, la Cour de justice a appliqué cette formule aux données à caractère personnel²⁵²⁶. Gage de la recherche d'une certaine souplesse, elle ne précise bien sûr pas quelle est cette fonction dans la société mais simplement que « l'article 8, paragraphe 2, de la charte autorise ainsi le traitement des données à caractère personnel si certaines conditions sont réunies ». Il est possible de supposer, une fois de plus, que c'est la liberté de la collecte qui est visée. Concernant la possibilité de procéder à la collecte et au traitement d'empreintes digitales (passeports biométriques), le juge de l'Union a étendu cette référence à la fonction sociale à une combinaison des articles 7 (vie privée) et 8 (données personnelles)²⁵²⁷. En outre, il nous faut souligner que la Cour de justice – en dehors des arrêts susvisés et d'autres rares exceptions²⁵²⁸ – réserve habituellement cette formule à des droits économiques : droit de propriété²⁵²⁹, liberté d'entreprendre²⁵³⁰, liberté d'exercice d'une activité professionnelle²⁵³¹. D'une façon plus constante, elle situe la nécessité des restrictions pouvant être apportées, ces dernières devant répondre « effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »²⁵³². La Cour de justice n'éclaircit donc pas, en matière de données à caractère personnel, le sens à donner à cette fonction sociale, qui aurait pu indiquer la présence d'un droit fondamental.

Voir dans le droit des données personnelles un régime de conciliation, qui aurait été pensé et conçu comme tel, a quelque chose de rassurant. On peut toutefois en douter, considérant les errements des législateurs français et européens en incapacité d'en justifier la cohérence, et le repositionnement du consentement, devenu le point névralgique de ce régime d'habilitation. Dans un tel cas, il est plutôt pertinent de se demander s'il ne s'agit pas de la formalisation normative d'un régime de renonciation, ce qui serait un cas singulier parmi les droits fondamentaux.

²⁵²⁶ CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 48 : « Le droit à la protection des données à caractère personnel n'apparaît toutefois pas comme une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société » ; CJUE, 5 mai 2011, *Deutsche Telekom*, aff. C-543/09, EU:C:2011:279, pt. 51.

²⁵²⁷ CJUE, 17 octobre 2013, *Schwarz*, aff. C-291/12, EU:C:2013:670, pt. 33.

²⁵²⁸ À propos des libertés d'expression et de réunion pacifique, CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-122/00, ECLI:EU:C:2002:437, pt. 80.

²⁵²⁹ CJCE, 29 avril 1999, *Standley e. a.*, aff. C-293/97, EU:C:1999:215, pt. 54 ; CJUE, 13 février 2014, *Commission / Royaume-Uni*, aff. C-530/11, EU:C:2014:67, pt. 70.

²⁵³⁰ CJUE, GC, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, pt. 85.

²⁵³¹ CJCE, 17 juillet 1997, *Affish*, aff. C-183/95, EU:C:1997:373, pt. 42.

²⁵³² CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 50.

§ 2 – Une norme de renonciation

541. La renonciation dans la garantie. – Le dernier élément qui nous semble disqualifier un droit fondamental à la protection des données personnelles est aussi le plus abstrait et le plus prospectif. En effet, le droit à la protection des données personnelles tel qu’il est garanti en droit de l’Union – c’est-à-dire la transcription simplifiée du régime prévu en droit dérivé – adoube la contractualisation des droits fondamentaux, phénomène en pleine croissance (A.). Il sera alors intéressant de tenter de dérouler le fil de cette contractualisation, pour voir s’il ne s’agit pas tout simplement d’une possibilité de renonciation à l’exercice d’un droit fondamental (B.).

A. La renonciation comme disponibilité contractuelle du droit fondamental

542. La contractualisation comme vecteur de la renonciation. – Le caractère bicéphale du droit des données personnelles a permis – ou nécessité – l’inclusion au sein de la norme elle-même d’une référence au consentement, sésame de la contractualisation des droits fondamentaux (1.). Il convient alors de rappeler que la contractualisation, lorsqu’elle porte sur un droit, équivaut à une renonciation (2.).

1. La contractualisation des droits fondamentaux dans le droit des données personnelles

543. Délimitation de la contractualisation. – La contractualisation des droits fondamentaux peut être entendue comme la capacité dont dispose une personne de moduler, par convention, les effets d’un droit dont elle est titulaire au bénéfice d’une autre personne²⁵³³. Cette hypothèse de la liberté contractuelle en matière de droits fondamentaux se heurte de plein fouet à une approche substantielle et objective de l’indisponibilité des droits fondamentaux, en raison notamment de la dignité inhérente à la personne humaine²⁵³⁴. Ici s’offre au juriste différentes possibilités, bien connues par la doctrine qui a tenté de les baliser. Premièrement, la possibilité d’une contractualisation portant sur certains droits et refusée pour d’autres serait le signe d’une

²⁵³³ Pour aller plus loin sur ce point, v. DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L’Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, 528 p. ; MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2013, 514 p.

²⁵³⁴ Cette théorie se fonde notamment sur les dispositions contenues au sein des préambules de la plupart des instruments de protection des droits fondamentaux. V. notamment Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, préambule : « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté » ; Constitution du 27 octobre 1946, préambule : « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen du 26 août 1789, préambule : « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l’homme ».

hiérarchisation interne des droits fondamentaux²⁵³⁵. L'hypothèse du « noyau dur »²⁵³⁶ – ou « noyau intangible »²⁵³⁷ – des droits fondamentaux, seul à être insusceptible de renonciation, peut étayer ce positionnement. Le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé et le principe de légalité des délits et des peines formeraient le bastion incompressible de la protection de la personne humaine²⁵³⁸. La dignité est alors, à nouveau, une clé de lecture de la hiérarchisation et de cette résistance particulière à la contractualisation. Deuxièmement, cette possibilité de la contractualisation pourrait être un indicateur – parmi d'autres – d'une nécessaire redéfinition des contours de la fundamentalité. Cette nouvelle approche consisterait à déduire de l'observation du droit positif que seuls certains droits seraient fondamentaux, les autres relevant des libertés publiques accordées à la personne afin de garantir les conditions de la subsistance des garanties fondamentales. En ce sens, les libertés publiques seraient ouvertes à une forme de renonciation. En prenant l'ensemble des normes de protection de la personne – droits fondamentaux et libertés publiques –, il ne serait alors plus question de hiérarchisation, mais de priorisation, notamment dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité. Cette deuxième approche retient notre attention, car elle semble plus à même d'expliquer les fluctuations du droit positif quant à la « valeur » de certains droits, et permet de réinscrire le juge au cœur du processus d'actualisation des droits et libertés en fonction des besoins propres à une société donnée. Le conflit potentiel entre liberté d'expression et protection de la vie privée est un exemple particulièrement révélateur de la relativité des curseurs sociaux pris en compte par le juge²⁵³⁹. La contractualisation ne pourrait donc porter que sur des droits susceptibles de limitations, ménageant une certaine marge de manœuvre à la disposition du juge à l'occasion d'un examen d'un conflit de normes (droits fondamentaux entre eux, ou droits fondamentaux face

²⁵³⁵ Sur ce point, v. notamment AFROUKH (M.), *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2011, 626 p. ; BALLOT (E.), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Paris, Mare & Martin, 2014, 554 p.

²⁵³⁶ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public - Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. 785 : « s'il existe des droits strictement relatifs à l'existence même du sujet des droits fondamentaux, ils peuvent sans doute recouper la notion de "noyau dur" élaborée en doctrine à partir des listes de droits "intangibles" ou "indérogeables" et qui effectivement dessinent la protection essentielle du sujet ».

²⁵³⁷ MARIE (J.-B.), MEYER-BISCH (P.) (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe colloque interdisciplinaire*, Fribourg, Ed. Universitaires Fribourg, « Interdisciplinaire », 1991, 272 p. ; MAMOUNA (N.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Villeneuve d'Ascq, Presses du Septentrion, « Thèse à la carte », 2003, 481 p.

²⁵³⁸ On se réfère ici à la liste de normes insusceptibles de limitations en cas d'état d'urgence, donnée par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, art. 15§2 : « La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7 ». La CJCE y a d'ailleurs renvoyé explicitement. V. CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, EU:C:2003:333, pt. 80 : « Ainsi, les droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique garantis par la CEDH n'apparaissent pas non plus - contrairement à d'autres droits fondamentaux consacrés par la même convention, tels que le droit de toute personne à la vie ou l'interdiction de la torture ainsi que des peines ou traitements inhumains ou dégradants, qui ne tolèrent aucune restriction - comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société ».

²⁵³⁹ Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne (n° 1)*, req. n° 59320/00.

à des normes objectives de limitation). Cette délimitation à l'esprit, il est possible de se consacrer aux manifestations de la contractualisation des droits et libertés en droit des données personnelles.

544. Inscription du consentement dans le droit des données personnelles. – Le mérite d'une théorie de la contractualisation des droits fondamentaux est de tenir compte de la place croissante de la volonté individuelle au sein des corpus juridiques. Cette tendance à la subjectivisation de la protection – c'est-à-dire la protection par la personne elle-même – se manifeste en droit positif par la revalorisation du consentement dans les relations juridiques²⁵⁴⁰. Or, au sein du droit fondamental garanti par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la renonciation n'est pas une possibilité ménagée pour la personne, mais est intégrée par le droit lui-même : « 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 »²⁵⁴¹. La mention du consentement au sein d'une disposition visant un droit fondamental est, à notre connaissance, assez unique²⁵⁴². La méthodologie ayant conduit les institutions de l'Union européenne à promouvoir le consentement de la personne comme instrument d'une protection fondamentale n'est bien sûr pas connue. Nous y voyons une volonté de transcrire une compilation des grands principes des normes relatives aux données à caractère personnel au sein de la Charte²⁵⁴³. Cela illustre, une fois de plus, l'absence de plus-value substantielle vis-à-vis du droit dérivé, qui décrit déjà une pluralité de droits subjectifs censés assurer une libre disposition des données à caractère personnel. L'inclusion de l'hypothèse d'une contractualisation des droits fondamentaux ne fait donc pas de doute en l'espèce, puisque le consentement est le principal substitut au régime de la déclaration préalable auprès des autorités de contrôle. Nous y verrons donc une volonté de hisser la renonciation au droit au rang de « possibilité fondamentale ».

545. Limites d'une approche cantonnée à la « contractualisation ». – Les développements autour d'une contractualisation des droits fondamentaux s'épuisent assez rapidement et conduisent

²⁵⁴⁰ DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, p. 45 : « La contractualisation des droits fondamentaux ne saurait se faire sans remplir des conditions de droit commun relatives au consentement ».

²⁵⁴¹ CDFUE, art. 8§2.

²⁵⁴² Un autre exemple de mention du consentement peut être trouvé dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à l'article 3. Relativement au droit à l'intégrité de la personne, ce dernier dispose que « dans le cadre de la médecine et de la biologie », il est nécessaire de s'assurer du « consentement libre et éclairé de la personne concernée » (art. 3§2, a). L'analogie entre ces deux références au consentement ne peut toutefois être conduite à son terme. En effet, la forme de renonciation sous-tendue par le traitement médical et biologique relève principalement de la nécessité des soins dont la personne souhaite bénéficier. De plus, l'atteinte à l'intégrité ne perdure pas dans le temps et ne bénéficie pas économiquement – au titre d'une exploitation future – au professionnel de santé ou de la recherche. Bien sûr, le cas de l'exploitation de certains produits du corps humain – comme les cheveux, les ongles ou le sang – méritent d'apporter un tempérament à cette affirmation. Cela ne constitue toutefois qu'une exception de nature différente, qui n'en justifie pas moins des interrogations éthiques et juridiques.

²⁵⁴³ Pour une éventuelle explication de cette transcription elle-même, v. nos interrogations précédentes, n° 523.

inévitablement à se tourner vers le concept, plus signifiant mais polysémique, de « renonciation à un droit fondamental ». Même s'il a pu être affirmé que le concept de contractualisation était plus à même de souligner les manifestations horizontales – entre personnes privées – du phénomène²⁵⁴⁴, il nous semble accessoire. En effet, dans une relation contractuelle portant sur un droit fondamental, on trouve la personne qui renonce, et celle qui bénéficie de cette renonciation. Même dans le cas d'une double renonciation portant sur un même droit – par exemple, dans le cadre la pratique d'un sport de combat en compétition –, on reste en présence de deux conventions séparées accueillant le consentement d'une lésion à soi-même²⁵⁴⁵. L'horizontalité n'est donc pas, pour autant, une égalité contractuelle.

2. La renonciation aux droits fondamentaux dans le droit des données personnelles

546. Modélisation de la renonciation. – Si la notion de renonciation à un droit fondamental fait appel à une terminologie bien plus explicite que le terme de « contractualisation », l'exigence de recherche d'une définition n'en est que plus forte. Or, derrière cette fausse évidence se dissimule une pluralité de définitions²⁵⁴⁶, qui engagent des conséquences très variées dans l'appréhension de ce concept : rétive aux tentatives de systématisation et étant laissée à l'écart de l'opération de qualification, la renonciation ne peut être qualifiée de notion juridique. Il s'agira alors plutôt de tenter de modéliser – relativement à un concept – cette renonciation²⁵⁴⁷. Au regard de ce que l'approche contractualiste nous a enseigné²⁵⁴⁸, le pouvoir qui accompagne la titularité du droit subjectif permet – outre de l'exercer – de ne pas l'exercer ou de renoncer à cet exercice²⁵⁴⁹. Cette précision n'est pas inutile, car la renonciation risque autrement d'être confondue avec l'aliénation du droit ou, pour employer un vocabulaire contractualiste, à son transfert²⁵⁵⁰. Ainsi envisagé, le concept de renonciation éclaire l'intention du renonçant : « faire sortir un droit de son patrimoine

²⁵⁴⁴ DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, p. 467.

²⁵⁴⁵ Sur cette notion, v. PIN (X.), « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *D.*, avril 2009, n° 49, pp. 83-106.

²⁵⁴⁶ SCHUTTER (DE) (O.), RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *CRIDHO working paper series*, 1/2005, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, 2005, ressource indexée : « Une théorie générale de la renonciation est fort périlleuse à formuler [...] sous le nom de renonciation, on entend des choses trop variées et de nature trop différente ».

²⁵⁴⁷ Pour aller plus loin, sur l'étude de ce concept : FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, « Droit international », 2001, 752 p. ; ARROYO (J.), *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, Paris, Pedone-Fondation René Cassin, « Publications de l'Institut international des droits de l'homme », 2016, 669 p. ; SCHUTTER (DE) (O.), RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *op. cit.*

²⁵⁴⁸ Sur une approche privatiste de la renonciation au droit comme manifestation de la liberté contractuelle, v. nos développements précédents, n°s 543 et s.

²⁵⁴⁹ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. DEROUSSIN (D.), Paris, Dalloz, 2005, p. 72.

²⁵⁵⁰ DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, p. 43.

sans aucune intention de le transférer»²⁵⁵¹. Une telle approche est potentiellement applicable aux droits fondamentaux, la renonciation étant alors modélisée comme « tout procédé juridique traduisant la volonté expresse ou tacite d'un individu de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de l'abdiquer, alors qu'il pourrait encore la faire valoir »²⁵⁵². Il faut alors s'intéresser aux différents droits susceptibles d'une renonciation, la présence de droits intangibles modifiant en effet le champ de la liberté contractuelle : « [l]a renonciation au droit caractérise le droit subjectif mais elle n'en est pas moins limitée par l'ordre public et l'intérêt général »²⁵⁵³. Un droit subjectif qui se chargerait d'un aspect objectif – dépassant les enjeux de la libre disposition de soi et de la volonté individuelle – ne serait ainsi plus susceptible de renonciation²⁵⁵⁴. Ces droits « irrenonçables » seraient donc « une illustration de la dimension objective des droits et libertés fondamentaux »²⁵⁵⁵.

547. Inscription d'une renonciation dans le droit des données personnelles. – Si nous avons déjà rappelé l'inscription du consentement au sein du droit des données personnelles, il est désormais possible, à l'aide du concept de renonciation, de s'assurer de la relativité du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. La Cour de justice ayant rappelé dans l'arrêt *Volker* que « le droit à la protection des données à caractère personnel n'apparaît toutefois pas comme une prérogative absolue »²⁵⁵⁶, la voie semble ouverte à la renonciation. Or, la possibilité de contracter afin de renoncer à la protection des données à caractère personnel est dépourvue de sens. Tant la LIL que le RGPD imposent à l'auteur du traitement de données de s'inscrire dans des cas particuliers permettant de procéder à ce traitement, dont le consentement fait partie. Donc, le consentement ne peut pas être un vecteur de renonciation au droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, puisque le consentement est l'élément générateur d'un droit subjectif propre à une situation. La Cour de justice le rappelle d'ailleurs régulièrement : « L'article 8, paragraphe 2, de la charte autorise ainsi le traitement des données à caractère personnel si certaines conditions sont réunies. À cet égard, ladite disposition prévoit que les données à caractère personnel “doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du

²⁵⁵¹ DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1985, p. 35.

²⁵⁵² FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, *op. cit.*, p. 14 ; DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicative*, *op. cit.*, p. 47.

²⁵⁵³ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. COSTA (J.-P.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « LMD Cours & TD », 2016, 4^{ème} éd., p. 108.

²⁵⁵⁴ Certains auteurs envisagent toutefois des normes objectives de protection pour la préservation de droits essentiellement subjectifs. V. notamment ARMAND (G.), « L'ordre public de protection individuelle », *RRJ*, 2004, n°3, pp. 1583-1646. Dans une acception ouvertement plus « politique » de la notion d'ordre public, v. PICCIO (C.), MOURON (P.), « Introduction », *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 21 ; LE CLAINCHE (J.), « Consentement et traitement de données à caractère personnel », in LE METAYER (D.) (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, 2010, p. 147.

²⁵⁵⁵ DUPRE DE BOULOIS (X.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, PUF, « Licence », 2010, p. 200.

²⁵⁵⁶ CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 48.

consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi" »²⁵⁵⁷. Si le consentement est ici vecteur d'une renonciation, ce n'est pas à la jouissance du droit à la protection des données à caractère personnel, mais au droit au respect de la vie privée, pouvant inclure le droit à la tranquillité et, corrélativement, la protection de l'identité des personnes. Si l'on nous suit, le cas ne serait pas anodin : l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pourrait formaliser une forme de renonciation à un autre droit garanti par cette même charte, celui du droit au respect de la vie privée, voire menacer sa substance.

B. La renonciation comme atteinte potentielle à la substance d'un autre droit

548. Une renonciation générale. – Envisager le danger d'une atteinte à la substance du droit nécessite d'adopter une définition large de la vie privée, qui protégerait notamment une constellation d'informations personnelles. Le passage de l'information personnelle à la donnée personnelle étant réalisé par le traitement, l'autorisation de ce traitement est donc la clé de nombreuses atteintes – à distinguer bien sûr des violations²⁵⁵⁸ – à la vie privée des personnes. Or, nos derniers développements relatifs au consentement comme pinacle de la protection des personnes ont tenté de souligner le caractère non seulement relatif de cette manifestation de volonté, mais plus encore du caractère limité – par la loi et par les responsables de traitement – de son utilisation. Il est donc nécessaire d'envisager les présents développements à la lumière de ceux, déjà menés, relatifs à la pertinence du recours au consentement en matière d'exploitation de données à caractère personnel²⁵⁵⁹. La manifestation de « volonté expresse ou tacite d'un individu de se dépouiller d'une prérogative »²⁵⁶⁰ ne peut ressortir de l'insidieux amoindrissement de la vie privée des personnes découlant de la perte de maîtrise des données à caractère personnel²⁵⁶¹ et des modestes possibilités de retour à une situation normale à l'aide des droits subjectifs garantis par le droit des données personnelles²⁵⁶². On perçoit ici tout le danger d'une autonomisation d'un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel qui fait du consentement de la personne sa valeur cardinale. Ce mode de renonciation est en effet particulier, puisqu'il risque

²⁵⁵⁷ CJUE, 5 mai 2011, *Deutsche Telekom*, aff. C-543/09, EU:C:2011:279, pt. 51.

²⁵⁵⁸ La protection ne peut être absolue, ce qui signifierait que toute atteinte implique une violation. Cela n'aurait aucun sens puisque le traitement d'informations personnelles est inévitable dans de nombreuses relations intersubjectives (information, recherche, contrats de services, etc.) et verticales (principalement les services publics).

²⁵⁵⁹ Sur ce point, v. nos développements précédents, n^{os} 368 et s., n^{os} 494 et s.

²⁵⁶⁰ FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit., p. 14 ; DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicative*, op. cit., p. 47.

²⁵⁶¹ V. l'ensemble de nos développements de la première partie, et spéc. n^{os} 271 et s.

²⁵⁶² COHEN (D.), « Le juge européen et les données personnelles », in *L'exigence de justice : Mélanges en l'honneur de Robert BADINTER*, Paris, Dalloz, 2016, p. 252 : « ils interviennent toujours *a posteriori*, c'est-à-dire une fois les données prélevées ; déjà entre les mains de celui qui les a capturées, elles ont, à ce stade, complètement échappé à la personne dont elles émanent. Cette circonstance de pur fait affaiblit d'emblée l'efficacité d'éventuelles mesures protectrices ».

d'épuiser la substance du droit au respect de la vie privée. La renonciation interpersonnelle – comme par exemple le sadomasochisme²⁵⁶³ – engage un certain balisage des pratiques et surtout des personnes en faveur desquelles on renonce à l'usage de la protection. Une renonciation générale pourrait avoir pour effet d'évincer un droit en lui-même²⁵⁶⁴. Il s'agirait, alors, d'une aliénation du droit. Or, l'absence de visibilité sur les traitements – consentis ou non – de données personnelles conforte ce doute. Il est alors possible de voir « le contrat en tant que moyen d'attenter aux droits fondamentaux »²⁵⁶⁵.

549. Une jurisprudence européenne hostile à l'atteinte à la substance du droit fondamental. – La substance du droit, c'est-à-dire la possibilité de déployer son essence même pour produire les effets escomptés, fait l'objet d'une certaine littérature jurisprudentielle. Nous l'avons vu, il est possible d'apporter des restrictions aux prérogatives non absolues, dès lors que lesdites restrictions se rapportent « effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »²⁵⁶⁶. Toutefois, de jurisprudence constante, la Cour de justice précise qu'il ne doit pas être « porté atteinte à la substance de ces droits »²⁵⁶⁷. Cet énoncé rend donc compte de l'« idée selon laquelle la limitation de l'exercice des droits fondamentaux doit trouver elle-même une limite dans l'interdiction de porter atteinte à la substance de ces droits »²⁵⁶⁸. Le constat d'une telle atteinte à la substance, qui dispense la Cour de justice d'un test intégral de proportionnalité, n'a qu'une portée limitée²⁵⁶⁹. L'arrêt *Digital Rights* nous semble en être une illustration. Dans cette affaire, le juge de Luxembourg a constaté la présence d'une ingérence « d'une vaste ampleur » devant être « considérée comme particulièrement grave »²⁵⁷⁰. Or, malgré ce constat de la présence d'une obligation légale pesant sur les opérateurs de télécommunications assimilable à un système de surveillance de masse, elle n'a constaté aucune atteinte à la substance des articles 7 et 8 de la Charte. La Cour européenne des droits de l'Homme

²⁵⁶³ Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99.

²⁵⁶⁴ RIGAUX (F.), « L'individu, sujet ou objet de la société de l'information », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 3, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2000, p. 133 : « Ainsi, le consentement de l'individu permet d'évincer une garantie fondamentale de son droit au secret. Tant la directive européenne de 1995 que déjà la Convention de 1981 ont multiplié les clauses autorisant une personne à consentir à être privée d'une protection dont elle jouit en principe. Mais il est permis de douter de la liberté du consentement donnée par une personne qui a besoin d'un emploi, d'une aide sociale ou d'un secours qu'elle ne peut obtenir qu'en se laissant dépouiller de l'exercice effectif d'un droit individuel ».

²⁵⁶⁵ GARAUD (E.), « La violation d'un droit fondamental », in FAGES (B.) (dir.), *Lamy Droit du contrat*, 2006, étude 245.

²⁵⁶⁶ CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 48.

²⁵⁶⁷ CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG / Commission*, aff. 4-73, EU:C:1974:51, pt. 14.

²⁵⁶⁸ TINIERE (R.), *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2008, p. 350.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*, pp. 355 et s.

²⁵⁷⁰ CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pt. 37. Pour rappel, il s'agissait d'une obligation légale pour les opérateurs de conserver de manière indifférenciée des données techniques de connexion relatives aux utilisateurs.

a également développé une jurisprudence relative à l'atteinte à la substance des droits. Dès la fameuse *Affaire linguistique belge*, elle a posé le principe selon lequel une « réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit »²⁵⁷¹. Toutefois, là encore, la notion d'atteinte à la substance du droit a connu un succès mitigé et n'a pas su résister à l'expansion du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour²⁵⁷². En outre, il convient de préciser que cette jurisprudence est relative à des limitations verticales – mesure prise par les autorités publiques affectant un ou plusieurs droits de la personne – et vise directement un droit identifié. L'hypothèse de l'exercice excessif d'un droit par une personne qui conduirait à l'atteinte à la substance d'un autre droit de cette même personne, n'est pas envisagée.

In fine, plutôt que de chercher à étirer excessivement les mécanismes jurisprudentiels de protection contre les atteintes à la substance des droits, il semble plus pertinent d'en revenir au droit positif qui, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel, laisse entrevoir les possibilités d'une réunification des protections des données à caractère personnel et de la personne humaine elle-même, envisagée dans tous ses aspects.

²⁵⁷¹ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n^{os} 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, § 5.

²⁵⁷² Pour aller plus loin, v. ROUZIERE-BEAULIEU (O.), *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée (ressource indexée), Université de Montpellier, 2017, pp. 222 et s.

Conclusion du chapitre 1

550. Révélation d'un artifice. – L'inclusion ou l'exclusion d'un droit au sein du catalogue des « droits fondamentaux » dépend de la position adoptée par le juriste, mais également de la définition donnée aux droits fondamentaux. Le droit fondamental à la protection des données personnelles, formalisé par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, ne semble correspondre à aucun positionnement ni aucune définition permettant de constater la présence effective d'un droit fondamental. Sa distinction de l'article 7 de la même Charte, garantissant le droit au respect de la vie privée, risque de vider ce dernier de sa substance. On ne distingue en effet plus vraiment, selon le vocabulaire de la Cour de justice, « sa fonction dans la société ». Seule une définition strictement normativiste permettrait de constater, envers et contre tout, la présence d'un droit fondamental, sous réserve toutefois de ne pas en exiger un énoncé de portée abstraite pouvant s'appliquer à toutes les situations et visant un titulaire bien identifié. En effet, la coexistence au sein d'une même norme d'un régime d'habilitation (liberté de traitement des données personnelles) et d'un régime de protection (droits subjectifs principalement *a posteriori* pour la personne faisant l'objet d'un traitement) interroge déjà le titulaire du droit fondamental, pourtant intitulé « protection des données à caractère personnel ». L'élévation d'une telle prérogative au rang de norme fondamentale est donc symbolique, puisqu'elle ne fait que garantir des droits d'opposition, sans prévoir les bornes de l'ingérence dans l'identité des personnes. En définitive, une coupure de la protection de la vie privée et de l'identité des personnes est le gage d'une circulation des données à caractère personnel, ou *a minima* d'une réduction des possibilités d'entraves. Une fois ce champ libéré, un mouvement mécanique d'incitation mutuelle entre valorisation et circulation peut exister. L'existence d'un « droit fondamental à la protection des données à caractère personnel » ne permet pas d'éviter les écueils rencontrés par les régimes prévus par la loi et le droit dérivé de l'Union. Une promotion du rôle de l'autonomie des personnes qui ne s'accompagne pas d'une véritable transcription du droit à l'autodétermination informationnelle ne peut qu'entraîner la création de droits hybrides, impropres à protéger les personnes.

« Il faut prendre garde d'ailleurs que l'homme ne détruise lui-même, en l'exerçant, la liberté que la loi lui donne. *Il est des âmes d'esclaves ; le législateur ne saurait permettre la servitude volontaire.* Le contrat, manifestation de la liberté, ne peut pas compromettre pour l'avenir la liberté de celui qui s'est volontairement, mais imprudemment lié »²⁵⁷³

²⁵⁷³ RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 124 (en italique dans le texte).

Chapitre 2 – La persistance substantielle d’une protection fondamentale

« Le respect de l’être humain constitue simultanément la contrainte et l’objectif du droit, ce qui confère au sentiment d’identité une valeur éminente. [...] Il serait bien superficiel d’oublier que l’être humain attend aussi du droit une certaine cohérence qui lui donne le sentiment de justice. »

Daniel GUTMANN²⁵⁷⁴

551. Dépassement d’un droit autonome. – La mise en cause du caractère fondamental d’un droit ne signifie pas renoncer à une protection par ce droit, pour peu qu’il offre un niveau de garantie propre à assurer la préservation des droits fondamentaux de la personne humaine. Ainsi, le questionnement de la fundamentalité du droit des données personnelles visé par le droit de l’Union européenne ne revient pas à nier les effets positifs de certaines décisions de la Cour de justice de l’Union européenne sur la protection des personnes. Cela permet, en revanche de souligner la précarité d’un tel socle, lézardé de défauts structurels et de carences matérielles²⁵⁷⁵. Une assise plus durable peut être rencontrée. Il semble en effet possible de rattacher la protection des données à caractère personnel – et non plus celle de la liberté de traitement – à un véritable droit fondamental, de sorte que la définition de la protection des données à caractère personnel ne s’interprète plus uniquement à la lumière de « sa fonction dans la société », mais à travers le prisme de la protection de l’identité des personnes, « ancrage »²⁵⁷⁶ du concept de personne humaine.

552. Protection de l’autonomie de la personne. – Des recherches récentes ont abouti à la conclusion que la vie privée était un fondement conceptuellement adapté mais juridiquement insatisfaisant pour la protection des données à caractère personnel²⁵⁷⁷. Nous nous associons partiellement à ce constat, dans la mesure où des libertés plus générales constitueraient des soubassements moins mouvants. Nous pensons, spécifiquement, à la liberté personnelle en droit constitutionnel et à l’autonomie personnelle en droit conventionnel. Néanmoins, lesdites libertés

²⁵⁷⁴ GUTMANN (D.), *Le sentiment d’identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2000, p. 455.

²⁵⁷⁵ Sur ces développements, v. le chapitre précédent.

²⁵⁷⁶ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public - Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz - Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, p. 528.

²⁵⁷⁷ DEBAETS (E.), *Le droit à la protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 240 et s. ; OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 465 et s. ; v. nos développements précédents, n^{os} 400 et s.

sont respectivement « proche » de la notion de vie privée – droit constitutionnel – et formellement ancrée en son sein – droit conventionnel. Ces deux libertés ne peuvent donc être associées trop hâtivement, mais semblent répondre à une finalité analogue : l'absence de contrainte sociale excessive qui pèserait sur la personne et empêcherait le développement de son identité, exprimée notamment par ses choix de vie. La recherche de l'autonomie, dont il est question, transcende la typologie des droits. Elle n'est pas simplement un droit *a*²⁵⁷⁸, et ne s'épuise pas dans le droit *de*²⁵⁷⁹. Elle semble donc apte à rendre compte de toutes les facettes de l'identité : celle pour laquelle la personne a besoin d'une abstention – l'intimité – et celle pour laquelle la personne a besoin d'une intervention – la personnalité.

553. Potentiel en sommeil et potentiel révélé. – Le Conseil constitutionnel avait, très tôt, saisi l'opportunité d'étendre la notion de liberté personnelle à la protection des données à caractère personnel. Bien que ce fondement ait été délaissé au profit de celui du droit au respect de la vie privée, il apparaît toujours comme particulièrement pertinent dans la protection de l'identité de la personne humaine (**Section 1**). En revanche, l'interprétation dynamique de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour européenne des droits de l'homme a permis l'émergence d'une véritable association du développement de la personne et de ses données à caractère personnel. Ainsi, l'autonomie personnelle, traduite en un principe émergent d'autodétermination informationnelle, offre un fondement stable à la protection de l'identité de la personne humaine face aux traitements de données à caractère personnel (**Section 2**).

Section 1 – L'opportunité d'une protection constitutionnelle par la liberté personnelle

Section 2 – La stabilité d'une protection conventionnelle par le droit à l'autonomie personnelle

²⁵⁷⁸ PICHARD (M.), *Le droit à : étude de législation française*, Paris, Economica, « Recherche juridique », 2006, p. 68 : « le *droit à* s'articule autour du sujet individu ; par sa formulation s'exprime la promesse de garantir les conditions de l'autonomie de l'individu ».

²⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 47 : « Le droit *de* vient consacrer un espace d'autonomie de l'individu. Cet espace d'autonomie doit pouvoir être défendu contre les intrusions de tous ».

Section 1 – L’opportunité d’une protection constitutionnelle par la liberté personnelle

554. Une protection atténuée par le juge constitutionnel. – La protection offerte par le juge constitutionnel est primordiale, tant il « apparaît désormais comme le dispositif essentiel de garantie des droits »²⁵⁸⁰. Très tôt, le Conseil constitutionnel a vu dans la liberté personnelle le fondement adapté d’une protection des données à caractère personnel (§ 1). Alors que ce fondement semblait conceptuellement et contentieusement adapté, l’ancrage de la protection de la vie privée au sein du bloc de constitutionnalité a été déplacé vers un régime moins ouvert, et plus difficile à interpréter dans le sens d’une protection de l’identité de la personne humaine, notamment contre certains traitements de données à caractère personnel (§ 2).

§ 1 – La protection des données à caractère personnel rattachée la liberté personnelle

555. Délimitation et utilisation de la notion. – La liberté personnelle étant une notion au « caractère impalpable », il convient de tenter dans un premier d’en apprivoiser les contours, en tâchant de l’identifier (A.). Il sera alors temps d’apprécier sa propension à jouer le rôle de matrice pour la protection des données à caractère personnel (B.).

A. Une nécessaire identification de la liberté personnelle

556. Recomposition. – Afin de partir à la recherche de la liberté personnelle, l’étude des fondements et des composantes de cette liberté (1.) doivent présider à toute tentative de systématisation (2.).

1. Fondements et composantes

557. Fondements et composantes d’une notion jurisprudentielle. – La liberté personnelle est une liberté de rang constitutionnel découverte par le Conseil constitutionnel, dans une jurisprudence qui a pu être qualifiée de « particulièrement audacieuse »²⁵⁸¹. Cette liberté – par ailleurs garantie en droits suisse et italien²⁵⁸² – n’était à l’origine arrimée à aucune norme constitutionnelle bien définie, fait rare en droit constitutionnel français²⁵⁸³. Peu après la découverte

²⁵⁸⁰ CHEVALLIER (J.), « État des droits versus État de droit ? », in BAUDOT (P.-Y.), REVILLARD (A.) (dir.), *L’État des droits : politique et pratique des institutions*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2015, p. 251.

²⁵⁸¹ PENA-SOLER (A.), « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz-Sirey, 2007, p. 1675.

²⁵⁸² BIOY (X.), « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003/1, mars 2003, pp. 136-137.

²⁵⁸³ *Ibid.*, p. 134 : « la liberté personnelle figure au nombre des rares principes constitutionnels dont la source écrite fait débat ».

de la notion, certains auteurs ont avancé un lien de filiation l'article 4 de la DDHC²⁵⁸⁴, qui dispose que « la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il est désormais bien établi, des mots du Conseil constitutionnel lui-même, que la liberté personnelle découle des articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)²⁵⁸⁵, malgré quelques décisions visant également l'article 1^{er} de cette même déclaration²⁵⁸⁶. Ce fondement conjoint nécessiterait peut-être un approfondissement²⁵⁸⁷, dans la mesure où le juge constitutionnel économise particulièrement son interprétation téléologique de ces dispositions. L'étude des cas dans lesquels elle a été utilisée peut donc permettre d'en apercevoir les contours. Le Conseil constitutionnel a eu pour la première fois recours à la liberté personnelle à l'occasion de son examen d'une loi portant amnistie²⁵⁸⁸. Ainsi, le fait d'obliger un employeur et des salariés à fréquenter, sur leur lieu de travail, des auteurs d'infractions dont ils auraient été victimes, serait une contrainte excessive et porterait atteinte à la liberté personnelle²⁵⁸⁹. Toujours dans le domaine du droit social, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation constructive à l'égard d'une disposition permettant à aux organisations syndicales de représenter des salariés ayant fait l'objet d'une procédure de licenciement, y compris sans mandat de ces derniers. Le juge constitutionnel considère que c'est uniquement dans le cas où « le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions susindiquées » que « la loi n'est pas contraire à la liberté personnelle du salarié »²⁵⁹⁰. Le Conseil a poursuivi cette construction jurisprudentielle, décidé à extraire certains droits et libertés du pré carré du juge judiciaire, c'est-à-dire sa réserve de

²⁵⁸⁴ MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA*, 2 juin 1993, n° 66, p. 5.

²⁵⁸⁵ CC, décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 94. Pour des exemples récents : CC, décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*, cons. 28 ; CC, décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*, cons. 12 ; CC, décision n° 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, cons. 3.

²⁵⁸⁶ CC, décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté]*, cons. 7 ; CC, décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, cons. 4.

²⁵⁸⁷ BIOY (X.), « Les libertés et droits fondamentaux : quel devenir pour le droit constitutionnel ? », *Politeia*, Décembre 2016, n° 30, p. 329 : « Sur la question de la liberté personnelle (articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen), il serait nécessaire que le juge constitutionnel dégage davantage d'interprétations de ces deux articles. En réalité, sur le terrain de la liberté corporelle, de la vie privée, sur le terrain de la bioéthique, il me semble qu'on manque de normes constitutionnelles en la matière, alors qu'on pourrait avoir une lecture plus équilibrée en termes d'ordre public, de bonnes mœurs ou de spécificités de la société française ».

²⁵⁸⁸ CC, décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*.

²⁵⁸⁹ *Ibid.*, cons. 22 : « les dispositions de l'article 15 risquent de mettre en cause [...] la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes ».

²⁵⁹⁰ CC, décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. 26 : « que l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions susindiquées ; que c'est seulement sous ces réserves que l'article 29 de la loi n'est pas contraire à la liberté personnelle du salarié ».

compétence en matière de protection de la liberté individuelle tirée de l'article 66 de la Constitution²⁵⁹¹. C'est dans le champ des données à caractère personnel que la liberté personnelle a continué à se construire²⁵⁹², avant de se poursuivre son chemin notamment du côté de la liberté du mariage²⁵⁹³ et de la liberté d'aller et venir²⁵⁹⁴, composantes désormais bien assimilées.

Ces éléments en main, la délimitation des contours de la liberté personnelle semble plus envisageable.

2. Tentatives de systématisation

558. De notion fonctionnelle à notion conceptuelle. – L'émergence de la liberté personnelle a pu être décrite sous la plume de Bruno Genevois – secrétaire général du Conseil constitutionnel de l'époque – comme l'apparition d'une « notion fonctionnelle », c'est-à-dire mieux à même de remplir un rôle spécifique et ponctuel que d'apporter une définition générale²⁵⁹⁵. En ce sens, il serait vain de chercher à systématiser des notions qui – selon les mots de Georges Vedel – « ne sont pour ainsi dire jamais achevées » et dont « le contenu ne peut être épuisé par une définition »²⁵⁹⁶. Ce même constat ressortait de la jurisprudence du Conseil d'État, le juge administratif ayant recours à la liberté personnelle lorsqu'il statue en référé afin de permettre « la reconnaissance d'une liberté fondamentale dans des cas qui ne seraient pas exactement couverts par d'autres libertés »²⁵⁹⁷. Cela étant, l'existence d'une notion fonctionnelle ne bannit pas, pour autant, toute possibilité de transition en « notion conceptuelle »²⁵⁹⁸. En outre, les fondements normatifs de la liberté personnelle étant particulièrement sujets à interprétation constructive, il n'est pas interdit – si ce

²⁵⁹¹ Constitution du 4 octobre 1958, art. 66 : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

²⁵⁹² V. *infra*.

²⁵⁹³ CC, décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 94 : « le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé » ; CC, décision n° 2006-542 du 9 novembre 2006, *Loi relative au contrôle de la validité des mariages*, cons. 4. ; CC, décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 23.

²⁵⁹⁴ CC, décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre [Gens du voyage]*, Cons. 8 : « Considérant que les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté d'aller et venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnées à cet objectif ».

²⁵⁹⁵ GENEVOIS (B.), « Préface », in ROUSSILLON (H.), BIOY (X.) (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ? – Actes de la Journée d'études du 7 mai 2005*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, « Actes de colloque (IFR Mutation des normes juridiques) », 2006, n° 12, p. 5.

²⁵⁹⁶ VEDEL (G.), « La juridiction compétence pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, p. 851.

²⁵⁹⁷ GENEVOIS (B.), « Préface », in ROUSSILLON (H.), BIOY (X.) (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ? – Actes de la Journée d'études du 7 mai 2005*, *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁹⁸ *Id.*

n'est souhaitable – de chercher à identifier un contenu cohérent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

559. Pas de fonction sans idée. – Au regard de ses multiples utilisations – droit social, fichage des personnes, liberté du mariage, liberté d'aller et venir –, la liberté personnelle semble trouver son fondement dans la préservation d'une coexistence entre l'intimité et la sociabilité, entre les « deux sphères »²⁵⁹⁹ qui s'achoppent nécessairement. Ce point de rencontre est aussi le point d'ancrage de l'autonomie des personnes. Ainsi envisagée, la liberté personnelle peut être vue comme une « liberté mère »²⁶⁰⁰, ou une « liberté matricielle », tant sa capacité à accueillir l'ensemble des libertés visées par les articles 2 et 4 de la DDHC. Ainsi, l'adaptabilité fonctionnelle qui ressort des différentes utilisations de la liberté personnelle serait un premier signe de son bagage conceptuel : une notion dont le contenu est aussi large – alors qu'elle dispose pourtant d'un fondement textuel – implique une liberté particulièrement large. D'une certaine façon, la notion ne peut jamais être strictement fonctionnelle dans un ordre juridique : elle s'inscrit toujours dans une fonction, et plus largement dans un objectif. Cet objectif est nécessairement le pendant d'une idée, d'une conception d'une forme de justice s'inscrivant dans l'ordre juridique et la société à un instant donné. Ainsi, il ressort des différents temps jurisprudentiels de la liberté personnelle que cette dernière peut être appréhendée de façon large et souple. Différents auteurs s'accordent à dire qu'elle constituerait une forme de réception du droit au développement de la personnalité, permettant de « garantir le respect de la personne dans sa singularité et la rendre opposable dans les relations sociales »²⁶⁰¹. Les premières tentatives de systématisation, formulées à l'issue de la première vague de décisions rendues entre 1988 et 1993, proposaient de voir dans la liberté personnelle un droit « de ne pas subir des contraintes excessives »²⁶⁰², ou encore une opposition à ce que « toute personne physique mais aussi certainement morale, ne soit l'objet de mesures coercitives, tatillonnes ou vexatoires, qui sans entamer sa liberté individuelle et notamment sa liberté d'aller et venir, n'en définissent pas moins sans nécessité une technique d'amenuisement progressif de sa liberté d'action, en particulier de l'autonomie de sa volonté »²⁶⁰³. Ce dernier aspect – l'autonomie – a également été souligné par François Rigaux, qui voit dans la construction jurisprudentielle relative à la liberté personnelle l'avènement d'une « liberté fondamentale nouvelle, celle de l'autonomie »²⁶⁰⁴.

²⁵⁹⁹ V. nos développements précédents, n° 398.

²⁶⁰⁰ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. COSTA (J.-P.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « LMD », 2016, 4^e éd., p. 452.

²⁶⁰¹ PENA-SOLER (A.), « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, p. 1695.

²⁶⁰² MATTHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Manuel » 2002, p. 546.

²⁶⁰³ RENOUX (T.-S.), « Note sous décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 », *RFDC* 1993, n° 14, p. 381

²⁶⁰⁴ RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », 1990, p. 649.

Les approches suivantes – pour lesquelles les auteurs avaient plus de recul – ont tenu compte de cette prégnance de la dimension sociale. En effet, une liberté à laquelle on ajoute le qualificatif de « personnelle » implique le rôle de l'individu dans la société, matérialisé par le masque de la *persona*²⁶⁰⁵. Il n'y aurait donc nulle opposition à la liberté individuelle, mais cette dernière ne serait qu'un fragment de la liberté personnelle²⁶⁰⁶. On retrouve ici les deux conceptions juridiques de l'être humain : l'individu et la personne. La liberté personnelle pourrait ainsi protéger « les choix et l'identité personnelle en les préservant, dans une certaine mesure des concessions à faire à la vie sociale »²⁶⁰⁷, dans la mesure où « le contentieux se noue autour du critère objectif de l'existence même d'un minimum de vie privée, de vie personnelle, d'intimité constitutive de la personnalité. La liberté personnelle, dépassant la seule intimité, rejoignant ainsi la *privacy* américaine, tendrait à rendre publique la vie privée dans les limites fixées par l'individu »²⁶⁰⁸. Cette liberté, qui « impose des sujétions particulières relatives à l'expression de l'identité personnelle et à la vie privée »²⁶⁰⁹, serait ainsi celle de l'autonomie, de la préservation d'une zone particulière à la jonction entre l'intimité et les relations interpersonnelles.

B. Une judicieuse association à la liberté personnelle

560. Pertinence maximale, occurrences marginales. – L'intégration explicite de la protection des données à caractère personnel à la liberté personnelle n'a pu être constatée que dans un nombre faible de décisions (1.), ce qui peut sembler paradoxal, tant cette dernière semblait – et semble toujours – conceptuellement adaptée (2.).

1. Le rattachement des données personnelles à la liberté personnelle, occurrences limitées

561. Rattachement de la protection des données personnelles à la liberté personnelle. – Dans la mesure où la vie privée n'avait, à l'époque, pas encore trouvé son rang au sein du bloc de constitutionnalité, le juge constitutionnel était quelque peu démuné s'agissant de trouver un fondement à la protection des données à caractère personnel. Dans un premier temps, il s'est

²⁶⁰⁵ V. nos développements précédents, n° 21.

²⁶⁰⁶ MATHIEU (B.), *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1992, p. 27 : « ce principe [...] doit être distingué du principe de la liberté individuelle (dont l'utilisation ne peut être trop extensive, du fait que sa protection justifie, au titre de l'article 66 de la Constitution, la compétence du juge judiciaire) ».

²⁶⁰⁷ BIOY (X.), « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *op. cit.*, p. 137.

²⁶⁰⁸ BIOY (X.), « Propos introductifs », in ROUSSILLON (H.), BIOY (X.) (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ? – Actes de la Journée d'études du 7 mai 2005*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, « Actes de colloque (IFR Mutation des normes juridiques) », 2006, p. 28.

²⁶⁰⁹ HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, « Droits de la convention européenne des droits de l'homme », 2015, p. 378.

prononcé à l'occasion de l'examen de la loi autorisant l'approbation des accords Schengen. Les députés avaient souligné que l'accord de libre circulation mettait en place un système d'information Schengen (SIS), accessible depuis l'ensemble des États parties à l'accord (centralisé) mais également alimenté par les différentes bases de données nationales (interconnecté). Il était donc à craindre que les données personnelles nationales ne se trouvent transférées dans des États n'offrant pas un niveau de protection équivalent au droit national. Le Conseil constitutionnel ignorait toutefois cet argument, et constatait que les garanties avancées étaient « à même d'assurer le respect de la liberté personnelle »²⁶¹⁰. Dans une autre décision où le Conseil se prononçait sur la conformité à la constitution de certaines dispositions de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, il a frappé d'inconstitutionnalité l'une d'elles. Cette dernière prévoyait en effet une consultation sans motivation et restriction – y compris par un service central de prévention de la corruption – d'un fichier nominatif. Une telle autorisation était « de nature à méconnaître le respect de la liberté personnelle »²⁶¹¹.

Ces deux seules décisions recouvrent la période de rattachement de la protection des données à caractère personnel à la liberté personnelle. À ces occurrences marginales, pourtant, correspond selon nous une pertinence conceptuelle maximale.

2. Le rattachement des données personnelles à la liberté personnelle, une pertinence maximale

562. Pertinence du rattachement. – Le choix de l'incorporation de la protection des données à caractère personnel à la liberté personnelle, à l'occasion de ces deux décisions, nous semble judicieux concernant le volet de la répartition contentieuse, mais également au regard de la nature desdites données. L'aspect contentieux réside dans l'évitement d'une protection des données à

²⁶¹⁰ CC, décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, cons. 49 : « Considérant que le chapitre III du titre IV de la convention comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories de données collectées par le "Système d'information Schengen" ».

²⁶¹¹ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 16 : « Considérant en outre que l'article 5 de la loi confère à ce service le droit d'obtenir communication de tout document sans l'assortir d'une obligation de motivation et sans aucune restriction non seulement quant à la nature mais aussi quant à l'ancienneté de ces documents ; que ce droit n'étant pas limité à une prise de connaissance et, le cas échéant, de copie, peut autoriser des rétentions dont le terme n'est pas fixé ; que le droit de convocation de toute personne dont dispose le service peut être assorti d'un délai limité à 48 heures, sans égard aux déplacements qu'il implique ni à d'éventuelles circonstances particulières ; qu'il n'est pas précisé que la personne convoquée peut se faire accompagner du conseil de son choix ni qu'un procès-verbal doit être dressé contradictoirement ; que le service peut ainsi, y compris de sa propre initiative, intervenir dans des domaines très divers de la vie professionnelle et privée ; que le refus de délivrer les documents demandés ou de se prêter aux auditions provoquées par le service est punissable d'une amende correctionnelle de 50 000 F. ; que les dispositions de l'article 5 sont de nature à méconnaître le respect de la liberté personnelle et à porter des atteintes excessives au droit de propriété ; que, dès lors, l'article 5 de la loi doit être déclaré contraire à la Constitution ».

caractère personnel uniquement assurée par l'article 66 de la Constitution, ce qui permettait d'éviter un monopôle au profit du juge judiciaire²⁶¹². La liberté personnelle se situait en terrain plus ouvert, celui de la rencontre des articles 2 et 4 de la DDHC. Cet aménagement des compétences produisait deux effets : il ouvrait la voie aux autorités administrative en matière de surveillance et de fichiers de police ; dans un second temps, il désamorçait une situation juridiquement incohérente dans laquelle le juge administratif aurait eu à connaître des décisions de la CNIL sans pour autant être considéré comme protecteur légitime de la personne physique visée par un traitement de données personnelles²⁶¹³. Concernant l'apport conceptuel d'un tel rattachement, il apparaît que la liberté personnelle constituait un fondement adapté à la protection des données personnelles, à même d'en former la matrice, en tant que liberté de portée véritablement fondamentale. Bien sûr, cette adéquation est subordonnée aux acceptions doctrinales précédemment exposée²⁶¹⁴. Si la liberté personnelle peut être comprise comme le droit de ne pas subir une contrainte sociale excessive, elle épouse parfaitement le cadre de la protection des données à caractère personnel, qui implique à la fois des investigations faiblement contraignantes – mais incessantes – et des atteintes d'une importance potentiellement nettement supérieure – principalement en provenance des autorités publiques. En outre, l'énumération générale des protections visant la personne humaine par l'article 1^{er} de la LIL, semble trouver dans la liberté personnelle une matrice favorable pour « l'identité humaine », « les droits de l'homme », « la vie privée », les « libertés individuelles ou publiques »²⁶¹⁵. Le Conseil constitutionnel a pourtant fait le choix de ne pas s'arrêter à ce fondement, et a déplacé la protection des données à caractère personnel dans le giron du droit au respect de la vie privée.

§ 2 – La protection des données à caractère personnel diluée dans la vie privée

563. L'itinéraire sinueux de la protection des données personnelles. – L'abandon du fondement de la liberté personnelle pour le droit au respect de la vie privée s'est fait progressivement, avec des périodes de transition correspondant à des invocaitons conjointes. Dans un premier temps, les données à caractère personnel ont été réintégrées dans le champ de la liberté individuelle (A.). Le droit au respect de la vie privée ayant été ensuite constitutionnalité, une

²⁶¹² GENEVOIS (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, septembre 1993, p. 876.

²⁶¹³ GENEVOIS (B.), « Préface », in ROUSSILLON (H.), BIOY (X.) (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ? – Actes de la Journée d'études du 7 mai 2005*, *op. cit.*, p. 6.

²⁶¹⁴ V. *supra*, n° 558.

²⁶¹⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art 1^{er}.

dernière mutation a permis la translation du régime de protection de la liberté individuelle vers ladite vie privée (B.).

A. L'ajustement d'une protection : de la liberté personnelle à la liberté individuelle

564. Liberté individuelle et liberté personnelle : trajectoires croisées. – Intuitivement, le voisinage de la liberté individuelle avec le droit de ne pas être arbitrairement détenu²⁶¹⁶ incitait à penser que le constituant avait entendu assigner à la liberté individuelle un sens assez clair, à savoir la sûreté personnelle. La découverte de la liberté individuelle comme principe fondamental reconnu par les lois de la République semblait contrarier cette thèse. Dans la décision 76-75 DC du 12 janvier 1977, le Conseil constitutionnel a considéré qu'une disposition mettant en place une procédure générale de fouille des véhicules par des agents de police judiciaire portait « atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle »²⁶¹⁷. Une telle utilisation de la liberté individuelle, considérée comme principe dépassant la lettre de l'article 66 de la Constitution, pouvait s'analyser comme un prélude à l'avènement de la liberté personnelle. L'inclusion du droit à l'inviolabilité du domicile au sein du régime de protection de la liberté individuelle²⁶¹⁸ encourageait à considérer que le Conseil ciselait déjà une ouverture sur un droit au respect de la vie privée, droit sur lequel les députés et sénateurs fondaient d'ailleurs leurs griefs. Dans l'ensemble, le contenu de la liberté individuelle était réfractaire à toute systématisation, tant il semblait changeant²⁶¹⁹ et donnait lieu « à de nombreuses contorsions intellectuelles »²⁶²⁰ : liberté d'aller et venir²⁶²¹, respect de la vie privée²⁶²², inviolabilité du domicile et de la correspondance²⁶²³, liberté de mariage²⁶²⁴. Par un mouvement de vases communicants, la liberté individuelle semblait

²⁶¹⁶ Constitution du 4 octobre 1958, art. 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu ».

²⁶¹⁷ CC, décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, cons. 5.

²⁶¹⁸ CC, décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 28.

²⁶¹⁹ Gérard Cornu a rendu compte de ce contenu instable dans son *Vocabulaire juridique*. Il y envisage la liberté individuelle comme un « droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher ; exercice des volontés légitimes de chacun dans la limite des nécessités de l'ordre social » mais, plus restrictivement, comme la « sûreté garantissant les personnes qui résulte de ce que nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et suivant des formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant d'autres juges que ses juges naturels, désignés par la loi ; synonyme en ce sens de liberté corporelle d'aller et venir sans arrêté ni arbitrairement détenu » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2008, 8^e éd., p. 549, *V^o liberté individuelle*).

²⁶²⁰ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 647.

²⁶²¹ CC, décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*.

²⁶²² CC, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 3.

²⁶²³ CC, décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 28.

²⁶²⁴ CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

recupérer le terrain perdu au profit de la liberté personnelle : « à une notion originelle centrée exclusivement sur la sûreté personnelle, le juge constitutionnel français, au fil de sa jurisprudence, a substitué une conception extensive de la liberté individuelle recouvrant un ensemble composite de libertés individuelles »²⁶²⁵.

565. Les données personnelles et la liberté individuelle. – Ce même mouvement a touché les données à caractère personnel, alors explicitement rattachées à la liberté individuelle. Dans un premier temps, la décision 92-316 DC renvoyait tant à la liberté personnelle²⁶²⁶ qu'à la liberté individuelle en visant les « dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »²⁶²⁷. Cet énoncé, qui semblait lier le destin de la loi du 6 janvier 1978 à la protection de la liberté individuelle, se retrouvait dans les décisions 93-325²⁶²⁸ et 97-389 DC²⁶²⁹. La nouveauté ne venait alors pas tant de la persistance d'une telle formule que de la disparition de la référence à la liberté personnelle et, avec elle, de son bagage subjectif – dimension sociale de la personne saisie dans son identité. On aurait alors pu croire à l'absorption pure et simple de la liberté personnelle par le réveil de la liberté individuelle, libérée de l'article 66 de la Constitution pour trouver son fondement dans l'article 4 de la DDHC. Dès lors, une systématisation, quasiment jumelle à celles proposées pour la liberté personnelle, pouvait être avancée. La liberté individuelle pouvait alors s'entendre comme « le droit de l'individu de mener la vie privée et publique qu'il estime lui convenir vis-à-vis des personnes de droit privé et des personnes de droit public, tant que les choix personnels ne nuisent pas à autrui et ne portent pas atteinte à l'ordre public »²⁶³⁰. Finalement, après de nombreux ajustements du curseur entre liberté personnelle et liberté individuelle, cette dernière semble être rentrée dans son « rang »

²⁶²⁵ PENA-SOLER (A.), « Liberté individuelle », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) (dir.) et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Quadrige Dicos Poche », 2008, p. 643.

²⁶²⁶ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 16.

²⁶²⁷ *Ibid.*, cons. 14.

²⁶²⁸ CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 121 : « en prévoyant que les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale pourront avoir accès aux fichiers de l'État pour vérifier que les assurés étrangers satisfont aux conditions de régularité de leur situation en France, le législateur a explicitement entendu assurer l'application des dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

²⁶²⁹ CC, décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 5 : « si les travaux parlementaires ont montré qu'un traitement informatique des certificats d'hébergement pourrait s'avérer nécessaire, la loi ne comporte aucune disposition à cet égard ; qu'en conséquence les moyens invoqués le concernant sont inopérants ; que d'ailleurs, si un tel fichier était établi, il serait soumis aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

²⁶³⁰ FRAYSSINET (J.), « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (n° 92-316 DC, 20 janvier 1993) », *RFDC* 1993, n° 14, p. 396.

constitutionnel et se limite aux questions de sûreté personnelle et de liberté d'aller et venir, qui sont intégrées à la notion plus large de liberté personnelle.

Concernant les données à caractère personnel, les atermoiements du Conseil constitutionnel ne s'interrompaient toutefois pas, l'avènement d'un droit constitutionnel au respect de la vie privée venant une fois de plus chambouler la situation.

B. La mutation finale d'une protection : de la liberté individuelle à la vie privée

566. Le passage final à la vie privée. – Le processus de constitutionnalisation de la vie privée n'aura pas été un long fleuve tranquille. Malgré l'amorce d'une protection – implicite – dans les décisions relatives à la fouille des véhicules²⁶³¹ et aux perquisitions fiscales²⁶³², le Conseil constitutionnel se refusait à examiner la constitutionnalité des dispositions litigieuses au regard d'un droit au respect de la vie privée²⁶³³. Dans un premier un temps, ce droit fût contraint de se tenir dans l'ombre d'une liberté individuelle interprétée extensivement²⁶³⁴. Les données à caractère personnel étaient ainsi intégrées au binome liberté individuelle-vie privée²⁶³⁵. Puis, à l'occasion de la décision *CMU*²⁶³⁶, le Conseil constitutionnel fondait la protection de la vie privée sur l'article 2 de la DDHC. Il dévoilait ce qui tiendrait désormais lieu de formule consacrée : « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression” ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée »²⁶³⁷. Les données à caractère personnel suivaient immédiatement ce jeu de chaises musicales. En effet, le Conseil examinait justement la constitutionnalité des traitements de données à caractère personnel résultants de la mise en place de la carte d'assurance maladie. Il admettait volontiers que de telles informations relevaient de la vie privée de la personne, et appelaient la protection fondamentale de l'article 2 de la DDHC²⁶³⁸.

²⁶³¹ CC, décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*.

²⁶³² CC, décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*.

²⁶³³ V. notamment CC, décision n° 82-148 DC du 14 décembre 1982, *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale* ; CC, décision, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* ; CC, décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage* ; CC, décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finance pour 1984*.

²⁶³⁴ CC, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 3.

²⁶³⁵ CC, décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, cons. 62.

²⁶³⁶ CC, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

²⁶³⁷ *Ibid.*, cons. 45.

²⁶³⁸ *Ibid.*, cons. 54 : « il appartenait au législateur d'instituer une procédure propre à sauvegarder le respect de la vie privée des personnes, lorsqu'est demandée la communication de données de santé susceptibles de permettre l'identification de ces personnes ; qu'en subordonnant cette communication à autorisation de la Commission nationale

La vie privée fut, dès lors, l'unique point d'ancrage constitutionnel des données à caractère personnel²⁶³⁹. La liberté individuelle, un temps suffisamment hypertrophiée pour éclipser la liberté personnelle, fût soulagée de la protection des données à caractère personnel et, plus tard, du droit à l'inviolabilité du domicile²⁶⁴⁰. Plusieurs confirmations venaient du Conseil constitutionnel, de sorte que le rattachement exclusif des données à caractère personnel à la vie privée ne faisait plus de doute. Cette tendance ne concernait toutefois que les données « sensibles ». En effet, le Conseil réaffirmait la protection assurée aux données à caractère personnel dans des cas éclairants : interdiction de traitement des préférences sexuelles des personnes liées par le pacte civil de solidarité²⁶⁴¹, lien de filiation biologique avec la mère du demandeur de visa²⁶⁴², opinions politiques et appartenance syndicale pouvant être déduites d'un signalement préalable d'utilisation du droit de grève par un salarié²⁶⁴³, des données biométriques²⁶⁴⁴ et de santé²⁶⁴⁵. Dans cette dernière décision 2004-504 DC, le Conseil insistait sur la nécessité d'une « particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale »²⁶⁴⁶. La protection des données à caractère personnel était donc définitivement une question de respect de la vie privée, malgré un léger soubresaut le 29 juillet 2004, lors de l'examen de la conformité de la loi de transposition de la directive 95/46/CE, procédant à une refonte d'ensemble de la loi du 6 janvier 1978²⁶⁴⁷. En effet, nonobstant la cohérence de fondement – « le respect de la vie privée »²⁶⁴⁸ –, le Conseil ajoutait qu'il

de l'informatique et des libertés, le législateur, sans méconnaître l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a fixé en l'espèce des modalités assurant le respect de la vie privée ».

²⁶³⁹ Pour illustration de la cohérence du juge constitutionnel français en la matière, v. notamment : CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* ; CC, décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation* ; CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

²⁶⁴⁰ CC, décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 38 : « Considérant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile ».

²⁶⁴¹ CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 73-74.

²⁶⁴² CC, décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 17 : « le législateur a entendu ne pas autoriser le traitement des données à caractère personnel recueillies à l'occasion de la mise en oeuvre de ce dispositif et n'a pas dérogé aux dispositions protectrices de la vie privée prévues par la loi du 6 janvier 1978 susvisée ».

²⁶⁴³ CC, décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 31 : « les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 susvisée s'appliquent de plein droit aux traitements de données à caractère personnel qui pourraient éventuellement être mis en œuvre l'obligation de déclaration individuelle s'accompagne de garanties propres à assurer, pour les salariés, le respect de leur droit à la vie privée ».

²⁶⁴⁴ CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, cons. 8 : « Considérant, en second lieu, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en oeuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ».

²⁶⁴⁵ CC, décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 5.

²⁶⁴⁶ *Id.*

²⁶⁴⁷ CC, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

²⁶⁴⁸ *Ibid.*, cons. 2.

appartenait au législateur « de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »²⁶⁴⁹. La portée objective d'une telle formule n'est pas sans suggérer l'autonomie des personnes. Une utilisation régulière de cet énoncé aurait pu laisser penser que le Conseil constitutionnel avait introduit une variable permettant de justifier une interprétation élargie du droit au respect de la vie privée. Cela ne s'est pas réalisé, la formule n'étant, semble-t-il, que le prélude à l'annonce de la conciliation des intérêts concurrents : « la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions »²⁶⁵⁰.

567. Une conception prudente du droit au respect de la vie privée. – Si la protection constitutionnelle des données à caractère personnel est à mettre au crédit du Conseil constitutionnel, il est toutefois possible d'y apporter un bémol. En effet, l'objet particulier formé par les données à caractère personnel – informations permettant d'identifier les personnes – est le terreau idéal à l'émergence d'une protection constitutionnelle de l'identité et, par corollaire, de l'autonomie des personnes. C'est ce même champ qui avait permis à la cour constitutionnelle allemande, en décembre 1983, de garantir un droit fondamental à la protection de l'autonomie des personnes²⁶⁵¹. Ainsi, l'examen de la « loi relative à la protection de l'identité »²⁶⁵² – à l'intitulé aussi prometteur que trompeur²⁶⁵³ – se révélait décevant. Il s'agissait en l'espèce d'une disposition prévoyant la création d'un « d'un traitement de données à caractère personnel facilitant le recueil et la conservation des données requises pour la délivrance du passeport français et de la carte nationale d'identité, destiné à préserver l'intégrité de ces données »²⁶⁵⁴. Le juge constitutionnel a estimé que ce fichier centralisateur de données biométriques ne présentait pas les caractéristiques d'un traitement proportionné : « eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée

²⁶⁴⁹ *Ibid.*, cons. 4.

²⁶⁵⁰ CC, décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*, Cons. 9.

²⁶⁵¹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 15 décembre 1983, *Volkszählung*, BVerfGE 65, 1, 42, cons. 93-94.

²⁶⁵² CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*. Obs. TREZEGUET (M.), « Cadre légal de la carte d'identité biométrique mais inconstitutionnalité du fichier central commun et de la puce « signature électronique » », *RLDI*, juin 2012, n° 5, pp. 24-26 ; TCHEN (V.), « L'informatisation des documents d'identité numérisés », *Droit administratif*, mai 2012, n° 5, pp. 24-26.

²⁶⁵³ Il s'agissait en l'espèce d'une disposition prévoyant la création d'un « d'un traitement de données à caractère personnel facilitant le recueil et la conservation des données requises pour la délivrance du passeport français et de la carte nationale d'identité, destiné à préserver l'intégrité de ces données » (cons. 2). Le juge constitutionnel a estimé que ce fichier centralisateur de données biométriques ne présentait pas les caractéristiques d'un traitement proportionné : « eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi » (cons. 11).

²⁶⁵⁴ CC, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, cons. 2.

comme proportionnée au but poursuivi »²⁶⁵⁵. Alors que le rapprochement avec l'identité lui était servi sur un plateau – l'intitulé même de la loi examinée –, le Conseil n'a pas saisi cette occasion, pas plus que celle de revenir au fondement, particulièrement pertinent, de la liberté personnelle. Certes, il a vidé la loi de ses mesures manifestement contraires à la Constitution, mais selon un raisonnement qui peut être présenté comme peu ambitieux. Le Conseil constitutionnel semble en effet adopter une certaine réticence à considérer l'aspect social de la vie privée des personnes, dont l'identité est le cocon²⁶⁵⁶. La considération constitutionnelle du versant social de la vie privée pourrait pourtant changer – notamment – le paradigme de la protection constitutionnelle des données personnelles²⁶⁵⁷. La prise en compte de l'ampleur de la circulation des données – et du caractère relatif des mesures de sécurité prises pour en éviter la diffusion – permettrait éventuellement de rechercher comment colmater les brèches, plutôt que de s'interroger sur les dispositions ponctuelles visant un traitement qui aurait échappé à la CNIL et au Conseil d'État. En définitive, la vie privée au sens du Conseil constitutionnel semble se limiter de façon assez classique au secret et à l'intimité, bastion d'une subjectivité tolérable pour le juge constitutionnel²⁶⁵⁸. Or la liberté personnelle s'appuie, elle, « aussi bien sur l'intimité que sur l'expression publique des choix personnels : l'identité »²⁶⁵⁹. Il en résulte un éloignement de cette même personne d'un domaine où son consentement est pourtant frénétiquement sollicité, et dont les implications sociales peuvent être considérables. La double composante de la vie privée (intimité et secret d'un côté, liberté et tranquillité de l'autre), pourtant largement soulignée en doctrine²⁶⁶⁰, n'a pas obtenu les faveurs du

²⁶⁵⁵ *Ibid.*, cons. 2.

²⁶⁵⁶ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, Janvier 2006, n° 65, p. 78 : « La jurisprudence constitutionnelle témoigne de ce que l'identité est essentiellement perçue comme un moyen d'individualiser et non comme un moyen d'épanouissement personnel ».

²⁶⁵⁷ BENEJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 548-549 : « En ce sens, les droits sur les données personnelles apparaissent comme des droits au respect de, et plus précisément, au respect de l'identité ».

²⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 546 : « Ce défaut de consécration générale et autonome de l'identité comme objet d'un droit de la personnalité singulier conduit la doctrine et la jurisprudence à traiter de l'identité au titre du droit au respect de la vie privée ».

²⁶⁵⁹ BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 93-94.

²⁶⁶⁰ NERSON (R.), *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1939, n° 160 ; LINDON (R.), *Dictionnaire juridique : les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1983, n° 33, p. 113 ; RIGAUX (F.), « La liberté de la vie privée », *RIDC*, juillet-septembre 1991, Vol. 43 n° 3, pp. 539-561 ; KAYSER (P.), *La protection de la vie privée par le droit*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1995, 3^e éd., p. 12 : « Elles correspondent à des comportements différents : le secret, à la retraite avec le conjoint et les enfants au foyer, au domicile, siège privilégié de la vie privée ; la liberté, à la sortie de cette retraite pour développer sa personnalité physique, intellectuelle, morale, spirituelle » ; CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 : Les personnes*, Paris, PUF, 20^{ème} éd., 1996, n° 86 et 96 : « ce que protège l'article 9, c'est une liberté » ; BEIGNIER (B.), « Réflexion sur la protection de la vie privée », *Droit de la famille*, 1997, Chron. 11 : « Le respect [...] de la vie privée, c'est celui de l'identité et de la personnalité. Ce n'est pas le droit de vivre caché, mais de vivre librement. Être libre, c'est pouvoir être tranquille » ; DE SCHUTTER (O.), « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, Octobre 2009, n° 40, pp. 827-863 ; SAGNE (V.), *L'identité de la personne humaine*, Toulouse-1-Capitole, 2003, p. 349 : « La vie privée promet la tranquillité de chacun contre l'intervention d'un tiers mué en chercheur ou diffuseur d'informations à caractère personnel » ; DREYER (E.), « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *CCE*, Mai 2005, n° 5, étude 18, p. 22 : « Il faut sans doute voir dans la liberté et la tranquillité deux aspects d'une même

juge constitutionnel français. Or, nous nous associons à l'affirmation selon laquelle « la loi de 1978 concerne toutes les espèces d'autonomie de l'individu, tous les qualificatifs des libertés, individuelles ou publiques, dès que l'exercice de celles-ci passe par la gestion des données nominatives grâce à des fichiers classiques ou des traitements automatisés. Restreindre la finalité de la loi de 1978 au seul respect du droit à la vie privée reconnu par l'article 9 du Code civil est une erreur d'analyse fréquente »²⁶⁶¹. Le Conseil dissocie la liberté strictement passive, qui correspond à la préservation du *for intérieur* (art. 2 DDHC) – de la liberté active qui intègre la dimension sociale de la personne et ce qu'elle souhaite préserver ou offrir d'elle-même aux autres personnes (art. 2 et 4 de la DDHC).

À défaut d'une protection explicite de l'identité par le Conseil, qui semblerait pourtant se justifier au regard d'un ordre juridique soucieux des droits fondamentaux²⁶⁶², la liberté personnelle semble un fondement parfaitement adapté pour la protection des données à caractère personnel. De nombreux auteurs ont souligné la pertinence d'un retour de la protection des données à caractère personnel dans le giron de la liberté personnelle²⁶⁶³, celui de la vie privée étant trop restrictif. À l'opposé de cette dynamique, la Cour européenne des droits de l'Homme a commencé par accueillir la protection des données à caractère personnel au sein du champ d'application de la vie privée et familiale – article 8 de la Convention. Après une période transitoire dans laquelle elle a mesuré les implications potentielles des traitements de données sur l'identité des personnes, elle a tiré les conséquences de cette nécessité de protection. L'identité est protégée par le truchement de l'autonomie, qui est la condition de son développement. Élevant le niveau de protection de la personne à l'égard des traitements de données à caractère personnel, la Cour européenne a consacré l'auto-détermination informationnelle de la personne.

prérogative » ; SAINT-PAU (J.-C.), *Droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, n° 414 s. ; BIOY (X.), « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *op. cit.*, p. 134 : « le régime de la vie privée se répartit entre les deux, la liberté d'un côté, le secret de l'autre ».

²⁶⁶¹ FRAYSSINET (J.), « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés » *op. cit.*, p. 398.

²⁶⁶² BIOY (X.), « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 74 « La question de l'identité, particulièrement, constitue le premier bastion à prendre pour un droit constitutionnel des droits fondamentaux ».

²⁶⁶³ HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, *op. cit.*, p. 378 : « Il est regrettable que la liberté personnelle ne demeure pas le fondement constitutionnel de la protection des données à caractère personnel ; le droit au respect de la vie privée compromet, en effet, sérieusement le développement d'un droit à l'autodétermination informationnelle qui aurait pourtant conduit à revaloriser l'individu dans la maîtrise de ses données » ; MAZEAUD (V.), « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *NCCC*, 2015/3, n° 48, p. 13 : « À l'avenir, la jurisprudence pourrait encore fort bien autonomiser certaines des composantes du droit au respect de la vie privée, principalement pour leur conférer un régime propre – on songe par exemple aux données personnelles – et, de manière proche, les rattacher à la “liberté personnelle” » ; OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, *op. cit.*, p. 410 : « Si des considérations tant stratégiques que conceptuelles expliquent le rattachement de la protection des données personnelles, assez vite, la relative clarté de ce rattachement s'est troublée ».

Section 2 – La stabilité d’une protection conventionnelle par le droit à l’autonomie personnelle

568. La nécessaire traversée d’une nébuleuse conceptuelle. – La grande complexité de la question de l’identité devant la Cour européenne des droits de l’Homme peut être posée en termes simples : « la préservation de l’identité est le cauchemar du chercheur en droit de la CEDH »²⁶⁶⁴. Dans la garantie par la Cour d’un droit à l’autonomie personnelle, fondement explicite de la protection de l’identité et corollairement du développement de la personnalité, Frédéric Sudre voit « une grande confusion conceptuelle »²⁶⁶⁵. La coexistence et l’utilisation peu lisible de différents concepts interdépendants obscurcit, en effet, quelque peu la vision : « développement personnel », « autonomie personnelle », « épanouissement personnel », « développement de la personnalité », « autodétermination », « identité personnelle »... La jurisprudence du juge du Palais des droits de l’Homme peut, à ce titre, être perçue comme chaotique et difficile à apprivoiser. Que cela relève d’une véritable politique jurisprudentielle ou de découvertes *in concreto* selon les espèces qui se présentent, il nous semble pourtant que cet ensemble rend particulièrement compte de ce qu’est l’identité : un réseau – un ensemble complexe – au sein duquel il serait vain et même inadapté de chercher à isoler les facteurs. L’interdépendance de notions comme l’identité personnelle, l’identité sociale, l’identité fondamentale ou encore l’identité psychique montre la nature atomique de l’identité : des ensembles protéiformes et interdépendants formant un noyau – l’identité de la personne –, soumis à des *stimuli* récurrents qui en modifient la structure – l’entourage social. L’autodétermination, le développement personnel et le développement de la personnalité sont autant de notions servant de courroie de transmission entre la préservation de l’identité des personnes et son moyen, le droit à l’autonomie personnelle. La vie privée est le moteur de l’ensemble de ces mécanismes, qu’elle nourrit à tous les niveaux conceptuels par son dynamisme²⁶⁶⁶. Cela permet d’éclairer le refus perpétuel d’apporter une définition exhaustive à cette notion²⁶⁶⁷. Considérant que la protection des données à caractère personnel peut recouvrir l’ensemble des aspects de l’identité de la personne humaine (en les transformants en identifiants par une numérisation), il n’est pas surprenant que la Cour européenne ait d’abord procédé à une extension

²⁶⁶⁴ MARGUENAUD (J.-P.), « La dimension européenne de l’identité », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l’identification des différents aspects juridiques de l’identité*, Arras, Artois presses université, 2015, p. 107.

²⁶⁶⁵ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2016, 13^e éd., pp. 738-739, n° 490.

²⁶⁶⁶ POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l’autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l’importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHELF (K.), TRUDEL (P.) (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis-CRDP, 2009, p. 187 : « Le droit au respect de la vie privée est donc un concept légal dont la valeur tient aux idéaux sociopolitiques (ou valeurs finales) de liberté, d’autonomie et d’autodétermination qu’il contribue à protéger ou à renforcer ».

²⁶⁶⁷ Cour EDH, 12 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13710/88, § 29 : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “vie privée” ».

du champ d'application de l'article 8 de la Convention – norme matricielle – avant d'aboutir à la consécration d'un « droit à l'auto-détermination informationnelle » découlant selon nous du droit à l'autonomie personnelle – concept matriciel²⁶⁶⁸. Afin d'étayer ce propos, il nous faudra donc envisager l'absorption de la protection des données à caractère personnel par un élargissement du champ d'application de l'article 8 de la Convention (§ 1), avant d'étudier le renforcement conceptuel autour de cette protection, à travers notamment la notion d' « auto-détermination informationnelle », semblant raisonnablement découler du droit à l'autonomie personnelle (§ 2).

§ 1 – Une extension du champ matériel au profit de la protection des données à caractère personnel

569. Silence des textes et activisme du juge. – La protection des données à caractère personnel n'étant prévue par aucune stipulation conventionnelle – ce qui est logique au regard de la date de rédaction de l'instrument –, celle-ci n'a pu voir le jour que par une intégration à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui dispose que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». En effet, le contenu *a priori* exhaustif de cette norme n'était qu'apparent, la Cour européenne des droits de l'Homme se livrant rapidement à une interprétation dynamique (A.) ; le champ d'application de l'article 8 était alors étendu aux données à caractère personnel (B.).

A. Le terreau fertile d'une interprétation dynamique de la vie privée

570. La réunion des deux sphères. – L'interprétation dynamique postule un positionnement favorable aux droits fondamentaux de la personne. Dans un tel mouvement, l'extension du champ d'application se caractérise par une absorption des possibilités contentieuses – afin de mieux protéger les personnes –, par opposition à une posture de ménagement des souverainetés étatiques – afin d'assurer une adhésion maximale des États. La jurisprudence de la Cour européenne aurait ainsi, pendant une certaine période, été animée d'une dynamique centrifuge, plutôt que d'une force de repli centripète. En cela, elle aurait participé à « la construction d'un ordre juridique commun »²⁶⁶⁹. Ainsi est-elle passée, selon Jean-Pierre Marguénaud d'une protection de la vie privée « personnelle » à la protection de la vie privée « sociale »²⁶⁷⁰. Malgré notre adhésion à cette analyse

²⁶⁶⁸ L'expression « concept matriciel » contenant une redondance (sur ce point, v. nos développements précédents, n° 29), il convient de signaler que nous ne l'employons ici qu'à titre illustratif, pour la distinguer de la « norme matricielle » que constitue l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

²⁶⁶⁹ SUDRE (F.), « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, n° 28, 2001, I 335, p. 1365.

²⁶⁷⁰ MARGUENAUD (J.-P.), « Le droit à la “vie privée sociale” », in *GACEDH*, Paris, PUF, « Thémis droit », 2007, 4^e éd., p. 461.

relative à la direction prise par la Cour, nous nous émanciperons toutefois du premier terme employé, tant l'expression « personnelle » nous semble chargée d'une dimension « sociale »²⁶⁷¹. Nous préférons ainsi étudier le fondement d'une protection de l'intimité de la personne (1.) sur laquelle sont venus se greffer les aspects sociaux de la vie privée (2.).

1. Les racines de la vie privée : la protection de l'intimité

571. La vie privée comme rempart. – Dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'Homme a strictement interprété la notion de vie privée, dans une acception proche de celle de l'article 9 du Code civil français. La garantie d'un tel droit était une nécessité au regard du développement démocratique, de sorte de s'assurer que l'individu disposerait toujours d'une sphère privée, d'une muraille de l'intimité. Ainsi, la Commission évoquait dans la décision *X. c. Islande* un droit de « vivre à l'abri des regards étrangers »²⁶⁷², qui n'était pas sans rappeler le « droit d'être laissé tranquille » de Warren et Brandeis²⁶⁷³. L'esprit d'ouverture n'était pas immédiatement confirmé par l'arrêt *X. et Y.*, la Cour ayant pu considérer que la vie privée recouvrait « l'intégrité physique et morale de la personne » et qu'elle comprenait « la vie sexuelle »²⁶⁷⁴. Ce droit faisait alors de la personne un bastion, un « château fort »²⁶⁷⁵. Dans l'arrêt *Smirnova*, la Cour ajoutait une brique à cette protection par cloisonnement, en considérant que l'article 8 garantissait notamment un « droit de vivre en privé, loin de toute attention non voulue »²⁶⁷⁶. Cette intimité, en tant que terreau abritant les racines de la personnalité, est également protégée dans les lieux privilégiés de son expression : le domicile²⁶⁷⁷ et la correspondance²⁶⁷⁸, expressément visés par l'article 8.

Cette interprétation du droit au respect de la vie privée a toutefois rapidement cédé face aux revendications des personnes en matière de sociabilité et de développement de la personnalité. Ayant eu la possibilité de se fortifier dans sa citadelle de l'intimité, la personne pouvait espérer un droit à l'ouverture vers autrui.

²⁶⁷¹ À ce titre, on peut noter que la Cour n'a jamais repris à son compte la notion de vie privée personnelle, alors que la « vie privée sociale » peut être rencontrée dans différents arrêts. V. notamment Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, req. n° 26713/05, § 22 ; Cour EDH, GC, 5 septembre 2017, *Bărbulescu c. Roumanie*, req. n° 61469/08, § 70.

²⁶⁷² Com. EDH, déc., 18 mai 1976, *X. c. Islande*, req. n° 6825/74.

²⁶⁷³ WARREN (S. D.), BRANDEIS (L. D.), "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 15 décembre 1890, vol. IV, n° 5, p. 205: "These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be left alone".

²⁶⁷⁴ Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, § 22 : « les faits à l'origine de la requête relèvent de la "vie privée", qui recouvre ».

²⁶⁷⁵ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 496.

²⁶⁷⁶ Cour EDH, 24 juillet 2003, *Smirnova c. Russie*, req. nos 46133/99 et 48183/99, § 95.

²⁶⁷⁷ Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n° 9063/80, § 55.

²⁶⁷⁸ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, § 42.

2. Les ramifications jurisprudentielles de la vie privée : la protection de la sociabilité

572. Au-delà de l'intimité, la sociabilité. – Dans l'arrêt *Smirnova* susvisé, la Cour ne se contentait pas de réaffirmer la protection de l'intimité de la vie privée contre les immixtions extérieures. Elle affirmait en outre que le droit au respect de la vie privée assurait « également à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité ». Or, en l'espèce, la Cour avait à se prononcer sur une violation alléguée de l'article 8 en raison de la privation du passeport national à l'occasion d'une enquête. Après avoir constaté que les citoyens russes devaient « dans leur vie quotidienne, faire état de leur identité particulièrement souvent, même pour accomplir des tâches aussi courantes » et que « le passeport interne est également nécessaire pour des besoins plus cruciaux, comme trouver un emploi ou recevoir des soins médicaux »²⁶⁷⁹, la Cour constatait une violation de l'article 8 de la Convention pour défaut de base légale. Cet arrêt nous semble particulièrement représentatif de la prise en considération par la Cour européenne de l'interdépendance des différents aspects de l'identité. Ainsi, la perte de maîtrise de documents permettant d'établir une identification formelle pouvait entraîner de sérieux désavantages substantiels de la vie quotidienne. Tout ceci s'inscrit plus généralement dans un contexte de préservation par la Cour du second volet de la vie privée : la liberté. Il en allait ainsi de la découverte par la Cour de la « vie privée sociale » dans l'arrêt *Niemietz*. À cette occasion, le juge strasbourgeois délivrait une formule qui serait amenée à former le soubassement de bon nombre de ses grands arrêts : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “vie privée”. Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un “cercle intime” où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »²⁶⁸⁰. Ainsi se dégage une tendance claire dans la jurisprudence de la Cour : la vie privée intègre des aspects de développement de la personne jusque dans les aspects sociaux. La protection offerte par l'article 8 de la Convention n'est pas cantonnée au domicile et à la correspondance : elle peut se déplacer avec la personne, et créer « zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la “vie privée” »²⁶⁸¹. Le développement personnel, qui permet à la personne de fonder son identité, doit s'accompagner d'une possibilité d'aller vers les autres, paré de toutes

²⁶⁷⁹ Cour EDH, 24 juillet 2003, *Smirnova c. Russie*, req. n^{os} 46133/99 et 48183/99, § 95.

²⁶⁸⁰ Cour EDH, 12 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n^o 13710/88, § 29.

²⁶⁸¹ Cour EDH, 25 septembre 2001, *P.G. et J. H. c/ Royaume-Uni*, req. n^o 44787/98, § 56.

les composantes de cette personnalité²⁶⁸² : « le droit au respect de la vie privée ce n'est pas seulement le droit de rester chez soi pour exclure pour les autres ; c'est aussi le droit de sortir de chez soi pour aller vers les autres »²⁶⁸³.

Dans ce contexte, le droit au respect de la vie privée tel qu'il était protégé par la Cour constituait un terrain particulièrement favorable à la protection des données à caractère personnel. En effet, le traitement d'informations personnelles pouvant relever de l'intimité mais être diffusé sur des supports numériques accessibles au public, la stipulation conventionnelle dans son ensemble pouvait trouver matière à s'appliquer.

B. L'écllosion d'une protection des données personnelles dans le champ de la vie privée

573. Avènement d'une protection. – L'adoption de la Convention n°108 en 1981²⁶⁸⁴ marquait l'entrée en jeu du Conseil de l'Europe dans la protection des données. La Cour européenne des droits de l'Homme lançait son mouvement de protection des données à caractère personnel à l'occasion de l'arrêt *Leander* du 26 mars 1987²⁶⁸⁵. En l'espèce, M. Torsten Leander avait été remercié de sa fonction de technicien dans un musée jouxtant la base navale de Karlskrona. Après de multiples demandes, on l'informait qu'il avait fait l'objet d'une enquête militaire concluant à son incapacité à fréquenter les zones de sécurité nécessaires à sa fonction. Devant la Cour, le requérant affirmait qu'il continuait d'ignorer la nature desdits renseignements ayant conduit à l'impossibilité pour lui de travailler dans les conditions d'une telle proximité de la base navale. Sur ce point, la Cour constate l'ingérence résultant du simple fait de l'existence de données relatives à la vie du requérant dans un registre secret. Malgré l'absence de violation constatée de l'article 8 de la Convention, la Cour constate son applicabilité en considérant qu'en matière d'informations personnelles, « tant leur mémorisation que leur communication [...] portaient atteinte à son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 »²⁶⁸⁶. *In fine*, peu importe donc qu'il y ait utilisation ou non, la présence d'informations mémorisées sur une personne constitue une ingérence dans la vie privée de ladite personne. De manière tout à fait explicite, la Cour consacrera cette analyse à l'occasion de l'arrêt *Amann*, énonçant que « la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 [...] L'utilisation

²⁶⁸² V. notamment Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98, § 47 : « L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur ».

²⁶⁸³ MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz-Sirey, « Connaissance du droit », 2016, 7^{ème} éd., p. 86.

²⁶⁸⁴ Conseil de l'Europe, *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, 28 janvier 1981, STE n° 108.

²⁶⁸⁵ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81.

²⁶⁸⁶ *Ibid.*, § 48.

ultérieure des informations mémorisées importe peu »²⁶⁸⁷. Dans l'arrêt *Z. c. Finlande*, elle a entendu prendre du recul sur les enjeux liés aux traitements de données – principalement les données « sensibles » – et a souligné à ces fins le « rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel [...] pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention »²⁶⁸⁸. En tant qu'informations personnelles numérisées, les données ne sont donc plus seulement envisagées comme des éléments devant être protégés en raison de leur intégration à la vie privée, mais comme des caractéristiques dont la protection influe directement sur le droit au respect de la vie privée dans son ensemble. Une approche hermétique des deux sphères – privée et publique – appliquée aux données à caractère personnel connaissait son épilogue dans l'arrêt *Rotaru*, au sein duquel on peut lire que « des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics »²⁶⁸⁹. Dans l'ensemble, la Cour européenne requiert une vigilance toute particulière des États parties en matière de données génétiques ou relatives à la santé. Ainsi, la confidentialité des données de santé est pour la Cour un « principe essentiel du système juridique »²⁶⁹⁰. Elle prend en considération la nature sensible de telles informations, puisqu'elle les distingue des catégories non particulières : « la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la convention »²⁶⁹¹. Concernant ces données, la Cour complète la verticalité de la protection, et fait peser sur les États une obligation positive de protection adéquate contre les accès non justifiés et disproportionnés aux données de santé des personnes jusque dans les relations des personnes entre elles. Il s'agit d'une extension de la jurisprudence *X. et Y.*²⁶⁹² aux données relatives à la santé : « [l]a Cour rappelle que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes

²⁶⁸⁷ Cour EDH, 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. n° 27798/95, § 69.

²⁶⁸⁸ Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. n° 22009/93, § 95 : *JDI*, 1998, 178, obs. O. DE FROUVILLE ; *JCP G*, 1998, I, 107, 6, chron. F. SUDRE.

²⁶⁸⁹ Cour EDH, GC, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95, § 43 : *RTDH*, 2001, 137, obs. O. DE SCHUTTER ; *JDI*, 2001, 203, obs. D. LECLERQ-DELAPIERRE ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. SUDRE.

²⁶⁹⁰ Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. n° 22009/93, § 95

²⁶⁹¹ Cour EDH, 27 août 1997, *M. S. c. Suède*, req. n° 20837/98, § 41. V. également Cour EDH, 10 novembre 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/02, § 44 : « La Cour rappelle tout d'abord le rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel – les informations relatives à la santé n'en étant pas les moindres – pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention » ; Cour EDH, 29 avril 2014, *L.H. v. Latvia*, req. n° 52019/07, §§ 56-58.

²⁶⁹² Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, § 23.

à un respect effectif de la vie privée ou familiale [...]. Ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »²⁶⁹³.

574. Renversement d'une protection : effet horizontal de l'article 8. – À la lumière du caractère particulièrement sensible des données médicales, la dimension horizontale de l'article 8 semble tout à fait justifiée. Il n'en reste pas moins, concernant les catégories « classiques » de données à caractère personnel, que cette mise à plat interpersonnelle des effets juridiques pourrait également être pertinente, en raison de la multiplication des atteintes à la vie privée des personnes en provenance des opérateurs privés. La Cour européenne a été peu saisie de requêtes tendant à cette application horizontale. *A priori*, il n'appartient pas à la Cour de qualifier une violation de l'article 8 de la Convention par un organisme privé, en cas de traitement non consenti, non proportionné, ou en cas de conservation abusive des données. Le juge de Strasbourg a semblé ouvrir une porte à un tel raisonnement à la protection des données dans leur ensemble dans une décision *Muscio*²⁶⁹⁴. Dans cette affaire, le requérant se plaignait de l'inaction juridique de l'État dans sa situation : il subissait la réception de courriels indésirables à caractère pornographique. Si la Cour a considéré que la requête était irrecevable, elle n'a pas manqué de rappeler le potentiel effet horizontal du droit au respect de la vie privée²⁶⁹⁵. On pourrait facilement imaginer l'application d'un tel énoncé à des États qui n'auraient pas pris les mesures nécessaires pour empêcher la collecte massive et indifférenciée des données de leurs ressortissants vers des États tiers ne proposant pas un niveau de protection adéquat²⁶⁹⁶. En l'espèce, la Cour semblait prendre la mesure de ces atteintes, admettant que « une fois connectés au réseau Internet, les utilisateurs de ces systèmes ne jouissent plus d'une protection effective de leur vie privée, s'exposant à la réception de messages, images et informations souvent non sollicités »²⁶⁹⁷. Dans une décision *Benediktsdóttir*, la mention d'un effet horizontal applicable aux données à caractère personnel était à nouveau rencontrée²⁶⁹⁸. Ces décisions ont pu être considérées, pendant un temps, comme isolées. L'arrêt *Söderman* est venu confirmer, implicitement, l'effet

²⁶⁹³ Cour EDH, 17 juillet 2008, *I. c. Finlande*, req. n° 20511/03, § 36.

²⁶⁹⁴ Cour EDH, déc., 13 novembre 2007, *Muscio c. Italie*, req. n° 31358/03.

²⁶⁹⁵ *Id.* : « Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux ».

²⁶⁹⁶ Par comparaison, v. CJUE, GC, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, EU:C:2015:650.

²⁶⁹⁷ Cour EDH, déc., 13 novembre 2007, *Muscio c. Italie*, req. n° 31358/03.

²⁶⁹⁸ Cour EDH, déc., 16 juin 2009, *Benediktsdóttir c. Islande*, req. n° 38079/06. La requérante alléguait une violation de l'article 8 de la Convention, reprochant à l'État islandais de ne pas avoir offert une protection suffisante pour empêcher la publication de certains de ses courriels (contenant en outre des informations personnelles) dans les médias islandais. La requête fut considérée comme mal fondée, la Cour considérant que l'État n'avait pas excédé sa marge d'appréciation dans la mise en balances des intérêts (liberté de la presse garantie par l'article 10 et droit au respect de la vie privée garantie par l'article 8).

horizontal pouvant être requis dans la protection des données à caractère personnel²⁶⁹⁹. En l'espèce, la requérante, mineure au moment des faits, reprochait à l'État suédois de ne pas avoir mis en place une législation suffisamment protectrice permettant de condamner l'ancien compagnon de sa mère, coupable de l'avoir filmée dans l'intimité en dissimulant une caméra vidéo dans la salle de bain. Toutefois, la Cour ayant déjà mis en place une jurisprudence protectrice de l'image des personnes²⁷⁰⁰, elle n'a pas retenu la qualification de donnée à caractère personnel. Elle rappelait néanmoins, comme dans d'autres arrêts, que les éléments de représentation des personnes peuvent mettre en jeu « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu »²⁷⁰¹. Les références à la préservation de l'identité sont, pour la Cour, un moyen de donner à l'article 8 de la Convention toute sa portée.

Cette « irrésistible ascension »²⁷⁰² de la vie privée en droit européen des droits de l'Homme ne pouvait se justifier que par une explicitation de son fondement conceptuel : le développement de la personnalité. Très rapidement, la Cour européenne des droits de l'Homme a été la première juridiction à prendre la mesure du lien entre les données à caractère personnel et l'identité des personnes, et à l'arpenter, dans un exercice d'équilibre périlleux, pour fonder une protection de l'« auto-détermination informationnelle ».

§ 2 – Un enrichissement conceptuel au profit de la protection de l'identité de la personne

575. Au début et à la fin, l'autonomie. – Dépassant l'approche « intimiste » française de la vie privée, la Cour européenne des droits de l'Homme a permis au droit au respect de la vie privée de retrouver toute sa substance. En soi, la protection de la vie privée n'a guère de sens, si on ne la replace pas dans son contexte. Puisque le droit a vocation à organiser les relations interpersonnelles, quel sens pourrait-on donner à un droit qui permet de vivre coupé des autres personnes²⁷⁰³ ? La réponse se trouve dans la fonction même de la vie privée, à savoir permettre le développement de la personnalité en ménageant un espace d'autonomie à l'individu dans une société libérale²⁷⁰⁴. La mutation de cette société en « société de l'information » a rendu la protection plus nécessaire

²⁶⁹⁹ Cour EDH, GC, 12 novembre 2013, *Söderman c. Suède*, req. n° 5786/08, § 78.

²⁷⁰⁰ Cour EDH, déc., 21 février 2002, *Schiessel c. Autriche*, req. n° 42409/98 ; Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne (n° 1)*, req. n° 59320/00, § 50.

²⁷⁰¹ Cour EDH, GC, 12 novembre 2013, *Söderman c. Suède*, req. n° 5786/08, § 79.

²⁷⁰² MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme. Synthèses et conclusions », in SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant – Némésis, « Droit et justice n° 63 », 2005, pp. 305-336.

²⁷⁰³ Sur ce point, v. RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », 1990, p. 16, n° 4.

²⁷⁰⁴ BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *Droits*, 1991, n° 13, p. 94 : « La valeur cardinale de l'individualisme comme civilisation est l'autonomie du sujet ».

encore. La personne est exposée à de nombreuses intrusions non souhaitées, plus ou moins agressives, provenant de différents acteurs privés ou publics²⁷⁰⁵. La présence d'une telle hétéronomie justifie, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, de préserver non seulement la vie privée de la personne, mais plus encore de s'assurer de la place qu'elle occupe dans les choix qui modélisent son identité. La protection de l'autonomie personnelle est ainsi le gage d'une préservation de l'identité, qui permet au sujet de droit de ne pas être écrasé par le collectif, et de faire valoir son intelligence et sa volonté dans sa propre construction²⁷⁰⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme semble avoir suivi cette logique, traçant définitivement le lien entre données à caractère personnel et identité (A.), resté à l'état de pointillés dans les autres jurisprudences (nationale et de l'Union). Allant au bout de cette logique, elle a ensuite étendu son mécanisme de préservation de l'identité des personnes – l'autonomie personnelle – à ce même champ matériel (B.).

A. L'objet de la protection : l'identité

576. Une convergence au sein de la vie privée. – Assez rapidement, la Cour a lié la préservation de l'identité à celle de la vie privée (1.), ce qui finit logiquement par impliquer les données à caractère personnel, informations immatérielles procédant à la fusion de ces deux aspects (2.).

1. Une protection de l'identité liée à la protection de la vie privée

577. Convergence des notions. – La préservation de l'identité suit le droit au respect de la vie privée comme une parallèle. De la même façon que la vie privée repose sur un socle appelant une protection particulière (l'intimité), la préservation de l'identité débute avec un droit à l'identité elle-même, ce qui peut impliquer de nombreuses variables vécues comme essentielles à l'institution du sujet de droit : droit à la connaissance de ses origines, droit à une nationalité, flexibilité du nom de famille, changement de sexe. Globalement, il s'agit d'un rapport de droit particulier entre la personne et sa désignation par différents critères objectifs ou subjectifs. Ensuite, là où la vie privée intime se décroïssonne partiellement pour entrer en interaction avec les autres sujets de droit, c'est l'identité qui est offerte au regard d'autrui. La personnalité, synonyme de l'identité personnelle²⁷⁰⁷, est l'ouverture de soi sur le monde, et du monde vers soi, dans un mouvement dialectique²⁷⁰⁸. La

²⁷⁰⁵ V. notamment GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « Presaje », 2005, 271 p.

²⁷⁰⁶ CORNU (G.), « Du sentiment en droit civil », *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1963, p. 190 : « La loi parle à la raison. Il faut au sujet de droit l'intelligence et la volonté ».

²⁷⁰⁷ BRUGUIERE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, Ellipses, « Mise au point », 2015, p. 16 : « Dans le langage courant, la personnalité se définit comme l'attribut distinctif d'un individu [...] Elle est alors synonyme d'identité ».

²⁷⁰⁸ Sur la définition et la formation de l'identité personnelle, notamment dans l'altérité, v. nos développements précédents, n^{os} 214 et s.

Cour européenne, en garantissant une pluralité d'aspects de l'identité de la personne – à la fois essentielle et formelle –, accueille pleinement cette subjectivité. Dès lors, la « vie privée sociale » est l'espace de ménagement du développement de l'identité de la personne parmi ses semblables.

578. Le droit à l'identité devant la Cour. – En observant la jurisprudence de la Cour, il est tentant de parler « des identités au pluriel »²⁷⁰⁹, tant elle fractionne la notion d'identité en sous-notions : identité personnelle, identité sexuelle, identité d'être humain, etc. Une fois encore, une systématisation ne nous semble pas nécessaire. En premier lieu, il ne faut pas nier la part d'inconstance inhérente à l'activité jurisprudentielle, *a fortiori* dans une institution d'une telle importance et ayant à connaître un nombre de requêtes aussi considérable. En second lieu, la motivation des arrêts de la Cour permet généralement de comprendre dans quelle logique s'inscrit l'utilisation de la notion d'identité, et à quel type de protection de la personne elle se rapporte. Toutes les facettes de l'identité sont en effet protégées au titre de l'article 8 de la Convention. Ces identités en apparence dissociées sont en fait les éléments d'une seule identité : celle de la personne humaine. Devant la Cour européenne de Strasbourg, est identité personnelle ce qui permet de se sentir personne, et de là, intégrée à l'humanité²⁷¹⁰. Ainsi dans l'arrêt *Rees*²⁷¹¹, la Cour constatait l'existence d'une « identité sexuelle »²⁷¹², mais c'est à l'occasion de l'affaire *Gaskin* qu'elle envisageait – en accord avec la Commission – l'existence d'une protection de « l'identité d'être humain » au sein de l'article 8 de la Convention, voire d'une « identité fondamentale »²⁷¹³. Cette dernière expression illustre la fonction structurante de l'identité pour la personne humaine. L'intuition d'une dynamique jurisprudentielle se confirmait avec l'arrêt *Bensaïd*²⁷¹⁴, dans lequel la Cour affirmait explicitement le lien étroit entre préservation de l'identité, intégrité mentale et droit à l'épanouissement personnel²⁷¹⁵. La question de l'identité se déplaçait ensuite sur le terrain de la connaissance des origines, puisqu' « un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors

²⁷⁰⁹ MARGUENAUD (J.-P.), « La dimension européenne de l'identité », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, op.cit., p. 106.

²⁷¹⁰ On notera, sur ce point, que l'expression française « nouer et développer des relations avec ses semblables » ne correspond pas totalement à la version anglaise de la rédaction, qui fait référence aux « autres êtres humains ». Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz v. Germany* (version en anglais), req. n° 13710/88, § 29 : « Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other *human beings* » (nous soulignons).

²⁷¹¹ Cour EDH, Plén., 10 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81.

²⁷¹² *Ibid.*, § 42.

²⁷¹³ Com. EDH, rapp., 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, Rapport n° 31, § 89 ; Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, § 39.

²⁷¹⁴ Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaïd c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98.

²⁷¹⁵ *Ibid.*, § 47 : « Il faut voir dans la santé mentale aussi une partie essentielle de la vie privée relevant de l'intégrité morale. L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur [...] La sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée ».

que l'on touche à la filiation »²⁷¹⁶. Dans son rapport portant sur l'affaire *Gaskin*, la Commission considérait déjà que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain »²⁷¹⁷. Pour mener son raisonnement à terme, elle avait une référence pour l'arrêt *Leander* qui, bien que ne contenant aucune référence explicite à l'identité, y renvoyait logiquement en raison de la nature des données à caractère personnel²⁷¹⁸. La Cour européenne s'était alors alignée sur la Commission²⁷¹⁹ et avait reconnu la nature essentielle des informations en cause, considérant qu'elles touchaient à l'« identité fondamentale »²⁷²⁰ du requérant. L'identité de la personne s'installait confortablement au sein de la motivation des arrêts de la Cour relatifs à l'article 8 de la Convention. La Cour, une année après l'affaire *Bensaïd*, considérait dans un arrêt *Mikulic* que « la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu »²⁷²¹. Concernant l'accès aux origines – ici à des fins d'établissement d'un lien de filiation –, le juge strasbourgeois affirmait que « le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité »²⁷²². Ces mêmes informations étaient considérées comme « indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »²⁷²³. Un an plus tard – encore –, l'arrêt *Odièvre*²⁷²⁴ illustre le conflit de droit possible, la rencontre de « deux autonomies de la volonté »²⁷²⁵ dans le cas de la levée de l'anonymat autorisée par l'accouchement « sous X » souhaitée par la requérante. La Cour y voyait l'occasion de réaffirmer explicitement le « droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »²⁷²⁶. Le droit à une nationalité a également pu être considéré comme permettant l'assise de l'identité. Dans l'arrêt *Genovese*, la Cour a en effet constaté qu'« un refus catégorique d'octroyer la nationalité peut poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la

²⁷¹⁶ Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, req. n° 65941/11, § 59.

²⁷¹⁷ Com. EDH, rapp., 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, § 89. Disponible uniquement anglais. Traduction libre de l'auteur depuis l'anglais : « Respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings ».

²⁷¹⁸ Com. EDH, rapp., 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, § 86.

²⁷¹⁹ Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83 : *JDI*, 1990, chron. P. TAVERNIER ; *RTDH*, 1990, p. 361, obs. P. LAMBERT.

²⁷²⁰ *Ibid.*, § 39.

²⁷²¹ Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, req. n° 53176/99, § 53. V. *RTD Civ.*, 2002, 866, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G*, 2002, I, 157, chron. F. SUDRE.

²⁷²² *Ibid.*, § 54.

²⁷²³ *Ibid.*, § 64. La mère de la requérante souhaitait que soit allouée une pension alimentaire à sa fille une fois la paternité établie. Précisons que la requérante est née en novembre 1996 et n'avait que 5 ans au moment de l'audience au Palais des droits de l'homme.

²⁷²⁴ Cour EDH, GC, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98.

²⁷²⁵ *Ibid.*, § 78 : « La Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et un enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté ».

²⁷²⁶ *Ibid.*, § 29.

Convention en raison de ses conséquences sur la vie privée de l'individu, laquelle est un concept suffisamment large pour englober tous les aspects de l'identité sociale d'une personne »²⁷²⁷.

Ainsi située dans la jurisprudence de la Cour, l'identité, en tant qu'ensemble formé par des informations personnelles et le rapport de la personne à celles-ci, ne pouvait qu'être associée aux données à caractère personnel : « protection des données et protection de la vie privée protègent respectivement le contrôle par l'individu de l'ampleur et de la manière dont certains aspects de son identité sont exposés au monde d'une part, et, d'autre part, la possibilité pour l'individu de construire sa propre personnalité à l'abri de contraintes excessives »²⁷²⁸.

2. Une protection des données personnelles logiquement associée à celle de l'identité

579. Rapprochement entre données personnelles et identité : un tournant objectif. – Dans une opinion concordante jointe à l'arrêt *Malone*²⁷²⁹, le juge Pettiti soulignait que « l'homme de nos jours a besoin de voir préserver son identité, de refuser la transparence complète de la Société, de garder le secret de sa personnalité ». La jurisprudence construite par la Cour durant les trente années suivant cette opinion indique que les juges du Palais des droits de l'Homme ont pris la mesure de ce danger pesant sur la personne. En ce sens, une place particulière doit être ménagée à l'arrêt *S. et Marper*²⁷³⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme, recourant une nouvelle fois à la matrice formée par le droit au respect de la vie privée²⁷³¹, y soulignait les enjeux démocratiques entourant la protection des données²⁷³². En outre, le lien entre la protection de l'identité des personnes, leur droit à l'autonomie, et la protection de leurs données à caractère personnel, était intégralement tracé²⁷³³. En l'espèce, un premier requérant (*S.*) avait été accusé de vol avec violences à l'âge de 11 ans, mais acquitté quelques mois plus tard. Le second (*Marper*), avait fait l'objet d'une plainte pour harcèlement de la part de sa compagne. Ladite plainte fut retirée ultérieurement et avant le terme de l'enquête, ce qui occasionna un classement sans suite. Dans les deux cas, il fut

²⁷²⁷ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, req. n° 53124/09, § 30 (en anglais uniquement) : « Even in the absence of family life, the denial of citizenship may raise an issue under article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person's social identity ».

²⁷²⁸ POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHELF (K.), TRUDEL (P.) (dir.), *op. cit.*, p. 220.

²⁷²⁹ Cour EDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79.

²⁷³⁰ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04 : *GACEDH*, n° 41 ; *RFD-A*, 2009, 741, note S. PEYROU-PISTOULET ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. SUDRE. V., pour une analyse complète : DE BEER (D.), DE HERT (P.), GONZALEZ FUSTER (G.), GUTWIRTH (S.), « Nouveaux éclairages de la notion de "donnée personnelle" et application audacieuse du critère de proportionnalité », note sous Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, *RTDH*, n° 81, Janvier 2010, pp. 139-161.

²⁷³¹ SUDRE (F.), « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, « Famille & droit », 2009, pp. 1-21.

²⁷³² Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04, § 103 et § 112.

²⁷³³ *Ibid.*, § 66.

procédé à des prélèvements d'échantillons ADN et à une prise d'empreintes digitales à l'occasion des enquêtes. Les procédures arrivées à leurs termes, les intéressés demandèrent la destruction de ces données, qui leur fût refusée en vertu du *Police and Criminal Evidence Act*²⁷³⁴ prévoyant la conservation des données sensibles prélevées à des fins d'enquête. La simple conservation de leurs données constituant une ingérence dans la vie privée des requérants, il s'agissait pour ces derniers de démontrer la disproportion de la mesure. Le moyen était simple : ils n'avaient fait l'objet d'aucune condamnation pénale. La Cour rappelait à cet égard que l'ingérence, outre sa nécessité dans une société démocratique, devait répondre « à un besoin social impérieux »²⁷³⁵. Elle convoquait ainsi l'arrêt *Evans* pour justifier l'intensité de son contrôle, et rappelait, à propos de la marge d'appréciation à la disposition des États, que « cette marge est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre "intime" qui lui sont reconnus [...] Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'État est restreinte »²⁷³⁶. L'effet de la mesure sur les requérants était analysé par la Cour à deux niveaux. Dans un premier temps, elle s'intéressait à la possibilité pour l'individu de maîtriser les données identifiantes le concernant, terrain de l'autonomie personnelle. Sur ce point, la Cour examinait l'argument selon lequel les éléments « étroitement liés à leur identité individuelle » donneraient la possibilité aux requérants de disposer d'un « droit de garder le contrôle »²⁷³⁷. Estimant qu'en raison de « la nature des données [...], les modalités de conservation et de leur traitement »²⁷³⁸, il y avait bien ingérence dans le droit au respect de la vie privée, la Cour s'appuyait sur ses arrêts *Leander* et *Amann*, rappelant classiquement que la mémorisation constitue une ingérence, qu'il y ait utilisation ou non desdites données. Les requérants auraient donc dû avoir la possibilité d'exiger la disparition de ces données en l'absence de motifs « pertinents et suffisants »²⁷³⁹ invoqués par les autorités. Dans un second temps, le juge de Strasbourg mesurait l'impact social qu'une telle situation de conservation des données pourrait occasionner. Sur ce point, la Cour considérait à la fois l'aspect social et les risques à plus grande échelle que de tels fichiers pouvaient faire courir à la personne humaine. La Grande Chambre commençait donc par rappeler que la protection de la vie privée, telle qu'elle l'entend, peut englober « de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un

²⁷³⁴ *Police and Criminal Evidence Act (PACE)*, 1984 c. 60, largement modifié depuis par le *Serious Organised Crime and Police Act (SOCPA)*, 2005 c. 15. Texte original disponible en ligne (en anglais).

²⁷³⁵ Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. nos 30562/04 et 30566/04.

²⁷³⁶ *Ibid.*, § 102 ; Cour EDH, GC, 10 avril 2007, *Evans c. RU*, n° 6339/05, § 77)

²⁷³⁷ *Ibid.*, § 60.

²⁷³⁸ SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme – Données à caractère personnel », *JCP G.*, 2009, Chronique, I 104, p. 29.

²⁷³⁹ Cour EDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, préc., § 101.

individu »²⁷⁴⁰, ce qui implique des éléments à la fois objectifs de l'identité qui peuvent être vécus comme intimes mais aussi des éléments subjectifs relevant des choix de vie : croyances religieuses, opinions philosophiques et politiques, origine ethnique, orientation sexuelle. En cela, la Cour ne manquait pas de revenir sur un rôle essentiel de l'article 8 de la Convention qui « protège en outre un droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »²⁷⁴¹. La mention du nom dans un fichier relatif à la poursuite des infractions pénales est sans doute un facteur potentiel de dislocation de certains liens sociaux, sans mentionner les éventuelles caractéristiques qu'une analyse de données ADN pourrait révéler – appartenance ethnique par exemple²⁷⁴². Sur ce dernier point, l'imprévisibilité des nouvelles technologies liées à une innovation frénétique et potentiels changement politiques, la Cour avance prudemment que « compte tenu du rythme élevé auquel se succèdent les innovations dans le domaine [...] des technologies de l'information, la Cour ne peut écarter la possibilité que ces aspects de la vie privée [...] fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles, que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision »²⁷⁴³. Pour ces différentes raisons, la Grande Chambre conclut que « l'État défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière » et que, dès lors, « la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique »²⁷⁴⁴. Il nous apparaît que l'on retrouve exactement ici les deux dimensions de l'identité, ainsi que les deux pans de la vie de la personne humaine : l'identité personnelle vécue au présent et la prise en compte des potentialités de développements futurs de la personne. En cela, l'arrêt *S. et Marper* marque un tournant certain dans la jurisprudence de la Cour européenne, qui mesure désormais les enjeux liés à la viralité des données sensibles et de l'impact que cela pourrait avoir tant sur la personne elle-même – intégrité morale – que sur l'ensemble de l'Humanité qui est désormais la « cible » de divers opérateurs et institutions²⁷⁴⁵ qui souhaitent la quantifier, c'est-à-dire l'inscrire dans la rationalité, la cohérence et la prévisibilité. Cette dernière interprétation, qui n'engage bien sûr que l'auteur de la présente étude, est encouragée par une formule qui nous semble souligner la dimension objective de la protection des données personnelles : « la protection offerte

²⁷⁴⁰ *Ibid.*, § 66 ; Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, req. n° 53176/99, § 53.

²⁷⁴¹ *Id.* ; Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, préc., § 29.

²⁷⁴² Sur ce point, voir HURPY (H.), *op. cit.*, p. 386 : « Cette situation apparaît d'autant plus exceptionnelle qu'elle concerne des personnes mineures alors même que la conservation et l'utilisation future de ces données peuvent compromettre très largement leur développement et intégration future au sein de la société. Ici encore, la notion d'autonomie personnelle, en tant que concept d'intégration sociale est implicite ».

²⁷⁴³ Cour EDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, préc., § 71.

²⁷⁴⁴ *Ibid.*, § 125.

²⁷⁴⁵ WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, « Cours », 7^{ème} éd., 2013, p. 612 : « L'arrêt de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme [...] s'emploie à limiter, autant que faire se peut, la voracité des instances nationales de stockage des données ».

par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive [...] La Cour considère que tout État qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière »²⁷⁴⁶.

Le lien entre les données à caractère personnel et l'identité de la personne étant souligné par la Cour, il y a désormais lieu de nommer le mécanisme protecteur de cette identité : le droit à l'autonomie personnelle, utilement traduit et complété par un « droit à l'auto-détermination informationnelle ».

B. L'instrument de la protection : l'autonomie personnelle

580. De l'autonomie personnelle à l'auto-détermination informationnelle. – Le droit au respect de l'autonomie personnelle devant la Cour ayant conduit à des débats passionnés, il faut tout d'abord tenter d'identifier sa portée (1.) avant d'estimer la pertinence de son utilisation en matière de protection de l'identité de la personne face aux traitements de données personnelles (2.).

1. Identification du droit à l'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour

581. L'épanouissement de la personnalité comme cap. – Dans son rapport rédigé à l'occasion de l'affaire *Van Oostervijk*, la Commission européenne des droits de l'homme admettait qu'il était « certes malaisé de donner une définition générale du “respect de la vie privée” »²⁷⁴⁷. Néanmoins, cette gêne ne devait pas l'arrêter, puisqu'elle ajoutait que « le concept de vie privée contenu dans l'article 8 est toutefois plus large que la définition donnée par de nombreux auteurs anglo-saxons et français selon lequel il s'agit du “droit de vivre autant qu'on le désire à l'abri des regards étrangers” ». Forte de cette ouverture, la Commission en arrivait à la conclusion que le droit au respect de la vie privée comprenait « également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité »²⁷⁴⁸. Elle donnait ici le départ à une course de fond menée par le juge de Strasbourg afin de garantir le droit au développement de la personnalité, c'est-à-dire le plein épanouissement de la personne dans les meilleures conditions. L'épanouissement est un terme chargé de signification : la personne est envisagée comme un être vivant dont l'éclosion doit être protégée. Pour permettre cette floraison de la personnalité, le droit agit comme tuteur, ou plutôt comme instituteur. Le développement personnel aurait alors une

²⁷⁴⁶ *Ibid.*, § 112.

²⁷⁴⁷ Com. EDH, rapp., 1^{er} mars 1979, *D. Van Oostervijk c. Belgique*, req. n° 7654/76, § 51.

²⁷⁴⁸ *Id.*

finalité bien identifiée : l'« institution du sujet de droit »²⁷⁴⁹. En ce sens, la Cour a rappelé dans un arrêt *Botta* que « la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables »²⁷⁵⁰. Ce sens à donner à l'article 8 de la Convention va, assez généralement, dans le sens d'une révélation du potentiel contenu dans le droit au respect de la vie privée. La Cour européenne des droits de l'homme achève ainsi une « mutation de la “vie privée-intimité” en “vie privée-liberté” »²⁷⁵¹. L'arrêt *Bensaïd* est une confirmation de ce cap fixé à l'article 8, puisqu'il y est affirmé que « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »²⁷⁵². S'il n'est plus fait mention de la « mission principale » assignée à la stipulation conventionnelle, le faisceau d'indices s'épaissit considérablement. C'est dans ce contexte que la Cour européenne des droits de l'Homme découvre un nouvel outil de protection du développement de la personnalité. Dans l'arrêt *Pretty* – dans lequel la requérante revendiquait un « droit à mourir » – la Cour a accéléré dans son interprétation dynamique et évolutive, c'est-à-dire en fonction des besoins de société. Si elle persiste, en des termes variables, à voir dans l'article 8 une protection du « développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »²⁷⁵³, la nouveauté ne se situe pas là. La Cour admet elle-même le caractère inédit de ce qu'elle s'apprête à déclarer : « [b]ien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ». Très rapidement, soucieuse d'affirmer un cap jurisprudentiel, la Cour enfonce le clou dans l'arrêt *Goodwin*²⁷⁵⁴. Il s'agissait, en l'espèce, d'une transsexuelle souffrant de la dissonance entre son identité vécue et son état civil. Après avoir placé un cadre d'interprétation particulièrement large, de sorte de rappeler que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention », la Cour procédait à une rencontre des arrêts *Pretty* et *Mikulic*, assemblage lui permettant d'en arriver à cette assertion : « [s]ur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est

²⁷⁴⁹ BIOY (X.), « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *op. cit.*, p. 127.

²⁷⁵⁰ Cour EDH, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, req. n° 21439/93, §32.

²⁷⁵¹ SUDRE (F.), « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 16.

²⁷⁵² Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaïd c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98, § 47

²⁷⁵³ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 61.

²⁷⁵⁴ Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95.

protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »²⁷⁵⁵. Ainsi naissait le nouvel outil de protection de l'identité de la personne devant la Cour européenne. L'autonomie personnelle est le moyen de l'épanouissement personnel. Il s'agit de considérer que la personne n'est pas seulement passive dans son développement, mais qu'elle doit également – dans des conditions protectrices – pouvoir exprimer sa volonté d'autodétermination et faire valoir les choix qui en résultent. Cette approche semble suivre deux principaux objectifs : l'inscription des identités des personnes placées en situation de vulnérabilité, et encourager au développement d'une morale qui permet non pas d'être à la merci de l'hétéronomie, mais bien d'apprendre à s'en défaire²⁷⁵⁶. C'est la nature structurante du choix, dont le consentement n'est qu'une variable à évaluer au cas par cas, qui anime l'autonomie personnelle. L'autonomie donne les moyens à la personne de veiller sur une frontière tracée par la personne elle-même, ce qui est à la fois nécessaire pour veiller sur sa propre individualité, mais également sur une société démocratique pluraliste²⁷⁵⁷. Au regard des différentes – et nombreuses²⁷⁵⁸ – occurrences de la protection de l'autonomie personnelle, ces hypothèses semblent se vérifier : suicide assisté²⁷⁵⁹, choix du traitement médical²⁷⁶⁰, appartenance sexuelle²⁷⁶¹, sadomasochisme²⁷⁶², avortement²⁷⁶³, procréation artificielle²⁷⁶⁴, adoption homoparentale²⁷⁶⁵... Assez logiquement, le champ d'application d'un tel « droit » étant particulièrement étendu, cette notion n'emporte pas l'unanimité en doctrine.

582. Appréciation doctrinale de l'autonomie personnelle. – La délimitation de l'autonomie personnelle divise assez largement les auteurs. Cette division provient en premier lieu d'un positionnement substantiel, c'est-à-dire d'un jugement porté sur la jurisprudence subjectiviste de la

²⁷⁵⁵ *Ibid.*, § 90.

²⁷⁵⁶ HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, *op. cit.*, pp. 64-65 : « Le recours à l'autonomie personnelle permet, en effet, d'inscrire juridiquement des identités, des comportements personnels qui pouvaient défavoriser socialement certaines personnes [...] Mais l'autonomie personnelle favorise aussi le développement d'une morale personnelle, et non plus imposée par une autorité normative extérieure. C'est en ce sens, qu'elle participe pleinement du pluralisme interne essentiel à toute société démocratique : la prise en considération des comportements personnels, de la singularité de tous, de la volonté de chacun de pouvoir vivre selon ses propres valeurs peuvent être reconnus par le vecteur de l'autonomie personnelle, qui participe alors fortement à la construction d'une société plurielle ».

²⁷⁵⁷ ROUX (A.), *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Économica, « Droit public positif », 1983, p. 2 : « Une des caractéristiques majeures d'un État totalitaire est [...] l'abolition de toute frontière entre vie sociale et vie privée, la volonté de régir non seulement les activités publiques, mais aussi la vie privée des personnes ».

²⁷⁵⁸ LEVINET (M.), « La notion d'autonomie personnelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, p. 4 : « Une présence aussi spectaculaire [...] ».

²⁷⁵⁹ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.

²⁷⁶⁰ Cour EDH, 13 novembre 2012, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, req. n°s 47039/11 et 358/12, § 116.

²⁷⁶¹ Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95 ; Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, req. n° 14793/08.

²⁷⁶² Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99.

²⁷⁶³ Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiack c. Pologne*, req. n° 5410/03.

²⁷⁶⁴ Cour EDH, GC, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

²⁷⁶⁵ Cour EDH, GC, 22 janvier 2008, *E. B. c. France*, req. n° 43546/02.

Cour²⁷⁶⁶. On pourrait ainsi s'inquiéter que la vie privée, interprétée à la lumière de la notion d'autonomie personnelle, marque « l'affranchissement de toute limite dans tous les choix existentiels – sexe, corps, vie et mort – de l'individu »²⁷⁶⁷. Or, il nous semble que l'autonomie personnelle ne peut être réduite au seul volet de « l'autodétermination », c'est-à-dire la capacité dans l'absolu de « se faire sa propre loi »²⁷⁶⁸. Une telle interprétation accrédirait la théorie selon laquelle « la toute-puissance conférée au consentement au nom de la liberté individuelle » servirait à justifier « la mise à disposition des faibles au service des forts »²⁷⁶⁹. Il convient donc de percevoir que le droit à l'autonomie personnelle tel qu'il est élaboré par la Cour constitue une troisième voie entre le paternalisme objectiviste – protection de la personne contre elle-même et sa propre volonté – et le subjectivisme déchainé²⁷⁷⁰, qui confère au sujet le statut de démiurge apte à créer sa propre loi et à l'imposer aux autorités publiques ainsi qu'aux tiers²⁷⁷¹. L'autonomie personnelle implique, dans un oxymore qui n'est qu'apparent, l'autonomie ménagée dans la sociabilité. Dans un second temps, le débat doctrinal porte sur le positionnement formel de l'autonomie personnelle, ressortant d'une grande difficulté à systématiser l'emploi des termes par la Cour européenne, et d'une porosité du

²⁷⁶⁶ EDELMAN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 17 juillet 2008, n° 28, pp. 1946-1953 ; MARZANO (M.), MILON (A.), « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », in BORRILLO (D.), LOCHAK (D.) (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, pp. 107-130 ; RENCHON (J.-L.), « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 de la Cour EDH », in *Mélanges Francis DELPEREE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, LGDJ, 2007, pp. 1309-1320 ; MARGUENAUD (J.-P.), « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in DUBOS (O.), MARGUENAUD (J.-P.) (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens*, Paris, Pedone, 2007, pp. 85-92 ; MARZANO (M.), « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *D.*, avril 2009, n° 48, pp. 109-130 ; FABRE-MAGNAN (M.), LEVINET (M.), MARGUENAUD (J.-P.), TULKENS (F.), « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *D.*, 2009, n° 48, pp. 3-57 ; EDELMAN (B.), « Naissance de l'homme sadien », *D.*, avril 2009, n° 49, pp. 107-133 ; ROMAN (D.), « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? » *La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, *D.*, 9 juin 2005, n° 23, pp. 1508-1516.

²⁷⁶⁷ SUDRE (F.), « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 16.

²⁷⁶⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2007, 8^e éd., p. 94.

²⁷⁶⁹ FABRE-MAGNAN (M.), « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 3 janvier 2008, n° 1, p. 31.

²⁷⁷⁰ EDELMAN (B.), « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, 2009, n° 49, pp. 107-108 : « L'homme des droits de l'homme, notre compagnon, notre semblable, notre frère, celui des Déclarations fondatrices, celui qui fut intronisé en 1789, celui qui triompha de la barbarie et remonta sur le trône en 1948, celui qui devint européen en 1950, cet homme-là est mort et enterré [...] En son lieu et place a surgi un nouvel homme, égoïste, hédoniste, à la recherche de son seul plaisir ; sa préoccupation première, essentielle, c'est l'amour de soi, l'émerveillement de soi, la satisfaction de soi, et l'État est sommé d'y satisfaire » ; FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2016, p. 108 : « Cette mise à disposition d'une partie des êtres humains – on se doute que ce ne sera ni les plus forts ni les plus riches – faisant sauter le principe d'égalité dignité de tous est porteuse de “dé-civilisation” au sens d'un “dé-chainement” de la violence proprement humaine que le droit a pour objet de canaliser » ; LIPOVETSKY (G.), *L'ère du vide*, Paris, Gallimard, 1983, « Folio Essais », p. 27 : « Chacun se tourne davantage sur lui-même à l'affût de sa vérité et son bien-être, chacun devient responsable de sa propre vie ».

²⁷⁷¹ HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*. Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 845. « Loin de se réduire à une notion hyper-individualiste qui ne saurait que promouvoir les désirs égoïstes et mortifères de la personne humaine, l'utilisation de ce concept récent vise à saisir de manière dynamique et concrète la personnalité de chacun, qui se déploie en réalité au sein de la sphère sociale et dans les relations établies avec autrui ».

fondement normatif. En effet, il semblerait que l'autonomie personnelle s'émancipe de l'article 8 de la Convention, et qu'elle trouve matière à s'appliquer dans toutes les manifestations de « la liberté de choix de l'individu »²⁷⁷², de telle sorte qu'elle pourrait désormais jouer le rôle de « principe matriciel de la Convention »²⁷⁷³ dans son ensemble. Il est également possible de déplorer la « multiplication des arrêts qui rattachent à l'autonomie personnelle les questions d'identité les plus diverses »²⁷⁷⁴, dans un esprit de confusion vis-à-vis du développement personnel. Il nous semble, *in fine*, que la Cour elle-même donne les clés d'une interprétation générale au sein même de sa jurisprudence. Dans l'arrêt *Bigaeva*, la Cour semble compiler l'ensemble des éléments dégagés de son interprétation dynamique de l'article 8 de la Convention au service d'un objectif clairement identifié :

« La “*vie privée*” est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive [...] L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel [...], que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou sous celle de l'autonomie personnelle, qui reflète un principe important sous-jacent dans l'interprétation des garanties de l'article 8 [...]. la Cour admet que chacun a le droit de vivre en privé, loin de toute attention non voulue [...]. Elle considère par ailleurs qu'il serait trop restrictif de limiter la notion de « vie privée » à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle [...] Ainsi, l'article 8 garantit un droit à la « vie privée » au sens large, qui comprend le droit de mener une “*vie privée sociale*”, à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale. Sous cet aspect, ledit droit consacre la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables »²⁷⁷⁵. Alors qu'on pourrait y voir une séparation nette des notions de développement personnel et d'autonomie personnelle²⁷⁷⁶, il nous semble que cette formule met en évidence le caractère accessoire d'une systématisation rigoureuse, dès lors que le développement l'épanouissement personnel est permis. Il est, en outre, particulièrement difficile de distinguer l'autonomie personnelle du développement personnel²⁷⁷⁷. La seule différence, alors formelle et dégagée de l'interprétation de l'article 8, est le recours à l'autonomie personnelle dans d'autres domaines que celui du droit au respect de la vie privée.

²⁷⁷² Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen*, req. n° 52562/99, § 54.

²⁷⁷³ SUDRE (F.), « Note sous arrêt *Sorensen et Rasmussen c. Danemark* », *JCP G.*, 2006, I 164, p. 1590.

²⁷⁷⁴ MARGUENAUD (J.-P.), in SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, « Thémis », 2011, 6^e éd. p. 511.

²⁷⁷⁵ Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, req. n° 26713/05, § 22 ; Cour EDH, GC, 5 septembre 2017, *Bărbulescu c. Roumanie*, req. n° 61469/08, § 70 (nous soulignons).

²⁷⁷⁶ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 739.

²⁷⁷⁷ HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, *op. cit.*, p. 49 ; SCOLLO (M.), *Le droit au développement personnel au sens de la CEDH*, Thèse dactylographiée, Montpellier 1, 2012.

L'autonomie personnelle étant une notion particulièrement large, son adaptation à la protection des données à caractère personnel aurait pu être directe²⁷⁷⁸. Toutefois, en raison notamment de la tendance à l'émancipation de l'autonomie personnelle du champ de l'article 8, la Cour a choisi de passer par une combinaison des différentes notions déployées dans sa jurisprudence, pour former une notion préexistante dans le droit de certains États parties : le droit à l'auto-détermination informationnelle.

2. L'autonomie personnelle appliquée aux données personnelles : l'auto-détermination informationnelle

583. L'auto-détermination informationnelle : étape finale d'une protection en devenir. – Le fil qui permet de partir du droit au respect de la vie privée pour en arriver à une protection des données à caractère personnel au titre de la préservation de l'identité a été amplement déroulé. Pour achever ce cheminement, il faut partir à la recherche d'une dernière notion permettant de faire état de la protection offerte par le droit de la Convention européenne : l'auto-détermination informationnelle. Afin de comprendre cette nouvelle arrivante dans la jurisprudence de la Cour, un bref aperçu de ses occurrences en droit comparé peut permettre d'en apercevoir nettement les contours (a.). Dès lors, il ne s'agira plus que d'envisager cette jeune notion telle qu'interprétée par le juge du Palais des droits de l'Homme (b.).

a. Fondements conceptuels de l'auto-détermination informationnelle : éléments de droit comparé

584. La Cour constitutionnelle allemande et la *informationelle Selbstbestimmung*. – Le juge constitutionnel allemand a déduit des articles 1 (1) et 2 (1) de la loi fondamentale le droit à la protection des données personnelles²⁷⁷⁹, qu'il qualifie plus précisément en « autodétermination informationnelle »²⁷⁸⁰. Ces dispositions constitutionnelles visent respectivement « la dignité de l'être humain » et le « libre épanouissement de la personnalité ». Contrairement au cheminement sinueux de la protection française, qui s'égarait entre liberté personnelle, liberté individuelle et droit au respect de la vie privée, le cadre fondamental est ici limpide. Le tribunal constitutionnel fédéral allemand reconnaît un pouvoir « résultant de la notion d'autodétermination », qui permet de « décider en premier lieu lui-même quand et dans quelle mesure des faits relatifs à sa

²⁷⁷⁸ Pour des exemples récents de sollicitation d'un tel rattachement : HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, op. cit., pp. 380-387 ; DEBAETS (E.), *Le droit à la protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, op. cit., pp. 268 et s. Pour un exemple de rapprochement avec une interprétation extensive de la vie privée en droit interne, v. MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, n° 138, 18 mai 2007, pp. 1482-1483 : « Il existe certes pour l'instant un droit de la protection des données personnelles, mais non un droit à la protection des informations personnelles. Un véritable droit au respect des informations personnelles aurait l'avantage de disjoindre cette protection de celle de la vie privée *stricto sensu* [...] On s'approche d'un droit à l'autonomie personnelle ou à l'autodétermination, comme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ».

²⁷⁷⁹ BVerfGE 65, 1, *Volkszählung*, 15 décembre 1983.

²⁷⁸⁰ De l'allemand « informationelle Selbstbestimmung ».

propre existence sont divulgués »²⁷⁸¹. L'article 2 (1) rappelle que le libre développement de la personnalité est un droit « pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale ». Le juge constitutionnel tempère donc l'autodétermination informationnelle comme suit : « l'individu n'exerce pas sur ses données un droit au sens d'une maîtrise absolue et illimitée »²⁷⁸². Les restrictions possibles doivent toutefois « être non seulement prévues par la loi, mais également énoncées avec clarté, strictement nécessaires à la réalisation de l'intérêt général recherché, et surtout, accompagnées de garanties constitutionnelles et procédurales »²⁷⁸³. Plus récemment, la cour de Karlsruhe a souligné la nature des données et les risques de volatilité liés à Internet, le tout présentant un danger considérable pour la personnalité d'un individu : « Les données volatiles ou stockées temporairement peuvent être particulièrement significatives sur la personnalité d'un individu identifié, ou peuvent faciliter l'accès à d'autres données particulièrement sensibles »²⁷⁸⁴. La motivation du juge constitutionnel – se fondant invariablement sur l'article 2 (1) de la loi fondamentale – vise toujours la personnalité et la capacité d'autodétermination informationnelle de la personne²⁷⁸⁵. Le libre épanouissement de la personnalité serait donc, en droit allemand, un « droit fondamental primaire »²⁷⁸⁶. Il est intéressant de voir que la présidente de la CNIL se réclame de cet arrêt pour offrir une nouvelle lecture de l'article 1^{er} modifié par la loi du 7 octobre 2016 selon lequel « [t]oute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant ». Isabelle Falques-Pierrotin rappelle en effet que selon la Cour de Karlsruhe, « la dignité – qui associe donc la donnée à l'essence même de la personne – et l'autonomie – qui est au cœur de la figure du citoyen – sont les deux valeurs placées au sommet de la loi fondamentale allemande [...] cette autodétermination est une condition première pour permettre au citoyen d'interagir dans une société démocratique »²⁷⁸⁷. Pourtant, ni la dignité, ni l'autonomie, ne semblent particulièrement commander à l'ensemble des délibérations et avis de la CNIL, pas plus que l'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 elle-même, malgré sa noble référence à « l'identité humaine ».

585. Une protection italienne en construction. – Ce n'est que par une décision de 1990 émanant de la Cour constitutionnelle que l'ébauche d'une protection des données personnelle naît en Italie.

²⁷⁸¹ BVerfGE 65, 1, *Volkszählung*, 15 décembre 1983, cons. 42.

²⁷⁸² *Ibid.*, cons. 43-44.

²⁷⁸³ BVerfGE 125, 260, *Vorratsdatenspeicherung*, 2 mars 2010.

²⁷⁸⁴ BVerfGE 120, 274, *Online-Durchsuchungen*, 27 février 2008, § 236. Traduction libre depuis l'allemand : « Flüchtige oder nur temporär gespeicherte Daten können eine besondere Relevanz für die Persönlichkeit des Betroffenen aufweisen oder einen Zugriff auf weitere, besonders sensible Daten ermöglichen ».

²⁷⁸⁵ *Ibid.*, §§ 124-125.

²⁷⁸⁶ ARNOLD (R.), « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande » in *Libertés : Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien 1998, p. 463.

²⁷⁸⁷ CNIL, *Rapport d'activité 2016*, Paris, La Documentation Française, 2017, p. 40.

Le juge constitutionnel énonce alors que la liberté de traitement des données à caractère personnel peut être limitée²⁷⁸⁸. On note ici le caractère explicite du ménagement des intérêts en jeu, le juge faisant de la liberté du traitement le principe et la limitation de ce traitement l'exception. Sans que la protection des données soit explicitement prévue par la Constitution italienne, la loi n°675 du 31 décembre 1996 renverse complètement le régime de protection et prévoit en son article premier : « La présente loi garantit que le traitement des données personnelles se fera dans le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la dignité de la personne physique, et réaffirme particulièrement à la vie privée et l'identité personnelle »²⁷⁸⁹. On assiste là à la toute première transposition de la directive 95/46/CE, près de huit ans avant la France. Rattrapant son retard avec dynamisme, l'ordre juridique italien se dote d'un décret législatif du 30 juin 2003²⁷⁹⁰ qui mentionne à la section 2 (1) que le Code ainsi créé veille « à ce que les données personnelles soient traitées dans le respect des droits et libertés fondamentaux et de la dignité des personnes concernées, notamment en ce qui concerne la confidentialité, l'identité personnelle et le droit à la protection des données personnelles ». L'identité personnelle et la dignité sont ici explicitement visées²⁷⁹¹, et le régime de protection tend de plus en plus vers un alignement sur le régime juridique de l'autodétermination informationnelle allemand²⁷⁹², avec un recours à la Constitution visant le libre exercice de la personnalité, le développement de la personne humaine et l'égalité sociale²⁷⁹³.

586. La formalisation artificielle d'un droit à l'autodétermination informationnelle en droit français. – À plusieurs reprises au cours de cette étude, nous avons exposé notre interprétation de la modification de l'article 1^{er} de la LIL par la loi du 7 octobre 2016²⁷⁹⁴. Il s'agit selon nous d'une

²⁷⁸⁸ Cour constitutionnelle italienne, n° 139, 26 mars 1990.

²⁷⁸⁹ Loi n° 675 du 31 décembre 1996, texte consolidé le 28 décembre 2001, n° 467. Traduction libre depuis l'italien : « La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale ».

²⁷⁹⁰ Décret législatif n° 169/03 du 30 juin 2003 portant création d'un « Code de la protection des données personnelles ».

²⁷⁹¹ V. également Cour constitutionnelle italienne, n° 13/1994 : « Il est certainement vrai que l'article 2 de la Constitution, parmi les droits qui forment le patrimoine intangible de la personne humaine, reconnaît et garantit également le droit à l'identité personnelle [...] Il s'agit du droit à être soi-même, entendu comme le respect de l'image de participant à la vie en société, avec les idées et les expériences acquises, avec les convictions idéologiques, religieuses, morales et sociales qui différencient, et en même temps qualifient, l'individu ». V. BON (P.), MAUS (D.) (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, « Grands arrêts », 2008, n° 55, pp. 256-258.

²⁷⁹² En ce sens, voir BUSIA (G.), LUCIANI (M.), « Italie – Constitution et vie privée », *AJJC*, 2000, XVI, p. 306.

²⁷⁹³ Constitution italienne « Senato della Repubblica », art. 2 : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, comme individu et comme membre de formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé » ; art. 3 : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales. Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays ».

²⁷⁹⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

formalisation artificielle d'un droit à l'autodétermination informationnelle²⁷⁹⁵. En effet, la loi modifiée énonce que « [t]oute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant ». Dans l'exposé des motifs, on trouvait une référence expresse à l'étude annuelle 2014 du Conseil d'État, qui préconisait d'écarter la thèse patrimoniale et de consacrer – dans le règlement alors en cours d'élaboration ou dans la loi – le principe d'autodétermination informationnelle²⁷⁹⁶. Toutefois, le Conseil d'État ne se contentait pas d'inciter le législateur à promouvoir une autodétermination informationnelle pour la personne, puisqu'il invitait aussi à prendre la mesure des conditions de possibilité d'un tel droit : « le droit à l'autodétermination informationnelle apparaît d'une grande ambition, au regard de la perte générale de maîtrise par les individus de leurs données [...]. La seule affirmation de ce droit ne permet pas de le rendre effectif et les instruments de la protection des données doivent être profondément transformés pour y parvenir »²⁷⁹⁷. Force est de constater que la survalorisation du consentement, portée par le RGPD – mais aussi par la LIL – ne s'accompagne pas des garanties propres à assurer la vérification de la qualité du consentement. En outre, les exemples étrangers démontrent l'importance d'une assise constitutionnelle forte, tâchant d'ancrer le lien entre données personnelles et identité de la personne à la fois dans les travaux du législateur, mais aussi dans les rapports interpersonnels. En France, la conception relativement étroite de la vie privée retenue par le juge constitutionnel français n'incite pas à penser qu'il se dirige dans cette direction.

Ces différents éléments de comparaison en main, il est possible de porter un jugement plus éclairé sur la consécration jurisprudence d'un droit à l'auto-détermination informationnelle par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui apparaît comme un support en construction mais prometteur.

b. Consécration jurisprudentielle de l'auto-détermination informationnelle par la Cour EDH

587. Autodétermination informationnelle : consécration. – Dans un arrêt *Satakunnan* rendu le 27 juin 2017²⁷⁹⁸, la Cour a expressément nommé le concept fédérateur de la protection du sujet de droit dans les différents aspects de sa vie sociale menée sur les supports numériques :

²⁷⁹⁵ Sur ce point, v. nos développements précédents, n^{os} 356, 428 et 550.

²⁷⁹⁶ Loi n^o 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, exposé des motifs, article 26 : « C'est le très grand nombre de données traitées qui confèrent leur valeur aux bases manipulées par les acteurs du numérique. Ainsi, le rapport de forces entre le consommateur isolé et l'entreprise, resterait marqué par un déséquilibre structurel. Il est donc préférable de créer un droit rattaché à la personne, à l'image des dispositions équivalentes consacrées par la Cour fédérale allemande ».

²⁷⁹⁷ Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, p. 268.

²⁷⁹⁸ Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n^o 931/13 : *JCP G* 2017, p. 1414, note H. SURREL.

l'autodétermination informationnelle²⁷⁹⁹. Le droit de la Convention est donc un laboratoire privilégié pour observer l'émergence d'une protection de l'identité des personnes dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement potentiellement attentatoire au droit au respect de la vie privée. Pour comprendre l'espèce, il convient de partir de la spécificité du système finlandais, qui autorisait l'accès public aux données fiscales de l'ensemble de la population. Partant, deux sociétés en avaient fait commerce, par la publication d'une partie de ces données dans un magazine (revenus, patrimoines et noms des personnes) et par la mise en place d'un service d'interrogation par SMS. Finalement, cette diffusion concernait plus d'un million de personnes, soit un tiers des contribuables finlandais. Les autorités finlandaises avaient pris l'ampleur d'un tel traitement, et les sociétés concernées avaient dû cesser cette activité. Ces dernières alléguaient une violation de l'article 10 de la Convention. Après avoir classiquement pris appui sur la Convention du 28 janvier 1981²⁸⁰⁰ pour constater la présence d'une donnée à caractère personnel, la Cour intégrait les données fiscales dans le champ de l'article 8 de la Convention. Que les données publiées par les sociétés requérantes aient été publiquement accessibles en vertu du droit finlandais n'y changeait rien, dans la mesure où l'ampleur du traitement et le mode de diffusion changeaient le rapport à ces informations²⁸⁰¹. Dès lors, la Cour pouvait mettre en balance les intérêts concurrents, dans une « mise à l'horizontale » de sa jurisprudence *Rotaru* qui prévoyait « que des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics »²⁸⁰². La Cour a rappelé la « zone d'interaction » existant « entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la vie privée »²⁸⁰³. Ce ménagement de la protection des données relatives aux personnes dans un contexte de sociabilité – nécessaire au développement de la personnalité – a été classiquement relevé : « [l]a protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention »²⁸⁰⁴. Cette importance implique logiquement des obligations positives à la charge des États, qui doivent « ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données

²⁷⁹⁹ *Ibid.*, § 137 : « L'article 8 de la Convention consacre donc le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu ».

²⁸⁰⁰ Conseil de l'Europe, *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, 28 janvier 1981, STE n° 108.

²⁸⁰¹ Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13, §§ 134-138 et § 151.

²⁸⁰² Cour EDH, GC, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95, § 43.

²⁸⁰³ Cour EDH, GC, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 40454/07, § 93 : *JCP G* 2015, act. 1332, note H. SURREL.

²⁸⁰⁴ Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13, § 137.

à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans cet article »²⁸⁰⁵. Passant sous silence l'application en l'espèce de la stipulation conventionnelle à des relations entre les personnes elles-mêmes, la Cour européenne a ensuite délivré ce qui est à notre sens l'apport central de l'arrêt : « [l']article 8 de la Convention consacre donc le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu »²⁸⁰⁶. Si la simple mention de l'auto-détermination suffit à augurer un renvoi à l'autonomie personnelle, la Cour n'y fait pas expressément référence. On ne peut douter de sa proximité avec « l'autodétermination » personnelle, invoquée à l'appui de l'autonomie personnelle depuis l'arrêt *Pretty*²⁸⁰⁷ pour qualifier les choix de vie. Cette formulation ne doit néanmoins pas laisser croire à l'existence d'un instrument de protection pouvant être invoqué à l'égard de tous les traitements de données à caractère personnel dont la personne ferait l'objet. C'est ce qui ressort du récent arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*²⁸⁰⁸, rendu presque un an jour pour jour après l'arrêt *Satakunnan*. Dans cette affaire, il s'agissait à nouveau d'une confrontation des articles 8 et 10 de la Convention. Les requérants, deux demi-frères condamnés à l'emprisonnement à perpétuité en raison de l'assassinat d'un célèbre acteur allemand, faisaient valoir que les autorités allemandes avaient refusé d'interdire l'accès à certains dossiers de presse – proposés par trois médias dont *Der Spiegel* – relatifs à leur condamnation et faisant mention de leur nom complet. La solution est différente de l'arrêt *Satakunnan*, puisque la Cour ne constate aucune violation de l'article 8, en raison notamment de la présence d'un débat d'intérêt général²⁸⁰⁹ (aucune recherche, ici, du « sensationnel »²⁸¹⁰). En revanche, le déroulement de la motivation est sensiblement équivalent, et la Cour renvoie à son précédent relatif à l'auto-détermination informationnelle : « la Cour a en outre conclu que l'article 8 de la Convention consacre le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu ». Elle tempère toutefois la portée

²⁸⁰⁵ *Id.*

²⁸⁰⁶ *Id.*

²⁸⁰⁷ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 61 : « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ».

²⁸⁰⁸ Cour EDH, 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. nos 60798/10 et 65599/10, § 87.

²⁸⁰⁹ *Ibid.*, § 104.

²⁸¹⁰ Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13, § 171 : « L'intérêt public ne saurait être réduit aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, ni au goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le voyeurisme ».

de ce principe dès l'énoncé suivant, précisant que « pour que l'article 8 entre en ligne de compte, l'attaque à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée »²⁸¹¹.

588. Auto-détermination informationnelle : perspectives. – À la lecture de ces arrêts, il nous apparaît que l'utilisation de la notion d'auto-détermination informationnelle est embryonnaire. Sa consistance, limitée à des cas d'attaque à la réputation personnelle présentant un certain de gravité, semble se résumer à un droit au déréférencement public (improprement nommé « droit à l'oubli »). Les deux cas étaient en effet clairement analogues : données à caractère personnel mises à disposition par la presse. La portée de l'auto-détermination informationnelle peut donc sembler particulièrement circonscrite à ce cas particulier. Nous pensons néanmoins que cet outil peut être amené à devenir central dans le droit à la protection de l'identité des personnes ayant fait l'objet d'un traitement numérique. En premier lieu, il n'a pas pu échapper à la Cour qu'un droit à « l'auto-détermination informationnelle », outre sa proximité avec la notion d'autonomie personnelle, ne pouvait pas aller sans rappeler le droit consacré par certains États parties à la Convention²⁸¹², à moins qu'il ne faille l'envisager comme une notion autonome (ce que la Cour n'a pas indiqué). En second lieu, la collecte de données à caractère personnel considérées comme « publiques » ou « divulguées » ayant connu un essor singulier, nous voyons dans les mots de la Cour une assertion de portée suffisamment générale pour assurer une protection horizontale à la hauteur des enjeux du traitement des données à caractère personnel : « le fait que les informations en cause sont déjà dans le domaine public ne les soustrait pas nécessairement à la protection de l'article 8 ». Enfin, en troisième lieu, il nous semble que la construction d'une nouvelle notion répond, pour la Cour, à une exigence d'utilité future. En cela, sa portée pourrait être rapidement élargie. La faculté d'invoquer le droit au respect de la vie privée pour des données *a priori* neutres qui seraient ensuite communiquées au public pourrait notamment renvoyer aux métadonnées. En définitive, nous percevons dans la notion d'auto-détermination informationnelle le ferment d'une protection forte de l'identité de la personne face à l'immensité des supports numériques et la densité des traitements de données à caractère personnel occasionnant une perte de maîtrise de la personne sur ses informations personnelles. L'auto-détermination informationnelle, plus qu'un droit au déréférencement, peut être entendue comme la capacité d'une personne à savoir quels éléments de son identité elle met à la disposition du public. L'ajustement du seuil de gravité par la Cour européenne sera alors déterminant.

²⁸¹¹ Cour EDH, 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. n° S 60798/10 et 65599/10, § 88.

²⁸¹² V. *supra*.

L'étude s'achève ainsi par le constat de dynamiques divergentes. Si les différents régimes de protection proposés en droit interne et en droit de l'Union tendent à renvoyer la personne vers son consentement, le droit conventionnel semble mesurer les enjeux d'une projection de l'identité des personnes sur des supports voraces et volatiles. L'identité personnelle, support fondamental de la personne humaine, apparaît comme menacée. Face à cela, la personne a besoin d'elle-même, mais elle a surtout besoin que le droit ménage les conditions d'existence qui lui permettront de savoir ce que ce « elle-même » signifie.

« L'autonomie est bien l'apanage du sujet de droit ; mais c'est la vulnérabilité qui fait que l'autonomie reste une condition de possibilité que la pratique judiciaire transforme en tâche. Parce que l'homme est par hypothèse autonome, il doit le devenir »²⁸¹³.

²⁸¹³ RICOEUR (P.), « Autonomie et vulnérabilité », in DILLENS (dir.), *La philosophie dans la cité. Hommage à Hélène Ackermans*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, « Philosophie », p. 121.

Conclusion du chapitre 2

589. La vie privée et l'identité, question d'ouverture. – À défaut d'une protection explicite de l'identité par le Conseil, la liberté personnelle s'imposait comme socle de la protection des données à caractère personnel. Difficilement identifiable, souvent questionnée, la liberté personnelle peut être délimitée à l'aide de son fondement juridique : la liberté garantie à la personne, tant dans son aspect individuel que social (articles 2 et 4 de la DDHC). Pourtant, après seulement deux décisions consacrant la protection des données personnelles par la liberté personnelle, le Conseil constitutionnel y a renoncé, déplaçant cette protection vers le droit au respect de la vie privée, alors nouvellement constitutionnalisé. On peut le déplorer, car la liberté individuelle jouait alors le rôle du passeur, allant de la rive objective à la rive subjective de l'identité. La dimension objective de la protection des données à caractère personnel – celle de « l'identité humaine » visée par la loi du 6 janvier 1978 – reste donc en sommeil, suspendue à une interprétation extensive du droit au respect de la vie privée par le juge constitutionnel français. À l'opposé de cette dynamique, la Cour européenne des droits de l'Homme a commencé par accueillir la protection des données à caractère personnel au sein du champ d'application du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention). Après une période transitoire durant laquelle elle a mesuré les implications potentielles des traitements de données sur l'identité des personnes, elle a invité les États parties à une vigilance particulière, spécifiquement à l'égard des données sensibles. Or en droit de la Convention, l'identité est protégée au titre de l'épanouissement personnel, et par le truchement de l'autonomie personnelle. Il ne restait donc plus qu'à faire le lien. En ce sens, la Cour européenne a consacré l'auto-détermination informationnelle de la personne qui, bien que pour le moment limité au cas spécifique du traitement de données personnelles mises à disposition du public, nous semble receler le potentiel d'une norme de protection pouvant s'étendre à l'ensemble des relations entre personnes privées dans le cadre des traitements de données. Les utilisations futures de cette notion par la Cour auront raison de notre analyse, ou au contraire la confirmeront.

« La pratique de soi est conçue comme un combat permanent. Il ne s'agit pas simplement de former, pour l'avenir, un homme de valeur. Il faut donner à l'individu les armes et le courage qui lui permettront de se battre toute sa vie »²⁸¹⁴

²⁸¹⁴ FOUCAULT (M.), *L'herméneutique du sujet : cours au Collège de France (1981-1982)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2009, p. 477.

Conclusion du titre 2

590. Droit fondamental et protection du fondement de la personne. – En l'état actuel, pas plus le droit français que le droit de l'Union ne protègent l'identité de la personne vis-à-vis du traitement de données à caractère personnel. Cela ressort du fondement même du droit des données personnelles, qui ne se contente pas d'être un droit à la protection de ces données : il est également un droit à l'exploitation de ces données. Le caractère trop énergique et trop général du droit au respect de la vie privée – et plus généralement des droits de la personnalité – peut ainsi être écarté à l'aide d'une mise en place par les législateurs français et de l'Union d'un droit *sui generis*. Il ne s'agit pas ici d'affirmer la volonté des législateurs d'affaiblir le niveau de protection des données à caractère personnel. En replaçant le consentement au cœur du régime d'autorisation, peut-être sont-ils en réalité convaincus de la réalité d'une maîtrise de la personne sur ses données. L'autonomisation du droit des données personnelles décroche, sémantiquement et juridiquement, les données à caractère personnel de la personne à laquelle elles se rapportent. En dehors d'une réduction de la personne à un ensemble d'identifiants qui la rende visible et prévisible, les données n'ont pas de fonction particulière. Presque entièrement réduites à un élément de commercialité, leur traitement habituel est la rançon d'hétéronomies juridiquement accueillies telles que la libre circulation des données, l'innovation et l'obligation de renseignement pour tous les services numériques utilisés. En ce sens, les réflexions autour de l'applicabilité du droit de propriété aux données personnelles sont intéressantes et ne devaient pas être éludées. Toutefois, il faut constater leurs limites, tant les prémisses du syllogisme sont viciées : la maîtrise n'est, en l'état actuel, pas envisageable.

Il est bien sûr indéniable qu'une protection existe ; il est même possible, en comparaison d'autres systèmes étrangers, de considérer que cette protection est forte. Toutefois, les prérogatives octroyées à la personne sont alors des pouvoirs ponctuels d'opposition, reposant principalement sur une vision volontariste de la relation entre responsable de traitement et personne concernée. En outre, le fondement de la validation des contrats d'adhésion est vacillant : il existe non seulement plusieurs moyens de légitimation d'un traitement, mais le principal d'entre eux, le consentement, peut être grandement relativisé au regard du déséquilibre contractuel existant entre la personne et l'éditeur de services numériques ou l'administration elle-même. Il est donc assez curieux de constater, en recherchant une protection objective, que le droit fondamental à la protection des données garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union se fasse le rigoureux écho de cette survalorisation de la subjectivité. L'intégration du consentement au sein même de l'article 8§2 de la Charte rend compte de la faible ambition d'un tel droit. La possibilité d'une renonciation est donc formalisée en un « droit fondamental », dont l'autonomisation de l'article 7 – garantissant le

droit au respect de la vie privée – semble entériner cette recherche de « souplesse » dans la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Dès lors, il devient possible de critiquer cette qualification, selon une approche particulière de la fundamentalité. Toutefois cette protection fondamentale a pu être rencontrée à d'autres niveaux supralégislatifs, malgré la mainmise de l'Union européenne sur le cadre général de la protection des données personnelles. Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme sont apparus, dans cette matière, comme des protecteurs privilégiés de la personne. Ces juridictions ont néanmoins connu deux dynamiques différentes. Le juge constitutionnel français a abandonné le fondement de la liberté personnelle, pourtant plus à même d'intégrer une protection de l'identité de la personne humaine à l'égard des traitements de données, pour celui, plus consensuel, du droit au respect de la vie privée. Ledit droit au respect de la vie privée n'étant pas interprété largement, la protection de la part subjective de la personne menacée par une numérisation généralisée se fait attendre. La Cour européenne des droits de l'Homme a fait le chemin inverse. En pratiquant une interprétation dynamique de l'article 8 de la Convention, le juge strasbourgeois a fondé une protection de l'épanouissement de la personnalité – et donc de l'identité – reposant sur le respect de l'autonomie des personnes. Il nous semble que cette protection d'ensemble de la personne humaine a été étendue au traitement de données à caractère personnel, particulièrement à l'égard de ceux qui visent des données sensibles, mais également publiquement disponibles. Avec un droit à l'auto-détermination informationnelle, faisant écho à la jurisprudence fondatrice du tribunal fédéral constitutionnel allemand, la Cour semble installer une horizontalité de protection en matière de données personnelles – et donc certaines obligations positives à la charge des États.

« Sans doute peut-on alors définir l'un des rôles du droit comme celui de préserver la possibilité de cette plasticité dynamique de l'identité face à la violence de certaines contraintes psychiques qui détruisent en l'agressant l'identité d'un individu »²⁸¹⁵

²⁸¹⁵ MARIN (C.), « L'identité psychique et son vacillement », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne le 1er octobre 2009, L'Harmattan, 2013, p. 287.

Conclusion de la deuxième partie

591. De l'objet au sujet. – L'ambivalence du droit des données personnelles donne logiquement lieu à des difficultés d'identification du régime et de son objet. Les difficultés ne sont pas nécessairement la fin des catégories et peuvent être, au contraire, une mise à l'épreuve augurant une mutation salutaire. Toutefois, alors que des années de débats ont été nécessaires à l'adoption du RGPD, ce dernier se contente assez largement de mettre l'accent sur la nécessité d'une libre circulation des données à caractère personnel. Durant ces années, les traitements se sont accrus, et les moyens de l'intrusion dans l'identité des personnes avec eux. Responsabiliser l'utilisateur et le renvoyer à sa possibilité de ne pas consentir est un argument d'une portée tout à fait limitée. Ledit argument s'inscrit dans une mouvance libérale qui promeut l'*empowerment* de la personne, c'est-à-dire l'assurance de moyens supplémentaires pour assurer sa propre protection. Toutefois, des moyens supplémentaires ne correspondent pas nécessairement à des moyens adaptés. On constate ainsi que les discours juridiques sur la maîtrise, avec en point d'orgue une déformation du principe d'autodétermination informationnel, prolifèrent.

L'Union européenne, qui souhaite que les données à caractère personnel circulent, n'a pas plus intérêt que les opérateurs privés ou l'administration à ce qu'une définition trop rigoureuse de ces données vienne les arracher au régime *sui generis* qui est le leur. Les données personnelles sont en effet des rouages désormais indispensables aux activités publiques et privées, et un retour en arrière n'est pas envisageable. C'est donc le standard de protection de l'Union européenne qui prévaut, permettant d'exclure les limitations ou interdictions qui relèveraient d'une protection des droits de la personne. Ainsi, l'inscription d'un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel au sein de la Charte des droits fondamentaux aura, *in fine*, permis à l'Union européenne de disposer d'une compétence exclusive en matière de réglementation des données personnelles. La mise à l'écart de l'instrument conventionnel (CEDH), à l'occasion d'un arrêt *Tele2Sverige*, vient consolider cette position. Malgré cette exclusivité sur la protection des données à caractère personnel, d'autres acteurs peuvent envisager une résistance à la réification informationnelle qui pèse sur la personne. La liberté personnelle, qui promeut l'autonomie et permet de soustraire la personne à des contraintes sociales excessives, est un premier outil à la disposition du juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré, dans deux décisions du début des années quatre-vingt-dix, que ces données pouvaient être vues à travers le prisme d'une norme qui conciliait les aspects subjectif et objectif d'une protection de l'identité des personnes (art. 2 et 4 DDHC). La vie privée, constitutionnellement protégée à la fin de cette même décennie, a finalement emporté les données personnelles dans son ascension constitutionnelle. Néanmoins, la

conception relativement étroite de la vie privée retenue par le Conseil ne rend pas compte des différents enjeux liés à la numérisation de l'identité des personnes. Il en est autrement de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, à travers sa jurisprudence dynamique et évolutive, a construit de solides outils jurisprudentiels lui permettant de protéger l'autonomie personnelle, moyen indispensable à l'épanouissement de la personnalité. La consécration d'une auto-détermination informationnelle, qui nous semble tisser le lien entre données à caractère personnel et préservation de l'identité des personnes, peut être saluée. Alors que ce rapport entre personne et données apparaît intuitivement, il n'est véritablement constaté que devant le prétoire du juge de la Convention.

« La protection de l'identité numérique s'organise en Europe, dans un climat conflictuel, au fil de discussions chahutées, sur fond d'enjeux économiques considérables »²⁸¹⁶

²⁸¹⁶ ROCHFELD (J.), « L'identité numérique en Europe », in BOLLEE (S.), PATAUT (E.) (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS Editions, 2016, p. 171.

CONCLUSION GÉNÉRALE

592. Bilan d'une approche pragmatique. – Au sein d'une telle étude, le réflexe du juriste peut être de considérer qu'il lui appartient d'évaluer la présence ou non d'un système juridiquement adapté de protection des données à caractère personnel. Formellement, cette protection existe, et correspond à un ensemble de mécanismes effectifs. Néanmoins, pour évaluer l'ambition de cette protection et mesurer les conséquences produites, il est important de prendre du recul et de poser le contexte de la numérisation de la personne. Il est en effet possible de tirer de riches enseignements du fait que la plus grande secousse qu'ait connu la « société de l'information » ait été provoqué par un ingénieur informaticien travaillant pour les services de renseignement des États-Unis. Ce paradoxe peut nous inciter à ne pas être « d'abord des juristes »²⁸¹⁷, pour tâcher de l'être mieux ensuite. Le tissage d'un contexte aura permis de faire émerger le concept d'identité numérique. On sait, en premier lieu, ce que n'est pas l'identité numérique : une présence numérique calculée et savamment orchestrée par la régulation personnelle, c'est-à-dire le consentement. On rencontre, en second lieu, ce qu'est vraiment l'identité numérique : une projection de l'identité réelle sur les supports numériques, échappant assez majoritairement à la personne.

593. Déroulement de la recherche. – L'étude aura permis de mettre à jour différents aspects des données à caractère personnel. Premièrement, l'objet des données personnelles est bien l'identité et non l'identification. Collectées et traitées, elles permettent de projeter toutes les facettes d'une personne sur le support numérique, voire certaines ignorées de cette dernière. Deuxièmement, nous avons fait le constat que cette identité n'avait globalement pas servi de point d'ancrage, alors qu'elle aurait pu permettre d'arrimer le régime de protection des données à caractère personnel à son fondement : la personne humaine.

Pour appréhender le concept d'identité numérique, nous avons souhaité partir de son aspect le plus connu : les données de type « formel ». Le nom, la date de naissance ou encore l'adresse e-mail sont des données fournies avec une telle régularité que leur potentiel identifiant en est presque oublié. Il n'en est pas de même des données biométriques qui, bien que considérées comme « particulières » ou « sensibles », connaissent un mouvement d'ouverture vers les responsables de traitements privés. Ces données, à elles seules, sont représentatives du danger de quantification des

²⁸¹⁷ POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *LEGICOM*, 2009/4, n° 42, pp. 63-64.

personnes, tant elles renvoient la personne à des caractéristiques objectives qui la dépasse et sur lesquelles elle n'a aucun contrôle. En outre, les données techniques permettent de conférer à l'ensemble des données formelles – y compris celles qui sont *a priori* neutres ou « indirectes » – un potentiel considérable. Ce potentiel est la projection de l'identité personnelle, c'est-à-dire du vécu de la personne, de ses choix, de sa façon d'interagir avec ses semblables. Le recoupement, souvent qualifié d'interconnexion, est le *medium* technique de cette sensibilisation des informations essentielles, et de la révélation de leur propension à servir d'« identifiant ». La constitution de telles informations concernant une personne est une ressource précieuse, tant pour les opérateurs privés (annonceurs, fournisseurs de services, commerçants) que pour les autorités publiques (services publics, prévention et poursuite des infractions, maintien de l'ordre public). À une perte de maîtrise accrue correspond donc une sollicitation accrue, à moins que ce ne soit l'inverse.

Le point culminant de l'étude nous aura amené à constater qu'à la perte croissante de maîtrise de la personne sur ses données personnelles correspond, en droit de l'Union européenne, une exigence de circulations des données à caractère personnel, carburant de l'économie numérique. Si un droit fondamental à la protection des données existe, il est alors certain qu'il ne permet pas d'assurer à la personne une véritable maîtrise de ses données à caractère personnel. L'autonomisation de ce régime, aussi contre-intuitive qu'elle puisse paraître puisqu'il s'agit d'un droit *fondamental*, ne réduit pas la surexposition de la personne, renvoyée à sa propre subjectivité et sa capacité à consentir raisonnablement face à l'immensité numérique et aux collectes agressives. L'accentuation de cette subjectivisation aura même conduit à s'interroger – et cette actualité demeure – sur la pertinence d'une propriété de la personne sur ses données à caractère personnel. Cette théorie ne résiste pas à l'examen. Quelle que soit la forme de maîtrise qui sera proposée, elle se heurtera à la réalité d'un consentement arraché dans l'ensemble des cas, que ce soit par souci de gain de temps ou par nécessité sociale du service (privé ou public). La forme quasiment exclusive du contrat d'adhésion renvoie l'utilisateur à l'obligation d'accepter l'ensemble des termes du contrat ou renoncer au service (application, site, objet connecté, terminal équipé de programmes préimplantés, etc.). La projection de l'identité des personnes dans le numérique n'est donc pas un choix, mais une obligation sociale au sens large. Dès lors, si l'anonymat est une garantie globalement illusoire, la personne ne dispose plus d'aucun contrôle sur son identité. Or, si cette identité est étirée jusque dans ses caractéristiques les plus essentielles, c'est alors l'autonomie même du sujet de droit qui est en danger. La réponse nécessaire semble donc se trouver dans le champ des droits fondamentaux. Le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, se révèle n'être que la formalisation artificielle du régime déjà connu en droit dérivé et en droit français, promouvant la même disposition de soi-

même dans son énoncé : le consentement. Outre que le consentement soit doté d'un poids relatif dans la véritable maîtrise de l'identité numérique, le droit fondamental semble isoler, par son autonomie, une protection assez éloignée des outils véritables de la protection de l'épanouissement des personnes : liberté personnelle et autonomie personnelle.

594. Bilan de la recherche. – En tâchant d'observer nos conclusions d'un œil neuf, il nous semble qu'un certain pessimisme s'installe dans le bilan de cette étude. En effet, l'identité numérique est constituée comme objet, mais la personne y est pour l'essentiel étrangère. La protection de sa propre autonomie et la sauvegarde de son identité reposent sur des droits d'opposition, et non plus sur un droit à la tranquillité, soubassement du droit au respect de la vie privée. La liberté de ne pas faire l'objet d'investigations incessantes, pilier de la préservation de cette vie privée, s'épuise dans la logique de flux.

Ce pessimisme est toutefois contrebalancé par l'apparition, envers et contre tout, d'une protection émergente en provenance de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'auto-détermination informationnelle est appelée, selon nous, à jouer un rôle important dans la protection de l'identité des personnes. Il serait toutefois bien hâtif de considérer que la Cour européenne peut, à elle seule, renverser la forme consacrée de protection des données à caractère personnel. À cet égard, il faut également saluer, malgré les nombreuses réserves soulevées au cours de cette étude, l'adoption d'un cadre général européen sur la protection des données à caractère personnel. Même si l'objectif reste, *in fine*, la sécurisation de l'unité et de la spécificité du droit de l'Union, il convient d'admettre que le niveau de protection offert par la Cour de justice de l'Union européenne reste élevé. Le dynamisme dont cette dernière a fait preuve à l'occasion d'affaires récentes a, malgré un questionnement de l'approche finaliste, contribué à imposer un certain niveau de protection des données personnelles aux géants américains du numérique.

Enfin, un optimisme propre, qui n'appartient pas au juriste mais à la personne, nous anime malgré tout. Il provient du sentiment de révolte qui semble tranquillement s'élever ces dernières années, porté par des lanceurs d'alertes comme Edward Snowden, et des juristes entêtés comme Maximilien Schrems. Notre souci de l'autonomie des personnes, en accord avec notre croyance sincère que cette préoccupation est en premier lieu celle de l'ordre juridique, n'aura pas échappé au lecteur. La montée de la méfiance des personnes à l'égard du devenir de leurs données personnelles semble finalement traduire la persistance d'un doute critique accessible à chacun. Si les personnes ne peuvent être intégralement renvoyées à leurs propres ressources pour préserver leur identité, il serait tout aussi contreproductif de nier à ces mêmes personnes les capacités de produire des mouvements de fond, par des mesures concrètes (prudence à l'égard des traitements) comme par

des mesures juridiques. Le destin des recours collectifs en matière de protection des données à caractère personnel sera particulièrement intéressant à suivre.

« J'ai choisi la justice, au contraire, pour rester fidèle à la terre. Je continue à croire que ce monde n'a pas de sens supérieur. Mais je sais que quelque chose en lui a du sens, et c'est l'homme, parce qu'il est le seul être à exiger d'en avoir »²⁸¹⁸

²⁸¹⁸ CAMUS (A.), *Lettres à un ami allemand*, Paris, Gallimard, 1972, p. 71.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

§ 1 – OUVRAGES

- AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne le 1er octobre 2009, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, 418 p.
- ALLARD (T.), LE METAYER (D.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, « Cahiers du CRID », 2010, 302 p.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) (dir.) et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Quadrige Dicos Poche », 2008, 1074 p.
- ARENDT (H.)
 - *Les origines du totalitarisme. Tome 3 Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, 313 p.
 - *Condition de l'homme moderne*, trad. FRADIER (G.), préf. RICOEUR (P.), Paris, Calmann-Lévy, « Agora », 1983, 406 p.
- ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, Paris, PUF, « Thémis droit », 4^{ème} éd. Refondue, 2016, 410 p.
- ATIAS (C.), CABAL (C.), EDELMAN (B.) et al., *L'individu face aux nouvelles technologies : surveillance, identification et suivi*, Actes du colloque international des 10 et 11 novembre 2004 à Lausanne, Institut Suisse de droit comparé, Schulthess, 2005, 166 p.
- AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz-Sirey, « Thèmes et commentaires », 2010, 990 p.
- BAUDOIN (J.-L.), MACKAAY (E.), *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989, Montréal, Thémis, 1991, 249 p.
- BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1992, 125 p.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.)
 - *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015, 396 p.
 - *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, vol. 2, Actes des journées du 20, 21 et 22 octobre 2015, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2016, 312 p.
- BELLANGER (P.), *La souveraineté numérique*, Paris, Stock, 2014, 252 p.
- BELLEIL (A.), *E-privacy. Le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'internet*, Paris, Dunod, « Stratégies et management », 2001, 202 p.
- BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, Paris, Odile Jacob, « Corpus », 2015, 106 p.
- BENSOUSSAN (A.), *Informatique et libertés*, Éd. Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2010, 966 p.
- BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, 934 p.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, « Méthodes du droit », 5^{ème} éd., 399 p.

- BERGSON (H.), *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, PUF, 1948, 180 p.
- BIOY (X.)
 - *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz-Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, 913 p.
 - *Biodroit : de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « Perspectives », 2016, 180 p.
 - *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. COSTA (J.-P.), Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « LMD Cours & TD », 2016, 4^{ème} éd., 992 p.
- BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2013, 334 p.
- BLOCH (P.), DEPADT-SEBAG (V.), *L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, « Actes », 2007, 165 p.
- BON (P.), MAUS (D.) (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz-Sirey, « Grands arrêts », 2008, 808 p.
- BRANLARD (J.-P.), *Le sexe et l'état des personnes, Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1993, 682 p.
- BRICTEUX (C.), FRYDMAN (B.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2018, 274 p.
- BRUGUIÈRE (J.-M.), GLEIZE (B.), *Droits de la personnalité*, Ellipses, « Mise au point », 2015, 351 p.
- BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Économica, « Corpus Essais », 2004, 533 p.
- BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, Paris, R. Pichon & R. Durand-Auzias, « Librairie générale de droit et de jurisprudence », 1961, 2^{ème} éd., 388 p.
- CABRILLAC (R.) (dir.) et al., *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2017, 23^e éd., 1075 p.
- CARBONNIER (J.)
 - *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^e éd., 493 p.
 - *Essais sur les lois*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « Anthologie du droit », 2014, 174 p.
 - *Droit et informatique : l'hermine et la puce*, Paris, Masson, 1992, 256 p.
 - *Droit civil, T. 1, Les personnes*, Paris, PUF, « Thémis droit privé », 1996, 20^{ème} éd., 408 p.
- CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique - Tome 87 », 2001, 348 p.
- CASTELLS (M.), *L'ère de l'information. Tome II : Le pouvoir de l'identité*, Paris, Fayard, 1999, 538 p.
- CASTETS-RENARD (C.), *Droit de l'Internet : droit français et européen*, Paris, Montchrestien, « Cours », 2012, 2^{ème} éd., 490 p.
- CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1998, 345 p.
- CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, 751 p.
- CHEVALIER (J.-M.), EKELAND (I.), FRISON-ROCHE (M.-A.), KALIKA (M.), *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000, 127 p.

- CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014, « Droit et société », 4^{ème} éd., 265 p.
- COMMAILLE (J.), *A quoi nous sert le droit ?* Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2015, 522 p.
- CORNU (G.)
 - *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, « Précis Domat », 2003, 11^{ème} éd., 729 p.
 - *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2016, 11^{ème} éd., 1101 p.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2008, 313 p.
- DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (de) (O.), TALEB-KARLSSON (A.), *Protection des données personnelles et sécurité nationale. Quelles garanties juridiques dans l'utilisation du numérique ?*, Bruxelles, Bruylant, « A la croisée des droits », 2017, 279 p.
- DEBAETS (E.), *La protection des données personnelles. Recherche sur un droit fondamental*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, 812 p.
- DEBET (A.), MASSOT (J.), METALLINOS (N.), *Informatique et libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, « Intégrales », 2015, 1288 p.
- DENIS (V.), *Une histoire de l'identité : France, 1715-1815*, Seyssel, Champ Vallon, « Epoques : collection d'histoire », 2008, 462 p.
- DERIEUX (E.), GRANCHET (A.), *Droit des médias : droit français, européen et international*, Paris, LGDJ, « Connaissance du droit », 5^e éd., 2013, 196 p.
- DESCOMBES (V.), *Les embarras de l'identité*, Paris, Gallimard, « Essais », 2013, 282 p.
- DESGENS-PASANAU (G.), FREYSSINET (E.), *L'identité à l'ère numérique*, Paris, Dalloz, 2009, « Presaje », 170 p.
- DEVEZE (J.), FRAYSSINET (J.), LUCAS (A.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris, PUF, « Thémis droit privé », 2001, 748 p.
- DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, 528 p.
- DOCQUIR (B.) (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, 175 p.
- DUBUISSON (E.), *La numérotation des personnes physiques*, Paris-II-Panthéon-Assas, 1994, 387 p.
- EDELMAN (B.)
 - *La personne en danger*, Paris, PUF, « Doctrine juridique », 1999, 550 p.
 - *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Paris, Hermann, « Philosophie », 2009, 143 p.
- ELLUL (J.), *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, « Liberté de l'esprit », 1977, 361 p.
- ERIKSON (E. H.), *Adolescence et crise : la quête de l'identité*, Paris, Flammarion, « Bibliothèque scientifique », 1972, 348 p.
- ERTZSCHEID (O.), *Qu'est-ce que l'identité numérique ? Enjeux, outils, méthodologies*, Marseille, Open Edition, « Encyclopédie numérique », 2013, 72 p.
- EYNARD (J.), *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, Paris, Michalon, 2013, 435 p.

- FENOLL-TROUSSEAU (M.-P.), HAAS (G.), *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec, 2000, 216 p.
- FERAL-SCHUHL (C.), *Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, Dalloz, « Praxis », 2010, 1100 p.
- FOUCAULT (M.)
 - *Sécurité, territoire, population : cours au collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2004, 435 p.
 - *Naissance de la biopolitique : cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2014, 335 p.
 - *Subjectivité et vérité : cours au Collège de France (1980-1981)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2009, 335 p.
 - *L'herméneutique du sujet : cours au Collège de France (1981-1982)*, Paris, Gallimard, Éd. du Seuil, 2009, 540 p.
 - *L'origine de l'herméneutique de soi. Conférences prononcées à Dartmouth College, 1980*, Paris, Vrin, « Philosophie du présent », 2013, 160 p.
 - *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, « Tel », 1976, 211 p.
 - *Histoire de la sexualité III. Le souci de soi*, Paris, Gallimard, « Tel », 1984, 334 p.
- FOULQUIER (N.), *Les droits subjectifs des administrés – Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003, 805 p.
- FREUD (S.)
 - *Œuvres complètes. Psychanalyse. Volume XV. 1916-1920*, Paris, PUF, 1996, 388 p.
 - *Pulsions et destins des pulsions*, Paris, Payot & Rivages, 2012, « Petite bibliothèque Payot », 103 p.
 - *Le moi et le ça*, Paris, Points, « Essais », 2015, 117 p.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, Paris, Dalloz, « Droit et économie de la régulation », 2016, 250 p.
- FRUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés – La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, « Droit international », 2001, 752 p.
- FRYDMAN (B.), VAN WAEYENBERGE (A.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2014, 396 p.
- FRYDMAN (B.), *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2011, 3^e éd, 708 p.
- FRYDMAN (B.), HAARSCHER (G.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2010, 3^e éd, 138 p.
- GALLOUÉDEC-GENUYS (F.) (dir.), *Les enjeux culturels de l'informatisation*, Paris, La documentation française, « Informatisation et société », 1982, 230 p.
- GAUTRAIS (V.)
 - *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012, 297 p.
 - *La preuve technologique*, Montréal, LexisNexis Canada, 2014, 411 p.
- GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « Presaje », 2005, 271 p.
- GHELFI-TASTEVIN (F.), LANZARA (D.), SCHENIQUE (L.) (dir.), *Le droit et les sentiments*, Paris, L'Harmattan, 2015, 219 p.

- GOFFMAN (E.)
 - *La mise en scène dans la vie quotidienne. Tome 1 - La présentation de soi*, Éd. de Minuit, « Sens commun », 1996, 251 p.
 - *La mise en scène de la vie quotidienne. Tome 2 - Les relations en public*, Paris, Éd. de Minuit, « Le sens commun », 1996, 372 p.
- GRATTON (E.), *Redéfinir la notion de donnée personnelle dans le contexte des nouvelles technologies de l'Internet*, Université de Montréal, 2012, 522 p.
- GUERRIER (C.), *Les enjeux de la société de contrôle à l'ère numérique. Volume 1*, Londres, ISTE Editions, « Innovation, entrepreneuriat et gestion », 2017, 278 p.
- GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 23^{ème} éd., 2015, 1105 p.
- GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 327 », 2000, 520 p.
- HALPERN (C.) (dir.), *Identité(s) : l'individu, le groupe, la société*, Auxerre, Éd. Sciences humaines, « Ouvrages de synthèse », 2016, 351 p.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, « Hypercours », 2017, 3^e éd., 837 p.
- HUME (D.), *Traité de la nature humaine : essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, Paris, Aubier-Montaigne, « Bibliothèque philosophique », 1946, 2 volumes.
- HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, « Droits de la convention européenne des droits de l'homme », 2015, 1019 p.
- ITEANU (O.)
 - *L'identité numérique en question*, Paris, Eyrolles, 2008, 166 p.
 - *Quand le digital défie l'État de droit*, Paris, Eyrolles, 2016, 188 p.
- JEANNENEY (J.-N.), STROWEL (A.), *Quand Google défie le droit : plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2011, 238 p.
- JOUAN (M.), *Autonomie personnelle et normativité morale : essai d'articulation anthropologique*, Université d'Amiens, 2009, 549 p.
- JUNG (C. G.), *Dialectique du moi et de l'inconscient*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2008, 287 p.
- KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Delagrave, 1999, 210 p.
- KATSH (E.)
 - *The electronic media and the transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989, 347 p.
 - *Law in a digital world*, New York, Oxford University Press, 1995, 294 p.
- KAYSER (P.), *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Paris - Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1995, 3^{ème} éd., 605 p.
- KIENNERT (C.), *Élaboration d'un modèle d'identité numérique adapté à la convergence*, Télécom ParisTech, 2012, 165 p.
- KIRBY (M.) (dir.), *Les droits de l'homme dans le cyberspace*, Paris, UNESCO-Économica, « Droit du cyberspace », 2005, 151 p.
- LACOUR (S.) (dir.) et al., *La sécurité de l'individu numérisé : réflexions prospectives et internationales*, Paris, L'Harmattan, 2008, 300 p.

- LAMIZET (B.), *L'aliénation*, Milan, Mimésis, 2015, 332 p.
- LAURENT (A.), *L'autre individualisme. Une anthologie*, Paris, Les Belles Lettres, « Bibliothèque classique de la liberté », 2016, 522 p.
- LE CLAINCHE (J.), *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, Université Montpellier I, 2008, 725 p.
- LEGENDRE (P.)
 - *La fabrique de l'homme occidental*, Mille et une nuits – ARTE Editions, n° 129, 1996, 55 p.
 - *L'animal humain et les suites de sa blessure. Conférence à Montpellier*, Paris, Fayard, 2016, 64 p.
- LE METAYER (D.) et al., *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, « Cahiers du centre de recherches informatique et droit », n° 32, 2010, 302 p.
- LESSIG (L.)
 - *Code: and others laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 2000, 297 p.
 - *Code. Version 2.0*, New York, Basic Books, 2006, 410 p.
- LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, « Précis Dalloz », 2012, 9^{ème} éd., 624 p.
- LEVINET (M.)
 - *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2010, 126 p.
 - *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ-Némésis-Anthémis, « Droit et justice n° 102 », 2012, 4^{ème} éd., 828 p.
- LÉVI-STRAUSS (C.) (dir.), *L'identité. Séminaire interdisciplinaire 1974-1975*, Paris, PUF, « Quadrige grands textes », 2010, 6^e éd., 344 p.
- LIPOVETSKY (G.), *L'ère du vide : essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2001, 327 p.
- LINDON (R.), *Les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, « Dictionnaire juridique », 1983, 321 p.
- LOCKE (J.)
 - *Identité et différence*, Seuil, « Points Essais », 1998, 325 p.
 - *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, Vrin, 1972, 629 p.
- LOISEAU (G.), *Le nom objet d'un contrat*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque droit privé », 1997, 524 p.
- MACKAAY (E.), BEAUDOIN (J.-L.) (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis-Litec, 1991, 249 p.
- MAHABIR (L.-A.), *L'identité personnelle et les réseaux sociaux*, Université Paul-Cézanne-Aix-Marseille, 2014, 745 p.
- MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, « Actes », 2015, 200 p.
- MANACH (J.-M.), *La vie privée, un problème de vieux cons ?* Limoges, FYP, « Présence », 2010, 224 p.
- MARGUÉNAUD (J.-P.) (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La Documentation française, « Mission de recherche Droit et Justice », 2001, 253 p.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz-Sirey, « Connaissance du droit », 2016, 7^{ème} éd., 212 p.

- MARZANO (M.), *Je consens, donc je suis... - Éthique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2006, 261 p.
- MATTELART (A.), *Histoire de la société de l'information*, Paris, La Découverte, « Repères », 2003, 124 p.
- MATTHIEU (M.-L.), *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2015, 446 p.
- MATTATIA (F.), *Le droit des données personnelles*, Paris, Eyrolles, 2016, 223 p.
- MÉADEL (C.), FARCHY (J.), SIRE (G.), *La gratuité, à quel prix ? Circulation et échanges de biens culturels sur Internet*, Paris, Mines Paris Tech, « Cahiers de l'EMNS », 2015, 132 p.
- MEINDL (T.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 112 », 2003, 514 p.
- MOINE (I.), *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé - Tome 271 », 1997, 438 p.
- MOUNIER (E.), *Le personnalisme*, Paris, PUF, « Quadrige – Grands textes », 2010, 139 p.
- MUCCHIELLI (A.), *L'identité*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 9^{ème} éd., 2013, 127 p.
- MUSSO (P.), *Critique des réseaux*, Paris, PUF, « Politique éclatée », 2003, 374 p.
- MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.) (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois presses université, « Droit et sciences économiques », 2015, 284 p.
- NERSON (R.), *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1939, 546 p.
- OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 2014, 754 p.
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2010, 597 p.
- PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, « Série Droit et Société n° 38 », 2004, 497 p.
- PIATTI (M.-C.) (dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, PUL, 2001, 211 p.
- PICCIO (C.), MOURON (P.) (dir.), *L'ordre public numérique : libertés, propriétés, identités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, 168 p.
- PINI (J.) (dir.), *Identité(s)*, Actes du colloque du 6 juin 2008, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, 359 p.
- PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, Fondation Varenne, LGDJ, « Collection des thèses », 2008, 709 p.
- POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 1001 p.
- RENAUDIN (K.), *Le spamming et le droit. Analyse critique et prospective de la protection juridique des « spammés »*, Université Pierre Mendès France Grenoble, 2011, 560 p.
- RENAUT (A.), *L'ère de l'individu : contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des idées », 1989, 299 p.

- RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du Xe Colloque de l'Association « Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, « Famille & droit », 2009, 346 p.
- RICCEUR (P.)
 - *Parcours de la reconnaissance : trois études*, Paris, Stock, « Les essais », 2004, 386 p.
 - *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, « Points essais », 2006, 424 p.
 - *Temps et récit 3. Le temps raconté*, Seuil, « Points essais », 2005, 544 p.
 - *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil, « Points essais », 2003, 720 p.
- RIGAUX (F.)
 - *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », 1990, 849 p.
 - *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Bruxelles, Larcier, « Petites fugues », 2014, 406 p.
- RIGAUX (F.) (dir.), *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?* Bruxelles, Larcier, « Travaux de la Faculté de droit de Namur - n° 17 », 1999, 317 p.
- RIVERO (J.), *Les libertés publiques (tome 1 : Les droits de l'homme)*, Paris, PUF, « Thémis », 1997, 8^e éd., 271 p.
- ROCHELANDET (F.), *Économie des données personnelles et de la vie privée*, Paris, La Découverte, « Repères », 2010, 128 p.
- ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, « Thémis », 2013, 562 p.
- ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?* Paris, Michalon, 2010, 606 p.
- ROUBIER (P.)
 - *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005, 337 p.
 - *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. DEROUSSIN (D.), Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005, 451 p.
- ROUX (A.), *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Économica, « Droit public positif », 1983, 279 p.
- SADIN (E.)
 - *Surveillance globale : enquête sur les nouvelles formes de contrôle*, Paris, Flammarion, « Climats », 2009, 234 p.
 - *La vie algorithmique : critique de la raison numérique*, Paris, L'Échappée, « Pour en finir avec », 2015, 278 p.
 - *La silicolonisation du monde : l'irrésistible expansion du libéralisme numérique*, Paris, L'Échappée, « Pour en finir avec », 2016, 291 p.
- SAGNÉ (V.), *L'identité de la personne humaine*, Toulouse 1 Capitole, 2003, 490 p.
- SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, 1409 p.
- SAINT-PAU (J.-C.), *L'anonymat et le droit*, Bordeaux IV, 1998, 893 p.
- SARTRE (J.-P.)
 - *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 1996, 107 p.

- *L'Être et le Néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, « Tel », 1996, 675 p.
- SCHAHMANECHE (A.), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, « Publications de l'Institut international des droits de l'Homme », 2014, 794 p.
- SCHNAPPER (D.), *La relation à l'autre : au cœur de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, « Essais », 1998, 562 p.
- SERIAUX (A.), *Les personnes*, PUF, « Que sais-je ? », 2^{ème} éd. 1997, 127 p.
- SINGLY (de) (F.), *L'individualisme est un humanisme*, La Tour d'Aigues, Éd. De l'Aube, « Monde en cours », 2011, 156 p.
- SLOTERDIJK (P.), *Règles pour le parc humain : une lettre en réponse à la Lettre sur l'humanisme de Heidegger*, Paris, Mille et une nuits, 2000, 61 p.
- SOLOVE (D. J.)
- *The digital person: technology and privacy in the information age*, Fredericksburg, New York University Press, 2006, 290 p.
- *Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security*, New Haven, Yale University Press, 2012, 245 p.
- SUDRE (F.)
- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2012, 10^{ème} éd., 122 p.
- *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2016, 13^e éd., 1005 p.
- SUDRE (F.) (dir.) et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, « Thémis », 2015, 7^{ème} éd., 944 p.
- SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme – Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et Justice n° 21 », 1998, 354 p.
- SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant – Némésis, « Droit et justice n° 63 », 2005, 336 p.
- SUPIOT (A.)
- *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, « La couleur des idées », 2005, 324 p.
- *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes, Fayard, « Poids et mesures du monde », 2015, 250 p.
- SZTULMAN (M.), *Biométrie et libertés : contribution à l'étude de l'identification des personnes*, Thèse dactylographiée, Université Toulouse-I-Capitole, 2015, 635 p.
- TABATONI (P.) (dir.) et al.
- *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2000, 3 volumes.
- *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2002, 2 volumes.
- TAP (P.) (dir.), *Identité individuelle et personnalisation. Production et affirmation de l'identité. Actes du colloque international de Toulouse, septembre 1979*, Paris, Privat, « Sciences de l'homme », 1980, 412 p.
- TAYLOR (C.)
- *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, « Champs », 144 p.

- *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, Paris, Seuil, 1998, 712 p.
- *Le malaise de la modernité*, Paris, Lexio, Éd. du Cerf, 2015, 126 p.
- TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 614 p.
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *Droit civil. Les biens*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, 869 p.
- TINIERE (R.), *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2008, 708 p.
- TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, Universités européennes, 2012, 556 p.
- TRUDEL (P.) (dir.) et al., *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, Centre de recherche en droit public, 1997, 1296 p.
- TÜRK (A.), *La vie privée en péril : des citoyens sous contrôle*, Paris, Odile Jacob, 2011, 269 p.
- TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques n° 31 », 2009, 166 p.
- VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, « Thèses Panthéon-Assas », 2007, 671 p.
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, 339 p.
- VIRILIO (P.), *La bombe informatique*, Paris, Galilée, « Espace critique », 1998, 159 p.
- VITALIS (A.)
- *Informatique, Pouvoirs et Libertés*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1988, 218 p.
- *L'incertaine révolution numérique*, Londres, ISTE, « Systèmes d'information, web et société » 2016, 117 p.
- VOGEL (L.) (dir.), *Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éd. Panthéon Assas, « Droit Global Law », 2006, 107 p.
- WACHSMANN (P.)
- *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 5^{ème} éd., 2008, 187 p.
- *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, « Cours : Série droit public », 2013, 7^{ème} éd., 807 p.
- ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.)
- *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2006, 339 p.
- *Les biens*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2008, 3^e éd., 759 p.
- ZWOLINSKA (M.), *Sécurité et libertés fondamentales des communications électroniques en droit français, européen et international*, Université Nice Sophia Antipolis, 2015, 584 p.

§ 2 – CONTRIBUTIONS

A. DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS

- AÏDAN (E.), « L'identité psychique des destinataires des normes juridiques », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne le 1er octobre 2009, L'Harmattan, 2013, pp. 289-307.

- ARNOLD (R.), « La contribution de la Cour constitutionnelle fédérale allemande au développement des droits de la personnalité », in VOGEL (L.) (dir.), *Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éd. Panthéon Assas, « Droit Global Law », 2006, 107 p., pp. 25-40.
- ATIAS (C.), « L'homme moderne, (in)certain de son identité », in ATIAS (C.), CABAL (C.), EDELMAN (B.) et al., *L'individu face aux nouvelles technologies : surveillance, identification et suivi*, Actes du colloque international des 10 et 11 novembre 2004 à Lausanne, Institut Suisse de droit comparé, Schulthess, 2005, pp. 11-21.
- BÉNÉJAT (M.), « Les droits sur les données personnelles », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 545-671.
- BIOY (X.)
 - « Notions et concepts en droit : interrogation sur l'intérêt d'une distinction... », in TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Économica, Études juridiques n° 31, 2009, 166 p., pp. 21-53.
 - « Existe-t-il un standard de l'autonomie de l'individu ? », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), SCOFFONI (G.) (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? Actes du colloque du 17 et 18 novembre 2001*, PUAM, « Cahiers de l'institut Louis Favoreu », 2013, pp. 73-88.
 - « Le droit à la personnalité juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2013, pp. 97-113.
- BOURCIER (D.), « Données sensibles et risque informatique. De l'intimité menacée à l'identité virtuelle », in CHEVALLIER (J.) et al., *Questions sensibles*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1998, pp. 39-58.
- BURGORGUE-LARSEN (L.), « Le concept de liberté publique et de droit fondamental », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz-Sirey, « thèmes et commentaires », 2010, 990 p., pp. 389-407.
- CARON (C.), « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image. Journées nationales de l'Association Capitant. Tome VIII*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 95-107.
- CATALA (P.), « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1998, pp. 224-244.
- CHASSAING (J.-F.), « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal », in BORRILLO (D.), LOCHAK (D.) (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, 238 p., pp. 65-88.
- CHEVALLIER (J.), « État des droits versus État de droit ? », in BAUDOT (P.-Y.), REVILLARD (A.) (dir.), *L'État des droits : politique et pratique des institutions*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2015, pp. 245-254.
- COHEN (D.), « Le juge européen et les données personnelles », in Mélanges en l'honneur de Robert BADINTER, *L'exigence de justice*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 249-273.
- DECAUX (E.), « Dignité et universalité », in MARCUS HELMONS (S.) (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs – Les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 163-180.

- DELNOY (P.), « Les droits de la personnalité au décès », in RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité – Actes du Xe Colloque de l'Association « Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, « Famille & droit », 2009, 346 p., pp. 281-298.
- DERIEUX (E.)
 - « Avant-projet de loi “pour une République numérique” », *RLDI*, Octobre 2015, n° 119, pp. 31-32.
 - « Loi pour une République numérique. Dispositions relatives à la communication publique. Garanties et limites de la transparence », *RLDI*, Novembre 2016, n° 131, pp. 45-49.
- DEROUSSIN (D.), « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in MALLETT-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, « Actes », 2015, p. 17.
- DESGENS-PASANAU (G.), « Informatique et libertés, une équation à plusieurs inconnues », in GIROT (J.-L.) (dir.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « Presaje » 2005, pp. 75-113.
- DINANT (J.-M.), « Les traitements invisibles sur Internet », in MONTERO (E.), *Droits des technologies de l'information. Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, « Les Cahiers du CRID », 1999, pp. 271-294.
- DUBEY (G.), « Le retour de l'identification biométrique : un indice de reconfiguration politique et sociale », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne le 1er octobre 2009, L'Harmattan, 2013, pp. 177-195.
- EDELMAN (B.), « L'homme numérique : questions d'image », in INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE, *L'individu face aux nouvelles technologies : surveillance, identification et suivi*, Genève, Schulthess, 2005, pp. 39-49.
- GAUTRAIS (V.), « Proposition de Règlement général sur la protection des données : un regard d'ailleurs », in MARTIAL-BRAZ (N.), *La proposition de règlement européen relatif aux données à caractère personnel*, Paris, Collection Trans. Europe Experts, Société de législation comparée, 2014, pp. 464-493.
- GENEVOIS (B.), « Préface », in ROUSSILLON (H.), BIOY (X.) (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ? – Actes de la Journée d'études du 7 mai 2005*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, « Actes de colloque (IFR Mutation des normes juridiques) », 2006, n° 12, pp. 7-16.
- GEORGITSI (E.), « Caractéristiques de l'espèce, identité de la personne, identification des bénéficiaires des droits, retour sur un raisonnement fallacieux du juge constitutionnel allemand », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne le 1er octobre 2009, L'Harmattan, 2013, pp. 71-85.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Le droit à l'identité », in SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant – Némésis, « Droit et justice n° 63 », 2005, pp. 193-213.
- LEPAGE (A.), « Consentement et protection des données à caractère personnel », in GIROT (J.-L.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, « PRESAGE », 2005, pp. 227 et s.
- LEVASSEUR (G.), « La protection pénale de la vie privée », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, Tome 2, pp. 107-129.

- LOISEAU (G.)
- « Identité... finitude ou infinitude », in MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, « Actes », 2015, p. 30 et s.
- « L'objectivation de l'identité », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne le 1^{er} octobre 2009, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, pp. 226-236.
- MARIN (C.), « L'identité psychique et son vacillement », in AÏDAN (G.), DEBAETS (E.) (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne le 1^{er} octobre 2009, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, pp. 273-287.
- MARINO (L.), « La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image », in DREYER (E.), BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.) (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2009, pp. 997-1049.
- MARINO (L.), PERRAY (R.), « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2010, pp. 55-70.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « La dimension européenne de l'identité », in MUTELET (V.), VASSEUR-LAMBRY (F.) (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois presses université, « Droit et sciences économiques », 2015, pp. 105-118.
- MATSOPOULOU (H.), « L'oubli en droit pénal », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, pp. 771-806.
- MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « L'irrésistible ascension de la « vie privée » au sein des droits de l'homme. Synthèses et conclusions », in SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant – Némésis, « Droit et justice n° 63 », 2005, pp. 305-336.
- MOURON (P.), « Internet et identité virtuelle des personnes », in PINI (J.) (dir.) *Identité(s)*, Actes de colloque, Aix-Marseille, PUAM, 2010, contribution consultable en ligne, 33 p.
- NEYRAND (G.), « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 93-106.
- PENA-SOLER (A.), « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 2007, pp. 1675-1708.
- POULLET (Y.), « Le fondement du droit à la protection des données nominatives : propriétés ou libertés ? », in MACKAAY (E.), BEAUDOIN (J.-L.) (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis-Litec, 1991, pp. 175-205.
- POULLET (Y.), ROUVROY (A.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHLEF (K.), TRUDEL (P.) (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis-CRDP, 2009, pp. 157-222.

- POULLET (Y.), DARQUENNES (D.), « RFID : Quelques réflexions introductives à un débat de société », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, Janvier 2007, pp. 255-285.
- POUSSON (D.), « L'identité informatisée », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 371-427.
- RIGAUX (F.),
 - « Logique et droits de l'homme », in *Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL, Protection des droits de l'homme, la perspective européenne*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1197-1211.
 - « Les paradoxes de la protection de la vie privée », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 1, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2000, pp. 38-48.
 - « L'individu, sujet ou objet de la société de l'information », in TABATONI (P.) (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, Tome 3, Paris, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2000, pp. 122-137.
- RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », in *État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 609-614.
- ROCHFELD (J.)
 - « Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in ROCHFELD (J.) (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2010, pp. 5-30.
 - « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur "propriété" », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015, pp. 73-87.
 - « Droit à "l'oubli numérique" et construction de soi », in MALLET-BRICOUT (B.), FAVARIO (T.) (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 101-118.
 - « L'identité numérique en Europe », in BOLLEE (S.), PATAUT (E.) (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS Editions, 2016, pp. 151-171.
 - « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme biens », in NETTER (E.), CHAIGNEAU (A.) (dir.), *Les biens numériques*, Actes du colloque organisé par le CEPRISCA le 26 septembre 2014, Paris, PUF, « Colloques », 2015, pp. 221-236.
 - « Les géants de l'Internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur "propriété" », in BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, Vol. 1, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Paris, IRJS, « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2015, pp. 73-87.
- ROUSSINEAU (T.), « La protection de la vie privée et de l'image des personnes », in DREYER (E.), BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.) (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2009, pp. 889-970.
- SAINT-PAU, (J.-C.), « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », in *Mélanges H. Groutel*, Paris, Litec, 2006, p. 405 et s.
- SUDRE (F.), « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in RENCHON (J.-L.) (dir.), *Les droits de la personnalité – Actes du Xe Colloque de l'Association « Famille et Droit »*, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, « Famille & droit », 2009, pp. 1-21.

- TINIERE (R.)
- « La Cour de justice de l'Union européenne protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'Union européenne ? », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux : du juge des droits au juge du Droit ?*, Paris, Pedone, « Publications de l'Institut international des droits de l'Homme », 2015, pp. 77-91.
- « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in VAN DROOGHENBROECK (S.), PICOD (F.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2018, pp. 187 et s.
- TZITZIS (S.), « Personne et personnalisme juridique », in BIOY (X.) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2013, pp. 17-33.
- VITALIS (A.), « La protection des renseignements personnels en France et en Europe : approches éthiques et juridique », in COTÉ (R.), LAPERRIERE (R.), *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Québec, Éd. Yves Blais, 1994, pp. 117-138.
- VIVANT (M.), « An 2000 : l'information appropriée ? », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST*, Paris, Litec, 1997, p. 651.
- ZABALZA (A.), « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Les droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, « Traités », 2013, pp. 1-52.

B. DANS DES REVUES PÉRIODIQUES

- ARNAUD (M.), MERZAU (L.), « Présence numérique : de la gestion d'une identité à l'exercice d'une liberté », *Documentaliste-Sciences de l'information*, vol. 47, Janvier 2010, pp. 28-69.
- ARMAND (G.), « L'ordre public de protection individuelle », *RRJ*, Juin 2004, n° 3, pp. 1583-1646.
- ATIAS (C.), « La distinction du patrimonial et de l'extra patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face », *RRJ*, 1987-2, p. 477.
- AVIGNON (C.), « La nouvelle recette des cookies à la française », *Gaz. Pal.*, n° 287-288, 14 octobre 2011, pp. 9-11.
- BARDIN (M.), « L'identité numérique et le droit : esquisse d'une conciliation difficile », *Hermès*, 2018/1, n° 80, pp. 283-291.
- BARRAUD (B.), « Internet et temps du droit », *RLDI*, Février 2016, n° 123, pp. 37-42.
- BEER (de) (D.), HERT (de) (P.), GONZALEZ FUSTER (G.), GUTWIRTH (S.), « Nouveaux éclairages de la notion de « donnée personnelle » et application audacieuse du critère de proportionnalité (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde ch., *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008) », *RTDH*, 2010/81, pp. 141-162.
- BEDARRIDES (E.), « Des écoutes au renseignement. Un exemple de la distinction entre les polices judiciaire et administrative », *AJDA*, 2015, n° 36, pp. 2026-2034.
- BEIGNIER (B.), « Vie privée et vie publique », *APD*, 1997, T. 41, pp. 163-180.
- BELLANGER (P.), « Principes et pratiques des données personnelles en réseau », Contribution à l'étude annuelle 2014 du Conseil d'État, 8 p., ressource indexée.

- BELLEIL (A.), « La régulation économique des données personnelles ? », *LEGICOM*, 2009/1, n° 42, pp. 143-151.
- BENYEKHFLEF (K.), « L'Internet, un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica*, vol. 8, n° 1, 2002, p. 8.
- BERNAULT (C.), « Informatique en nuage et données personnelles : quand l'informatique est dans les nuages, les données personnelles s'envolent ! », *RLDI*, n° 78, Janvier 2012, pp. 82-87.
- BIOY (X.)
 - « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 1/2003, Mars 2003, pp. 123-147.
 - « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, Janvier 2006, n° 65, pp. 73-95.
 - « L'usage du concept de "personne" en droit », *RRJ*, 31 décembre 2012, NS, 2171-2177.
 - « Qu'appelle-t-on droits fondamentaux ? », *Politeia*, Décembre 2016, n°30, pp. 215-226.
 - « Les libertés et droits fondamentaux : quel devenir pour le droit constitutionnel ? », *Politeia*, Décembre 2016, n°30, pp. 329-330.
- BLUMANN (C.), « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *Revue des affaires européennes*, 2006-1, pp. 11-30.
- BOURCIER (D.), « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? », *Droit et société*, n° 49, 2001/3, pp. 847-871.
- BOURDIEU (P.)
 - « L'illusion biographique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 62-63, Juin 1986, pp. 69-72.
 - « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. n° 64, septembre 1986, pp. 3-19.
- BOURG (D.), « Sujet, personne, individu », *Droits*, 1991, n° 13, pp. 87-97.
- BRUGUIÈRE (J.-M.)
 - « La dignité schizophrène ? », *D.*, 2005, pp. 1169-1169.
 - « L'image, entre droit civil et droit d'auteur », *D.*, décembre 2008, n° 42, pp. 2985-2988.
 - « La patrimonialisation de l'image : état des lieux », *LEGICOM*, Février 2009, n° 43, pp. 19-22.
 - « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *D.*, janvier 2011, n° 1, pp. 28-34.
 - « Le "droit" à l'oubli numérique, un droit à oublier », *D.*, 2014, pp. 299-230.
- CANAS (S.), « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », *NCCC*, 2015/3, n° 48, pp. 47-58.
- CAPRIOLI (E.)
 - « Conservation des données relatives au trafic et à la localisation dans les communications électroniques », *CCE*, n° 11, Novembre 2005, pp. 40-42.
 - « L'adresse IP est une donnée à caractère personnel », *CCE*, n° 10, octobre 2014, pp. 36-38.
 - « L'adresse IP n'est pas forcément est une donnée à caractère personnel », *CCE*, n° 7, juillet 2015, pp. 46-47.
- CARON (C.)
 - « Brèves observations sur l'abus des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, Mai 2007, n° 138, pp. 47-49.

- « Nu comme un ver sur la Toile », *CCE*, n° 3, Mars 2009, p. 1.
- CASTEX (L.), « Les éternités numériques : un essai d'analyse prospective », *RLDI*, n° 126, Mai 2016, pp. 49-54.
- CATALA (P.)
- « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *RRJ*, 1983, pp. 185-200.
- « L'immatériel et la propriété », *APD*, 1999, T. 44, pp. 61-63.
- CHEVALLIER (J.)
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, pp. 660-690.
- « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, n° 111, pp. 473-482.
- COENEN-HUTHER (J.), « Analyse de réseaux et sociologie générale », *Flux*, n° 13/14, juillet-décembre 1993, pp. 33-40.
- COSTES (L.)
- « CJUE : réutilisation des données biométriques des passeports et carte d'identité », *RLDI*, n° 115, 1^{er} mai 2015, pp. 44-45.
- « Carte nationale d'identité : durée de conservation des empreintes digitales », *RLDI*, n° 121, 1^{er} décembre 2015, pp. 27-28.
- « Le fichier "TES" en pleine tourmente... », *RLDI*, n° 132, 1^{er} décembre 2016, p. 3.
- DEBET (A.), « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », *RDP*, n° 1-2016, pp. 17-34.
- DERIEUX (E.)
- « Internet et protection des données personnelles », *RLDI*, Mai 2008, n° 38, pp. 75-85.
- « Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité », *RLDI*, Janvier 2014, n° 100, pp. 77-89.
- « Loi pour une République numérique. Dispositions relatives à la communication publique. Garanties et limites de la transparence », *RLDI*, Novembre 2016, n° 131, pp. 45-49.
- DENIS (P.), « Le noyau, la coquille et l'environnement », *Journal de la psychanalyse de l'enfant*, vol. 2, 2015/2, pp. 117-142.
- DESGENS-PASANAU (G.)
- « L'identité à l'ère numérique. Sujets sensibles », *ESI*, n° 337, juin 2009, pp. 212-216.
- « Conservation des données. Plus de questions que de réponses », *ESI*, juillet 2011, n° 360, pp. 255-258.
- « La mise en œuvre de dispositifs de marketing ciblé sur Internet et la directive européenne *e-privacy* », *Revue internationale et de l'éthique des affaires*, n° 27, Juillet 2014, pp. 21-23.
- DE SCHUTTER (O.), « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, Octobre 2009, n° 40, pp. 827-863.
- DE SCHUTTER (O.), RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *CRIDHO working paper series*, 1/2005, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, 2005, ressource indexée.
- DESGORCES (R.)

- « La valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *CCE*, Décembre 1999, n° 3, pp. 29-30.
- « Agir contre soi », *RRJ*, Janvier 2003, n° 1, pp. 37-46.
- DEYDIER (J.), « Les exclus de la datacratie », *Pouvoirs*, 2018/1, n° 164, pp. 137-148.
- DIET (E.), « Identification et aliénation », *Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe*, 2015/1, n° 64, pp. 25-37.
- DOUAY (S.), « L'identité personnelle dans la civilisation de réseaux », *D.*, 25 octobre 2007, pp. 2623-2629.
- DREYER (E.)
- « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *CCE*, Mai 2005, n° 5, étude 18, pp. 21-26.
- « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, pp. 748-753.
- DUBUISSON (E.), « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique de l'individu dans un échange télématique », *Droit de l'Internet et des télécommunications*, n° 1995/3, 1995, 11-15.
- DUBUISSON (F.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la surveillance de masse », *RTDH*, 2016/108, pp. 855-886.
- DUHEN (W.), « L'imbroglio juridique de la conservation des données de connexion », *RLDI*, n° 103, Avril 2014, pp. 81-90.
- DUPRÉ DE BOULOIS (X.), « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP G.*, 5 décembre 2007, n° 49, pp. 11-19.
- EDELMAN (B.)
- « Nature et sujet de droit », *Droits*, 1985, n° 1, pp. 125-142.
- « L'ennemi dans les déclarations sur les droits de l'homme », *Droits*, 1992, n° 16, pp. 119-130.
- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 12 juin 1997, n° 23, pp. 185-188.
- « De la propriété-personne à la valeur-désir », *D.*, 22 janvier 2004, n° 3, pp. 155-160.
- « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 17 juillet 2008, n° 28, pp. 1946-1953.
- « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.*, 25 novembre 2010, n° 41, pp. 2754-2757.
- « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, 31 mars 2011, n° 13, pp. 897-904.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 1ère sect., 17 février 2005, K.A et A.D. contre Belgique) », *D.*, n° 43, Décembre 2005, pp. 2973-2981.
- FABRE-MAGNAN (M.), LEVINET (M.), MARGUÉNAUD (J.-P.), TULKENS (F.), « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 3-58.
- FAITH-CRANOR (L.), McDONALD (A.), "The cost of reading Privacy Policies", *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008.

- FENOLL-TROUSSEAU (M.-P.), « Les moteurs de recherche : un piège pour les données à caractère personnel », *CCE*, Janvier 2006, pp. 22-25.
- FERALL-SCHUL (C.), « La collecte de la preuve numérique en matière pénale », *AJ Pénal*, Mars 2009, pp. 115-120.
- FERRAY (R.), « Adresse IP et données personnelles : un besoin de convergence d'interprétation entre juges », *Gaz. Pal.*, n° 119-120, 29 avril 2009, pp. 6-7.
- FOREST (D.)
 - « Piraterie en ligne et données personnelles : une équation insoluble ? », *ESI*, n° 282, Juin 2004, pp. 221-222.
 - « Pouvoirs de sanction de la CNIL : le réveil soudain de la belle endormie », *D.*, n° 2, 11 janvier 2007, pp. 94-95.
 - « Le “fichier juif” en filigrane du débat sur les “statistiques ethniques” », *ESI*, Mai 2007, n° 314, pp. 171-172.
 - « Le trou noir juridique des réseaux sociaux », *ESI*, Octobre 2009, n° 340, pp. 343-344.
 - « Les données personnelles sous l'œil d'un économiste », *ESI*, Juin 2010, n° 348, p. 214.
 - « Droit d'auteur et données personnelles : un mariage morganatique ? », *RLDI*, Mars 2011, n° 69, pp. 80-89.
 - « L'identité numérique : un concept introuvable », *ESI*, Avril 2011, n° 357, p. 135.
- FRAISSEIX (P.), « La “subjectivisation” du droit administratif », *LPA*, 15 octobre 2004, n° 207, pp. 12-16.
- FRAYSSINET (J.)
 - « La traçabilité des personnes sur l'Internet », *Droit et patrimoine*, n° 93, Mai 2001, pp. 76-82.
 - « L'accouplement du droit de la protection des données personnelles avec le droit d'auteur : la naissance d'un avorton, l'article 9-4 de la loi modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *Légipresse*, Novembre 2004, n° 216, pp. 119-123.
 - « La loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004 : continuité ou rupture ? », *RLDI*, Octobre 2005, n° 9, pp. 50-55.
 - « Trente ans après, la loi “Informatique et libertés” se cherche encore », *RLDI*, janvier 2008, n° 34, pp. 69-73.
 - « Note2be.com : la notation ou pas des enseignants, telle est la question... », *RLDI*, Mai 2008, n° 38, pp. 30-36.
 - « La régulation du respect de la loi informatique, fichiers et libertés par le droit pénal : une épée en bois », *LEGICOM* 2009/1, n° 42, pp. 23-33.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)
 - « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.*, Juillet 1995, n° 3, pp. 573-578.
 - « Le droit de la régulation », *D.*, 15 février 2001, pp. 610-616.
- FRYDMAN (B.), « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles », *RIEJ*, 2013/1, vol. 70, pp. 92-98.
- GALLOUX (J.-C.), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, chron., p. 229.

- GARAPON (A.), « Le sujet de droit », *RIEJ*, n° 31, 1993, p. 69 et s.
- GEAULT (A.), « Le consentement éclairé, historique du concept de consentement », *Médecine et droit*, Juin 1994, n° 6, pp. 55-56.
- GEORGES (F.), « Représentation de soi et identité numérique. Une approche sémiotique et quantitative de l'emprise culturelle du Web 2.0 », *Réseaux*, n° 154, Mars-Avril 2009, pp. 165-193.
- GOZZI (M.-H.), « *Sed quis custodiet ipsos custodes?* A propos de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G*, n° 38, 14 septembre 2015, pp. 1608-1612.
- GUERRIER (C.), « Les interceptions et la loi de programmation militaire », *RLDI*, n° 104, mai 2014, pp. 85-95.
- GAUTIER (P.-Y.), « Réseaux sociaux sur l'internet, données personnelles et droit des contrats », *D.*, 2009, p. 616.
- GAUTRON (V.), « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sureté de l'État ? », *AJ Pénal*, 2010, pp. 266-269.
- GRELLEY (P.), « Redécouvrir le personnalisme », *Informations sociales*, n° 145, 2008/1, pp. 51-52.
- GOBERT (M.), « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP G*, n° I, 1980, p. 2966 et s.
- GRUBER (A.), « Le système français de protection des données personnelles », *LPA*, 4 mai 2007, n° 90, pp. 4-13.
- GUSY (C.), « La théorie des sphères », *AJJC*, 2002, n° XVIII, pp. 467-483.
- GUTMANN (D.)
 - « Identité civile et identité familiale », *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, pp. 37-40.
 - « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *APD*, 1999, T. 43, pp. 65-78.
- HAAS (G.), « Le délit d'usurpation d'identité au secours de l'e-réputation », *ESI*, Mai 2011, pp. 174-180.
- HASSLER (T.)
 - « Crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA*, 7 décembre 2004, n° 244, pp. 3-11.
 - « Presse people : un jugement en décalage avec la jurisprudence de la CEDH et de la Cour de cassation », *RLDI*, n° 56, Janvier 2010, pp. 26-29.
 - « Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes », *RLDI*, Août-Septembre 2015, n° 118, pp. 56-62.
- HAURIOU (M.), « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, janvier-février 1898, pp. 5-23.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *D.*, 29 janvier 2009, n° 4, pp. 238-243.
- JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° 7, pp. 44-51.
- KALUSZYNSKI (M.), « Sous les pavés, le droit : le mouvement « Critique du droit » ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, 2010/3, n° 76, pp. 523-541.

- KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.*, 1971, pp. 445-509.
- KAYSER (P.), FRAYSSINET (J.), « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *RDP*, 1979, pp. 629 et s.
- KOUBI (G.), « Le “méga-fichier” des titres électroniques sécurisé », *JCP A*, n° 47, 28 novembre 2016, pp. 16-20.
- LABRUSSE-RIOU (C.), « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, 1991, n° 13, pp. 19-30.
- LAVAUD-LEGENDRE (B.), « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction », *Revue de droit sanitaire et social*, Mai 2010, n° 3, pp. 520-534.
- LAVERDET (C.), « Données personnelles : la sécurité des données à l'ère des objets connectés », *ESI*, n° 392, 1^{er} juin 2014, pp. 214-217.
- LE BRIS (C.), « Le droit comme “langage de la société” », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, pp. 747-758.
- LE CLAINCHE (J.), « Droits des données personnelles et liberté d'expression : hiérarchisation ou conciliation ? », *RLDI*, n° 56, 2010.
- LEMAITRE (M.-A.), LECOMTE (F.), « Inconnue juridique à cette adresse (IP) », *ESI*, n° 325, mai 2008, pp. 174-177.
- LEHTINIEMI (T.), KORTESNIEMI (Y.), “Can the obstacles to privacy self-management be overcome? Exploring the consent intermediary approach”, *Big Data and Society*, July 2017, pp. 1-11.
- LEPAGE (A.), « L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité ? », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2007, n° 138, pp. 43-47.
- LEROUGE (L.), « L'utilisation licite des cookies en droit commercial », *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2005, p. 25.
- LESSIG (L.), “Code is law. On liberty on Cyberspace”, *Harvard Magazine*, Janvier-Février 2000, en ligne.
- LOISEAU (G.), « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.*, Janvier 2000, n° 1, pp. 47-63.
- MAISNIER-BOCHÉ (L.), « Quel régime pour la conservation et l'utilisation des données de connexion par les autorités publiques et les opérateurs privés ? », *RLDI*, n° 101, Février 2014, pp. 105-113.
- MALLET-POUJOL (N.)
 - « L'appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, chron. p. 330, n° 21 et s.
 - « Les libertés de l'individu face aux nouvelles technologies de l'information », *Cahiers Français*, Paris, n° 296, Mai-Juin 2000, pp. 59-66.
- MALLET-POUJOL (N.), FRAYSSINET (J.), « Exploitation économique des données personnelles et protection de la vie privée », *LEGICOM*, 2009/2, n° 43, p. 69 et s.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), ROCHFELD (J.), LAZAYRAT (E.), « La distinction des personnes et des choses », *Droit de la famille*, Avril 2013, pp. 8-13.
- MARINO (L.)

- « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2007, n° 138, pp. 1477-1483.
- « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 10 septembre 2009, n° 30, pp. 2045-2046.
- « Notre vie privée : des Little data aux Big data », *JCP G.*, 19 novembre 2012, pp. 14-17.
- « Un "droit à l'oubli" numérique consacré par la CJUE », *JCP G.*, n° 26, Juin 2014, pp. 1300-1303.
- « To be or not to be connected : ces objets connectés qui nous espionnent – à propos des téléviseurs LG », *D.*, 2014, pp. 29-30.
- MARTUCCI (F.), « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *RIEJ*, 2017/1, vol. 78, pp. 127-145
- MARZANO (M.), « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, Avril 2009, n° 48, pp. 109-130.
- MATHIEU (B.)
 - « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 20 juillet 1995, n° 27, pp. 211-212.
 - « La dignité, principe fondateur du droit », *Journal international de bioéthique*, 2010, vol. 21, n° 3, pp. 77-83.
- MATTATIA (F.), « Internet face à la loi Informatique et libertés : l'adresse IP est-elle une donnée à caractère personnel ? », *Gaz. Pal.*, 15 janvier 2008, p. 10.
- MAYER (J.), MUTCHLER (P.), "MetaPhone: The Sensivity of Telephone Metadata", *Webpolicy.org*, 12 mars 2014.
- MAYER (J.), MUTCHLER (P.), MITCHELL (J.), "Evaluating the privacy properties of telephone metadata", *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS USA)*, Stanford University, vol. 113, n° 20, 17 mai 2016, pp. 5536-5541.
- MERZEAU (L.)
 - « Présence numérique : les médiations de l'identité », *Les Enjeux de l'information et de la Communication*, 2009/1, pp. 79-91.
 - « Du signe à la trace : l'information sur mesure », *Hermès*, n° 53, 2009, pp. 21-29.
 - « La présence plutôt que l'identité », *Documentaliste – Sciences de l'information*, n° 47, 2010, pp. 32-33.
- MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n° 30, Juin 1995, pp. 381-412.
- MINET (C.), « Les cookies : mode d'emploi », *RLDI*, n° 109, Novembre 2014, pp. 71-76.
- MOLFESSIS (N.), « Droit fondamental : un label incontrôlé », *JCP G.*, 15 juin 2009, n° 25, p. 32.
- MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, pp. 215-230.
- NERBONNE (S.), « Le groupe de l'article 29 est-il en mesure de s'imposer comme le régulateur des régulateurs par ses prises de position ? », *LEGICOM* 2009/1, n° 42, pp. 37-46.
- OBERDORFF (H.), « L'espace numérique et la protection des données personnelles au regard des droits fondamentaux », *RDP*, n° 1, Janvier 2016, pp. 41-54.

- PADOVA (Y.)
 - « Le Safe Harbor est invalide. Et après ? Analyse des fondements de l'arrêt de la CJUE et de ses conséquences », *RLDI*, Novembre 2015, n° 120, pp. 50-64.
 - « Le Safe Harbor est mort, vive le Privacy Shield ? », *RLDI*, Juin 2016, n° 127, pp. 55-63.
- PAVIA (M.-L.), « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n° 54, pp. 6-13.
- PERRAY (R.), UZAN-NAULIN (J.), « Existe-t-il encore des données non personnelles ? », *Dalloz IP/IT*, n° 5, 1^{er} mai 2017, pp. 286-289.
- PERREAU (E.-H.), « Des droits de la personnalité », *RTD civ.*, 1909, pp. 501-536.
- PEYROU (S.), « La protection des données à caractère personnel au sein de l'UE : des enjeux économiques et sécuritaires encadrés par le législateur sous le contrôle du juge », *RDP*, Janvier 2016, n° 1, pp. 55-69.
- PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° 7, pp. 6-42.
- PIERRE (J.), « Génétique de l'identité numérique. Sources et enjeux des processus associés à l'identité numérique », vol. 7, n° 1, 2011, pp. 15-29.
- PIETTE-COUDOL (T.)
 - « L'identité numérique et les certificats électroniques ». *RLDI*, n° 95, juillet 2013, pp. 58-68.
 - « L'identité numérique et les identifiants des personnes juridiques », *RLDI*, n° 96, août 2013, pp. 89-97.
- POULLET (Y.), « La loi des données à caractère personnel : un enjeu fondamental pour nos sociétés et nos démocraties ? », *LEGICOM*, Janvier 2009, n° 42, pp. 47-69.
- QUEMENER (M.), « Le renseignement sous le contrôle du Conseil constitutionnel – Analyse de la décision du 23 juillet 2015 » (obs. sous CC Décision n° 2015-713 DC 23 juillet 2015), *RLDI*, n° 118, Août-Septembre 2015, pp. 30-32.
- RAY (J.-E.)
 - « Facebook, le salarié et l'employeur », *Droit social*, n° 2, Février 2011, p. 128.
 - « Little brothers are watching you », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1470, 6 décembre 2010, p. 10.
- REES (M.), « La loi sur le renseignement ou le grand méchant flou », *RLDI*, n° 118, Août-Septembre 2015, pp. 47-50.
- REVET (T.), « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18 mai 2007, n° 138, pp. 49-52.
- RICOEUR (P.), « L'identité narrative », *Esprit*, n° 7-8, 1988, pp. 295-305.
- RIGAUX (F.), « La liberté de la vie privée », *RIDC*, Juillet-Septembre 1991, vol. 43 n° 3, pp. 539-561.
- ROCHFELD (J.)
 - « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », *Revue des contrats*, Mars 2014, pp. 119-122.
 - « Le projet de loi pour une république numérique : entre espoirs et regrets », *Dalloz IP/IT*, Janvier 2016, pp. 4-5.

- ROCHFELD (J.), BENABOU (V.-L.), « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l’oubli numérique ? Acte I : le moteur, facilitateur d’accès, agrégateur d’informations et responsable de traitement autonome », *D.*, 10 juillet 2014, n° 25, pp. 1476-1481.
- ROCHFELD (J.), MARTIAL-BRAZ (N.), « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l’oubli numérique ? Acte II : le droit à l’oubli numérique, l’éléphant et la vie privée », *D.*, 10 juillet 2014, n° 25, pp. 1481-1485.
- ROCHFELD (J.), MARTIAL-BRAZ (N.), GATTONE (E.), « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? Les enjeux de l’élaboration chaotique du règlement relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *D.*, 5 décembre 2013, n° 42, pp. 2788-2794.
- ROCHFELD (J.), ZOLYNSKI (C.), « La “loyauté” des “plateformes”. Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT*, Novembre 2016, pp. 520-523.
- ROMAN (D.)
 - « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 9 juin 2005, n° 23, pp. 1508-1516.
 - « “À corps défendant”. La protection de l’individu contre lui-même », *D.*, 17 mai 2007, n° 19, pp. 1284-1293.
- ROSENFELD (M.), « L’égalité et la tension dialectique entre l’identité et la différence », *Constitutions*, 2010, n° 2, pp. 177-193.
- ROZENFELD (S.), « Réseaux sociaux-vie privée. *L’opt-out* s’impose », *ESI*, n° 348, juin 2010, p. 203.
- SAENKO (L.), « Le nouveau délit d’usurpation d’identité numérique », *RLDI*, n° 72, 2011, pp. 63-69.
- SAINT-PAU (J.-C.), « L’article 9, matrice des droits de la personnalité », *D.*, 1999, pp. 541-544.
- SOLOVE (D. J.), “Data Mining and The Security. Liberty debate”, *University of Chicago Law Review*, n° 75, 2008, p. 43 et s.
- SUDRE (F.), « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP G.*, 11 juillet 2001, n° 28, I 335, pp. 1365-1368.
- SURREL (H.), « Encadrement de l’utilisation de données à caractère personnel par la presse », *JCP G.*, 17 juillet 2017, n°29, p. 1414.
- VASSEUR-LAMBRY (F.), « L’identité de la personne humaine », *LPA*, 6 mai 2004, n° 91, pp. 5-13.
- VIE (J.-M.), « Police et responsabilité administratives et judiciaires : où se situe la frontière ? », *AJDA*, 2010, n° 14, pp. 771-774
- WACHSMANN (P.), « L’importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 29 octobre 2004, n° 1-4, pp. 40-49.
- WARREN (S. D.), BRANDEIS (L. D.), “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 15 décembre 1890, vol. IV, n° 5, pp. 193-220.
- ZENATI-CASTAING (F.)
 - « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.*, Juillet 2006, n° 3, pp. 445-466.
 - « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, avril 1993, n° 2, pp. 305-323.

§ 3 – AVIS, DOCUMENTS DE TRAVAIL, RAPPORTS

A. DOCUMENTS INTERNATIONAUX ET EUROPÉENS

1. COMMISSION EUROPÉENNE

- Commission européenne, “Amended proposal for a council directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data”, 15 octobre 1992, COM(92) 422 Final
- Commission européenne, « L’Internet des objets : un plan d’action pour l’Europe », 18 juin 2009, COM(2009) 278 final.
- Commission européenne, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel », 4 novembre 2010, COM(2010) 609 Final.
- Commission européenne, « L’acte pour le marché unique II – Ensemble pour une nouvelle croissance », COM(2012) 573 final.
- Commission européenne, « Le programme européen en matière de sécurité », 28 avril 2015, COM(2015) 185 final.
- Commission européenne, « Des systèmes d’information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité », 6 avril 2016, COM(2016) 205 final.
- Commission européenne, « Mise en œuvre du programme européen en matière de sécurité pour lutter contre le terrorisme et ouvrir la voie à une Union de la sécurité réelle et effective », 20 avril 2016, COM(2016) 230 final.

2. G29

a. Avis

- G29, avis 4/2000 sur le niveau de protection assuré par les « principes de la sphère de sécurité, WP 32, 16 mai 2000.
- G29, avis 6/2002 sur la transmission par les compagnies aériennes d’informations relatives aux passagers et aux membres de l’équipage et d’autres données aux États-Unis, WP 66, 24 octobre 2002.
- G29, avis 4/2003 sur le niveau de protection assuré aux États-Unis pour la transmission des données passagers, WP 78, 13 juin 2003.
- G29, avis 7/2004 sur l’insertion d’éléments biométriques dans les visas et titres de séjour en tenant compte de la création du système d’information Visas (VIS), WP 96, 11 août 2004.
- G29, avis 2/2006 sur la protection de la vie privée liée à la fourniture de service de criblage des courriels, 21 février 2006.

- G29, avis 2/2007 concernant l'information des passagers au sujet du transfert des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR) aux autorités américaines, WP 132, 15 février 2007.
- G29, avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007.
- G29, avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, WP 148, 4 avril 2008.
- G29, avis 1/2009 concernant les propositions modifiant la directive 2002/58/CE sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), WP 159, 10 février 2009.
- G29, avis 5/2009 sur les réseaux sociaux en ligne, WP 163, 12 juin 2009.
- G29, avis 1/2010, sur les notions de « responsable de traitement » et de « sous-traitant », WP 169, 16 février 2010.
- G29, avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, 22 juin 2010.
- G29, avis 3/2010 sur le principe de responsabilité, WP 173, 13 juillet 2010.
- G29, avis 7/2010 sur la communication de la Commission européenne relative à la démarche globale en matière de transfert des données des dossiers des passagers (PNR) aux pays tiers, WP 178, 12 novembre 2010.
- G29, avis 8/2010 sur le droit applicable, WP 179, 16 décembre 2010.
- G29, avis 9/2011 sur la proposition révisée des entreprises relative au cadre d'évaluation de l'impact sur la protection des données et de la vie privée des applications reposant sur l'identification par radiofréquence (RFID), WP 180, 11 février 2011.
- G29, avis 13/2011 sur les services de géolocalisation des dispositifs mobiles intelligents, 16 mai 2011.
- G29, avis 15/2011 sur la définition du consentement, WP 187, 13 juillet 2011.
- G29, avis 01/2012 sur les propositions de réforme de la protection des données, WP 191, 23 mars 2012.
- G29, avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies, WP 194, 7 juin 2012.
- G29, avis 08/2012 apportant des contributions supplémentaires au débat sur la réforme de la protection des données, WP 199, 5 octobre 2012.
- G29, avis 01/2013 apportant une contribution supplémentaire aux discussions sur la proposition de directive relative à la protection des données traitées dans les domaines de la police et de la justice pénale, WP 201, 26 février 2013.
- G29, avis 03/2013 on purpose limitation (uniquement en anglais), WP 203, 2 avril 2013.
- G29, avis 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies (uniquement en anglais), WP 208, 2 octobre 2013.
- G29, avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation, WP 216, 10 avril 2014.
- G29, avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, WP 217, 9 avril 2014.
- G29, avis 01/2016 on the EU – U.S. Privacy Shield draft adequacy decision, WP 238, 13 avril 2016.

b. Recommandations

- G29, Recommandation 3/97 : L'anonymat sur Internet, WP 6, 3 décembre 1997.
- G29, Recommandation 1/99 sur le traitement invisible et automatique de données à caractère personnel sur l'Internet effectué par des logiciels et matériels, WP 17, 23 février 1999.

c. Autres

- G29, Document de travail : « Le respect de la vie privée – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne », WP 37, 21 novembre 2000.
- G29, Document de travail : « Les questions de protection des données liées à la technologie RFID (radio-identification) », WP 105, 19 janvier 2005.
- G29, Document de travail : « Lettres adressées respectivement à Google, Yahoo et Microsoft », 26 mai 2010.
- G29, Document de travail : « Traitement des données à caractère personnel relatives à la santé contenues dans les dossiers médicaux électroniques » (DME), WP 131, 15 février 2007.
- G29, Document de travail : « The justification of interferences with the fundamental rights to privacy and data protection through surveillance measures when transferring personal data (European Essential Guarantees) », WP 237, 13 avril 2016.
- G29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, adoptées le 13 décembre 2016, version révisée et adoptée le 5 avril 2017

3. OCDE

- OCDE, *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, Paris, OCDE, 1980.
- OCDE, *Lignes directrices régissant la sécurité des systèmes d'information*, Paris, OCDE, 1992.

B. DOCUMENTS NATIONAUX

1. CCNE

- Avis n° 25, « Avis sur l'application des tests génétiques à des études individuelles, études familiales et études de population. (Problèmes des “banques” de l'ADN, des “banques” de cellules et de l'informatisation des données) », 24 juin 1991.
- Avis n° 38, « Avis sur l'éthique de la recherche dans les sciences du comportement humain », 14 octobre 1993.
- Avis n° 95, « Problèmes éthiques posés par des démarches de prédiction fondées sur la détection de troubles précoces du comportement chez l'enfant », 11 janvier 2007.
- Avis n° 98, « Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme », 27 avril 2007.

- Avis n° 104, « Avis sur le “dossier médical personnel” et l’informatisation des données de santé, 29 mai 2008.
- Avis n° 124, « Réflexion éthique sur l’évolution des tests génétiques liée au séquençage de l’ADN humain à très haut débit », 16 janvier 2016.

2. CNIL

- CNIL, *Rapports d’activités*, Paris, La Documentation Française.
- CNIL, *Dix ans d’informatique et libertés*, Paris, Économica, 1988, 256 p.
- CNIL, *Voix, image et protection des données personnelles*, Paris, La Documentation Française, 1996, 119 p.
- CNIL, *Les libertés et l’informatique. Vingt délibérations commentées*, Paris, La Documentation Française, 1998, 206 p.
- CNIL, « Guide du correspondant Informatique et Libertés », 2006.
- CNIL, « Banque-crédit : êtes-vous fichés ? », 2007.
- CNIL, « L’utilisation des fichiers dans le cadre d’activités politiques », 2007.
- CNIL, « Communication relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données ».
- CNIL, « Testing de la CNIL auprès de la RATP : l’exercice du droit des usagers à se déplacer anonymement n’est pas garanti », 6 janvier 2009.
- CNIL, « RNIPP : répertoire national d’identification des personnes physiques », 19 juin 2009.
- CNIL, « La CNIL en bref », 2010.
- CNIL, « Guide des collectivités locales », 2010.
- CNIL, « Guide Droit d’accès », 2010.
- CNIL, « Guide Sécurité des données personnelles », 2010.
- CNIL, « 2011 : Objectif labellisation ! », 17 mai 2010.
- CNIL, « L’état des lieux en matière de procédés d’anonymisation », 22 novembre 2010.
- CNIL, « Guide “Informatique et Libertés” pour l’enseignement supérieur et la recherche, 2011.
- CNIL, « Guide : La pub si je veux », 2011.
- CNIL, « Comment déterminer la notion d’interconnexion », 5 avril 2011.
- CNIL, « Biométrie : des dispositifs sensibles soumis à autorisation de la CNIL », 7 avril 2011
- CNIL, « Programme des contrôles 2011 : une ambition réaffirmée, des compétences élargies », Actualités, 26 avril 2011.
- CNIL, « Géolocalisation et collecte d’informations issues des points d’accès Wi-Fi, les règles à respecter pour protéger la vie privée », 5 mai 2011.
- CNIL, « Des établissements scolaires sont mis en demeure de modifier leurs dispositifs de vidéosurveillance jugés excessifs », 30 mai 2011.
- CNIL, « Le G8 appelle à la définition d’approches communes dans le domaine de la vie privée », 1^{er} juin 2011.
- CNIL, « Projet de règlement européen : la défense de la vie privée s’éloigne du citoyen », 26 janvier 2012.

- CNIL, « Contrôles des CIL : des moyens qui font la différence », 8 février 2012.
- CNIL, « Le CIL à l'heure du projet de règlement européen », 5 avril 2012.
- CNIL, « Les autorités de protection des données francophones appellent à l'adoption d'un instrument juridique mondial », 17 décembre 2012.
- CNIL, « Projet de Règlement européen : point d'étape et calendrier prévisionnel », 17 décembre 2012.
- CNIL, « Satisfaction de la CNIL sur le pré-rapport concernant le projet de règlement de la Commission européenne », 16 janvier 2013
- CNIL, « Bilan 2012 : une activité en hausse et un pilotage de la conformité au cœur du métier de la CNIL », 23 avril 2013.
- CNIL, « BCR sous-traitants : un nouvel outil pour encadrer les transferts internationaux », 3 juin 2013.
- CNIL, « La CNIL déplore ne pas avoir été saisie des dispositions relatives à l'accès aux données de connexion », 26 novembre 2013
- CNIL, « Utilisation des cartes bancaires pour le paiement à distance : nouvelle recommandation », 25 février 2014.
- CNIL, « Bilan 2014 : les données personnelles au cœur du débat public et des préoccupations des Français », 16 avril 2015.

3. CONSEIL D'ÉTAT

- Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Étude annuelle 1998, Paris, La Documentation Française, 1998, « Rapports du Conseil d'État », 193 p.
- Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude annuelle 2006, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2006, 412 p.
- Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2014, 441 p.
- Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, Étude annuelle 2016, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2016, 249 p.
- Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner « l'ubérisation »*, Étude annuelle 2017, Paris, La Documentation Française, « Rapports du Conseil d'État », 2017, 189 p.

C. RAPPORTS

- ASSEMBLEE NATIONALE, DEUTSCHER BUNDESTAG, *Mission d'information sur les droits de l'individu dans la révolution numérique*, Déclaration commune Paris-Berlin, 19 janvier 2011.
- BATHO (D.), BENISTI (J.-A.), *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Assemblée nationale, 24 mars 2009.
- BRAIBANT (G.), *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 1998, 291 p.

- BLOCHE (P.), VERCHERE (P.), *Les droits de l'individu dans la révolution numérique*, Rapport à l'Assemblée nationale, Paris, La Documentation Française, 2011, 384 p.
- DETRAIGNE (Y.), ESCOFFIER (A.-M.), *La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport n° 441 du Sénat fait au nom de la commission des Lois, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, 153 p.
- DINANT (J.-M.), *Rapport sur les lacunes de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) face aux développements technologiques (partie I)*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2010.
- GAUDRAT (P.), *Commercialisation des données publiques*, Paris, La Documentation Française, Observatoire juridique des technologies de l'information, 1992, 95 p.
- LEGER (L.) (dir.), *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, Rapport du Think Tank « Génération libre », janvier 2018, 148 p. (ressource en ligne).
- POULLET (Y.), DINANT (J.-M.), *L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet*, Rapport au Conseil de l'Europe, Strasbourg, 18 novembre 2004.
- TRUCHE (P.) (dir.), *Administration électronique et protection des données personnelles. Livre blanc : rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat*, Paris, La Documentation Française, « Rapports officiels », 2002, 131 p.
- TÜRK (A.), *Rapport n° 218 de la Commission des lois du Sénat*, 19 mars 2003.
- URVOAS (J.-J.), VERCHERE (P.), *Pour un « État secret » au service de notre démocratie*, Rapport d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement, Paris, Assemblée nationale, 14 mai 2013, 205 p.

JURISPRUDENCE

I. EUROPEENNE

§ 1 – Convention européenne des droits de l'Homme

A. Commission EDH

- Com. EDH, Plén., 18 mai 1976, *X. c. Islande*, req. n° 6825/74.
- Com. EDH, rapp., 1^{er} mars 1979, *D. Van Oostervijck c. Belgique*, req. n° 7654/76.
- Com. EDH, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80.
- Com. EDH, rapp., 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83.
- Cour EDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84.
- Com. EDH, déc., 15 mai 1996, *Kinnunen c. Finlande*, req. n° 24950/94.
- Com. EDH, 14 janvier 1998, *Herbecq et Association Ligue des Droits de l'Homme c. Belgique*, req. n°s 32200/96 et 32201/96.

B. Cour EDH

- Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, req. n°s 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.
- Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71.
- Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73.
- Cour EDH, Plén., 6 novembre 1980, *Daniel Van Oostervijck c. Belgique*, req. n° 7654/76.
- Cour EDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79.
- Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, A 91.
- Cour EDH, Plén., 26 juin 1986, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, req. n° s 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79.
- Cour EDH, Plén., 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, req. n° s 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81.
- Cour EDH, Plén., 10 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81.
- Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n° 9063/80.
- Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81.
- Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83.
- Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85.
- Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, req. n° 12742.
- Cour EDH, Plén., 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87.
- Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13710/88.
- Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88.

- Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90.
- Cour EDH, 25 novembre 1994, *Stjerna c. Finlande*, req. n° 18131/91.
- Cour EDH, 24 octobre 1996, *Guillot c. France*, req. n° 15774/89.
- Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. n° 22009/93.
- Cour EDH, 27 août 1997, *M. S. c. Suède*, req. n° 20837/98.
- Cour EDH, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, req. n° 21439/93.
- Cour EDH, GC, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n° 22985/93 et 23390/94.
- Cour EDH, GC, 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. n° 27798/95.
- Cour EDH, GC, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95.
- Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98.
- Cour EDH, GC, 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, req. n° 42527/98.
- Cour EDH, 25 septembre 2001, *P. G. et J. H. c. Royaume-Uni*, req. n° 44787/98.
- Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, req. n° 53176/99.
- Cour EDH, déc., 21 février 2002, *Schüssel c. Autriche*, req. n° 42409/98.
- Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.
- Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95.
- Cour EDH, 24 septembre 2002, *M. G. c. Royaume-Uni*, req. n° 39393/98.
- Cour EDH, 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. n° 44647/98.
- Cour EDH, GC, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98.
- Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. n° 35968/97.
- Cour EDH, 24 juillet 2003, *Smirnova c. Russie*, req. n° 46133/99 et 48183/99.
- Cour EDH, GC, 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. n° 44158/98.
- Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, req. n° 66746/01.
- Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne (n° 1)*, 24 juin 2004, req. n° 59320/00.
- Cour EDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n° 29865/96.
- Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99.
- Cour EDH, déc., 7 décembre 2004, *Mentzen alias Mencena c. Lettonie*, req. n° 71074/01.
- Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99.
- Cour EDH, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99.
- Cour EDH, 14 février 2006, *Turek c. Slovaquie*, req. n° 57986/00.
- Cour EDH, 23 mars 2006, *Campagnano c. Italie*, req. n° 77955/01.
- Cour EDH, 6 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, req. n° 62332/00.
- Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c. Suisse*, req. n° 58757/00.
- Cour EDH, déc., 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, req. n° 54934/00.
- Cour EDH, 10 novembre 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/02.
- Cour EDH, déc., 13 novembre 2007, *Muscio c. Italie*, req. n° 31358/03.
- Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, req. n° 5410/03.

- Cour EDH, GC, 10 avril 2007, *Evans c. RU*, n° 6339/05.
- Cour EDH, déc., 13 novembre 2007, *Muscio c. Italie*, req. n° 31358/03.
- Cour EDH, 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Autriche*, req. n° 12556/03.
- Cour EDH, GC, 22 janvier 2008, *E. B. c. France*, req. n° 43546/02.
- Cour EDH, 29 janvier 2008, *Balan c. Moldavie*, req. n° 19247/03.
- Cour EDH, 27 mars 2008, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, req. n° 26698/05.
- Cour EDH, GC, 13 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, req. n° 1638/03.
- Cour EDH, 17 juillet 2008, *I. c. Finlande*, req. n° 20511/03.
- Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n°s 30562/04 et 30566/04.
- Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, req. n° 26713/05.
- Cour EDH, déc., 16 juin 2009, *Benediktsdóttir c. Islande*, req. n° 38079/06.
- Cour EDH, 14 septembre 2009, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, req. n° 38224/03.
- Cour EDH, 17 décembre 2009, *B.B. c. France*, req. n° 5335/06.
- Cour EDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, req. n° 35623/05.
- Cour EDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, req. n° 664/06.
- Cour EDH, 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, req. n° 48009/08.
- Cour EDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, req. n° 19535/08.
- Cour EDH, 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, req. n° 53124/09.
- Cour EDH, GC, *Kuric et autres c. Slovénie*, 26 juin 2012, req. n° 26828/06.
- Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godello c. Italie*, req. n° 33783/09.
- Cour EDH, 18 avril 2013, *M.K. c. France*, req. n° 19522/09.
- Cour EDH, 18 avril 2013, *Saint-Paul Luxembourg SA c. Luxembourg*, req. n° 26419/10.
- Cour EDH, déc., 4 juin 2013, *Peruzzo et Martens c. Allemagne*, req. n°s 7841/08 et 57900/12.
- Cour EDH, 17 octobre 2013, *Winterstein et autres c. France*, req. n° 27013/07.
- Cour EDH, GC, 12 novembre 2013, *Söderman c. Suède*, req. n° 5786/08.
- Cour EDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, req. n° 32265/10.
- Cour EDH, 29 avril 2014, *L.H. c. Lettonie*, req. n° 52019/07.
- Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, req. n° 65941/11.
- Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, req. n° 65192/11.
- Cour EDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11.
- Cour EDH, GC, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09.
- Cour EDH, 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, req. n° 21010/10.
- Cour EDH, 13 janvier 2015, *Elberte c. Lettonie*, req. n° 61243/08.
- Cour EDH, 15 janvier 2015, *Dragojevic c. Croatie*, req. n° 68955/11.
- Cour EDH, 3 février 2015, *Pruteanu c. Roumanie*, req. n° 30181/05.
- Cour EDH, 3 février 2015, *Apostu c. Roumanie*, req. n° 22765/12.
- Cour EDH, 19 février 2015, *Bohlen c. Allemagne*, req. n° 53495/09.
- Cour EDH, 19 février 2015, *Ernst August Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 53649/09.
- Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, req. n° 14793/08.

- Cour EDH, 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. n° 64569/09.
- Cour EDH, 7 juillet 2015, *M.N. et autres c. Saint-Marin*, req. n° 28005/12.
- Cour EDH, GC, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 40454/07.
- Cour EDH, GC, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06.
- Cour EDH, 1^{er} décembre 2015, *Cengiz et autres c. Turquie*, req. n° 48226/41 et 14027/11.
- Cour EDH, 22 décembre 2015, *G.S.B. c. Suisse*, req. n° 28601/11.
- Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, req. n° 37138/14.
- Cour EDH, 6 octobre 2016, *K.S. et M.S. c. Allemagne*, req. n° 33696/11.
- Cour EDH, 4 avril 2017, *Matanovic c. Croatie*, req. n° 2742/12.
- Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P. Garçon et Nicot c. France*, req. n°s 79885/12, 52471/13 et 52596/13.
- Cour EDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. n° 8806/12.
- Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13.
- Cour EDH, GC, 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08.
- Cour EDH, 24 octobre 2017, *Eker c. Turquie*, req. n° 24016/05.
- Cour EDH, 8 février 2018, *Mohamed Ben Faïza c. France*, req. n° 31446/12.
- Cour EDH, 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. n°s 60798/10 et 65599/10.

§ 2 – Droit de l'Union européenne (Cour de justice)

- CJCE, 5 février 1963, *van Gend en Loos*, aff. C-26/62, Rec. 1963 00003, EU:C:1963:1.
- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, aff. C-6/64, Rec. 1964 01141, EU:C:1964:51.
- CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder / Stadt Ulm*, C-29/69, EU:C:1969:57.
- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, EU:C:1970:114.
- CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, aff. C-106/77, EU:C:1978:49.
- CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. C-5/88, EU:C:1989:321.
- CJCE, 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, aff. C-62/90, EU:C:1992:169.
- CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, EU:C:1993:115.
- CJCE, 16 juin 1993, *France c. Commission*, aff. C-325/91, EU:C:1993:245.
- CJCE, 5 octobre 1994, *X / Commission*, aff. C-404/92, EU:C:1994:361.
- CJCE, 20 mars 1997, *France c. Commission*, aff. C-57/95, EU:C:1997:164.
- CJCE, 17 juillet 1997, *Affish*, aff. C-183/95, EU:C:1997:373.
- CJCE, 19 novembre 1998, *Nilsson*, aff. C-162/97, EU:C:1998:554.
- CJCE, 29 avril 1999, *Standley e. a.*, aff. C-293/97, EU:C:1999:215.
- CJCE, 14 octobre 1999, *Adidas*, aff. C-223/98, EU:C:1999:500.
- CJCE, 18 janvier 2001, *Commission / France*, aff. C-151/00, EU:C:2001:43.

- CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, EU:C:2003:294.
- CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, EU:C:2003:333.
- CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, EU:C:2003:539.
- CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, EU:C:2003:596.
- CJCE, GC, 31 janvier 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-503/03, EU:C:2006:74.
- CJCE, GC, 30 mai 2006, *Parlement / Commission*, aff. jointes C-317/04 et C-318/04, EU:C:2006:346.
- CJCE, GC, 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, EU:C:2008:54.
- CJCE, GC, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, EU:C:2008:559.
- CJCE, GC, 16 décembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, aff. C-73/07, EU:C:2008:727.
- CJCE, GC, 16 décembre 2008, *Huber*, aff. C-524/06, EU:C:2008:724.
- CJCE, GC, 10 février 2009, *Irlande / Parlement et Conseil*, aff. C-301/06, EU:C:2009:68.
- CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, EU:C:2010:104.
- CJUE, 9 mars 2010, *Commission / Allemagne*, aff. C-518/07, CLI:EU:C:2010:125.
- CJUE, GC, 23 mars 2010, *Google France et Google*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159.
- CJUE, GC, 29 juin 2010, *Commission / Bavarian Lager*, aff. C-28/08, EU:C:2010:378.
- CJUE, GC, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662.
- CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, EU:C:2011:124.
- CJUE, 5 mai 2011, *Deutsche Telekom*, aff. C-543/09, EU:C:2011:279.
- CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, aff. C-439/09, EU:C:2011:649.
- CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, EU:C:2011:771.
- CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*, aff. jointes C-468/10 et C-469/10, EU:C:2011:777.
- CJUE, GC, 25 novembre 2011, *eDate Advertising e. a.*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, EU:C:2011:685.
- CJUE, 16 février 2012, *Sabam*, aff. C-360/10, EU:C:2012:85.
- CJUE, 19 avril 2012, *Bonnier Audio e. a.*, aff. C-461/10, EU:C:2012:219.
- CJUE, 5 juillet 2012, *Content Services*, aff. C-49/11, EU:C:2012:419.
- CJUE, 6 septembre 2012, *Mühlleitner*, aff. C-190/11, EU:C:2012:542.
- CJUE, GC, 18 juin 2013, *Schenker & Co*, aff. C-681/11, EU:C:2013:404.
- CJUE, 17 octobre 2013, *Emrek*, aff. C-218/12, EU:C:2013:666.
- CJUE, 19 décembre 2013, *Innoweb*, aff. C-202/12, EU:C:2013:850.
- CJUE, 13 février 2014, *Commission / Royaume-Uni*, aff. C-530/11, EU:C:2014:67.
- CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.
- CJUE, GC, 8 avril 2014, *Commission européenne contre Hongrie*, aff. C-288/12, EU:C:2014:237.
- CJUE, GC, 13 mai 2014, *Google Spain et Google*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317.

- CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández e.a.*, aff. C-198/13, EU:C:2014:2055.
- CJUE, 16 avril 2015, *Willems*, aff. jointes C-446/12 et C-449/12, EU:C:2015:238.
- CJUE, *Bara e. a.*, 1^{er} octobre 2015, aff. C-201/14, EU:C:2015:638.
- CJUE, GC, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, EU:C:2015:650.
- CJUE, 10 mars 2016, *Safe Interenvios*, aff. C-235/14, EU:C:2016:154.
- CJUE, 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, aff. C-191/15, EU:C:2016:612.
- CJUE, 19 octobre 2016, *Breyer*, aff. C-582/14, EU:C:2016:779.
- CJUE, GC, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, EU:C:2016:972.
- CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970.
- CJUE, 11 janvier 2017, *Boudjellal*, aff. C-508/16, EU:C:2017:6.
- CJUE, 9 mars 2017, *Manni*, aff. C-398/15, EU:C:2017:197.
- CJUE, 4 mai 2017, *Rīgas satiksme*, aff. C-13/16, EU:C:2017:336.
- CJUE, 27 septembre 2017, *Puškár*, aff. C-73/16, EU:C:2017:725.

II. FRANÇAISE

§ 1 – Cour de cassation

- Cass. civ. 16 mars 1841 : *D.* 1841, I, p. 210.
- Cass. chambres réunies, 24 avril 1862, *Berthon*.
- Cass. crim., 28 février 1874.
- Cass. civ., 14 mars 1900, *Eden c. Whistler*.
- Cass. req., 25 mars 1908 : *Gaz. Pal.* 1908, I, p. 549.
- Cass. civ., 13 février 1923, *Lejars Contre Templier*.
- Cass. crim., 3 mars 1960, *Ben Haddadi*.
- Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1965 (62-13427).
- Cass. civ. 2^e, 26 novembre 1975 (74-12.957).
- Cass. civ. 2^e, 5 janvier 1983 (81-13.374).
- Cass. com., 12 mars 1985 (84-17.163), *Bordas*.
- Cass. crim., 13 avril 1990, (98-87.873).
- Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1990, *Bull. civ.* I, n° 257, p. 182.
- Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 173, p. 114.
- Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992.
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993 (91-15915).
- Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1995 (93-18.939).
- Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996 (94-11.273).
- Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996 (94-14.798).

- Cass. crim., 4 mars 1997 (96-84.773).
- Cass. crim., 29 juin 1999, *Bull. crim.*, 1999, n° 158, p. 431.
- Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2000 (97-21.846).
- Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 167, p. 107.
- Cass. civ. 1^{re}, 12 décembre 2000 (98-21.161).
- Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001 (98-23.471).
- Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2001 (98-21.337).
- Cass. soc., 2 octobre 2001 (99-42.942), *SA Nikon c. Frédéric O.*
- Cass. crim., 16 octobre 2001, *Georges T. c. Grégoire B., Renaud R. de la B.*
- Cass. crim., 27 novembre 2001, *J-L C. c. l'UEJF.*
- Cass. com., 6 mai 2003 (00-18.192).
- Cass. civ. 2^e, 5 juin 2003 (02-12.853)
- Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003 (00-200.289).
- Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 2004 (03-13.416).
- Cass. crim., 28 septembre 2004 (03-86.604).
- Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2005 (02-14730).
- Cass. crim., 14 mars 2006 (05-83.423), *Fabrice H. c. Ministère public.*
- Cass. crim., 14 mars 2006 (05-83423), *Société ABS.*
- Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2006, (05-16.817).
- Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2007 (06-18.448).
- Cass. crim., 5 septembre 2007 (07-81.031).
- Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 (06-19.632), *Mme X. c. Société éditrice.*
- Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 (07-12.244), *AFA et autres c. UEJF et autres.*
- Cass. soc., 9 juillet 2008 (06-45.800), *Franck L. c. Entreprise Martin.*
- Cass. Civ. 1^{re}, 11 décembre 2008 (07-19.494).
- Cass. crim., 13 janvier 2009 (08-84.088).
- Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 2009 (08-10.194).
- Cass. crim., 6 juin 2009 (08-88.560).
- Cass. soc., 21 octobre 2009 (07-43.877), *Jean-Michel X... c. Seit Hydr'Eau.*
- Cass. com., 29 novembre 2011 (10-27.402), *Kelkoo c. Concurrence.*
- Cass. civ. 2^e, 12 avril 2012 (11-20.664), *M. X... c. Nouvelle du Journal de l'Humanité.*
- Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 (11.15.165), *Aufeminin.com c. Google France.*
- Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2012 (11-21.641).
- Cass. com., 4 décembre 2012 (11-27.729), *Leguide.com c. Pewterpassion.com.*
- Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2013 (10-28.397 et 11-11.42).
- Cass. soc., 26 février 2013 (11-27.372), *Mme X... c. Dubus.*
- Cass. com., 25 juin 2013 (12-17.037).
- Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 2013 (11-19.53), *Catherine X... et autres c. Maria-Rosa Y.*
- Cass. soc., 23 avril 2013 (11-26.099).

- Cass. soc., 16 mai 2013 (12-11.866), *M. X... c. La Métallerie*.
- Cass. soc., 19 juin 2013 (12-12.138), *M. X... c. Y et R*.
- Cass. com., 25 juin 2013 (12-17.037).
- Cass. crim. 22 octobre 2013, (13-81.949).
- Cass. crim. 22 octobre 2013 (13-81.945).
- Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2013 (12-26.066).
- Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2014 (13-21.018).
- Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2014 (13-25.156).
- Cass. crim., 3 juin 2015 (14-86.507).
- Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 2016 (15-22.595).
- Cass. civ. 2^e, 5 janvier 2017 (16-12.394).
- Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 2017 (15-28.813).
- Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2017 (16-17.189).

§ 2 – Conseil constitutionnel

A. DC

- Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*.
- Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*
- Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.
- Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.
- Décision n° 82-148 DC du 14 décembre 1982, *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale*.
- Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*.
- Décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage*.
- Décision, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.
- Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.
- Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*.
- Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*.
- Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*.

- Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.*
- Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.*
- Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.*
- Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.*
- Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.*
- Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*
- Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*
- Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*
- Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*
- Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998.*
- Décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999.*
- Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle.*
- Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité.*
- Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi pour le financement de la sécurité sociale pour 2000.*
- Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure.*
- Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.*
- Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance en l'économie numérique.*
- Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*
- Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie.*
- Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2005, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*
- Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*
- Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.*
- Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.*
- Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.*

- Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.*
- Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.*
- Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.*
- Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité.*
- Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.*
- Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.*
- Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation.*
- Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation.*
- Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres.*
- Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement.*
- Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles.*

B. QPC

- Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre [Gens du voyage].*
- Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. [Fichiers empreintes génétiques].*
- Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement].*
- Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation].*
- Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles].*
- Décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta].*
- Décision n° 2014-412 QPC du 19 septembre 2014, *M. Laurent D. [Délits de mise et de conservation en mémoire informatisée des données sensibles].*
- Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network [Accès administratif aux données de connexion].*
- Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence].*
- Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté].*
- Décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion].*
- Décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, *M. Mikhaïl P. [Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires].*

- Décision n° 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]*.
- Décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*.
- Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

C. AUTRES

- Décision n° 64-30 L du 17 septembre 1964, *Nature juridique de l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1036 du 23 décembre 1958 portant modification du régime de l'adoption et de la légitimation adoptive (art 357, 2^{ème} alinéa, 3^{ème} phrase, du Code civil)*.
- Décision n° 86-145 L du 19 mars 1986, *Nature juridique de certaines dispositions du code de la nationalité*.

§ 3 – Conseil d'État

- CE, 11 mai 1951, *Consorts Baud*.
- CE, 24 novembre 1961, *Letisserand*, n° 48841.
- CE, Ass., 18 janvier 1980, *Bargain*, n° 14397.
- CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, n° 58657.
- CE, 27 septembre 1989, *Sociétés Chopin et Cie, Editions de Mirandol, Presse Mailing service*, n^{os} 74548, 74549 et 74550.
- CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.
- CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, n° 58657.
- CE, Ass. 28 Février 1992, *SA Rothman International et SA Philip Morris France*, n^{os} 56776 et 56777.
- CE, 30 novembre 1994, *Benhaim*, n° 143107.
- CE, 7 juin 1995, n° 148659.
- CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.
- CE, 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain*, n^{os} 188004, 188006, 188014, 188035, 188051, 188064.
- CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran Levacher et autres*, n^{os} 200286 et 200287.
- CE, 18 juin 2003, *Omar X*, n° 251299.
- CE, Ass., 19 mai 2004, *Consorts Bourbon*, n° 236470.
- CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KMPG et autres*, n° 288460.
- CE, 23 mai 2007, n° 288149.
- CE, 19 février 2008, *Profilfrance*, n° 31197.
- CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931.
- CE, 6 novembre 2009, *Société Inter Confort et Société Pro Décor*, n^{os} 304300 et 304301.

- CE, 30 décembre 2009, *Société Experian Western Europe*, n° 306173.
- CE, 16 avril 2010, *Association Aides et autres*, n° 320196.
- CE, 19 juillet 2010, *M. F. et Mme C.*, n° 317182 et 323441.
- CE, 19 juillet 2010, *Mme B.*, n° 334014.
- CE, 1^{er} février 2011, *Mme A.*, n° 331746
- CE, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827.
- CE, 31 janvier 2014, n° 362444.
- CE, 12 mars 2014, n° 353193.
- CE, 12 mars 2014, *Société Foncia*, n° 354629.
- CE, 11 avril 2014, *Ligue des droits de l'homme*, n° 360759.
- CE, 11 avril 2014, *Ligue des droits de l'homme*, n° 352473.
- CE, 11 avril 2014, *Association Juricom*, n° 348111.
- CE, 24 août 2014, *Société HSBC Private Bank*, n° 336382.
- CE, 11 mars 2015, n° 368624.
- CE, 18 novembre 2015, n° 372111.
- CE, 18 décembre 2015, n° 384794.
- CE, 8 juin 2016, *Mme et MM. D.*, n° 386525.
- CE, 24 février 2017, *Mme C, M. F, M. H, M. D*, n°s 391000, 393769, 399999, 401258.
- CE, ord. réf., 13 avril 2018, n° 419057.

§ 4 – Juges du fond

A. Premier degré

- Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} ch., 16 juin 1858.
- Tribunal civil de Lyon, ord. réf., 15 décembre 1896.
- Tribunal civil de la Seine, 10 février 1905, *DP* 1905, II, pp. 389-390.
- Tribunal civil de la Seine, 24 mars 1937 : *Gaz. Pal.* 1937, 2, p. 155.
- Tribunal commercial de la Seine, 11 mai 1939, *Gaz. Pal.* 1968, I, p. 379.
- Tribunal commercial de la Seine, 26 février 1963, *JCP G* 1963, II, 13364.
- TGI Grasse, ord. réf., 27 février 1971, *JCP G* 1971, II, 16734.
- TGI Paris, 3 décembre 1975, *Claude Piéplu*.
- TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 : *D.*, 1981, p. 271.
- TGI Paris, 19 mai 1982, *Maria Callas*.
- TGI Cusset, 24 février 1983 ; *JCP* 1984, IV, p. 199.
- TGI Paris, ord. réf., 14 août 1996, *Pouchenel et autres c. ECP, REY et autres*.
- TGI Paris, 31 octobre 1996, *Légipresse* 1997, I, p. 52.
- TGI Privas 3 septembre 1997.
- TGI Paris, ord. réf., 22 mai 2000, *UEJF, Licra c. Yahoo ! Inc. Et Yahoo France*.

- TGI Paris, ord. réf., 30 octobre 2001, *Association J'accuse ! et autres, AFA, treize fournisseurs d'accès et prestataires.*
- TGI Saint-Brieuc, 6 septembre 2007, *Ministère public SCPP et SACEM c. J. P.*
- TGI Paris, ord. réf., 22 septembre 2008, *M. Kalid O. contre société Notrefamille.com.*
- TGI Paris, 3^{ème} ch., 24 juin 2009, *Jean-Yves Lafesse et autres c. Google et autres.*
- TGI Paris, 9 juin 2010 : *Légipresse* 2010, p. 374.
- TGI Paris, ord. réf., 15 février 2012.
- TGI Paris, 3^{ème} ch., 20 décembre 2012
- TGI Paris, ord. réf., 24 janvier 2013, *UEJF c. Twitter.*
- TGI Paris, ord. réf., 30 janvier 2013, *Bouygues Telecom c. Publicis Webformance.*
- TGI Paris, 17^{ème} civ., 18 mars 2013, *Amexs c. Indigo publications.*
- TGI Paris, ord. réf., 4 avril 2013, *Mathieu S. c. Twitter inc.*
- Juridiction de proximité de Paris 3^{ème} arrondissement, 25 juin 2013, *Noisette G. c. Priceminister.*
- TGI Paris, ord. réf., 8 août 2014, *C.N.O.P. Enova Santé.*
- TGI Paris, 13^{ème} ch. corr., 18 décembre 2014, *X. c. Rachida Dati.*
- TGI Paris, ord. réf., 19 décembre 2014, *M-F. M. c. Google.*
- TGI Tours, 2^{ème} civ., 20 août 2015.

B. Appel

- CA Paris, 16 mai 1900 : *DP* 1902, II, p. 174.
- CA Paris, 6 mars 1931.
- CA Paris, 17 mars 1966, *D.* 1966, jurisp. p. 149.
- CA Paris, 15 mai 1970, *D.* 1970, jurisp., p. 466.
- CA Paris, 4 décembre 1863, *DP* 1864, II, p. 12.
- CA Nancy, 22 avril 1982 : *JCP* 1984, I 20 222, note J. Penneau.
- CA Paris, 21 février 1986, *Juris-Data* n° 1986-020248.
- CA Paris, 26 juin 1986, *D.* 1987, somm. p. 316, obs. R. Lindon et D. Amson.
- CA Paris, 19 octobre 1988 : *D.* 1988, p. 288.
- CA Paris, 30 mars 1995.
- CA Paris, 5 décembre 1997 : *D.*, 1998, I.R. 32.
- CA Pau, 1^{ère} ch., 22 janvier 2001, n° 99/00051.
- CA Paris, 13^{ème} ch., 27 avril 2007, *Anthony G c. SCPP.*
- CA Paris, 13^{ème} ch., 15 mai 2007 *Henri S. c. HCPP.*
- CA Paris, 11^{ème} ch., 6 juin 2007, *Mairie de Puteaux c. Christophe G.*
- CA Pau, 23 mars 2012, n° 11/03921.
- CA Paris, 19 octobre 2012, *Air France et autres c. Afnic EuroDNS.*
- CA Paris, 1^{ère} ch., 8 janvier 2013.
- CA Paris, 5^{ème} ch., 12 juin 2013.
- CA Bordeaux, 3^{ème} ch. corr, 18 décembre 2013, *Ministère public et autres / Laurent R.*

- CA Rennes, Ch. com., 28 avril 2015, n°14/05708.
- CA Paris, 12 février 2016, *Facebook Inc. / Monsieur X*, n° 15/08624.

III. ETRANGERE

§ 1 – Allemagne

- Tribunal impérial de Leipzig (Tribunal du Reich), 28 décembre 1899, *Bismarck*, RGZ 45, 170.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE 65, 1, *Volkszählung*, 15 décembre 1983.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE, NJW, 1989, 891, 31 janvier 1989.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE 120, 274, *Online-Durchsuchungen*, 27 février 2008
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE 125, 260, *Vorratsdatenspeicherung*, 2 mars 2010

§ 2 – Canada

- Cour suprême du Canada, 25 février 1999, *R. c. Ewanchuk*, Dossier n° 26493.
- Cour fédérale du Canada, 27 février 2008, *Gordon c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 C.F. 258 (CanLII)

§ 3 – États-Unis

- Cour suprême de l'État de Georgie, 3 mars 1905, *Pavesich v. New England Life Insurance Co. et al.*, 122 Ga. 190; 50 S.E. 68; 1905 Ga.
- Cour suprême des États-Unis, 24 mai 1976, *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 746, 752.
- Cour suprême, 28 juin 1977, *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562.
- Cour d'appel fédérale du deuxième circuit, 16 février 1953, *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.* : 202, F. 2d 866 (2d Cir., 1953), 348 U.S. 812
- Cour d'appel fédérale du 9^{ème} Circuit des États-Unis, San Francisco, *United States v. Forrester*, 6 juillet 2007, n° 05-50410, §§ 8-9.
- Cour d'appel du district de Columbia, 16 décembre 2013, *Klayman v. Obama*, Civil Action n° 13-0851 (RJL)

§ 4 – Autres États

- Cour constitutionnelle de la République Italienne, 3 février 1994, n° 13/1994.
- Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, 2 octobre 2003, N. 345-O.

AVIS ET DÉLIBÉRATIONS DE LA CNIL

- Délibération n° 80-22 du 8 juillet 1980 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la tenue des comptes de la clientèle et le traitement des informations s'y rattachant par les établissements bancaires et assimilés.
- Délibération n° 81-28 du 24 mars 1981 concernant les traitements automatisés à des fins statistiques d'informations nominatives extraites d'enquêtes par sondages intéressant des personnes physiques effectués par l'État et les établissements publics à caractère administratif (norme simplifiée 19).
- Délibération n° 891-92 du 21 juillet 1981 portant conseil auprès de la caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne et de l'institut national de la santé et de la recherche médicale.
- Délibération n° 84-28 du 03 juillet 1984 relative à la mise en œuvre par les mairies d'Arcueil, Gentilly, Ivry-sur-Seine, Villejuif et Vitry-sur-Seine, d'un fichier d'entreprises.
- CNIL, délibération n° 85-15 du 30 avril 1985, Délibération portant adoption d'une recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit : « La technique du score, dont la finalité est l'appréciation du risque de crédit par des moyens automatisés, a pour résultat la constitution d'un profil de l'emprunteur par chaque organisme ».
- Délibération n° 91-033 du 7 mai 1991 portant avis relatif à la création d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant une application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France.
- Délibération n° 93-032 du 6 avril 1993 relative au contrôle effectué le 2 octobre 1992 à la Caisse régionale de Crédit agricole de la Dordogne.
- Délibération n° 00-015 du 21 mars 2000 portant avis sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en œuvre par le collège Jean Rostand de Nice, destiné à gérer à la cantine scolaire par la connaissance des empreintes digitales.
- Délibération n° 01-019 du 15 mai 2001 relative à un projet d'arrêté portant création d'un traitement informatique de délivrance des visas dans les postes diplomatiques et consulaires mis en œuvre par le ministère des affaires étrangères.
- Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.
- Délibération n° 02-092 du 28 novembre 2002 concernant la modification de plusieurs traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre par la direction générale des impôts et certains aménagements dans les relations avec les contribuables résultant de l'entrée en vigueur des dispositions fiscales de la loi relative au pacte civil de solidarité.
- Délibération n° 02-093 du 28 novembre 2002 portant avis sur le projet de loi relatif à l'économie numérique.
- Délibération n° 2006-043 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par le GIE 50 d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur l'utilisation du numéro de sécurité sociale à des fins de « gestion de la relation client en mode multi-canal ».

- Délibération n° 2006-044 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la société VIE PLUS d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité l'utilisation du numéro de sécurité sociale à des fins de gestion de la relation client dans le cadre de la souscription de contrats d'épargne retraite individuelle et collective.
- Délibération n° 2006-045 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la société VOLKSWAGEN FINANCES d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité l'utilisation du numéro de sécurité sociale à des fins de détection d'incohérence dans les demandes de crédit.
- Délibération n° 2006-046 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la société MONTALIVET GESTION d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des données des dossiers de recouvrement de créances pour le compte d'autrui.
- Délibération n° 2006-055 du 23 février 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par MFP SERVICES d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion de la relation client.
- Délibération n° 2006-102 du 27 avril 2006, Délibération portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.
- Délibération n° 2007-040 du 20 février 2007 portant refus d'autorisation de la mise en œuvre par la société Kimberly-Clark SNC d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.
- Délibération n° 007-215 du 10 juillet 2007 autorisant la mise en œuvre par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des réclamations qui lui sont adressées.
- Délibération n° 2008-198 du 9 juillet 2008 modifiant l'autorisation unique n° AU-005 relative à certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par les établissements de crédit pour aider à l'évaluation et à la sélection des risques en matière d'octroi de crédit.
- Délibération n° 2008-492 du 11 décembre 2008 refusant la mise en œuvre par l'Association d'aide pour l'accès et le maintien en logement autonome (ADAMAL) d'un traitement de données à caractère personnel reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux (autorisation n° 1247372).
- Délibération n° 2009-576 du 20 octobre 2009 refusant d'autoriser la mise en œuvre par la société MANPOWER FRANCE d'un traitement automatisé de données à caractère personnel utilisant le numéro de sécurité sociale et ayant pour finalité la gestion des salariés intérimaires.
- Délibération n° 2009-474 du 23 juillet 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « Discovery ».
- Délibération n° 2009-576 du 20 octobre 2009 refusant d'autoriser la mise en œuvre par la société MANPOWER FRANCE d'un traitement automatisé de données à caractère personnel utilisant le numéro de sécurité sociale et ayant pour finalité la gestion des salariés intérimaires.

- Délibération n° 2009-700 du 17 décembre 2009 autorisant Banque Accord à mettre en place à titre expérimental un système de paiement sans contact avec authentification biométrique du payeur.
- Délibération n° 2011-035 du 17 mars 2011 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X.
- CNIL, délibération n° 2011-204 du 7 juillet 2011 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État relatif à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « traitement de procédures judiciaires » (TPJ) (demande d'avis n° 1484843).
- Délibération n° 2011-238 du 12 juillet 2011 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire et une injonction de cessation de traitement à l'encontre de l'association X.
- Délibération n° 2011-216 du 21 juillet 2011 refusant la mise en œuvre par la société LA COLOC d'un traitement de données reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle d'accès à une colocation pour étudiants.
- Délibération n° 2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail (décision d'autorisation unique n° AU-007).
- Délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants
- Délibération n° 2012-431 du 6 décembre 2012 portant avis sur un projet d'arrêté portant autorisation d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « gestion informatisée des procédures d'immigration » (GIPI).
- Délibération n° 2013-321 du 24 octobre 2013 autorisant le Ministère de l'Intérieur à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé Système d'Immatriculation des Véhicules (SIV) ayant pour finalité la gestion des pièces administratives du droit de circuler des véhicules.
- Délibération n° 2013-358 du 14 novembre 2013 portant adoption d'une recommandation concernant le traitement des données relatives à la carte de paiement en matière de vente de biens ou de fourniture de services à distance et abrogeant la délibération n° 03 034 du 19 juin 2003.
- Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978.
- Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement.
- Délibération n° 2015-255 du 16 juillet 2015 refusant la mise en œuvre par la société JCDecaux d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité de tester une méthodologie d'estimation quantitative des flux piétons sur la dalle de La Défense (demande d'autorisation n° 1833589).
- Délibération n° 2016-143 du 12 mai 2016 autorisant la société par actions simplifiée à associé unique ADP GSI France à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'un processus d'audit interne.

- Délibération n° 2016-186 du 30 juin 2016 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail et garantissant la maîtrise par la personne concernée sur son gabarit biométrique.
- Délibération n° 2016-292 du 29 septembre 2016 portant avis sur un projet de décret autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité.
- Délibération n° SAN-2017-006 du 27 avril 2017 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés FACEBOOK INC. et FACEBOOK IRELAND.
- CNIL, délibération n° 2017-152 du 18 mai 2017 portant avis sur un projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « ACCReD ».
- Délibération n° 2017-299 du 30 novembre 2017 portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n° 78-17 du janvier 1978 (demande d'avis n° 17023753).

INDEX RERUM

[Renvoi au numéro de paragraphes]

A

- Adresse IP
 - Fixe : **103**, 281
 - Dynamique : **146**
- Adresse e-mail/courriel : **107 s.**
- Algorithme : **164**
- Anonymat : 279, **292**, 444
- Approche pragmatique : **53 s.**
- Authentification : **18**, 90 s.
- Autodétermination informationnelle
 - France : 353, **428**, 490, 550, **586**
 - Allemagne : 490, **584**
 - Cour EDH : 58, **587**
- Autonomie personnelle : 233, 258, **575 s.**

B

- Base de données : 284, **429**
- Biométrie : **90 s.**

C

- Carte de fidélité : **284**
- CIL : **366**
- Concept (définition) : **29-31**
- Consentement : 368, **493 s.**, **544**, 586
- Cookie : **152**, 281.
- Corps : 203, 256.

D

- Date de naissance : **79 s.**
- Droits de la personnalité
 - Définition : **378 et s.**
 - Dualisme : **479 s.**
- Donnée à caractère personnel : **11**
- Données
 - Bancaires : **111 s.**
 - Fiscales : **109 s.**
 - Sensibles : **273 s.**

- Droit fondamental (définition) : 55, **512**
- Droits subjectifs : **226**, 382, 527
- Durée de conservation : 303

E

- Effet horizontal : **574**
- *Empowerment* : **507**, 592
- Empreintes digitales : 9, 91, 274, 322

F

- Fichiers de police : 38, 288, **321 s.**

G

- Géolocalisation : **156 s.**

I

- Identité : **16 s.**
- Identité numérique : **32**, 592
- Identité personnelle
 - Définition syncrétique : **199 s.**
 - Définition juridique : **219 s**
- Image : **83 s.**, 486, 574
- Information nominative : **12**
- Interception de sécurité : **188**

L

- Liberté personnelle : **556 s.**

M

- Métadonnées
 - Définition : **122 s.**, **132 s.**
 - Utilisation : 162 s.

N

- Nationalité : **77 s.**
- NIR : **104 s.**

- Nom : **73 s.**
- Numérique : **9**

O

- *Opt-in/opt-out* : 171, 282, **497**

P

- *Persona* : **21**, 212
- Personnalisme : **21**, 225 et s.
- Personnalité juridique : **225**, 320
- Personne humaine : **21 s.**
- Profilage : 170, **289 s.**,

Q

- Quantification (de la personne) : **289 s.**

R

- Recoupement : **75**, **286**
- Réidentification : 192, **287**
- Renonciation : **546**

- RFID : **159**, 278

S

- Surveillance
 - Administrative : **182 s.**
 - Judiciaire : **174 s.**
- Sexe
 - Identifiant : **80 s.**
 - Identité : 234, **249 s.**, 579
- Système d'information Schengen : 78, 561

T

- Traçabilité : 277 s., **295 s.**

V

- Vidéosurveillance/vidéoprotection : 92, **326**
- Voix : **86 s.**, 386

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	VII
ABRÉVIATIONS UTILISÉES	IX
SOMMAIRE.....	XV
INTRODUCTION	1
Section 1 – Identification des termes du sujet.....	8
§ 1 – Définitions préliminaires	8
A. Définitions consensuelles : numérique et données à caractère personnel.....	8
1. Le numérique.....	8
2. La donnée à caractère personnel.....	9
B. Définitions complexes : identité et personne humaine	13
1. L'identité.....	13
2. La personne humaine	18
§ 2 – Le concept d'identité numérique.....	22
A. Apparition du concept	22
B. Modélisation du concept.....	24
C. Définition du concept	26
Section 2 – Justification d'une étude de l'identité numérique	26
§ 1 – La présence d'enjeux considérables	27
A. L'accélération du temps technique.....	27
B. L'emballement de l'économie numérique	28
1. Le retrait de l'État par rapport à l'économie numérique.....	29
2. La valorisation des données au fondement de l'économie numérique	34
§ 2 – La consolidation de tensions juridiques	35
A. L'essoufflement du temps juridique.....	35
B. Un nouveau brouillage des catégories juridiques	38
C. Une importante densification des traitements.....	43
Section 3 – Circonscription d'une étude de l'identité numérique.....	48
§ 1 – Détermination de la méthode.....	48
A. Positionnement épistémologique	48
B. Environnement matériel	52

1. Droit interne relatif aux données à caractère personnel.....	53
2. Droit européen des droits fondamentaux	56
3. Exclusion : droit du numérique, de l'Internet, du digital.	58
§ 2 – Déroulement de la démonstration	59
A. Apparition d'une problématique	60
B. Ordonnancement de la démonstration.....	62
PREMIERE PARTIE – LA PROJECTION DE L'IDENTITÉ DANS LE NUMÉRIQUE	65
TITRE 1 – L'ATOMISATION DES ÉLÉMENTS FORMELS DE L'IDENTITÉ	67
Chapitre 1 – L'étalement de l'identité par les données	69
Section 1 – La consolidation des identifiants directs de la personne	71
§ 1 – La projection du fondement institutionnel de l'identité : l'identification civile.....	71
A. Le nom, socle identificatoire de la personne	72
B. La nationalité, numérisation du lien de rattachement de la personne à un État.....	74
C. La date de naissance, identifiant de la personne et information sur le consommateur.	76
D. Le sexe, un identifiant au carrefour des aspects formels et essentiels de l'identité	77
§ 2 – La projection de la constitution corporelle de la personne : l'identité physique	78
A. L'image, première donnée physique identificatoire	78
B. La voix, écho identifiant de la personne.....	81
C. Les données de santé, quantification de la vulnérabilité des personnes	82
D. L'identification biométrique, objectivation totale de la personne.....	84
1. Identification de la biométrie	84
2. Utilisation de la biométrie.....	86
Section 2 – La multiplication des identifiants indirects de la personne	90
§ 1 – Les identifiants « portail » de l'identité numérique	90
A. L'adresse IP, donnée informatique centrale	90
1. Identification de l'adresse IP	90
2. Qualification de l'adresse IP.....	91
B. Le NIR, donnée sésame.....	95
§ 2 – Les principaux identifiants « matricules » de l'identité numérique	97
A. L'adresse e-mail, principale coordonnée numérique	97
B. Les données fiscales, identifiants particuliers	99

C. Les données bancaires, identifiants en devenir	100
Conclusion du chapitre 1	103
Chapitre 2 – L'éclatement de l'identité par les métadonnées.....	105
Section 1 – Une complexe identification juridique des métadonnées.....	108
§ 1 – La délicate définition des métadonnées.....	108
A. La définition technique de la métadonnée.....	109
1. Métadonnées structurales : les informations sur la nature de la donnée	109
2. Métadonnées structurantes : les informations sur les sources de la donnée	111
B. La définition juridique de la métadonnée.....	113
1. À la recherche d'une définition commune en Europe	113
a. La confusion en droit français	113
b. L'incertitude en droit européen.....	117
2. Aperçu : une prise en compte étrangère des métadonnées.....	120
§ 2 – L'exponentielle génération des métadonnées.....	121
A. L'identité « connectée » : les données de connexion.....	122
B. L'identité « tracée » : les données témoins	124
1. Les relevés de navigation	124
2. Mémoire cache et fichiers temporaires	125
3. Les cookies.....	126
C. L'identité « géographique » : les données de localisation	128
Section 2 – Une utilisation croissante des métadonnées.....	132
§ 1 – L'utilisation privée des métadonnées : orientation	132
A. Analyse de masse	133
1. Analyse à des fins d'étude de marché et d'amélioration des services.....	133
2. Analyse à des fins de recherche	134
B. Analyse individuelle	135
§ 2 – Utilisation administrative et judiciaire : surveillance, enquête, contrôle.....	137
A. Les moyens à la disposition de l'autorité judiciaire.....	138
1. Surveillance judiciaire	138
2. Consultation des équipements des personnes	140
3. Analyse à des fins de prévention des infractions et de sécurité	141

B. Les moyens à la disposition de l'autorité administrative	142
1. L'apparition croissante d'un cadre légal.....	142
2. Une revalorisation de moyens de surveillance	144
a. Surveillance stratégique des métadonnées	144
b. Surveillance ciblée des métadonnées	147
Conclusion du chapitre 2	150
Conclusion du titre 1.....	151
TITRE 2 – L'ABSORPTION DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE L'IDENTITÉ.....	153
Chapitre 1 – L'identité personnelle sous un voile juridique.....	157
Section 1 – La recherche de l'identité personnelle : la question essentielle de la personne	159
§ 1 – L'identité personnelle détenue dans l'intériorité	160
A. L'identité personnelle dans la conscience de soi.....	160
1. La conscience de soi à travers le corps	160
2. La conscience de soi par la pensée	161
B. L'identité personnelle dans l'unité de soi	163
1. Devenir soi.....	163
2. Rester soi.....	165
§ 2 – L'identité personnelle étendue dans l'altérité.....	166
A. Soi-même parmi les autres	167
B. Soi-même comme un autre.....	169
Section 2 – La reconnaissance de l'identité personnelle : l'institution juridique de la personne	172
§ 1 – La formation de l'identité : la personne juridiquement actée.....	173
A. L'assise juridique de l'identité personnelle.....	173
1. Personnalisation et personnalité juridique.....	174
2. Personnalisation et subjectivité juridique	178
B. L'assise biographique de l'identité personnelle.....	180
1. Le droit à une identité enracinée.....	181
2. Le droit à une identification personnalisée	186
§ 2 – L'affirmation de l'identité : la personne juridiquement actrice	190
A. Les choix de la personne et l'identité personnelle « intime »	192

1. La personnalisation du nom de la personne	192
2. La personnalisation du genre de la personne.....	195
B. Les choix de la personne et l'identité personnelle « sociale »	198
1. L'expression de l'identité personnelle dans l'espace public	198
a. Le droit à des relations sociales	198
b. Le corps comme interface sociale.....	201
2. La valorisation de l'identité personnelle dans l'espace public	202
a. La valorisation des choix personnels : de la reconnaissance à l'autonomie	202
b. La valorisation des personnes minoritaires : de la reconnaissance à l'intégration	204
Conclusion du chapitre 1	207
Chapitre 2 – L'identité personnelle dévoilée par le numérique	209
Section 1 – Des informations essentielles aisément hors de contrôle	214
§ 1 – Le traitement numérique des informations essentielles de la personne	214
A. La personne saisie par la multiplication des traitements intrusifs	215
1. Une hausse de la collecte directe de données sensibles.....	215
2. La généralisation de la collecte des données comportementales	217
a. La collecte systématique de données et métadonnées « traces ».....	218
b. Le suivi de la consommation par des collectes incidentes	224
3. La recombinaison partielle de la personne par le rapprochement et les interconnexions	225
B. La personne quantifiée selon des critères réducteurs	230
§ 2 – L'éloignement technique des informations essentielles de la personne	234
A. La perte de contrôle de l'identité dans l'espace en raison de la viralité numérique	235
1. Perte de visibilité des données	235
2. Perte de traçabilité des données.....	238
B. La perte de contrôle de l'identité dans le temps en raison de la « mémoire numérique »	243
Section 2 – Des informations essentielles pour un éventuel contrôle	246
§ 1 – Orientation du comportement par les acteurs privés.....	248
A. Responsabilisation accentuée de l'utilisateur	248

1. Une responsabilisation reposant sur une affirmation permanente de la maîtrise par l'utilisateur	249
2. Une marge de manœuvre pour agir sur l'identité des personnes	251
B. Ajustement explicite des comportements socio-économiques	251
1. Nécessité de la présence numérique.....	252
2. Possibilité d'orientations comportementales par les éditeurs de services numériques	254
a. Fonctionnement de l'orientation.....	254
b. La concrétisation de l'orientation	256
§ 2 – Contrôle des comportements individuels par les autorités publiques	258
A. Les moyens du contrôle à la disposition des autorités publiques : la massification des collectes	259
B. L'exercice du contrôle par les autorités publiques : surveillance et prédiction des comportements	263
1. La surveillance comme principal moyen de contrôle des personnes	264
2. La prédiction des comportements sur la base de collectes de données	267
Conclusion du chapitre 2	271
Conclusion du titre 2.....	272
Conclusion de la première partie.....	273
DEUXIÈME PARTIE – LA PROTECTION DE L'IDENTITÉ DANS LE NUMÉRIQUE	277
TITRE 1 – LA PROPENSION REALISTE DE L'IDENTIFICATION NUMÉRIQUE	281
Chapitre 1 – L'autonomisation du régime par défaut de qualification	283
Section 1 – Les confusions relatives à la finalité du droit des données personnelles	286
§ 1 – La prétention française à la conciliation entre liberté de collecte et protection des données.....	286
A. Une confusion congénitale au sein de la LIL	287
1. Une ambivalence ressortant des travaux préparatoires	287
2. Une ambivalence traduite dans le texte originel	289
B. Une confusion accentuée par les modifications de la LIL.....	291
1. Le maquillage des lois de transposition des directives européennes	291
2. La mise en scène de la « Loi pour une République Numérique ».....	293

§ 2 – La priorisation européenne de la liberté de circulation sur la protection des données	297
.....
A. Une ambivalence assumée au sein du corpus normatif de l’UE.....	297
1. La protection des personnes en symbiose avec la libre circulation	298
2. La protection des personnes comme entrave potentielle à la libre circulation	301
B. Un affranchissement progressif des régimes de contrôle préalable	306
1. De l’autorisation préalable à l’appréciation des finalités par le responsable de traitement.....	307
2. De la légitimation stricte du traitement au consentement de l’utilisateur.....	310
3. Les autres moyens de légitimation de la collecte et du traitement.....	314
Section 2 – Les circonvolutions relatives à la nature des droits sur les données personnelles.	319
§ 1 – La tentative d’une intégration aux régimes préexistants	319
A. Les droits de la personnalité, fondement légitime de la protection des données personnelles	320
1. Une catégorie formellement adaptée.....	320
a. La protection de la personne humaine : le droit objectif de la personnalité.....	320
b. La protection des attributs de la personnalité : les droits subjectifs de la personnalité	323
c. La protection des données personnelles comme attributs de la personnalité	326
2. Une catégorie substantiellement inopérante	328
B. La vie privée, fondement indiqué.....	332
1. La pertinence conceptuelle de la protection de la vie privée.....	332
2. La pertinence formelle de la protection de la vie privée	337
3. Les limites concrètes de la protection offerte par la vie privée.....	341
§ 2 – La tentation d’une qualification autonome	344
A. Autonomie substantielle et procédurale des droits sur les données personnelles.....	344
1. Une protection particulière instaurée par la LIL.....	344
2. Une protection isolée par des régimes concurrents	346
B. Autonomie formelle des droits sur les données personnelles	349
Conclusion du chapitre 1	352
Chapitre 2 – La marchandisation de l’identité à défaut de qualification	353
Section 1 – L’impossible appropriation des éléments de l’identité numérique.....	357

§ 1 – La propriété sur les données personnelles selon l’approche classique	358
A. L’approche classique : la propriété sur les données primaires	359
1. À l’épreuve du droit français de la propriété.....	359
a. Applicabilité des outils conceptuels de la propriété aux données à caractère personnel.....	359
b. Observation des indicateurs matériels du droit positif.....	363
- α . Les tendances jurisprudentielles quant à la propriété sur les données personnelles.....	363
- β . Les autres éléments de droit positif suggérant un droit de propriété sur les données personnelles.....	367
2. À l’épreuve du droit européen	372
a. La donnée personnelle à l’épreuve de la notion de marchandise en droit de l’UE	372
b. La donnée personnelle à l’épreuve de la notion de bien en droit conventionnel	375
3. Des influences réalistes en pleine expansion	377
a. L’influence du droit américain	377
b. Des sollicitations du droit de propriété en France	379
B. L’approche nouvelle : la donnée personnelle comme création de l’esprit.....	383
1. Un rapprochement séduisant	383
2. Un rapprochement incertain	385
§ 2 – La propriété sur les données selon de nouvelles approches du droit de propriété.....	388
A. Une objectivation complète de la personne juridique	388
B. Une commercialité relative de la personnalité : les « biens de la personnalité »	390
C. Une « propriété » de tous sur les données personnelles.....	391
§ 3 – La propriété sur les données face aux réalités juridiques.....	393
A. Les prétentions générales de la propriété sur les données personnelles.....	393
B. Les objections générales à la propriété sur les données	394
1. Les objections générales relevant de la technique juridique	394
a. L’impossible détachement de l’élément de l’identité	394
b. Un obstacle au bon fonctionnement de l’administration	395
c. Le risque d’évolution des conditions générales d’utilisation	396
d. La finalité du traitement comme obstacle essentiel.....	396

e. Les obstacles extranationaux.....	397
2. Les objections générales relevant de la technique appliquée au juridique	398
a. L'erreur de l'isolement : l'incalculable valeur de la donnée personnelle primaire	398
b. Absence de visibilité sur la circulation des données personnelles.....	400
c. Les risques d'accentuation de la fracture numérique.....	401
Section 2 – L'irrésistible contractualisation des éléments de l'identité numérique	404
§ 1 – Le dualisme des droits de la personnalité, fondement conceptuel de leur marchandisation	404
A. Les droits personnels, éléments du patrimoine.....	404
1. Délimitation classique de la notion de patrimoine.....	405
2. Dépassement de la caractérisation par la pécuniarité	405
B. Les droits sur les données personnelles, objets de la liberté contractuelle.....	406
1. Dualisme des droits de la personnalité et droits sur les données personnelles.....	407
2. Patrimonialisation des droits sur les données personnelles par contractualisation..	409
§ 2 – Le consentement de la personne, justification juridique de la marchandisation	411
A. La définition du consentement.....	412
1. Définition et fonction classique du consentement	412
2. Définition appliquée aux données	414
B. L'inadaptabilité du consentement.....	417
1. Le postulat : la rationalité instrumentale de la personne	417
a. Les fondements théoriques	417
b. Les obstacles matériels	419
2. La réalité : le déséquilibre en défaveur de la personne	421
Conclusion du chapitre 2	426
Conclusion du titre 1.....	428
TITRE 2 – L'APPRÉHENSION PERSONNALISTE DE L'IDENTITÉ NUMÉRIQUE	431
Chapitre 1 – La formulation artificielle d'un droit fondamental	433
Section 1 – Une insuffisance structurelle	436
§ 1 – La consécration expresse d'un droit fondamental à la protection des données en droit de l'Union Européenne	436
A. La consécration normative d'un droit fondamental à la protection des données à caractère personnel.....	436

1. La fundamentalité consacrée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	437
2. La fundamentalité visée d'autres normes de droit matériel de l'Union européenne.....	440
B. La confirmation jurisprudentielle d'un droit fondamental distinct de la protection de la vie privée.....	442
1. Une autonomisation timide mais avérée.....	442
2. Réflexions sur la raison de cette autonomisation.....	443
§ 2 – La déficience structurelle d'un droit fondamental à la protection des données personnelles.....	446
A. Les droits sur les données personnelles, des droits subjectifs parmi d'autres	447
B. Le droit des données personnelles, régime ambivalent à l'égard de la personne	450
1. Une protection découlant de l'habilitation.....	450
2. Absence de sujet déterminé, relativité de la protection.....	452
Section 2 – Une carence matérielle	456
§ 1 – Une norme de conciliation.....	456
A. Un potentiel conflit de droits intégré à la norme.....	456
B. Un potentiel conflit de droits envisagé par la norme	459
1. L'hypothèse d'une police administrative spéciale.....	459
2. Les multiples renvois à la proportionnalité.....	462
§ 2 – Une norme de renonciation	464
A. La renonciation comme disponibilité contractuelle du droit fondamental.....	464
1. La contractualisation des droits fondamentaux dans le droit des données personnelles	464
2. La renonciation aux droits fondamentaux dans le droit des données personnelles.....	467
B. La renonciation comme atteinte potentielle à la substance d'un autre droit.....	469
Conclusion du chapitre 1	472
Chapitre 2 – La persistance substantielle d'une protection fondamentale.....	473
Section 1 – L'opportunité d'une protection constitutionnelle par la liberté personnelle.....	475
§ 1 – La protection des données à caractère personnel rattachée la liberté personnelle.....	475
A. Une nécessaire identification de la liberté personnelle.....	475
1. Fondements et composantes.....	475
2. Tentatives de systématisation.....	477

B. Une judicieuse association à la liberté personnelle	479
1. Le rattachement des données personnelles à la liberté personnelle, occurrences limitées	479
2. Le rattachement des données personnelles à la liberté personnelle, une pertinence maximale.....	480
§ 2 – La protection des données à caractère personnel diluée dans la vie privée	481
A. L’ajustement d’une protection : de la liberté personnelle à la liberté individuelle	482
B. La mutation finale d’une protection : de la liberté individuelle à la vie privée.....	484
Section 2 – La stabilité d’une protection conventionnelle par le droit à l’autonomie personnelle	489
§ 1 – Une extension du champ matériel au profit de la protection des données à caractère personnel	490
A. Le terreau fertile d’une interprétation dynamique de la vie privée.....	490
1. Les racines de la vie privée : la protection de l’intimité.....	491
2. Les ramifications jurisprudentielles de la vie privée : la protection de la sociabilité	492
B. L’éclosion d’une protection des données personnelles dans le champ de la vie privée	493
§ 2 – Un enrichissement conceptuel au profit de la protection de l’identité de la personne	496
A. L’objet de la protection : l’identité	497
1. Une protection de l’identité liée à la protection de la vie privée	497
2. Une protection des données personnelles logiquement associée à celle de l’identité	500
B. L’instrument de la protection : l’autonomie personnelle	503
1. Identification du droit à l’autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour	503
2. L’autonomie personnelle appliquée aux données personnelles : l’auto-détermination informationnelle	508
a. Fondements conceptuels de l’auto-détermination informationnelle : éléments de droit comparé	508
b. Consécration jurisprudentielle de l’auto-détermination informationnelle par la Cour EDH.....	511
Conclusion du chapitre 2	516
Conclusion du titre 2.....	517

Conclusion de la deuxième partie	519
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	521
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	525
§ 1 – OUVRAGES	525
§ 2 – CONTRIBUTIONS.....	534
A. DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS.....	534
B. DANS DES REVUES PÉRIODIQUES.....	539
§ 3 – AVIS, DOCUMENTS DE TRAVAIL, RAPPORTS.....	549
A. DOCUMENTS INTERNATIONAUX ET EUROPÉENS.....	549
1. COMMISSION EUROPÉENNE.....	549
2. G29	549
a. Avis.....	549
b. Recommandations	551
c. Autres.....	551
3. OCDE.....	551
B. DOCUMENTS NATIONAUX.....	551
1. CCNE.....	551
2. CNIL	552
3. CONSEIL D'ÉTAT	553
C. RAPPORTS	553
JURISPRUDENCE.....	555
I. EUROPÉENNE	555
§ 1 – Convention européenne des droits de l'Homme.....	555
A. Commission EDH.....	555
B. Cour EDH	555
§ 2 – Droit de l'Union européenne (Cour de justice)	558
II. FRANÇAISE	560
§ 1 – Cour de cassation.....	560
§ 2 – Conseil constitutionnel	562
A. DC	562
B. QPC	564

C. AUTRES	565
§ 3 – Conseil d’État.....	565
§ 4 – Juges du fond	566
A. Premier degré	566
B. Appel	567
III. ETRANGERE.....	568
§ 1 – Allemagne	568
§ 2 – Canada.....	568
§ 3 – États-Unis	568
§ 4 – Autres États	568
AVIS ET DÉLIBÉRATIONS DE LA CNIL	569
INDEX RERUM.....	573
TABLE DES MATIERES	575

L'IDENTITÉ NUMÉRIQUE DE LA PERSONNE HUMAINE

Les données à caractère personnel sont appréhendées par le droit comme des objets distincts de la personne à laquelle elles se rapportent. Ce statut particulier serait justifié par la transformation résultant du traitement de données. La loi du 6 janvier 1978 suggère pourtant un rattachement en définissant la donnée personnelle comme une « information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement ». Lesdites données sont donc des éléments identifiants, et en cela, par une interdépendance des éléments subjectifs et objectifs, des composantes de l'identité. Elles forment l'identité numérique de la personne, toujours plus sollicitée et collectée. L'hypothèse intuitive de l'identité est contrariée par le droit positif français, au sein duquel la loi Informatique et libertés marque son autonomie par rapport à l'article 9 du Code civil, matrice des droits de la personnalité. Le droit de l'Union européenne isole également, au sein de la Charte des droits fondamentaux, la protection des données à caractère personnel de la protection de la vie privée. Cette autonomisation permet l'accélération de la patrimonialisation des données à caractère personnel, visées comme éléments isolés par une multitude de contrats d'adhésion autorisant le traitement. Le sectionnement du lien entre la personne et ses données n'est toutefois pas inéluctable : la protection de l'autonomie de la personne peut maintenir cette connexion. La Cour européenne des droits de l'Homme, qui intègre la protection des données à celle de la vie privée, affirme le lien entre ces informations personnelles et l'identité. En outre, sa jurisprudence relative à la protection de l'autonomie personnelle peut constituer une réponse à l'objectivation des personnes. Dans le même sens, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la liberté personnelle, vecteur du droit au développement de la personnalité et de la protection de l'identité en France, a déjà accueilli favorablement la protection des données à caractère personnel. Une réflexion qui prend l'identité comme point de départ de l'étude d'un droit à la protection des données met en lumière le véritable enjeu de la collecte exponentielle des données à caractère personnel et du profilage qui s'en suit : l'autonomie des personnes, dont la préservation est assurée à travers le concept de personne humaine, sujet des droits fondamentaux.

Mots-clés : Droits fondamentaux – Convention européenne des droits de l'Homme – Droit de l'Union européenne – Droit constitutionnel – Identité numérique – Données à caractère personnel – Identité personnelle – Autonomie personnelle – Liberté personnelle – Propriété – Marchandisation

THE DIGITAL IDENTITY OF THE HUMAN PERSON

French law approaches personal data and the person they are related to as separated objects. This special status would be justified by the transformation resulting from the data processing. However, by defining personal data as "information relating to an identified or identifiable natural person, directly or indirectly", the law of 6 January 1978 suggests that they are in fact connected to each other. Therefore, those data are to be understood as identifying elements. Following the interdependence of subjective and objective elements, they are components of identity. They form the person's digital identity, which is increasingly solicited and gathered. The intuitive assumption of personal data as components of identity is thwarted by French positive law, within which the Data Protection Act marks its autonomy in comparison to Article 9 of the Civil Code – the latter being the matrix of rights related to personality. The same way, protection of personal data is distinguished from protection of privacy in the European Union's Charter of Fundamental Rights. This increasing autonomy allows the accelerated conversion of personal data into assets. In a multitude of conventions, they are regarded as isolated elements of which processing is allowed. Yet the split between the person and their data could be avoided: protection of the autonomy of the person can ensure a connexion. The European Court of Human Rights considers data protection as part of the right to privacy, hence asserting the existence of a link between personal data and identity of the individual. Moreover, its case law regarding the protection of personal autonomy may constitute an answer to the objectification of individuals. Correlatively, the French Constitutional Court has already taken data protection as a part of personal freedom, the latter being considered in its case law as the embryo of the right to the development of personality and the protection of identity. By taking identity as the starting point of a study examining a right to data protection, it is possible to reveal the stakes of exponential gathering of personal data and ensuing profiling: the autonomy of the individual. Therefore, the latter can be protected by the concept of human person as subject of fundamental rights.

Keywords : Fundamental rights – European Convention on Human Rights – European Union law – Constitutional law – Digital identity – Personal data – Personal identity – Personal Autonomy – Personal liberty – Property – Commodification.