



SFSIC

SOCIÉTÉ FRANÇAISE DES SCIENCES
DE L'INFORMATION
ET DE LA COMMUNICATION



Journées doctorales de la SFSIC 2017

14-16 juin 2017 Villeurbanne (France)

Pour une approche communicationnelle des politiques de protection des données personnelles

Julien Rossi

Laboratoire COSTECH Université de technologie de Compiègne

julien.rossi@utc.fr

Résumé :

Les dispositifs numériques contribuent à la traçabilité des individus et facilitent l'exploitation de leurs traces. Les politiques de protection des données personnelles visent dans ce contexte à protéger la vie privée informationnelle des individus. Mais une analyse détaillée des différents énoncés juridiques performatifs (lois, jurisprudence, rapports, mais aussi discours d'acteurs) montre que les termes employés dans ceux-ci connaissent des acceptions diverses, à commencer par le terme même de « donnée à caractère personnel ». Une cartographie des controverses définitionnelles autour de ce terme, inspirée par les approches cognitives ou communicationnelles de l'action publique, combinée à l'analyse sémiologique des documents et discours d'acteurs de terrain, permet de déceler le sens implicite des différentes acceptions en présence, et la façon dont s'est constitué un référentiel idéologique sectoriel favorable à la vie privée qui a dû cependant maintenir son articulation avec un référentiel global favorable à l'exploitation des traces.

Mots-clés : données personnelles, politique, analyse de controverses, sémiologie, vie privée

Introduction

« Internet est une menace pour la vie privée »

Cette affirmation sous-entend que la vie privée est désirable. Elle sous-entend également un déterminisme technique qui nous mènerait inexorablement à devenir de plus en plus traçables, voir prédictibles. Quoi qu'il en soit, cette affirmation, qu'il n'est pas de notre propos ici de discuter, est très largement partagée¹, y compris par des chercheurs s'étant intéressés à la question (Klein, 2012). Des lois comme en France la loi Informatique et Libertés² ont été adoptées dans un certain nombre de pays pour tenter de limiter ces effets de l'informatique sur la vie privée.

L'action politique fondée sur ces textes ou visant à modifier ces textes s'avère cependant d'une grande complexité d'analyse en raison des trois catégories de difficultés suivantes :

- La superposition de plusieurs échelles de gouvernance (national, européen, international) avec une compétition de normes concurrentes au niveau international ;
- La multiplicité des acceptions des termes techniques contenus dans les textes normatifs ;
- La difficulté de définir précisément le lien entre droit à la protection des données³ et droit à la vie privée⁴.

1 Voir à titre d'illustration un dossier au titre évocateur de *L'Expansion* : « Vie privée et Internet, deux mondes incompatibles ? ». Disponible en ligne sur le site de l'Expansion : http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/vie-privee-et-internet-deux-mondes-incompatibles_1492254.html (page consultée le 29 décembre 2016)

2 Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

3 Prévus à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

4 Prévus à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le protocole TCP/IP gère le routage des paquets d'informations circulant sur Internet sans tenir compte des frontières nationales, compliquant la détermination du droit national applicable en cas d'infraction⁵. Ce droit échappe largement au législateur national. L'Union européenne s'est dotée en 1995 d'une directive⁶ dont la loi Informatique et Libertés française n'est que la transposition. Ce droit européen est en concurrence au niveau international avec la régulation privée⁷ et avec un droit états-unien fondamentalement différent (Bennett et Raab, 2003).

L'harmonisation entre le niveau national et le niveau européen demeure cependant imparfaite. Ainsi, la loi s'applique, selon l'article 2 de la loi Informatique et Libertés et l'article 3-1 de la directive 95/46/CE à tout traitement de données à caractère personnel en tout ou partie automatisé ou portant sur des données ayant vocation à figurer dans un fichier, c'est-à-dire un ensemble structuré de données. Or, selon la jurisprudence française⁸, l'utilisation de l'informatique n'équivaut pas nécessaire à une automatisation. Mais selon la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la notion d' « automatisé » recouvre au moins l'intégralité des traitements informatisés⁹.

Le terme de « donnée à caractère personnel » lui-même échappe à une définition

Dans son arrêt « Tele2 Sverige » du 21 décembre 2016 (affaires C-203/15 et C-698/15), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'a pas répondu à la question qui lui avait été posée sur l'articulation entre les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

5 Voir pour illustration le tout dernier arrêt de la CJUE sur le sujet : CJUE 28 juillet 2016 « VKI contre Amazon » Aff. C-191/15

6 Directive 95/46/CE 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

7 Norme ISO 27000, Privacy Interest Group du World Wide Web Consortium (W3C), RFC 6973 de l'Internet Architecture Board ...

8 Cass.crim, 16 mars 2004, n° 04-80.048

9 CJUE 6 novembre 2003 « Lindqvist » Aff. C-101/01, pt. 26

faisant clairement consensus. La notion de donnée personnelle s'oppose à celle de donnée anonyme (Ohm, 2010). Mais cet anonymat se définit-il relativement au public accédant aux données, ou doit-il être absolu ? La CJUE¹⁰ et la Cour de cassation française¹¹ semblent en désaccord sur ce point et donc sur la question de savoir si et quand les adresses IP sont des données à caractère personnel. Parallèlement, le texte juridique de définition de « donnée personnelle », stabilisé en Europe depuis 1974, fait l'objet de remises en cause par des acteurs de l'industrie du numérique souhaitant réintroduire la distinction juridique suivante entre trace et donnée personnelle¹² : la trace serait déconnectée de la personne (et donc impersonnelle, voire anonyme) dès lors que le lien direct avec une personne physique identifiable serait cassé.

Le terme de « donnée à caractère personnel » focalise un grand nombre de ces tensions. Nous l'avons donc choisi pour illustrer la façon dont une approche communicationnelle des politiques publiques permet de combler les angles morts d'une approche strictement juridique de la question.

Que révèlent les controverses autour de la définition juridique de la notion de donnée à caractère personnel sur ce même droit ?

Un premier réflexe a été d'étudier l'hypothèse d'une différence d'approche de nature épistémologique, entre informaticiens et juristes, qui se cristalliserait notamment dans des

10 CJUE 19 octobre 2016 « Patrick Breyer contre République fédérale d'Allemagne » Aff. C-582/14

11 C. Cass. 1^o ch. civ., arrêt n^o 1184 du 3 novembre 2016 « Cabinet Peterson contre Logisneuf »

12 CNIL, Délibération n^o2013-420 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc

différences dans la définition de certains termes, dont celui de « donnée à caractère personnel ». Une telle différence aurait sans doute rappelé certaines conclusions des travaux de Nicolas Dodier sur l'existence de fractures épistémopolitiques composant une arène publique spécifique : la politique de publication de la recherche sur la ciclospirine (Dodier 2014).

Les entretiens réalisés révèlent cependant une absence d'unité complète au sein de la profession juridique d'une part, et au sein de la profession informatique d'autre part. Dès lors, d'autres facteurs d'ordre idéologique doivent être étudiés : quelle place accorder à l'Etat régulateur ? Quel rapport entretient-on à l'ordinateur et à son imaginaire ? A quelle conception de la vie privée adhérons-nous ?

Nous avons donc cherché à élargir notre enquête autour des imaginaires, des représentations qui sous-tendent, ou bien connotent les termes techniques de la protection des données à caractère personnelle.

Cette démarche nécessite alors de solliciter des cadres théoriques inspirés de les approches cognitives des politiques publiques, de la sémiologie et de la théorie de la performativité, que nous allons présenter, qui ne se limitent pas à analyser les discours en circulation dans des arènes publiques, mais puisse également prendre en compte l'ensemble des échanges formels et informels ayant lieu en retrait de l'espace public : réunions, lobbying, lectures personnelles des acteurs ou les échanges interpersonnels privés.

Une approche communicationnelle de l'action et des politiques publiques

Notre cadre théorique s'inspire en partie des approches cognitives et communicationnelles des politiques publiques, en particulier celles de Pierre Müller et de Paul Sabatier. Il s'inspire également des théories de la performativité selon laquelle les textes normatifs ont un caractère performatif (Austin, 1970) : l'énoncé juridique modifie l'ordonnement juridique, donc une structure sociale entraînant souvent des conséquences matérielles. Ces énoncés performatifs, qui ne prennent pas toujours la forme de lois, sont des outils relevant d'une technique de gouvernementalité (Lascoumes, 2004), mobilisés ou non par leur public d'une façon déterminée par les représentations de ce public, en interaction avec la charge sémiotique implicite véhiculée par ces mêmes énoncés.

Pierre Müller a développé la théorie du référentiel global-sectoriel. La notion de référentiel désigne un ensemble structuré de représentations (Muller, 2011). La capacité ou l'incapacité d'un groupe d'acteurs à articuler leur référentiel sectoriel avec le référentiel hégémonique, ou référentiel global, permet de comprendre certaines évolutions de politiques publiques (Müller, 1984).

Paul Sabatier, lui, a développé la théorie de l'*Advocacy Coalition Framework*. Il y définit une politique publique comme un sous-système stable d'acteurs regroupés en coalition se battant pour l'hégémonie au sein de ce sous-système. Ces coalitions se regroupent sur la base d'objectifs politiques (*deep normative core* et *near policy core*) et développent ensemble des propositions concrètes de textes (*secondary aspects*) (Sabatier, 1998). Cette analyse cartographique des controverses permet de mettre en lumière des points de clivage dans des controverses.

Notre analyse s'est fondée des corpus de documents et retranscription d'entretiens

qualitatifs avec des acteurs de l'action publique relative aux données personnelles. Les textes ainsi rassemblés ont été analysés selon la méthode sémiologique défendue par Roland Barthes (Barthes, 2014) comme des discours vecteurs d'un ensemble de représentations implicites, de mythes.

Une différence épistémo-politique entre informaticiens et juristes ?

La littérature académique fait état de divergences entre une approche informatique et une approche juridique des traces (Mascetti *et al.*, 2013). Des entretiens qualitatifs approfondis, semi-directifs, ont donc d'abord été menés avec des informaticiens et des juristes pour leur demander de définir un certain nombre de concepts relatifs à la protection des données amènent à questionner fortement l'hypothèse d'une différence d'approche fondée sur la socialisation professionnelle. Ces personnes ont été choisies de façon aléatoire, et peuvent avoir des niveaux d'expérience et de connaissance différents en matière de protection des données.

Nous trouvons des différences définitionnelles importantes au sein de chaque profession. Par exemple, une donnée personnelle peut être définie comme étant soit une donnée directement identifiante (avec le nom, par exemple) soit une donnée directement ou indirectement identifiante, une donnée étant indirectement identifiante s'il faut la combiner avec d'autres données pour retrouver la personne concernée. Voici par exemple deux extraits d'entretien avec deux informaticiens différents :

Donnée directement identifiante	Donnée directement ou indirectement
Entretien du 6 juin 2016 avec Mathieu S.	identifiante

	Entretien du 30 mai 2016 avec Pierre C.
« J'ai un fichier Excel avec des informations. Si je supprime le nom et le prénom des colonnes et que je suis plus capable de les retrouver, mon fichier il devient anonyme »	« [...] on pourra toujours te dire que tous les mecs qui habitent Marly-le-Roy et qui ont quatorze ans, ils fonctionnent de la même manière. Et qu'ils sont déjà allés sur un site de jeux vidéo, et au final, y en a qu'un seul de gars, qui a quatorze ans, qui est déjà allé sur un site de jeux vidéo [...] »

Nous trouvons pour les deux cas des juristes d'accord avec l'un ou avec l'autre de ces deux informaticiens.

Pour prendre un exemple chez des juristes, nous observons une variation sur le point de savoir si une donnée est personnelle quel que soit la nature de l'information, ou s'il faut que cette information relève de la vie privée de la personne :

Toute information reliée à un individu est personnelle Entretien du 17 octobre 2016 avec Mathilde R.	Seules les informations relevant de la vie privée de la personne sont des données personnelles Entretien du 13 septembre 2016 avec E. Q. ¹³
« [Il] y a des informations qui sont publiques, par exemple moi genre je peux faire une demande de ton état civil. Et si je récupère toutes les informations sur plein de gens ça reste	« Donnée à caractère personnel [...] je dirais que c'est des données qui touchent à la vie privée des individus, donc [...] à leur identité, leur sexe, leur orientation sexuelle, leurs pensées, enfin

13 Cette personne a demandé à ce que seules ses initiales soient citées

<p>un fichier ... ça reste des données personnelles [...]. Et donc c'est des trucs qui sont personnels, qui sont évidemment publics »</p>	<p>leur liberté de pensée, leurs opinions religieuses, politiques, mais éventuellement aussi des données qui touchent des éléments médicaux, donc de santé, et de vie familiale, de mode de vie familial [...] »</p>
---	--

L'inscription des controverses épistémiques dans le cadre politique

Nous développerons donc une seconde piste : l'insertion de la controverse autour de la définition de « données personnelles » dans un contexte de controverses plus larges sur la vie privée informationnelle. Cette hypothèse se trouve corroborée par notre première enquête, qui révèle de fortes différences au sein de chaque perception tant dans les convictions politiques que dans la perception de la relation humain-machine, de la vie privée, ou encore de certaines technologies comme le *Big Data*.

Nous avons alors cherché à reconstruire le contenu devenu souvent implicite de représentations et de choix politiques et philosophiques encodés dans les termes techniques juridiques et informatiques de la protection des données. Les termes juridiques peuvent être trouvés notamment dans la directive 95/46/CE, les termes informatiques dans la norme RFC 6973. Par souci d'espace, nous avons choisi l'évolution du terme juridique pour illustrer notre propos.

Deux périodes ont été étudiées :

- Celle de 1966 à 1981, entre les premiers travaux d'une commission parlementaire

américaine sur les ordinateurs et la vie privée et la signature de la Convention 108 du Conseil de l'Europe ;

- Celle de 2009 à 2016, entre les premières consultations de la Commission européenne et l'adoption du nouveau Règlement général de protection des données.

Cette étude a permis de constituer des corpus d'entretiens qualitatifs d'acteurs, retranscrits, et de divers documents parfois issus d'archives, comme des documents préparatoires, des courriers, des articles de presse, de blog, des ouvrages ou tout autre objet communicationnel produits par ces acteurs dans le cadre des deux processus politiques qui nous ont intéressés. L'analyse de ce corpus montre que la définition textuelle du terme « donnée à caractère personnel » s'est stabilisée autour du milieu des années 1970, pour inclure toute information relative à une personne physique, indépendamment du caractère intime ou non du contenu. Ainsi, la notion de donnée personnelle s'émancipe du cadre de la protection de la sphère privée pour évoluer en un nouveau droit dont le champ d'application matériel s'étend plus largement à l'ensemble des traces des individus :

Le saut d'une notion de donnée personnelle limitée à la vie privée vers une notion élargée à toute information relative à un individu est intervenu entre 1972 et 1973 et n'a pas été remis en cause depuis :

Art. 2 de la proposition de définition par Jean-Paul Costa dans le cadre d'un projet de convention internationale du Conseil de l'Europe (22 novembre 1972) ¹⁴	« Data [...] as relates to the private life of the individuals whom it concerns, and particularly information concerning their race, religion, political opinions, morals, health or past judicial
---	--

14 COSTA, Jean-Paul. « Convention on transnational data banks in the private sector.

	record » ¹⁵
Art. 1 de la proposition de loi n° 33 de 1973 (Suède) (16 février 1973) ¹⁶	« Upplysning som avser enskild person » ¹⁷
Art. 4 sous 1) du Règlement général de protection des données 2016/2679/UE	« toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée «personne concernée»); est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement [...] »

Cette définition stabilisée est susceptible de s'appliquer à l'ensemble des traces numériques telles que les sciences de l'information et de la communication l'ont étudiée et critiquée (Jeanneret, 2010 ; Merzeau, 2013 et Collomb, 2016). Nous verrons qu'elle correspond bien à certain paradigme de la vie privée inspiré du libéralisme utilitaire de John Stuart Mill et d'approches foucaaldiennes (Bennett et Raab, 2003).

Pourtant, entre 1966 – 1981 et 2009 – 2016, les mythes de l'informatique émancipatrice (Turner, 2008) et de l'Internet (Flichy, 2001) se sont progressivement diffusés, tout comme ceux du « big data » et du « Quantified Self » (Lanzing, 2016). Et les évolutions du droit à la protection des données est régulièrement présenté comme étant le fruit de ces

Preliminary draft proposed by Mr. J.P. Costa, French expert », Document EXP/Prot.Priv./EDB (1972) 17 du Conseil de l'Europe

15 Traduction de l'auteur : « Toute donnée relative à la vie privée de l'individu qu'elle concerne, et en particulier toute information concernant leur race, religion, opinions politiques, santé ou casier judiciaire »

16 Texte devenu la Datalag 1973:289 après adoption

17 Traduction de l'auteur : « Toute information sur un individu »

évolutions techniques, le droit étant souvent conçu, pensé, représenté comme étant structurellement en retard sur l'informatique.

Or, si le contexte technique a évolué, l'analyse montre que les points de clivage du débat sont restés étonnamment inchangés, au point que même la notion permettant l'articulation entre le référentiel sectoriel de la coalition favorable à une protection élevée des données personnelles¹⁸ et un référentiel global favorable à l'exploitation massive de ces données est aujourd'hui comme dans les années 70 celle de « confiance ». Le discours sur le *Big Data* pré-existe au terme lui-même. Ceci explique que les grandes lignes du compromis n'aient que peu évolué.

Enfin, nous voyons par contre qu'il existe encore des notions qui sont susceptibles d'évolution. Ainsi, l'article 7 sous f) de la directive 95/46/CE parle d'une notion d'*intérêt légitime* de l'organisme collectant des données, qui peut justifier selon les cas de se passer du consentement des personnes concernées. Comment définir ce qui est légitime ? Selon l'approche communautariste d'Amitai Etzioni (Etzioni 1999), une communauté a ainsi plus facilement un intérêt légitime à connaître des choses sur les individus qui la composent, que selon l'approche libérale-foucauldienne hégémonique au sein de la coalition de cause soutenant un droit encadrant strictement l'utilisation des données personnelles. Or, le texte de l'article 7 sous f) de la directive 95/46/CE peut tout à fait faire l'objet d'une réinterprétation communautariste de la vie privée, au détriment d'une lecture libérale-foucauldienne, ce qui transforme ses effets matériels. Combiner une connaissance des termes se prêtant dans un contexte juridique ou technique à de telles réinterprétations, avec la typologie des approches de la vie privée telle que la méthodologie de Paul Sabatier permet de dégager, est donc

18 Il s'agit du « paradigme de la vie privée » décrit par Colin Bennett et Charles Raab (2003)

nécessaire pour connaître la variété des façons dont ce droit au langage hautement technicisé peut finir, selon les contextes, par s'incarner par la performativité.

Conclusion

En conclusion, une approche strictement juridique comporte un grand nombre d'angles morts. Les approches cognitives et communicationnelles des politiques publiques, que nous empruntons à la science politique, étudient le rôle de la circulation des idées dans la formation des politiques publiques. La combinaison de ces approches avec une analyse sémiologique et généalogique des idées en circulation permet de comprendre le sens implicite des notions inscrites dans le droit et le contexte social de réception de dispositions juridiques conçus comme à la fois des énoncés performatifs et des outils faisant l'objet d'usages dépendant de l'interprétation qui en est faite par les publics visés.

Bibliographie :

- Austin, John Langshaw. 1970. *Quand dire, c'est faire*. Paris, France : Éd. du Seuil
- Barthes, Roland. 2014. *Mythologies*. Paris : Points
- Bennett, Colin J., et Charles D. Raab. 2003. *The Governance of Privacy. Policy Instruments in Global Perspective*. Aldershot : Ashgate
- Collomb, Cléo. 2016. *Un concept technologique de trace numérique*. Thèse soutenue à l'Université de technologie de Compiègne le 8 juillet 2016, sous la direction de François-David Sebbah et de Thomas Berns
- Dodier, Nicolas. 2014. « L'espace public de la recherche médicale. Autour de l'affaire de la ciclosporine ». *Réseaux*, n° 95 (août): 107-54.
- Etzioni, Amitai. 1999. *The Limits of Privacy*. New York: Basic Books.

- Flichy, Patrice. 2001. *L'imaginaire d'Internet*. Paris : Découverte
- Jeanneret, Yves. 2011. « Complexité de la notion de trace ». Dans : Galinon-Méléne B (éd.). *Homme-Trace Perspect. Anthropol. Traces Contemp.* Paris : CNRS-éditions, p. 59-86.
- Klein, Annabelle. 2012. « Facebook, quand tu nous tiens ». Dans : Proulx S, Millette M, Heaton L (éd.). *Médias Sociaux Enjeux Pour Commun.* Québec : Presses de l'université du Québec, p. 106-116.
- Lanzing, Marjolein. 2016. « The transparent self ». *Ethics Inf. Technol.* volume 18 issue 1, p. 9-16.
- Lascoumes, Pierre. 2004. « La Gouvernamentalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir ». *Le Portique* [En ligne]. n°13-14,. Disponible sur : < <https://leportique.revues.org/625> > (Consulté le 28 décembre 2016).
- Mascetti, Sergio, Anna Monreale, Annarita Ricci, et Andrea Gerino. 2013. « Anonymity : A Comparison Between the Legal and Computer Science Perspectives ». Dans : *Eur. Data Prot. Coming Age*. Dordrecht : Springer, p. 85-115.
- Merzeau, Louise. 2013. « L'intelligence des traces ». *Intellectica*. Vol. 1, n°59, p. p.115-135.
- Müller, Pierre. 2011. *Les politiques publiques*. Paris : Presses universitaires de France
- Müller, Pierre. 1984. *Le Technocrate et le Paysan*. Paris : Presses Ouvrières
- Ohm, Paul. 2010. « Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization ». *UCLA Law Rev.* n°57, p. 1701-1777.
- Sabatier, Paul A. 1998. « The Advocacy Coalition Framework: revisions and relevance for Europe ». *Journal of European Public Policy*. n°5:1, p. 98-130.
- Turner, Fred. 2008. *From counterculture to cyberculture: Stewart Brand, the Whole Earth Network, and the rise of digital utopianism*. Chicago, Ill. : University of Chicago Press