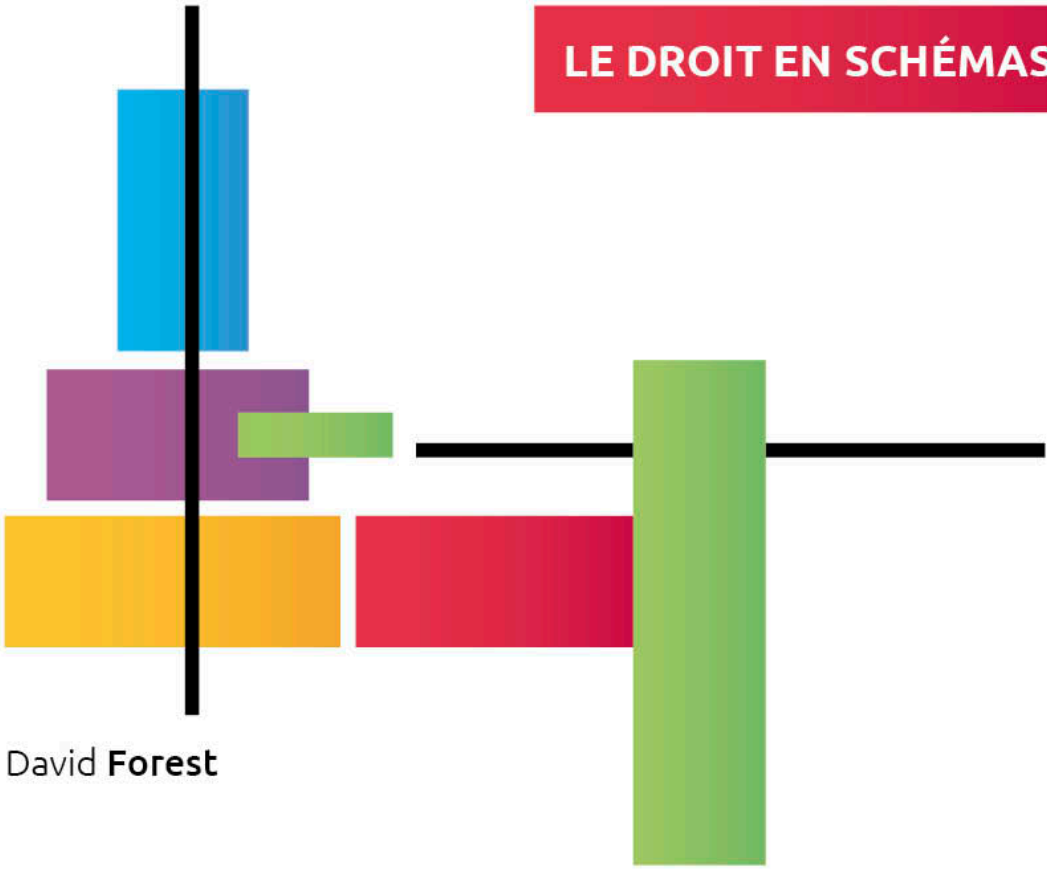


LE DROIT EN SCHÉMAS



David Forest

Le droit des données personnelles en schémas

ellipses

Chapitre 1.

Identité, vie privée et données personnelles

Appréhender la protection des données personnelles suppose de la mettre en perspective aux plans historique, sociologique et économique.

Droit au respect de la vie privée et droit des données personnelles, bien qu'étroitement liés, sont à distinguer. Il en est de même de la *privacy* anglo-saxonne malgré l'influence récente et grandissante du RGPD.

Section 1. Approches de l'identité des personnes

1. Aperçu historique de l'identification des personnes

À l'époque médiévale, une personne est identifiée par son prénom (souvent le nom de baptême du saint correspondant au jour de naissance) précisé parfois par celui du père ou un lieu de résidence. Le nom de famille sous la forme du patronyme se stabilise entre le XI^e et le XIII^e siècle.

L'identité doit être lisible et visible. Il existe ainsi une liaison intime et permanente entre le vêtement et la personne. Le port de la rouelle imposé aux Juifs par le quatrième concile de Latran IV (1215) en est un exemple. Dissimuler son identité implique dès lors de changer de vêtement. Les recensements et enregistrements promus par l'Église et les autorités publiques pour répondre à des fonctions distinctes servent également à des fins d'exclusion et de poursuite (listes d'hérétiques, de proscrits, de condamnés). La marque corporelle, au fer rouge, devient à partir du XIV^e siècle le paradigme de l'identification individuelle en produisant le stigmate judiciaire de l'infamie.

En France, l'autorité religieuse impose les registres paroissiaux après le concile de Trente (1542-1563) qui définit les sept sacrements, dans lesquels sont inscrits baptêmes, mariages et sépultures. Ces registres servent aussi de preuve dans les procès. À partir du XV^e siècle, l'identification écrite s'impose à mesure que l'autorité publique codifie l'identité individuelle.

La systématisation de l'identification répond successivement à la nécessité statistique qui impose une connaissance précise de la population, à celle de mobiliser les soldats et marins ainsi qu'à la naissance de formes d'assistance au sein de l'État. Avec le développement de la police, l'idéal d'un « grand registre » de la population se fait jour. L'usage des sauf-conduits et passeports produit de nouvelles fraudes documentaires. À compter de la création de l'état civil, en 1792, la gestion de l'identité devient une compétence régaliennne.

Une ambition constante a reposé sur la description des caractéristiques physiques de l'individu notamment par la recherche de signes particuliers. L'anthropométrie entreprend la mesure du corps et la physiognomonie prétend que cette mesure peut à la fois caractériser les individus et révéler l'essence de leur identité. L'enjeu du contrôle est de repérer les asociaux identifiés à certains groupes mobiles de la population comme les Tsiganes (« carnet anthropométrique d'interdiction de séjour »).

L'accélération de la mobilité, la sécurisation des espaces, la dématérialisation des échanges dans toutes les sphères de la vie sociale créant une nouvelle forme de valeur (« datafication ») ont transformé l'identification en impératif, et progressivement réduit l'anonymat.

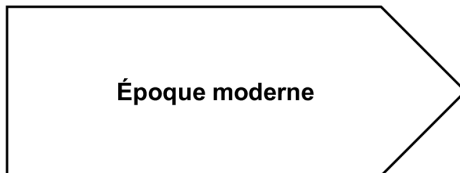
Enfin, depuis le début du XXI^e siècle, les acteurs de l'Internet obéissant au capitalisme des plateformes mettent les États au défi de les réguler.

Section 1. Approches de l'identité des personnes

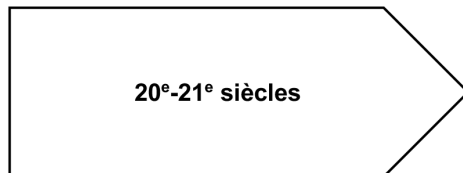
1. Aperçu historique de l'identification des personnes



- Visibilité de l'identité
- Apparition progressive du patronyme
- Recensement par l'Église



- Registres paroissiaux
- Systématisation et codification de l'identification par l'État
- Identité écrite
- État civil



- Identification à des fins de contrôle et surveillance des populations
- Perfectionnement et diversification des méthodes
- Réduction des sphères d'anonymat
- Datafication
- Plateformes et autres acteurs de l'Internet

2. Définition

Du latin *idem* (le même), l'identité présente deux versants : reconnaissance de soi et reconnaissance par les autres. Son contenu n'est pas défini à proprement parler par le droit. Celui de « l'identité numérique » ne l'est pas davantage. Seules le sont les fonctions de l'identité, et ce qui est attendu d'elle.

L'identité numérique est un concept protéiforme, polysémique et fuyant à la croisée :

- de la technique (comment la gérer ?) ;
- de la sociologie (quels usages en découlent ?) et ;
- du droit (quelles normes trouvent à s'appliquer ?).

Elle comprend notamment :

- les données analogiques répliquées dans le monde numérique qui permettent de cartographier des comportements et d'intégrer une personne dans des typologies ou catégories ;
- les données résultant des traces laissées par la navigation (ex. : métadonnées) ;
- l'identité voilée (ex : recours au pseudonyme) ;
- les identités alternatives fictionnelles (ex. : avatars).

Identifier suppose de singulariser ou discriminer au sens littéral, *i.e.* distinguer une personne d'une autre notamment pour lui appliquer un régime particulier.

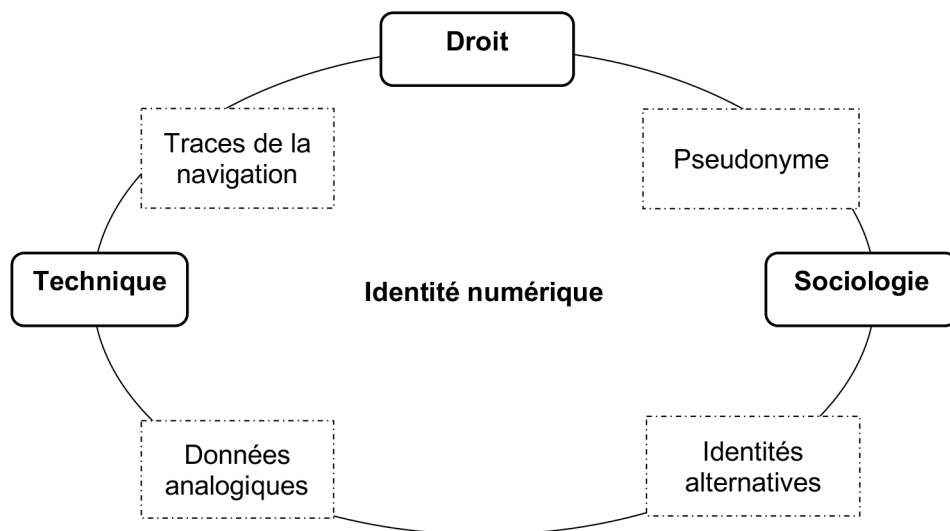
3. Identité numérique d'État

L'identité numérique régaliennne (ex. : état civil) relève du Règlement (UE) 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques (eIDAS) au sein du marché intérieur en cours de révision. Le règlement a pour objet notamment d'harmoniser les moyens d'identification électronique utilisés dans l'UE pour qu'un usager dans un État membre puisse accéder aux services publics d'un autre État membre. Ce texte définit trois niveaux de garantie (« faible », « substantiel » et « élevé ») en fonction du niveau de vérification de l'état civil et du niveau d'authentification mis en œuvre.

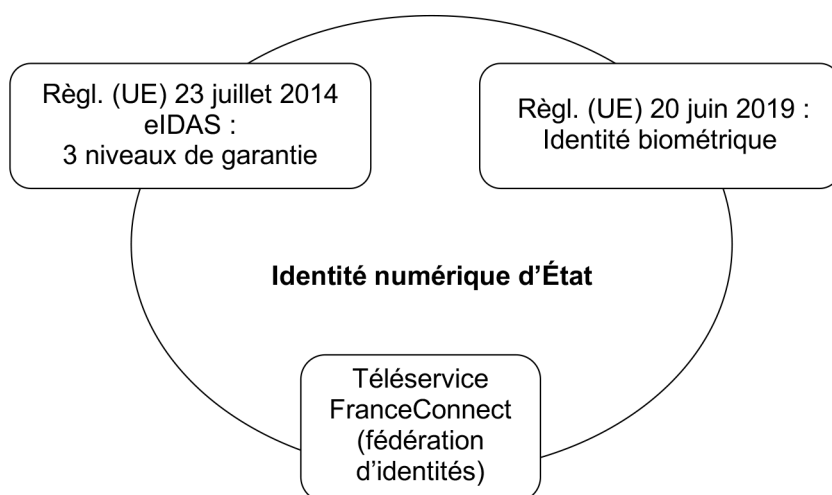
Le Règlement (UE) 2019/1157 du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens rend obligatoire l'insertion d'un composant électronique au sein des cartes d'identité stockant l'image numérisée de la photographie et deux empreintes digitales du détenteur du titre (*i.e.* une identité biométrique).

En France, la gestion de l'identité numérique pour des services publics en ligne repose principalement un téléservice facultatif visant à simplifier la gestion des identités (FranceConnect). Il s'agit d'un mécanisme de fédération d'identités qui permet de centraliser l'accès à tous les services d'administration en ligne ainsi qu'à certains services privés tenus de vérifier des attributs d'identité sur un fondement réglementaire. La carte nationale d'identité électronique (CNle) peut être, ainsi, utilisée pour générer une identité numérique via France identité, fournisseur d'identité au sein de FranceConnect.

2. Définition



3. Identité numérique d'État



Section 2. Analyses socio-économiques

1. L'analyse économique du droit des données personnelles

Courant né à l'université de Chicago au début des années 1960, l'analyse économique du droit (« *Law and Economics* ») cherche à analyser les phénomènes juridiques à l'aide des méthodes et concepts de la science économique. Le droit est ainsi considéré comme un ensemble de règles et de sanctions produisant des conséquences économiques

Deux de ses représentants, le professeur et juge Richard A. Posner et George J. Stigler, ont assimilé la *privacy* (et par extension les informations personnelles) à une dissimulation et une rétention d'information contrariant l'idéal d'un marché transparent et efficient. Le Privacy Act de 1974 serait ainsi facteur d'externalités négatives : asymétrie informationnelle au détriment des entreprises, réduction de la quantité d'informations disponibles sur un marché, hausse des prix et diminution du bien-être collectif.

Posner préconise, en conséquence, l'instauration de droits de propriété aliénables sur certaines informations personnelles dont la dissimulation n'aurait pas d'impact social négatif.

2. L'économie de l'attention

Branche des sciences économiques, l'économie de l'attention étudie le fonctionnement de marchés dans lesquels :

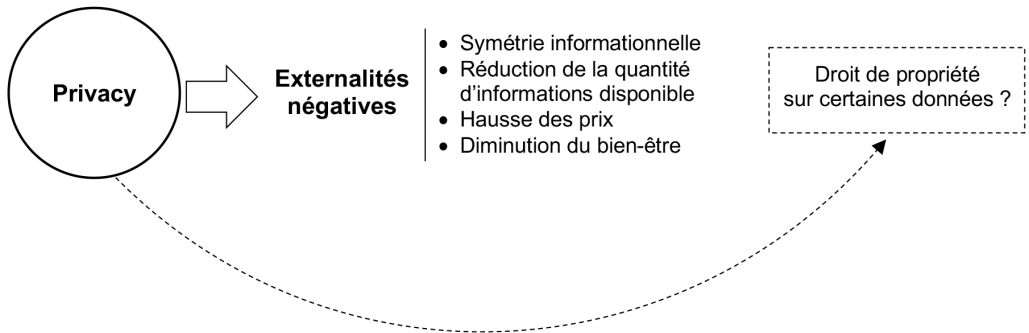
- l'offre de contenus informationnels est abondante (donc économiquement dévalorisée) et ;
- le temps d'attention des consommateurs une ressource rare (donc économiquement valorisée).

Son origine remonte à un article de l'économiste et sociologue Herbert Simon, publié en 1971, qui oppose les sociétés du passé considérées comme « pauvres en informations », aux sociétés actuelles « riches en informations » (« *Designing Organizations for an Information-Rich World* »). La consommation de médias peut être orientée par les objectifs et choix d'un individu ou bien par des *stimuli* (ex. : titres accrocheurs, images, vidéos) qui guident et captent son attention.

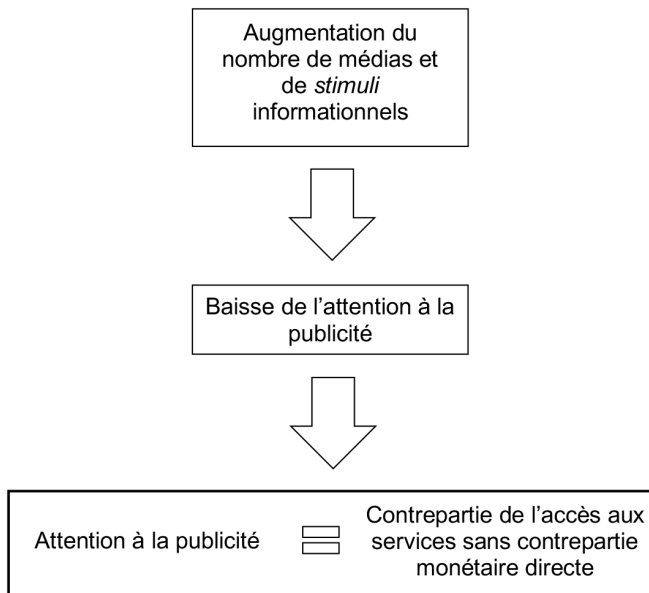
Le modèle économique qui sous-tend l'économie de l'attention est, le plus souvent, lié à la gratuité : l'attention à la publicité est la contrepartie d'un service ou un produit fourni sinon gratuitement, du moins sans contrepartie monétaire directe.

Section 2. Analyses socio-économiques

1. L'analyse économique du droit des données personnelles



2. L'économie de l'attention



Section 3. Données à caractère personnel et droit à la vie privée

1. Le droit à la protection de la vie privée

A. Niveau national

Le droit au respect de la vie privée a été consacré tardivement par la loi du 17 juillet 1970 à l'article 9 alinéa 1^{er} du Code civil (« Chacun a droit au respect de sa vie privée ») sans faire l'objet d'une définition. Sa plasticité lui a permis de s'adapter aux évolutions technologiques notamment au numérique. Il est considéré comme un des « droits de la personnalité », *i.e.* des droits subjectifs et extrapatrimoniaux attachés aux personnes.

Selon la conception française, la vie privée se déploie en sphères concentriques jusqu'au noyau dur de « l'intimité de la vie privée ».

En cas d'atteinte à « l'intimité de la vie privée » qui n'est pas non plus définie, la loi prévoit une protection renforcée (art. 9 al. 2, c. civ.).

Le droit au respect de la vie privée est un droit subjectif que le Conseil constitutionnel a intégré au bloc de constitutionnalité (ensemble de normes juridiques à valeur constitutionnelle auquel se réfère le Conseil pour exercer le contrôle de constitutionnalité) en le rattachant aux droits « imprescriptibles » énumérés à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) du 26 août 1789 (la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression).

B. Niveau supranational

Le droit au respect de la vie privée a été consacré par le droit international comme un des droits fondamentaux de la personne à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 (« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ») adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU (Organisation des Nations unies), puis au niveau européen dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) du 4 novembre 1950.

La Convention dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (art. 8-1, CESDH). Toute ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit est prohibée à moins que cette ingérence :

- soit prévue par la loi ;
- poursuive des intérêts publics importants et légitimes et ;
- soit nécessaire dans une société démocratique.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la présence d'une personne dans un fichier (ex. : CEDH, 18 sept. 2004, n°21010/20 ; CEDH, 18 avr. 2013, n° 19522/09 ; CEDH, 4 déc. 2008, n° 30562/04) est une ingérence dans le respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la convention. Il en est de même de la conservation dans un fichier des données relatives à la vie privée d'une personne y compris si le fichier n'est pas utilisé et la fiche non consultée par des tiers (CEDH, 26 mars 1987, n° 9248/81 ; CEDH, 16 févr. 2000, n° 27798/95).