

Avant-propos

Pierre TABATONI

VIE PRIVÉE : UNE NOTION ET DES PRATIQUES COMPLEXES

Probablement chaque pays a l'équivalent du proverbe français : *charbonnier est maître chez soi*. Depuis Rome, nos pratiques sociales ont progressivement installé le sentiment de vie privée au cœur de nos cultures, mais le parcours n'a pas été linéaire.

Aux sources

Dans *l'Histoire de la vie privée* (Seuil, 1985), Georges Duby et les auteurs du volume couvrant la période de l'Europe féodale à la Renaissance ont illustré la permanence de ce sentiment et les variations des critères, de la langue, des institutions, des modes de vie. Dès l'époque franque existe un domaine privé qui est l'objet d'un droit de possession, marqué de signes distinctifs, de bornes, de perches, de barrières. Les objets qui sont dans l'enclos, dans la cour, ne relèvent pas de la loi mais du maître de la *domus*, du « domestique », de la maison. « Ce fut dans les formes de la vie privée que la féodalisation émietta le pouvoir public »

Plus tard la langue de cour parle de *privé*, de *privance*, de *priveté* pour qualifier les gens du cercle de famille, par rapport aux étrangers : « Estrayns o privats. » La notion de privé s'affirme en contrepoint de la notion de public, *privatim* vs *publice*, disait déjà Cicéron. Au XII^e siècle, le *privatus* correspond à l'idée qu'*existent des actes, des êtres, des objets échappant de droit à l'autorité collective et pour cela établis dans un domaine borné par des limites précises dont la fonction est de faire obstacle à toute tentative d'intrusion (p. 23) ; la res publica est bien distinguée de la res familiaris.*

Mais, rappelle G. Duby, c'est bien la bourgeoisie anglo-saxonne qui, depuis le XIX^e siècle, a organisé, socialement et juridiquement, les défenses de la *privacy*, vue comme un savoir-être et un savoir-vivre.

Définitions et controverses

Dans les débats contemporains, les définitions de la vie privée se réfèrent le plus souvent aux *valeurs de liberté et de dignité des personnes*, dont elle est une expression.

Pour le philosophe Raymond Polin (*Le sens du privé dans l'opposition du privé et du public*), le privé représente une manifestation de la liberté qui est l'essence même de la nature humaine. *Privare* c'est *séparer*. Ainsi, le privé s'oppose non seulement au *public*, mais encore au *non-privé*. En fait, la liberté existentielle est l'*avant-privé* par lequel le privé va exprimer *la personne vécue à tous les niveaux de l'inconscient et du conscient, dans ses structures comme dans son contenu, dans ses formes comme dans ses manières*. Ce domaine du privé *n'est pas intégralement intelligible, intégralement transparent...*, *s'offre ou se refuse, exprime et ne veut pas exprimer, manifeste et dissimule*.

Cette référence à l'univers des *valeurs* où s'exerce notre liberté ne boucle pas la définition, car il *n'y a pas de vérité des valeurs...* *C'est surtout en termes de fins, de normes, en termes de droits...* qu'elles vont être réfléchies, mises en pratique par des actions, dans des conduites individuelles ou collectives. Elles donnent lieu aussi à des *opinions*, qui sont des mondes *d'apparence et non de vérité*, fluctuantes, relevant de réactions collectives et des manipulations qui les accompagnent (R. Polin, *Vérités et liberté*).

L'effort de définition a été aussi très poussé par les juristes, qui ont créé la catégorie de *droits de la personnalité*, ou *droits subjectifs*, dont fait partie le droit à la vie privée. Aux États-Unis, dès 1890, deux fameux juristes avaient défini la *privacy* comme le *droit d'être laissé tranquille (the right to be left alone)*. Ce droit a été précisé en 1965 par la Cour suprême des États-Unis comme *celui de toute personne de prendre seule les décisions dans la sphère de sa vie privée*. Ce n'est pas une propriété mais une *souveraineté*, par rapport à d'autres personnes et par rapport aux autorités publiques ; nous avons affaire à un *right of privacy* plus ancien que le *Bill of Rights*.

En France, depuis 1970, notre Code civil dans son article 9-2 stipule que *le juge peut... prescrire toute mesures... propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée*.

En Allemagne, la Loi fondamentale fédérale reconnaît un *droit de l'homme à l'épanouissement de sa personnalité*, et donc un droit à la vie privée. On trouve la même reconnaissance constitutionnelle dans d'autres pays européens (Suisse, France, Belgique). De manière surprenante, à première vue, les Anglais n'ont pas introduit le concept de *privacy* dans leur droit positif, préférant parler d'intérêts privés.

François Rigaux (*La protection de la vie privée* et des autres biens de la personnalité) a analysé de façon approfondie les approches juridiques dans différents pays. Le droit, écrit-il, a occupé le terrain délaissé par la morale, sans pouvoir lever toutes les ambiguïtés et imprécisions de ses concepts. *Il est impossible, et au surplus inutile, de définir la vie privée, et le mur (de la vie privée) n'est qu'une limite stratégique qui se déplace au gré des circonstances. Ces droits liés à la singularité des sujets, sont des libertés. Pour lui, en définitive, le concept de vie privée est l'émanation du rapport que la culture d'une société détermine, institue entre la zone d'intimité, méritant protection, et la nature des relations sociales, publiques et privées. La nature du droit à la vie privée le rapproche des droits économiques et sociaux.*

Nous devons laisser aux juristes le soin de régler ce débat complexe, au sein de leur discipline. Disons simplement que, dans le cadre de ces *Cahiers*, nous retenons la distinction faite par mon ancien maître de droit civil à Aix-en-Provence, Pierre Kayser, entre *protection du secret* et *protection des libertés de la vie privée*. Nous traitons, ici, essentiellement du secret de la vie privée.

Société d'information et ses défis

L'expression, si courante aujourd'hui, de *société d'information*, se réfère d'abord aux effets des innovations dans les techniques informatiques et de télécommunications, sous ses formes numérisées, interactives, très rapides, et d'accès banalisé. Elles ouvrent considérablement l'accès à l'information, à coût très faible, pour tous ceux qui en saisissent l'usage. C'est donc tout le domaine de l'expression et de la communication qui est transformé ; il est au cœur de la vie privée, et de l'exercice des libertés.

Outre la dimension technique, la compréhension et la définition de la société d'information exige de prendre en compte les institutions juridiques qui encadrent l'exercice du droit au secret, et les méthodes de management économique de l'information dans l'entreprise et sur les marchés d'information. Ces facteurs techniques, juridiques et économiques opèrent dans un *cadre culturel*, avec ses valeurs, ses normes, ses modèles de conduite des personnes, ses langages, ses opinions.

Le sociologue français Dominique Wolton (*Internet et après ?*), qui s'intéresse aux normes de la société de masse, et spécialement à la dynamique culturelle de la réception des messages par ses destinataires, dénonce les *discours bruyants*, la *fascination* provoquée par Internet, les *solitudes interactives* et le *silence théorique*. La portée de la révolution technique d'Internet ne peut être comprise sans référence aux évolutions culturelles, et à leurs interactions mutuelles. L'homme d'affaires Pierre Bonelli, président du second grand groupe européen de services d'information, SEMA-GROUP, insiste aussi sur le fait que les nouvelles techniques d'information ne peuvent avoir leur plein effet révolutionnaire dans la société que

parce qu'elles répondent à des *besoins latents* de liberté d'expression et de communication, et à une évolution sociale qui renforce à la fois l'individualisme et les sentiments communautaires.

Ces innovations dans la société comportent d'immenses avantages et des effets pervers. Ainsi, D. Wolton dénonce le risque de fractionnement social qui résulterait d'un excès de communications ciblées sur Internet. Par rapport à notre sujet, le risque de dégradation des moyens de protéger le secret de la vie privée apparaît aujourd'hui considérable, permettant toutes les indiscretions à l'égard des messages émis et reçus. Nos systèmes modernes de communication, qui ne cessent de progresser sur le plan technique et économique, incitent à les repérer, classer, traiter et négocier sur des marchés d'information, afin de dégager les *profils* des internautes, et de les exploiter.

Sous l'effet de ces innovations, nos normes de société pourront-elles préserver ce souci de confidentialité, qui est actuellement profondément ancré dans nos cultures ? Si oui, par quels systèmes de protection ? Ces systèmes sont-ils aisément accessibles à tous, dans les mêmes conditions culturelles et financières ? Comment apprécier l'efficacité de la protection qu'ils offrent ? Les principes de confidentialité bien établis dans nos sociétés et les possibilités de la protéger sont-ils en déshérence, et faut-il renouveler nos dispositifs, ou simplement appliquer ceux dont nous disposons avec plus de vigueur ? Quels sont les effets des exigences économiques ? Nous pensons à l'arrivée du commerce électronique et de l'accès banalisé à Internet. Notre groupe s'est posé ces questions ; elles méritent des débats plus approfondis.

Complexité des systèmes de vie privée

Nos différents rapports ont relevé la complexité du problème : définitions controversées, modes de protection juridiques et techniques insuffisamment évalués, insuffisante compréhension, par les individus, des risques de confidentialité qu'ils courent, et de l'efficacité des méthodes de protection ; variété des critères d'efficacité. L'appréciation des interactions entre l'évolution accélérée et globalisée des systèmes d'information, et celle des comportements individuels et normes de société, à l'égard de la confidentialité de la vie privée, est encore bien mal étayée, sur le plan scientifique.

Il faut aussi noter les contradictions et les insuffisances des méthodes de régulation, les limitations de la régulation internationale, alors que le phénomène affecte globalement les activités d'information. En outre, la conjugaison permanente de la *raison* et du *sentiment*, dans la manifestation du phénomène, comme dans son interprétation, n'éclaire guère des analyses objectives ; mais le privé est, de manière indélébile, inscrit dans l'affectif

Présentation des Cahiers

L'objet principal des travaux porte sur les défis apportés par la société d'information au secret de la vie privée, considéré comme une liberté, de proposer des synthèses sur des problèmes importants, leurs solutions actuelles, les perspectives, et, dans la mesure du possible, de relever des points de vue nouveaux par rapport aux « idées reçues ».

Serait-il utile de réfléchir sur l'opportunité de créer un, ou des *Observatoires de la vie privée* ?

Le *Cahier I* présente une vue d'ensemble : développement institutionnel, système juridique, organisation économique (marchés d'information et intermédiation), modes techniques de protection.

Les deux contributions juridiques des professeurs Jean-Claude Soyer et François Rigaux (chap. 1 et 3) s'interrogent sur la nature du droit à la vie privée et la portée des mesures de protection, dans l'environnement culturel, technique, économique, moderne. Reprenant certaines conclusions de son *Traité sur la vie privée*, F. Rigaux estime que « l'affirmation selon laquelle les droits de la personnalité sont inaliénables et incessibles est purement idéologique ».

Le chapitre 2 (L. Cadoux, P. Tabatoni) se présente comme une synthèse introductive, et porte plus spécialement sur les relations entre consommateurs et entreprises, dans un environnement Internet. Il s'agit en réalité d'illustrer la problématique générale du droit au secret des « données personnelles » à partir des dispositifs en Europe et aux États-Unis. Le chapitre présente les méthodes légales et contractuelles, et les méthodes si diverses *d'autorégulation*, développées surtout dans le cadre de l'économie de marché. Il introduit la notion de *système de protection*, et de l'évaluation de son efficacité. Il introduit les composantes économiques et techniques (logiciels) dans les processus de protection.

Les chapitres 4 (P. Tabatoni) et 5 (V. Berquier-Ghérold) développent précisément ces composantes économiques, en exposant le rôle des *marchés d'information*, des *stratégies d'information* et commerciales des firmes, et l'apparition de nouveaux intermédiaires qui contribuent à restructurer les offres et demandes de produits, services et données, qui pourraient conduire à de nouvelles pratiques de régulation.

Le *Cahier II* approfondit l'analyse culturelle, juridique, économique et celle des systèmes techniques.

À la demande du Groupe, Raymond Polin, dans le chapitre 6, a intégré le droit à la protection de la vie privée dans les libertés des personnes qui constituent les

bases de la tradition humaniste en Occident. Il souligne que la manière dont ces libertés sont intégrées dans la culture, et notamment ses institutions morales et juridiques, est propre à chaque société et qu'il est difficile de parler de valeurs et de droits de portée universelle. L'Europe a une tradition de protection par la loi, nourrie par sa culture œcuménique, alors que l'évolution historique en Amérique privilégie le contrat, car elle n'a d'autre passé que les religions protestantes apportées par les émigrants anglo-saxons... inscrit dans la Déclaration d'indépendance de 1776, la Constitution de 1788, le *Bill of Rights* de 1791.

Philippe Lemoine (chap. 7) précise l'évolution des méthodes commerciales sous l'effet de la mondialisation et de l'avènement du commerce électronique, qui dramatisent l'expérience de la protection de la vie privée. Son observation centrale est que les enjeux soulevés par le commerce électronique ne se limitent pas à des questions de vie privée, mais sont bien des enjeux de libertés publiques et privées. La technique a renouvelé les méthodes de mercatique qui ont retrouvé l'homme derrière les artefacts. Il n'exclut pas cependant que le *Big Brother* ne s'impose comme horizon indépassable de la société d'information. Il appartient à l'Europe, s'appuyant sur le droit et la philosophie, de jouer son rôle en séparant individualisation et personnalisation.

Dans le chapitre 8, à nouveau François Rigaux revient, de manière plus approfondie, sur les textes qui organisent la protection légale de la vie privée, et plus spécialement ceux qui concernent la libre circulation des données dans l'espace européen. Dans une analyse très fine des textes, et notamment de la Directive européenne de 1995 sur la protection juridique, il en montre les difficultés de conception et de rédaction: discordance sur les objectifs; ambiguïtés parfois, des définitions; concepts indéterminés et excédent de règles conditionnelles; insertion des principes du droit communautaire dans les systèmes conceptuels de droit interne ; conflits de normes.

Enfin, dans les chapitres 9 et 10, consacrés à l'analyse technique, Louise Cadoux et Mireille Campana nous présentent à la fois un tableau général des logiciels, selon les besoins, et les systèmes de la cryptographie, ainsi que les limites de leur application.

Il n'a pas été possible à ce stade de présenter des conclusions générales du Groupe, mais le coordinateur, à partir des discussions et textes, a mentionné quelques remarques finales sur l'évolution possible des travaux en cours.

CHAPITRE 1

L'avenir de la vie privée face aux effets pervers du progrès et de la vertu¹

Jean-Claude SOYER

1 / Parmi les droits de l'homme, figure le droit au respect de la vie privée. La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) le proclamait, et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques (1966) vint donner à ce droit force positive.

Entre-temps, le principe avait été retranscrit par la Convention européenne des droits de l'homme (1950), dont l'article 8 stipule : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

Or, la Convention européenne des droits de l'homme assure aux droits qu'elle consacre une sauvegarde énergique, affinée : le célèbre « recours individuel supranational ». Il déclenche un contrôle juridictionnel opéré par les organes, internationaux de la Convention. On sait qu'au fil des décennies ce contrôle plia les droits nationaux au respect — même préventif — des principes et solutions dégagés à Strasbourg. Les droits garantis en furent d'autant renforcés.

2 / C'est ainsi que, s'agissant du droit au respect de la vie privée, la Commission et la Cour lui donnèrent une portée large et qui prenne en compte les immenses mutations de la société contemporaine.

3 / De telles solutions aiguillonnent le droit national. Mais celui-ci, pour ce qui concerne la France, avait déjà pris des dispositions nombreuses, tendant à renforcer la protection de la vie privée.

Dans cet arsenal juridique, on trouve d'abord les dispositions, parfois fort anciennes, qui protègent certains compartiments de la vie privée, vue sous l'angle territorial (domicile) ou relationnel (correspondance).

¹ Ce texte, inclus dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, est presque intégralement reproduit ici, avec l'autorisation de l'auteur.

On trouve aussi les textes ou jurisprudences visant des types particuliers d'atteintes à la vie privée : ainsi, la loi sur la presse et ses limitations (1881), les lois (1978) qui concernent l'informatique et les fichiers, l'accès aux documents administratifs qui contiennent des informations nominatives.

On trouve enfin la loi qui donne la protection générale à la vie privée (1970), par une affirmation de principe : « Chacun a droit au respect de sa vie privée » (art. 9 du Code civil, premier alinéa). Protection prolongée par des mesures procédurales : « Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée » (art. 9 du Code civil, second alinéa).

4 / Mais alors il faut souligner que la notion de vie privée, relevant d'une telle protection juridique, est une notion à géométrie des plus variables. Elle est tout autant relative qu'évolutive.

Relative, notamment par la personne dont il s'agit, comme le montre un exemple à tous égards brûlant. Menées entre adultes consentants, les activités érotiques d'un citoyen lambda relèvent de la vie privée, tandis que celles d'une personnalité peuvent appartenir au débat le plus largement public.

Évolutive, par l'époque considérée. Les menaces qui pèsent sur la vie privée sont profondément renouvelées par les technologies modernes, par le progrès... En outre, le contenu de la vie privée, la perception de ce qu'elle couvre ou non fluctuent selon les convenances en cours, la perception commune de ce que le citoyen croit juste et bon, suivant donc l'ordre public, les bonnes mœurs. L'ordre public, les bonnes mœurs : cela s'appelle aussi vertu.

Progrès, vertu sont des notions radieuses. Elles dessinent le bonheur matériel et l'harmonie sociale de l'humanité. Mais progrès, vertu, comme beaucoup de réalités humaines, ne sont pas exempts d'effets pervers. Voyons-y de plus près.

Les effets pervers du progrès

5 / Dans notre corbeille de Noël 2000, le progrès aura déversé d'immenses cadeaux: l'Internet, le téléphone portable, les caméras numériques, entre bien d'autres inventions magiques. Mais — *timeo Danaos* — voici, de ces merveilles, l'effet pervers. Elles mettent en place une surveillance implacable autant qu'insidieuse, une attention scrutatrice et détentrice de tous les détails permettant de reconstituer, dans ses moindres détails, la parcelle de vie privée mise sous observation.

Comment cela ? Parce que l'informatique aux fabuleux bienfaits comporte, en revers, une aptitude effrayante : la mémoire totale, instantanée. À la fois par la minutie, l'immensité, la fréquence des informations recensées sur la vie quotidienne, donc largement privée ; par une capacité sans limites de conservation de ces données, cela sous un volume de plus en plus restreint, qui permet le transfert instantané de telles informations ; par une aptitude de tri à la vitesse de la lumière, d'où s'ensuit la facilité des rapprochements et recoupements les plus inattendus, mais d'autant plus révélateurs.

6 / Comme l'ombre du grand frère, insidieusement, s'est allongée! Elle couvre toutes les communications, et leurs conversations : heures d'appel, numéros de l'appelant et de l'appelé... Le grand frère surveille aussi les déplacements des individus : quiconque paie par badge, carte de crédit, chèque (et comment ne jamais le faire en pratique ?) laisse une trace indélébile.

Le grand frère contrôle dès lors l'immensité des achats quotidiens, leur type, leur nombre, leur fréquence. L'e-mail n'a pas de secret pour lui, c'est le cas de le dire. Et qui navigue sur Internet s'expose à ce que subrepticement, par simple *cookie*, un espion se niche dans l'ordinateur personnel.

Puis, les téléobjectifs, les télécapturs de sons peuvent épier, de très loin, les conversations, les comportements intimes. Même une caméra aux rayons infrarouges offre une particularité surprenante. La personne filmée dans un lieu public, et fort décentement vêtue, le paraîtra beaucoup moins sur l'image projetée... La technologie, dans son galop, dépasse la fiction.

7 / On dira qu'il s'agit là de dangers effroyables, mais qui ne concernent pas l'inoffensif M. Tout-le-Monde. Certes, à moins qu'un jour il veuille se regimber contre tel important fournisseur, qu'il se plaigne d'une livraison non conforme, qu'il menace de saisir un organisme de défense de consommateurs, de faire un procès... Il se peut bien qu'alors, M. Tout-le-Monde reçoive un appel anonyme qui lui montrera que rien de sa vie n'est ignoré, que son dossier médical porte la trace d'une maladie fâcheuse, que sa femme serait surprise par ses appels à telle tierce personne...

Chantage, bien sûr, et chantage qui pourrait coûter cher à son auteur. Mais M. Tout-le-Monde se sent épié, suivi, dominé... Il comprend que l'ennemi, d'ailleurs invisible, insaisissable, est plus puissant. M. Tout-le-Monde cède et se tait.

8 / Ce scénario n'a rien de virtuel, ni même d'alarmiste, comme l'a démontré l'un des spécialistes de ces questions, Daniel Greenberg (*International Herald Tribune*, 5 novembre 1996). Sa démonstration peut être résumée comme suit.

« L'ordinateur a l'œil sur vous... De toutes les prévisions faites à l'orée du nouveau siècle, l'une des plus sûres est que la vie privée sera peau de chagrin... et

cela par un processus invisible... La police a toujours été curieuse, et nombre de services publics sont enclins à l'espionnage. Mais leurs enquêtes sont entravées par des contraintes juridiques et de minces budgets. Désormais, la menace vient de firmes commerciales, disposant de moyens financiers et techniques énormes, qui veulent tout savoir de votre vie privée.

« Pourquoi ? Parce que ce qu'on saura de vous intéressera par exemple une firme de marketing, un assureur, aussi des concurrents commerciaux... Dans le même temps, il existe d'innombrables fichiers informatiques, dans les entreprises, dans les administrations. Et ces fichiers-là disent à peu près tout ce qu'un curieux veut savoir, dès lors qu'on les rapproche, et c'est si facile... Facile à tous ceux qui disposent de techniciens spécialistes et de connivences indiscretes... La technologie permet des intrusions de plus en plus faciles, et de plus en plus rémunératrices. N'allons surtout pas croire qu'il sera facile d'enrayer les tentations. »

9 / Voici bien la pente que dévale le monde moderne: connaître la vie privée de beaucoup de gens, c'est un peu comme jouer en connaissant les cartes adverses. Cette tricherie rapporte trop pour qu'un monde obsédé par le profit n'exploite pas ce que le progrès offre ici, par un jeu pervers de ses effets.

Le profit, religion du temps ! Lorsque l'on entend dire, aujourd'hui: « Nos actions nous suivent », il s'agit plus vraisemblablement de Bourse que de morale.

Cela conduit à parler de la vertu.

Les effets pervers de la vertu

10 /Quelle vertu? Il en est de tant de sortes, et de contrefaçons aussi, qu'il faut bien définir celle dont on parle. On vise ici la vertu civique, telle que les mœurs en définissent le conformisme, et telle qu'un État en fixe les contours, à un moment donné de son histoire, par l'ensemble de ses institutions, de ses lois, considérées dans leur application concrète.

Pour une démocratie contemporaine et soumise à la prééminence du droit, la vertu civique se mesurera donc par le respect effectif, au quotidien, des droits de l'homme dont les individus peuvent se réclamer.

Qu'en est-il donc du droit de chacun au respect de sa vie privée ? Flaubert, dans son *Dictionnaire des idées reçues*, disait du domicile, chef-lieu de la vie privée: « Domicile, absolument inviolable. Cependant la justice et la police y rentrent quand elles le veulent. »

11 / L'observation, en ce qu'elle vise la justice et la police, a perdu de sa pertinence. La minutie des lois protectrices, la multiplicité des recours offerts au

citoyen (dont, notamment, le recours individuel supranational), leur accès largement ouvert constituent de sérieuses garanties contre les abus que la loi proscriit.

Mais cette indéniable avancée, comme on dit à présent, se trouve affaiblie par l'apparition d'un pouvoir nouveau, dont la force ne cesse de grandir: le pouvoir médiatique. Or, dans la réalité quotidienne, l'exercice de ce pouvoir s'affranchit largement des règles légales. Et la protection de la vie privée — dans sa dimension effective et concrète — en sort parfois très affaiblie.

Par exemple, la loi prohibe les révélations de presse concernant les constitutions « motrices » de partie civile, ainsi que la publication de tous actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils n'aient été lus en audience publique... Les infractions peuvent être punies d'amende lourde. Lecteur, pourquoi ris-tu... ?

On notera pourtant que la presse, d'elle-même, respecte l'interdiction de fournir des précisions nominatives sur des mineurs délinquants. L'autolimitation n'est donc pas inconcevable, serait-ce devant des affaires « sensibles ». Mais le pouvoir médiatique, en France, entend rester le seul... juge de ce qu'il peut publier. N'a-t-il pas pour haute mission d' « informer » ?

12 / Il est fort vrai que la presse, suivant la formule célèbre de la Cour européenne des droits de l'homme, est le chien de garde de la démocratie. Qu'en conséquence il faut lui concéder une vaste liberté, indispensable à contenir, notamment, le risque d'arbitraire des pouvoirs traditionnels; à maintenir aussi la transparence de la vie politique : bref la vertu démocratique.

Sans aucun doute, mais gare aux effets pervers ! La liberté de l'information ne doit-elle pas, elle aussi, se concilier avec d'autres valeurs, d'autres impératifs non moins essentiels à la prééminence du droit ? Par exemple, la présomption d'innocence et le respect au droit de sa vie privée, qui sont tout autant des droits de l'homme.

13 / Il faut donc assurer, dans les faits, la conciliation de ces intérêts antagonistes. La justice anglo-saxonne, face à des médias surpuissants, y parvient. Sa carrure le lui permet.

En France, la situation n'est pas la même. S'améliorera-t-elle si la justice, de simple « autorité » qu'elle fut dans notre histoire, devenait pouvoir reconnu comme tel, donc jouant à force égale avec l'exécutif ?

Une réforme allant en ce sens est annoncée. Elle constituerait, entend-on dire, une sorte de révolution. Il faut alors se rappeler le propos d'Edgar Faure : « Les révolutions n'ont souvent lieu que lorsqu'elles sont devenues inutiles. »

N'est-ce pas ici le cas ? Dès à présent, les juges se sont affranchis d'un exécutif qu'ils ne redoutent plus guère. C'est donc face aux médias, bien arqués sur tout leur terrain conquis, que devra s'imposer le nouveau pouvoir judiciaire.

L'on voit alors que l'avenir de la vie privée — devant les effets pervers du progrès et de la vertu — requerra beaucoup plus de clairvoyance et de courage.

C'est une conclusion dont la platitude ne tempère pas l'inquiétude.

CHAPITRE 2

Les défis d'Internet à la protection de la vie privée institutions, marchés et techniques en Europe et aux États-Unis

Louise CADOUX et Pierre TABATONI

Le traitement rapide des données par les procédés électroniques entraîne des risques pour la protection de la vie privée des individus, notamment les échanges « en ligne » sur Internet, où circulent des *données personnelles*, c'est-à-dire celles qui peuvent servir à identifier des personnes, et leurs activités^{1,2}

Pour illustrer l'interdépendance entre les facteurs culturels, techniques, juridiques et économiques, ce chapitre s'applique aux relations entre le consommateur et l'entreprise. Il existe bien sûr d'autres champs d'application de la confidentialité des données, même dans l'entreprise : par exemple les relations entre la firme et son personnel. Les règles et pratiques de l'administration publique concernent l'usage des données personnelles ; c'est même l'origine de la réglementation publique, et les problèmes de croisement des fichiers (fichier de Sécurité sociale, fichiers fiscaux, etc.) sont partout dans l'actualité. Dans certains pays, comme aux États-Unis, la protection des données relatives à la santé n'est pas aussi étendue qu'ailleurs. On pense aussi naturellement aux relations entre les médias et les données personnelles.

¹ Ouvrages : 1 / Pierre Kayser, *La protection de la vie privée, protection du secret de la vie privée*, préface d'Henri Mazeaud, Economica, 1984 ; 2 / François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1990 ; 3 / Guy Braibant, *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier ministre (Documentation française, 1998) ; 4 / Philippe E. Agre et Marc Rotenberg, *Technology and privacy, the new landscape*, MIT Press, 1999 ; 5 / Ferdinand D. Schoeman, *Philosophical dimensions of privacy*, Cambridge Univ. Press, 1984 ; 6 / Diffie Whifield, Susan Landau, *Privacy on the line, the politics of wiretaping and encryption*, MIT Press, 1998, chap. 3, 5, 6, 9, 10 ; 7 / Simson Garfinkel, *Database Nation : the death of privacy in the 21st century*, Camazon, 2000).

² Articles: 1 / Louise Cadoux et Pierre Tabatoni, « Internet et protection de la vie privée », *Commentaire*, n°89, mars 2000 ; 2 / Louise Cadoux : « Informatique et libertés en 1997, Vers où allons-nous ? Éléments de prospective », *Gazette du Palais*, 16, 17 avril 1997, n°106-107 ; et « Internet et la protection des droits et des libertés des personnes physiques », note *Informatique et libertés*, 9 février 1998 ; 3 / Pierre Tabatoni, « Le respect de la vie privée : contraintes et opportunités stratégiques sur les marchés », *Revue française de gestion*, juin 2000.

Bien que centré sur la vie commerciale, ce chapitre permet de présenter une analyse générale des problèmes de la confidentialité des données, et de comparer différentes méthodes. Il souligne aussi que l'interdépendance entre facteurs culturels, techniques, économiques et managériaux détermine la conception et le fonctionnement des procédures de *protection*. Nous parlerons de *systèmes de protection*, pour mettre en évidence le fait que plusieurs moyens de protection peuvent être utilisés par les consommateurs et les entreprises à un moment donné, comme les règles publiques, des politiques privées, des interventions d'organismes privés de surveillance de la vie privée, des procédés techniques (logiciels de protection), et bien sûr l'opinion publique dans les systèmes de communication. Tous ces moyens particuliers, par leurs interactions, déterminent l'efficacité des *systèmes de protection*.

Dans tous les cas, ils sont mis en œuvre dans le cadre d'économies de marchés, dont il faut bien comprendre la dynamique et les stratégies des acteurs. Internet y tient une place privilégiée. Vers 2005, on prévoit 350 millions d'abonnés à Internet, et environ 100 millions de domiciles ayant accès à des services digitaux d'émission de télévision, dont près de 40 % aux États-Unis, et 32 % en Europe. En Europe aujourd'hui, les pays scandinaves sont actuellement largement en tête des utilisateurs du Web, avec 30 à 40 % de leur population « branchée », alors qu'en Grande-Bretagne on en recense près du quart, en Allemagne près du cinquième, en France aux alentours de 10 %. Ces chiffres évoluent très vite.

L'expansion très rapide du *commerce électronique*, non seulement entre firmes mais aussi entre individus et firmes, n'est plus contestable^{3,4}.

Les techniques de *numérisation* qui permettent de traduire et transmettre tous les signaux sous forme numérique ont accru considérablement le potentiel des services Internet qui sont la source de la « nouvelle économie ». Elles conquièrent rapidement notre vie quotidienne.

Pierre Béllanger⁵ nous dit que « le prix de l'intelligence informatique et celui du débit des informations (la bande passante) tendent vers zéro... la valeur ajoutée se déplace de la bande passante qui devient un produit générique, aux services qui l'accompagnent... dans l'univers du logiciel..., et qui sont un

³ Ministère de l'Économie et des Finances. Mission Commerce électronique, rapport Francis Lorentz, *La nouvelle donne du commerce électronique* (Éditions de Bercy, 1999) ; en particulier Jacques Stern, *Sécurité et confidentialité des échanges* ; Charlotte-Marie Pitrat et Laurent Le Veneur, *Protection des consommateurs et des données personnelles*; Anne de La Presle, *Signature électronique*. Voir aussi *Rapport du Conseil d'État: Internet et les réseaux numériques*, 1998.

⁴ OECD, *Information technology outlook, 2000* ; Paribas, « Internet, quelles stratégies pour les principaux acteurs ? », *Conjoncture*, septembre 1999 ; v. aussi divers articles dans *Hua Internet surveys*, <http://www.hua.ie>; numéro spécial de la revue *Recherche, Internet*, février 2000, et de *L'Expansion: Commerce électronique; la révolution à laquelle vous n'échapperez pas*, avril-mai 1999.

⁵ Pierre Bellanger, « L'horizon numérique, l'audiovisuel », *Communication et société*, septembre 1999.

traitement de l'information ("prioritisation", cryptage, "sécurisation", traduction, mise à jour, validation, certification, adressage, personnalisation, méta-information sur l'information », etc.). Les installations et équipements permettant ce mode de communication interactive sont communs à tous les opérateurs de même niveau d'efficacité, et ce sont les services offerts aux usagers pour en exploiter plus efficacement le potentiel qui différencient les firmes.

Ces innovations devraient fortement accélérer l'apprentissage massif des usages d'Internet dans la population, si l'éducation et la culture, le commerce de masse, et l'administration publique sont capables de les mettre rapidement en œuvre. Elles reposent sur la capacité à inventer toujours plus de services à valeur ajoutée sur Internet, et à les y commercialiser rapidement. Les petites et moyennes entreprises se lancent activement dans l'aventure. Déjà 100 000 firmes, environ, utilisent le Net pour vendre, acheter, réduire les coûts, livrer les achats. Le rapport de la firme de recherche *Analysis* estime qu'en 2005 les PME pourraient assurer 70 % du marché des services Internet (*Financial Times*, 13 mars 2000).

Le capital risque, les crédits d' « incubation » (crédits de soutien au lancement d'innovations et à leur diffusion), si rares encore il y a cinq ans en Europe, sont largement accessibles aujourd'hui aux entrepreneurs. Ce qui leur permet toutes les audaces, notamment de s'introduire en bourse, même si la certitude d'un marché pour leurs services n'est pas encore affirmée. D'où la forte fluctuation des cours des actions sur les bourses comme le *Nasdaq* et les nouveaux marchés européens. Le leadership américain est toujours pressant, du fait de sa supériorité maintenue en recherche-développement privé et de la rigoureuse compétition scientifique qui attire les esprits les plus créatifs du monde entier. L'environnement est fortement concurrentiel, concentré et globalisé, et l'organisation sociale, fiscale et éducative, est conçue pour récompenser la prise de risque et l'innovation. Les Européens se précipitent en ce moment sur le modèle économique et managérial américain, s'efforçant d'acquiescer, « à tout prix », de nouvelles petites firmes innovatrices, qui apportent des services nouveaux et des réseaux.

I/ LE DROIT À LA VIE PRIVÉE

La notion de protection des « données à caractère personnel » (*personal data*) est liée à celle de données concernant la vie privée. Pour les juristes, le texte fondateur de la vie privée (*privacy*), qui a directement orienté l'exercice de ces droits, est, de l'avis unanime des commentateurs, un article paru dans la revue de droit de Harvard en 1890 et que l'on doit à l'encre mêlée d'un juriste de Boston et d'un homme d'affaires de New York. Sous le titre « Le droit à la vie privée », les deux auteurs y réclamaient le droit pour les personnages publics d' « être laissés seuls » (*the right to be left alone*), c'est-à-dire de ne pas être importunés dans leur

intimité par les curiosités et les divulgations de la presse à sensation. Cette interprétation du droit, jugée aujourd'hui trop étroite, a amorcé une réflexion critique sur ces droits qui, depuis, n'a pas cessé. M. de Schutter, professeur à l'université catholique de Louvain, lors d'un séminaire organisé à la fin de 1998 à Bruxelles, sur le thème *privacy*, faisait le bilan de l'élargissement considérable gagné en un peu plus de cent ans par ce concept:

« La vie privée aujourd'hui englobe le droit de l'individu à des garanties dans le traitement automatisé des données à caractère personnel le concernant, le droit de mener sa vie sexuelle à l'abri de toute ingérence extérieure, le droit à la protection contre toutes les atteintes à l'intégrité physique, le droit de nouer des liens dans un État d'accueil et de préserver des attaches qui en résultent, le droit au nom, le droit à ne pas subir les nuisances d'un environnement polluant, le droit d'accéder à certaines informations en matière d'environnement... Non seulement le concept de vie privée ne se borne plus à garantir la solitude de l'individu, mais il protège en effet les relations nouées dans le cadre de la famille, de l'association ou du travail... la vie privée couvre les modalités d'expression les plus diverses de l'expression de soi, et prend parfois l'allure d'un véritable droit à l'épanouissement. » Les Allemands parlent de « droit de la personnalité ».

En Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1951, dans la foulée de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, a joué, à cet égard, un rôle tout à fait décisif et structurant dans la délimitation du territoire où se déploient les différentes manifestations de la vie privée, lorsqu'elle affirme en son article 8 :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance », mais elle précise : « Il ne peut y avoir d'ingérence dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Pour les civilistes allemands, « le droit à la vie privée est l'expression de la maîtrise exercée par le sujet sur lui-même... analogue à celle qui lui appartient sur ses biens »... Mais, précise F. Rigaux⁶, ces droits de la personnalité doivent être plutôt rapprochés des droits économiques et sociaux. « Il serait paradoxal de conférer aux biens de la personnalité la nature de droits extrapatrimoniaux... la plupart, mais non tous ces biens, sont effectivement dans le commerce... la notion de droits civils non patrimoniaux étant le fruit d'une confusion entre un droit et une liberté. » « Des normes de conduite sociale déterminent pour chaque catégorie de personnes, et eu égard aux circonstances, l'objet de ce qu'on appelle *vie privée* et l'étendue de la protection qui lui est accordée. Les biens de la personnalité ne font, pas moins que d'autres, l'objet d'obligations contractuelles dont la licéité

⁶ François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., n. 161.

sera appréciée, le cas échéant, selon les critères usuels de l'ordre public et des bonnes mœurs. »

Cette ambiguïté du droit à la vie privée n'est certes pas débattue par les économistes, car l'analyse économique conduit à souligner sa composante patrimoniale, et les processus de négociation sur l'exercice de ce droit.

Les défis à la vie privée sur Internet

Les techniques de l'information et de la communication ont, assez vite, représenté un défi pour la vie privée. Dès le tout début des années 1970, René Cassin avait été sensible au phénomène de l'accumulation massive des données qu'impliquait l'usage de l'ordinateur. Le thème de la société de surveillance émergeait très tôt en Suède dans le sillage des applications de la doctrine du *Welfare State*, en même temps qu'étaient affirmés les droits de la personne ; pour les protéger, l'État définissait des normes.

Comme l'a si clairement rappelé Jean-Claude Soyer (chap. 1), toute opération sur Internet laisse des traces informatiques qui permettent, si elles sont exploitées, de constituer des banques de données très riches en données personnelles de toutes sortes. Certes cette information permet de mieux servir les clients, mais elles peuvent aussi être cédées sur des marchés de l'information et donc circuler entre divers exploitants. Le consommateur fournit lui-même ces informations en remplissant des questionnaires, comme ceux, par exemple, de *Caritas ou Consoldata*, qui incluent des questions sur le lieu de naissance, le sexe, le statut marital, l'âge, la composition de la famille, la profession, le cursus universitaire, les loisirs, la santé, les lectures et sports préférés... Le coût de ces informations est dérisoire, et elles peuvent être croisées d'autres informations personnelles figurant sur d'autres banques de données, d'origines publique et privée. À défaut de restrictions imposées aux collecteurs de données, il n'y aurait plus de vie privée pour les internautes ; les données « personnelles » seraient simplement publiques. Pour Philippe Lemoine⁷, les techniques informatiques ne menacent pas seulement la vie privée mais la liberté de choix des consommateurs, par les publicités fortement ciblées, et l'interaction firme/client qu'elles permettent...

Les réactions des grands organismes internationaux aux défis

En 1980, avant l'arrivée d'Internet, l'OCDE « recommandait », mais ne pouvait imposer, l'adoption de « codes de conduite »... En 1997-1998, renouvelant ses premiers textes, dans le cadre d'une réflexion générale sur les « autoroutes de l'information » et les perspectives du commerce électronique, elle a invité les gouvernements à définir, en coopération, leurs politiques, et à éviter des mesures

⁷ Philippe Lemoine, *Commerce électronique, marketing et liberté* (v. Cahier II, chap. 6).

« injustifiées » freinant les flux transfrontières de données personnelles. Elle suggérerait d'inciter les agents économiques à s'autocontrôler (voir plus loin).

La *Communauté européenne*, soucieuse d'éviter les distorsions de concurrence dans son « marché intérieur » et d'harmoniser les textes nationaux, a publié le 23 novembre 1995 sa fameuse Directive-cadre (du Parlement et du Conseil) applicable à partir de 1998. L'Union européenne met au point une nouvelle Directive sur le commerce électronique, dont le texte a été approuvé par le Parlement européen en mai 1999. C'est sur la base de cette directive que sont discutés actuellement avec les États-Unis les moyens de concilier les règles européennes et les pratiques américaines de traitement des données personnelles. Nous y reviendrons, en citant simplement la déclaration d'un haut responsable français: *si les technologies sont américaines, les garanties peuvent et doivent être européennes...*

L'article 14 du traité du GATT concernant les échanges mondiaux de services avait déjà admis la possibilité de dérogation au principe d'ouverture des marchés pour des motifs relevant du respect de la vie privée. L'Organisation mondiale du commerce approfondira ses politiques de *privacy*, et les chefs d'État eux-mêmes prévoient d'en parler lors de leurs rencontres au sommet de l'an 2000. D'ailleurs, les deux candidats à la présidence américaine viennent d'inclure cette protection dans leur programme politique. Déjà la *Federal Trade Commission*, chargée de surveiller l'efficacité des mesures de protection, a annoncé, le 20 mai 2000, qu'elle était prête à proposer de nouvelles règles fédérales.

II/ EFFICACITÉ ET RÉGULATION DES SYSTÈMES DE PROTECTION

Les critiques

Chaque moyen de protection : juridique, autorégulation des firmes, surveillance de leurs politiques, usage des techniques de protection, a ses propres règles d'efficacité. Ce sont en fait les *systèmes de protection*, c'est-à-dire l'ensemble des moyens qui, en interactions mutuelles, permettent de protéger la vie privée, qu'il faut évaluer. C'est particulièrement difficile. On peut, classiquement, distinguer trois critères d'efficacité.

Critères d'ordre axiologique

Ils sont référés aux valeurs de société, qui donnent sens à son organisation, qualifient son identité, et permettent la compréhension entre ses membres et leurs communications interpersonnelles. Le respect de la vie privée, dans le cadre des valeurs de liberté et de dignité de la personne, est ici en cause. Les systèmes

de valeur sont complexes et, en leur sein, les valeurs particulières peuvent y être en concurrence : par exemple la valeur de protection de la vie privée, avec celle de liberté des communications et de liberté des échanges. Des arbitrages sont toujours nécessaires, dont les systèmes culturels et juridiques définissent les normes, et les processus.

En Europe on incline à penser que la protection des données personnelles relève de l'identité des citoyens plus que des droits du consommateur ou du client. On confie principalement aux *institutions*, qui expriment ces normes, le soin de les faire respecter, sous le contrôle du juge chargé d'appliquer les lois. Aux États-Unis, l'adage régnant est: *Privacy is your business*. Héritiers d'une « culture occidentale à la fois commune et dédoublée », selon le mot de Raymond Polin qui a inspiré les commentaires de ce paragraphe, les deux mondes diffèrent sur les voies et moyens d'atteindre ce même objectif (voir *Cahier II*, chap. 7). Les États-Unis ont été nourris par les valeurs protestantes apportées par les *Founding Fathers*, puis par les théories de l'époque des Lumières, valeurs qu'ils ont inscrites dans leurs textes de 1776, 1788, puis dans leur *Bill of Right* de 1791. Aussi, nous dit R. Polin, l'unicité de la règle de droit proférée par la loi, parole exprimée par *l'État*, a cédé le pas, au fil des ans, à la procédure des *contrats*, c'est-à-dire au traitement des situations au cas par cas.

L'Europe est loin de ce schéma. Tout en faisant place aux accords négociés avec les entreprises et les professions, aux dispositifs techniques mettant en œuvre les spécifications d'un cahier des charges, elle privilégie un cadre juridique précis, susceptible de produire des effets également contraignants à l'égard de tous les acteurs d'une communauté. Les deux systèmes ne peuvent qu'interagir, et le *Financial Times* (7 juillet 1999), brillant journal anglo-saxon, écrivait : *le futur d'Internet sera déterminé plus par des choix politiques que par des choix techniques*.

Critères de changement économique et social

On se réfère ici aux effets que les systèmes de protection peuvent exercer sur les capacités de changement et d'innovation dans la société : potentiel d'innovation, de croissance, d'emploi, d'équité sociale, de positionnement dans la globalisation.

Mais les interdépendances culturelles, communicationnelles, et économiques, entre les pays, dans un environnement qui se globalise, créent également des « apprentissages » qui influencent les normes. Ainsi, il semble que les systèmes européens et américains fassent un pas l'un vers l'autre, mais très prudemment. La *Federal Trade Commission*, fin juin 2000, parlait officiellement de sa recommandation visant à introduire une législation fédérale.

Critères d'efficacité fonctionnelle

Autant les modes d'évaluation sur la base des deux critères précédents sont complexes, bien que faisant souvent l'objet de déclarations péremptoires, autant l'évaluation fonctionnelle est classique, puisqu'il s'agit d'une méthode d'inspiration micro-économique, de type coûts/avantages. La difficulté est due souvent à l'imprécision des objectifs, des processus de mise en œuvre et de contrôle, et des critères de performance. Mais, pour chaque élément d'un système de protection (loi, contrat, autorégulation, moyens techniques), il doit être possible de faire cette évaluation et d'en diffuser largement les résultats. Outre des coûts et prix réduits, le consommateur estime que la collecte et le traitement des données doivent être *loyaux*, et déteste avoir à découvrir qu'il a été manipulé au détriment de ses choix de vie privée. Il souhaite des procédures plus conviviales (*users-friendly*), moins envahissantes. L'organisation des acheteurs sur Internet en *communautés virtuelles*, selon leurs intérêts et pratiques communes, peut accroître l'efficacité fonctionnelle, en éclairant ses membres sur les conditions d'efficacité, en leur permettant des réactions concertées.

Critères opérationnels

Si l'on passe des principes à la formulation opérationnelle des critères d'une « bonne protection », on constate qu'ils sont énoncés souvent dans des termes comparables, y compris, dans les politiques privées des entreprises, au moins les plus importantes: aux Etats-Unis on parle de *fair information principles*.

Généralement les critères de qualité sont définis comme suit :

- 1/ les données personnelles ne peuvent être collectées que par des moyens légaux et après information de l'intéressé, parfois après recueil de son accord ;
- 2/ elles doivent être exactes, actualisées et complètes, et le collecteur doit prendre les précautions raisonnables contre la perte, la destruction, et un usage non autorisé ;
- 3/ l'objectif de la collecte de données doit être communiqué à l'intéressé et ces données ne peuvent pas être utilisées dans un autre but, ni diffusées à des tiers, sans son accord spécifique qui n'a pas à être motivé ,
- 4/ l'intéressé doit pouvoir consulter dans l'anonymat un fichier qui le concerne, critiquer son contenu, faire rectifier les erreurs ;
- 5/ le collecteur est tenu pour responsable de la mise en œuvre de ces principes.

La Directive européenne comporte des dispositifs analogues, s'efforçant d'harmoniser les textes nationaux pour faciliter la circulation des données dans le « marché unique ». L'article 29 a prévu un *groupe d'experts*, composé de

représentants des organes de contrôle nationaux, mais indépendants, chargés d'apprécier les textes en cours et leur application, en vue d'une adaptation éventuelle à l'évolution des techniques et de l'économie, et de la rédaction de nouveaux textes d'application et d'interprétation, et de base de négociations⁸. Le système fait ainsi preuve de flexibilité et de responsabilité⁹.

Un nouveau projet de Directive européenne, présenté en 1999, vise à « établir un cadre juridique cohérent pour le *commerce électronique* au sein du marché unique ». Concernant la *vie privée*, elle harmoniserait les règles de protection du consommateur avec celles relatives à la protection de la vie privée, et préciserait les obligations des États. Un autre projet de texte adopté par le Conseil en juin 1999 a standardisé les procédures de *signature électronique*.

Règles publiques et autorégulation

La régulation du traitement des informations conformes à des critères de qualité de la protection peut être faite principalement de deux façons :

- 1/ par la législation et la réglementation publiques;
- 2/ par la dynamique du marché concurrentiel (contrat, autorégulation, organismes de surveillance privée et de garantie).

Dans les deux cas l'apport de nouvelles techniques d'information est essentiel. Partout, aussi existe un *contrôle juridictionnel* des abus, et la surveillance par les médias et des groupes de pression, qui forment une opinion publique aujourd'hui très sensibilisée à cette intrusion.

Protection publique

Les pays européens, par tradition, ont privilégié la législation publique, dans le respect, par chaque État membre de ses exigences constitutionnelles et de ses engagements internationaux. Chacun d'eux a promulgué une loi générale, dont les dispositions ont été analysées de manière détaillée et comparative, en 1998, pour l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne et la Belgique¹⁰.

Dans la plupart des pays, ces lois générales (omnibus) sont complétées par diverses lois spécialisées (sécurité sociale, crédit, santé, télécommunications ...)

⁸ Union européenne, *Media, information, société et protection des données*, El@dg15.cec.be; rapport du comité du suivi de l'article 29 de la Directive, europa.eu.int/conun/dgl5/en/media/dataprot.

⁹ Voir aussi Victor Mayer Schonberger, *General development of data protection in Europe* (in Ph. Agre et M. Rotenberg, *op. cit.*, chap. 8).

¹⁰ Communauté européenne: *Rapport sur les services en ligne*, t. II, de J. R. Reidenburg, P. Schwartz, annexe au rapport annuel de 1998 du groupe d'experts dit de l'article 29, et commentaire de décembre 1999.

comportant des modalités particulières de protection. La loi fédérale allemande, faisant suite à certains textes de certains Länder, promulguée le 21 janvier 1977, a créé une « Autorité de supervision », une procédure d'enregistrement et un Commissaire fédéral à la protection. Elle a été modifiée par la loi fédérale sur les activités *en ligne* (téléservices) du 1^{er} juillet 1997 (*Informations und Kommunikationsdienste Gesetz (IuKDG)*», et l'accord entre Länder sur les médias électroniques. La décision du juge allemand qui, en 1983, avait affirmé le caractère constitutionnel des dispositions sur la protection, a reconnu un *droit personnel à l'autodétermination* en matière de diffusion des informations, comme droit de la personnalité.

La loi française *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* du 6 janvier 1978 a aussi été incorporée, en 1995, par le Conseil constitutionnel, dans le socle des libertés publiques dotées d'une garantie constitutionnelle. Sa *Commission nationale informatiques et libertés (CNIL)* est une autorité indépendante chargée de l'enregistrement des projets de traitements de données en conformité avec la loi nationale. Ses critères de conformité sont : *proportionnalité* (caractère adéquat, pertinent, et non excessif du traitement des données) ; *finalité* (objectifs spécifiques du traitement) ; *loyauté* ; *exactitude et mise à jour des données* ; *droits d'accès et d'opposition*, et de *rectification, sécurité, voies de recours*. En ce qui concerne la protection des données sur Internet, la CNIL, contrairement à l'Allemagne, n'a pas produit de texte spécial, déclarant simplement en 1998 que ses dispositions de 1978 s'appliqueraient. Son formulaire détaillé de déclaration des *traitements automatisés* concernant les données personnelles constitue un excellent instrument d'information et d'éducation du public sur la bonne conduite sur Internet.

Notons que la France, comme l'Allemagne, n'a pas encore à ce jour adapté sa législation nationale à la Directive européenne, et est menacée d'un recours. Cette Directive européenne de 1995 (95/46/CE) est un compromis inévitable entre les différentes règles nationales. F. Rigaux (*Cahier II*, chap. 8) analyse de manière critique cette complexité. Il existe aussi des études communautaires¹¹.

En France, le rapport de Guy Braibant (1-3) a très clairement analysé les différences entre la loi française et la Directive européenne de 1995, dans la perspective de l'insertion dans la loi française du dispositif européen, et fait des suggestions. Inspiré par la pratique régulatrice du « Conseil de la concurrence » et de la « Commission des opérations de Bourse », le rapport suggère un renforcement de ses pouvoirs d'inspection et de contrôle *apriori* : pouvoirs d'investigation, au-delà de ses pouvoirs actuels de vérification, pouvoir

¹¹ Union européenne, *Media, information, société et protection des données*, El@dgI5.cec.be ; rapport du comité du suivi de l'article 29 de la Directive, europa.eu.int/comm/dgl5/en/media/dataprot. Voir aussi l'annexe au rapport de 1998, volume I et II, par Serge Gauthronet et Frédéric Nathan, et le schéma d'évaluation de l'efficacité de la Directive, du point de vue du critère de protection adéquate. Voir aussi Victor Mayer Schonberger, *General development of data protection in Europe* (in Ph. Agre et M. Rotenberg, *op. cit.*, chap. 8), et l'annexe V du rapport Braibant.

d'injonction de cesser de mettre en œuvre un traitement des données, à titre conservatoire, droit de procéder à des visites et saisies, droit d'ester en justice. On doit se demander si un recours accru à des procédures de suivi plus décentralisées, par autorégulation par exemple, au niveau des professions, ne serait pas plus conforme à l'évolution actuelle dans ce domaine.

Un nouveau projet de Directive européenne, présenté en 1999, vise à « établir un cadre juridique cohérent pour le, *commerce électronique* au sein du marché unique ». Concernant la *vie privée*, il harmonisera les règles de protection du consommateur avec celles relatives à la protection de la vie privée, et précisera les obligations des États de donner aux consommateurs le droit de refuser les courriers électroniques non sollicités. Un autre projet de texte adopté par le Conseil en juin 1999 a standardisé les procédures de *signature électronique*, donnant à cette signature la même valeur qu'une signature manuelle.

Mérites de la protection par la loi

C'est dans l'affichage qu'est d'abord le mérite de la loi. Elle n'est pas adoptée sans débat ouvert; elle assure la publicité de la règle de droit, commentée par la presse, communiquée sous des formes diverses selon les habitudes des publics qu'elle intéresse, reprise et appliquée par le juge dont les arrêts sont commentés dans les organes d'information de la profession. Personne ne peut l'ignorer, chacun connaît ses droits et ses devoirs. C'est le premier pas vers la transparence revendiquée de nos jours. Adoptée après un débat contradictoire, et c'est son second intérêt, elle organise de manière objective, comme le fait un arbitre, l'équilibre entre des intérêts divergents, auxquels elle est extérieure.

Tirant son autorité de ce qu'elle est au sommet de la norme juridique, dans un État démocratique, du moins puisqu'elle est arrêtée par le Parlement, lui-même soumis au vote de la majorité du pays, la loi garantit que tous les acteurs sont traités sur un pied d'égalité, quelles que soient leur puissance, leur richesse et leur influence. De portée générale elle comble les lacunes résultant de la mosaïque des contrats ou des régulations sectorielles, des failles d'un dispositif fragmenté, et d'une application minimale de la règle. Elle offre à tous les acteurs, et pas seulement aux personnes, une sécurité durable, sur ce qu'il est admis de faire ou de ne pas faire. Elle est enfin le seul moyen de mettre en œuvre les sanctions de l'action publique. La notion d'application effective (*enforcement*) n'est pas moins essentielle que la définition des droits de la personne. La loi, enfin, admet parfaitement un prolongement des principes qu'elle pose dans le contrat et le code professionnel, et la Directive européenne encourage la négociation de codes de conduite avec les associations professionnelles au niveau national et européen. La loi n'a pas causé de retard dans l'adaptation aux innovations ; les autorités chargées de la protection des données, en Europe, ont su trouver les moyens de répondre aux dérives observées.

En fait, l'argument de la rigidité législative perd de sa pertinence si la loi est rédigée en des termes suffisamment généraux, qui évitent les détails déconnectés de l'état des techniques mises en œuvre à un moment donné (architecture des systèmes, supports, spécificité des processeurs, fonctionnalité des logiciels), pour s'intéresser davantage à l'analyse des risques et aux solutions de principe propres à les conjurer. Les lois conçues dans la période 1970-1980 n'ont pas vieilli. Les lignes directrices de l'OECD, rédigées il y a vingt ans, servent de référence constante au plan international... Mais qui dit loi dit ordonnancement par l'État-nation. L'efficacité de la loi peut être contestée puisque sa portée et ses effets s'arrêtent, à de rares exceptions près, à ses frontières géographiques et territoriales. Il faudrait embrasser tout l'espace de la planète !

Portée de l'autorégulation

Le système de protection américain ne comporte de lois protectrices que dans certains domaines particuliers. Il s'appuie surtout sur des méthodes inspirées par la *logique du marché et plus généralement de l'initiative privée : concurrence, autorégulation* (privacy policies), *pratiques de surveillance des politiques, audits de qualité*. Leur mise en œuvre doit être appréciée par les organismes qui en sont responsables: on parle d'autoévaluation. Ces pratiques d'autorégulation couvrent, en réalité, vues de près, une grande variété de politiques d'entreprises à l'égard de la protection de la vie privée, dont les engagements et les garanties qui en résultent sont divers. C'est dire l'importance des méthodes de surveillance pratiquées par des fondations privées, celle des cautions et garanties fournies par des organismes tiers sur la qualité de la protection; un domaine où le dynamisme des lawyers spécialisés ne cesse de s'étendre.

Soulignons toutefois que si nombre de ces *privacy policies* sont dépourvues d'obligations proprement juridiques, elles engagent néanmoins une véritable *responsabilité de marché*, qui peut être lourdement sanctionnée. Le mécontentement, connu, des acheteurs, fait perdre une partie de sa clientèle à la firme, ses atouts compétitifs, et dégrade son image publique. Il peut y avoir une sanction boursière. Dès que cette situation se diffuse, elle peut provoquer des réactions négatives des milieux politiques. Dans le domaine, si sensible, des données relatives à la santé, le président Clinton a présenté, fin octobre 1999, un projet de loi qui donnerait aux patients un meilleur contrôle sur l'usage de leurs données personnelles sur le Web. Sur le plan commercial, en octobre 1998, le Sénat des États-Unis a présenté un projet de loi (*bill*) sur les *signatures électroniques*, qui interdirait aux sociétés qui constituent des dossiers bien fournis en données personnelles, de les utiliser sans l'autorisation des intéressés. En 1999, le *Comptroller of the Currency* avec le président de la *Federal Trade Commission* ont justifié l'inclusion, dans la loi, du droit donné aux clients de s'opposer à certaines diffusions (*opt-out*) au sein du même groupe d'entreprises.

Négociations entre l'Union européenne et les États-Unis

Le conflit commercial entre l'Union européenne et les États-Unis, qui dure depuis deux ans, illustre bien le caractère stratégique du traitement de la vie privée dans les échanges économiques, et le conflit culturel qui en est le fondement. En effet, l'opposition entre ces deux systèmes de protection a été dramatisée par l'article 25 de la Directive européenne de 1995, qui dispose qu'à *défaut de protection adéquate*, les données personnelles collectées en Europe ne pouvaient pas être transférées et exploitées commercialement en dehors de l'Union. L'article 25.2 de la Directive précise que le *caractère adéquat* des protections offertes hors d'Europe sera apprécié compte tenu de toutes les circonstances concernant le transfert des données.

Compte tenu des investissements commerciaux américains en Europe, et des perspectives du commerce électronique pour lequel les Américains disposent de sérieux atouts, le conflit est particulièrement sévère. Les négociateurs américains, surtout les hommes d'affaires, souhaitent privilégier la solution d'autorégulation. Pour les Européens, amener les entreprises multinationales à admettre une formule comme celle de l'autorégulation, avec des engagements, a déjà été un succès, puisque jusque-là le monde de l'entreprise s'était continuellement arc-bouté contre tout type de contrainte.

L'argument américain est que les procédures demandées par l'Union européenne sont contraires à la logique d'interaction avec un réseau global, car les consommateurs achètent sur un site Web et non dans un pays, et la localisation du site n'a pas d'importance. Au point de départ, la Commission estime que les règlements sectoriels américains, plus les politiques privées, ne constituent pas nécessairement une garantie de protection adéquate. D'où la recherche commune d'une nouvelle procédure dite de *safe harbour*, dont le but est de réduire fortement l'incertitude que comporte l'interprétation de la Directive de 1995. Il s'agit de s'accorder sur un système de « label », ou de garantie de conformité donnée par un organe certificateur reconnu de part et d'autre.

La présomption de conformité mentionnée à l'article 25.6 de la directive jouerait en faveur des firmes américaines qui certifieraient, publiquement, leur adhésion aux principes qui seraient définis par le Département du commerce, en accord avec l'Union européenne. Ce serait consacrer la pratique d'une régulation publique euroaméricaine, mais qui ne jouerait qu'à l'égard de firmes volontaires. L'Union européenne, par son comité d'experts dit de l'article 29, a formulé en avril et juin 1999 des réponses à certaines questions (*opinion 4/99*, p. 5 à 8, notamment *questions 3, 5*), soulignant les difficultés d'évaluer les pratiques de mise en œuvre des *engagements* qui seraient pris par les firmes américaines. Le projet d'accord donnerait quatre choix aux firmes américaines :

- 1/ faire enregistrer leurs politiques auprès d'une des Autorités indépendantes d'un pays européen ;

- 2/ souscrire un contrat de garantie avec un organisme d'audit américain tel qu'E- Trust ou BBB ;
- 3/ prouver que les lois américaines de protection invoquées sont similaires aux lois européennes ;
- 4/ être d'accord pour soumettre les conflits éventuels à un panel de régulateurs européens...

A suivre, sans doute après les élections présidentielles aux États-Unis.

III/ LA NÉGOCIATION ÉCONOMIQUE DES DONNÉES PERSONNELLES

Le système américain de protection utilise des instruments qui relèvent, très largement, de la logique économique des marchés et des négociations entre consommateurs et entreprises. Même l'intervention d'organismes non commerciaux dans la surveillance des pratiques des entreprises est une réaction aux dysfonctions éventuelles de l'économie de marché. Il est utile de prendre en considération l'analyse des marchés privés d'information, même aussi dans un pays où existe une législation protectrice. Car, si la loi définit les conditions de la collecte des données personnelles par les entreprises, et les critères de qualité de la protection de la vie privée, elle laisse de la marge à la négociation entre consommateur et entreprise, pour fixer la contrepartie des droits à l'usage des données concédées (développé dans le chap. 4).

« Personnalisation » et « privacy »

La littérature d'économie et de management privilégie évidemment les conditions opérationnelles d'échange des données. L'idée générale est que les consommateurs ont une « demande de confidentialité de leur vie privée » dont ils négocient la satisfaction avec les entreprises. Un article du *Financial Times* d'avril 1999 précisait que 78 % des acheteurs sur le Web seraient prêts à livrer plus de données personnelles au marché, en contrepartie d'un service commercial plus personnalisé (*customized service*), ou d'une contrepartie monétaire.

Observant les évolutions dans les modes opératoires de protection, Simon Davies met en évidence cinq tendances observées dans la pratique. Elles « changent fondamentalement la nature, l'étendue et la portée (*relevance*) de ces droits ». Elles orientent les conceptions et stratégies opérationnelles à l'égard de la vie privée¹².

¹² S. D. Davies, *Reengineering the right to privacy : how privacy has been transformed from a right to a commodity* (in Ph. Agre et M. Rotenberg, *op. cit.*, chap. 5).

Cette liste illustre de très intéressantes voies de recherches ultérieures, sur les évolutions suivantes :

- 1/ de la protection de la vie privée à la protection des données ;
- 2/ la création de partenariats entre toutes les participants au processus de protection, au-delà même des relations client/firme ;
- 3/ l'illusion du « volontarisme » dans les procédures de surveillance des atteintes à la vie privée, qui ont pour effet de « neutraliser » les inquiétudes des personnes concernées ;
- 4/ la perception, par les consommateurs, des droits au secret considérés comme des « marchandises » pour les échanges ;
- 5/ le développement de la notion d' « intérêt public ».

Les méthodes de mercatique (*marketing*) ont capitalisé sur certaines de ces tendances, en développant la *personnalisation* des démarches commerciales (*one-to-one*). Aujourd'hui, pour les commerciaux, le problème n'est plus d'analyser la consommation de masse, pour en dégager les comportements de consommation de groupes typés d'acheteurs, et de les convaincre que le produit proposé est bien adapté à leurs besoins. L'objectif du nouveau système de *mass customization* est de cibler les efforts de vente sur des personnes, et sur leurs besoins spécifiques.

On propose au client un « panier » de biens et services complémentaires (*com-packs*). C'est dans ce contexte qu'il peut être harassé par la publicité sur toutes sortes de produits et services considérés par les publicistes comme correspondant à son *profil*; ce qu'Internet sur téléphone mobile peut rendre rapidement insupportable. Il est même possible que les entreprises s'efforcent de lui faire ressentir son appartenance à une communauté de consommateurs « comparables », et qui peuvent échanger leurs expériences sur le produit ou service. Ces *échanges*, toujours observables, précisent les profils de ce groupe de clients, sans aucun frais. Mais tout excès de harcèlement a un *coût de satiété* encore assez mal apprécié.

On comprend que la *personnalisation des transactions complique, et, dans une certaine mesure, limite la protection de la vie privée*, car le dialogue-négociation avec les firmes doit être pratiqué en temps réel, dans un cadre défini, et avec un délai de réflexion et de réaction bref. Mais il contribue à l'éducation du consommateur sur ses préférences en matière de vie privée.

Politiques des entreprises à l'égard des données personnelles

La définition des règles appliquées par l'entreprise à la collecte, à l'exploitation des données personnelles, à sa communication à ce sujet, au suivi des réactions des consommateurs à cette politique, à l'organisation de l'interaction avec eux, répond à la demande de confidentialité des clients. Elle fait

partie de la politique générale de la firme. Elle ne peut être simplement une résultante d'autres décisions, une variable d'ajustement.

Fidélisation de la clientèle

Le b-a ba de la mercatique est de *fidéliser* la clientèle. Celle-ci n'y est pas *a priori* hostile, voyant les avantages qu'elle peut en tirer, à condition que ses besoins soient satisfaits de manière « convenable », y compris bien sûr ses besoins de confidentialité. Dans le cadre d'une relation relativement stable avec la firme, la clientèle souhaite pouvoir exprimer ses préférences autrement que par la liste de ses achats ou de ses visites chez les concurrents. L'un des moyens de créer une clientèle est d'étendre les *réseaux*. Ceux-ci offrent à un grand nombre de clients des biens et services complémentaires ; et enrichissent donc les bases de données.

L'entreprise, face à une concurrence forte, désire exploiter au mieux et aussi vite que possible ses avantages concurrentiels, occuper des parts de marché aussi grandes que possible. Chacune doit réagir rapidement, et plus vite que la concurrence, à des changements sur les marchés, et organiser une *veille* constante sur les *signaux* de transformation de la demande, ou les intentions des concurrents. Elle a donc une *demande de données personnelles* dont la satisfaction est à la base de son marché, et une *offre de méthodes de protection de la vie privée*, qui inclut le mode de traitement des données personnelles, et des interactions avec les clients.

La mercatique moderne vise avant tout à développer des *relations de confiance* sur les objectifs, les moyens et les procédés de l'interaction, grâce à un processus partagé et mutuel de communication (Ph. Lemoine, chap. 7, II). Ce résultat n'est pas facile à obtenir. Il exige la conception et l'application, tout au long de la chaîne des opérations de la firme, d'une politique claire et transparente, atout important pour *verrouiller* les clients à l'entreprise, selon l'expression de certains auteurs. Elle utilise à cet effet toutes les méthodes de différenciation des produits et des prix, des méthodes actives de mercatique et d'insertion des ventes dans un large réseau.

Elle vise avant tout à *retenir l'attention des clients*, et même, comme on dit aujourd'hui, à les « séduire », ou à insérer dans la communication publicitaire une *dimension ludique*. C'est une procédure difficile, et coûteuse. Elle s'adresse à leurs capacités de calcul comme à leur sensibilité. Toutes ces pratiques doivent trouver leur cohérence dans une *politique de communication*, inciter à *réitérer* les achats, et à mieux *interagir* avec l'entreprise, Ce sont des procédures difficiles à concevoir et à mettre en œuvre, et coûteuses.

Gestion stratégique de l'information sur les « besoins de vie privée »

Toute information de l'entreprise sur des aspects significatifs (qui portent *signe*) de l'évolution des mentalités et des conduites d'achat des clients, ou de leurs relations avec l'entreprise, doit être prise en compte dans son *système d'information stratégique* et susciter interrogations et réactions (v. chap. 4). C'est évidemment le cas pour tout ce qui concerne les besoins de protection des données personnelles, dont l'évolution est plus discontinue qu'on ne pourrait le penser.

Des changements d'attitudes au sujet du secret de leur vie privée peuvent intervenir rapidement : attitudes collectives plutôt que réactions individuelles. Les raisons peuvent en être multiples, car le besoin de vie privée relève des *opinions* qui ne changent guère de manière continue. Des incidents sérieux, et diffusés dans les médias, concernant la pratique de respect de la vie privée par l'entreprise (vis-à-vis des consommateurs, comme de ses personnels d'ailleurs) peut provoquer de véritables « mutations » dans leurs comportements. La mise en œuvre des *privacy policies* relève donc du *management stratégique* et du *leadership* dans l'entreprise.

Diverses enquêtes montrent que ce n'est pas le cas général. Il ne suffit pas de faire respecter les critères de bonne qualité définis dans les législations, ou dans les conventions professionnelles ; ce qui est déjà un acquis. La firme doit apprécier la manière dont les clients s'estiment capables de bien comprendre ses politiques, de bénéficier effectivement des règles de protection invoquées, de faire connaître leurs préférences en matière de vie privée. Elle doit communiquer à ce sujet de manière crédible, par ses documents, ses relations, ses gestes, son image publique. L'argument souvent invoqué, que, seule une petite minorité de consommateurs pose des questions à ce sujet ou même exerce ses droits d'*opt-out*, par exemple, est superficiel, car l'effet d'imitation est considérable et les opinions se diffusent comme une traînée de poudre...

Évaluation de la qualité des politiques de vie privée

Dans une économie de marchés, c'est la dynamique de la concurrence qui assure l'évaluation (*market evaluation*). Elle renforce et diffuse les signaux de satisfaction des clients concernant la façon dont la firme traite la confidentialité de leurs données, et leurs préférences exprimées.

Il est aussi nécessaire de prévenir des erreurs stratégiques, grâce à une autoévaluation (évaluation interne) par l'entreprise elle-même. Mais pour pouvoir être évaluée, une politique doit être clairement formulée (objectifs, moyens de réalisation, critères de performance, procédures de suivi et de sanctions).

C'est loin d'être une pratique générale, car les entreprises supposent le plus souvent qu'elles pourront sans difficulté convaincre leurs clients d'entrer volontiers dans le schéma de négociation qu'elles proposent.

Une autre incitation à l'autoévaluation est la crainte que les pouvoirs publics ne légifèrent, sans trop prendre en compte les arguments et efforts des firmes, ou même en privilégiant les intérêts de certains groupes de pression. Ils redoutent les conséquences éventuellement dommageables, pour eux, de la rigidité d'une règle publique difficile à modifier rapidement lorsque l'innovation apporte de nouvelles solutions. Ils redoutent aussi la charge d'administration de ces règles, leur coût politique en termes d'image publique et de crédibilité.

Évaluations externes

Aux États-Unis les *pouvoirs publics* s'associent fréquemment avec les secteurs professionnels pour évaluer leurs politiques et informer le public des résultats. On trouve sur Internet, dans le dossier de la *Federal Trade Commission*, les résultats des enquêtes périodiques faites par cet organisme sur l'efficacité des *privacy policies*, leur contenu, les attitudes des consommateurs. Toutes les autorités chargées d'une tutelle sur la protection de la vie privée publient des rapports périodiques. Une évaluation d'ensemble du groupe des firmes soucieuses de *privacy* (*The Industry Standard*, août 1999, p. 124) a révélé que seulement 45% d'entre elles pratiquaient effectivement les politiques qu'elles affichent !

Ainsi, le rapport d'enquête de la FTC de juin 1998 concluait que, sur les centres du Web les plus fréquentés, un quart des entreprises n'avait pas précisé à leurs clients leur politique ; cependant, dans 68% des cas, les consommateurs disposaient d'un choix sur l'usage de leurs données. Dans 38% des cas seulement, le droit de corriger les erreurs était prévu ; 80% des firmes interrogées précisaient d'ailleurs que certaines données pouvaient être transférées à des tiers. Dans l'enquête de la revue *Red Herring*, de septembre 1999, 40% des sites les plus fréquentés n'avaient aucune politique complète.

Les médias font largement écho à ces observations. Le plus récent des livres critiques, par Simson Garfinkel, très bien informé, et « ardent », a choisi un style dramatique, à la fois par l'accumulation des exemples d'atteinte à la vie privée que facilite le croisement de toutes sortes de données, et par l'interprétation millénariste qui en est faite. Mais comme pour toutes les histoires d'horreur dites avec style, l'effet de répulsion affective est probable.

D'autres formes d'évaluation concernent des industries particulières, en vue d'adopter des *standards*, des *codes de conduite*, des *normes* pour toutes les entreprises appartenant à la profession. Les lois canadiennes et hollandaises y font spécifiquement référence, comme instruments d'application de la loi, et

prévoient leur enregistrement public. La Directive européenne de 1995 n'y fait référence que comme possibilité.

Les groupements professionnels bénéficient d'une meilleure information sur la spécificité, le coût et l'efficacité réelle des politiques de protection. En haussant le *niveau de réputation* de l'industrie, les standards créent un avantage *d'externalité de réseau*. Ce schéma facilite la participation des firmes au dialogue avec les pouvoirs publics et les médias. Les normes communes édictées contribuent à diffuser une certaine éthique collective, mais le degré d'engagement des firmes membres et la rigueur des sanctions sont très variables.

La *On Line Privacy Alliance* qui regroupe les plus grandes firmes opérant sur Internet affirme offrir des standards rigoureux et clairs (*AOL, Time Warner, Yahoo*). *Microsoft, IBM, Disney* ont affirmé qu'elles ne travailleraient plus avec des publicitaires n'ayant pas de politique claire de *privacy*. En juillet 1999, la très puissante *Direct Marketing Association* a établi ses propres standards professionnels et a décidé d'exclure les membres qui n'offriraient pas aux acheteurs le droit de refus (*opt-out*). De grandes entreprises de commerce *en ligne*, des associations privées, des vendeurs de logiciels, des agences de publicité, des groupes et fondations privées de défense des droits à la protection, et même des organismes publics ont créé une *Interactive Service Association* chargée d'établir des codes de conduite concernant les opérations d'accès à Internet et à son contenu.

Il existe enfin, à l'initiative privée, d'autres systèmes de surveillance collective puissantes *fondations privées*, par leurs études, leurs communications, leur suivi judiciaire éventuellement, exercent un contrôle sur la pratique des *privacy policies*. Elles permettent d'améliorer l'éducation des consommateurs et font progresser les méthodes de protection. Citons : *OPEN, Privacy International, Privacy Rights Clearing House, Center for Democracy and Technology, The Electronic Frontier Foundation, EPIC (Electronic privacy information center)*...

L. F. Cranor, et ses coauteurs, analysant, en 1999, les attitudes des consommateurs américains, concluent que les « relations inconfortables entre consommateurs et le Web, aujourd'hui, traduisent leur ignorance des *pratiques de l'information sur le réseau, ou leur manque de confiance* ». Le directeur *d'Electronic Privacy Information Center (EPIC)* estime qu'un « processus de dégradation des standards de vie privée et des attentes des consommateurs est en cours..., et il y a un risque qu'ils soient sacrifiés à des avantages à court terme ».

Rôle stratégique des intermédiaires spécialisés

Il est aujourd'hui plus fréquent qu'une entreprise demande à un intermédiaire spécialisé d'évaluer formellement ses politiques, de vie privée notamment. *E-Trust* est l'un des plus connus. L'audit aboutit à délivrer des notes de qualité,

des *labels* qui sont utilisés par les entreprises évaluées pour rassurer leurs clients, ou répondre aux médias, ou à l'Administration. Mais c'est une procédure lourde et coûteuse. Par exemple, pratiquée par des consultants réputés comme *CPA Web-Trust*, et conclu par l'octroi d'un *seal* (label de qualité), son coût est d'au moins 100 000 \$. Celui de firmes comme *IBM* ou *Microsoft* coûterait des dizaines de millions de dollars ; elles préfèrent gérer directement l'image de leurs *privacy policies*.

Mais, sur ces marchés d'information, au-delà des services d'évaluation, des intermédiaires fournissent toutes sortes de services qui permettent aux usagers une utilisation plus aisée et plus efficace du stock immense de données disponibles. Désirant s'attacher une large clientèle, qui contribue à accroître leurs stocks de données personnelles, en vue de les traiter et de les renégocier avec une valeur ajoutée, les intermédiaires ont tendance à se transformer, sur le Net, en *portails* (portails horizontaux généraux, ou portails verticaux spécialisés). Ils offrent toute une gamme de services de recherche sur la toile, de circulation, de publicité, d'informations différenciés, ou comparatifs, de connexion avec les vendeurs, d'évaluation comparative des utilités. Ils peuvent aussi offrir des services de soutien à la négociation de données.

Des consultants de la firme américaine Mac-Kinsey¹³ ont imaginé et analysé de manière très créative leurs fonctions en tant qu'infomédiaires (*infomediaries*), IFM. Pour eux, ce serait un métier de relation, de conseil, de gestion de la confiance, de négociation. L'IFM établirait commercialement le contact entre les consommateurs et les entreprises. Il fournirait un service spécifique à l'un et à l'autre partenaire du marché. Au consommateur il proposerait de devenir son agent, comme il y en a dans de nombreuses autres activités. Il représenterait ses intérêts dans les négociations sur la portée et la valeur marchande de son droit, ferait connaître ses préférences, et réaliserait ses transactions. Connaissant bien les besoins et préférences de ses clients, il s'assurerait que leurs préférences en matière de sécurité sont respectées.

L'IFM restituerait ainsi aux consommateurs une plus grande partie de leur droit d'usage de leurs données personnelles, leur donnant à nouveau un rôle dynamique sur les marchés. On imagine bien que le souci de la protection de la vie privée des clients, par l'usage des techniques informatiques et de gestion les plus efficaces, serait au cœur de la stratégie d'un IFM.

Une faute de management stratégique: l'incident Double-Click de janvier-février 2000

En janvier 2000 la société américaine *Double-Click*, *DBC*, a été poursuivie devant une cour de Californie par un consommateur pour *unfair, misleading and*

¹³ J. Hagel III et M. Singer, *Net worth, shaping markets when customers make the rules*, Harvard Business School Press, 1999.

deceptive business practice, c'est-à-dire pour violation des engagements inclus dans sa propre *privacy policy*. La Fondation *EPIC* qui combat énergiquement pour la défense de la vie privée, a porté plainte auprès de la *Federal Trade Commission*. En l'occurrence *DBC*, le plus important publicitaire américain, qui vend des espaces publicitaires soigneusement ciblés sur les besoins de ses clients, est accusé de non-respect de ses engagements à ne pas identifier ses clients (noms, adresses, numéro de téléphone). Il enregistre bien leurs consultations des sites Internet et leurs achats, par des *cookies* placés sur leurs ordinateurs, sauf s'ils ont choisi de refuser.

L'incident a eu lieu lorsque *DBC* a acquis la firme *Abacus*, un très important opérateur de *marketing direct* qui collecte naturellement des données comportant des identités. *DBC* n'a pas nié au départ son intention de croiser les banques de données pour identifier les clients et enrichir le traitement des données, provoquant inquiétude et colère. La presse a crié haro. La *Federal Trade Commission (FTC)* a décidé de créer un comité spécial pour étudier et apprécier les politiques privées des entreprises, et en faire un rapport public. Finalement, fin février, *DBC* a formellement renoncé à rechercher l'identité des clients, avec quelque ambiguïté sur la durée du renoncement. Il est clair que le management stratégique de *DBC* a fait preuve d'une grave faiblesse dans ce domaine de la vie privée.

Un certain nombre de grands publicitaires, dont *DBC*, *Media*, *Engage technologies*, *Excite@Homes Match Logic*, ont décidé de créer une *Network Advertising Initiative*. Sa mission serait de rédiger un *Code de la vie privée* pour le secteur publicitaire, qui serait, informellement, approuvé par la *FTC*. Ce groupe s'engage à conserver anonymes les données personnelles collectées dans le passé ; les données collectées *off line* ne pourraient être croisées avec celles collectées sur le Web, qu'avec l'accord préalable des personnes concernées. Ce nouveau réseau alignerait ses politiques sur celles du réseau plus vaste des grandes firmes opérant sur Internet, *On Line Privacy Alliance...*

IV/ L'INFORMATIQUE PROTECTRICE DE LA VIE PRIVÉE

Les ingénieurs et experts, au fait de la puissance des nouveaux systèmes informatiques et des innovations récentes qui permettent d'accroître les choix des consommateurs et leur contrôle sur la collecte et la circulation de leurs données personnelles, sont convaincus que ces techniques apportent un nouvel éclairage à la manière de poser et de résoudre les problèmes de protection. La technique peut-elle, ainsi, voler au secours de la technique, c'est-à-dire réparer ou seulement conjurer les conséquences, dommageables pour les personnes, de ses usages excessifs, voire pervers, comme le fait par exemple la médecine ?

Les besoins de sécurité

Une réponse positive nous est apportée par les Américains. On a souligné plus haut que les États-Unis avaient développé beaucoup plus que l'Europe une culture de confiance en la science et la technique. Nous l'avons noté, là où l'Europe affirme: « la loi d'abord pour fixer les droits des personnes », les États-Unis répondent: « surtout pas de *government regulation*, mais une autorégulation grandement facilitée par les innovations techniques ». L'usage de ces techniques est souvent inclus dans l'autorégulation.

Comme deux chapitres dans le *Cahier II* traitent des problèmes de techniques de sécurité, cette section sera relativement brève. Mais insistons sur le fait que l'apport des logiciels de sécurité est appelé à jouer un rôle très important dans la structuration des systèmes de protection de la vie privée, aussi bien du point de vue de l'efficacité de cette protection que de celui d'un renforcement de l'autonomie des consommateurs.

Aux États-Unis, le consommateur doit généralement payer le coût de sa protection, qui est inclus dans le coût de revient des produits, ou subir une réduction des rabais qui lui sont consentis sur le prix ; en Europe c'est la firme responsable du traitement, en l'occurrence le commerçant. Le groupe de protection des données personnelles (art. 29 de la directive de 1995) a eu plusieurs fois l'occasion de le rappeler. C'est donc d'abord pour répondre à un besoin pressant de *sécurité* qu'ont été conçus et mis en œuvre les logiciels et matériels sur lesquels s'appuie l'Internet¹⁴.

Les techniques

Citons simplement ici quelques exemples : le *P3P* doit permettre aux consommateurs, entre autres, de préprogrammer les données personnelles accessibles. Le *Lucent personalized web assistant* permet *d'anonymiser les transactions sur la toile* (Revue Risque, juin 1999). La carte à microprocesseur, qui est due à la firme française Gemplus, semble avoir un avenir mondial. L'*Activ-card*, du Français J.-G. Galvez établi en Californie, est déjà adoptée par France Télécom, par le GIE « carte bancaire », et par les systèmes de paiement américains. Elle pourrait être incorporée dans tout ordinateur. Elle repose sur la technologie dite du « jeton d'entrée », qui est un certificateur de lecteur de *carte à puce*.

Les usagers comme les services publics doivent être très clairement informés de la qualité, et bien sûr du coût pour eux, de l'usage d'un de ces logiciels, et de son efficacité (*évaluation fonctionnelle*). Leur mise à jour et leur maintenance doivent être assurées par des organismes, agences, autorités, inspirant confiance

¹⁴ L. Cadoux, chap. 9, dans le *Cahier II*; E. Léopold et S. Lhoste, *La sécurité informatique*, PUF, « Que sais-je ? », 1999.

à tous les acteurs. Cela implique que les algorithmes de chiffrement soient publics, comme les rapports sur les incidents, les risques, ainsi que les audits sur la qualité des produits, systèmes et composants.

Une étape nouvelle importante serait franchie si les logiciels pouvaient s'insérer dans le processus de négociation, sur Internet, entre les firmes et leurs clients. On a cru, à plusieurs reprises, que les programmes qualifiés d'agents intelligents, puis les *applets*

offriraient le support de ce dialogue. Pour l'instant, il ne semble pas qu'ils puissent effectivement assurer cet encadrement. Ces technologies sont considérées toutefois comme trop complexes, dangereuses à mettre entre toutes les mains, à cause des automatismes qu'elles autorisent. Rien que pour cette raison, un projet de « boîte à outils » pour la protection de la vie privée (privacy tool kit), intégrant tous les composants logiciels nécessaires pour assister l'acte d'achat, accessible à tout un chacun, grâce à une ergonomie remaniée dans sa conception et sa mise en œuvre, serait utile. Mais les projets actuels ne sont pas mûrs, ni même les cahiers des charges correspondants.

Le directeur du développement et des relations industrielles à l'Institut national de la recherche informatique et en automatisme (INRIA) Jean-Pierre Abratic, qui est président du W3C, a rédigé à la demande du gouvernement français le rapport sur le développement technique d'Internet. Pour lui, la protection de la vie privée et des données personnelles fait partie des services d'infrastructure que se doit d'offrir Internet, au même titre que les services de connexion et d'hébergement, d'adressage et de « nommage », les annuaires des services d'étiquetage du contenu et de la sécurité.

Cet intérêt est capital pour la protection des données. Il faut pourtant savoir que les solutions techniques offertes sont très largement logicielles, et à ce titre très fragiles vis-à-vis d'une intrusion externe. Aussi tout le monde semble convaincu que si la technique est indispensable pour rendre la réglementation plus efficace, elle ne saurait par elle-même être une solution alternative.

CONCLUSIONS

Optimisme technique et juridique, rationalisation économique, incertitude sur l'efficacité des systèmes de protection, méconnaissance dans le public des enjeux et procédures nous donnent une image incertaine, parfois contradictoire, de l'organisation des systèmes de protection, bien que l'importance du problème soit aujourd'hui dramatisée.

Philippe Lemoine (*op. cit.*) nous dit que « les enjeux soulevés par le commerce électronique sont bien des enjeux de liberté, publics et privés, et ne se résument pas à des questions de *privacy* ». Le sociologue français Serge Gauthronet écrit: « Je ne crois guère aux réponses technologiques aux problèmes de protection de la vie privée sur Internet. » The *Economist* titrait en mai 1999 son article sur la «

société de surveillance », « The end of privacy » (La fin de la vie privée), *précisant « les procès judiciaires relatifs à l'application des lois sur la vie privée ont rarement du succès, sauf en France, et même là ils sont rares... les tribunaux trouvent presque impossible de définir précisément la *privacy*... Le souci de la vie privée est une valeur résiduelle, difficile à définir ou à protéger dans l'abstrait ».

Faute de recherches systématiques, il n'est pas aisé de se faire une opinion claire sur l'efficacité des différents systèmes de protection

Nous pouvons cependant dégager trois observations **finales**

Préférence à la loi, conjuguée à divers moyens d'autorégulation

La pratique européenne de *législation générale* s'appliquant au traitement des données personnelles nous semble, en principe, la meilleure base des garanties des droits des usagers, comme nous l'avons exposé plus haut.

Certes, toute formule législative comporte des rigidités d'adaptation de ses dispositions à l'évolution de l'environnement, plus importantes que celles reposant sur la dynamique des marchés. Mais les lois comportent souvent des dispositions de flexibilité, et, opérant dans des économies de marché, sont tout à fait compatibles avec des initiatives privées destinées à accroître la sécurité ou à simplifier leur utilisation. L'efficacité des systèmes légaux de protection devrait être elle-même évaluée périodiquement. On aimerait aussi voir se développer en Europe l'activité d'organismes privés suivant de près l'application des mesures de protection.

Coopération internationale et règles de base communes

Les systèmes de protection correspondent à des *environnements culturels spécifiques*, alors que l'utilisation des procédés d'interaction électronique est organisée dans le cadre de systèmes *globalisés*. Il est donc important que soient mis au point des moyens de faciliter l'interaction entre ces différents systèmes, dans l'intérêt des consommateurs. On pense bien sûr d'abord à des *conventions internationales* qui pourraient poser des bases générales communes, car en fait tous les systèmes comportent des critères de qualité de la protection qui ont bien des points communs, mais qui pourraient être précisés et améliorés. Des étapes intermédiaires, sous forme d'accords plus limités, ouvriraient la voie, comme la négociation en cours, sur ce point entre l'Union européenne et les Etats-Unis.

Nécessité de recherches comparées sur les acteurs, les systèmes de protection et leur évaluation

L'importance du thème de la protection de la vie privée à l'aube du commerce électronique et l'amélioration incessante des moyens techniques de transmettre

des données supposent une connaissance plus approfondie des processus, des mécanismes et des conditions d'efficacité des systèmes de protection. Il en est de même des conséquences sur la vie privée des nouvelles conceptions stratégiques du management, qui placent le consommateur en position de cible mais qui privilégient, en principe, son autonomie.

La diffusion très rapide d'Internet et des services qui lui sont liés est susceptible de modifier rapidement la demande de vie privée comme l'offre de moyens de protection. La globalisation des activités ne peut que pousser à une certaine convergence des systèmes. Il faut se demander si les attitudes elles-mêmes vis-à-vis de la vie privée et de la confidentialité, dans nos sociétés, ne sont pas en train de changer. Nous disposons de nombreuses études, rapports, commentaires de la presse spécialisée, mais la recherche scientifique, notamment sur le plan psychologique, sociologique, économique et managériale, nous semble encore limitée ' en tout cas, et peu disponible. Des travaux comparatifs seraient particulièrement bienvenus. Nous avons évoqué dans le groupe l'intérêt de disposer, au moins en Europe, d'un « observatoire de la vie privée ».

CHAPITRE 3

Les paradoxes de la protection de la vie privée

François RIGAUX

LA VIE PRIVÉE, UNE LIBERTÉ PARMIS D'AUTRES

Si important qu'il soit pour l'épanouissement de la personnalité de ses titulaires, le droit au respect de la vie privée n'a pas une valeur absolue. Pas Plus, d'ailleurs, que d'autres libertés non moins fondamentales, telle la liberté d'expression. Une société n'atteint son équilibre que si elle réussit à concilier des demandes antinomiques, et les personnalités individuelles ne sont aptes à faire valoir toutes leurs virtualités que si elles tempèrent le principe de plaisir du principe de réalité. Pareille harmonie ne saurait être préétablie, la balance penche tantôt d'un côté tantôt de l'autre, on ne saurait à aucun moment présager le vainqueur. Il dépend des circonstances que la liberté d'expression, l'intérêt public, les intérêts personnels ou économiques d'un autre individu l'emportent ou non sur la vie privée de la personne qui se plaint de l'atteinte qu'elle aurait subie.

La formule habituelle d'une recherche d'équilibre entre deux libertés antinomiques, ce que les Américains appellent *balancing test*, les Allemands *Interessenabwägung*, est largement illusoire car, au terme de cette recherche, un intérêt ou une liberté fait nécessairement céder l'autre. Quand deux libertés fondamentales entrent en conflit, la recherche d'une solution consiste à tenter de les ajuster l'une à l'autre afin d'aboutir à l'élaboration d'une règle nouvelle justifiant la décision finalement retenue : entre les deux parties, celle qui se prévaut du droit au respect de la vie privée, celle qui avance pour sa défense l'exercice d'une autre liberté ou la défense d'un intérêt légitime, le juge doit finalement choisir l'une aux dépens de l'autre.

LES CONCEPTS INDÉTERMINÉS ET LES RÈGLES CONDITIONNELLES

La directive européenne 95/46

La directive 95/46 CE du Parlement et du Conseil des Communautés européennes du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données procure un excellent exemple de la nécessité où s'est trouvé le législateur communautaire de recourir à des concepts indéterminés (*unbestimmte Begriffe*) et à des normes conditionnelles*.

Le recours à une autorité de contrôle apte à évaluer avec souplesse des intérêts conflictuels est un autre exemple de l'abandon par le législateur des modes traditionnels de règlement des conflits. Une autorité administrative indépendante du type de la Commission nationale de l'informatique et des libertés n'est pas seulement investie du pouvoir de contrôler, au nom de l'intérêt général, le fonctionnement des entreprises gérant des données à caractère personnel, elle est aussi chargée de la tutelle des personnes dont la vie privée est menacée. Tutelle est ici une expression rigoureusement exacte, l'expérience ayant démontré que les particuliers n'usent guère des voies d'accès et de recours que le législateur leur a ouvertes à titre individuel. Comme l'écrivent des auteurs bien informés, « la protection judiciaire est, en la matière, un leurre »¹.

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.

Les notions les plus usuelles dans le champ couvert par la protection de la vie privée ont un tel caractère de généralité qu'elles résistent à tout effort de définition. Le concept lui-même est déjà, de ce point de vue, rébarbatif. Qu'est-ce qui distingue la vie privée de la vie publique ? De quel côté ranger les activités professionnelles ? Pourquoi toutes les tentatives de cerner un « noyau dur » de la vie privée, un glacis infranchissable ont-elles échoué sinon parce qu'une telle entreprise est vouée à l'échec² ?

* *Note de l'éditeur*: Le chapitre 3, de F. Rigaux, publié dans le *Cahier II*, développe cette position.

¹ Th. Leonard et Y. Pouillet, « La protection des données à caractère personnel en pleine révolution », *Journal des tribunaux*, Bruxelles, 1999, 377- 396, n°69 ; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, 1990, n°536

² F. Rigaux (n. 2), n°s 276, 647, 650-651.

La vie privée des personnages publics

Dès 1907, le législateur allemand n'a pas subordonné au consentement de la personne représentée la divulgation de l'image des « personnages de l'histoire contemporaine » (*Personen der Zeitgeschichte*). La loi italienne n° 633 du 22 avril 1941 sur la protection du droit d'auteur et d'autres droits connexes s'est inspirée de l'exemple allemand en y ajoutant une définition élaborée des destinataires de l'exception :

Le consentement de la personne représentée n'est pas nécessaire quand la reproduction de l'image est justifiée par la notoriété de cette personne ou par la fonction publique qu'elle occupe, par les besoins de l'administration de la justice ou de la police, par des motifs scientifiques, didactiques ou culturels, ou quand la reproduction est liée à des faits, des événements ou cérémonies d'intérêt public ou qui ont lieu en public (art. 97, al. 1^{er}).

Dans les deux lois, l'exception est suivie d'une réserve:

Le portrait ne peut toutefois être exposé ou mis dans le commerce quand pareille divulgation porte atteinte à l'honneur, à la réputation ou encore à la considération (*decoro*) de la personne représentée (art. 97, al. 2 ; comp. l'article 23, al. 2, KunstUhrG).

L'expression correspondante est, aux États-Unis, celle de *public figure* (personnage public). Certains arrêts qui utilisent cette expression ne laissent pas d'évoquer « *the questionable and indefinable status of public figure.* ».

À côté de la tentative italienne de définir par la voie d'une énumération combinée avec l'indication des circonstances justifiant qu'il soit passé outre à l'absence de consentement, il faut mentionner la séparation des personnages publics en deux principales sous-catégories, ceux qui revêtent cette qualité de manière absolue et illimitée (*public figures for all purposes*) et ceux qui ne l'atteignent que de manière restreinte (*limited public figures*). La doctrine allemande connaît une distinction similaire entre « *absolute und relative Personen der Zeitgeschichte* ».

Les notions de personnage « relatif » ou « absolu » de l'histoire contemporaine paraissent aujourd'hui usuelles dans la jurisprudence allemande.

Une distinction plus pertinente que la précédente consiste à savoir si le statut de personnage public a été acquis volontairement par une personne ou si celle-ci a été, à son corps défendant, projetée dans le champ de l'actualité. Les victimes d'accidents, de crimes et de catastrophes naturelles appartiennent à la seconde catégorie et elles n'acquièrent leur statut de personnages publics qu'à des fins limitées et pour une brève période de temps. Mais si les ayants droit de la victime d'un acte criminel prennent l'initiative d'une action de solidarité en faveur

d'autres victimes de crimes analogues, ils se transforment en agents volontaires de leur propre notoriété.

Les organes de l'autorité publique (*public officials*) n'occupent pas tous la même position dans la galerie des personnages publics. Sans doute leur statut les expose-t-il tous à l'intérêt et à l'attention des administrés, mais alors que seuls ceux qui remplissent des fonctions de haute responsabilité sont de manière permanente placés sur le devant de la scène sociale, les agents subalternes n'y feront que des apparitions épisodiques et ils appartiennent en cette qualité à la sous-catégorie des personnages publics « relatifs ».

Non seulement les textes de 1907 et de 1941 sont à certains égards dépassés mais ils ont pour objet exclusif la reproduction d'un portrait ou d'une image photographique. La divulgation de faits existentiels n'est pas visée et quand elle se combine avec la reproduction d'images elle présente la plus grande menace pour la vie privée. Sans doute cette idée n'est-elle pas entièrement absente des anciennes législations mais elle n'apparaît qu'au titre de tempérament dans le second alinéa de chacun des deux articles. Il serait, dès lors, excessif de soutenir que la liberté de reproduire le portrait d'un personnage public emporte celle de dévoiler tous les faits relatifs à sa vie privée. Mais l'opinion radicalement contraire ne serait pas moins erronée : toujours difficile à tracer, la séparation entre la vie publique et la vie privée se déplace aux dépens de la *privacy* des personnages publics. L'intérêt public et le devoir de transparence des personnes qui exercent quelque forme de pouvoir justifient que leurs droits de la personnalité subissent des atteintes qui seraient illicites si elles étaient commises au préjudice d'un simple particulier.

Une sous-catégorie de notables qui n'a pu être envisagée en 1907 ni même en 1941 inclut les artistes et les sportifs qui, à la rémunération obtenue pour leurs prestations, soit artistiques, soit sportives, joignent aujourd'hui la possibilité de tirer un profit de leur image et de leur notoriété. Ainsi patrimonialisée, l'image sort du domaine public où la notoriété de la personne représentée l'aurait placée, et elle acquiert une valeur marchande qui cesse de pouvoir être appropriée par quiconque tout en constituant une autre manière d'apparaître sur la scène publique.

Les publications de divertissement

Sans être privées de toute protection, d'autres catégories de discours sont astreintes à plus de retenue. Telles les publications de divertissement (*entertainment*) qui bénéficient de la liberté d'expression même si c'est à un degré moindre que « la presse sérieuse » (v. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 mars 1990, Affaire Groperra Radio AG et autres c. la Suisse).

Plusieurs motifs ont concouru à l'assimilation de la presse sérieuse et des publications de divertissement. D'abord, que les moyens de communication ne seraient guère viables s'ils ne contribuaient aussi à divertir le public. Ensuite, que le divertissement a une valeur pédagogique, ainsi que l'attestent les plus sages de nos devanciers³. Un troisième motif d'étendre la liberté d'expression aux publications de divertissement est la difficulté de tracer une ligne de démarcation nette entre l'information et le divertissement: *The line between the informing and the entertaining is too elusive for the protection of..* [freedom of the press].

Le message publicitaire

Les publications poursuivant un intérêt économique ou égoïste et notamment les messages publicitaires sont moins bien protégés que les informations sur un sujet d'intérêt général et les publications de divertissement. Jusqu'à une époque relativement récente la Cour suprême des États-Unis avait soustrait le message publicitaire à la protection du premier amendement pour y accorder ensuite une protection inférieure à celle qui appartient aux autres publications⁴.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le message publicitaire entre dans le champ d'application de l'article 10 de la Convention. Cela inclut la liberté de diffuser des messages publicitaires sur la toile (Web). Force est, dès lors, de se résigner à l'indéterminabilité des concepts essentiels et, par conséquent, de 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.

LA PUBLICISATION DE LA VIE PRIVÉE

Voici un autre paradoxe. 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.

Le droit de réponse, l'obligation de publier un démenti des faits allégués, le devoir de rétractation et la publication de la décision judiciaire ayant condamné l'auteur d'une atteinte à un droit de la personnalité sont des moyens de redressement empruntés à la matière de la diffamation mais dont l'extension aux atteintes à la vie privée ne paraît guère adéquate. Autant il peut paraître

³ Érasme, *Éloge de la folie*, § 44, « Rabelais, Gargantua », Prologue; Montaigne, *Essais*, I, 26 (« On doit ensucrer les viandes salubres à l'enfant et enfieller celles qui lui sont nuisibles » Fénelon, *De l'éducation des filles*, chap. VI, *Œuvres*, Bibl. de la Pléiade, t. 1, 1983, p. 118-119.

⁴ F. Rigaux (n. 2), n^{os}181-182.

efficace — jusqu'à un certain point — de faire constater publiquement la fausseté du fait ayant porté atteinte à l'honneur ou à la réputation, autant la mise en œuvre de ces moyens n'a d'autre effet que d'aggraver le préjudice de la victime d'une atteinte à la confidentialité ou au secret, qui sont l'essence même de la vie privée. Toute forme de publication ne peut que démultiplier les conséquences nocives d'une agression qui serait sans doute passée inaperçue si la publicité des débats et les mesures de redressement ordonnées n'avaient considérablement multiplié les destinataires d'une information tenue pour illicite⁵.

L'action portée par J. D. Salinger contre Ian Hamilton a contraint l'écrivain à sortir de sa retraite, à se rendre à New York pour comparaître devant la *district court* fédérale saisie du litige et à se soumettre à une *cross-examination* qui l'a mis contre son gré mais par le fait de son initiative face à la partie adverse et en présence du public.

Un autre exemple paradoxal est la faculté de se faire rayer de la liste des destinataires d'un courrier publicitaire : pour obtenir une telle radiation encore faut-il se faire connaître et quitter sa solitude. Même une mention aussi anodine que celle qui est apposée sur les boîtes aux lettres jette une lumière précise sur la personnalité de celui ou de celle qui a pris une telle initiative.

On a souvent lié la prise de conscience de Warren et Brandeis à la formation d'une société de masse. L'expression *mass media* a une double signification. Selon *The Oxford English Dictionary*, *mass medium* apparaît pour la première fois en 1923 (v° *Mass medium*) et il désigne un moyen de communication qui atteint un nombre considérable de personnes. En français, l'expression n'est utilisée que sous la forme « média » (la place de « médium » étant déjà prise par la science vocale et par la parapsychologie), pluriel latin employé au singulier et pourvu d'un s au pluriel. Quoi qu'il en soit, les moyens de communication sont aussi « de masse » parce qu'ils sont gérés par des pouvoirs de plus en plus concentrés et puissants. La feuille locale qui avait suscité l'irritation de Warren a cessé d'être la principale menace pour la réputation et la vie privée. Les informations recueillies et disponibles sur un réseau informatisé ont une circulation plus étendue que celle de la plupart des périodiques.

Avant Warren et Brandeis, seuls les procès en diffamation (*libel ou slander*) protégeaient certains aspects de la vie privée. La révélation d'un fait véridique n'était pas punissable, il n'existait pas de droit au secret. Mais les constitutions libérales protégeaient contre l'arbitraire étatique la jouissance paisible du domicile et le secret des lettres, c'est-à-dire un espace et un objet réputés inviolables. Là se trouvait sans doute l'embryon de ce que nous appelons aujourd'hui vie privée. La nouveauté provient de progrès techniques, mais aussi de la massification de la vie en société.

⁵ *Ibid.*, n^{os} 287-290.

Non seulement après une atteinte à la vie privée la riposte porte le fait à un niveau supérieur de publicité, mais elle relève elle-même du droit public. L'exercice d'une action judiciaire consiste à chercher protection auprès des organes de l'État, que la séparation des pouvoirs permette à un juge de réparer le dommage causé par un acte illicite de l'administration ou que le conflit d'intérêts entre deux particuliers soit transféré à ce lieu public qu'est l'enceinte d'un tribunal.

La constitutionnalisation de la vie privée et sa prise en compte par divers instruments internationaux ne sont pas moins remarquables. Le droit des citoyens au secret est élevé au même rang que les libertés plus traditionnelles héritées de nos ancêtres. D'où les conflits de libertés précédemment évoqués. 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.

L'EXPLOITATION ÉCONOMIQUE DES ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ

À ses origines et sous ses diverses formes, droit de la personnalité en Allemagne, *right to privacy* aux États-Unis, protection des intérêts personnels selon la législation suisse, mur de la vie privée en France, les attributs de la personnalité revêtent une nature purement extrapatrimoniale⁶. Ce mur qui, d'après la formule de Royer-Collard, placerait une cloison infranchissable entre la vie privée et la vie publique, ne séparerait pas de manière moins abrupte, du monde grossier des intérêts financiers et des affaires, l'univers éthéré et même désincarné, de la personnalité individuelle. Incarnant cette vision idéalisée de l'être humain, les droits de la personnalité s'érigeraient purs de toute souillure face aux institutions traditionnelles de la propriété, des obligations et des contrats, à l'ombre desquelles les humains pèsent, comptent et transigent.

Dressé contre l'action dévastatrice des médias, menacé par les moyens nouveaux de contrôle et de surveillance, le *right to privacy* a très vite dû composer avec son ennemi. Celui-ci le mina de l'intérieur, les agences de publicité, qui avaient un peu au hasard choisi parmi les citoyens ordinaires les images dont elles avaient besoin, découvrirent bientôt qu'en offrant une rémunération honnête à des modèles qualifiés et disposés à les servir, elles feraient l'économie de procès coûteux et donneraient plus de régularité à leur activité.

⁶ Après l'article de E. H. Perreau, « Des droits de la personnalité », *Rev. tr. dr. civ.*, 1909, 501-536, qui passa comme inaperçu, le premier auteur français sensible au problème fut Roger Nerson, dont la thèse de 1939 fut précisément intitulée *Les droits extrapatrimoniaux*.

Ainsi, le régime des contrats a circonvenu les droits de la personnalité qui, d'un seul mouvement, sont entrés dans la sphère patrimoniale et dans l'espace public. 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 éloquemment qu'en se patrimonialisant le droit de la personnalité est aussi devenu public.

Le droit au respect de la vie privée est, par nature, défensif: son titulaire entend protéger contre toute agression, toute immixtion, la solitude, la vie paisible et discrète dont il a fait le choix. La paix de son esprit est troublée, sa sensibilité offensée quand les faits personnels qu'il veut tenir secrets sont souillés par des regards trop insistants. Le titulaire du *right of publicity*, au contraire, veut conquérir sa part de marché, ce sont des intérêts patrimoniaux qu'il fait valoir dès qu'il découvre que le profit qu'il tire ou peut tirer de son image (physique ou existentielle) est confisqué par un autre. Le discours obéit à une logique rigoureuse, celle du marché: est-il tolérable qu'une personne s'enrichisse en expropriant le sujet sans indemnité ?

En principe, le *right of privacy* et le *right of publicity* ne peuvent entrer en concurrence. C'est l'un ou c'est l'autre. Quand un transsexuel, ayant cédé à un périodique le droit de divulguer le récit des opérations subies pour obtenir l'alignement du sexe sur le genre, exerce l'action contractuelle tendant au paiement de la totalité de la rémunération convenue, et est débouté parce que le juge estime le contrat contraire aux bonnes mœurs, le demandeur ne peut se rabattre sur une demande d'indemnité au titre de l'atteinte à son droit au respect de la vie privée (Paris, 21 janvier 1972, *Gaz. Palais*, 1972, I, 375). Cette décision date assurément, et la conception des bonnes mœurs qui y est avancée doit paraître aujourd'hui rétrograde. Mais ce que la décision marque correctement est qu'il ne saurait y avoir atteinte au droit au respect de la vie privée quand le sujet déclare avoir consenti à la divulgation moyennant rémunération mais juge le prix payé insuffisant.

Le demandeur est parfois victime de sa naïveté quand il forme deux demandes alternatives, l'une pour obtenir une indemnité pour l'*invasion of privacy* et l'autre réclamant le paiement d'un montant identique au titre de participation au profit procuré par le livre dont la publication lui aurait fait grief. Telle, aussi, la cantatrice réclamant ou une indemnité réparant la violation de son droit à l'image ou une participation dans le profit recueilli par le défendeur.

Toutefois, des figures intermédiaires ne laissent pas d'apparaître. La personne qui découvre que son image a une valeur publicitaire est prête à consentir à ce qu'il en soit fait usage si elle participe aux bénéfices. Mais peut- être obtiendrait-elle une indemnité plus substantielle si elle parvient à monnayer la souffrance morale dont elle se prévaut. À l'autre bout du *continuum* qui va d'une pure *privacy* à un rigoureux *right of publicity*, il se peut que le modèle professionnel ressente les circonstances dans lesquelles son image a été utilisée, mais, ici encore, l'octroi d'une rémunération adéquate suffira sans doute à apaiser

le grief initial. Et comme la réparation du dommage prendra presque toujours la forme d'une indemnité pécuniaire, il est souvent difficile d'évaluer les intentions réelles du demandeur.

Une décision d'une juridiction fédérale siégeant dans l'État de New York a bien mis en relief les traits spécifiques du *right of publicity*. Selon ce jugement, qui concerne le cinéaste et acteur Woody Allen, « une personne célèbre peut se prévaloir d'un investissement commercial analogue dans la " force d'attraction " (*the drawing power*) de son nom et de son image pour promouvoir la vente de produits et pour lancer une carrière dans le marché » (*in marketing a career*)... La Cour suprême de l'État de New York qualifie le droit d'une partie à la cause de « droit de propriété sur la personnalité publique ».

L'exploitation économique des attributs de la vie privée s'ajoute aux paradoxes déjà évoqués. Elle transforme l'inspiration initiale sous deux aspects : elle patrimonialise un droit conçu à l'origine comme non patrimonial, et elle jette dans la circulation publique un bien qui n'avait au départ d'autre prix que celui de l'intimité. La cession à autrui du droit d'exploiter les attributs de la personnalité et, à plus forte raison, l'exploitation professionnelle de ceux-ci ont pour effet de les rendre publics, de les projeter dans la sphère publique. Patrimonialisation et publicisation vont ici de pair. Fausse à l'origine, l'idée que chaque personne a un droit de propriété sur sa propre image devient vraie quand le sujet lui-même transforme son droit « non patrimonial » exclusif en droit de propriété.

NATURE INADÉQUATE DES TAXINOMIES BINAIRES

La doctrine du droit au respect de la vie privée est un excellent test du caractère inadéquat des taxinomies binaires, c'est-à-dire des systèmes de classification divisant toutes choses en une entité et son contraire.

La division des sexes est le paradigme — largement dépassé — de pareille taxinomie, mais les concepts mis en œuvre par la méthodologie de la vie privée en sont des tests non moins convaincants. Pour commencer, l'opposition vie privée – vie publique. Mais aussi la distinction entre les personnes que leur position sociale classerait dans la catégorie des personnages publics et celles qui ne sortiraient pas de la sphère privée. C'est encore par scissiparité que les personnages publics se diviseraient en sous-groupes allant par paires⁷.

Alors que les droits de la personnalité seraient apparus comme les droits non patrimoniaux par excellence, et que cette originalité les aurait opposés aux droits

⁷ Pour une critique plus systématique des taxinomies binaires, v. F. Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1997, p. 69-70, 250-251.

traditionnels, le droit de propriété, le droit de créance, l'évolution qu'ils ont subie, conduit à remettre fondamentalement en question la division entre ces deux sous-catégories de droits. 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. Les attributs de la personnalité, tous les attributs de la personnalité, sont dans le commerce, et le consentement du sujet suffit à faire basculer une prérogative individuelle, rigoureusement « personnelle », dans le marché d'échanges. Non seulement pareil consentement a son prix mais ce prix sert à évaluer le dommage du sujet qui n'a pas consenti à l'utilisation d'un attribut de sa personnalité.

La patrimonialisation des droits de la personnalité aide à découvrir le dualisme interne de tous les autres droits, y compris ceux qui sont encore tenus pour purement patrimoniaux. La revendication du droit au travail, par exemple, vise sans doute et apparemment au premier chef à obtenir les ressources nécessaires à l'existence, mais même quand les besoins essentiels du chômeur et de sa famille sont satisfaits, la revendication demeure. Certains pourront regretter que l'accès à un travail rémunérateur, que la participation aux forces productrices de la société soient requis pour que la personne puisse pleinement s'épanouir, mais la perte de l'emploi est ressentie comme un effet de la fracture sociale beaucoup plus mal assumé que les inégalités de revenus. De même, le droit au logement va au-delà des prestations tenues pour patrimoniales: la mise d'un bien immobilier à la disposition du locataire moyennant le paiement d'un loyer. Si ces contrats ont traditionnellement été classés parmi les actes de nature patrimoniale, c'est parce que ce caractère prédomine selon la perspective du chef d'entreprise ou du propriétaire. Même si l'élément non patrimonial n'est pas totalement étranger à ceux-ci, il est le plus souvent étouffé par l'élément purement économique. Mais la relation s'inverse quand on passe de l'employeur au travailleur, du propriétaire au locataire.

L'EXPLOITATION IDÉOLOGIQUE DU CONCEPT DE VIE PRIVÉE

La *privacy* est une plante de culture bourgeoise. Elle était ignorée ou méprisée des cours et des milieux aristocratiques où les secrets les plus intimes se passaient de bouche à oreille. Le goût du secret est une vertu puritaine et bourgeoise. La vie privée des riches est protégée par les murs dont ils s'entourent et par les domestiques qui les séparent de la société globale qu'ils ne connaissent que par la fréquentation de leurs pairs et la domination de leurs subordonnés. Les membres de ce groupe social ont mal supporté la curiosité des médias et surtout la manière dont ceux-ci s'étaient insinués parmi les producteurs triomphants. Dans les souvenirs publiés sous son nom, Greta Garbo a déclaré que la *privacy* dans laquelle elle s'était séquestrée après la fin de sa carrière n'avait été possible que grâce à son indépendance financière. *To defend my achievement I*

choose as weapon complete silence. You can use that weapon very successfully if you have enough money to maintain absolute privacy.

Le droit à la solitude n'a guère de sens pour la majorité des êtres humains, à la recherche d'un emploi ou d'autres moyens d'existence et prêts à se soumettre à des interrogatoires et à des tests pour s'intégrer à la société. Tant les États que les entreprises les plus puissantes, « nouveaux maîtres du monde » (*Le Monde*, 29 septembre 1999), ont intérêt à encourager la fuite dans le privé.

À une époque où plus rien n'est secret qui ne trouve acquéreur, le marché a réussi à coloniser ces attributs de la personnalité qu'avec une naïveté touchante les juristes allemands de l'époque romantique tenaient pour l'expression la plus pure de la singularité de l'être humain. Les défenses que les juges opposent à l'exploitation non autorisée de la personnalité d'autrui ne servent plus qu'à faire monter les enchères. Seront seules irrémédiablement traquées les informations qui intéressent à juste titre le public parce que la personne qu'elles visent a trop d'intérêt à les tenir secrètes. Déjà explicables par la conditionnalité des préceptes et l'indétermination des concepts, les hésitations et les balancements de quelques juges ont aussi pour cause une interrogation plus radicale sur la place à donner aux valeurs non patrimoniales de la vie privée dans une société dominée par les lois de l'échange marchand.

CHAPITRE 4

Stratégies sur les marchés d'information

Pierre TABATONI

Il existe des *marchés de données personnelles*, marchés d'information où se rencontrent des clients ou des intermédiaires, qui *offrent* ces données, et des entreprises qui les *demandent*, et sont prêtes à les « rémunérer » dans des conditions acceptables par l'une et l'autre partie. La forme et la procédure de négociation des « contrats » comporte des caractéristiques de « contrats d'adhésion » (comme un billet d'avion), mais ils doivent aussi permettre au client d'exprimer ses préférences sans équivoque. Une réglementation de type européen, ou des règles d'autorégulation comportant des obligations, limitent, mais n'excluent pas la possibilité pour les firmes et les consommateurs de négocier des données sur les marchés d'information. Un consommateur est libre de choisir les règles de l'entreprise.

Nos connaissances sur l'« offre de données » par les consommateurs, c'est-à-dire leurs attitudes à l'égard du secret de leur vie privée, leurs stratégies vis-à-vis des firmes, sont sommaires. Elles relèvent de la psychosociologie.

Ce chapitre s'intéresse donc à la *demande* et à *l'organisation de ces marchés* par l'entreprise.

La vie privée, si fortement liée aux valeurs de société, on l'a vu, peut-elle être objet d'échange ? Les juristes en débattent. Pour F. Rigaux¹,

« dans une société qui forme un marché d'échange généralisé il n'est guère de biens de la personnalité qui ne puissent, avec le consentement du sujet, se transformer en valeur patrimoniale... La protection qui est accordée par la loi à la vie privée est entourée d'exceptions tellement nombreuses et indéterminées que le prétendu droit subjectif à la vie privée est une caricature illusoire des droits subjectifs traditionnels » (chap. 3).

Chaque client interprète la valeur patrimoniale de son droit selon ses opinions, influencées par les normes culturelles de sa communauté.

¹ F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, n. 1-1 ; R. Gellman, *Does privacy law work ?* (in Ph. Agre et M. Rotemberg, *op. cit.*, chap. 7).

L'économiste se demande à qui, en pratique, du consommateur ou de l'entreprise, est affecté l'exercice de ce droit. Pour le prix Nobel d'économie, Ronald Coase, l'affectation souhaitable relève essentiellement du marché. Selon son principe de base, l'allocation optimale de ces droits, à l'une ou l'autre partie, est celle qui minimise les *coûts de transaction* du traitement et de la gestion de l'information, y compris les *coûts de négociation*. C'est une réponse de la théorie économique.

Marchés de détail et marchés de gros des données personnelles

Les textes qui précèdent ont abondamment souligné le caractère *stratégique des informations*. Leur collecte, leur redistribution, leur valeur économique est déterminée sur des *marchés de l'information*².

Dans un *marché de détail* par exemple, le client négocie, avec une entreprise, les conditions de cession et d'utilisation des données qu'il accepte de lui laisser collecter, traiter, et le « prix ». Tous les marchés de détail sont connectés avec des *marchés de gros*. Il faut entendre par là les négociations de données personnelles qui se pratiquent entre des firmes qui collectent et utilisent massivement les données, qui les traitent afin de les rendre mieux négociables, en dégageant des valeurs ajoutées. Concrètement, la *négociation entre firmes porte sur des banques de données*, qui peuvent être traitées, pour les adapter à une utilisation spécifique. Aux États-Unis différentes bases de données permettent de suivre l'évolution des entreprises d'information, et d'apprécier les marchés³. En Europe le travail d'analyse et de synthèse reste, pensons-nous, à faire, et devrait intéresser économistes et gestionnaires.

L'information dans les bases de données américaines

On compte une soixantaine de firmes, très actives, sur les marchés de gros. Dans la rubrique *Data Processing Software and Services* (DPSS) de *Hoovers on line*, figurent, par exemple, *Axiom*, gérant des bases de données couvrant près des quatre cinquièmes de tous les ménages américains, et aussi *Automatic Data Processing*, *Ceridian*, *Cybersource*, *Docucon*, *First Data*, *Innodata*, *Lason*, *National Data*, *Sandata*, *Total System Services*. On peut aussi consulter les rubriques *Information Technology Services*, *Internet Information Providers*, *Internet and Intranet Software and Services Providers (ISS)* Dans la rubrique *Market and Business Research Services (MBRS)*, *Info-États-Unis* couvre près de 200 millions de consommateurs américains et canadiens. Citons aussi: *Ac Nielsen*, *Aegis*, *Andromedia*, *Engage Technologies*, *Forrester Research*, *Giga Information*,

² P. Tabatoni, «Le respect de la vie privée, contraintes et opportunités stratégiques sur les marchés », *Revue française de gestion*, juin 2000.

³ Je remercie Valérie Berquier-Ghérold, qui m'a aidé à explorer différentes bases de données.

Information Ressources, Keynotes Systems, Media Metrix Meta Group, Taylor Nelson...

Ces bases de données, qui exposent les caractères de chaque entreprise et du marché, ne disent rien sur les prix des données. Seule une étude fine des comptes d'exploitation de chaque entreprise permettrait d'apprécier la rentabilité des négociations de données personnelles. Plus globalement, il apparaît dans le secteur ISS, le plus proche de nos intérêts, que le *rendement sectoriel moyen sur capital investi* a été, en 1998, environ deux fois plus fort que sur le marché dans son ensemble. Le rapport *cours boursiers/valeur comptable*, qui est un bon indicateur de la valeur ajoutée par les firmes, a été, dans le secteur en question, cinq fois plus élevé que sur l'ensemble de la bourse. Les marchés de gros sont donc financièrement intéressants, même si souvent la marge nette de profit reste négative.

On observe que les *sociétés de logiciels* et les *sociétés de publicité* occupent une place de plus en plus grande sur ces marchés. Outre les données qu'elles peuvent collecter sur leur réseau propre de transactions en ligne, lorsqu'elles sont établies, elles peuvent toujours s'adresser au marché de gros des données. Il est alimenté par les *ventes en gros de bases de données* réunies par ces entreprises spécialisées que nous avons présentées plus haut. On comprend combien les entreprises sont désireuses de pouvoir collecter, sans trop d'entraves, des masses de données, et de pouvoir les revendre à des tiers. Le facteur « vie privée » intervient donc directement.

En effet, en traitant leurs stocks de données personnelles sous forme directement utilisable par leurs firmes clientes, elles obtiennent une plus forte valeur ajoutée. Par exemple elles vendront à leurs firmes clientes des propositions publicitaires ciblées sur Internet. On voit ainsi se développer de véritables réseaux de firmes de publicité (*advertising networks*) qui peuvent gérer plus rationnellement et rentablement l'ensemble de leurs bases de données. La base d'information *WSAN (Wall Street Research Net)* analyse les performances de 22 parmi les plus grandes firmes, regroupées dans un *Internet Advertising Index*.

Les ressources financières des entreprises d'information

Une entreprise qui lance un service Internet nouveau a besoin de capitaux pour financer ses dépenses initiales et assurer la lourde charge de promotion publicitaire. C'est le *capital risque* qui répond à cette demande, ou des crédits de recherche publics consacrés à la Défense, qui ont d'ailleurs, dans le passé, fourni des bases d'une forte avance technique des États-Unis, dans certains secteurs de l'information.

Aujourd'hui le financement du risque est fourni par d'innombrables organismes financiers, qui, à vrai dire, recherchent avidement, et en compétition,

des occasions d'investissement. On constate que l'abondance de ces fonds a incité les entrepreneurs innovateurs à venir sur le marché avec des idées à peine développées, dont les perspectives de rentabilité sont fort incertaines. Mais c'est l'origine du marché électronique *Nasdaq*, spécialement ouvert aux nouvelles techniques. La hausse vertigineuse des cours a facilité toutes les opérations de lancement, de restructuration, de développement. Elle a permis de nombreuses opérations de fusion, et de financement par obligations convertibles à bon marché, la conversion de ces obligations se faisant ultérieurement en actions dont le cours est surcapitalisé. Elle a plus généralement facilité le financement par endettement, dans une perspective de hausse future des cours des actions, et de l'activité.

Mais l'incertitude sur les profits futurs a créé sur les marchés financiers une *forte volatilité des cours*, qui pousse les financiers à de fréquents arbitrages, et les rend progressivement plus prudents. Du 10 mars au 14 avril 2000, l'indice *Nasdaq* a chuté de 34,2 %! Depuis baisse et reprise se succèdent, de manière de plus en plus sélective.

Une industrie à rendement croissant

Toutes les remarques ci-dessus reviennent à rappeler que l'on se trouve dans une industrie à *rendement croissant*. Un investissement initial important (réseau physique, logiciels, réseau commercial et frais de promotion initiale, recrutement de personnels hautement qualifiés et innovateurs ...) peut être par la suite fortement exploité à un coût marginal très faible. La stratégie évidente est d'occuper le marché des services aussi rapidement que possible, *to get big first*, grâce à une publicité intensive et ciblée. Mais, de plus en plus, conquérir rapidement des parts de marché à court terme apparaît moins important que d'assurer la disponibilité d'informations bien ciblées sur les consommateurs, qui sont la base du développement à long terme. Il convient en tout cas d'absorber des firmes moins importantes en taille, mais très innovatrices, qui renouvellent les marchés, sous réserve du risque des lois antitrusts (v. Microsoft aujourd'hui). Enfin aucune position monopolistique n'est assurée face à la création continue de nouvelles firmes exploitant une idée nouvelle sur Internet, et provenant de secteurs très divers.

Pour s'assurer une position privilégiée sur le marché des données, et disposer d'un stock constamment accru et renouvelé d'informations, les grandes entreprises d'information tendent à se transformer en *portails*. Un portail offre à ses clients, entreprises ou consommateurs, une grande variété de services d'usage d'Internet, et ses opérations de fusion ou d'alliances stratégiques accroissent l'étendue de son réseau avec des données personnelles plus « fines », plus nombreuses, et qu'il est possible de croiser, comme *AOL*, *YAHOO FREESERVE*, et *T-on LINE*. Dans le chapitre 5, Valérie Berquier-Ghérold présente la notion et le rôle des *portails communautaires*.

La gestion stratégique des données personnelles

Aujourd'hui toute *stratégie* doit placer le consommateur au centre des activités d'une firme, qui doit s'organiser en conséquence (*customer relationship management*). Le problème de la qualité et de la sécurité des données est, avec les difficultés logistiques, l'un des facteurs limitant une extension rapide du commerce électronique. La firme doit aussi organiser sa mercatique de manière à bien cibler ses efforts de promotion sur chaque personne, ce qui exige une stratégie d'information très développée (*système d'information stratégique*), située au cœur de la stratégie d'ensemble, et de la culture de la firme.

L'utilisation d'une information « personnelle » pose un problème de décision *rationnelle* (coût/avantage et anticipation), mais aussi de sensibilité *relationnelle* (compréhension et fidélisation), qui s'adresse aux sentiments des personnes. Les consommateurs « en ligne » souhaitent que la satisfaction de leurs besoins de respect de vie privée soit compatible avec une participation aussi active que possible au commerce. Ils demandent à *ne pas être manipulés* par l'entreprise, mais à choisir, ou non, de négocier leurs données personnelles. Leurs réactions sont largement sentimentales, et trop souvent sous-estimées par l'encadrement des firmes « *compassion* », « *affective illiteracy* »).

L'incident, sérieux (chap. 2) survenu à la société de publicité américaine *Double-Click*, *DBC*, la première société publicitaire aux États-Unis, en est l'exemple. Grâce à ses *cookies* explorant les transactions Web des clients, *DBC* peut définir des *profils* de clients et proposer des *bannières publicitaires* fortement ciblées, sur environ 1500 sites Web, service à forte valeur ajoutée. Mais ces profils restent anonymes. L'erreur stratégique de *DBC*, en annonçant l'absorption de la firme *Abacus*, dont les fichiers permettraient de lever l'anonymat, et son intention de croiser ses fichiers, nous semble une négligence stratégique. Certes, la société a souligné qu'elle donnait de toute façon une « option de refus » à ses clients, et qu'elle est membre du groupe *Net Advertising Initiative* dont l'objet est de mettre au point un code de respect de la vie privée. Le message est mal passé, les gestes devant être cohérents avec les mots. Ainsi la population a appris qu'il existe de nombreux logiciels pour éliminer les *cookies*, et les pouvoirs publics se sont émus.

Des stratégies de confiance et de crédibilité

Une bonne stratégie commerciale repose sur l'établissement de *relations confiantes et durables* avec les clients, qui, seules, permettent de rechercher en commun de meilleures solutions. Elle exige une politique *dynamique et cohérente* de communication. Trop souvent une promotion commerciale agressive met

l'accent sur des procédures de *surveillance (contrôle)* des clients, avec un harcèlement qui accroît leur méfiance.

L'objectif de *fidélisation* de la clientèle est incontournable. Comme le rappellent les professeurs de l'université de Berkeley, C. Shapiro et J. Varian⁴, l'objectif commercial de la firme est de « verrouiller » les consommateurs, grâce à une politique de différenciation des produits et des prix, et à leur inclusion dans des réseaux aussi vastes que possible. Or *l'attention* des consommateurs est difficile à capter ; c'est une ressource rare et volatile. « *Business is competing for eyeballs.* » Le prix Nobel d'économie Herbert Simon a souligné que *l'abondance d'informations crée la pauvreté de l'attention*. L'ennui guette, et même l'irritation à l'égard de messages réitérés, peu informatifs et jugés intrusifs.

Le coût de l'acte de *retenir l'attention* est d'autant plus élevé qu'une information utile doit aboutir à une commande, ou permettre de prévoir la probabilité d'un achat. Ces informations sont difficiles à obtenir, et à évaluer. La promotion des ventes pratiquée sur Internet, d'après Westland et Clark⁵, donnerait un taux de réponse courant par *click sur le Web* de 2J %, un coût comparativement avantageux, et un coût « à l'unité de réponse » qui varierait entre \$ 0,33 et \$ 3. Par comparaison le coût de promotion par *direct marketing* classique (correspondance et téléphone) se situerait entre \$ 1,25 et \$ 5. Mais, d'après un expert, 1,6% seulement des « visites » sur le Net seraient conclues par un achat ! L'évaluation du coût/efficacité des dépenses publicitaires est critique.

Notons enfin que souvent l'entreprise doit vendre au-dessous du coût d'exploitation pour implanter ses réseaux. En bref, la *cession de données à d'autres traitants* apparaît comme un commerce nécessaire à une exploitation rationnelle des données. C'est l'un des plus importants défis à la protection de la vie privée des consommateurs.

Le problème de la firme est certes de retenir l'attention singulière de chaque client, mais surtout de se *constituer une audience*, terme familier dans les médias et les études de communication⁶. Une audience est un phénomène collectif; en son sein les individus se sentent des intérêts communs à l'égard d'un problème, d'une communication, d'un marché. Après tout, un produit/service offert par une entreprise et la relation commerciale sont des communications. « Toutes les audiences ne sont pas des marchés, mais il n'y a pas de marché sans audience. » L'objet essentiel de la publicité est de capter l'audience des *prospects (clients potentiels)* ; seule une politique réussie d'interactions continues et confiantes peut contribuer à la stabiliser.

⁴ C. Shapiro et J. Varian, *Économie de l'information*, trad. P. Mazerolle, De Boeck Université, 1999, chap. 2, 3, 5, 6, 7.

⁵ J. C. Westland et T. H. K Clark, *Global electronic commerce*, PIT, 1999, p. 87.

⁶ R. Samarajiva, *Interactivity as though privacy mattered (in Ph. Agre et M. Rotenberg, op. cit., chap. 10, 1998)*.

Un courant récent d'analyse et de pratique commerciale, aux États-Unis, s'efforce d'introduire dans la publicité, et dans la distribution, des éléments de « divertissement », de loisir (*entertainment factor, E-factor*), en s'adressant à la sensibilité et à la convivialité⁷.

L'inclusion des consommateurs dans un plus vaste réseau d'offre et de demande de biens et services est favorable à l'établissement et à l'extension des *audiences*, et à l'établissement d'un code collectif de protection de la vie privée. On dit que ce réseau comporte des avantages *d'externalité* pour les entreprises, bénéfiques pour elles et qui ne dépendent guère de leurs propres décisions. Les *communautés*, qui se développent si rapidement, entre des internautes ayant le même type de besoins, le même type de sensibilité, sont des *méta-audiences*, qui doivent être structurées et actives (v. chap. 5).

Il est incontestable qu'une réglementation générale réduit cette incertitude, par les contraintes qu'elle insère dans les politiques privées, et par les garanties offertes aux individus, qui les rassurent. Elle ne doit cependant pas substituer ses propres ambiguïtés aux incertitudes et *paradoxes* inhérents au problème.

Comme exemple d'incertitude, citons l'évolution de l'attitude des pouvoirs publics, toujours sensibles à l'opinion, qui s'estiment responsables du respect de certaines normes de leur société. Une autre incertitude concerne les tendances de l'opinion publique elle-même, qui fluctue selon les commentaires dans les médias sur les risques et les incidents. L'interaction avec d'autres cultures, dans le cadre des échanges internationaux, est aussi un facteur de changement. Il est difficile d'analyser les attitudes des consommateurs face à leur vie privée, qui sont d'ailleurs différenciées et changeantes, ni de prévoir comment leurs transactions avec la firme et ses pratiques de *privacy* peuvent les modifier. Ceux-ci ont des difficultés à comprendre les politiques des entreprises, les engagements réels qu'elles comportent, et doutent de leur capacité à les faire respecter. La communication sur ce sujet exige un effort notable que seules de grandes firmes peuvent, ou veulent, entreprendre. Le risque pour l'entreprise est une brusque déception des clients, qui peut être cumulative, et à laquelle elle doit rapidement réagir.

Il arrive qu'au sein même de l'entreprise, souvent faute d'une stratégie rigoureuse, bien pilotée et communiquée, des responsables de départements et de projets interprètent différemment les politiques générales de la firme sur la vie privée. Il n'est pas non plus exclu que cette politique soit à dessein formulée de manière concise et assez vague, afin de profiter des indécisions et ignorances des usagers, ou dans l'idée que la majorité d'entre eux ne place pas le souci de *privacy* en première priorité. Toutes ces remarques conduisent à penser que ces contradictions, qui se manifestent entre des éléments situés au même « niveau » d'analyse ou d'action, sont souvent des *paradoxes*, dues à des confrontations entre

⁷ Bernd H. Schmitt, *Experiential marketing : how to get customer to sense, feel, act, and relate to your company and brands*, 1^{re} partie, The Free Press, 1999.

des « niveaux » différents. Ils devraient être traités dans une logique de *management paradoxal*, en vue de révéler des solutions nouvelles, en coopération avec la clientèle.

Le modèle de V. Bellotti

Victoria Bellotti⁸, d'*Apple Computers*, propose précisément un schéma stratégique pour réduire cette complexité par un management approprié des processus de rétroaction d'information (*feedback*) et de pilotage (*control*). Il convient de partir des quatre caractéristiques des comportements de recherche de protection par les consommateurs:

- 1/ *Capture* (saisie) quelles données personnelles entrent dans le système et quand ?
- 2/ *Construction* que devient l'information lorsqu'elle rentre dans le système ?
- 3/ *Accessibility* : quelles personnes et quels logiciels traitent les données et y ont accès ?
- 4/ *Purposes* : qui désire ces informations dans le système, et en dehors du système ? Comment le consommateur peut-il « contrôler » ces processus d'interaction avec l'entreprise ?

L'auteur (p. 79) développe et illustre les critères de stratégies de protection visant à assurer la confiance des consommateurs :

- 1/ processus de confiance ;
- 2/ *timing* ;
- 3/ intelligence par le client des mesures de *feedback* et de *control* prises en sa faveur ;
- 4/ réduction des risques d'intrusion indésirable et des défauts d'attention des clients ;
- 5/ assurance contre les défauts du système et mesures correctrices ;
- 6/ adaptation flexible au contexte et aux relations firme/client ;
- 7/ caractère significatif des représentations incluses dans les processus de *feedback* et de *control* ;
- 8/ *apprentissage (learnability)*, en termes simples, du système de protection appliqué par l'entreprise ;
- 9/ souci de réduire les coûts de conception et de mise en œuvre des systèmes de protection.

L'intérêt de ce modèle est son orientation opérationnelle.

⁸ Victoria Bellotti, *Design for privacy in multimedia computing and communication environments* (in Ph. Agre et M. Rotemberg, *op. cit.*, chap. 2, 1997).

Gestion économique des logiciels de protection

On peut supposer que les entreprises intéressées connaissent bien les caractéristiques des logiciels de gestion de l'information et de protection des données qu'elles entendent utiliser. C'est loin d'être le cas pour les consommateurs qui ne sont ni systématiquement informés de la gamme des solutions possibles ni de leur efficacité comparée. Les logiciels de protection coûteraient de \$ 200, pour les produits sur PC, à plus de \$ 50 000 pour de gros serveurs. La tendance est à la baisse des prix, certains devenant gratuits. Par exemple l'*Anonymiser* peut être obtenu sur Internet, pour environ 50 \$ par an. Le *Zero-Knowledge System*, du même coût, fournit une identité de substitution elle-même inviolable. Des logiciels peuvent être obtenus gratuitement, pour bloquer l'usage de *cookies*, généralement ou sélectivement (*CookieCop Plus*, ou *Cookie Cutter*, *Windows Clean-Up ...*).

La société *INTEL* vient tout récemment de prendre l'initiative de distribuer, gratuitement, sur Internet, le *code de programmation* de son logiciel de sécurité. Avec ce « dictionnaire », les entreprises qui offrent la sécurité de leurs transactions à leurs clients pourront redéfinir leurs propres logiciels de sécurité, selon le modèle mis au point par *INTEL* il y a deux ans, en vue des besoins du commerce électronique (système *Common Data Security Infrastructure*). La société y gagnera des avantages économiques: l'élargissement de son réseau d'utilisateurs, et la diffusion du système d'opération *LINUX*, qui est en concurrence avec celui de *MICROSOFT*. Mais les gagnants seront aussi les consommateurs, plus efficacement protégés.

Le processus de négociation de la protection des données et de leur prix

Comment les économistes analysent-ils la formation de ce prix sur les marchés de l'information ? Dans la négociation sur le « prix » des données personnelles, soit de la valeur des avantages que le client doit retirer en contrepartie de l'autorisation donnée à l'entreprise d'exploiter ses données, on parle souvent d'asymétrie d'information et de négociation, entre clients et firmes. Ce biais est d'autant plus grand que le client est socialement et culturellement défavorisé, peu préparé à accéder aux informations sur ses droits, n'ayant ni la disposition d'esprit, ni les moyens d'évaluer son droit, ni de profiter pleinement des dispositions de protection, ni d'apprécier les voies de recours et l'efficacité des sanctions en cas de violation du contrat.

Certains, se référant à des modèles optimaux de prix, parlent d'exploitation du consommateur. Ces modèles reposent sur l'idée que la valeur des données sur le marché est la valeur ajoutée que les entreprises peuvent leur donner grâce à leurs stratégies commerciales. En bref, seul le marché peut valoriser les données et leur droit d'usage, argument dans la négociation avec les acheteurs. Selon le principe général d'évaluation sur les marchés, la valeur de ces données, et donc du

droit d'en user, est l'espérance des *cash-flows* anticipés et actualisés. On retrouve aisément les modèles d'évaluation économique de la firme. Si une firme revend à une firme-tiers sa base de données, le droit concédé à l'entreprise par le client bénéficie d'une hausse de valeur, car l'information peut être partagée entre plusieurs utilisateurs sans perdre de sa valeur initiale. C'est donc, en principe, une incitation pour un client à accepter le droit de revente de ses données à des tiers qui obtient ainsi une compensation. De même, l'entreprise à qui le client refuserait le droit de céder ses données à des tiers considérerait qu'elle perd de la rentabilité future et réduirait le prix payé au client.

Le recours aux modèles d'évaluation des données par le raisonnement en termes d'*options* a été suggéré par H. Varian. On considère alors que les occasions d'investissement sous forme d'acquisition de stocks de données personnelles, en vue d'une exploitation commerciale de mercatique personnalisée, reviennent à une collection d'options *réelles* dites *de croissance*, au sens des *contrats contingents ou dérivés sur instruments financiers*, qu'il convient d'intégrer dans la pratique des budgets d'investissement flexibles.

L'idée de base est que chaque option donne le droit d'utiliser les données dans le cadre d'un projet futur, supposé rentable sur la base d'informations nouvelles favorables, à condition que les options précédentes aient déjà été exercées. Le prix de cette option peut être calculé grâce aux modèles d'évaluation des options financières, et le prix des données offert au client par la firme dépend du prix d'exercice de l'option⁹.

Cette fixation du prix intervient dans le cadre de négociations qui peuvent être facilitées par l'intervention de nouveaux intermédiaires, les « infomédiaires »¹⁰.

Nous renvoyons au chapitre 2 et surtout au chapitre 5 de ce *Cahier* pour une analyse plus détaillée de cette fonction d'intermédiation, et du rôle de ces « infomédiaires » comme agents de prospection des données personnelles, de sécurité et de confidentialité, et aussi de négociation avec les entreprises, au bénéfice de leurs clients.

En conclusion, de nouveaux marchés d'information appellent de nouvelles stratégies des firmes, une meilleure éducation des consommateurs, et renouvellent la fonction d'intermédiation.

⁹ L. Trigeorgis, *Real options, managerial flexibility and strategy in resources allocations*, MIT Press, 1998, chap. 3 et 5.

¹⁰ J. Hagel III, A. M. Sacconaghi, A. G. Armstrong, J. Rayport, *The MacKinsey Quarterly*, mars 1996, janvier, mars et avril 1997, janvier 1999 ; et, J. Hagel III et M. Singer, *Net worth, shaping markets when customers make the rules*, Harvard Business School Press, 1999.

CHAPITRE 5

De l'« infomédiaire » au « portail communautaire » : restructuration des marchés et protection de la vie privée

Valérie BERQUIER-GHÉROLD

Le développement des réseaux de communication engendre des bouleversements profonds dans la nature des interactions commerciales, et plus généralement dans la structure des marchés. C'est dans ce contexte que se pose le problème de réglementation de la circulation des données relatives à la vie privée de l'individu. Il peut donc être utile d'examiner le scénario de réorganisation des échanges, qui se dessine à partir de l'apparition de nouveaux intermédiaires intervenant dans le traitement de l'information. L'analyse de leur impact, sur la relation entre l'offre et la demande, mettra en évidence leur influence potentielle sur l'évolution du contrôle de la diffusion de ces données.

Nouvelle contexture du négoce

L'utilisation des réseaux électroniques, et en particulier d'Internet, affecte les échanges commerciaux dans leur forme mais aussi dans leur nature, par *l'abolition du concept de distance*, qui résulte de la virtualisation de l'offre.

Ubiquité virtuelle de l'offre et de la demande

Contrepartie technique de la déréglementation, l'émergence des Nouvelles Technologies de l'information et de la communication (NTIC), Comme Outil d'information, de promotion et de transaction, détache la disponibilité de l'offre de sa localisation géographique. À la fragmentation géographique se substitue *l'ubiquité virtuelle* de l'offre comme de la demande. Le consommateur peut, où qu'il se trouve, prendre connaissance de l'existence d'un produit et l'acheter, quelle que soit la localisation du producteur; inversement, une entreprise peut promouvoir son catalogue auprès des acheteurs potentiels du monde entier...

Cette réforme de la *topographie du négoce* s'appuie sur l'effet complémentaire de *connectivité* accrue¹. En effet, le modèle de réseau rejoint la catégorie des produits dits de « consommation conjointe » (*joint-consumption*), qui inclut les logiciels et la plupart des produits d'information et de médias. Après couverture du coût initial de création et de production (d'un programme informatique, d'un feuilleton télévisé...), le produit peut être consommé conjointement par un nombre illimité d'individus, car le coût marginal de servir chaque nouveau client est négligeable (nouvelles copies sur bande pour un film), voire nul (logiciels téléchargés sur Internet).

Désintermédiation

L'abrogation des distances et la progression de la connectivité se conjuguent pour engendrer un phénomène déterminant de l'ère numérique, la *désintermédiation*. L'expansion compétitive des entreprises étant en conflit apparent avec le système de marchés de proximité, plusieurs niveaux d'intermédiaires palliaient jusqu'ici ce décalage en transférant l'information (agent d'assurance) ou le produit (distributeur en gros, supermarché, agence de banque), le long de la chaîne de distribution, vers le consommateur. Désormais, ces intermédiaires traditionnels peuvent être souvent contournés.

Cependant, cette logique de désintermédiation engendre de nouvelles forces de compétition exacerbée, et impose de nouvelles sources de création de valeur. En particulier, la suppression des « filtres » qui séparent le client et le fabricant transfère la responsabilité et les coûts de recherche et de sélection du produit directement à l'acheteur. Il doit désormais faire face à une avalanche de choix. C'est donc le *capital temps du consommateur*, et sa *capacité d'accorder son attention* aux messages concernant le produit et sa distribution, qui deviennent la principale contrainte dans l'interaction entre le consommateur et le vendeur.

Les entreprises se trouvent alors en compétition pour accaparer cette attention et de nouveaux concurrents de toutes tailles, provenant parfois d'horizons très inattendus, peuvent émerger. Ainsi, *Britannica* a évolué d'une sous-catégorie de l'industrie de l'édition (encyclopédies) à un service de traitement et de présentation de l'information, assorti ensuite d'un sceau de qualité pour sites Web, en concurrence directe avec les « portails en ligne » (*Yahoo!*), les « services d'information » (*New York Times*) et les services de certification (*AFNOR - Marque NF*).

Cette intensification des pressions compétitives aiguise la diversification de l'offre et la complexité des produits. Le consommateur est confronté à la

¹ Par le terme « connectivité », c'est le potentiel de formation de connexions qui est souligné. En effet, la technologie sur laquelle Internet repose le distingue du réseau téléphonique par sa dissociation du raccord physique permanent, au profit de la flexibilité de circuits *ad hoc* de commutation par paquets (*packet switching*). En outre, la progression des communications sans fil rend le concept de connectivité plus pertinent que celui de connexion.

difficulté, presque impraticable, d'optimiser le couple « prix/caractéristiques de son achat ». Alors que, dans la transaction commerciale, les coûts de communication sont réduits, les *coûts intangibles d'interaction* (temps et effort de recherche et d'évaluation), qui incombent au client, culminent avec la sophistication de l'offre. Parallèlement, pour les entreprises, les coûts d'acquisition de clientèle sont décuplés avec l'entrée des nouveaux concurrents.

Mercatique personnalisée

En réponse, de nouvelles méthodes de mercatique (*marketing*) d'individualisation tentent de *fidéliser* le consommateur, et d'aider le client à définir lui-même les spécifications qu'il désire (concept mercatique d'individu-marché, *market of one*). La segmentation de la base de clientèle est poussée jusqu'au niveau de l'individu unique (service *personnalisé*). Il faut donc partir des caractéristiques définies par le consommateur.

Afin d'être capable de remplir, dans des conditions acceptables (délais et coûts), les requêtes spécifiques qu'un client est susceptible d'émettre, une entreprise doit pouvoir anticiper les besoins de chaque consommateur. Dès lors, tout élément d'information qui permet de différencier les clients, afin de dresser leur *profil* détaillé, prend une valeur commerciale concrète. C'est l'avènement des *banques de données* et des méthodes mercatiques dites de relation (*relationship marketing*) ou de permission (*permission marketing*). Les entreprises saisissent chaque occasion pour tenter d'extraire du bon vouloir du client un capital de renseignements personnels. Ces sollicitations répétées sont perçues au mieux comme une *gêne*, mais de plus en plus comme une dangereuse *intrusion* dans la vie privée.

Le consommateur, qui prend conscience de la valeur économique de ses données personnelles, commence à exiger une contrepartie pour le risque qu'il prend à divulguer son information, compensation financière (rabais ou paiement direct), ou prime en nature (service complémentaire, personnalisation affinée du produit, accessoire gratuit ...). Dès lors, la *vente à un tiers des données personnelles* qu'une entreprise a recueillies représente, pour son client, au-delà de l'atteinte évidente à sa vie privée, un coût d'opportunité bien tangible, c'est-à-dire une composante économique.

Rôle spécifique des « infomédiaires »

En réponse à ces considérations, une *nouvelle forme d'intermédiaire* se profile autour de la gestion de l'information. L'« infomédiaire », par sa gestion spécifique de l'information des clients et des vendeurs, accroît l'efficacité du marché.

Vis-à-vis des clients

De ce point de vue, il contribue à réduire les *coûts dits d'interaction* (recherche, traitement et évaluation de l'information) qui préoccupent tant les clients. L'utilisation d'outils de recherche de plus en plus perfectionnés (*agents intelligents*) et la mercatique personnalisée permettent de présenter au consommateur l'information pertinente, de manière simple, économique et opportune. À la manière d'un agent de voyage qui prépare un séjour à partir de services divers, l'infomédiaire sert alors d'agent-commissionnaire de consommation généralisée, offrant un service de recherche et de sélection de tous produits et services, voire même de négociation des prix. En revanche, contrairement à l'agent de voyage, l'infomédiaire jouit d'une totale indépendance, et donc d'une plus grande liberté de choix, vis-à-vis des fournisseurs.

De plus, à des fins de personnalisation, il recueille, avec le consentement du client, un ensemble très complet de renseignements sur son identité et ses comportements, devenant un dépositaire privilégié des données personnelles du consommateur.

Pour J. Hagel et M. Singer², c'est un rôle de *courtier* de ces données personnelles, qui peut offrir une gamme d'outils et une structure permettant d'exercer le contrôle exclusif de la dissémination des données personnelles. C'est la fonction première d'une société comme *Privaseek.com* ; d'autres vont migrer vers la protection des données *a posteriori*, comme *Yodlee.com*. Dans le cadre de son plan marketing, un vendeur pourrait déjà offrir de prendre à sa charge le coût de la protection de la vie privée, par exemple en intégrant à son site Web une application qui rétablit, gratuitement, l'anonymat de l'utilisateur. Il serait alors positionné de manière stratégique pour évoluer vers une fonction d'infomédiaire très compétitive, développant une base d'utilisateurs fidèles. Dans la gamme des méthodes de protection de ses données personnelles, un consommateur peut choisir à quel intermédiaire transmettre les renseignements sur sa vie privée.

Par ailleurs, l'infomédiaire peut fournir des services de *conseil* dont l'objectivité est renforcée par son autonomie vis-à-vis des vendeurs. Il endosse ainsi une fonction qui s'apparente davantage à celle d'*agent-mandataire protégeant* les intérêts d'une célébrité en échange d'une commission sur la transaction.

L'infomédiaire organise donc la demande en agrégeant les consommateurs à travers un double système d'agencement de l'information et de protection de leurs données personnelles.

² John Hagel III, Marc Singer, *Net worth*, Harvard Business School Press, 1999.

Vis-à-vis des entreprises

En parallèle, il *structure l'offre* autour de sa fonction d'administration de l'information. En sa qualité de portail d'accès aux produits et services, il introduit un système de classification unique et modulable, qui crée de nouvelles relations de concurrence autour des mots clés qui servent de base à la recherche, et non plus seulement autour des caractéristiques d'un produit ou service. L'infomédiaire réorganise ainsi les producteurs dans une nomenclature flexible et différente de la proposition équivalente dans le monde physique, le grand magasin à rayons.

Par sa *fonction d'agrégation*, il offre également aux vendeurs des avantages d'échelle dans le traitement de la transaction commerciale. En profitant des services d'analyse statistique, de soutien logistique et de suivi des paiements qu'un infomédiaire peut amortir sur l'ensemble des enseignes qu'il représente, le petit producteur qui veut s'étendre sur un marché plus large peut se positionner au même niveau que les plus grandes compagnies, auxquelles de tels outils étaient traditionnellement réservés.

De même, l'infomédiaire étant le dernier maillon de la chaîne de distribution, le seul en contact direct avec le client, il peut regrouper et analyser l'ensemble des transactions d'un individu avec plusieurs entreprises, et offrir des outils de mercatique d'un niveau de précision que les vendeurs ne pourraient espérer atteindre individuellement. C'est une incitation fournie aux entreprises à externaliser (*out-source*) tout ou partie de leurs services de mercatique. Ainsi, en tant qu'interface filtrante, l'infomédiaire augmente *l'efficacité des marchés* par sa gestion de l'information. Il sert de catalyseur à un mécanisme plus général de restructuration des marchés.

Restructuration des marchés

La fonction de l'infomédiaire a sa source dans la dissociation des flux d'information et des flux matériels. Que ce soit au sein de l'entreprise, le long de la chaîne de production, ou au niveau des échanges commerciaux, l'information qui renseigne sur un produit ou un service particulier peut maintenant être distribuée, grâce aux réseaux électroniques, sans lien physique ni temporel avec le produit. On parle de « séparation des bits et des atomes », ou encore de déplacement dans l'espace et dans le temps (*space shift, time shift*). L'acheteur d'une automobile, par exemple, n'est plus restreint au seul concessionnaire comme source d'information. Il peut maintenant explorer les options de financement, modèle, prix, livraison, et service auprès d'une multitude de fournisseurs individuels, sans se limiter aux partenariats préétablis qui lui sont présentés au moment de l'achat.

Dans ce contexte, l'utilité de l'infomédiaire est liée à sa capacité d'associer une série d'activités à travers lesquelles il assiste le consommateur. En effet, Sawhney³ explique que le processus d'achat ne consiste pas, dans l'esprit du client, en une combinaison de caractéristiques et de produits. Il est plutôt constitué d'une *série d'activités*, liées entre elles, et qui nécessitent une interaction avec divers fournisseurs et industries. Alors que les marchés s'organisent en termes de produits et services, le processus d'achat se structure dans un *espace d'activités reliées cognitivement*. Ainsi, par exemple, le *marché de l'automobile* englobe les constructeurs, les concessionnaires, les assureurs, les services de financement, les garages d'entretien et les mécaniciens, etc. Par contraste, le *champ cognitif* de l'achat d'une automobile se compose, dans l'esprit du consommateur, de la recherche d'information, son évaluation, la négociation, l'achat proprement dit, le financement, l'assurance, la réparation, l'entretien, et finalement la revente. Sawhney⁴ baptise "métamarché" (*metamarket*) cet ensemble d'activités qui déclinent le champ cognitif d'un achat (maison) ou d'un événement (mariage).

Dans cette optique, l'infomédiaire peut faire correspondre les concepts de *marché*, basé sur le produit, et de *métamarché*, basé sur l'activité, ou encore fournir les liens qui permettent de naviguer d'une structure à l'autre. Aussi de nombreux sites sur la toile s'organisent-ils désormais autour d'une combinaison d'activités.

Par exemple, *move.com* crée le « métamarché du déménagement ». Le site se présente selon la série d'activités suivantes : planification (conseil, outils de prévisions et calculs, liens vers d'autres ressources) ; localisation (recherche d'appartement, entrepôt, conseils, information sur les ressources du quartier) ; achat (sélection, demandes directes de financement en ligne, mise en contact avec un agent immobilier) ; vente ; déménagement (conseils, listes à cocher, mise en contact avec les déménageurs, rabais prénégociés) ; installation (mise en contact avec crèches et écoles, réparations, achat de mobilier, service de branchements eau-gaz-électricité ...). Le même infomédiaire pourrait renseigner les clients sur les loisirs et activités culturelles dans son quartier, l'aider à acheter les billets en ligne, faire livrer des repas à domicile, rechercher un itinéraire, au prix d'une commission par transaction.

Constitution et intervention des « communautés » dans la structure des marchés

Dès lors, l'infomédiaire doit s'assurer qu'il reste la ressource première qui vient à l'esprit du consommateur en relation avec certains *champs cognitifs*. Le concept de *mind share*, « part du conscient » du consommateur, qu'un vendeur ou

³ Mohanbir Sawhney, *The Death of Friction*, Round Table Group, 1997; *Making New Markets*, Business 2.0, mai 1999.

⁴ *Ibid*

intermédiaire accapare, devient un facteur décisif qui restructure l'environnement compétitif en supplantant progressivement la notion de part de marché. De nombreuses études sur l'environnement compétitif de la télévision par câble aux États-Unis ont montré que le consommateur moyen peut répartir son attention sur un maximum de 10 à 12 chaînes, qu'il sélectionne selon ses centres d'intérêt et qu'il fréquente de manière régulière. La multiplication des formats et la spécialisation des médias (*narrow-casting*) laissent envisager un modèle d'utilisation semblable pour les NTIC. Le consommateur tendra à concentrer son *capital temps/attention* sur une douzaine de centres hybrides intégrant contenus multimédias, transactions commerciales et communication. Il est donc essentiel d'être présent à l'esprit du consommateur en permanence.

Structuration communautaire

C'est dans cette logique que naissent des stratégies mercatiques basées sur le renforcement de *l'aspect communautaire*, dans le but d'exploiter la version numérique du bouche à oreille.

L'emprise de l'infomédiaire sur sa clientèle dépend principalement de trois facteurs : l'exhaustivité et l'utilité de son offre ; la confiance qu'il parvient à inspirer à ses utilisateurs, et enfin le « taux de reconduction » des achats, qui lui assure progressivement une clientèle d'habitues. Ces deux derniers facteurs se renforcent mutuellement. Ils reposent sur *l'effet de réseau (network effect)*, c'est-à-dire l'accroissement autorencé du nombre de clients qui sont susceptibles de développer des interactions entre eux. Cet effet régit les outils de communication tels que le téléphone : l'intérêt du service croît exponentiellement avec le nombre d'utilisateurs.

Ce principe introduit une *logique communautaire* qui devient un élément essentiel de « captation » de la clientèle. À la « mercatique de relation/permission » (*relationship / permission marketing*), qui s'avérait intrusive pour le consommateur envahi de demandes de renseignements personnels, se substituent des méthodes de « marketing viral » basées sur des principes de cooptation : le client attire le client. Ce renversement tactique souligne l'importance stratégique de pouvoir gagner et entretenir la confiance du consommateur, afin de développer une fréquentation répétée et exclusive.

L'infomédiaire bénéficie à cet effet d'une prééminence unique, car sa fonction même le prédestine à une relation de proximité et de bonne foi avec l'utilisateur. En introduisant des outils de communication et en encourageant les interactions entre ses membres, il amorce le développement de fonctions communautaires et incite la confiance et la répétition des achats. Les clients peuvent se consulter entre eux sans restrictions, comparer, en toute honnêteté, leurs expériences d'achat et de relations commerciales, ou simplement se regrouper par affinités et

se divertir sur cette « place du village » virtuelle⁵. En contrepartie, l'infomédiaire peut faire évoluer son offre de produits et services en observant *les habitudes et désirs* de ses participants, et dispose ainsi d'un outil mercatique puissant, mais qui n'est pas intrusif.

En outre, au-delà de l'aspect marketing, la nature même du service qu'offre l'infomédiaire est modifiée par cette *structuration communautaire*, qui s'avère naturelle et incontournable, comme l'illustrent les auteurs du *Cluetrain Manifesto*⁶. La première de leurs 95 thèses sur les marchés de l'ère numérique rappelle la fonction d'origine de socialisation des places d'échanges : « Les marchés sont des conversations ». Les nouveaux outils de communication sur les marchés virtuels (*chat, forums, e-mail ...*) restaurent le pouvoir d'interaction des consommateurs, entre eux et avec les employés des entreprises. Le processus de vente redevient alors un exercice de dialogue intensif, un jeu de persuasion intégrant présentation, questions, réponses, écoute, compréhension et confiance. La définition d'un marché s'articule ainsi autour des concepts de réseau humain et de conversations, et devient, de fait, indissociable de la notion de communauté, ce qui enrichit le rôle de l'infomédiaire comme catalyseur de ces communautés.

On assiste ainsi à la transformation des infomédiaires en véritables *portails communautaires*, dont le modèle est à l'opposé des portails classiques, comme *Lycos*, ou *AOL*. En s'appuyant sur un modèle de progression par induction, ils étendent leur offre « horizontalement » à partir de catégories d'entrée « verticales » (correspondant aux champs cognitifs), et se distinguent ainsi de la logique de déduction des portails généralistes, du type *Yahoo !* Par exemple, une société de médias pourrait utiliser l'intérêt engendré par une série de livres/feuilletons télévisés/reportages comme point d'entrée dans une communauté dite « verticale », c'est-à-dire centrée sur le thème abordé (la nouvelle économie, le monde médical, le système législatif ...), et établirait ensuite des connexions (*hyperlinks*) avec une multitude d'autres communautés.

Ainsi, elle pourrait intégrer la première communauté dans une structure d'offre de produits et services (livres, vêtements, assurance, voyages, programmes de formation, jeux interactifs et exercices de simulation sur Internet, etc.) qui deviendrait de plus en plus générale, recouvrant une gamme étendue de « thèmes » (« horizontale »). On parle ainsi de *migration vers les bords*, pour exprimer que le trafic se développe du particulier vers le général, rompant avec le modèle classique de diffusion de l'agglomérat vers le différencié (formule du centre commercial, par exemple). Un tel « portail communautaire », très « présent à l'esprit » de ses participants et offrant plusieurs « champs cognitifs » particuliers, constituerait l'un de leurs quelques points de départ de prédilection

⁵ Voir A. Armstrong, J. Hagel, *Bénéfices sur le Net*, Éditions d'Organisation, mai 1999.

⁶ C. Locke, R. Levine, D. Searls, D. Weinberger, *The Cluetrain Manifesto : the End of Business as Usual*, Perseus Books, février 2000. Liste non détaillée en français : www.eluetrain.com/manifeste.html.

pour toute activité de communication, d'échange commercial, de divertissement ou autre recherche de contenus⁷.

Ces portails communautaires deviennent des pôles privilégiés d'accès à l'utilisateur, et le trafic portant sur les données personnelles d'un individu peut être principalement contrôlé à partir du réseau de base (*backbone*) formé par ces portails communautaires.

Différenciation de la réglementation

Ce scénario de *réorganisation spontanée* des échanges ne peut manquer d'affecter les enjeux de la réglementation sur la vie privée pour les divers acteurs. En effet, pour chaque individu existeraient deux zones distinctes de diffusion des données personnelles : d'une part la « zone immédiate » de transmission directe à travers les interfaces des infomédiaire avec lesquels il traite (pool d'infomédiaire), d'autre part la « zone aval », illimitée, de migration et/ou manipulation secondaire, non contrôlée par les infomédiaire.

Le titre même de ce paragraphe illustre le défi juridique, voire politique, d'une réglementation de la protection des données qui devrait peut-être varier selon les structures du marché. On peut penser à l'inclusion, dans les textes, de références à des codes de conduite, ou à des labels de « qualité de la protection » liés à l'insertion des échanges dans des réseaux d'infomédiaire.

Cette nouvelle configuration des échanges pourrait en effet conduire à une différenciation du système de réglementation de la diffusion des données personnelles, à deux niveaux distincts. Vis-à-vis des infomédiaire, l'usage de logiciels de protection intégrés dans les services fournis aux clients rend le problème moins technique qu'éthique. Au niveau « désorganisé » des transferts secondaires, la question du contrôle technique reste essentielle. En outre, le degré de nécessité d'une réglementation devient lui-même relatif, puisque l'infomédiaire offre des garanties d'une protection de bonne qualité. Pour lui, la protection des données a un intérêt stratégique éclipsant J'autorité d'un devoir légal. En revanche, les fournisseurs en aval de l'infomédiaire peuvent être poussés par leurs propres contraintes économiques à violer l'étanchéité du cercle de

⁷ Un exemple de tendance au portail communautaire se concrétise avec le site de « The Money Machine » (www.zdtv.com/moneymachine). À partir d'une émission quotidienne d'une demi-heure sur l'investissement en ligne, la chaîne de télévision ZDTV a développé synergiquement un site Web offrant conseils financiers plus généralisés, conseils d'achat de biens et services, réponses aux questions des audiences (TV et Web), jeu-concours de formation par simulation de placements (données synchrones des marchés réels, simulation des services d'un courtage réel), guides éducatifs, forums communautaires (échanges de conseils et analyse des marchés), etc. Ainsi, le site devient un véritable registre d'accès aux services de courtage, aux portefeuilles individuels, et aux produits et services répertoriés, mais reste strictement indépendant de tout fournisseur de produit/service. L'émission est devenue le rendez-vous « synchrone » quotidien de la communauté, comme en témoigne l'évolution du trafic dans l'aire de discussion, qui apparaît simultanément sur l'écran de télévision.

diffusion primaire, en revendant les données qui leur sont fournies ; ce qui impliquerait des politiques de protection beaucoup plus strictes.

L'infomédiaire pourrait souhaiter une réglementation suffisante pour garantir la protection de son *business model*, qui repose sur la restriction de la diffusion des données. Dans ce scénario, le législateur trouverait de nouveaux alliés dans les infomédiaires et leurs clients actuels ou potentiels.

Conclusion

La substitution progressive des « intermédiaires d'information » à des « intermédiaires traditionnels de géographie » entraîne la restructuration des marchés autour du trafic de l'information, et non plus de la circulation des biens physiques. Cette tendance induit un système de diffusion des données personnelles, et de protection, à deux niveaux distincts : un « marché primaire », géré par un réseau d'infomédiaires, et un « marché secondaire » de dissémination et manipulation des données en aval, dont le contrôle s'annonce plus difficile. Cette architecture infléchirait donc le contexte dans lequel la réglementation de la circulation des données personnelles devrait pouvoir assurer une certaine différenciation des règles, selon les structures de marché, et en échelonner l'application selon le poids relatif de l'intervention. Les règles de protection de la vie privée seraient mieux en harmonie avec la segmentation qualitative des processus de circulation des données personnelles.