

Valeurs et intérêts : paradoxes de la protection de la vie privée

Conférence de M. Pierre Tabatoni
à la Fondation François PERROUX
(Lyon, le 6 février, 2001)

Cher professeur Henri Savall, votre invitation m'a permis de connaître de manière plus approfondie vos travaux, ceux de votre importante équipe de l'ISEOR, et l'organisation originale de vos enseignements de troisième cycle, dans le domaine de la socioéconomie, que vous avez systématiquement appliqué à la gestion des entreprises, avec rigueur, vigueur et imagination, depuis près de vingt-cinq ans.

Cette conférence est aussi une occasion exceptionnelle de revoir, ici, Monsieur le Premier Ministre Raymond Barre, qui fut un ami très proche de notre maître commun François Perronx, et qui préside la Fondation créée en son honneur. Je suis honoré, et très heureux, qu'il ait bien voulu présider en personne nos débats ce matin, malgré ses très lourds engagements.

Votre action, Monsieur le Député Maire, replace Lyon au cœur de l'Europe, capitale économique et financière. Je ne peux m'empêcher de penser au rôle historique du négoce et de la banque dans cette grande cité. Déjà au XVI^{ème} siècle, la Foire de Lyon et ses réseaux monétaires étaient le plus important marché des lettres de change de l'occident, et c'était son *écu de marc*, monnaie de compte, qui était la monnaie européenne. Puis, trente ans avant l'arrivée de l'euro, le *Plan Barre* de la Communauté Européenne, avait si clairement défini la nature d'une monnaie commune et les étapes pour y parvenir.

Je n'oublie pas non plus que depuis toujours, et plus encore aujourd'hui, Lyon est une des plus actives cités culturelles de l'Europe. Déjà les gouverneurs romains avaient souligné la maîtrise exceptionnelle de ses citoyens en latin et en droit romain, et leur rigueur. D'où le proverbe : « apeuré comme un rhéteur (étranger) appelé à plaider devant les magistrats de Lyon » (*Tremens ut lugdunensem rhetor dicturus ad aram*). Soyez indulgents pour le rhéteur de Lutèce.

Puis-je rappeler que mes études de jeunesse en économie avaient été éblouies par la lecture du « Que Sais-Je » de François Perroux sur le Capitalisme, et celle de son cours général d'économie politique. Plus tard, j'ai pu quelque temps, travailler dans l'environnement de son génie analytique et créatif, de son immense culture, de sa recherche passionnée d'une nouvelle théorie générale de l'équilibre d'interdépendance, en y réintroduisant l'agent humain.

Le thème de la privée éclairé par la pensée de François Perroux

Le sujet dont je vais vous parler, « la protection de la vie privée dans notre société d'information », s'il n'a pas été directement abordé par François Perroux, est éclairé par toute son œuvre. Il exprime en effet les interrelations entre l'innovation technique et économique et les ressources humaines, et se trouve au cœur des contradictions entre le souci des valeurs de la dignité humaine et les pressions des intérêts particuliers, dans la société d'information.

Cette *société d'information*, au sens moderne, *résulte des interactions* entre trois types de changements.

- 1) les inventions techniques, grâce à la convergence de l'informatique numérisée, des télécommunications et des réseaux interactifs, comme Internet.
- 2) leur rapide exploitation économique par la création de marchés nouveaux et fortement différenciés
- 3) des tendances culturelles, dans nos sociétés, qui privilégient la liberté, l'autonomie, l'expression, le respect des personnalités, l'attraction du nouveau.

La « nouvelle économie » ne l'est sans doute pas si l'on songe aux innovations majeures qui, dans le passé ont renouvelé rapidement la structure économique et les mentalités, comme les chemins de fer, ou l'électricité, ou la chimie nouvelle. Mais les innovations dans l'information répondent aujourd'hui à des *besoins culturels latents*, qu'elle cristallise, anticipant et créant la demande de nouveaux services. Comme dans le passé les réactions culturelles et institutionnelles ont engendré des délais de mise au point, de diffusion, l'incertitude, les risques, la spéculation, et donc des crises, comme celle d'aujourd'hui sur Internet et les télécommunications.

François Perroux n'a cessé d'être fasciné par la dynamique économique et sociale, par le jeu des normes culturelles, par les stratégies des « unités actives » qui changent l'environnement. Pour lui, elles sont sources du *caractère très inégalitaire des relations marchandes*, et une régulation est nécessaire, au-delà, disait-il, des dialectiques capitalistes.

On connaît ses commentaires, si approfondis, des thèses de l'évolution (*Entwicklung*) de Joseph Schumpeter : « combinaisons nouvelles », « innovations en grappe », « cycles d'innovations » ; ainsi que ses références aux idées de Marx, Boehm-Bawerk, Clark, Knight, Keynes sur l'intérêt, le profit, le risque et l'investissement ...

Adam Smith avait déjà bien vu que l'investissement est l'œuvre des « maîtres ». Or, pour François Perroux, c'est le jeu des rapports de force, des relations asymétriques et irréversibles qui structure l'espace économique et

le polarise. Il conduit à privilégier deux instruments : l'information et l'investissement.

L'information est gérée dans la communication ; elle est, dit-il, toujours humaine, et socialement portée par le dialogue, qui est une dialectique de l'esprit. Permettez-moi de me référer à certaines des idées magnifiquement présentées dans sa Préface aux œuvres complètes de Karl Marx, dans la Pléiade :

L'homme est socialisé dans le dialogue, en tant qu'être conscient et libre, qui progresse dans la reconnaissance de soi et de celle d'autrui. [...] La parole retentit dans l'esprit au-delà du rapport entre les choses... Ce dialogue exclut le compromis qui est de l'ordre des intérêts matériels, alors que, même s'il porte sur des intérêts, il ouvre le domaine de la vérité et de la justice. Il engage des êtres individuels qui cherchent à découvrir ensemble des approximations réciproquement acceptable [...] Même dans les luttes, la communication pour tromper et pour vaincre n'est jamais entièrement séparée d'une communication qui enseigne et qui convainc.

Un bon exemple de cette interprétation nous est précisément donné par la place de la vie privée dans la société. Elle concerne des activités particulières, personnelles, et même intimes, dont les gens souhaitent préserver l'anonymat. Car, comme toute pratique de liberté, elle permet à chacun d'affirmer sa différence et de la faire entendre. Elle s'intègre dans ces dialogues grâce auxquels les hommes découvrent ensemble ces « approximations réciproquement acceptables » à leur compréhension mutuelle. Elle est donc partie de la culture de cette société, qui permet la vie en commun, et qui est reconnue, pour un temps, par des normes, usages, institutions.

Depuis Rome et Cicéron, est « privé » tout ce qui n'est pas directement soumis à l'autorité publique. Au Moyen Âge, on parlait, dans ce sens, de « privance », « priveté », « privauté », (qui a donné l'anglais *privacy*). Les juristes du XIX^{ème} siècle, en particulier les américains, ont parlé du *right of privacy*, comme du « droit d'être laissé tranquille ». Mais, comme le rappelle Georges Duby, c'est la bourgeoisie anglaise qui, à la période Victorienne, a reconnu le souci et le respect de la vie privée comme une norme rigoureuse, au moins par les classes aisées, sinon aristocratiques.

Il faut alors opposer « vie privée » à « vie non privée », et considérer non seulement les intrusions publiques dans l'exercice des libertés privées, mais aussi celles des agents non publics. Ainsi, depuis un siècle, le domaine de la « vie privée » a été considérablement étendu. Il couvre une vaste gamme de libertés civiles relatives, par exemple à : la vie personnelle et familiale, l'identité, le domicile, la race, les pratiques religieuses, philosophiques, politiques, sexuelles, les communications et la

correspondance, l'image publique, les soins médicaux, la sécurité des personnes, leur statut judiciaire, leur propriété littéraire et artistique, etc.

Mais toute liberté doit avoir du sens ; elle est esprit dit Hegel. Elle exprime des valeurs dont le philosophe Raymond Polin nous dit qu'elles s'établissent, pour un temps, je cite : *à travers bien des divergences, des dissidences et marginalisations, et l'émergence conjuguée de modes éphémères et de coutumes qui s'enracinent.*

L'exercice de la vie privée : une liberté paradoxale

Il s'agit certes d'une liberté fondamentale, mais aussi imparfaite, dont l'exercice est contingent, variable, ambigu. Il est le fruit de contradictions, de conflits, autant que d'accords, de consensus et d'arbitrages. Elle est à la fois expression de valeurs et d'intérêts. Définir la vie privée n'est pas facile : Les juristes eux-mêmes l'appliquent mieux en particulier qu'ils ne la définissent en général. Le philosophe Raymond Polin nous rappelle que *le privé n'est pas intégralement intelligible, [...] il s'offre ou se refuse, s'exprime et ne veut pas s'exprimer, manifeste et dissimule.* Ainsi la doctrine et la pratique de la vie privée sont complexes et paradoxales. Je prendrai six exemples.

- 1) Les mécanismes de la société d'information poussent à la cohérence rationnelle, à l'intégration des moyens d'information, et à l'innovation, alors que la vie privée recherche l'éclatement, la particularité, et qu'elle est imprégnée de valeurs acquises, de mémoire.
- 2) Elle est autant de fruit de la raison que de la passion, de l'histoire et des précédents que des nouvelles opportunités qui la sollicitent, dans une société en changement rapide.
- 3) Elle correspond à des conduites très personnelles, mais la société doit l'encadrer fortement par des institutions publiques adéquates.
- 4) Elle conduit à des systèmes globalisés, mais elle incite à fournir des services personnalisés.
- 5) Les libertés de la vie privée, qui sont des choix légitimes des personnes, sont en concurrence avec d'autres libertés, notamment celles de l'échange, de la publicité, de la presse, de la sécurité.
- 6) Les techniques et procédures de la société d'information sont intrusives, mais elles peuvent aussi protéger contre l'intrusion.

La société d'information renforce ces contradictions, en faisant de l'information une ressource stratégique. Certains se demandent si le souci de confidentialité de la vie privée est encore compatible avec la gestion de l'information. D'autres vont plus loin : n'est-elle pas un bien public libre, qui devrait être géré par des ordinateurs centraux ? Le meilleur des mondes n'est pas loin. Fort heureusement la pratique actuelle a réussi à borner le champ de l'information.

Aussi mes deux groupes de remarques concernent-elles surtout les *risques de violation du « secret de la vie privée »* dans les pratiques modernes de communication et de transaction. Ils sont très liés en fait à l'exercice des libertés de la vie privée que la société d'information transforme.

La société d'information transforme profondément les stratégies du risque d'intrusion

Toutes les relations et transactions des individus donnent lieu à la production de *données* (chiffres, textes, images, sons). Elles sont traitées par des « systèmes d'information » qui permettent d'identifier aisément des personnes et leurs pratiques privées. Les réseaux de l'informatique et des télécommunications modernes, l'organisation de médias puissants, permettent de collecter et diffuser des informations sensibles beaucoup plus facilement, plus rapidement, et même plus discrètement que dans le passé. Il est facile de passer les bornes. La conscience elle-même de la vie privée, et les libertés qu'elle induit, peuvent aussi être transformées par l'aisance de la communication, ses excès, les difficultés nouvelles de « trier » de manière pertinente dans les flux illimités de la communication.

Les exemples abondent : surveillance électronique des gens dans les rues et les établissements, par la police ou par des responsables ; enregistrement de toutes les communications mondiales, selon des mots-clés, par le FBI américain, avec son logiciel *Carnivore* ; plus généralement tous les moyens de repérer les sources, les destinataires, et de lire aisément et indiscrètement les messages sur e-mails, fax, messageries sur Internet, ou téléphone mobile.

Les banques de données publiques, celle du recensement de la population, du travail, de l'immigration, de police, de crédit, de santé, et d'autres, disposent d'informations très « personnelles ». Celles figurant dans les volets médicaux de la carte Vitale seraient précieuses pour les employeurs, pharmaciens, compagnies d'assurance, services d'études, mais fort heureusement elles sont bien protégées chez nous. Qu'on pense à l'exploitation des fichiers d'empreinte génétique, et autres empreintes organiques. Le Gouvernement Messmer s'était opposé à l'interconnexion de tous les fichiers administratifs grâce aux numéros de sécurité sociale, mais en 2000 une loi votée en séance de nuit a autorisé les administrations des finances à le faire.

Par référence à François Perroux nous nous concentrerons sur les relations économiques qui constituent, sans doute, le plus large champ d'expérimentation, et spécialement celles liées au développement d'Internet. En France, vous le savez, seuls 17 % des foyers sont branchés sur Internet, contre près du tiers en Grande-Bretagne et en Allemagne, et plus de la moitié dans les pays du Nord de l'Europe.

La révolution d'Internet malgré sa crise

Les tribulations de la « nouvelle économie » sont en marge de mon sujet, si ce n'est pour préciser qu'une inquiétude des gens à l'égard de la protection de leur vie privée a certainement retardé la généralisation des transactions sur Internet et le démarrage rapide du commerce électronique. L'enjeu n'est pas mineur : La sévère crise boursière des cours sur la bourse électronique américaine Nasdaq, témoigne des sur-investissements dans ce domaine depuis 4 à 5 ans, et de l'imprudance des fournisseurs de capital-risque et des spéculateurs. Mais ce réajustement, facteur de rationalisation économique, ne met pas fin à l'extraordinaire révolution d'Internet. Il va même la dédramatiser, en y associant toutes les entreprises, anciennement ou nouvellement établies.

L'électronique et les réseaux interactifs de communication tels Internet ne cessent d'innover, et sans doute verrons-nous apparaître d'autres formes de réseaux globaux grâce aux communications directes entre ordinateurs. Ces réseaux transforment la conception des processus, des produits, équipements et services, les modes de distribution et de management, les relations interpersonnelles et sociales. La « transmission par bandes larges » va accélérer d'au moins 20 fois la vitesse de transmission des données, et l'usage probable futur des *nanotechnologies* conduira à une fantastique miniaturisation des instruments. L'accès à Internet par téléphone mobile, ou par la télévision, ou tout autre objet d'électronique domestique, est pour demain, et va banaliser l'utilisation du réseau. Le problème sera de plus en plus l'abondance de l'information, la saturation de l'écoute. .

Il n'est guère douteux que ces nouveaux dispositifs rendront encore plus difficile la protection des données privées, et sans doute vont-ils influencer la place de la vie privée et de la confidentialité dans la culture de chacun de nous.

Mais ces effets d'innovation ne peuvent être immédiats : il faut des mises au point, du point de vue technique, de leur management économique, et du développement culturel. Des inerties existent à tous les niveaux, engendrant une succession de phases d'engouement irrésistible et de réflexion en retrait.

L'expérience particulièrement dynamique des vingt dernières années a clairement révélé les risques pour la confidentialité de la vie privée, et engagé des stratégies nouvelles de tous les acteurs de la vie économique et politique.

Il devient facile en effet de savoir ce qui se passe dans le jardin d'autrui, discrètement ; cela devient même nécessaire. Rappelons par exemple, que sur Internet, c'est l'architecture elle-même du réseau qui permet de suivre à la trace, à la traque disent certains, et d'enregistrer les

transactions opérées par les internautes et leur navigation sur le réseau. Vous savez que les entreprises peuvent subrepticement placer un espion sur votre ordinateur, un *cookie*, comme on dit, qui est un logiciel de surveillance de vos transactions et mouvements sur Internet.

Une autre caractéristique d'Internet est le système dit *hypertexte* (<http://>), des « hyperliens », les *links*. Lorsque vous cliquez sur l'écran d'une fiche de publicité, apparaissent de nombreuses liaisons avec des sujets et des informations connexes. Le but est de vous aider à approfondir vos recherches et à orienter vos investigations. Mais ainsi le champ de surveillance de vos opérations s'étend vite, d'autant que le transfert de l'information vers les « hyper-liens » peut être fait automatiquement sans votre accord.

Autre risque plus sérieux encore si l'entreprise peut *croiser* des fichiers, ou les données disponibles dans d'immenses banques de données auxquelles elle a accès, et dont un grand nombre comportent des informations sur l'identité des personnes (noms, adresses, situation familiale, goûts et relations, clefs financières, etc). En 2000, il y a eu aux Etats-unis un exemple dramatique. Une très importante société publicitaire *Double-Click*, gérant des millions de fiches personnelles, a racheté une grande société de vente par correspondance (*Abacus*) en annonçant son intention de croiser les fichiers. Ce fut un tollé général, entraînant des poursuites judiciaires et des réactions politiques.

Le paradoxe que cette structure d'Internet vous aide à préciser vos besoins, mais elle permet une traque inquiétante qui affecte sérieusement la confiance des clients et employés. Il faut bien toutefois comprendre que les entreprises ont un immense intérêt à obtenir des informations dites personnelles. Elles s'efforcent de les collecter directement, ou elles les achètent ou louent à des intermédiaires spécialisés, comme *Caritas* et *Consodata* en Europe, dans de véritables *marchés de l'information personnelle*. Elles peuvent aussi les revendre sur ces marchés, ce qui irrite beaucoup les intéressés.

En traitant statistiquement ces données personnelles, l'entreprise peut dresser des *profils* de consommateurs et même des profils individualisés, sur lesquels elle va axer sa publicité et ses stratégies d'adaptation, ou d'anticipation de l'évolution de la demande. C'est le marketing *one to one*, dit personnalisé, où une entreprise considère les goûts personnels de chacun des clients, s'efforce de les satisfaire et même de l'orienter vers de nouveaux besoins. Elle peut ainsi se constituer rapidement un marché particulier et amortir ses coûts initiaux qui sont lourds, car les coûts marginaux d'acquisition et de satisfaction de nouveaux clients sont faibles, une fois le réseau constitué. Il faut donc se faire connaître par une publicité agressive sur Internet ; c'est là le hic, car cette forme de publicité, dite *en ligne*, peut avoir des rendements trop faibles pour son coût. C'est une des causes de la crise actuelle.

Des systèmes de protection complexes et incertains

Il existe différentes méthodes pour protéger la confidentialité des activités privées.

- 1) À tout seigneur tout honneur, les systèmes juridiques définissent les droits et obligations des parties. Ce sont des *lois*, dont la portée est générale, et des *contrats* intéressant deux parties concernées. Tous les citoyens jouissent du même droit à la vie privée, qu'ils peuvent ou non d'ailleurs décider d'utiliser. C'est leur liberté...
- 2) La dynamique des marchés est elle même un moyen de protection, puisque la concurrence permet de sanctionner les abus des entreprises et leurs négligences des désirs de vie privée. On parle d'*autorégulation*, qui prend normalement la forme de politiques privées, énoncées par les entreprises : *privacy policies*. Ces politiques doivent faire partie de leurs stratégies, et les plus progressives présentent leurs engagements à l'égard de la vie privée comme une expression de leur éthique.
- 3) Les logiciels informatiques, si nombreux et variés, sont conçus pour protéger la vie privée. Ils peuvent être fournis par les entreprises elles-mêmes en vue de rassurer leurs clients ou acquis directement par eux, par exemple pour protéger leurs e-mails, ou leurs échanges. Cette méthode de protection va prendre un développement considérable.
- 4) Dans notre société, les valeurs s'expriment par des opinions, qui sont au centre de nos systèmes de communication. Les médias peuvent dramatiser les incidents, soutenir ou anticiper certaines évolutions des idées sur le secret de la vie privée. Le sociologue-philosophe allemand de la modernité, Jürgen Habermas va encore plus loin : dans son livre *Droit et Démocratie*, il estime que la *raison de communication*, qui influence si fort les opinions, peut devenir une source du droit.

Étant combinées en pratique ces méthodes constituent de véritables *systèmes de protection*, divers selon les contextes culturels, systèmes encore mal analysés et évalués.

Avant de parler rapidement de chacune de ces méthodes permettez-moi de faire une remarque préjudicielle simple. Pour qu'il y ait risque, il faut que les intéressés tiennent à préserver le secret sur certaines de leurs données personnelles. C'est une affaire de goûts et de liberté. Il est par exemple tout à fait fréquent qu'un acheteur accepte sans difficulté de remplir des fiches personnalisées dans les magasins, ou sur Internet, dans l'espoir que ses goûts et besoins étant mieux connus, le service commercial soit amélioré pour lui. D'autant plus qu'en contrepartie, la firme lui offre des rabais, des récompenses, bref des avantages commerciaux. Il est aussi libre de renoncer à invoquer ses droits à la protection de sa vie privée,

notamment lors des transactions rapides sur Internet, et renoncer à aller en justice pour faire sanctionner des manquements à ses droits.

Il y a aussi les nombreuses situations où la liberté incite des personnes à dévoiler des informations personnelles. C'est le cas des personnages publics, ou des milieux du show-business, qui souhaitent une large diffusion de leur image, au sens large. Les droits allemand et italien excluent le consentement des gens pour utiliser leur image dans les médias, si leur notoriété ou leurs fonctions en font des personnages publics. Près d'un million de français ont placé un dossier « perso » sur Internet, pour se faire connaître.

Vous connaissez le remarquable succès d'écoute de certaines émissions de télévision qui portent sur des sujets considérés autrefois comme indiscrets, indécents ou même illégaux. Leur « grande écoute » valide culturellement leurs désirs d'expression publique. De leurs côtés, les médias, qui aiment dramatiser et surprendre, ne reculent plus guère devant des risques d'intrusion et même ils « budgètent » à l'avance le coût des sanctions éventuelles. De fait, dans nos sociétés, la liberté d'expression et de la presse jouissent d'une sorte de droit prioritaire par rapport aux autres libertés, non seulement aux Etats-Unis, mais aussi, depuis peu, en Europe où la Cour Européenne de Justice nous le rappelle fréquemment.

Cependant le désir de confidentialité est toujours largement répandu. En fait, au moins dans notre culture européenne, les libertés de la vie privée relèvent du concept fondamental de la *dignité humaine, de la morale*. Max Weber, dont François Perroux connaissait bien l'œuvre, a lumineusement montré que la rationalisation de nos sociétés, c'est-à-dire leur évolution conformément à la raison, fait coexister deux démarches rationnelles.

D'une part, une « rationalité instrumentale » (*zweck rationalität*) qui relève d'une logique de type économique, c'est-à-dire dictée par la comparaison des coûts et avantages. Une personne peut avoir un intérêt à renforcer le secret de sa vie privée, ou au contraire à le négocier contre d'autres avantages ; on l'a vu.

D'autre part une autre logique plus fondamentale, qu'il appelle « rationalité axiologique » (*Wertrationalität*), est d'ordre moral, ou culturel. L'on entre dans le champ des valeurs, du sens, c'est-à-dire de « raisons fortes », qui font du souci de la vie privée un besoin de dignité et de liberté. Nietzsche, et de Marx, sont loin, pour qui les valeurs ne sont que des « croyances illusoires », une « fausse conscience », une expression déformée des intérêts de classe.

Le sociologue Raymond Boudon estime que l'avènement de ces « raisons fortes » n'est pas l'effet de fortes intuitions, mais de véritables processus cognitifs qui assurent le fondement moral de ses actions, et les rendent compréhensibles pour soi et les autres. Elles sont historiques et

contextuelles, et se mêlent à des passions individuelles ou collectives. Je crois que cette analyse nous permet aisément d'expliquer les différents modes de protection, et leur évolution. Revenons donc à chacune des méthodes.

Les lois et leur fondement moral en Europe

En Europe, la loi déclare un droit général à la vie privée et définit les conditions de sa protection, également pour tous les citoyens. Ce *droit à la protection s'insère dans les droits de l'homme*. Le fondement en est bien entendu moral, un principe de dignité, la *dignitas* des stoïciens romains, cette volonté morale et « valeur intrinsèque » que Kant classe « infiniment au-dessus de tout prix ». À partir du 18^{ème} siècle, cette dignité est perçue comme un droit universel à l'intégrité et l'inviolabilité de la personne, au respect de soi et des autres. Depuis la Révolution c'est un attribut de l'égalité.

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 y voit le fondement de la justice, de la liberté et de la paix. En Allemagne, la Loi Fondamentale de 1949 précise que la dignité de l'homme est intangible. En France, l'article 9 de notre Code civil a été modifié en 1970 et dans son alinéa 2 il précise : « le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ». Notre nouveau code pénal de 1992, dans son Livre II, définit « les atteintes à la dignité de la personne ». En 1994, notre Conseil constitutionnel a donné une valeur constitutionnelle à « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ».

Sans développer ici la portée générale de ces principes de droit naturel en termes de droit positif, je rappellerai simplement que nos systèmes juridiques comportent aujourd'hui des dispositions du « droit de la personne », et même, en Allemagne du « droit au développement de la personnalité ». Les controverses juridiques ne manquent pas sur la valeur juridique de cette formulation et son application à la vie privée. L'un des grands spécialistes du droit de la vie privée, le prof. François Rigaux, de Louvain, note qu'il est peu indiqué de parler de droits non-patrimoniaux, qui seraient opposés aux droits de propriété, ou aux droits de créance. Il rappelle que la liberté de chacun lui permet de négocier l'usage de certains de ses droits personnels. La société d'information facilite ces négociations et y incite. Le professeur François Rigaux, spécialiste du droit de la vie privée conclut : *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'échec ?*

Malgré ces difficultés de définition, la reconnaissance de ce droit est générale en Europe. En effet, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, établie par le Conseil de l'Europe en 1951 stipule dans son article 8. « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et

Diálogo de saberes

constaté en 1999 que près de la moitié des organismes qui auraient dû déclarer leur programme de collecte informatique de données personnelles ne l'avaient pas fait. Le problème est celui des moyens dont disposent ces organismes pour faire appliquer la loi, sans tomber dans les excès de contrôles trop bureaucratiques ou inquisitoires. La loi doit donc s'appuyer sur une coopération volontaire des intéressés, notamment sous la forme de *standards privés* mais agréés, de *codes de conduite* et d'accords professionnels. C'est précisément la solution recommandée par la nouvelle Directive sur le Commerce électronique, et que pratiquent plus volontiers que nous les anglais et scandinaves. La CNIL y a eu aussi recours, mais plus occasionnellement.

Une dernière remarque est que l'application de la loi est toujours incertaine, lorsque les textes sont difficiles à rédiger et à interpréter par les juges. Elle peut être source de différenciation sociale, selon les capacités des citoyens à obtenir aisément son application. Mais elle a toujours une forte valeur d'exemple et de précédent. Répétons que ces lois s'insèrent dans des « systèmes de protection » dont d'autres éléments peuvent compléter l'action de la loi (contrats, logiciels, marchés, opinion publique) dont nous allons parler.

La règle des contrats et de l'autorégulation aux Etats-Unis

Bien qu'ayant des inspirations communes l'Europe et les Etats-Unis ont des systèmes juridiques différents.

En effet, la tradition culturelle entretient la méfiance à l'égard des pouvoirs publics. C'est le principe *privacy is your business* qui règne; que chacun se débrouille. C'est le domaine du *contrat* qui doit régler les modalités de la protection, d'où le développement des politiques d'autorégulation contractuelle dites *privacy policies*. Un autre principe règle l'application des contrats, celui de *fair information* qui permet de sanctionner la mauvaise foi ou la manipulation. C'est donc la jurisprudence qui est la source du droit, et chaque juge règle un cas particulier. Dès la fin du 19^e siècle, des juristes de Chicago avaient fait adopter une définition de la vie privée : *le droit d'être laissé tranquille*, concernant d'ailleurs les personnages publics harassés par la presse. Depuis des critères plus larges ont été adoptés par une jurisprudence foisonnante. La *privacy* est un domaine juridique très actif qui mobilise des avocats spécialisés très agressifs, et défendent le respect des contrats.

Il y a donc peu de lois fédérales, sauf dans quelques domaines sensibles, mais les législateurs des Etats sont plus entreprenants. Le niveau fédéral ne néglige pas cependant le sujet. Ses grands organes de régulation fédérale sont chargés d'en suivre de près le développement, d'analyser et de faire des rapports périodiques : la « Commission Fédérale du Commerce », la « Commission fédérale des télécommunications », celle du système financier.

La régulation par la dynamique des marchés

Quel que soit le système juridique de protection, si un consommateur est mécontent il s'adresse à un concurrent. Aussi la concurrence conduit-elle les entreprises à essayer d'engager leurs clients dans des pratiques de partenariats avec elle-mêmes, ou dans des accords à l'échelle professionnelle pour réduire ce risque commercial de la vie privée. C'est ce qu'ont fait des entreprises de vente par correspondance, aussi bien aux Etats-Unis qu'en Europe, et les institutions financières. De grandes entreprises ont adopté des codes communs de conduite, ou des standards professionnels à l'égard de la vie privée. En outre, un incident grave comme celui de la société *DoubleClick*, a provoqué une baisse des cours en bourse, enregistrant et sanctionnant le mécontentement des clients et de l'opinion. Nous avons aussi mentionné les nouvelles stratégies des entreprises en vue de créer des partenariats commerciaux avec leurs clients, porteurs de confiance.

D'autres mécanismes de marché ont suscité de nombreuses initiatives en vue de réduire l'isolement et la faiblesse de chaque individu dans ses relations de contrat avec des organismes puissants.

D'abord de puissantes *fondations privées* se sont créées pour évaluer la qualité et la réalité de la protection offerte par les politiques privées. Elles sont très bien informées et actives, font des enquêtes, dénoncent les menaces et les fraudes, et saisissent l'opinion publique et la justice, et même les pouvoirs publics.

Par ailleurs de nouveaux intermédiaires s'interposent entre les individus et les organismes, disons entre clients et entreprises ; on les appelle des *infomédiaires*. Ils offrent, à titre onéreux bien sûr, des services d'évaluation de la qualité de protection, et attribuent aux entreprises des *labels, des notes de qualité* qui sont publiées, notamment sur Internet. Ils informent leurs clients et les aident même à négocier la valeur des données personnelles commercialisées. Ils interviennent ainsi comme nouveaux agents de gestion du risque.

En fait ces réactions du marché nous montrent que si, culturellement, les consommateurs américains font confiance aux entreprises pour respecter leur vie privée, et ne pas tricher avec les clients, leur inquiétude n'a cessé de croître, avec les preuves de manipulation, de négligence ou fraude par les entreprises. Car seules les plus importantes ont des politiques de *privacy* qui fournissent des protections équivalentes à celles des lois européennes. Près de la moitié d'entre elles n'auraient pas vraiment de politique élaborée ou claire et engagée. La multiplication des incidents de confidentialité a même conduit la *Commission fédérale du Commerce*, en 2000, à parler de la nécessité d'une législation fédérale, une première aux Etats-Unis !

Il y a quelques semaines l'Association professionnelle de l'électronique, qui groupe les plus importants producteurs d'équipements et

de logiciels, a aussi demandé une législation fédérale de protection, dans le domaine de l'Internet, pour éviter les lois des Etats, leur variété, leur politisation

Conflits de lois et coopération internationale

Des lois nationales, ou européennes peuvent être la source d'incertitudes ou de conflits d'application. Par exemple la Directive européenne de 1995 stipule que les données personnelles ne peuvent être collectées en Europe, par des entreprises non européennes que si la protection qu'elles offrent est considérée comme adéquate. Après un sévère conflits de 2 ans, en novembre dernier, l'Union Européenne et le gouvernement américain ont signé un accord important. À la veille du développement du commerce électronique chacun avait intérêt à transiger. Désormais les firmes américaines qui s'engageront, volontairement, à respecter certaines règles, dans l'esprit des textes européens, seront considérées comme fournissant une protection adéquate par Bruxelles. On dit qu'elles seront dans un *safe harbour*, un espace protégé. C'est un excellent exemple de coopération internationale, où l'Europe semble, pour l'instant, avoir eu le beau rôle. Mais l'application peut réserver des surprises...

Un autre exemple récent est celui du jugement du tribunal de Paris qui vient de condamner un des plus grands portails de l'Internet américain, Yahoo, à interdire l'accès des français aux textes néo-nazis publiés sur Internet, même sur les réseaux non localisés en France. Il a même suggéré des méthodes techniques. Il est peu probable que les tribunaux américains, sensibles à la liberté constitutionnelle de la presse, suivent Paris. Mais les effets potentiels de marché ont paru à Yahoo si graves et incertains à la fois, que la société a préféré s'interdire le service de ces sites. C'est désormais à Yahoo à s'expliquer avec le juge américain.

Il me paraît évident qu'une meilleure coopération internationale s'impose entre les grands acteurs publics et privés de la société d'information.

Il nous reste encore à évoquer les deux dernières formes de protection : celles par les logiciels et celles par les médias. Mais nous ne pouvons le faire que brièvement.

Logiciels et médias

En ce qui concerne les techniques je peux simplement vous dire ici que les inventeurs de logiciels ne cessent de proposer de nouvelles méthodes pour garantir le secret des communications (cryptographie), garantir et protéger l'identité des opérateurs, leur signature, leurs opérations financières. D'autres logiciels peuvent vous protéger contre l'invasion de votre « mél » par de la publicité invasive ou des informations indésirables,

ou débarrasser votre ordinateur des espions, ces fameux *cookies* dont nous avons parlé. Ce sont des *filtres*, ou des méthodes d'anonymité, que l'utilisateur d'Internet peut d'ailleurs se procurer facilement dans les logiciels habituels de traitement de textes. Le célèbre logiciel P3P permet aux consommateurs de pré-programmer l'accès à leurs données personnelles. L'OECD et Bruxelles s'y intéressent de près, mais il ne fait pas l'unanimité.

Le problème est dans le coût des logiciels les plus efficaces, leur facilité d'utilisation, et leur diffusion. Une idée progresse : les entreprises devraient prendre en charge ces coûts, concevoir leurs logiciels de transaction de manière à faciliter l'information des usagers et l'exercice de leurs options de confidentialité. Elles pourraient aussi fournir des logiciels facilitant les procédures de négociation des prix des informations. Le domaine des logiciels de protection est donc clairement un instrument privilégié et largement utilisable.

Mais finalement ce sont les réactions des opinions publiques par les médias qui exerceront la véritable pression sur les législateurs, les contractants, les exécutifs publics. Cette remarque nous renvoie aux valeurs, plus précisément à celles de la vie privée et de sa confidentialité. Quant à l'exercice du « droit à la vie privée », nous avons vu qu'il est, paradoxalement, un droit de la personne et un droit patrimonial. Les compromis que chacun doit faire expriment bien sa liberté de choix, que les normes de société encadrent. L'usage régulier des nouveaux instruments de la société d'information et son image de modernité, les pressions du système économique ne peuvent manquer de faire évoluer les attitudes à l'égard de la vie privée, et les normes de protection admises dans nos sociétés.

Il s'agit bien de normes culturelles. Elles sont le fruit de l'éducation du public faites délibérément ou non par les lois, les juges, les médias, les groupes d'influence. Je crains que le système d'éducation lui-même s'intéresse plus à la technique de l'information qu'aux valeurs qui doivent en marquer la portée.

Conclusions

Pour l'instant, je crois que malgré les attraits et les surprises de la technique, le souci de confidentialité conserve sa valeur de dignité humaine, dans l'esprit privé et public. Mais les formes modernes des échanges modifient ces attitudes culturelles dans un sens qu'il conviendra de suivre attentivement et de manière critique. Les consommateurs seront sans doute de mieux en mieux disposés à la négociation de l'usage de leurs données personnelles, sous réserve de certains tabous.

Les entreprises, et toute organisation, ne pourront satisfaire leurs besoins si urgents d'informations, afin de pouvoir finement cibler leurs communications avec leur clientèle, qu'en *innovant dans leurs relations avec leurs usagers, en développant des formes de partenariat avec eux*, afin de les

rendre moins méfiants et plus coopératifs. Ainsi les contradictions entre valeurs et intérêts des deux parties au contrat, qui prennent des formes paradoxales, devront être résolues par des innovations procédurales et relationnelles, et de nouvelles pratiques d'intermédiation commerciale. Le cadre législatif demeure la garantie de base, pour inciter les divers acteurs à définir et à respecter des contrats honnêtes, selon leurs valeurs et intérêts.

Comme Athéna-Parthénos, dans cette antique société grecque où les individus n'étaient pas dissociés de la Cité, la nouvelle déesse de la société d'information porte la lance du combat, mais aussi le casque de la sagesse. C'est un paradoxe qui a fait ses preuves.