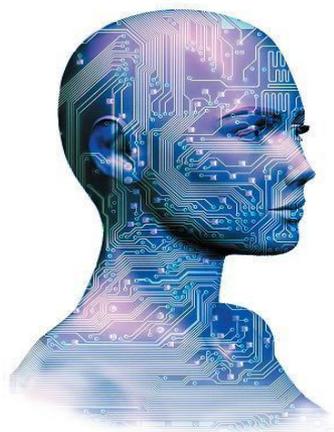


Le consentement au traitement des données à caractère personnel: quelques pistes théoriques



Christophe Lazaro

March 2013

I. Introduction

1. Analyse juridique

A. La nouvelle proposition de régulation

1. Objectifs

- Renforcement de l'harmonisation
- Deux régimes de justification difficilement conciliables
- Une « mécanique juridique complexe »

2. **Nouvelles dispositions en matière de consentement**

- Définition uniforme
- Charge de la preuve
- Retrait du consentement
- Déséquilibre significatif
- Information

I. Introduction

1. Analyse juridique

B. Méthodologie

- Place du consentement dans la proposition de régulation et son articulation avec d'autres principes
- Particularités du champ de la protection des données personnelles
 - Champ médical et expérimentation clinique
 - Champ contractuel et protection du consommateur
- Limites du consentement (3 cas d'étude)
 - Réseaux sociaux
 - Systèmes de géo-localisation
 - Bases de données médicales

I. Introduction

2. Analyse interdisciplinaire

1. Double questionnement:

- Quelles justifications et valeurs au cœur des dispositifs juridiques?
- Quel sujet s'agit-il de « fabriquer »?

2. Diverses dimensions

- La dimension *cognitive* du consentement (contrôle, compréhension, intentionnalité, prise de décision)
- La dimension *émancipatrice* du consentement (auto-détermination, expression d'un libre choix)
- La dimension *interactive* du consentement (contextes d'usage)

II. Tester une hypothèse

1. La rhétorique du consentement/contrat

1. Place centrale du « consentement »

- Place grandissante du consentement et du *choix individuel* dans diverses sphères sociales et politiques
 - Rupture contemporaine avec le modèle paternaliste à travers la promotion renforcée de l'autonomie personnelle et de l'émancipation des individus (voy. empowerment, capacitation, potentialités, etc.)

2. Risques

- Sur-responsabilisation des acteurs, dont certains sont dans des situations d'asymétrie, voire de vulnérabilité
- Passage d'une morale substantielle – fondée sur des critères de ce qui est bien ou non - à une morale plus formelle et consensuelle selon laquelle ce qui rend légitime un acte n'est pas tant son contenu que le cadre procédural dans lequel l'énoncé du consentement s'inscrit

II. Tester une hypothèse

2. Vers un « privacy self-managment » ?

1. Fabrication d'un « sujet expert »

- Sujet capable de gérer les difficultés liées aux divers traitements de ses données personnelles
- Individualisation des risques

2. Procéduralisation des droits

- Economie d'une réflexion substantielle relative à certaines formes de traitement :
 - « *The privacy self-management model attempts to be neutral about substance – whether certain forms of collecting, using, or disclosing of personal data are good or bad – and instead focuses on whether people consent to the collection, use, or disclosure of their data. Consent legitimizes nearly any form of collection, use, and disclosure of personal data.* » (D. Solove, Privacy self-managment and the consent paradox)

III. Perspectives analytiques

1. Sens commun

1. Ambiguïté du consentement

- Constellation de notions voisines

Ex: *agrément, accord, assentiment, adhésion, acquiescement, permission, autorisation, accommodation, ajustement, adaptation, etc.*

2. Une première définition

- Le consentement est « *[l']acte par lequel quelqu'un donne à une décision dont un autre a eu l'initiative l'adhésion personnelle nécessaire pour passer à l'exécution* » (P. Foulquié, Dictionnaire de la langue philosophique)

- Double dimension:

- Réponse à une sollicitation extérieure
- Rapport de délibération de soi à soi

III. Perspectives analytiques

2. Sens éthique

Dans le champ éthique, le consentement repose sur 5 éléments (champ médical)

1. *Information* : toutes les informations pertinentes doivent être délivrées au patient avant qu'il ne prenne sa décision
2. *Compréhension* : le patient doit comprendre les caractéristiques générales de la pathologie ou du problème médical, les risques et bénéfices du traitement ainsi que les autres options
3. *Volonté* : le patient ne doit subir aucune pression ou influence dans sa prise de décision
4. *Compétence* : le patient est censé être responsable de la prise de décision
5. *Choix* : le patient doit se voir laisser le choix

IV. Perspectives juridiques

1. Prénance de la logique « juridique »

1. Philosophie libérale

- La notion de consentement est étroitement associée à la philosophie libérale et à la pensée juridique caractérisant l'époque moderne (figure de l'individu autonome, libre et rationnel)

- Consentir :
 - à quelque chose : l'objet du consentement et la question de la légitimité (évaluation) ;
 - avec quelqu'un : le destinataire du consentement et la question de la liberté/égalité (relation)
 - dans un contexte : les conditions du consentement et la question de l'objectivité/objectalité (situation)

IV. Perspective juridique

2. La légitimité ou la « vertu magique » du consentement

1. Acte de légitimation

- Cette notion traduit la volonté de conclure un accord et de légitimer des actes par cet accord, son absence pouvant même constituer un crime (le viol par exemple est défini principalement par le non-consentement de la victime)
- La «vertu magique» du consentement: transformation d'une situation, apparition de droits dans le chef de l'autre partie; mutation de l'illicite en licite.

IV. Perspective juridique

2. Exemples

- *Contrat civil*: le consentement du cocontractant légitime le transfert et l'exercice de droits dans le chef de l'autre parti;
- *Contrat social*, le consentement des individus légitime la soumission à l'autorité politique;
- *Traitement médical ou expérimentation clinique*: le consentement du patient légitime l'atteinte à l'intégrité physique ;
- *Traitement des données personnelles*, le consentement de la personne concernée légitime l'intrusion dans la sphère privée.

→ axe structuré par l'opposition entre autonomie et contrainte

→ consentir c'est prend un *risque!*

IV. Perspective juridique

2. La liberté/égalité ou la « vertu symétrique » du consentement

1. Individualisme libéral (XIXe)

- Le contrat comme fondements des relations sociales
 - Libres et égaux par nature les hommes ne peuvent se lier que volontairement, c-à-d contractuellement: c'est sur ce fondement volontaire, ou contractuel, que doivent s'organiser toutes les relations sociales entre les individus (Hobbes, Locke ou Rousseau)
 - Sur le plan économique, cette idée se traduit dans le libre jeu des initiatives individuelles: meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et socialement les plus utiles.

- Principe de l'autonomie de la volonté
 - Liberté contractuelle + égalité des parties
 - Consensualisme

IV. Perspective juridique

2. Evolution du droit

- Au-delà de la « fiction juridique »: tenir compte des égalités de fait
- Logique d'information (ex ante)

3. Les critiques de la théorie du consentement

1. Théories de la domination

2. Théories psychologiques ou cognitivistes

- De la théorie critique à une théorie de la critique: le déterminisme supprime la possibilité même de parler du consentement
- Penser le consentement de manière nuancée: formes de résistance, de tactiques, de ruses ou de stratégies

V. Quelques repères pour penser le consentement

1. Prise de risque

- Authenticité et lucidité du consentement
- Nature des données (données sensibles?)

2. Continuum

- Espace où la contrainte/méconnaissance occupent une place de facto
- Proposition de règlement

Art. 7, § 4: Le consentement ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement lorsqu'il existe un déséquilibre significatif entre la personne concernée et le responsable du traitement

3. Relation

- Unilatéralité → réciprocité
- Réciprocité → collectif

= 3 régimes d'engagement (individu-relation-contexte)

V. Quelques repères pour penser le consentement

4. Confiance

- Tiers institutionnel
- Tiers privé?

5. Temporalité

- Caractère diachronique
- Proposition de règlement: rétractation, droit à l'oubli, portabilité

Conclusion

Futures publications

- Perspectives théoriques sur le consentement
- Perspectives comparatives sur le consentement
- (In)aliénabilité du consentement

- La notion de **contrôle** à travers ses différentes déclinaisons
 - Em« power »ment (capacitation, émancipation)
 - Souveraineté
 - Propriété