

---

*Revue Juridique étudiante de l'Université de Montréal*



Volume 5 — 2020

---

*Le consentement préalable en  
matière de traitement technologique  
de données à caractère personnel à  
la lumière de la sociologie du droit*

Moumouni Krissiamba Ouiminga

---



# Le consentement préalable en matière de traitement technologique de données à caractère personnel à la lumière de la sociologie du droit

Moumouni Krissiamba Ouiminga\*

## Résumé

L'article aborde la problématique d'actualité du principe du consentement en matière de traitement technologique des données à caractère personnel. Le consentement préalable<sup>1</sup> est un des principes qui fonde juridiquement la collecte et l'exploitation des données à caractère personnel.

Dans un premier temps, un état des lieux du cadre juridique supranational réglementant la protection des données à caractère personnel et de la vie privée au sein du cyberspace est proposé. À travers cet exposé, un accent particulier est mis sur le contenu du principe du consentement préalable et certaines de ses implications. Ces éléments du droit positif servent ensuite de matière pour une analyse sociologique du droit. Des concepts comme l'effectivité et l'efficacité en sociologie du droit sont ainsi convoqués pour les besoins de l'approche réflexive interdisciplinaire.

---

\* L'auteur est juriste, spécialiste du droit des technologies de l'information et de la communication. Il complète un programme de doctorat en droit de l'Université de Sherbrooke. Il est aussi membre régulier du Laboratoire pour la recherche critique en droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Nous emploierons indifféremment dans le présent article les termes « principe du consentement » ou « consentement préalable » pour désigner le « principe du consentement préalable ».

## Abstract

The article addresses the current issue of the principle of consent in the technological processing of personal data. Prior consent is one of the legal principles for the collection and use of personal data.

First, an inventory of the supranational legal framework regulating the protection of personal data and privacy in cyberspace is proposed. Throughout this presentation, particular emphasis is placed on the content of the principle of prior consent and some of its implications. These elements of positive law are then used as material for a sociological analysis of law. Concepts such as effectiveness and efficiency in the sociology of law are thus called upon for the needs of the interdisciplinary reflective approach.

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction . . . . .	4
I. La vocation universelle du principe du consentement préalable . . . . .	6
A. La transnationalité des traitements technologiques et l’universalité du consentement . . . . .	6
1. La Convention 108 + du Conseil de l’Europe . . . . .	9
2. Le Règlement général sur la protection des données du Parlement européen et du Conseil de l’Union européenne . . . . .	9
3. La <i>Convention de l’Union africaine sur la Cybersécurité et         la protection des données à caractère personnel</i> . . . . .	11
4. L’Acte additionnel A/SA.1/01/10 de la CEDEAO . . . . .	11
B. Le contenu sémantique du principe du consentement et ses implications . . . . .	12
1. Le contenu du consentement préalable . . . . .	12
2. Les exceptions au principe du consentement et quelques implications . . . . .	17
II. La sociologie du droit comme cadre d’analyse du principe du consentement . . . . .	19
A. Le concept biface d’effectivité et d’efficacité en sociologie du droit . . . . .	20
1. Le concept d’effectivité et d’ineffectivité . . . . .	20
2. Le concept d’efficacité et d’inefficacité . . . . .	21
B. L’explication de la problématique à la lumière des concepts d’« (in)effectivité » et d’« (in)efficacité » . . . . .	22
1. Considérations d’ordre général sur le phénomène d’(in)effectivité et d’(in)efficacité . . . . .	22
2. De l’effectivité attendue à l’effectivité observée . . . . .	23
3. L’(in)effectivité totale . . . . .	24
4. Les raisons possibles de l’ineffectivité et de l’efficacité du principe du consentement . . . . .	26
Conclusion . . . . .	28

Le consentement est une notion relativement ancienne. Elle remonte à l'Antiquité<sup>2</sup>, chez les stoïciens, qui l'avaient d'abord conceptualisée comme une opération de l'âme qui exprime un désir, l'âme étant la raison qui guide, le principe qui dirige tout être<sup>3</sup>. La notion a par la suite traversé les époques<sup>4</sup> pour se répandre dans tous les domaines de la vie en société subissant des mutations inspirées notamment de la philosophie libérale et contractualiste<sup>5</sup>. Aujourd'hui, le consentement suscite un vif intérêt au regard des difficultés liées à sa mise en application dans le contexte de la société de l'information, particulièrement en matière de droit de la protection des données ou renseignements à caractère personnel<sup>6</sup>.

En effet, la société de l'information dans laquelle nous vivons connaît une dématérialisation croissante des activités socio-économiques, politiques, culturelles, etc. Cette particularité s'accompagne d'une autre : l'hyperconnectivité du monde physique à internet, matérialisant ainsi la réalité du cyberspace. Dans le cyberspace, si ce ne sont les individus eux-mêmes qui livrent leurs données à caractère

- 
2. Environ -3000 avant Jésus-Christ à 476.
  3. Laetitia MONTEILS-LANG, « Perspectives antiques sur la philosophie du consentement », (2009) 14 *Tracés* 31, 31-35.
  4. De l'Antiquité au Moyen Âge (476-1492) en passant par les Temps modernes (1492-1789) et l'Époque contemporaine (1789 à nos jours).
  5. Christophe LAZARO et Daniel LE METAYER, « Le consentement au traitement des données personnelles : perspective comparative sur l'autonomie du sujet (European Union) », (2014) 48-3 *R.J.T.* 765, 771-791.
  6. Les données à caractère personnel ou renseignements personnels sont deux termes synonymes. Il s'agit de toute information, quelle qu'elle soit, qui permet d'identifier de façon directe ou indirecte une personne physique identifiable. On retrouve les termes renseignements personnels, dans les lois fédérales du Canada pour le secteur public, à savoir la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21 (ci-après désignée LPRP) et dans le secteur privé, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.R.C. 1985, c. 5 (ci-après « LPRPDE »). Voir notamment art. 4(1) du CE, *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE*, [2016], JO, L 119/16 (ci-après « RGPD »), en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>; *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, Conseil de l'Europe, STE n° 108, Strasbourg, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1985 et modernisée en mai 2018, en ligne : <<https://rm.coe.int/convention-108-convention-pour-la-protection-des-personnes-a-l-egard-d/16808b3726>> (ci-après « Convention 108+ »).

personnel, parfois sensibles, pour avoir accès aux services de la société de l'information, ce sont les acteurs économiques qui profitent de leur imprudence, négligence ou parfois de leur position de « faiblesse » pour collecter et constituer de grandes bases de données à caractère personnel, généralement conservées dans des infrastructures technologiques organisées et accessibles en mode infonuagique<sup>7</sup>. Toutes ces opérations, notamment de collecte et de conservation à des fins d'exploitation, sont qualifiées juridiquement de « traitements de données à caractère personnel ». Or, pour mettre en œuvre de tels traitements, il y a un encadrement juridique à respecter. Cet encadrement juridique est constitué notamment de principes directeurs, dont le principe du consentement préalable. Si le respect de ce principe ne semble pas rencontrer de grandes difficultés dans le cadre des traitements classiques de données personnelles<sup>8</sup>, tel n'est pas toujours le cas pour les traitements technologiques.

La réflexion sur le consentement préalable à la mise en œuvre du traitement technologique des données à caractère personnel pose, sous l'angle de la sociologie du droit, la question notamment de son effectivité et de son efficacité, au point que l'on pourrait se demander si ce principe est toujours adapté à certaines réalités des technologies numériques. Que signifie ce principe du consentement préalable en matière de traitement de données à caractère personnel ? Quel est son fondement juridique et quelles sont ses implications sociologiques dans le contexte du numérique ? Comment se prête-t-il à une analyse sociologique du droit au travers des concepts d'« effectivité » et d'« efficacité »<sup>9</sup> ?

- 
7. Sur les données massives ou *Big data*, voir : Alexandra BENSAMOUN et Célia ZOLYNSKI, « Cloud computing et big data : Quel encadrement pour ces nouveaux usages des données personnelles ? », (2015) 189-1 *Rezeaux* 103, 109-110 ; Faja SILVANA et Trimi SILVANA, « Big Data and Information Privacy », (2018) 49-2 *Decision line* 9 ; Sophie VULLIET-TAVERNIER, « Big Data et protection des données personnelles : quels enjeux ? Éléments de réflexion », (2014) 2-4 *Statistique et société* 27 ; Gilles BABINET, *Big Data, penser l'homme et le monde autrement*, Paris, Le Passeur, 2015.
  8. Il s'agit des traitements de données à caractère personnel mis en œuvre dans le monde physique ou réel.
  9. L'analyse, sous l'angle de la sociologie du droit, du principe du consentement au travers des concepts d'« effectivité » et d'« efficacité » est essentiellement théorique. Une évaluation empirique de l'(in)effectivité ou de l'(in)efficacité réelle du principe nécessiterait plus de ressources (financières, matérielles et temporelles pour une enquête de terrain) que nous n'aurions eues à notre

Ces questionnements serviront de fil conducteur à nos développements et seront abordés successivement en deux parties : en premier lieu, nous traiterons du fondement juridique à vocation universelle du principe du consentement et de certaines implications sociologiques qui pourraient compromettre sa mise en œuvre dans le contexte du numérique (I). En second lieu, nous tenterons une mise en évidence des phénomènes sociologiques<sup>10</sup> qui pourraient toucher le principe du consentement dans le cadre du traitement technologique des données à caractère personnel (II).

## I. LA VOCATION UNIVERSELLE DU PRINCIPE DU CONSENTEMENT PRÉALABLE

Le consentement est un des principes consacrés à travers le monde en matière de traitement de données à caractère personnel (A). Les textes juridiques qui le prévoient expriment tous dans leurs dispositions respectives les mêmes exigences pour sa validité (B).

### A. La transnationalité des traitements technologiques et l'universalité du consentement

Nous entendons par « traitement technologique de données à caractère personnel » toute opération ou ensemble d'opérations effectués à l'aide de moyens technologiques et appliqués à des données à caractère personnel. Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre grâce aux outils et moyens d'action de l'intelligence artificielle (IA), tels les algorithmes d'apprentissage, les algorithmes d'inférence ou de prédiction en sont un exemple<sup>11</sup>.

---

disposition à déployer. Cela ne remet nullement en cause la pertinence et la validité de notre réflexion.

10. L'« ineffectivité » et l'inefficacité constituent des phénomènes sociologiques. Voir Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, Les Éditions Thémis, 2016, p. 123.
11. L'intelligence artificielle a plusieurs définitions. Nous pouvons cependant retenir qu'il s'agit de l'étude et l'implémentation des programmes informatiques qui simulent la pensée ou l'intelligence humaine. Un des principes clefs de l'IA est que toute forme de pensée humaine susceptible d'être exprimée dans un langage peut être simulée par la machine universelle ou par des systèmes artificiels de traitements des connaissances : Boi FALTINGS et Michael SCHUMACHER, *L'intelligence artificielle par la pratique*, 2<sup>e</sup> éd. coll. « informatique », Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2017, p. 1 ; Hervé CHAUDET



Un premier constat est que la mise en œuvre de ces traitements technologiques se réalise de plus en plus de façon immatérielle et transfrontière puisque ces traitements sont favorisés par l'environnement numérique du cyberspace. Le cyberspace a pour caractéristiques d'être à la fois universel, anational et transnational. La transnationalité en particulier confère non seulement la possibilité aux traitements mis en œuvre au sein du cyberspace de revêtir ce caractère, mais aussi oriente l'encadrement vers une dynamique législative plus ouverte sur le monde. S'il y a un commentaire à relever au regard de la caractéristique anationale et aterritoriale de ce cyberspace est qu'il bouleverse et ne prend pas nécessairement en compte toutes les spécificités des systèmes juridiques nationaux qui, à leur tour, ne s'accommodent pas toujours avec la particularité extensive de celui-ci<sup>12</sup>.

Un deuxième constat découle de l'absence d'un instrument juridique adopté sous l'égide des Nations Unies concernant l'encadrement des traitements technologiques de données à caractère personnel. Cependant, l'absence d'une telle convention n'empêche pas un encadrement juridique de la mise en œuvre de traitements technologiques de données à caractère personnel dans le contexte du cyberspace. En effet, il existe des textes juridiques supranationaux adoptés par des grands ensembles géographiques régionaux et communautaires pouvant servir de cadre juridique pour l'encadrement des traitements technologiques de données à caractère personnel au sein du cyberspace<sup>13</sup>. Cela est d'autant plus vrai quand on considère que ces grands

---

et Liliane PELLEGRIN, *Intelligence artificielle et psychologie cognitive*, coll. « Psycho SUP », Paris, Dunod, 1998, p. 3-8 et 81-101.

Sur les algorithmes voir : Philippe GENTHON, *Dictionnaire de l'intelligence artificielle*, coll. « Traité des nouvelles technologies. Série Intelligence artificielle », Paris, Hermès Sciences Publications, 1989, p. 15-16 ; Michel GERMAIN, *L'intelligence artificieuse*, Montréal, L'Hexagone, 1986, p. 218 ; Dominique J. PECCOUD, « Qu'est-ce qu'un système expert » dans *Intelligence artificielle et bon sens*, coll. « Fredrik R Bull », n° 10, Paris, Masson, 1991, 79 à la p 80.

12. Élisabeth LONGWORTH, « Opportunités d'un cadre juridique applicable au cyberspace : Y compris dans une perspective néo-zélandaise », dans *Les dimensions internationales du cyberspace*, coll « Droit du cyberspace », Paris, Éditions UNESCO : Économica, 2000, p. 11 à la p 19 ; André BERTRAND et Thierry Piette-Coudol, *Internet et le droit*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 7 et suiv.
13. Il existe aussi des textes supranationaux non contraignants juridiquement, mais tout aussi importants en matière de traitement de données à caractère personnel.

ensembles s'interpénètrent à travers les nécessaires échanges de données à caractère personnel sans aucune considération de barrières

Ces textes de référence consacrent tous le principe du consentement préalable en matière de traitement de données à caractère personnel. Il s'agit notamment des :

- *Principes directeurs des Nations Unies pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel*, Doc. N.U. A/RES/45/95 (14 décembre 1994).
- *Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel* (ou Lignes directrice sur la vie privée) du 23 septembre 1980, révisées en 2013. Ces Lignes directrices ont été adoptées sous la forme d'une Recommandation du Conseil de l'OCDE. L'OCDE est l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques. Elles ont pour objectif de promouvoir les politiques visant notamment à réaliser l'expansion de l'économie et du commerce des États membres, de promouvoir l'emploi et de rehausser le niveau de vie des ressortissants de l'espace, toutes choses qui concourent au développement de l'économie mondiale. Ces Lignes directrices ont également inspiré d'autres normes internationales sur la protection des données personnelles dont la *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation*, abrogée par le *Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*. Il en est ainsi également des Principes directeurs de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), etc.
- *Principes directeurs de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique* (APEC) de 2004.

Voir également sur la question : Jennifer STODDART, « Les normes internationales de protection des données personnelles : Développement, actualités et limites », Conférence inaugurale de la 43<sup>e</sup> session d'enseignement de l'Institut international des droits de l'homme, présentée à Strasbourg (France), 9 juillet 2012 [non publiée]. M<sup>e</sup> Jennifer Stoddart a été notamment commissaire à la protection de la vie privée du Canada de 2003 à 2013.

L'on aurait pu faire un développement sur le cadre juridique de protection des renseignements personnels du Canada, y compris le Québec et celui des États-Unis d'Amérique, mais l'on tomberait dans des considérations étatiques, pourtant la problématique est abordée d'un point de vue essentiellement transnational. Cela n'empêche pas pour autant de souligner, au passage, l'inexistence pour le moment d'un texte juridique encadrant de façon spécifique le traitement des données à caractère personnel dans tout son ressort territorial en ce qui concerne le cadre juridique des États-Unis d'Amérique. Cependant, l'État de Californie s'est distingué en adoptant, à l'unanimité des parlementaires, le jeudi 28 juin 2018, soit environ un mois après l'entrée en vigueur du RGPD, un texte encadrant spécifiquement le traitement des données à caractère personnel. Cette loi intitulée *California Consumer Privacy Act* est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020.

frontalières. Nous verrons maintenant les instruments juridiques supranationaux les plus importants.

### **1. La Convention 108 + du Conseil de l'Europe**

La *Convention modernisée pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* du 28 janvier 1981, communément appelée Convention 108<sup>+14</sup> est le premier instrument juridique à vocation internationale réglementant les traitements technologiques des données à caractère personnel. La vocation universelle de cette Convention relève du fait qu'elle est ouverte à tout État, même non-membre du Conseil de l'Europe disposant d'une législation qui lui est conforme. Le principe du consentement y est posé en son article 5, au paragraphe 2<sup>15</sup>.

### **2. Le Règlement général sur la protection des données du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne**

Le *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* a été adopté le 27 avril 2016<sup>16</sup>. Il abroge la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995<sup>17</sup>, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Il est l'instrument juridique de référence, avec un champ d'application extraterritoriale, régissant la protection des données à caractère personnelles au sein de l'Union européenne. Il traite de la question du consentement no-

---

14. Convention 108+, préc., note 6.

15. « Chaque Partie prévoit que le traitement de données ne peut être effectué que sur la base du consentement libre, spécifique, éclairé et non-équivoque de la personne concernée ou en vertu d'autres fondements légitimes prévus par la loi ».

16. RGPD, préc. note 6.

17. *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.*

tamment dans son préambule<sup>18</sup> et dans ses articles 4 paragraphe 11<sup>19</sup>, 7<sup>20</sup>, 8<sup>21</sup>, etc.

- 
18. Voir les considérant : 32, 33, 38, 40, 42, 43, 54, 65, 68, 111, 112, 155, 171.
19. RGPD, préc. note 6, art. 4(11) : « [Le] consentement de la personne concernée [est] toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».
20. Cette disposition traite des conditions applicables au consentement en ces termes, *id.*, art. 4(7) :
- « 1. Dans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable du traitement est en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant.
  2. Si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples. Aucune partie de cette déclaration qui constitue une violation du présent règlement n'est contraignante.
  3. La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement.
  4. Au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat. »
21. Cette disposition traite des conditions applicables au consentement des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information en ces termes, *id.*, art. 4(8) :
- « 1. Lorsque l'article 6, paragraphe 1, point a), s'applique, en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants, le traitement des données à caractère personnel relatives à un enfant est licite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. Lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans, ce traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant. Les États membres peuvent prévoir par la loi un âge inférieur pour ces finalités pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en dessous de 13 ans.
  2. Le responsable du traitement s'efforce raisonnablement de vérifier, en pareil cas, que le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, compte tenu des moyens technologiques disponibles.

### 3. La Convention de l'Union africaine sur la Cybersécurité et la protection des données à caractère personnel

La *Convention de l'Union africaine sur la Cybersécurité et la protection des données à caractère personnel*<sup>22</sup> a été adoptée le 27 juin 2014 à l'occasion de la 23<sup>e</sup> session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine tenue à Malabo en Guinée Équatoriale. Elle constitue le principal texte réglementant de manière spécifique les traitements technologiques de données à caractère personnel à l'échelle du continent africain. Le principe du consentement y est consacré notamment à son article 1<sup>23</sup>.

### 4. L'Acte additionnel A/SA.1/01/10 de la CEDEAO

L'*Acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace*<sup>24</sup> de la CEDEAO<sup>25</sup>, adopté le 16 février 2010 à Abuja, au Nigéria, est le principal et premier texte juridique communautaire dans l'ouest de l'Afrique régissant les traitements des données à caractère personnel. Il est annexé au Traité de la CEDEAO dont il est partie intégrante<sup>26</sup>. Cet Acte additionnel invite les quinze États membres de l'espace à adopter des lois efficaces en la matière, et à mettre effectivement en place des autorités de protection des données personnelles<sup>27</sup>. Le consentement préalable à la mise en œuvre

---

3. Le paragraphe 1 ne porte pas atteinte au droit général des contrats des États membres, notamment aux règles concernant la validité, la formation ou les effets d'un contrat à l'égard d'un enfant. ».

22. *Convention de l'Union africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel*, 27 juin 2014, 39, LC13293, en ligne : <<https://au.int/en/treaties/african-union-convention-cyber-security-and-personal-data-protection>>.

23. *Id.*, art. 1 : « [Le] consentement de la personne concernée [est] toute manifestation de volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal, judiciaire ou conventionnel accepte que des données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement manuel ou électronique ».

24. *Acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace*, CEDEAO (ci-après « Acte additionnel »)

25. Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). Il s'agit d'une organisation d'intégration de quinze États membres créée par le Traité de la CEDEAO en 1975 et révisé le 24 juillet 1993. Sa mission est de promouvoir l'intégration économique dans tous les domaines de l'activité économique en Afrique de l'Ouest.

26. Acte additionnel, préc., note 24, art. 48.

27. *Id.*, art. 2 et 14.

du traitement technologique des données à caractère personnel y est traité notamment en son article 1<sup>28</sup>.

L'analyse des dispositions juridiques pertinentes des instruments susmentionnés permet de relever qu'ils véhiculent tous, dans l'esprit, le même contenu sémantique de la règle du consentement préalable.

## B. Le contenu sémantique du principe du consentement et ses implications

Nous entendons par principe une « [r]ègle [juridique] générale qui doit, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière, régir une [situation], par opposition à exception »<sup>29</sup>. Nous ne faisons donc pas de différence entre les termes « principe » et « règle juridique générale » entendus au sens du *Vocabulaire juridique*<sup>30</sup>. Le consentement préalable, comme dans la plupart des cas des principes directeurs en matière de traitement de données à caractère personnel, se présente sous la forme d'une règle générale assortie d'exceptions. Comment se présente cette règle juridique du consentement et quelles en sont les principales exceptions ?

### 1. Le contenu du consentement préalable

Comme l'intitulé « préalable » du principe du consentement préalable l'indique, le consentement doit être obtenu avant toute mise en œuvre du traitement des données à caractère personnel. Le principe du consentement préalable peut être défini comme toute manifestation de volonté, libre, spécifique, informée et univoque par laquelle

28. *Id.*, art. 1 : « [Le] consentement de la personne concernée [est] toute manifestation de volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal, judiciaire ou conventionnel accepte que des données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement manuel ou électronique ».

29. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2016, « Principe », p. 806 (voir aussi le par. 2 de la même page pour une définition complémentaire). Voir également Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 22<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2014, « Norme », p. 670.

30. *Id.*, p. 882. En effet, le paragraphe 2 conçoit la règle comme un principe (la règle de principe), par opposition à l'exception.

la personne concernée<sup>31</sup> ou son représentant légal, judiciaire ou conventionnel, accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que ses données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement informatisé ou manuel<sup>32</sup>. Cette manifestation de volonté peut revêtir plusieurs formes. Toutefois, elle devrait se traduire par un acte positif plutôt qu'un acte négatif qui consisterait en une abstention de faire ou une obligation de ne pas faire<sup>33</sup>.

31. Personne physique dont les données à caractère personnel font l'objet de collecte et de traitement.

Le responsable du traitement, autre terme technique, est la personne physique ou morale qui décide de la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel et en détermine les modalités et la finalité.

32. Voir la Convention 108+, préc., note 6, art. 5, par. 2 ; RGPD, préc., note 8, art. 4, al. 11 ; *Convention de l'Union africaine sur la Cybersécurité et la protection des données à caractère personnel*, préc., note 22 ; Acte additionnel, préc., note 24, art. 1.
33. CE, Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 15/2011 sur la définition du consentement*, 13 juillet 2011, p. 12 (ci-après « Avis G29 sur la définition du consentement »). Voir aussi CE, Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679*, version révisée et adoptée le 10 avril 2018, p. 5, en ligne : <[https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement\\_wp259\\_rev\\_0.1\\_fr.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement_wp259_rev_0.1_fr.pdf)> (ci-après « Lignes directrices sur le consentement »).

Le Groupe de travail « Article 29 » est l'organe européen consultatif indépendant sur la protection des données et de la vie privée sous le régime de la *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation*, abrogée par le *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, préc., note 17. Le groupe a été institué par l'article 29 de la Directive 95/46/CE d'où l'appellation Groupe de travail. Ses missions sont définies à l'article 30 de la Directive 95/46/CE et à l'article 15 de la *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*. Cette dernière Directive est en processus de révision.

À la suite de l'abrogation de la Directive 95/46/CE et l'entrée en vigueur le 24 mai 2018 du Règlement général sur la protection des données, le groupe de travail, a été remplacé par le Comité européen de la protection des données (CEPD) qui a endossé du même coup certains avis du G29 (maintenant Lignes directrices) dont celui sur le consentement. Le CEPD est un organe européen indépendant qui contribue à l'application cohérente des règles en matière de protection des données personnelles au sein de l'Union européenne et qui encourage la coopération entre les autorités de l'UE chargées de la protection des données à caractère personnel. Doté de la personnalité juridique, il est composé du chef de l'autorité de contrôle de chaque État membre ou de leurs

Il se dégage de cette définition trois conditions cumulatives pour que le consentement soit valable. Quels sont ces trois éléments qui, rappelons-le, s'appliquent aussi bien aux traitements technologiques qu'aux traitements classiques des données ? La manifestation de volonté doit d'abord être libre. Ensuite, elle doit être spécifique à un ou plusieurs traitements avec une finalité précise ou plusieurs finalités compatibles avec la finalité initiale. Enfin, la volonté de consentir au traitement doit être exprimée de façon éclairée ou informée<sup>34</sup>.

#### a. La manifestation de volonté libre<sup>35</sup>

En matière de consentement, une manifestation de volonté libre traduit l'idée que la personne concernée doit être en mesure d'exercer effectivement un choix libre de toute contrainte physique ou morale, quelle qu'elle soit. Si cette personne ne dispose pas d'une véritable liberté de choix parce qu'elle n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudices ou de représailles, sa volonté ne saurait être considérée comme manifestement libre<sup>36</sup>. Il en est de même des cas d'intimidation ou de coercition qui rendent le consentement invalide.

La volonté libre implique aussi l'idée qu'elle doit s'opérer sans risque de tromperie ou, éventuellement, de conséquences négatives importantes pour la personne concernée. Il convient enfin de souligner que :

Le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement des données à caractère personnel bien que cela soit approprié [...] ou si l'exécution d'un contrat, y compris la prestation d'un service, est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution.<sup>37</sup>

---

représentants respectifs et du Contrôleur européen de la protection des données. Voir notamment le « considérant » 139, l'article 68 (instituant le CEPD) et l'article 70 (sur les missions du CEPD) du RGPD, préc. note 6.

34. *Id.*, p. 5.

35. Lignes directrices sur le consentement, préc., note 33, p. 6-13.

36. Avis G29 sur la définition du consentement, préc., note 33, p. 14 et suiv.

37. Voir RGPD, préc., note 6 aux « considérant » 43 et suiv.



## b. La manifestation de volonté spécifique<sup>38</sup>

Le consentement au traitement technologique des données à caractère personnel doit être accordé de façon spécifique. Il doit être en outre intelligible et mentionner l'étendue et ses conséquences. Il ne sera pas valable s'il concerne un ensemble illimité d'activités de traitement technologique avec des finalités différentes. Il existe une obligation de « détail » du consentement à observer relativement aux caractéristiques du traitement technologique de données à caractère personnel. En d'autres termes, un consentement général ne saurait être accepté<sup>39</sup>.

Du reste, le consentement doit porter précisément sur les différents aspects clairement définis du traitement technologique, notamment les données qui feront l'objet d'utilisation et les finalités pour lesquelles elles le seront. Cette compréhension doit reposer sur les attentes raisonnables de la personne concernée et du responsable du traitement de telle sorte qu'il devrait suffire que les responsables du traitement obtiennent un consentement unique pour les différentes opérations sur les données si celles-ci relèvent des attentes raisonnables de la personne concernée. Pour autant, le consentement ne devrait pas, dans l'entendement de la spécificité, pouvoir couvrir « toutes les finalités légitimes »<sup>40</sup> poursuivies par le responsable du traitement. Il devrait plutôt renvoyer au traitement technologique qui est raisonnable et nécessaire compte tenu de sa finalité<sup>41</sup>. Cependant, lorsque le consentement est donné, il devrait valoir pour toutes les activités de traitement technologique ayant la ou les mêmes finalités. Dans l'hypothèse où le traitement technologique aurait plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l'ensemble d'entre elles<sup>42</sup>. Il y aurait donc une évaluation casuistique pour savoir s'il faut « détailler »<sup>43</sup> le consentement en fonction de ses caractéristiques<sup>44</sup>.

38. Lignes directrices sur le consentement, préc., note 33, p. 13-14.

39. Avis G29 sur la définition du consentement, préc., note 33, p. 19-20.

40. Dont le responsable du traitement seul détient la clef de la légitimité.

41. Avis G29 sur la définition du consentement, préc., note 33, p. 19.

42. RGPD, préc. note 6, « considérant » 32 préambule.

43. Avis G29 sur la définition du consentement, préc., note 33, p. 20.

44. À savoir la ou les finalités envisagées, les destinataires des données, la durée de conservation des données personnelles, etc.

Pour donner un consentement spécifique à un traitement technologique déterminé, cela suppose en amont que la personne concernée soit informée à l'avance<sup>45</sup>.

### c. Le consentement éclairé et univoque

Le responsable du traitement doit informer la personne concernée au plus tard au moment où les données sont collectées auprès d'elle. Celle-ci doit être informée de tous les détails du traitement technologique envisagé dont la base juridique dudit traitement et sa finalité, la possibilité d'un profilage et l'exercice des droits reconnus à la personne concernée, lesquels comprennent la réclamation ou la liberté de retirer le consentement<sup>46</sup>. Lorsque le responsable du traitement a l'intention d'effectuer un traitement technologique ultérieur de données à caractère personnel pour une finalité autre que celle pour laquelle elles avaient été collectées, il est tenu de fournir au préalable à la personne concernée toutes les informations au sujet de cette autre finalité et toute autre information pertinente relative au traitement technologique. Il est légitime de se demander comment et par quel moyen le consentement devrait être exprimé au regard des conditions de validité qui viennent d'être exposées.

En effet, le consentement peut être donné oralement ou par écrit ; par voie électronique ou non. Tout est en fonction de la nature, voire des modalités de mise en œuvre du traitement technologique des données à caractère personnel. L'important est que l'acte positif indique, sans ambiguïté, que la personne concernée consent à ce que ses données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement technologique. Dans cette logique, la règle du « silence vaut acceptation » ne saurait constituer un consentement valable au sens du principe du consentement préalable<sup>47</sup>.

Or, nous constatons que le principe du consentement dont les différentes composantes viennent d'être examinées n'est pas absolu. Il connaît quelques exceptions.

---

45. Avis G29 sur la définition du consentement, préc., note 33, p. 21.

46. RGPD, préc., note 6, art 13.

47. Lignes directrices sur le consentement, préc., note 33, p. 14-20.

## 2. *Les exceptions au principe du consentement et quelques implications*

Il convient de souligner de façon générale que le cadre juridique de protection des données personnelles ne s'applique pas aux traitements mis en œuvre exclusivement à des fins personnelles ou domestiques. Cela dit, le traitement technologique de données à caractère personnel peut déroger à l'exigence du principe du consentement préalable. Tel sera le cas lorsque celui-ci est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis, ou à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie, ou encore à l'exécution de mesures précontractuelles prises à sa demande. On admet également que l'on puisse passer outre le principe du consentement quand le traitement s'avère indispensable à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou lorsque le responsable du traitement est investi d'un pouvoir relevant de l'exercice de l'autorité publique. Il en est ainsi des traitements nécessaires à la constatation d'une infraction, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice<sup>48</sup>.

Il existe aussi des cas où le responsable du traitement peut mettre en œuvre le traitement technologique sans recourir au consentement de la personne concernée sans pour autant tomber dans l'illégalité. C'est le cas, d'une part, lorsque le traitement s'impose pour la sauvegarde de l'intérêt ou des droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ou d'un tiers ; et, d'autre part, lorsque le traitement porte sur des données rendues publiques par la personne concernée elle-même<sup>49</sup>.

Contrairement aux exceptions indicatives qui viennent d'être exposées, la mise en application du principe du consentement implique des difficultés objectives. En effet, l'une des difficultés rencontrées dans le monde numérique concerne les personnes physiques qui ne disposent pas de leur pleine capacité juridique. Cela est observé, par exemple, en matière de publicité comportementale en ligne, à destination notamment des enfants mineurs. L'on peut se demander, en cette circonstance, de qui l'on devrait obtenir le consentement. Il

---

48. Voir *Convention de l'Union africaine sur la Cybersécurité et la protection des données à caractère personnel*, préc., note 32, art. 13 et Acte additionnel, préc., note 24, art. 23.

49. *Id.*

semble que le consentement libre, spécifique et éclairé requis est celui de l'enfant et de son tuteur légal, ou le consentement du seul enfant s'il est mature. L'application de cette règle varierait alors en fonction de l'âge de l'enfant<sup>50</sup>. Encore faut-il pouvoir déterminer une minorité légale consensuelle dans le cyberspace<sup>51</sup> en général, et pour le consentement aux traitements technologiques des données à caractère personnel en particulier. Le niveau de dangerosité auquel les enfants en ligne sont exposés variant d'un traitement technologique à l'autre, il apparaît nécessaire d'imaginer un mécanisme de modulation technologique adapté pour chaque traitement technologique qui puisse permettre de donner un consentement, tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans cette mesure, les questions suivantes se posent : quel devrait être l'âge de la minorité légale ? Pour quels types de traitements de données à caractère personnel des enfants en ligne ce consentement vaudrait-il ? Comment assurer l'effectivité d'un tel contrôle ? Comment la société globalisée s'organise-t-elle pour y faire face ? Ces questionnements nous paraissent importants car l'enjeu discuté est celui du devenir de la société.

Il ressort de ce constat qu'il n'existe pas de procédure harmonisée pour un contrôle effectif de l'âge d'un enfant qui pourrait faire l'objet d'une publicité comportementale en ligne<sup>52</sup>. L'absence de règles générales consensuelles en la matière aboutit à une approche fragmentée variant d'un bloc régional à l'autre ; ce qui ne favorise pas une protection spécifique de l'enfant en ligne dans certaines circonstances, en raison de sa vulnérabilité<sup>53</sup>. Pourtant, une telle protection harmonisée est essentielle<sup>54</sup>.

L'examen du principe du consentement au travers notamment de son fondement juridique, de ses conditions de validité et de certaines implications dans le contexte du numérique relève d'une approche à dominance positiviste, c'est-à-dire découlant du droit positif. Un

---

50. Avis G29 sur la définition du consentement, préc., note 33, p. 31-32.

51. Ou renvoyer la question à chaque entité nationale : une option qui s'éloignerait des caractéristiques du cyberspace (absence des frontières territoriales) et qui risquerait de compliquer l'application effective et efficace du principe du consentement.

52. Avis G29 sur la définition du consentement, préc., note 33, p. 32.

53. *Id.*

54. *Id.*

autre regard à dominance sociologique, cette fois-ci, pourrait offrir une lecture interdisciplinaire intéressante de la question de mise en application du principe du consentement dans le contexte du numérique. Une telle analyse externe du point de vue du droit pourrait être complémentaire à celle des cyberjuristes<sup>55</sup>.

## II. LA SOCIOLOGIE DU DROIT COMME CADRE D'ANALYSE DU PRINCIPE DU CONSENTEMENT

Il reste à déterminer comment la sociologie du droit peut être mobilisée pour mettre en lumière les limites objectives au respect du principe du consentement préalable à la mise en œuvre des traitements technologiques des données à caractère personnel.

Rappelons que la sociologie du droit cherche à éclairer la production juridique en enquêtant sur les problèmes de société afin d'aboutir à un droit effectif en phase avec la réalité sociale<sup>56</sup>. Elle étudie cette réalité sociale, voire sociétale pleine du droit, en partant de ses expressions sensibles et observables, notamment dans des conduites collectives effectives<sup>57</sup>. Ce faisant, vu sous l'angle du droit matériel et culturel, elle analyse la manière dont la société, en l'occurrence numérique, conditionne et participe à la création et à la transformation du droit. L'on sait aussi que sa dimension juridique formelle a pour objet l'étude de la manière dont la vie sociale est régulée par le moyen du droit<sup>58</sup>.

Nous constatons en outre que la sociologie distingue trois temps du droit : le moment d'élaboration du droit, le droit tel qu'il est élaboré, en vigueur (droit positif)<sup>59</sup> et le moment de son application

---

55. Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, p. 30.

56. Bernard CUBERTAFOND, *La création du droit*, coll. « Le droit en questions », Paris, Ellipses, 1999, p. 36.

57. André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 566 citant Gurvitch.

58. *Id.*, p. 566 citant T. GEIGER (sur la sociologie matérielle et culturelle du droit et la sociologie formelle du droit)

59. Le droit positif, dans le cas d'espèce, est notamment constitué des principaux instruments juridiques que nous venons d'examiner relativement au principe du consentement.

ou la mise en œuvre du droit<sup>60</sup>. C'est cette dernière dimension temporelle qui retiendra notre attention avec les concepts d'« efficacité », d'« effectivité »<sup>61</sup> et leurs contraires (A)<sup>62</sup>. Cette richesse conceptuelle de la sociologie du droit permet d'expliquer le phénomène de violation des données personnelles<sup>63</sup>, voire de la vie privée en lien avec l'application du principe de consentement en matière de traitements technologiques des données à caractère personnel (B).

## A. Le concept biface d'effectivité et d'efficacité en sociologie du droit

Nous examinerons en premier le lieu le concept d'effectivité et en second lieu, celui d'efficacité<sup>64</sup>.

### 1. Le concept d'effectivité et d'ineffectivité

Du point de vue étymologique, le concept d'effectivité, du latin *effectivus*, signifie ce qui est actif, ce qui produit. Il désigne le degré de réalisation concrète, dans les pratiques sociales, des règles juridiques. Ce qui est effectif, c'est ce qui est appliqué lorsque les conditions ou les circonstances de sa mise en œuvre sont réunies. C'est un concept évaluatif aussi bien de la réception que de la mise en œuvre concrète des normes juridiques<sup>65</sup>. L'effectivité d'une norme est essentiellement fonction de son taux ou son niveau de respect<sup>66</sup>. L'effectivité a donc un sens plus étendu et polyvalent, puisqu'elle désigne tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir. Elle renvoie à cette question essentielle : « quelle est la force du droit et d'où la tire-t-il ? »<sup>67</sup>.

60. G. ROCHER, préc. note 55, p. 33.

61. A.-J. ARNAUD et J.-G. BELLEY, préc., note 57, p. 218-221.

62. Les concepts d'inefficacité et d'ineffectivité.

63. La violation des données à caractère personnel, voire de la vie privée, est un phénomène juridique qui lui-même peut être expliqué par un autre phénomène de nature sociologique : l'(in)effectivité et l'(in)efficacité.

64. A.-J. ARNAUD et J.-G. BELLEY, préc., note 57, p. 218-221. Biface renvoie à deux faces : « effectivité » et « ineffectivité » ; « efficacité » et « inefficacité ».

65. *Id.*, p. 218.

66. Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 109, cité dans G. ROCHER, préc., note 10, p. 315-316.

67. *Id.*, p. 304 et 319.

Le concept d'effectivité est inséparable de son contraire, l'ineffectivité. Tous les deux « se réfèrent à la possibilité de mesure des écarts existant entre d'une part le droit en vigueur et, d'autre part, la réalité sociale que ce droit est censé ordonner »<sup>68</sup>. Le recours à ces deux notions s'est développé, semble-t-il, dans un but pragmatique, voire programmatique<sup>69</sup>. Il en est autrement cependant pour le concept d'efficacité et son contraire.

## 2. Le concept d'efficacité et d'inefficacité

Le concept « efficacité » dérive aussi étymologiquement du latin *efficere, efficacia, efficax*, qui renvoient à l'idée de production des effets attendus<sup>70</sup>. L'efficacité indique les conséquences des normes juridiques, lesquelles sont préétablies par les normes elles-mêmes et conditionnées par des faits externes à ces normes. Elle traduit la capacité à atteindre des buts fixés dans l'édition de la règle de droit<sup>71</sup>. Il est donc dans l'ordre de la rationalité suivant le but<sup>72</sup>. Le concept lui-même correspond à la « fonctionnalité » du droit, entendue comme l'adéquation du droit à son but, qu'il s'agisse du but spécifique d'une norme juridique précise ou de tout autre but<sup>73</sup>. Tandis que la science juridique conçoit l'efficacité seulement dans sa dimension juridique et ne s'intéresse à la réalité factuelle des normes qu'en termes d'effectivité, la sociologie du droit s'y intéresse en termes d'efficacité métajuridique, c'est-à-dire la faculté qu'ont les normes juridiques d'avoir des effets substantiels qui ne sont pas nécessairement formels ; effets en vue desquels ces normes ont été édictées<sup>74</sup>.

La distinction entre l'efficacité métajuridique et l'effectivité réside dans le fait que l'effectivité concerne le respect des normes, et l'efficacité métajuridique renvoie, elle, à l'aptitude réelle de celles-ci à réaliser leur but<sup>75</sup>. L'effectivité du droit est la condition nécessaire, mais

---

68. A.-J. ARNAUD et J.-G. BELLEY, préc., note 57, p. 217-219.

69. *Id.*, p. 218.

70. *Id.*, p. 219-221.

71. *Id.*, p. 220.

72. *Id.*, p. 221.

73. *Id.*, p. 220.

74. *Id.*

75. *Id.*, p. 220.

insuffisante de son efficacité<sup>76</sup>. Le droit lui-même est assez souvent plus exposé à des évaluations relatives à sa capacité à résoudre les problèmes<sup>77</sup>.

La question nodale qu'il convient de poser à ce stade est celle de savoir comment ces deux notions contribuent à mieux éclairer les difficultés d'application ou de mise en œuvre du principe du consentement préalable en matière de traitement technologique des données à caractère personnel.

## B. L'explication de la problématique à la lumière des concepts d'« (in)effectivité » et d'« (in)efficacité »

Dans la prochaine section, il sera question de la problématique inhérente aux difficultés d'application du principe du consentement préalable en matière de traitement technologique des données à caractère personnel au travers de la richesse des concepts « (in)effectivité » et « (in)efficacité ».

### 1. *Considérations d'ordre général sur le phénomène d'(in)effectivité et d'(in)efficacité*

D'une part, l'efficacité du principe du consentement préalable renvoie à sauspension à atteindre l'effet désiré ou à tout le moins, l'effet qui se situe dans la direction souhaitée de l'esprit qui se dégage des textes supranationaux examinés<sup>78</sup>. L'effet recherché, dans le cas d'espèce, est de contribuer à assurer une protection effective de la vie privée à l'ère du numérique par une mise en application efficace du principe du consentement.

D'autre part, tenter de comprendre l'effectivité du consentement préalable dans la mise en œuvre du traitement numérique des données personnelles, c'est retracer la diversité des effets voulus ou involontaires, recherchés ou accidentels, directs ou indirects, prévus ou inattendus, socio-culturels, politiques et économiques<sup>79</sup>. C'est, en somme, tenter de retrouver les voies par lesquelles passent

---

76. *Id.*, p. 218-221.

77. *Id.*

78. G. ROCHER, préc., note 10, p. 304.

79. *Id.*, p. 305.



et se réalisent ces effets et les mécanismes qui les produisent<sup>80</sup> ; mais également les difficultés qui les empêchent de se produire afin de dégager des perspectives pour mieux atteindre l'effectivité.

Rechercher l'application effective du principe du consentement préalable en matière de traitement technologique des données à caractère personnel, c'est aussi interroger le processus de production du droit de la protection des données à caractère personnel, pour en déceler les insuffisances et les corriger. La question de l'effectivité n'est donc pas isolée : elle fait partie de l'engendrement du droit, ou, à tout le moins, devrait être prise en compte dans son étude<sup>81</sup>.

Comme nous le mentionnons plus haut, l'objet de la sociologie du droit va bien au-delà du discours normatif du droit positif. Si elle s'y intéresse, c'est en premier lieu pour mieux comprendre les processus de production, les modalités d'application de la règle de droit en vue de sa pleine effectivité. C'est aussi, en second lieu, pour connaître ses effets sociaux afin de tendre vers une plus grande efficacité<sup>82</sup>. L'on peut, par exemple discuter de ces propos en invoquant des sous-composantes du concept d'effectivité, à savoir l'« effectivité attendue » et l'« effectivité observée » d'une part ; l'« effectivité totale » et l'« effectivité statique » d'autre part.

## 2. De l'effectivité attendue à l'effectivité observée

Il existe deux perspectives lorsqu'on aborde la question de l'effectivité de la loi ou de la règle de droit : l'effectivité attendue et l'effectivité observée<sup>83</sup>.

### a. L'effectivité attendue

L'effectivité attendue s'inscrit dans la logique de la « sociologie législative »<sup>84</sup>, c'est-à-dire la logique orientée d'une part vers les effets politiques poursuivis et les effets indirects ou symboliques recherchés ; d'autre part, elle est orientée vers les effets juridiques directs

---

80. *Id.*

81. *Id.*, p. 306.

82. *Id.*, p. 125-126

83. *Id.*, p. 307-319.

84. *Id.*, p. 307.

que l'on peut appréhender matériellement<sup>85</sup>. Alors, étudier l'effectivité attendue du principe du consentement en tant que règle de droit, c'est observer sa mise en œuvre telle qu'elle se présente dans l'esprit des textes supranationaux et également à travers son application par les autorités de protection des données à caractère personnel, voire par le juge « supranational » ou communautaire<sup>86</sup>. L'application de la règle de droit est un fait sociologique, mais la règle elle-même est un phénomène sociologique avant son application et indépendamment de celle-ci<sup>87</sup>. Le principe du consentement en matière de traitement technologique des données personnelles traduit cette dynamique : il y a d'abord l'écosystème du numérique et puis la protection des données à caractère personnel.

#### b. L'effectivité observée

L'effectivité observée<sup>88</sup> s'intéresse à ce que Pierre Lascoumes et Évelyne Serverin ont appelé « les modes de réception du droit dans la sphère sociale »<sup>89</sup>. Ramener au champ de notre problématique revient à nous interroger sur la question de savoir comment les différents acteurs du cyberspace s'approprient le principe du consentement préalable au traitement technologique des données personnelles, ou comment se préparent-ils à en faire application totale. C'est un questionnement déterminant pour la préservation et la protection du droit au respect de la vie privée.

### 3. L'(in)effectivité totale

Le droit de la protection des données à caractère personnel consacre le consentement préalable comme un des principes directeurs en matière de traitement de données. Il importe peu que ce principe ne soit pas effectivement appliqué. L'important est de comprendre pourquoi il ne l'est pas. Veiller à son application relève notamment des gouvernants, à travers les autorités de contrôle ou de protection. Son ineffectivité

---

85. *Id.*

86. *Id.*, p. 308.

87. Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 134.

88. G. ROCHER, préc., note 10, p. 312-318.

89. Pierre LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et société* 101, cité dans *id.*, p. 307-312.

atteste donc qu'une fonction gouvernementale n'est pas effectivement et/ou efficacement remplie ; mais il n'en demeure pas moins un principe juridique : son application effective n'étant pas vraiment un critère de définition, elle est encore moins un critère de validité<sup>90</sup>.

Comme l'ineffectivité, l'effectivité est un phénomène sociologique. L'effectivité en elle-même n'a pas d'histoire : c'est l'ineffectivité qui est, semble-t-il, sociologiquement plus intéressante à questionner et à analyser. On la conçoit comme l'absence totale d'effectivité, ce qui suppose que l'effectivité est toujours parfaite alors qu'il y aurait, en réalité, une série d'étapes intermédiaires. Si l'ineffectivité totale est le schème à partir duquel il convient de partir, l'ineffectivité partielle est en effet bien plus pratique<sup>91</sup>.

Il convient par ailleurs de souligner qu'il existe deux sortes ou hypothèses d'(in)effectivité totale. Le principe du consentement préalable en matière de traitement technologique des données à caractère personnel échappe généralement à ces deux hypothèses. Toutefois, on ne pourrait pas non plus les exclure de façon absolue à l'application dudit principe. Quelles sont alors ces deux hypothèses ?

Il s'agit, en premier lieu, du cas où la règle de droit est restée constamment inappliquée *ab initio*. C'est le phénomène d'« impuissance des lois »<sup>92</sup>. Cette hypothèse concerne essentiellement les règles du droit écrit<sup>93</sup>. Ce phénomène semble toucher de plus en plus le principe du consentement par rapport à certains traitements algorithmiques en raison de la complexité de l'écosystème du numérique et de certains intérêts des acteurs de l'économie numérique. Il en est ainsi de certains traitements mis en œuvre par les GAFAs<sup>94</sup> et leurs concurrents BATX<sup>95</sup>. En effet, si une profonde réflexion n'est pas engagée de façon inclusive<sup>96</sup> puis suivie de solutions consensuelles concrètes et

90. J. CARBONNIER, préc., note 87, p. 123.

91. *Id.*

92. Expression popularisée par Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, cité *id.*, p. 124.

93. *Id.*

94. Google, Amazon, Facebook et Apple pour les États-Unis d'Amérique.

95. Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi pour la Chine.

96. Par les autorités de contrôle ou de protection des données personnelles, les acteurs de l'économie des données, les associations de protection de la vie privée et de défense des consommateurs, les pouvoirs publics, etc.

adaptées à l'évolution technologique, le principe du consentement pourrait tomber dans le « coma profond » de ce phénomène sociologique d'ineffectivité. L'ineffectivité ne serait alors pas totale, mais elle serait tout de même une menace pour le droit au respect de la vie privée, surtout au regard des exigences de respect de certaines formalités dont l'accomplissement s'accommode difficilement avec la complexité du numérique.

Il s'agit en second lieu du cas où la règle de droit a cessé d'être appliquée après l'avoir été pendant plus ou moins longtemps. C'est le phénomène de la désuétude<sup>97</sup>, c'est-à-dire une abrogation par perte d'effectivité<sup>98</sup>. Il semble difficilement concevable que ce phénomène touche le principe du consentement aussi longtemps qu'il s'agira de données à caractère personnel traitées ; sauf peut-être à l'abroger et à le remplacer par un autre plus effectif et efficace. Les enjeux de la protection des données personnelles en matière numérique sont tels qu'une abrogation du principe du consentement sans alternative menacerait les droits et libertés fondamentaux de la personne.

#### *4. Les raisons possibles de l'ineffectivité et de l'efficacité du principe du consentement*

Les raisons de l'ineffectivité du principe du consentement que nous avançons, loin d'être exhaustives, ne découlent pas d'une évaluation empirique au moyen des outils et méthodes sociologiques<sup>99</sup>. Elles sont le résultat d'une simple réflexion teintée « d'herméneutisme »<sup>100</sup>. Quelles sont donc ces raisons ? Avant de les mentionner, il y a lieu de rappeler que le consentement est seulement valable lorsqu'il est exprimé en toute liberté, de façon éclairée par rapport à un traitement de données à caractère personnel déterminé et pour lequel la personne concernée a compris les enjeux et les implications. Lorsque le consentement ne satisfait pas ces modalités, son effectivité se trouve écorchée. Les raisons qui pourraient alors expliquer l'ineffectivité

97. J. CARBONNIER, préc., note 87, p. 124-127.

98. *Id.*, p. 127.

99. Une évaluation empirique de l'(in)effectivité ou de l'(in)efficacité réelle du principe aurait nécessité le déploiement plus de temps et de ressources.

100. Qui se rapporte à l'herméneutique en tant que théorie de l'interprétation et de l'explication des textes.

du principe du consentement sont liées à une conjugaison de trois principaux facteurs hypothétiques.

Premièrement, les technologies regorgent de potentialités infinies en termes de manipulations des données à caractère personnel et certains responsables de traitement adoptent des pratiques parfois déloyales. Ces pratiques consistent, parfois, à tromper, à exploiter la négligence ou la position de faiblesse des personnes concernées.

Deuxièmement, les autorités de protection disposent de ressources humaines et financières, de même que de moyens techniques et juridiques, insuffisantes<sup>101</sup> pour assurer un contrôle effectif et permanent de la conformité des traitements au cadre juridique de référence.

Troisièmement, l'attitude passive des personnes concernées, en certaines circonstances, pourrait également être avancée comme une des raisons de l'ineffectivité du principe du consentement. En effet, face à un cas présumé d'inapplication effective du principe du consentement, la personne concernée doit effectuer une dénonciation auprès du responsable du traitement ou de l'autorité de protection du ressort territorial concerné.

Ces raisons, que l'on pourrait étendre aux autres principes directeurs, semblent expliquer l'ineffectivité du principe du consentement en matière de traitement technologique des données à caractère personnel. Et cela ne fait qu'effleurer la question de l'efficacité de la protection des données personnelles et de la vie privée. Que faire alors ?

La solution réside dans une sorte de parallélisme des formes qui consisterait aussi en une conjugaison des efforts de tous les acteurs. Prenons, par exemple, la mutualisation des ressources des autorités de protection des données à caractère personnel et des instances judiciaires à travers la collaboration et la coopération judiciaire la sensibilisation des personnes concernées et des responsables de traitement afin de susciter leur collaboration avec les autorités de protection, etc.

---

101. À cause notamment du caractère souvent transfrontière des traitements numériques des données personnelles.

Notons, en définitive, que l'application effective du principe du consentement n'est pas l'apanage des seuls responsables de traitement. Tous les acteurs doivent y participer en gardant surtout éveillée la raison raisonnante. Il y va du devenir de la société face aux « excès euphorisants de la technologie numérique »<sup>102</sup>.



L'analyse, tant sous l'angle du droit positif que de la sociologie du droit, de la question du consentement préalable à la mise en œuvre du traitement technologique des données à caractère personnel peut être étendue à d'autres principes directeurs en matière de protection des données à caractère personnel dans le cyberspace en particulier. La réflexion qui vient d'être menée soulève en toile de fond la question holistique des défis de la gouvernance du cyberspace en tant qu'espace sociétal. En effet, les défis de la gouvernance du cyberspace sont multiples, de plusieurs ordres et par ailleurs interdépendants : culturel, socio-économique, politique, juridique. Doit-on réguler le cyberspace ? Nous constatons que la réponse est affirmative ! La question, celle qui abrite tout l'enjeu, est de savoir comment réguler le cyberspace pour une confiance dans l'écosystème du numérique.

*A priori*, deux à trois pistes de solution inclusives semblent envisageables : premièrement, nous favorisons une réglementation d'origine étatique, relevant du monisme juridique, combinée avec une approche sociologique du droit, relevant du pluralisme juridique, avec une autorégulation des acteurs. Cette option pourrait permettre de dégager des principes<sup>103</sup> juridiques, des valeurs éthiques à promouvoir dans le cyberspace<sup>104</sup>. L'autorégulation suppose la mise en œuvre

---

102. Hervé FISCHER, *Le choc du numérique : essai*, 3<sup>e</sup> éd., coll. « Gestations », Montréal, VLB, 2001, p. 12, par. 3.

103. Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, *Internet et la loi*, coll. « Dalloz Service », Paris, Dalloz, 1997, p. 15-16. Il s'agit des principes de déontologie applicables sur Internet, du principe de l'applicabilité des règles du pays d'émission pour les parties signataires et du pays de réception à défaut, du principe de responsabilité commune des éditeurs et services d'hébergement et du principe de coopération judiciaire.

104. Teresa FUENTES-CAMACHO, « Introduction : l'UNESCO et le droit du cyberspace » dans *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, coll. « Droit du cyberspace », Paris, Éditions UNESCO- Économica, 2000, p. 1, aux p. 4-5.

de mécanismes d'encadrement, dynamiques, proactifs<sup>105</sup>, inclusifs et décentralisés à travers des normes volontairement développées et acceptées par l'ensemble des acteurs du cyberspace avec un minimum d'intervention étatique<sup>106</sup>.

Ensuite, une coopération s'avère nécessaire, au niveau judiciaire et au niveau supranational<sup>107</sup>. Une régulation effective du cyberspace est alors possible si elle est transnationale et universelle, en procédant par une convergence d'approches régionales ou communautaires d'harmonisation, soutenues par des solutions spécifiques nationales<sup>108</sup>.

Enfin, la régulation effective du cyberspace pourrait être efficace si elle est souple, neutre technologiquement – peut-elle vraiment être neutre ? – et quand elle prend en compte des mesures éducatives complémentaires<sup>109</sup> comme la sensibilisation des cybernautes<sup>110</sup>.

Telles pourraient être les perspectives à envisager pour une réponse, au-delà de la question du principe du consentement, à la question globale de l'effectivité et de l'efficacité des instruments juridiques encadrant les traitements technologiques des données à caractère personnel.

---

105. T. PIETTE-COUDOL et A. BERTRAND, préc., note 103, p. 11-13.

106. Pierre TRUDEL, « Les responsabilités dans le cyberspace », dans *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, coll. « Droit du cyberspace », Paris, Éditions UNESCO : Economica, 2000, p. 235, aux p. 262-269.

107. Voir T. PIETTE-COUDOL et A. BERTRAND, préc., note 103.

108. T. PIETTE-COUDOL et A. BERTRAND, préc., note 103, p. 3 et 120.

109. T. FUENTES-CAMACHO, préc., note 104, préface.

110. Les citoyens du cyberspace.

