

Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l'autonomie du sujet

*Christophe LAZARO et Daniel LE MÉTAYER**

**Consent to personal data processing:
a comparative perspective on data subject's autonomy**

**Consentimiento para el tratamiento de datos personales.
Perspectiva comparativa sobre la autonomía del sujeto**

**O consentimento para o processamento de dados pessoais:
uma perspectiva comparativa sobre a autonomia do sujeito**

对处理个人资料的同意：一种关于主体自治的比较性视角

Résumé

L'objectif de cet article est de contribuer au débat relatif à la problématique du « consentement informé » dans le contexte de la récente proposition de Règlement européen réformant le cadre général sur la protection des données. En proposant une nouvelle définition du consentement ainsi qu'en imposant de nouvelles obligations aux responsables de traitement, ce texte n'est pas épargné par la

Abstract

This article seeks to contribute to the discussion about the “informed consent” requirement in the context of the recent EU Proposal for a General Data Protection Regulation. By formulating a new definition of consent and imposing new obligations on data controllers, the Proposal has been subject to many criticisms. The legitimating force of consent itself has been seriously questioned in the

* Daniel Le Métayer, Directeur de recherche, INRIA; Christophe Lazaro, Chercheur post-doctoral, INRIA. Les travaux décrits dans cet article ont été financés par le projet européen PARIS / FP7-SEC-2012-1 et par l'INRIA Project Lab CAPPRIS (Collaborative Action on the Protection of Privacy Rights in the Information Society).

critique. La force normative du consentement elle-même est fortement remise en question, tant les développements technologiques de ces dernières années ainsi que les pratiques sociales qu'ils génèrent semblent battre en brèche la capacité, voire la volonté, des individus d'exercer un véritable contrôle sur leurs données personnelles. Sur la base des réflexions développées dans les sphères du droit médical et du droit des contrats, cet article examine les principales critiques formulées à l'encontre de la «logique du consentement». Une telle perspective comparative permet ensuite d'identifier un ensemble de paramètres fondamentaux pouvant servir d'outils heuristiques afin de penser et d'enrichir notre conception du consentement et de l'autonomie dans le contexte des environnements numériques contemporains.

Resumen

El objetivo de este artículo es contribuir al debate relativo a la problemática del “consentimiento informado” en el contexto de la reciente propuesta del Reglamento europeo que reforma el marco general sobre la protección de datos. Al proponer una nueva definición del consentimiento, así como al imponer nuevas obligaciones a los responsables del tratamiento, este texto no se libra de la crítica. La fuerza normativa del consentimiento en sí misma es fuertemente cuestionada, tanto los desarrollos tecnológicos de estos últimos años como las prácticas sociales que ellos generan parecen menoscabar la capacidad e incluso la voluntad de las personas, para ejercer un verdadero control sobre sus datos personales. Con base en las reflexiones desarrolladas en las

face of recent technological developments and emergence of new social practices that seem to undermine the very capacity or even the will of individuals to “self-manage” their informational privacy. Drawing from the insights of legal scholarship in the fields of medical law and contract law, this article analyzes the main critiques addressed to the “logic of consent”. Such a comparative analysis is used as a basis for inferring a set of key parameters that could serve as heuristic tools in order to revisit and refine the understanding of consent and individual autonomy in the context of contemporary technological environments.

Resumo

O objetivo deste artigo é contribuir para o debate relativo à problemática do «consentimento informado» no contexto da recente proposta de Regulamentação europeia que reforma o quadro geral sobre a proteção de dados. Propondo uma nova definição do consentimento, ao mesmo tempo em que impõe novas obrigações aos responsáveis do tratamento, este texto não é poupado pela crítica. A própria força normativa do consentimento é fortemente questionada, visto que os desenvolvimentos tecnológicos destes últimos anos assim como as práticas sociais que engendram parecem superar a capacidade, até a própria vontade, dos indivíduos em exercer um controle real sobre seus dados pessoais. Apoiando-se sobre reflexões desenvolvidas nas esferas do

esferas del derecho médico y el derecho contractual, este artículo examina las principales críticas formuladas en contra de la “lógica del consentimiento”. Tal perspectiva comparativa permite luego identificar un conjunto de parámetros fundamentales que pueden servir de herramientas heurísticas con el fin de pensar y enriquecer nuestra concepción de consentimiento y de la autonomía en el contexto de los ambientes digitales contemporáneos.

direito médico e do direito dos contratos, este artigo examina as principais críticas formuladas contra a «lógica do consentimento». Tal perspectiva comparativa permite, na sequência, de identificar um conjunto de parâmetros fundamentais que podem servir de ferramentas heurísticas a fim de pensar e enriquecer nossa concepção do consentimento e da autonomia no contexto dos ambientes digitais contemporâneos.

摘要

针对近来欧盟个人资料保护规章提案中有关“知情同意”所引发的讨论，本文旨在对其进行进一步探讨。提案所提出的“同意”新定义以及对资料掌控者规定的新义务受到多方面的批评。面对近年来技术的发展以及似乎有损个人自我管理信息隐私能力甚至意愿的新社会实践，“同意”本身的合法性受到了严重质疑。借助医事法和合同法上对该问题的一些思考，本文将考察针对“同意逻辑”所提出的主要批评。通过这一比较性视角，我们可以识别作为启发性工具的一套基本参数，从而进一步审视并丰富当代数字化环境下对同意和个人自治的理解。

Plan de l'article

Introduction	771
I. Le consentement en droit médical	777
A. Le consentement informé au service de l'autonomie du sujet	777
1. L'émergence de la théorie du consentement dans le domaine médical.....	777
2. Les éléments d'un consentement autonome	779
B. Les critiques de la théorie du consentement informé en droit médical	783
II. Le consentement en droit des contrats	787
A. Le consentement au cœur de la logique contractuelle.....	787
B. Les critiques de la théorie du consentement en droit des contrats.....	791
III. Une grille de lecture en matière de consentement	795
A. Les rapports de force.....	796
B. Le droit de retrait	797
C. L'impact	798
D. La routine	799
IV. Le consentement en droit de la protection des données personnelles.....	800
A. Vers un renforcement des pouvoirs de la personne concernée.....	800

B. Consentir au traitement des données personnelles.....	803
1. Les rapports de force	803
2. Le droit de retrait.....	805
3. La routine.....	807
4. L'impact.....	809
Conclusion.....	811

« Le consentement semble un mot simple, une notion transparente, une belle abstraction de la volonté humaine ; il est pourtant obscur et épais comme l'ombre et la chair de tout individu singulier. »¹

G. FRAISSE, *Du consentement*.

Le consentement occupe une place centrale dans la législation en matière de protection des données personnelles et de la vie privée. Il figure parmi les modes de légitimation des traitements de données énumérés de manière limitative dans la législation européenne. On pourrait même affirmer qu'il constitue l'un des rouages fondamentaux de la mécanique juridique déployée par cette législation puisqu'il occupe la première place parmi les raisons légales autorisant un responsable de traitement à faire usage des données à caractère personnel. L'importance que revêt le consentement dans cette matière a été récemment réaffirmée dans la proposition de règlement rendue publique par la Commission européenne en janvier 2012², destinée à remplacer à terme l'actuelle Directive 95/46.

En proposant ce règlement, la Commission vise un double objectif : il s'agit, d'une part, de promouvoir l'harmonisation des régimes juridiques de protection des données dans l'espace économique européen afin de favoriser les échanges et une plus grande sécurité juridique aux entreprises et, d'autre part, de rassurer les citoyens (et les consommateurs) en leur conférant un plus grand contrôle sur leurs données à caractère personnel³.

¹ Geneviève FRAISSE, *Du consentement*, Paris, Éditions Le Seuil, 2007, p. 21.

² *Proposition de Règlement 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 (règlement général sur la protection des données)*, janvier 2012, en ligne : <<http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2012&number=0011&appLng=FR>> (consulté le 21 janvier 2015) (ci-après « *Proposition de règlement* »). Voir aussi : *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*, J.O. L 281 du 23 octobre 1995 (ci-après « *La Directive* »).

³ Voir l'exposé des motifs de la *Proposition* : « C'est pourquoi il est temps de doter l'Union d'un cadre juridique plus solide et plus cohérent en matière de protection des données, assorti d'une application rigoureuse des règles, afin de permettre à l'économie numérique de se développer sur tout le marché intérieur et aux personnes physiques de maîtriser l'utilisation qui est faite des données les concernant, et de renforcer la sécurité juridique et pratique pour les opérateurs économiques et les pouvoirs publics » (*id.*, p. 1).

Dans la proposition de règlement, le renforcement d'un tel contrôle est notamment recherché à travers l'édiction de nouvelles règles en matière de consentement. Dans cette perspective, le législateur européen propose une nouvelle définition du consentement imposant l'obtention d'un consentement *explicite* de la personne concernée. Il fait reposer à cet égard la *charge de la preuve* sur le responsable de traitement. Il envisage les modalités d'un *retrait* du consentement et appréhende aussi les situations potentielles où existerait un *déséquilibre significatif* entre les parties.

Comme toute nouvelle proposition de réglementation, le texte soumis par la Commission européenne n'est pas épargné par la critique. En particulier, l'idée même de consentement est fortement remise en question, tant les développements technologiques de ces dernières années ainsi que les pratiques sociales qu'ils génèrent semblent battre en brèche la capacité, voire même la volonté, des individus d'exercer un véritable contrôle sur leurs données personnelles.

La logique juridique du « consentement » en matière de protection des données personnelles ainsi que les modalités pratiques de sa mise en œuvre provoquent donc la discussion. Celle-ci mobilise divers arguments – certains d'ordre empirique, d'autres d'ordre normatif – qu'il est parfois difficile de démêler.

Sur le plan empirique, certains auteurs font le constat d'un écart considérable entre théorie et pratique. Ainsi, les uns font fréquemment référence à l'inapplicabilité même d'une telle logique dans un contexte où les dispositifs techniques facilitent l'exploitation de données à l'insu des personnes⁴. Les autres mettent en doute la possibilité d'un consentement véritablement éclairé et insistent sur les problèmes d'ordre informationnel et cognitif, notamment posés par le recours aux « politiques de vie privée » (« *privacy policies* »)⁵. Ils constatent que la majorité des personnes ne lisent

⁴ Plusieurs études récentes ont notamment montré que de nombreuses applications installées sur les téléphones mobiles collectent des données personnelles à l'insu des utilisateurs et les transmettent à des tiers inconnus de ceux-ci. Voir, notamment : Jagdish P. ACHARA, James-Douglass LEFRUIT, Vincent ROCA et Claude CASTELLUCCIA, *Detecting privacy leaks in the RATP App: how we proceeded and what we found*, 2^e Conférence GreHack (2013), Amphithéâtre Vaujany, Grenoble, 2013.

⁵ Daniel J. SOLOVE, « Privacy Self-Management and the Consent Paradox », (2013) 126 *Harv. L. Rev.* 1880, 1881, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018> (consulté le 21 janvier 2015).

pas ce type de documents⁶ ou, lorsqu'ils les lisent, manquent des connaissances les plus élémentaires pour en comprendre la portée et faire un choix informé en la matière. Dans le meilleur des cas, si les personnes lisent, comprennent et sont susceptibles de faire un choix informé, les options qui leur sont offertes ne reflètent pas nécessairement leurs volontés. Plus globalement, il est devenu courant dans la littérature d'évoquer l'existence d'un « paradoxe de la vie privée » (*privacy paradox*) pour expliquer le comportement contradictoire des individus à l'égard de leur vie privée, notamment les utilisateurs de réseaux sociaux: alors même que ceux-ci se disent préoccupés par leur vie privée, ils n'hésitent pas à révéler sur leurs profils de nombreuses informations personnelles, souvent très détaillées⁷. Comment appréhender le rôle et mesurer la portée du consentement dans un tel contexte?

Sur le plan normatif, à ses extrêmes, le débat oppose, d'un côté, les partisans d'une « autodétermination » de l'individu, laissant à celui-ci la liberté de gérer sa vie privée comme il l'entend et de consentir, le cas échéant, au traitement de ses données⁸; de l'autre, ceux qui prônent un contrôle et une réglementation plus stricts des opérations de traitement de données, en imposant le cas échéant certaines limites substantielles à la capacité de consentir. Prenant le contrepied de la vision libérale et procédurale de la vie privée, ces auteurs soulignent les risques et les dérives liés à la contrac-

⁶ Voir: Rainer BÖHME et Stefan KÖPSELL, « Trained to Accept? A Field Experiment on Consent Dialogs », dans *CHI 2010 Proceedings of the SIGCHI Conference on Human factors in Computing Systems*, New York, Éditions ACM, 2010, p. 2403, en ligne: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?id=1753689>> (consulté le 21 janvier 2015) à les informer finissent par y payer de moins en moins attention. Ce phénomène d'habitation soulève le problème de ce que l'on appelle l'« économie de l'attention », l'attention des utilisateurs devant être considérée comme une ressource rare qu'il est nécessaire de mobiliser de manière subtile. Voir: Emmanuel KESSOUS, Kevin MELLET et Moustafa ZOUINAR, « L'économie de l'attention: entre protection des ressources cognitives et extraction de la valeur », (2010) 52 *Sociologie du travail* 359.

⁷ Susan B. BARNES, « A privacy paradox: Social networking in the United States », (2006) 11 *First Monday* 1, en ligne: <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1394/1312>> (consulté le 21 janvier 2015). Voir aussi en ligne le Symposium consacré à « The Privacy Paradox. Privacy and Its Conflicting Values », (2012) 64 *Stan. L. Rev. Online* 57, 57 et suiv., en ligne: <<http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox>> (consulté le 21 janvier 2015).

⁸ Detlev ZWICK et Nikhilesh DHOLAKIA, « Contrasting European and American Approaches to Privacy in Electronic Markets: Property Right versus Civil Right », (2001) 11 *Electronic Markets* 116.

tualisation d'un droit fondamental, voire à une marchandisation des données personnelles⁹. Pour ceux-ci, l'accent mis sur la logique du consentement et sa dimension formelle contribue à éviter un questionnement substantiel sur le droit à la vie privée ainsi qu'à éluder les tensions inhérentes aux objectifs concurrents poursuivis par la législation, à savoir, d'un côté, la libre circulation des données au sein d'un espace économique européen et, de l'autre, le respect des droits fondamentaux et des libertés des citoyens. D'autres auteurs remettent en cause la logique du consentement car elle conduirait à une sur responsabilisation des acteurs, qui ne tiendrait compte ni de la complexité du contexte technologique dans lequel ceux-ci évoluent, ni des situations de déséquilibre structurel, voire de vulnérabilité auxquelles les acteurs font face lorsqu'ils sont censés consentir. Comme on peut le constater, les termes du débat relatif au consentement et à la vie privée ne sont pas neufs. En effet, ils reflètent les tensions traversant toute la théorie politique et morale depuis la Modernité entre individualisme et paternalisme, entre conceptions substantielles et procédurales de l'autonomie.

En réaffirmant la place du consentement dans l'arsenal législatif en matière de protection des données, la proposition de règlement oblige le chercheur à réinterroger sa compréhension de l'autonomie individuelle et de son rapport avec les dispositifs et les environnements techniques contemporains. Dans cette perspective, il importe de prendre un certain recul par rapport au débat dont nous venons de dresser, sans doute trop grossièrement, les grandes lignes en approfondissant les soubassements théoriques, mais aussi les ressorts pragmatiques de la notion de consentement. Cette démarche nous semble d'autant plus justifiée que l'analyse fait généralement l'impasse sur cette notion tant elle semble familière. En effet, la notion de consentement est un élément fondamental de la pensée juridique telle qu'elle s'est développée dans les pays occidentaux¹⁰. Dans certains champs du droit, cette notion existe pour ainsi dire depuis la nuit des temps, comme en attestent les règles en matière de contrat ou de mariage élaborées par le droit romain. Outre le domaine des contrats, le consentement revêt une

⁹ Certains se demandent s'il ne faudrait pas considérer certaines données comme inaliénables, en dépit même du consentement des personnes.

¹⁰ Pour une perspective anthropologique sur la notion de consentement (dans le champ médical), voir : Maria PATRÃO NEVES, « Cultural context and consent: An anthropological View », (2004) 7 *Medicine, Health Care and Philosophy* 93.

place importante en matière de responsabilité, notamment pénale, puisque le droit lui reconnaît le pouvoir de transformer l'illicite en licite¹¹.

Ainsi en est-il de la différence entre le crime de viol et la relation sexuelle librement consentie¹². Enfin, au cours du XX^e siècle, la logique du consentement a, dans certains champs du droit, connu une évolution particulière puisqu'elle s'est vue agrémentée d'une exigence préalable d'information comme dans le droit de la consommation ou dans le droit médical et de l'expérimentation sur les êtres humains.

L'omniprésence de cette notion dans la pensée juridique lui confère assurément la force de l'évidence. Toutefois, cette notion est, sans doute, plus équivoque qu'il n'y paraît. Dans différents champs du droit, on peut constater que le consentement fait l'objet ces dernières années de vives controverses ; les auteurs soulignent l'urgence d'une véritable analyse critique de cette notion, voire en dénoncent fortement le caractère illusoire. Le débat contemporain relatif au consentement en matière de protection des données fournit l'occasion d'interroger de manière approfondie cette notion au regard des principes caractérisant le droit à la vie privée. Dans cet article, nous proposons d'évaluer la légitimité et l'acceptabilité de la théorie du consentement au regard de son application potentielle à des problèmes juridiques en matière de protection de la vie privée et des données personnelles.

Dans cette perspective, nous développons une analyse comparative en nous inspirant des réflexions critiques suscitées par la notion de consentement (informé) dans le champ de la médecine et de l'expérimentation

¹¹ Dans la littérature juridique, il est très fréquemment fait référence à la « vertu magique » du consentement afin de décrire ses effets. Le consentement est assimilé à un acte magique car sa force normative résiderait dans son pouvoir transformatif. Sur la base de cette métaphore, les auteurs entendent souligner le fait que, sur un plan tant moral, institutionnel que légal, le consentement a pour effet de transformer un acte répréhensible en un acte légitime, un acte illicite en un acte licite, ou encore de transférer l'exercice de droits ou de privilèges d'une personne à l'autre, comme par enchantement. Voir : Heidi M. HURD, « The Moral Magic of Consent », (1996) 2 *LEG* 121. L'auteur définit le consentement comme « a permission that allows another to do a wrong act » ; voir, dans le même numéro : Larry ALEXANDER, « The Moral Magic of Consent II », (1996) 2 *LEG* 165.

¹² Peter WESTEN, « Some Common Confusions About Consent in Rape Cases », (2004) 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 333.

clinique¹³. Une telle comparaison tire son intérêt et sa légitimité d'une pluralité de motifs. D'abord, la médecine est sans doute l'un des domaines qui vient le premier à l'esprit lorsqu'on parle de consentement¹⁴. Aujourd'hui, la liberté du patient de choisir non seulement son médecin, mais également le traitement qui lui convient (voire de le refuser) s'impose comme une évidence. Une vaste littérature est consacrée à la notion de consentement dans le cadre de la relation médecin-patient, mettant en évidence les bienfaits et les méfaits d'une logique centrée sur l'autonomie individuelle. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ces débats pour éclairer la problématique de la protection des données personnelles. Ensuite, tout traitement médical implique *de facto* une atteinte à l'intégrité physique et, à ce titre, met en jeu un droit fondamental de l'être humain. L'intégrité physique de la personne fait ici écho à ce qu'on pourrait appeler, dans le champ du droit au respect de la vie privée, l'«intégrité informationnelle»; les données personnelles étant conçues alors comme des émanations ou des extensions de la personne humaine¹⁵. Enfin, la relation médecin-patient se caractérise par une asymétrie et un déséquilibre structurel entre les parties, le médecin détenant non seulement les connaissances, mais aussi les capacités pour agir. Ce type de déséquilibre entre parties est également l'une des préoccupations majeures en matière de vie privée. Pour ces différentes raisons, le droit médical fournit le nécessaire contrepoint pour nourrir notre investigation sur le consentement dans le domaine de la protection des données personnelles¹⁶.

¹³ Steve CLARKE, «Informed consent in Medicine in Comparison with Consent in Other Areas of Human Activity», (2001) 39 *Southern Journal of Philosophy* 169.

¹⁴ *Id.*, 175.

¹⁵ Ian KERR et Jena MCGILL, «Emanations, snoop dogs and reasonable expectations of privacy», (2007) 52 *Crim. L.Q.* 392.

¹⁶ Pour compléter notre analyse comparative, nous ferons également une brève incursion dans le champ du droit des contrats dans lequel la notion de consentement occupe une place fondamentale puisqu'elle est au cœur du principe d'*autonomie de la volonté* pénétrant la doctrine civiliste depuis l'élaboration du Code civil. En outre, notons que la problématique du consentement en droit des contrats se retrouve également dans le champ de la protection des données car le contrat est considéré comme l'un des modes de légitimation des traitements de données dans la législation européenne. Voir: Maurizio BORGHI, Federico FERRETTI et Stavroula KARAPAPA, «Online data processing under EU law: a theoretical framework and empirical evidence from the UK», (2013) 21 *Int. J. Law & Info. Tech.* 109.

I. Le consentement en droit médical

Nous examinons dans un premier temps les conditions de l'émergence de la théorie du consentement en droit médical et les éléments constitutifs d'un consentement autonome avant d'analyser dans un second temps les critiques qui ont été émises à son encontre.

A. Le consentement informé au service de l'autonomie du sujet

1. L'émergence de la théorie du consentement dans le domaine médical

La notion de consentement informé dans le domaine médical est relativement récente, contrairement à ce que l'on pourrait penser. Que ce soit en Europe ou aux États-Unis, on peut situer son apparition et son développement progressif dans la pensée juridique et éthique dans les années ayant suivi la Seconde Guerre mondiale. Il en va de même dans le champ de l'expérimentation clinique sur les êtres humains ; la logique du consentement informé a en effet été développée à la suite du procès de Nuremberg ayant révélé les atrocités commises pendant la guerre sur certains prisonniers des camps de concentration¹⁷.

Dans le champ médical, l'émergence de la logique du consentement informé marque, sur le plan de l'histoire des idées, un changement radical dans la manière de concevoir la relation thérapeutique¹⁸ : une transition s'est opérée, un passage de la figure paternelle et bienveillante du médecin à la figure autonome et participative du patient. Le renforcement des droits du patient rompt avec une très longue tradition médicale puisant sa source dans l'Antiquité et qui a perduré, malgré certains changements mineurs, jusqu'au XX^e siècle¹⁹. Pendant une très longue période, le patient

¹⁷ Tom O'SHEA, « Consent in History, Theory and Practice », (2011) *Essex Autonomy Project Green Papers*, en ligne : <<http://autonomy.essex.ac.uk/consent-in-history-theory-and-practice>> (consulté le 21 janvier 2015).

¹⁸ Jean-Philippe PIERRON, « Une nouvelle figure du patient ? Les transformations contemporaines de la relation de soins », (2007) 25 *Sci. Soc. Santé* 43.

¹⁹ Vito MALLARDI, « The origin of informed consent », (2005) 25 *Acta Otorhinolaryngol Ital.* 312.

a été considéré comme une personne ignorante n'ayant ni les connaissances, ni la capacité intellectuelle ou morale de s'opposer ou de discuter les recommandations et les décisions du médecin, celui-ci étant censé savoir exactement ce qui était bon pour le malade. C'est une culture fortement paternaliste qui caractérisait donc la profession médicale, gouvernée par un idéal de bienveillance plutôt que d'autonomie du patient. Intervenir dans l'intérêt et pour le bien du patient était l'objectif de la profession. Bien entendu, une certaine forme d'information était délivrée au patient, notamment en ce qui concerne l'acte que le médecin allait poser, mais le consentement était plutôt conçu comme un signe d'acceptation et de soumission à la décision du médecin; il n'était certainement pas envisagé comme une opportunité pour le patient de formuler un choix de manière autonome.

Au cœur de la théorie du consentement informé ou éclairé se trouve aujourd'hui consacré en médecine un principe fondamental des sociétés occidentales²⁰: l'autonomie²¹. Dans ce domaine, le respect des personnes passe par la reconnaissance de leur maîtrise corporelle, leur liberté de choix et leur autodétermination²².

²⁰ S. CLARKE, préc., note 13, 179: « The history of medicine and medical care has not developed entirely separately from the history of society in general, and the rise of the doctrine of informed consent in medicine cannot be properly understood outside of an understanding of the place of consent in Western society in general. »

²¹ Emmanuelle LAGARDE, *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition personnelle en droit européen*, thèse de doctorat, Pau, École doctorale Sciences sociales et humanités, Université de Pau, 2012.

²² Notons que, pour certains auteurs, ce renforcement de la place du patient dans la relation thérapeutique participe d'un phénomène de « consommation ». Cette idée de consommation de la relation médecin-patient a été affirmée par des disciplines non juridiques telles que la sociologie, qui prétend que l'effondrement du paternalisme médical a laissé la place à un consommateur et un prestataire de service. Voir: SARAS HENDERSON et ALAN R. PETERSEN (eds.), *Consuming health: The commodification of health care*, Londres, Éditions Routledge, 2002; Marie-Georges FAYN, *La société du soin, les nouvelles attentes du consommateur*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2005. Sur le plan du droit, plusieurs techniques juridiques propres au droit de la consommation ont envahi le champ médical. En droit français, par exemple, en matière d'information sur les médicaments (une standardisation de l'information est imposée à travers des mentions obligatoires); en matière d'information sur les tarifs; ou encore en matière de chirurgie esthétique à travers des règles spécifiques relatives à l'information, au délai de réflexion ou au droit de rétractation. Voir: GUILLAUME ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé. Thèse de droit soutenue à l'Université Jean Moulin Lyon 3 le 25 octobre 2007*, Bordeaux, Éditions Les Études Hospitalières, 2009.

2. Les éléments d'un consentement autonome

Dans leur remarquable ouvrage dédié à la notion de consentement informé, R. Faden & T. Beauchamp identifient cinq éléments constitutifs d'un consentement informé²³ :

1. *Information* (« disclosure ») : toutes les informations pertinentes doivent être délivrées au patient avant qu'il ne prenne sa décision.
2. *Compréhension* (« understanding ») : 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* (« voluntariness ») : le patient ne doit pas subir de pression ou d'influence déterminante dans sa prise de décision.
4. *Capacité* (« competence ») : le patient est censé être responsable (au sens de « en capacité de prendre la responsabilité ») de la prise de décision.
5. *Consentement* (« consent ») : le patient doit se voir laisser le choix.

Ces différents éléments sont aujourd'hui consacrés d'une manière ou d'une autre dans la plupart des législations et des codes de déontologie en Europe. En France, l'exigence du recueil d'un consentement en matière médicale est formulée dans deux textes, le Code civil²⁴ et le Code de santé publique. C'est dans ce dernier cependant que se déploie toute la logique du consentement éclairé en la matière, telle qu'elle a été révisée par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité des soins de santé²⁵. Sans entrer de manière détaillée dans l'analyse de chacun

²³ Ruth R. FADEN et Tom L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

²⁴ Voir : C. civ., art. 16-3 : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

²⁵ Voir la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité des soins de santé*, J.O. 5 mars 2002, 4118 (Yvonne LAMBERT-FAIVRE, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité des soins de santé », D.2002.1217) et spécialement l'article 1111-4 constituant le cœur de règles relatives à l'« information des usagers du système de santé et l'expression de leur volonté » :

« Art. L. 1111-4. – Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé »

des éléments susmentionnés, nous souhaitons à ce stade apporter un éclairage complémentaire en nous appuyant sur l'exemple du droit positif français.

Celui-ci nous révèle que le législateur a tenté de prendre en compte les rapports complexes entre savoir et pouvoir au sein de la relation médecin-patient²⁶. Dans la législation française, l'autonomie du patient est d'abord poursuivie à travers le devoir d'*information* imposé au médecin et vise à contrebalancer la situation d'asymétrie informationnelle dans laquelle se trouve le patient par rapport au médecin, détenteur d'un savoir spécialisé. À cet égard, la loi impose des conditions relatives à la qualité de l'information. Comme le souligne le Conseil National des Médecins :

« une information de qualité est le préalable indispensable à un consentement éclairé. Loin d'être une vue de l'esprit, comme on en a parfois jugé, ce consentement est la pierre angulaire de la relation médecin-patient et de la pratique médicale. Il est la contrepartie logique du pouvoir exorbitant du droit commun qu'a le médecin de porter atteinte à l'intégrité d'un individu – par ses paroles, une exploration, un médicament, une intervention chirurgicale, etc. – pour le soigner. »²⁷

D'abord, l'information doit être loyale ; il s'agit ici d'éviter toute forme de tromperie, de mensonge et de déformation de la réalité. Ensuite, l'information doit être appropriée. Cet aspect est important car il met l'accent sur la dimension « personnalisée » de la relation médecin-patient. D'une part, le code ne définit pas *a priori* quel doit être le contenu de l'information donnée au patient, évitant ainsi toute forme de standardisation de l'infor-

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ».

Voir : Patrice JOURDAIN, Anne LAUDE, Jean PENNEAU et Stéphanie PORCHY-SIMON, *Le nouveau droit des malades*, coll. « Carré droit », Paris, Éditions Litec, 2002.

²⁶ Voir la grammaire des « modalités actualisantes » développée par Jean-Louis GENARD, *La grammaire de la responsabilité*, coll. « Humanités », Paris, Éditions du Cerf, 1999.

²⁷ Voir les commentaires relatifs à l'article 35 du Code de déontologie, en ligne : <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-35-information-du-malade-259>> (site consulté le 7 novembre 2014).

mation. Cependant, on considère généralement que le patient doit être informé, avant toute intervention²⁸, de « son état de santé, du contenu de l'acte envisagé, de son opportunité, des alternatives thérapeutiques existantes, de leurs avantages et inconvénients, des conséquences du refus de l'acte »²⁹. D'autre part, le médecin doit s'adapter à la personnalité du patient, en tenant compte de sa singularité et de ses capacités. Enfin, l'information délivrée au patient doit être intelligible, le consentement devant être « éclairé ». Dans le cadre d'une relation « personnalisée », le médecin doit aider le patient à réfléchir en s'assurant, en principe, de sa bonne compréhension³⁰.

Parallèlement à l'information (savoir), la législation assure l'autonomie du patient en lui conférant un certain pouvoir, sous la forme d'une liberté de choix. Il est intéressant de constater que cette liberté de choix de l'individu se manifeste à deux niveaux. Premièrement, dans la phase préliminaire d'information, la loi consacre à l'article 1111-2 un droit à l'ignorance : « La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. » Deuxièmement, dans la phase décisionnelle, la loi prévoit à l'article 1111-4 un droit au refus et au retrait du consentement : « Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le

²⁸ En matière d'information, la loi envisage également la temporalité de cette relation, notamment en tenant compte de l'évolution possible de la maladie. Elle impose au médecin une obligation d'information ultérieure. En particulier, si la maladie est sérieuse et prolongée, l'information doit être réitérée et ne peut être uniquement condensée au moment de la prise en charge. Voir les commentaires de l'Ordre National des Médecins relatifs à l'article 35 du Code de déontologie, préc., note 27.

²⁹ *Id.*

³⁰ Rappelons l'étymologie du mot « docteur » qui vient du latin « *docere* » signifiant instruire, enseigner. Le médecin se doit d'être un « pédagogue ». Notons, en outre, que la preuve de la délivrance de l'information incombe aux médecins et, plus généralement, aux professionnels de la santé. La loi française n'exige cependant pas obligatoirement une preuve écrite, la jurisprudence admettant la preuve par témoignage. En tout état de cause, la rédaction d'un document écrit censé établir la fourniture d'informations ne suffit pas, le médecin devant également délivrer l'information de manière orale au cours d'un entretien individuel avec le patient. Le médecin doit écrire dans le dossier du patient qu'il a donné une information orale.

médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables.»³¹

La consécration légale d'un droit au refus du traitement marque de manière très nette le principe d'autonomie et d'autodétermination poursuivi à travers la logique du consentement informé. À cet égard, on peut affirmer que la force normative du consentement se manifeste sans doute mieux dans le désaccord que dans l'accord, dans le pouvoir intempestif du « non ». Ainsi, en droit médical, lorsqu'un patient, en état d'exprimer sa volonté, refuse les examens ou les traitements proposés, le médecin doit respecter la volonté de la personne. Le refus des transfusions sanguines par les témoins de Jéhovah constitue un cas d'école à cet égard³². La mécanique juridique du consentement informé en droit médical semble ici se déployer selon une logique purement neutre et procédurale³³, qui se dispense d'interroger le contenu des préférences ou choix individuels et de poser des limites à la liberté des personnes conformément à certains critères substantiels du « bien-être » et de la « vie bonne ». À travers le droit au refus, la législation semble ici promouvoir une autonomie absolue de l'individu sous la forme d'un « droit à être déraisonnable »³⁴.

Il importe cependant de relativiser quelque peu ce constat. D'une part, l'autonomie peut être sacrifiée quand des valeurs collectives sont en jeu³⁵.

³¹ La loi consacre en matière médicale un droit de rétractation ; le patient pouvant ainsi retirer son consentement à tout moment avant que l'intervention n'ait lieu. Notons qu'en droit de la consommation, le droit de rétractation est très encadré, notamment en ce qui concerne le délai (voir : *infra*). Le retrait du consentement en droit médical n'est pas soumis à une condition de ce type. Jusqu'à la réalisation de l'acte, le patient est en droit de le refuser.

³² Voir : Cons. d'État, 16 août 2002, *Feuillatey*, *Rec. Cons. d'Ét.*, n° 249552.

³³ L'autonomie peut-être conçue comme une notion purement neutre et procédurale, faisant simplement référence à l'absence de facteurs de manipulation, de coercition et d'incapacité dans le processus décisionnel. En vertu d'une telle conception, il est donc possible d'envisager un scénario où la personne se met dans des conditions qui restreignent substantiellement sa liberté de choix et qui ont une influence considérable sur sa propre situation. Voir le chapitre I « The Nature of Autonomy » et le Chapitre 7 « Autonomy and Informed Consent » de Gerald DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

³⁴ Jay KATZ, « Informed consent. A fairy tale? Law's vision », (1977) 39 *U. Pitt. L. Rev.* 137, 143.

³⁵ Roger B. DWORKIN, « Medical Law and Ethics in the Post-Autonomy Age », (1993) 68 *Ind.L.J.* 727, 728.

Tel est le cas, par exemple, de la vaccination obligatoire qui répond à des objectifs de santé publique. D'autre part, face à un refus du patient, les règles légales et déontologiques interpellent le médecin puisqu'elles lui imposent de tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables si le refus ou l'interruption du traitement met sa vie en danger. À cet égard, le médecin ne peut se contenter d'un seul refus et doit informer clairement le patient des conséquences de son choix. En plus, le médecin peut passer outre le consentement lorsque le patient est confronté à un risque vital comme dans les situations de phase ultime de grève de la faim ou de conduite suicidaire. La force normative du consentement, appréhendée dans sa forme négative – celle du refus – se voit donc parfois imposer certaines limites.

B. Les critiques de la théorie du consentement informé en droit médical

La logique du consentement informé occupe aujourd'hui une place centrale dans le paysage juridique et éthique, que ce soit dans les réflexions doctrinales ou dans les interprétations jurisprudentielles qu'elle suscite. Le consentement informé pourtant fait l'objet d'une réflexion renouvelée³⁶, non seulement relative à ses fondements conceptuels, mais surtout à ses conséquences pratiques souvent ambiguës. Certains auteurs vont même jusqu'à dénoncer fortement la théorie du consentement la considérant comme une illusion, une éthique vide³⁷, un conte de fées³⁸, un mythe³⁹ ou encore une prophétie autoréalisatrice⁴⁰. Ils condamnent cette théorie en soulignant son décalage par rapport au contexte et à la réalité des pratiques. Différents aspects sont mentionnés à cet égard ayant trait à la nature du processus décisionnel en médecine, à l'attitude des médecins ou celle des patients.

³⁶ Peter H. SCHUCK, « Rethinking Informed Consent », (1994) 103 *Yale L.J.* 899.

³⁷ Oonagh CORRIGAN, « Empty ethics: the problem with informed consent », (2003) 25 *Sociol. Health Ill.* 768.

³⁸ J. KATZ, préc., note 34. Voir aussi, du même auteur : Jay KATZ, « Informed Consent – Must It Remain a Fairy Tale? », (1994) 10 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 69.

³⁹ William A. SILVERMAN, « The myth of informed consent : in daily practice and in clinical trials », (1989) 15 *J. Med. Ethics* 6.

⁴⁰ Cathy J. JONES, « Autonomy and informed consent in medical decision-making: toward a new self-fulfilling prophecy », (1990) 47 *Wash & Lee L. Rev.* 379.

L'une des objections les plus fréquemment évoquées dans la littérature concerne la « capacité décisionnelle » des patients⁴¹. Les auteurs soulignent le déficit de compréhension des patients et s'interrogent sur leurs capacités à réellement formuler un choix *éclairé*. Ce déficit de compréhension serait dû à deux facteurs différents, mais enchevêtrés. D'une part, certains auteurs insistent sur la complexité du discours formulé par les médecins et sur son caractère souvent jargonneux, voire ésotérique. Pour ceux-ci, l'information donnée aux patients n'est pas suffisamment claire, complète ou adaptée à leur capacité de compréhension⁴². À cet égard, ils revendiquent un véritable « droit du patient à la compréhension »⁴³, allant au-delà du simple devoir d'information imposé au médecin en vertu de la théorie du consentement, telle qu'elle est aujourd'hui mise en œuvre dans la pratique. D'autre part, certains auteurs mettent l'accent sur les limites cognitives des patients eux-mêmes : la position de fragilité dans laquelle ils se trouvent – due au stress, à l'émotion ou à l'influence de la maladie elle-même – altérerait leur capacité à comprendre l'information qui leur est donnée, à se remémorer certaines données et à évaluer de manière rationnelle les risques et bénéfices inhérents à certains traitements⁴⁴.

Il n'est pas inutile à ce stade d'évoquer les conceptions développées par certaines théories contemporaines de l'action et de la cognition qui ont enrichi ces dernières années la compréhension de la notion de capacité décisionnelle.

Ces théories formulent deux hypothèses⁴⁵. La première est que cette capacité est « relative » et doit toujours être évaluée par rapport à une décision spécifique, dans un contexte et un temps donnés. La seconde est que la capacité décisionnelle s'inscrit au sein d'un continuum anthropologique

⁴¹ La capacité décisionnelle (decision-making capacity) est généralement décrite à partir de 4 caractéristiques : (1) la compréhension, (2) l'appréciation, (3) le raisonnement et (4) le choix. Voir : Luis CHARLAND, « Decision-Making Capacity », (2008) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <<http://plato.stanford.edu/entries/decision-capacity/>> (consulté le 21 janvier 2015).

⁴² Kenneth C. CALMAN, « Communication of risk : choice, consent and trust », (2002) 360 *The Lancet* 166.

⁴³ C.J. JONES, préc., note 40, 389.

⁴⁴ Certains auteurs attirent aussi l'attention sur le fait que, dans certains cas, l'information peut avoir un effet anti-thérapeutique. Voir : J. KATZ, préc., note 34, 141 et 171.

⁴⁵ Allen E. BUCHANAN et Dan W. BROCK, *Deciding for Others. The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

allant de l'autonomie à l'hétéronomie⁴⁶. En d'autres termes, la capacité est une affaire de degrés et il existerait des personnes plus ou moins capables en fonction des situations. Ce type de théorie s'accommode mal des évaluations propres aux jugements pratiques de nature juridique, formulés en termes binaires. La théorie du consentement, telle qu'elle est notamment développée en droit, présuppose comme figure normative du sujet un individu rationnel, autonome, capable d'exercer un libre choix. En droit civil, cette manière de concevoir le sujet a abouti à la distinction entre personnes capables et incapables, ces dernières bénéficiant d'un régime juridique spécial de protection destiné notamment à garantir leurs intérêts. Le droit médical ne fait pas exception à cet égard puisque les règles en matière de consentement diffèrent selon que le patient est un mineur, un adulte sous tutelle ou une personne capable. Pourtant, comme le soulignent certaines théories de l'action, la capacité décisionnelle des « personnes capables » peut elle aussi se voir amoindrie.

La seconde objection formulée à l'encontre de la théorie du consentement en droit médical porte sur des éléments structurels caractéristiques de la relation médecin-patient et au contexte dans lequel elle s'inscrit. Pour certains auteurs, la profession médicale ne parviendrait pas à se détacher d'une tradition hippocratique ancestrale, marquée par sa forte dimension paternaliste. En dépit des règles légales en matière de consentement informé, les médecins continueraient à exercer leur traditionnel devoir de bienveillance non seulement en décidant de manière discrétionnaire ce qu'il faut ou non révéler aux patients, mais surtout en leur imposant en dernière instance leurs décisions. Ainsi, certains auteurs affirment que les médecins eux-mêmes pensent que leurs patients ne sont équipés ni émotionnellement, ni intellectuellement pour jouer un rôle suffisant dans la prise de décision et qu'à ce titre, ils doivent être « pris par la main » et guidés par celui qui détient un « savoir rationnel » des enjeux de la thérapie. Dans ce contexte, la limite entre préconisation et imposition s'avère très fragile et il n'est pas certain que la théorie du consentement informé permette réellement au patient d'exercer un véritable choix et de formuler une décision autonome. Pour J. Katz, la question de savoir qui décide réellement quel traitement ou quelle intervention doit être effectuée est plus qu'épineuse :

⁴⁶ Jean-Louis GENARD et Fabrizio CANTELLI, « Êtres capables et compétents : lecture anthropologique et pistes pragmatiques », (2008) *SociologieS*, en ligne : <<http://sociologies.revues.org/index1943.html>> (consulté le 21 janvier 2015).

« The answer to the question, who decides what medical intervention should be undertaken, is neither simple nor self-evident. All human beings, especially those who are ill, struggle with impulses both to maintain and to surrender their autonomy, often without being conscious that such contradictory wishes exist. And judges and physicians bring to this dilemma profound doubts as to whether people are better served by lightening the burden of “the terrible gift [of freedom]” or whether such manipulation of human beings, even though “for their own good,” is to “deny their human essence, to treat them as objects without wills of their own, and therefore to degrade them.” »⁴⁷

La théorie du consentement informé, selon certains, ne contribuerait donc pas vraiment dans la pratique à conférer aux patients une véritable autorité décisionnelle et à étendre leur liberté de choix. Au contraire, ces derniers resteraient dépendants d’une relation qui n’a rien de dialogique⁴⁸. Alors même que la théorie du consentement informé a pour objectif de promouvoir l’autodétermination et l’implication des patients dans la relation thérapeutique, il semble difficile de parler d’un dialogue, et encore moins d’une participation du patient. Un tel dialogue semble d’autant plus difficile à mettre en œuvre compte tenu des évolutions qu’a connues la pratique médicale ces dernières années, laquelle est de plus en plus soumise à des impératifs de productivité et de temporalité propres à une logique marchande. Cette logique est particulièrement à l’œuvre dans le contexte des établissements hospitaliers. À cet égard, certains auteurs soulignent, par exemple, l’absence de continuité dans la relation médecin-patient, le manque de temps dont disposent les médecins pour informer et dialoguer avec leurs patients et également l’automatisation de la procédure visant à recueillir le consentement par l’entremise de formulaires standardisés⁴⁹,

⁴⁷ J. KATZ, préc., note 34, 142.

⁴⁸ Joel F. HANDLER, « Dependent people, the State, and the modern/postmodern search for the dialogic community », (1988) 35 *UCLA L. Rev.* 999.

⁴⁹ En France, l’Ordre National des Médecins semble particulièrement sensible à ces problèmes, comme en témoigne l’un des commentaires formulés à propos de l’article 36 du Code de déontologie dédié au consentement : « Comme l’hospitalisation est généralement décidée en raison d’une situation complexe, confuse ou sérieuse, les médecins doivent veiller tout spécialement à fournir aux patients les *explications* nécessaires, afin d’être assurés de leur adhésion aux soins prévus. Parfois le consentement du patient est un peu trop vite considéré comme acquis [...]. Ces explications sont d’autant plus recommandables que le patient se trouve assez souvent pris par une obligation de fait de donner son consentement, dans un établissement hospitalier ou certains organismes de soins, parce qu’il ne voit pas pour lui d’alternative. L’alternative doit

qui n'est pas sans rappeler la problématique des contrats d'adhésion en droit de la consommation. Ce constat d'une bureaucratisation et d'une dépersonnalisation de la relation médecin-patient soulève plus généralement la question de la confiance dans l'institution médicale au sein de laquelle est censée se déployer la logique du consentement informé.

II. Le consentement en droit des contrats

Nous présentons dans un premier temps le rôle central de la théorie du consentement en droit des contrats avant d'analyser dans un second temps les critiques qui ont été émises à son encontre.

A. Le consentement au cœur de la logique contractuelle

Il est un autre domaine juridique où le consentement occupe une place primordiale : le droit des contrats⁵⁰ ; ceux-ci pouvant être considérés comme des accords privés, un ensemble de termes et conditions auxquels les parties ont consenti⁵¹. La notion de consentement est au cœur du principe d'*autonomie de la volonté* pénétrant la doctrine civiliste depuis l'élaboration du Code civil. En vertu de ce principe, l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties, considérée à la fois comme la source et la mesure des droits et des obligations de ceux qui l'ont exprimée⁵².

toujours exister et être signalée au patient. Quand le patient est réticent, il ne faut pas hésiter à lui faciliter l'accès à un consultant pour un "deuxième avis" et faire appel à son médecin traitant, avec lequel il décidera ». Voir le commentaire datant du 11 octobre 2010, sur le site web de l'Ordre National des Médecins, en ligne : <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-36-consentement-du-malade-260>> (consulté le 21 janvier 2015).

⁵⁰ P.H. SCHUCK, préc., note 36, 900 ; Randy E. BARNETT, « A consent theory of contract », (1986) 86 *Columbia L. Rev.*, 269. Cet auteur insiste sur l'effet de légitimation propre au consentement ; le consentement du cocontractant légitime le transfert et l'exercice de droits dans le chef de l'autre partie.

⁵¹ Chulin LEONHARD, « The Unbearable Lightness of Consent in Contract Law », (2012) 63 *Case Western Res. L. Rev.* 57.

⁵² Le code civil français [ajout pour les lecteurs internationaux de la RJTUM], dans son article 1108, prévoit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : (1) le consentement de la partie qui s'oblige, (2) sa capacité à contracter, (3) un objet certain qui forme la matière de l'engagement et (4) une cause licite dans l'obligation.

Le principe d'autonomie de la volonté – et le postulat de liberté et d'égalité des parties contractantes auquel il s'articule – reflète l'influence exercée sur le Code civil par la philosophie individualiste et la théorie économique libérale de la Modernité. Comme le soulignent E. Montero et M. Dumoulin,

« [...] selon les philosophes du 18^e siècle, les hommes, libres et égaux par nature, ne peuvent se lier que volontairement, c'est-à-dire contractuellement. Sur le plan économique, cette idée se traduit dans le libre jeu des initiatives individuelles. Cette liberté qu'ont les hommes de régler leurs activités est ainsi considérée comme le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et socialement les plus utiles. Les plus justes, car le contrat librement consenti par une partie sauvegarde nécessairement ses intérêts. En effet, nul homme raisonnable ne consentirait à un engagement qui lui serait préjudiciable. Les plus utiles socialement, car la loi de l'offre et de la demande répond à l'intérêt général, en assurant spontanément la prospérité et l'équilibre économique. »⁵³

Ce principe d'autonomie de la volonté, qui fait véritablement office de dogme dans la doctrine civiliste, fait écho à la figure libérale d'un sujet de droit, autonome et rationnel, capable d'exercer librement un choix. En droit des contrats, un tel sujet est supposé libre de s'engager ou non, de choisir son partenaire contractuel, de négocier et de discuter les termes et conditions de l'accord, et cela, d'égal à égal. La liberté contractuelle des parties s'accompagne d'un autre principe fondamental qui lui est consubstantiel : l'égalité des parties. Comme l'expliquent Montero et Dumoulin,

« [c]ette égalité est envisagée de manière purement abstraite, indépendamment de l'inégalité qui peut exister en fait. Pareille inégalité de fait a d'ailleurs toujours existé dans la société : d'une façon générale, celui qui contracte afin de satisfaire un besoin vital est toujours en situation d'infériorité ; de même, le vendeur est nécessairement avantagé par rapport à l'acheteur, parce qu'il connaît mieux l'objet vendu. Dans le système du Code, l'inégalité économique des parties importe peu : l'égalité *juridique* suffit. »⁵⁴

⁵³ Étienne MONTERO et Marie DUMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », dans Patrick WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, Éditions La Charte, 2004, p. 61.

⁵⁴ *Id.*

En dépit de ces principes, la doctrine civiliste a très tôt reconnu les faiblesses potentielles inhérentes à l'acte de consentir⁵⁵. C'est pourquoi, les rédacteurs du code ont déterminé les conditions de validité du consentement. De manière générale, on estime que le consentement de la partie qui s'oblige doit être libre et éclairé⁵⁶. Dans le cas contraire, il y a *vice du consentement*. Ainsi, il n'y a point de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par la violence ou par le dol⁵⁷. En droit contractuel, la problématique des vices de consentement fait donc émerger deux qualités devant être constitutives de l'individu contractant : la *lucidité* et la *liberté*.

Au cours du XX^e siècle, compte tenu des bouleversements des modes d'échange, de l'émergence d'un consumérisme de masse et de la multiplication des pratiques aggravant l'inégalité de fait entre les parties, le droit a progressivement évolué pour tenir compte des situations de déséquilibre et d'asymétrie dans les rapports contractuels. L'émergence d'un droit de la consommation est à cet égard tout à fait significative. Les règles en la matière sont destinées à assurer la protection du consentement du consommateur ainsi que l'équilibre contractuel. L'ignorance, l'impuissance, l'infériorité, ou encore l'inexpérience du consommateur face à l'expertise et au professionnalisme du prestataire de service font du consommateur la « partie faible » au contrat. En ce sens, le consommateur appartient à une catégorie de personnes dont le droit présume l'état de faiblesse⁵⁸, voire de vulnérabilité⁵⁹.

⁵⁵ C. LEONHARD, préc., note 51, 73.

⁵⁶ Brian H. BIX, « Contracts », dans Franklin G. MILLER et Alan WERTHEIMER (eds.), *The Ethics of Consent. Theory and Practice*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 253 : « It is commonplace, going back at least to Aristotle, to think of consent (or 'voluntariness', a sister concept) as a function of some combination of understanding and freedom from coercion. »

⁵⁷ L'erreur est une conception faussée de la réalité qui a conduit une personne à contracter alors qu'elle ne l'aurait pas fait si elle avait connu la vérité. La violence est une contrainte physique ou morale exercée sur une personne pour l'obliger à souscrire un contrat, et le dol est une tromperie de l'une des parties ayant pour objectif de conduire l'autre à conclure une convention.

⁵⁸ Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010.

⁵⁹ COUR DE CASSATION, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2009 de la Cour de Cassation*, Paris, La Documentation française, 2009, en ligne : <http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_CC_2009.pdf> (consulté le 21 janvier 2015).

Pour assurer la protection du consommateur et rétablir une certaine forme d'équilibre entre les parties cocontractantes, le droit va déployer différents types de règles. D'une part, il va s'attacher à garantir la lucidité du consommateur en imposant au prestataire de service des obligations en matière d'information. Il s'agit ici de permettre au consommateur de formuler un consentement éclairé et de s'engager contractuellement en toute connaissance de cause. Bien au-delà des règles en matière de « vices de consentement », le droit privilégie une logique d'information *ex ante*. D'autre part, le droit va déployer un arsenal de règles visant à encadrer certaines techniques et pratiques commerciales ainsi qu'à protéger le consommateur contre les achats résultant d'impulsions, de falsifications, de pressions ou de manipulations. Ces règles visent à protéger le consommateur dans des situations où sa liberté de choix est entravée ou contrainte.

On peut, par exemple, citer les règles en matière de vente (à distance, à domicile, à crédit), de publicité (trompeuse, mensongère, comparative), ou encore les règles en matière de clauses abusives⁶⁰. Ce dernier exemple illustre parfaitement l'ambition du droit de la consommation de compenser les déséquilibres entre parties cocontractantes dans la sphère de la consommation. En droit européen, la définition de la clause abusive renvoie explicitement à cette problématique puisqu'elle vise les stipulations contractuelles ayant pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un *déséquilibre significatif* entre les droits et les obligations des parties⁶¹. Les règles légales en matière de clauses abusives visent notamment à appréhender les difficultés soulevées par le

⁶⁰ Ainsi, sous l'empire du droit de la consommation, la liberté contractuelle n'est pas pleine et entière.

⁶¹ Voir l'article 3 de la *Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, J.O. L 95 du 21 avril 1993 :

« 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.

2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. »

recours aux contrats dits « d'adhésion » dont les consommateurs n'ont pas la liberté de négocier les termes⁶².

Enfin, citons une dernière particularité du droit de la consommation : la consécration d'un *droit de rétractation*, obligeant le professionnel à accorder au consommateur un délai de réflexion ou de rétractation entre la signature du contrat et sa prise d'effet⁶³. Le droit de rétraction offre au consommateur la possibilité de revenir sur sa décision et de faire machine arrière. Le droit de rétractation – c'est-à-dire le droit de revenir sur un engagement, de sorte que cet engagement soit privé de tout effet – est un instrument visant à protéger le consommateur qui aurait hâtivement et inconsidérément conclu un contrat⁶⁴. Un droit de rétractation est ainsi prévu dans certains domaines spécifiques ; par exemple, en matière de vente à distance, de démarchage à domicile, de souscription d'un crédit à la consommation ou d'une assurance-vie, etc.

B. Les critiques de la théorie du consentement en droit des contrats

En matière contractuelle, la logique du consentement a également fait l'objet de vives critiques dans la littérature de ces dernières années. Ainsi, de nombreux auteurs remettent en question une telle logique en montrant

⁶² Joshua FAIRFIELD, « The Cost of Consent: Optimal Standardization in the Law of Contract », (2009) 58 *Emory L.J.* 1401, 1446 : « Standardized documents are often termed “take it or leave it”, and consumers who sign such documents are held to have lacked sufficient bargaining power to consent to the agreement. ». Voir aussi : W. David SLAWSON, « Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power », (1971) 84 *Harvard L. Rev.* 529.

⁶³ Voir la *Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs*, J.O. L 304 du 22 novembre 2011. La directive a notamment visé à harmoniser les conditions d'exercice du droit de rétractation dans les États membres. Le délai de rétractation des consommateurs est désormais fixé à 14 jours à compter de la conclusion du contrat pour une prestation de service et à compter du jour où le consommateur prend physiquement possession du bien pour les contrats de vente.

⁶⁴ Evelyne TERRY (dir.), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé. Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, coll. « Contrats & Patrimoine », Bruxelles, Éditions Larcier, 2008. Le droit de rétractation se présente comme une dérogation au principe « *pacta sunt servanda* », qui doit inciter les parties à réfléchir à l'opportunité de conclure un contrat avant de s'engager, et pas après. Une exception à ce principe peut se justifier lorsque la liberté de choix du consommateur est contrainte.

à quel point elle est éloignée des conditions réelles de négociation et d'engagement⁶⁵. Comme dans la sphère médicale, les auteurs dénoncent le caractère fictif ou illusoire du consentement et montrent que, dans certaines situations, il est difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un consentement véritablement libre et éclairé⁶⁶.

Par exemple, pour C. Leonhard, l'usage renforcé des contrats d'adhésion et le recours aux nouvelles technologies fragilisent à tel point le consentement qu'on ne peut plus faire l'économie d'une réévaluation approfondie de son rôle dans les rapports contractuels contemporains :

« [t]he increasing use of standard form contracts and cyberspace contracts also makes it necessary for contract law to abandon its consent focus. In those situations, there is an increasing disconnect between consent in contract law and consent in reality. Contract law's traditional search for consent is inappropriate in those situations. Maintaining the consent focus will put contract law in the untenable position of having to maintain a fiction when it is not possible to find meaningful consent. [...] Contract law should reevaluate its consent-centric approach in light of the many problems associated with consent. Consent is a motivationally complex concept to begin with. The consent concept is easily manipulated, and this compounds its inherent complexity. »⁶⁷

Bien que les objections formulées à l'encontre de la logique du consentement en matière contractuelle soient variées, elles ont toutes en commun de dénoncer l'écart entre la théorie du droit des contrats et la réalité des pratiques⁶⁸. Ce souci de réalisme dont témoignent les critiques contemporaines conduit à mettre l'accent sur les conditions pragmatiques de

⁶⁵ C. LEONHARD, préc., note 51, 63 : « Continued reliance on consent will lead to a deeper disconnect between contract law and marketplace realities. »

⁶⁶ Roger BROWNSWORD, « The Cult of Consent: Fixation and Fallacy », (2004) 15 *The King's College L.J.* 223, 223 et 224 : « In fact, the more that one looks, the more that one sees a pervasive concern with consent, in both private law and public law, in bespoke statutory schemes, and in the jurisprudence of human rights. »

⁶⁷ C. LEONHARD, préc., note 51, 76 et 77. Dans le même sens, voir : Margaret J. RADIN, « Humans, Computers and Binding Commitments », (2000) 75 *Indiana L.J.* 1125, 1136. L'auteur se demande si « [...] the move online exacerbates the disjuncture between the consent-based picture and the reality of transactions ».

⁶⁸ Dans le cadre limité de cette étude, nous ne pouvons aborder ces objections que de manière superficielle. Pour plus d'information, nous renvoyons le lecteur à la littérature mentionnée ci-dessous.

l'engagement contractuel pour mieux faire apparaître les contraintes cognitives et contextuelles s'imposant notamment aux consommateurs.

L'une des analyses les plus intéressantes consiste à se départir des approches trop simplistes de la notion de consentement pour en faire apparaître les composantes et pour rendre compte des variations d'intensité en termes de connaissance et de compréhension des individus. On ne peut consentir et s'engager que si on a connaissance des termes et conditions du contrat. D'un point de vue empirique, on peut observer qu'il existe différents degrés de connaissance (ou d'ignorance). Une partie peut ignorer l'existence de conditions s'appliquant au contrat ou même qu'elle s'est engagée dans une relation contractuelle (cela peut survenir, par exemple, lors du téléchargement d'un logiciel). Une partie peut savoir que des conditions contractuelles existent, mais ignorer l'existence ou la substance de certaines ou de la plupart d'entre elles (cette situation se produit régulièrement lorsque le contrat prend une forme étendue et standardisée). Enfin, une partie peut connaître l'existence de certaines conditions contractuelles, mais ne pas en saisir la signification ou la portée juridique⁶⁹.

En pratique, il existe donc différents niveaux de consentement⁷⁰, cette notion pouvant être utilisée pour faire référence à une diversité d'attitudes et de comportements. Comme le souligne C. Leonhard, « [...] the term "consent" can be used for a wide range of attitudes, actions, circumstances, and the level or kind of consent that might be sufficient to ground enforcement in one type of situation may not be sufficient in another. »⁷¹ Cette réalité invite à aller au-delà de l'apparente binarité du consentement⁷².

Dans la même lignée, de nombreuses critiques attirent l'attention sur les limites cognitives et psychologiques des individus. Dans la littérature consacrée aux droits des contrats, plusieurs publications récentes font ainsi référence aux travaux de psychologie cognitive ou comportementale ayant mis en évidence les faiblesses et les scories des processus de décision et de planification humains, révélant une rationalité bien plus biaisée que ne

⁶⁹ Ces différentes situations d'« ignorance » sont mentionnées par B.H. Bix, préc., note 56, à la page 254.

⁷⁰ Tom BELL, « Graduated Consent in Contract and Tort Law: Toward a Theory of Justification », (2011) 61 *Case Western Res. L. Rev.* 1.

⁷¹ C. LEONHARD, préc., note 51, 69. L'auteur évoque l'existence d'un « *spectrum of consent* ».

⁷² J. FAIRFIELD, préc., note 62, 1446 et 1456.

laisse croire la figure de l'*homo economicus*⁷³. Cette problématique n'est pas nouvelle en droit des contrats. En effet, elle fait déjà l'objet depuis un certain temps de discussions intenses en matière de contrats d'adhésion⁷⁴. Cependant, elle semble avoir été réactivée avec l'émergence et le développement rapide des transactions électroniques⁷⁵. En matière de commerce électronique, les contrats peuvent se conclure d'un simple « click ». La plupart du temps, les utilisateurs ne « voient » même pas les conditions contractuelles avant d'effectuer la transaction ou ils ne les lisent pas avant de « cliquer » sur le bouton signalant l'acceptation de ces conditions. Même les individus les plus aguerris et attentifs choisissent de ne pas lire l'intégralité des conditions contractuelles, épargnant ainsi temps et effort pour se consacrer à d'autres tâches⁷⁶. Dans de nombreux cas, il est donc difficile de parler de consentement informé tant l'expression du consentement s'apparente en pratique à une simple forme d'automatisme ou d'inertie⁷⁷.

S'intéresser aux facultés cognitives et psychologiques des individus contribue à mettre l'accent sur le caractère souvent ambigu du consentement, sur sa nature fragile et manipulable. Sur cette base, certains auteurs dénoncent les pratiques commerciales qui, s'inspirant également des travaux de psychologie cognitive ou comportementale, tendent à exploiter les faiblesses des processus de raisonnement et de décision des acteurs⁷⁸. D'autres auteurs condamnent les dysfonctionnements structurels de certains mar-

⁷³ Jon HANSON et David YOSIFON, « The Situation : An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture », (2003) 152 *U. Penn. L. Rev.* 129.

⁷⁴ Friedrich KESSLER, « Contracts of adhesion. Some Thoughts about Freedom of Contract », (1943) 43 *Columbia L. Rev.* 629.

⁷⁵ Robert A. HILLMAN et Jeffrey RACHLINSKI, « Standard-Form Contracting in the Electronic Age », (2002) 77 *N. Y. U. L. Rev.* 429; Robert A. HILLMAN, « Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of e-Standard Terms Backfire? », (2006) 104 *Michigan L. Rev.* 837.

⁷⁶ Un constat similaire peut être dressé en matière de « politiques vie privée » sur Internet.

⁷⁷ R. BROWNSWORD, préc., note 66, 224 : « In practice, the threat is expressed where “consenting” is reduced to a bureaucratic process, where the collection of informed consent is carried out in a casual way, and where we succumb to the temptation to make use of consent as a lazy justification. »

⁷⁸ Jon D. HANSON et Douglas A. KYSAR, « Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation », (1999) 112 *Harvard L. Rev.* 1438; Peter A. ALCES, « Guerilla Terms », (2007) 56 *Emory L. J.* 1511, 1548.

chés, au sein desquels les rapports entre acteurs sont marqués par des asymétries d'information et des déséquilibres pouvant conduire à des abus⁷⁹.

III. Une grille de lecture en matière de consentement

L'analyse du consentement dans les sphères médicale et contractuelle offre le nécessaire contrepoint à nos investigations en matière de protection des données personnelles.

Cette analyse permet de montrer que, en dépit de son importance dans ces différentes sphères, la logique du consentement informé ne va pas de soi et qu'une série d'obstacles empêchent souvent sa mise en œuvre pratique. En nous attardant sur les critiques formulées à l'encontre de la logique du consentement informé, nous avons voulu montrer que la notion juridique de consentement fait l'objet d'une réflexion renouvelée pouvant nourrir de vives polémiques. Celles-ci permettent de faire apparaître une série de limites, à la fois subjectives et structurelles, susceptibles de battre en brèche l'autonomie individuelle et la liberté de choix que la force normative du consentement est supposée garantir. Tout en reconnaissant le grand intérêt de ces approches dénonçant le caractère souvent « illusoire » du consentement, nous souhaitons à ce stade de notre étude aller au-delà d'une perspective purement critique en proposant un cadre d'analyse susceptible de guider la réflexion en matière de consentement.

Dans cette perspective, l'analyse que nous avons déployée précédemment permet, nous semble-t-il, d'identifier un ensemble de paramètres fondamentaux s'imposant comme des balises dans toute discussion sur la notion de consentement. Bien entendu, selon les situations, l'importance et la force normative reconnues au consentement ainsi que ses conditions de validité peuvent varier de manière considérable. Toutefois, les paramètres sur lesquels nous allons mettre l'accent se retrouvent de manière récurrente et transversale dans toutes les sphères où la logique du consentement est censée se déployer. À ce titre, ils peuvent servir d'outils heuristiques afin

⁷⁹ Oren BAR-GILL, « The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage », (2009) 94 *Cornell L. Rev.* 1073. Pour cet auteur, la crise des « subprimes » aux États-Unis a démontré que la partie disposant d'un plus grand pouvoir de négociation (*bargaining power*), d'un meilleur accès à l'information est dans une position plus confortable pour « manipuler ».

de penser et d'identifier les moyens les plus efficaces d'assurer l'opérationnalisation de la logique du consentement informé. Parmi les critères évoqués dans les parties précédentes, il nous semble que les quatre paramètres fondamentaux qui doivent retenir l'attention sont respectivement : (1) les rapports de force entre acteurs, (2) la possibilité de révoquer le consentement, (3) la nature routinière ou exceptionnelle des circonstances, et (4) l'impact du consentement⁸⁰.

A. Les rapports de force

Le premier concerne la délicate question des *rapports de force* entre les acteurs en présence. Comme le soulignent certains auteurs, la notion de consentement est ambivalente⁸¹ ; sa signification oscille entre acceptation et soumission. En fonction des situations, les rapports de force entre acteurs peuvent donc être plus ou moins équilibrés. Il faut donc appréhender ces rapports de force au sein d'un continuum allant d'un déséquilibre intrinsèque à un équilibre, marqué par une situation d'égalité entre les parties (sans doute toujours relative et contingente)⁸². Lorsqu'on aborde la problématique du consentement, il nous semble particulièrement crucial d'être attentif aux situations révélant un déséquilibre intrinsèque ou structurel entre les parties, car celles-ci recèlent des risques de domination, d'aliénation ou de discrimination propres à certaines sphères d'activités humaines⁸³. Au pire, on pourrait argumenter qu'un trop grand déséquilibre, en

⁸⁰ Cette liste de paramètres ne se prétend pas exhaustive.

⁸¹ Florent COSTE, Paul COSTEY et Lucie TANGY, « Consentir : domination, consentement et déni », (2008) 14 *Tracés. Revue de Sciences humaines* 5, 9, en ligne : <<http://traces.revues.org/365>> (consulté le 21 janvier 2015).

⁸² Une telle situation d'équilibre et d'égalité entre parties est l'une des bases sur lesquelles s'est déployée la pensée contractuelle en matière civile (« rencontre des volontés »). Les situations d'égalité concerneraient, par exemple, des rapports entre partenaires industriels ou entreprises commerciales. Notons cependant que, même dans ce cas, le droit admet que certaines entreprises puissent être considérées comme des « parties faibles » au contrat.

⁸³ Nous envisageons ici la notion de déséquilibre à partir d'un double point de vue. D'une part, sous l'angle du *savoir*, c'est-à-dire de la connaissance ou de l'expertise. À cet égard, il est d'usage de parler d'« asymétrie d'information », pour faire référence au fait que l'une des parties dispose d'informations pertinentes que l'autre n'a pas. D'autre part, sous l'angle du *pouvoir*, c'est-à-dire de la capacité à agir. Dans certains cas, en raison de sa position de vulnérabilité, l'une des parties ne se trouve pas dans la position de pouvoir réellement négocier, de modifier les termes de l'accord, de bénéficier d'alternatives, voire de résister.

faisant obstacle à la volonté et à la capacité de choix de la partie faible, ôterait toute légitimité à son consentement. Dans le meilleur des cas, le droit veille à tenir compte de ce déséquilibre et des risques qui lui sont sous-jacents, en mettant en œuvre un régime de protection en faveur de la partie dite « faible » ou « vulnérable »⁸⁴. Dans le domaine médical, le déséquilibre de la relation médecin-patient est manifeste, le médecin détenant non seulement le savoir, mais également le pouvoir de porter atteinte à l'intégrité physique de la personne. Dans ce contexte, la législation ainsi que les règles de déontologie en la matière tentent de compenser ce déséquilibre en imposant des obligations d'information ainsi que des règles strictes sur les modalités de recueil du consentement⁸⁵. Cependant, dans la pratique, ces règles sont parfois difficiles à mettre en œuvre. En témoignent, par exemple, les problèmes liés à la communication des risques et, plus globalement, à la compréhension de l'information par le patient.

B. Le droit de retrait

Le second paramètre auquel il faut avoir égard en matière de consentement a trait à la *possibilité de rétractation*. Le droit au retrait du consentement se présente comme un mécanisme essentiel permettant de garantir les principes d'autonomie et d'autodétermination que soutient la logique du consentement informé. Il s'agit ici d'assurer la liberté de choix de la personne en lui donnant la possibilité de renoncer, de s'extraire de la relation. Dans la sphère médicale, le droit au refus du traitement consacre de manière spectaculaire la liberté du sujet, dans la mesure où celui-ci est mis en position de pouvoir décider et de disposer de son corps comme il l'entend, parfois même au mépris de sa santé. Le patient peut ainsi retirer son consentement à tout moment avant que l'intervention n'ait lieu. Si le médecin est, de manière générale, tenu de respecter la volonté du patient, les règles légales et déontologiques aménagent cependant les conditions de possibilité de refus ou de rétractation⁸⁶, voire prévoient certaines exceptions, comme

⁸⁴ Hervé JACQUEMIN, « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », (2010) 70 *Ann. Dr. Louvain* 3.

⁸⁵ Ce type de régime juridique de protection de la partie faible a été développé dans différentes sphères comme le droit à la consommation, le droit bancaire ou encore le droit du travail.

⁸⁶ Pour rappel, les règles déontologiques prévoient que, si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables.

en matière de vaccination obligatoire. L'analyse de la notion de consentement exige donc de s'intéresser de près aux modalités pragmatiques d'exercice du « non-consentement », du droit de rétractation ou du refus. C'est à cette condition seulement qu'il est possible de parler de consentement « libre » et d'admettre la réelle portée normative de celui-ci.

C. L'impact

Le troisième paramètre à prendre en compte dans l'analyse de la notion de consentement concerne l'*impact* qu'implique l'acte de consentir, celui-ci pouvant entraîner des conséquences, voire des séquelles considérables. L'évaluation de l'impact du consentement est assurément une question complexe, tant elle mêle facteurs subjectifs et objectifs, individuels et collectifs. Deux aspects méritent cependant de recevoir une attention particulière. D'une part, il est important d'avoir à l'esprit que l'évaluation des risques et de l'impact du consentement concerne aussi bien le fait de consentir que celui de refuser, l'acceptation que l'abstention (ou la rétractation)⁸⁷. À cet égard, notons que l'un et l'autre de ces actes n'entraînent pas les mêmes conséquences et que les capacités cognitives de compréhension des risques ne sont sans doute pas sollicitées de la même manière dans l'un ou l'autre cas⁸⁸. D'autre part, l'impact du consentement (ou du refus) ne peut s'appréhender seulement en termes individuels. Le consentement peut avoir un effet sur les tiers (la famille et les proches, par exemple) ou, plus largement, impliquer des valeurs et intérêts collectifs. Par exemple, dans le domaine médical, le consentement peut concerner directement la famille comme en matière de don d'organes à la suite d'un décès. Au-delà, le consentement au don d'organes est une problématique touchant à des intérêts collectifs de santé publique et de solidarité⁸⁹. Ces deux aspects doivent nécessairement guider l'évaluation des conséquences du consentement et permettre de

⁸⁷ Voir, *supra*, nos commentaires à propos du droit de refus ou de rétractation. Le médecin est tenu non seulement d'informer le patient des risques d'un refus du traitement, mais en outre il doit tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables en cas de situation périlleuse. Notons que le médecin pourra passer outre le refus du consentement lorsque l'état du patient présente un risque vital (phase ultime d'une grève de la faim, conduite suicidaire, etc.).

⁸⁸ L. CHARLAND, préc., note 41, chapitre 6 « Risk and symmetry ».

⁸⁹ Cette dimension collective a conduit certains législateurs, notamment européens, à imposer un régime d'*opt-out* en la matière, les individus étant, sauf avis contraire, présumés consentir au don de leurs organes ou de leurs tissus après leur mort.

déterminer si, dans certaines situations, il est nécessaire d'imposer des limites à la faculté de consentir, que ce soit dans l'intérêt de la personne ou de la collectivité dans son ensemble.

D. La routine

Enfin, il est important d'envisager un dernier paramètre lorsqu'on s'interroge sur la logique du consentement d'un point de vue pratique : l'*habitude* ou la *routine*⁹⁰. Il faudrait opérer une distinction entre les circonstances habituelles et les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les personnes sont amenées à exprimer leur consentement. En effet, dans certains cas, le consentement s'inscrit dans un contexte routinier et concerne donc des actes relevant sans doute moins d'un exercice réflexif que d'un processus d'accoutumance ou d'habitation⁹¹. En matière médicale, le problème de l'expression ou du recueil du consentement ne se pose pas dans les mêmes termes selon qu'il s'agit d'un acte de routine (comme l'auscultation par stéthoscope ou la mesure de la tension artérielle) ou d'un acte plus rare. En effet, d'un point de vue empirique, on imagine difficilement le recueil d'un consentement explicite pour les gestes accomplis quotidiennement dans la pratique médicale, ce qui risquerait d'interrompre inutilement le cours de l'action et rendrait l'accomplissement de tâches simples et banales très fastidieux. Lorsqu'on s'interroge sur les ressorts pragmatiques de la logique du consentement, il est donc indispensable, nous semble-t-il, de prendre en considération les habitudes et les gestes routiniers car ceux-ci révèlent des manières subtiles de consentir sur lesquelles l'analyse, notamment juridique, fait trop souvent l'impasse.

⁹⁰ Marc BREVIGLIERI, « Habiter l'espace du travail. Perspectives sur la routine », (2004) 9 *Histoire et Sociétés* 18, 18 et 19.

⁹¹ Dans le champ de l'expérimentation clinique, Richard Garnett formule la même observation et tient compte d'un continuum se déployant entre situations simples et cas difficiles. « Admittedly, in most cases, research experiments using human subjects are relatively innocuous. Consent is easily obtained and its validity unquestioned. The risks are low, the goals are clear, and the subjects are everyday people in nonthreatening situations. » [Richard W. GARNETT, « Why informed consent? Human experimentation and the ethics of autonomy », (1995-96) 36 *Catholic Lawyer* 455, 477]. Il ajoute que : « Although informed consent works for noncontroversial, routine experiments that are easily justified and for which consent serves only as a trivial, albeit necessary, condition, it fails us in the hard cases. » (*Id.*, 488).

La grille de lecture que nous venons de dresser permet de formuler plusieurs observations. D'abord, on peut raisonnablement considérer que l'on s'accordera plus facilement sur la légitimité du consentement (ou sur des contraintes de mise en œuvre « assouplies ») dans les situations « favorables », c'est-à-dire dans les situations (1) qui se caractérisent par une absence de déséquilibre significatif entre les parties; (2) dans lesquelles la possibilité de révoquer le consentement existe concrètement; (3) dont l'impact est mineur sur le bien-être individuel ou collectif; et (4) qui procèdent de circonstances habituelles et participent d'activités routinières. Ensuite, inversement, la légitimité du consentement et donc la logique d'autonomie du sujet devraient être sérieusement mises en doute dans les situations les plus défavorables (déséquilibre majeur, irrévocabilité, impact majeur, circonstance exceptionnelle). Ce questionnement pourrait conduire dans certains cas, si ce n'est à abandonner la logique du consentement, du moins à imposer des conditions très strictes quant à sa mise en œuvre. Enfin, notons que la sphère médicale constitue un exemple paradigmatique à cet égard car elle implique de nombreuses situations du second type. Cependant, en général, les situations dans lesquelles la logique du consentement est déployée sont très variables et peuvent s'étalonner à différentes positions pour chacun de ces critères. Une leçon essentielle à tirer est qu'il faut donc abandonner toute vision binaire en matière de consentement (aussi bien sur sa légitimité que sur les conditions de son recueil) et examiner de près les particularités de la situation, en tenant compte du contexte humain et matériel.

IV. Le consentement en droit de la protection des données personnelles

Avant d'analyser le consentement en droit de la protection des données personnelles à l'aune des critères proposés plus haut, nous présentons quelques éléments de contexte sur le rôle du consentement dans ce domaine du droit.

A. Vers un renforcement des pouvoirs de la personne concernée

Le consentement occupe une place importante dans la législation européenne en matière de protection des données personnelles car il constitue

l'un des modes de légitimation des traitements de données. En d'autres termes, il se présente comme l'une des raisons légales énumérées de manière limitative autorisant un responsable de traitement à faire usage de données à caractère personnel⁹².

Dans le champ de la protection des données et, plus largement, de la vie privée, la valeur normative du consentement fait, depuis quelques années, l'objet d'un vif débat. Alors que les uns considèrent que les règles en matière de consentement placent les individus et leurs choix au centre de la réglementation en matière de protection des données personnelles, les autres se demandent s'il est vraiment réaliste de faire du consentement un mode de légitimation des traitements dans un contexte tel que celui des environnements numériques contemporains. En effet, plusieurs facteurs semblent rendre les règles en matière de consentement ineffectives. D'abord, les technologies évoluent si rapidement et deviennent si sophistiquées que les individus ne sont souvent pas conscients que leurs données sont collectées et traitées, ou ne savent pas quels types de données sont collectées et en quelle quantité. De même, ils ne se rendent pas compte du caractère potentiellement risqué des traitements et des dommages pouvant en résulter. Ensuite, l'information délivrée par les responsables de traitement est souvent obscure, soit surformalisée, ou cachée⁹³. Les individus ne sont donc pas mis en position de pouvoir exercer un choix réellement informé. Enfin, les responsables de traitement soutiennent souvent avoir reçu le consentement des utilisateurs sans que les utilisateurs aient véritablement formulé leur consentement de manière libre, et ce, indépendamment des modalités de recueil (opt-in/opt-out).

Ce phénomène de fragilisation de la force normative du consentement – provoqué par l'évolution des dispositifs techniques, la complexification des pratiques de collecte de données et l'apparition de nouveaux modèles

⁹² Dans la *Directive*, préc., note 2, le consentement est utilisé à la fois comme une condition générale de licéité (*Id.*, art. 7) et comme une condition spécifique dans certains contextes particuliers (*Id.*, art. 8 § 2 a) et 26 §1 a)).

⁹³ À titre d'exemple, une étude menée par l'OAIC (Office of the Australian Information Commissioner) en 2013 a montré que les politiques de protection des données des sites les plus consultés faisaient en moyenne 2 600 mots, étaient en majorité difficile à lire et que 65 % comportaient des informations sans rapport avec le sujet et sources de confusion. Voir, en ligne : <<http://www.probonoaustralia.com.au/news/2013/08/web-site-privacy-policies-too-complex>> (consulté le 21 janvier 2015).

commerciaux⁹⁴ – a conduit le législateur européen à envisager de nouvelles règles en la matière dans une proposition de Règlement formulée en janvier 2012⁹⁵. L'un des objectifs principaux de cette proposition est de rassurer les citoyens (et les consommateurs) en leur conférant un plus grand contrôle sur leurs données à caractère personnel. Dans la proposition de règlement, le renforcement d'un tel contrôle est notamment recherché à travers l'édiction de nouvelles règles en matière de consentement. Comme le souligne le Groupe 29,

« [l]a notion de consentement est traditionnellement associée à l'idée que la personne concernée doit pouvoir contrôler l'utilisation qui est faite de ses données. Du point de vue des droits fondamentaux, le contrôle exercé par le biais du consentement est une notion importante. En même temps, la décision d'une personne d'accepter le traitement de données devrait être régie par des conditions strictes, compte tenu notamment du fait qu'en prenant cette décision, la personne pourrait renoncer à un droit fondamental »⁹⁶.

Dans cette perspective, le législateur européen a proposé une nouvelle définition du consentement imposant l'obtention d'un consentement *explicite* de la personne concernée; il fait reposer à cet égard la *charge de la preuve* sur le responsable de traitement; il envisage les modalités d'un *retrait* du

⁹⁴ Récemment, en février 2013, le Groupe 29 a rendu un avis dédié à la problématique des applications mobiles pour smartphones et tablettes. Parmi les problèmes les plus importants mentionnés dans cet avis, le Groupe 29 évoque celui du consentement des utilisateurs et, plus généralement, le « manque de transparence ». Ces applications permettent de collecter des grandes quantités de données à chaque usage du dispositif et ceci survient la plupart du temps à l'insu sans le consentement avisé, libre et bien informé des utilisateurs. Voir: GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, *Opinion 02/2013 on apps on smart devices*, 27 février 2013, en ligne: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_en.pdf> (consulté le 21 janvier 2015).

⁹⁵ *Proposition de Règlement 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 (règlement général sur la protection des données)*, préc., note 2.

⁹⁶ Pour le Groupe 29, le consentement, associé à l'idée de contrôle, renvoie aussi à la « notion de libre choix en matière d'informations »; celui-ci ajoutant que « [l']autonomie de la personne concernée est à la fois une condition préalable et une conséquence du consentement. » Voir: GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, *Avis 15/2011 sur la définition du consentement*, 31 juillet 2011, p. 9, en ligne: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_fr.pdf> (consulté le 21 janvier 2015).

consentement ; et appréhende aussi les situations potentielles où existerait un *déséquilibre significatif* entre les parties⁹⁷.

À ce stade de notre analyse, nous proposons d'appliquer la grille de lecture développée dans la section précédente afin d'identifier les contours ainsi que les limites de la logique du consentement en matière de protection des données personnelles, notamment telle qu'elle déployée dans la proposition de règlement.

B. Consentir au traitement des données personnelles

1. Les rapports de force

En ce qui concerne les rapports de force entre les acteurs en présence, il faut convenir que ceux-ci sont souvent très déséquilibrés en matière de données personnelles. Bien souvent, l'utilisateur d'un système informatique n'a guère d'autre choix que de divulguer ses données lorsqu'il souhaite accéder à un service. On peut penser bien sûr à la position quasi monopolistique d'acteurs comme Facebook ou Google, mais aussi aux conditions imposées sur les sites de commerce électronique. Cette situation est aggravée par la difficulté pour un utilisateur à appréhender véritablement les conséquences de la collecte et les utilisations qui seront faites de ses données personnelles.

Dans la nouvelle proposition de règlement en matière de protection des données, l'une des dispositions les plus originales consacrées au consentement vise précisément à appréhender la question du déséquilibre entre la personne concernée et le responsable du traitement. L'article 7, § 4 dis-

⁹⁷ Gabriela Zanfir souligne l'omniprésence de la notion de consentement dans le texte de la proposition de règlement dont on trouve 56 références, alors que la directive 95/46 n'en contenait que 12. Voir : Gabriela ZANFIR, « Forgetting about consent. Why the focus should be on “suitable safeguards” in data protection law », (2013) *Working Paper* 1, 2 et 7, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2261973> (consulté le 21 janvier 2015). Pour cette auteure, il convient de relativiser l'importance du consentement au sein de l'arsenal législatif européen et de diriger l'attention vers d'autres principes. Dans le même sens, voir : Serge GUTWIRTH, « Short statement about the role of consent in the European data protection directive », *Selected works*, Janvier 2012, en ligne : <http://works.bepress.com/serge_gutwirth/80> (consulté le 21 janvier 2015) ; Mark F. KIGHTLINGER, « Twilight of the idols? EU internet Privacy and the post enlightenment paradigm », (2007) 14 *Colum. J. Eur. L.* 1.

pose que «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.» Comme le précise le considérant 34, la notion de déséquilibre «significatif» ou «manifeste» désigne une situation où la personne concernée se trouve dans une relation de dépendance par rapport au responsable du traitement. À titre d'exemple, le considérant cite le cas des traitements de données d'un salarié effectués par l'employeur dans le cadre de la relation de travail⁹⁸.

Certains commentateurs ont reproché à cette disposition son caractère imprécis; ils estiment notamment qu'il faudrait élargir le champ des exemples mentionnés dans le considérant 34, de manière à inclure toutes les situations où les rapports de force entre parties sont fortement déséquilibrés. À cet égard, ils proposent d'établir une liste non exhaustive semblable à celle contenue dans la directive en matière de clauses abusives afin d'illustrer et d'éclaircir la signification de la notion de «déséquilibre manifeste»⁹⁹. Parmi les exemples de déséquilibre manifeste, on pourrait par exemple citer les situations de monopole ou d'oligopole qui, en pratique, ne permettent pas aux individus d'opter pour des prestataires respectueux de la vie privée. Dans le «contre-rapport», rédigé par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen sous la direction de J. P. Albrecht, l'un des amendements proposés vise à ranger également parmi les situations de déséquilibre manifeste les cas où un responsable de traitement occupe une position dominante sur le marché: «[...] lorsque le sous-traitant ou le responsable du traitement occupe une position dominante sur le marché en ce qui concerne les produits ou services proposés à la personne concernée, ou lorsqu'un changement unilatéral et non essentiel des conditions des services ne laisse à la personne concernée d'autre choix que celui d'accepter le changement ou

⁹⁸ Le considérant 34 de la *Proposition de règlement*, préc., note 2 ajoute: «Lorsque le responsable du traitement est une autorité publique, il n'y a déséquilibre que dans le cas d'opérations de traitement spécifiques dans le cadre desquelles l'autorité publique peut, en vertu de ses prérogatives de puissance publique, imposer une obligation. Dans ce cas, le consentement ne saurait être réputé librement consenti, compte tenu de l'intérêt de la personne concernée.»

⁹⁹ EUROPEAN DIGITAL RIGHTS, *Position on the Regulation on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*, p. 15, en ligne: <http://edri.org/files/1012EDRi_full_position.pdf> (consulté le 21 janvier 2015).

de renoncer à une ressource électronique à laquelle elle a consacré un temps considérable.»¹⁰⁰

En s'intéressant aux rapports de force entre acteurs, le législateur européen entend prendre acte des déséquilibres marquant les nouveaux modes d'échange de données constitutifs de l'économie numérique contemporaine. Cette initiative, répondant aux inquiétudes et aux problèmes de plus en plus vifs soulevés dans la littérature et expérimentés par les citoyens, est incontestablement salutaire. Toutefois, elle nécessite encore, selon nous, un grand travail de conceptualisation et d'affinement. En effet, en l'absence de critères plus précis, la notion de déséquilibre significatif se révèle tellement large qu'elle semble englober la majorité des situations auxquelles font face les citoyens lorsqu'ils évoluent dans les environnements numériques. Prise à la lettre, une telle disposition amènerait donc à conclure que le consentement ne constitue pas un fondement juridique valable pour la plupart des échanges de données, notamment sur Internet. Dans ce contexte, il convient dès lors de réfléchir de manière plus approfondie aux critères et aux dispositifs susceptibles de permettre la mise en œuvre pratique de cette (future) disposition légale.

2. Le droit de retrait

La proposition de règlement prévoit explicitement un droit de retrait à l'article 7, § 3, disposant que «la personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment»¹⁰¹. Le considérant 33 rappelle l'importance de ce droit au regard du principe de liberté propre à la logique du consentement, celui-ci ne pouvant être considéré comme libre que si la personne concernée dispose d'«une véritable liberté de choix». Le même considérant ajoute en outre que la personne concernée doit se voir accorder la possibilité de refuser ou de se rétracter «*sans subir de préjudice*». Pour certains auteurs, l'idée qu'un utilisateur puisse s'extraire en toute liberté et sans préjudice de la relation qui l'unit à un prestataire n'est pas si

¹⁰⁰ Jan P. ALBRECHT, *Projet de rapport sur la proposition de règlement 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 (règlement général sur la protection des données)*, COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD), Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, 16 janvier 2013, p. 21 (ci-après «*Rapport Albercht*»).

¹⁰¹ Liam CURREN et Jane KAYE, «Revoking consent: A “blind spot” in data protection law?», (2010) 26 *Computer Law & Security Rev.* 273.

évidente et risque de nuire à certaines pratiques et modèles commerciaux innovants, notamment ceux basés sur la délivrance gratuite d'un service en échange d'un accès aux données personnelles des utilisateurs¹⁰². Notons cependant que le retrait ne devrait avoir en principe qu'un effet rétroactif¹⁰³.

Au-delà des difficultés d'ordre juridique soulevées par le droit de retrait, il est également nécessaire de s'interroger sur les modalités techniques de sa mise œuvre. De fait, celle-ci pose des problèmes complexes, voire des défis aux informaticiens. Au-delà de l'interface devant permettre à la fois l'information de la personne concernée au sujet de son droit de retrait et l'exercice de ce droit à tout moment (sur tous les traitements de données pour lesquels elle a pu initialement accorder son consentement), il s'agit de fournir à la personne une information complète et compréhensible sur les usages effectués de ses données, sur leur impact ainsi que sur les conséquences du retrait du consentement lui-même. Comme on peut le constater, mettre en œuvre ce retrait de manière concrète n'est pas chose aisée. À cet égard, on rejoint là d'autres questions difficiles comme celles du droit à l'oubli, puisque le retrait du consentement devrait entraîner l'effacement des données (ainsi que celui de toutes leurs copies), du droit à la portabilité des données (pour que le retrait soit un choix envisageable) et de la

¹⁰² Omer TENE et Christopher WOLF, *White Paper. The Draft EU General Data Protection Regulation: Costs and Paradoxes of Explicit Consent*, The Future of Privacy Forum, Janvier 2013, p. 10, en ligne : <<http://www.futureofprivacy.org/wp-content/uploads/FINAL-Future-of-Privacy-Forum-White-Paper-on-Consent-January-201310.pdf>> (site consulté le 7 novembre 2014). Notons qu'en matière contractuelle, tout contrat limite la liberté des parties en créant dans leur chef une obligation soit d'exécution, soit d'indemnisation (paiement de dommages). Voir : Anthony T. KRONMAN, « Paternalism and the Law of Contracts », (1983) 92 *Yale L. J.* 763, 778 : « Every executory contract limits the freedom of the parties by creating an enforceable obligation, on both sides, to perform or pay damages: Once an individual has made a contractually binding commitment, his alternatives are limited to these two (assuming the other party is not himself in breach). »

¹⁰³ Voir aussi : GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, préc., note 96, p. 10 : « La notion de contrôle est également liée au fait que la personne concernée doit être en mesure de retirer son consentement. Le retrait n'est pas rétroactif, mais il devrait, en principe, empêcher tout traitement ultérieur des données de la personne par le responsable du traitement. »

responsabilité (« accountability »), trois principes consacrés ou renforcés par la proposition de règlement européen¹⁰⁴.

3. La routine

Parmi les règles en matière de consentement contenues dans la proposition de règlement, le législateur européen a introduit une nouvelle définition du consentement. Celui-ci y est défini à l'article 4, (8) comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, informée et explicite par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif univoque, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». De cette nouvelle définition, on retiendra que le consentement doit avant tout être *explicite*. Les responsables de traitement devront donc veiller à obtenir un consentement, « consistant soit en une déclaration soit en un acte non équivoque de la personne concernée, garantissant qu'elle consent bien en toute connaissance de cause au traitement des données à caractère personnel »¹⁰⁵. La proposition de règlement rejette donc toute possibilité d'un consentement tacite ou passif¹⁰⁶.

En imposant de la sorte l'exigence d'un consentement explicite, la proposition de règlement ne tient pas compte de la variété des situations et des circonstances dans lesquelles le consentement peut être exprimé et exclut d'autres modalités du consentir propres à des situations de routine qui ne créent pas de risques particuliers. Ainsi, dans de nombreux cas, l'existence du consentement peut être déduite, de manière implicite, à partir du

¹⁰⁴ Par ailleurs, le projet de Règlement insiste également sur le fait que la charge de prouver que la personne concernée a consenti au traitement de ses données incombe au responsable du traitement (*Proposition de règlement*, préc., note 2, art. 7, § 1^{er}). Le droit de retrait alourdit cette obligation de preuve car il conduit à imposer parallèlement au responsable de traitement la charge de prouver que le consentement reste valide (que celui-ci n'a pas été ultérieurement retiré par la personne).

¹⁰⁵ Voir le considérant 25 de la *Proposition de règlement*, préc., note 2 qui précise en outre les modalités de recueil du consentement : « [...] par exemple en cochant une case lorsqu'elle consulte un site internet ou par le biais de toute déclaration ou tout comportement indiquant clairement dans ce contexte qu'elle accepte le traitement proposé de ses données à caractère personnel. »

¹⁰⁶ A cet égard, le « rapport Albrecht » rejette expressément les mécanismes d'« opt-out » tels que l'usage des cases précochées : « L'utilisation d'options par défaut que la personne concernée doit modifier pour marquer son opposition au traitement, comme les cases précochées, n'est pas l'expression d'un libre consentement. » (*Rapport Albrecht*, préc., note 100, p. 20).

contexte de la transaction ou de la relation¹⁰⁷. Pour beaucoup de commentateurs, l'approche adoptée par le législateur européen n'est pas assez nuancée. À ce titre, elle risque de nuire tant aux responsables de traitement auxquels est imposé le respect de formalités juridiques et techniques coûteuses qu'aux personnes concernées elles-mêmes dont le cours d'action sera sérieusement perturbé à chaque sollicitation par les responsables de traitement¹⁰⁸. À cet égard, plusieurs études d'horizons disciplinaires variés ont montré la tendance des utilisateurs à éviter ce genre de désagréments en consentant «de manière explicite» à toute une série d'accords ou de transactions sans que leur engagement soit réellement informé, volontaire ou réfléchi comme en matière de contrats d'adhésion, de contrats par clic (clickwrap agreement), de téléchargement d'applications, etc. En outre, cette tendance semble exacerbée lorsque le consentement est demandé en échange d'un bien ou d'un service à titre gratuit. Dans ces cas, les taux d'obtention du consentement sont toujours élevés¹⁰⁹. Notons à cet égard l'obligation de préciser, dans la procédure de recueil du consentement, la finalité de la collecte : faute de caractérisation précise de cette finalité, le consentement lui-même n'est d'aucune valeur. Par exemple, il existe une grande différence entre consentir à ce qu'une application installée sur son téléphone mobile accède à la position géographique de l'appareil une seule fois, par exemple à des fins de choix de la langue à utiliser pour interagir avec l'utilisateur, et consentir à ce qu'elle accède à cette position géographique régulièrement et qu'elle puisse la transmettre à un tiers (par exemple une régie publicitaire) qui sera ainsi capable de tracer tous les déplacements de l'utilisateur. Une procédure de recueil de consentement éclairé devrait permettre à l'utilisateur de faire la distinction entre ces différents types d'usages.

¹⁰⁷ O. TENE et C. WOLF, préc., note 102, p. 8. Les auteurs de ce rapport font référence aux travaux (et notamment à la notion d'«intégrité contextuelle») développés par Helen NISSENBAUM, «Privacy as Contextual Integrity», (2004) 79 *Wash. L. Rev.* 101.

¹⁰⁸ Notons que le considérant 25 de la *Proposition de règlement*, préc., note 2 envisage le problème des ruptures du cours de l'action : «Si le consentement de la personne concernée est donné à la suite d'une demande par voie électronique, cette demande doit être claire, concise et *ne doit pas inutilement perturber l'utilisation du service* pour lequel il est accordé.» (nos italiques).

¹⁰⁹ Dans ces conditions, les mécanismes d'«opt-in» ne garantissent pas une forme aussi «pure» de consentement qu'on l'imagine. Voir : Nicklas LUNDBLAD et Betsy MASIELLO, «Opt-in Dystopia», (2010) 7 *Script-ed* 155.

4. L'impact

L'impact d'une violation de données à caractère personnel et d'une atteinte à la vie privée peut être très variable selon les situations : il peut aller de mineur (voire nul) à très grave pour la personne intéressée, notamment quand ces violations conduisent à des discriminations (par exemple une perte de chances dans une candidature d'embauche) ou à la révélation à un large public de faits que la personne souhaite garder confidentiels¹¹⁰. Au-delà des cas de traitements illicites, des travaux récents dans le domaine de la protection des données personnelles et de la vie privée, ont souligné la nécessité d'évaluer les répercussions des traitements auxquels les individus auraient librement consenti non pas seulement en termes individuels, mais également sociaux¹¹¹. Ainsi, outre le problème de l'évaluation des risques par la personne concernée, de nombreux auteurs ont souligné le fait que l'impact d'une « libre circulation des données » dépasse les seuls intérêts de la personne concernée et du responsable de traitement, car il implique des valeurs sociales et collectives. L'objectif de ces travaux consiste à se départir d'une approche trop « individualiste » ou « libérale » des enjeux liés à la protection des données. En particulier, ces auteurs considèrent que les notions de protection des données personnelles et de vie privée ne peuvent être simplement réduites à des questions de préférences individuelles, qui seraient exprimées à travers un consentement libre et informé. Leurs arguments s'articulent autour d'une anthropologie prenant en considération l'appartenance et l'implication des personnes au sein de groupes et, plus largement, d'une collectivité. Il s'agit alors de mettre en exergue le fait que la problématique contemporaine de la protection du droit à la vie privée et des données personnelles implique également des enjeux d'ordre multi-relationnel et sociétal que la théorie du consentement informé et la logique d'autonomie tendent à négliger. À travers cette littérature, la présence silencieuse du « tiers » se trouve (re)mise sur le devant de la scène. Le traitement de la donnée dite « personnelle » implique donc un schéma qui n'est plus

¹¹⁰ Dans la littérature de ces dernières années, on peut trouver divers travaux dont l'objet est de renouveler la réflexion sur les risques inhérents aux traitements de données ainsi que sur les types de dommages que ces traitements peuvent engendrer. Voir, notamment Ryan CALO, « The boundaries of privacy harms », (2011) 86 *Ind. L. J.* 1131 ; Daniel J. SOLOVE, « A Taxonomy of Privacy », (2006) 154 *U. Penn. L. Rev.* 477.

¹¹¹ Paul M. SCHWARTZ et William M. TREANOR, « The New Privacy », (2002) 101 *Mich. L. Rev.* 2163, 2177.

bilatéral¹¹² et concerne alors autant l'individu lui-même que le tiers, proche ou lointain, sur lequel le traitement peut avoir des conséquences. La notion de tiers doit être comprise dans un sens plus ou moins large. Ainsi, dans certains cas, le transfert de données à caractère « personnel » peut avoir des répercussions sur les membres de la famille comme, par exemple, lorsqu'il s'agit de données médicales, notamment génétiques¹¹³. De même, la récente polémique entourant le système de reconnaissance faciale déployé par Facebook permet d'illustrer les conséquences sur les membres plus ou moins proches d'un réseau social¹¹⁴. Dans son acception la plus large, le tiers représente la société dans son ensemble. Dans cette perspective, les notions de protection des données personnelles et de vie privée sont reconceptualisées en termes de « bien sociaux ». Comme le souligne J. Cohen, « [w]e have tried to move the concept of privacy well beyond control and individual consent, reconceptualizing it in various ways as a social good that deserves protection for reasons beyond individual welfare. »¹¹⁵

En mentionnant cette littérature, notre objectif n'est pas de rejeter la théorie du consentement informé présente dans l'arsenal législatif. On peut à cet égard saluer l'intention du législateur européen de renforcer les règles en la matière de consentement et, par là, sa volonté d'augmenter le contrôle des individus sur leurs données. Cependant, compte tenu de l'enchevêtrement d'enjeux à la fois individuels et collectifs en matière de protection des données, il importe de ne pas tout miser sur la théorie du

¹¹² Dans sa version classique, la théorie du consentement informé semble s'appuyer sur un simple schéma bilatéral entre un prestataire de service et un consommateur, un responsable de traitement et un individu déterminé. Le premier cherche à obtenir le consentement du second et l'interaction entre ces parties prend des allures de relation libre et consensuelle.

¹¹³ Lee A. BYGRAVE, « The Body as Data? Biobank Regulation via the “Back Door” of Data Protection Law », (2010) 2 *Law, Innovation and Technology* 1.

¹¹⁴ Yana WELINDER, « A Face Tells More Than Thousands Posts: Developing Face Recognition Privacy in Social Networks », (2012) 26 *Harv. J.L. & Tech.* 165.

¹¹⁵ Julie E. COHEN, « Privacy, Ideology, and Technology: A Response to Jeffrey Rosen », (2001) 89 *Geo. L. J.* 2029, 2039. Dans la même lignée, d'autres auteurs considèrent que la protection de la vie privée et des données n'est pas seulement une question d'autonomie personnelle, mais aussi un enjeu social et démocratique. Voir : Paul SCHWARTZ, « Internet Privacy and the State », (2000) 32 *Conn. L. Rev.* 815, 834. Pour cet auteur, la vie privée est une « valeur constitutive » bénéficiant tant à l'individu qu'à la société. En garantissant une sphère privée nécessaire à l'auto-détermination et la construction individuelles, elle contribue à enrichir la démocratie. Voir aussi : D.J. SOLOVE, préc., note 5, 1892 ; Neil M. RICHARDS, « Intellectual Privacy », (2008) 87 *Tex. L. Rev.* 387.

consentement informé. En effet, un effet pervers du consentement est qu'il tend à exonérer les situations où il est en jeu, de toute critique. Ainsi le simple fait de consentir – à un traitement, une transaction ou à une procédure – finit par s'imposer comme une condition à la fois nécessaire et suffisante faisant office de justification juridique et morale¹¹⁶, sans même que les situations et les conflits de valeurs sous-jacents (notamment en termes collectifs), ne soient véritablement questionnés de manière substantielle¹¹⁷.



La théorie du consentement – comprise comme « une théorie d'un monde social dans lequel les individus font leur propres choix »¹¹⁸ – s'impose, dans les sociétés occidentales contemporaines, comme un paradigme dominant structurant la réflexion en matière de morale, de droit et de politique. La force normative reconnue au consentement réside dans son pouvoir de transformation de l'illicite en licite, de transfert de l'exercice de droits ou de privilèges, c'est-à-dire dans son effet de légitimation ou de justification¹¹⁹. Malgré l'omniprésence de cette « culture du consentement » dans nos sociétés¹²⁰, cette notion se révèle difficile à cerner dès lors qu'on la confronte à la réalité des pratiques et des interactions sociales contemporaines. L'accent placé sur l'effet de légitimation propre au consentement permet de faire apparaître toute « l'ambiguïté d'un terme se situant sur un axe structuré par l'opposition entre autonomie et contrainte »¹²¹. Le consentement participe alors d'une dialectique subtile entre intériorité et

¹¹⁶ Robin L. WEST, « Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner », (1985) 99 *Harvard L. Rev.* 384, 386 : « Consent insulates these situations from moral criticism and renders them, without more, morally attractive... [C]onsent is a moral trump. »

¹¹⁷ Un tel questionnement contribuerait à soulever la question des éventuelles restrictions à l'autonomie personnelle et pourrait conduire dans certains cas, si ce n'est à abandonner la logique du consentement, du moins à imposer des conditions très strictes quant à sa mise en œuvre.

¹¹⁸ Don HERZOG, *Happy Slaves. A critique of Consent Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, cité par R. GARNETT, préc., note 91, 455.

¹¹⁹ F. COSTE, P. COSTEY et L. TANGY, préc., note 81, 9 : « 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). »

¹²⁰ R. BROWNSWORD, préc., note 66, 223 à 251.

¹²¹ F. COSTE, P. COSTEY et L. TANGY, préc., note 81, 9.

extériorité, activité et passivité, autonomie et dépendance. Plus encore, on pourrait affirmer que consentir c'est prendre un *risque* car, lorsque l'on consent, on cède...au sens propre (cession) comme au sens figuré (soumission)¹²². Dans le domaine de la protection des données personnelles, la cession de données à un responsable de traitement n'échappe pas à cette logique: elle constitue une prise de risque et, à ce titre, n'échappe pas à l'ambiguïté propre à l'acte de consentir.

Dans cette contribution, nous avons essayé d'évaluer la légitimité et l'acceptabilité de la théorie du consentement en matière de protection de la vie privée et des données personnelles. Dans cette perspective, nous avons déployé une analyse comparative en nous inspirant des réflexions critiques suscitées par la notion de consentement dans le champ du droit médical et du droit des contrats. Sur la base de cette comparaison, la grille de lecture que nous avons dressée a permis d'identifier un ensemble de paramètres fondamentaux s'imposant comme des balises dans toute discussion sur la notion de consentement: (1) les rapports de force entre parties, (2) la possibilité de révoquer le consentement, (3) la nature routinière ou exceptionnelle des circonstances, et (4) l'impact du consentement. La prise en compte de ces paramètres permet de se départir d'une conception binaire du consentement en envisageant celui-ci au sein d'un continuum allant des situations les plus favorables aux plus défavorables¹²³. En matière de données personnelles, on s'aperçoit que, dans certaines situations, le consentement peut présenter tous les caractères «aggravants» des paramètres susmentionnés. Mais une absence totale de légitimité du consentement semble difficile à envisager dans les situations les plus courantes.

Notre grille de lecture montre qu'il importe donc d'adopter une position nuancée en matière de consentement en tenant compte, autant que possible, de la diversité des situations de traitement de données. Afin de garantir la légitimité du consentement, il conviendrait, par exemple, de distinguer les cas où le consentement pourrait être librement donné et couvert par des règles sanctionnant *a posteriori* les vices dont il serait affecté; les cas où le consentement pourrait être donné à condition d'être

¹²² Sur les rapports entre «céder» et «consentir», voir: G. FRAISSE, préc., note 1, p. 42 et 73.

¹²³ Celles qui se caractérisent par un déséquilibre significatif entre les parties, dans lesquelles la possibilité de révoquer le consentement n'existe pas, dont l'impact est majeur sur le bien-être individuel ou collectif et qui procèdent de circonstances ou d'activités exceptionnelles.

assorti des garanties strictes ; et enfin, les cas où le consentement ne pourrait jamais être donné¹²⁴.

Une telle approche permet d'insister sur la nécessité de déployer une diversité de règles ou d'instruments normatifs afin d'assurer la protection des données personnelles et de la vie privée. À cet égard, les règles en matière de consentement contenues dans la proposition de règlement 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 sont certainement salutaires. Notre grille de lecture suggère en particulier que la possibilité de retirer son consentement constitue un paramètre essentiel qui permettrait de conférer aux citoyens un plus grand contrôle sur leurs données à caractère personnel. Le recours à une logique, même renforcée, du consentement informé ne peut toutefois suffire, car on sait que, dans certaines situations, le consentement n'est pas toujours totalement transparent ou maîtrisé, contrairement à ce que suggère une certaine pensée idéalisée du droit qui fonde le consentement « libre et éclairé ». Plusieurs auteurs ont à cet égard montré les dangers inhérents à la logique formelle de la théorie du consentement informé qui tend à oblitérer les conditions pragmatiques de l'acte et dispense de s'interroger de manière substantielle sur la nature de certains traitements de données¹²⁵. L'approche que nous préconisons invite également à envisager la possibilité de formuler certaines restrictions à l'autonomie individuelle : dans certaines circonstances, le législateur pourrait alors imposer un principe d'inaliénabilité des données, notamment lorsque des enjeux collectifs sont menacés¹²⁶.

¹²⁴ Cette distinction s'inspire de celle proposée par O. TENE et C. WOLF, préc., note 101, p. 5 et 6.

¹²⁵ D.J. SOLOVE, préc., note 5, 1882 : « 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. » Pour cet auteur, le modèle actuel du « *privacy self-management* » repose sur l'idée d'un sujet « expert » capable de gérer les difficultés liées aux divers traitements de ses données personnelles (« costs & benefits analysis »). Or, dans des contextes complexes comme les environnements numériques, le sujet se révèle démuné des compétences et des connaissances nécessaires pour « gérer » la complexité et l'incertitude.

¹²⁶ La Belgique a joué un rôle de précurseur dans ce domaine puisque la *Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, J.O. 20 août 1992, p. 18283 a été modifiée en vue d'interdire toute discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques. L'article 5 de cette loi dispose que « les données génétiques ne peuvent pas être communiquées »

Une approche nuancée et graduée de la problématique du consentement permet de dépasser la tension entre autonomie individuelle et paternalisme. En effet, en droit, de nombreuses limites à la liberté de choix n'exigent pas de déconstruire la notion de consentement¹²⁷. Il existe des raisons non paternalistes justifiant d'imposer des limites à la possibilité de consentir. Ainsi, même dans des domaines aussi communs que le droit des contrats, le principe de l'autonomie et de la liberté des parties est souvent mis en balance avec d'autres objectifs. Certains de ces objectifs peuvent être d'ordre paternaliste et sont alors destinés à protéger l'une des parties en l'empêchant de négliger ses intérêts. Toutefois, on peut identifier d'autres objectifs comme ceux permettant de renforcer l'efficacité économique ou de garantir le respect de la personne humaine¹²⁸. Ainsi, l'application de certains principes ou valeurs ne peut, dans certains cas, être laissée à l'appréciation du sujet et à sa volonté de prendre certains risques, pas plus que l'assentiment d'une personne à être esclave ne peut justifier l'esclavage.

Si on admet que la logique du consentement peut avoir des répercussions qui dépassent les préférences et les intérêts individuels de la personne concernée, il importe alors de développer des instruments normatifs destinés également à impliquer davantage les responsables de traitement dans la protection des données personnelles. Parallèlement aux initiatives se concentrant sur les capacités de contrôle des individus, sur la nature des traitements de données, il apparaît nécessaire de formuler des règles de conduite renforcées à destination des responsables de traitement. Dans la proposition de règlement, le législateur européen s'est engagé dans cette voie en consacrant un principe d'« *accountability* »¹²⁹. Dans cette perspec-

et l'article 95 précise que « l'examen médical, nécessaire à la conclusion et à l'exécution du contrat, ne peut être fondé que sur les antécédents déterminant l'état de santé actuel du candidat-assuré et non sur des techniques d'analyse génétique propres à déterminer son état de santé futur. »

¹²⁷ Cass R. SUNSTEIN, « Legal Interference with Private Preferences », (1986) 53 *U. Chi. L. Rev.* 1127, 1138 et 1139.

¹²⁸ T. KRONMAN, préc., note 102, 786. L'interdiction de contrats d'esclavage ou de péonage, la nullité des contrats conclus par des enfants, l'inaliénabilité du droit d'obtenir le divorce, le droit de rétractation en droit de la consommation. Toutes ces entraves apparentes à la logique générale du consentement en matière contractuelle mêlent différents objectifs : elles revêtent indéniablement un caractère paternaliste, mais elles visent également à protéger les intérêts des tiers ou de la collectivité au sens large. Pour Kronman, certaines restrictions peuvent être expliquées par des considérations relevant de l'efficacité économique ou de la justice distributive.

¹²⁹ Voir l'article 22 de la *Proposition de règlement*, préc., note 2.

tive, l'« accountability » ou obligation de « rendre des comptes », pourrait devenir un complément essentiel au consentement. Le consentement serait alors envisagé comme une acceptation conditionnelle pouvant être à tout moment révoquée en fonction des pratiques du collecteur de données et de l'impact observé de la divulgation des données sur le sujet, dans un processus d'ajustement permanent qui renforce la compréhension de la situation par le sujet et *in fine* sa confiance.