

COMMENT MESURER L'EFFECTIVITE DU REGLEMENT GENERAL DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES ?

Proposition d'Olivia Tambou, Maître de Conférences en droit public à l'Université Paris-Dauphine

Atelier Convergences du droit et numérique

Problématique proposée :

Quels outils, quelles méthodes peuvent être créés notamment entre juristes et informaticiens pour mener une recherche empirique et expérimentale afin de mesurer l'effectivité d'une norme telle que le Règlement Général de la Protection des Données (ci-après RGPD) ?

Les éléments de contexte

1. La notion d'effectivité en droit : une notion complexe à cerner¹

La notion d'effectivité est un concept utilisé pour envisager la réalité des effets produits par une règle de droit. Elle est utilisée par les juristes, les sociologues, qui s'intéressent au rapport que le droit entretient avec les faits. Elle tend à interroger la capacité du droit à assumer sa fonction de direction des comportements des humains. Elle permet d'envisager comment une norme est exécutée, respectée dans les faits par les acteurs. Ainsi **François Ost et Michel van de Kerchove** considèrent qu'« est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique »².

Une partie de la doctrine juridique semble envisager l'effectivité d'une norme de façon binaire : une norme serait effective parce qu'elle est respectée ou ne serait pas effective. D'autres proposent en revanche de considérer qu'une norme est plus ou moins effective. La valeur ajoutée de la notion d'effectivité est alors de permettre d'introduire cette idée de degré³ en prenant notamment en compte les effets négatifs, pervers et positifs d'une norme. **Julien Betaille** définit d'ailleurs l'effectivité d'une norme comme « *le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité* ».⁴ Il se rapproche ainsi de l'approche sociologique de la notion d'effectivité qui est conçue comme « *l'instrument conceptuel d'évaluation (du) degré de réception (de la norme), le moyen de mesurer des écarts entre pratique et droit.* » Il admet néanmoins que « *la mesure concrète de cet écart relève en grandes partie des techniques propres à la sociologie et qu'elle ne peut difficilement être appréhendée par l'analyse juridique.* »⁵

Pour illustrer cette richesse de la notion d'effectivité, **Boris Barraud**⁶ distingue deux sortes d'effectivité :

- **L'effectivité matérielle** qui « *repose sur le fait empiriquement constatable du conformisme ou de l'infraction à la règle par ses destinataires...* »
- **L'effectivité symbolique** qu'il définit comme « *l'appréhension psychologique de la règle* »

¹ Cette notion est très proche de la notion d'efficacité qui désigne ce qui produit l'effet qu'on attend. L'efficacité quant à elle permet de vérifier qu'une norme a atteint l'objectif fixé au moindre coût. Cf. [Anne Lise Sibony : Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit](#), in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?* Sous la direction de Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Laurence Gay, Ariane Vidal-Naque, Bruylant 2012

² François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau, p. 330.

³ En ce sens [Julien Betaille, Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement](#), thèse 2012 p. 25

⁴ Ibid p. 32.

⁵ Ibid. p. 25

⁶ Boris Barraud. [L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique \(première partie : présentation\)](#). Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2013, pp.365-423

Il fait de l'effectivité un des critères pour mesurer la juridicité d'une norme. La méthode de calcul qu'il propose pourrait peut-être servir de base de réflexion pour mesurer l'effectivité du RGPD :

- identifier des critères d'effectivité,
- affecter à chaque critère un indice (nullement, faiblement, moyennement, fortement, pleinement rempli par exemple)
- déterminer une méthode de calcul

2. Le RGPD

Le RGPD poursuit une double finalité :

- assurer un niveau élevé et cohérent de protection des données personnelles équivalent dans tous les Etats membres notamment par le biais de l'harmonisation
- lever les obstacles aux flux de données à caractère personnel au sein de l'Union européenne et vers des Etats tiers

La réalisation de ces objectifs passe notamment par :

- **La responsabilisation des acteurs**
 - Attribution de nouveaux droits aux individus afin qu'ils puissent contrôler l'usage de leurs données personnelles (Ex : droit à la portabilité) La concrétisation de cette approche se retrouve notamment à l'article Art.1 Loi République numérique : « *Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi.* »
 - Démarche préventive de régulation par les acteurs privés : Privacy by design, privacy by default, Certification, Etude d'impact, Obligation de notification etc.)
- **Le développement de mécanismes de régulation et d'interrégulation des autorités de la protection des données (DPAs)**
- **Le renforcement des outils de répressions** en cas de violation des règles consacrées par le règlement (recours devant les juges ou les DPAs, sanctions plus élevées, possibilité ouverte de forme d'action de groupe en matière de protection des données personnelles)

3. L'effectivité du RGPD mise en doute par l'analyse juridique doctrinale

- Norme peu adaptée à la technologie, aux nouveaux usages numériques (Iot, smart cities etc.)
- Norme peu adaptée aux comportements des internautes, des consommateurs qui ne sont pas vraiment des conso-acteurs.
- Importance des mesures d'application devant être prises soit par des institutions et des organes de l'UE, soit par les Etats membres, soit par les acteurs dans un délai de deux ans (règlement incomplet, pas applicable avant 2 ans)
- Des clauses ouvertes permettent aux Etats membres de faire des choix nationaux. Cela viendrait complexifier l'application transnationale de la norme pour les acteurs.
- Beaucoup d'incertitudes juridiques augurant du maintien d'une vision des acteurs de la protection des données personnelles fondée sur la gestion du risque.
- Incapacité à imposer des effets extraterritoriaux alors même que la libre circulation des données a une dimension nécessairement internationale
- Importance des obligations ne pouvant être prises en compte et acceptées par les acteurs (en raison des coûts, de l'absence de connaissance ou d'intelligibilité de la norme surtout pour des PME, les start-ups)

Pour aller au-delà de cette analyse juridique doctrinale, il conviendrait d'identifier un certain nombre d'indicateurs/critères permettant de mesurer avec plus de finesse le degré d'effectivité du RGPD.

L'objet de cette recherche interdisciplinaire sera de proposer :

- Une méthode de recherche pour mesurer l'effectivité du RGPD en prenant en compte l'existence de quatre types possibles de destinataires :
 - o Les Etats membres
 - o Les autorités de régulation
 - o Les entreprises
 - o Les individus
- Elaboration d'un outil permettant de:
 - o visualiser une norme de droit européen avec ses mesures européennes ou nationales d'application.
 - o quantifier la variation, du contenu, de la forme des règles d'application du RGPD dans les Etats membres
 - o d'évaluer l'effectivité du RGPD par l'étude de l'évolution des comportements des acteurs privés (association, ONG, entreprises) sorte de baromètre sondant de façon régulière l'effectivité matérielle et symbolique du RGPD

Le périmètre de la recherche établi devra être préalablement établi :

- Idéalement le RGPD dans son ensemble mais possibilité de se concentrer sur certaines dispositions phares
- Ampleur géographique France uniquement ou d'autres Etats membres, si oui lesquels (Allemagne, Espagne ?...)

Sources à exploiter :

- [GDPR.expert, l'outil d'analyse du nouveau règlement européen, développé par le cabinet d'avocats Ulys](#)
- Le travail de [Datavizualisation du RGPD](#) réalisée par la CNIL
- La normologie juridique autour de [ELI](#) et [ECLI](#)
- Le [RGPD](#)
- Les travaux de Boris Barraud disponibles sur Academia <https://univ-amu.academia.edu/BorisBarraud>