

Numérisation des données publiques et données publiques numériques

par
Gilles J. GUGLIELMI
*Professeur de droit public
Université Paris-2*

« La révolution numérique change la donne : On passe d'une logique de la demande (le citoyen demande à avoir accès à tel document) à une logique de l'offre (l'administration offre l'information sur ses sites). »

MAISL (H.), « e-gouvernance et évolution du droit »,
e-gouvernance : défis et chances pour la démocratie, l'administration et le droit,
XXV^e congrès international des sciences administratives,
Séoul, juillet 2004, IISA éd., 2005, p. 91.

Introduction

L'une des principales caractéristiques de l'ère post-moderne est le passage d'une économie d'industries et de services à une économie de l'information¹. Pour la première fois dans l'Histoire, les flux immatériels d'information, ainsi que leur valorisation monétaire, dépassent ceux résultant des échanges de biens et d'autres services. La prise de conscience en a été d'autant plus forte que, dans les années 1990, la convergence de l'informatique, des télécommunications et de l'audiovisuel a contribué à faire de chaque individu appartenant aux catégories sociales actives et favorisées un diffuseur et souvent un producteur de données de plus en plus nombreuses et variées. Par ailleurs, progressivement, le commerce électronique, les relations de consommation numérisées, les activités financières prenant en compte les tendances mondiales, ont produit et valorisé la sommation et l'analyse des données personnelles collectées à l'occasion d'activités courantes de la vie quotidienne.

En 2011, le Forum économique mondial de Davos a qualifié les « données massives » (big data) comme un nouveau type d'actifs dans l'économie mondiale, à l'instar des matières premières. En pratique, tout ce qui est échangé sur Google, Google+, Facebook et Twitter peut faire l'objet d'analyses de tendances ou de diffusion. C'est déjà le cas pour la popularité des hommes politiques, la propagation de la grippe, les anticipations de consommation d'un produit. Un fonds d'investissement sur deux utilise l'analyse de tendance des messages Twitter dans leurs modèles de prise de décision.

Si ces masses de données privées brutes prennent aujourd'hui une valeur, grâce à la capacité de captation, de traitement et d'interprétation offertes par les technologies informatiques, il va de soi que les données publiques ne peuvent plus être considérées avec le même regard que celui des législateurs de la loi dite Informatique et libertés du 6 janvier 1978.

¹ Rapport de M. Lévy et J.-P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, 2006 (http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/064000880/0000.pdf).

Contrairement à ce qui est parfois soutenu, la France n'a pas été en retard dans la prise de conscience de ces phénomènes, même si concrètement peu de personnes publiques étaient présentes sur l'Internet en 1998. Outre le cadre protecteur très sage et anticipateur, de la loi précitée, le gouvernement français, un an après l'apparition des premières pages web, a forgé une politique durable à l'égard de certaines données publiques. Le programme d'action gouvernemental pour la société de l'information (PAGSI), annoncé le 25 août 1997 à Hourtin et divulgué en janvier 1998, établit le principe fondamental de la gratuité des données publiques estimées essentielles. Il s'agissait à l'époque des données nécessaires à la citoyenneté. A cette occasion, a été décidé le premier plan d'envergure de numérisation des données publiques². Il visait en priorité les lois et décrets ainsi que, très rapidement, la jurisprudence³. Sa concrétisation visible fut le site Legifrance. Pour symboliser la mise à disposition du citoyen de tout type de données publiques, fut aussi fondé le portail service-public.fr.

Cet effort de numérisation ne portait pas seulement sur les données techniques ou juridiques relevant de la production administrative. Il a immédiatement visé la culture et le patrimoine⁴, sous l'impulsion d'un premier plan établi par le ministère de la Culture. En réalité, on ne partait pas de zéro, loin de là, car de nombreux fonds patrimoniaux avaient déjà fait l'objet d'une numérisation⁵. Des bases de données et notamment d'iconographie avaient été constituées et structurées à l'initiative de divers acteurs : bibliothèques⁶, musées, archives⁷, mais le plan de numérisation du patrimoine culturel a joué un rôle de catalyseur et a par ailleurs accéléré la mise à disposition du public de données déjà numérisées. Le fonds qui eut valeur de symbole à cet égard est certainement celui de la Bibliothèque nationale de France, Gallica. La mise en

2 « Afin de favoriser l'accès du public à l'information administrative et aux différents types de données publiques, chaque ministère élaborera, en liaison avec la Commission de coordination de la documentation administrative (CCDA), avant la fin du premier semestre 1998, un plan de numérisation et de mise en ligne sur Internet des données publiques qu'il détient. Chaque ministère réalisera pour cela un inventaire préalable des gisements d'informations disponibles et définira une typologie des informations dont la diffusion est souhaitable. » PAGSI. Le gouvernement suivant, dès 2002, a souhaité poursuivre sur cette lancée en adoptant un « plan Reso 2007 ».

3 J.-P. Bouchut, « Le service public des bases de données juridiques », *AJDA* 1998 p. 291.

4 « Afin de favoriser l'accès du public à l'information administrative et aux différents types de données publiques, chaque ministère élaborera, en liaison avec la Commission de coordination de la documentation administrative (CCDA), avant la fin du premier semestre 1998, un plan de numérisation et de mise en ligne sur Internet des données publiques qu'il détient. Chaque ministère réalisera pour cela un inventaire préalable des gisements d'informations disponibles et définira une typologie des informations dont la diffusion est souhaitable. » PAGSI.

5 M. Foulonneau, « Recherche et numérisation du patrimoine en Europe », *Document numérique*, 2003/3 Vol. 7, p. 179-189. D'où il résulte clairement que la mutualisation des savoir faire de numérisation a été très poussée. L'Europe s'est rapidement saisie de la question car la Conférence de Lund (avril 2001) avait confié à la Commission européenne (DG Société de l'information) un inventaire des politiques nationales de numérisation en Europe.

6 S. Ben Lagha, « La numérisation des catalogues : une analyse rétrospective », *Document numérique*, 2002/1 Vol. 6, p. 81-97.

7 Y. Potin, Institutions et pratiques d'archives face à la « numérisation ». Expériences et malentendus, *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2011/5, p. 57-69.

avant de la gratuité des données citoyennes est ainsi immédiatement liée à une conception ouverte du patrimoine culturel permettant l'accès à cette citoyenneté. Dès lors, la vision française de ces questions est marquée par l'existence d'un « espace public numérique solidaire »⁸.

Service public, numérisation et données

En termes d'analyse de droit administratif, la numérisation des données publiques, parce qu'elle est une condition technologique de l'efficacité des administrations publiques⁹ et parce qu'elle contribue de façon déterminante à la conservation et à la constitution d'un patrimoine culturel et scientifique, est indéniablement une activité d'intérêt général. Par ailleurs, en raison de sa prise en charge directe initiale par des personnes publiques, puis de sa réalisation sous contrôle de personnes publiques par des formes concessives¹⁰, se trouve satisfait le lien organique qui permet de qualifier la numérisation des données publiques de service public à part entière.

Elle est d'ailleurs une opération continue et de plus en plus intégrée au commencement de tout processus, puisque tout formulaire administratif est l'occasion de saisir *ab initio* des données¹¹ qui, certes, sont en partie des données personnelles des pétitionnaires, mais dont d'autres éléments, et bien sûr la sommation, constituent des données publiques.

La question s'est donc posée de définir ce que l'on entend par données publiques et il faut bien avouer que la définition a pu varier en fonction des époques et des buts poursuivis par les auteurs de textes législatifs et réglementaires, par les rédacteurs de rapports ou par les décideurs politiques. La loi du 17 juillet 1978¹² par exemple s'attache aux documents administratifs pour les assujettir à des conditions de forme et de procédure constituant autant de garanties pour les administrés. Elle n'a cependant pas été conçue pour la

8 M. Duffour, Ouverture du Colloque « Vers un espace public numérique solidaire pour le patrimoine culturel », 7 septembre 2001 (www.culture.gouv.fr/culture/dglf/Soc-inf/epr/Discours%20MD.html). Cette intervention du Secrétaire d'État au Patrimoine et à la Décentralisation culturelle synthétise la politique du gouvernement en la matière : « la gratuité des données publiques essentielles, l'utilisation de logiciels libres et le recours à des standards techniques internationalement reconnus, la numérisation des données juridiques, culturelles et scientifiques ; tels sont les principes fondamentaux choisis par la France pour guider sa participation à la société de l'information. Ils sont au service de l'accès universel, du partage et de la solidarité ».

9 H. Burkert, « L'information du secteur public. Le secret, la transparence et le commerce », RFAP n° 72, octobre-décembre 1994, p. 581.

10 J. Cartron, « Légifrance, naissance de l'information juridique officielle sur le Web », RFDA 1998 p. 689.

11 Circulaire du 28 janvier 1999 relative à la gestion des formulaires administratifs numériques ; Décret n° 99-68 du 2 février 1999 relatif à la mise en ligne des formulaires administratifs, JO du 4 février 1999, p. 1775.

12 Modifiée par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, afin d'inclure dans son champ d'application les documents « existants sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement automatisé d'usage courant », autrefois régis par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 s'ils étaient nominatifs. V. en dernier lieu, après une autre modification par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, le décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

notion de donnée publique, même si certaines de ces données se trouvent souvent dans des documents administratifs communicables. Le rapport Lasserre¹³, quant à lui, privilégiant déjà une politique publique d'ouverture et de diffusion insiste sur la destination des données, et vise comme données publiques « les données collectées ou produites par un service public sur fonds publics dans le cadre de sa mission et ayant vocation à être diffusées ».

La définition doctrinale est en général plus large, et considère comme données publiques celles qui sont tout simplement produites ou collectées au cours du fonctionnement d'une activité de service public¹⁴, soit par une personne publique, soit par une personne privée délégataire. Il paraît en effet plus cohérent d'adopter une attitude réaliste quant à la nature publique d'une donnée, quitte à restreindre ensuite, en fonction de leur régime juridique, le périmètre des données publiques qui doivent être diffusées, qui peuvent l'être ou qui ne doivent pas l'être.

Etant donné le consensus international qui se dessine pour attribuer à ces données la qualification de ressource, richesse, voire de pétrole ou d'or numérique, force est de constater que la distinction naguère opérée entre données produites par l'activité administrative de services et données collectées dans un patrimoine matériel préexistant ou parmi les administrés est aujourd'hui réduite à peu de choses. Il est donc réaliste d'aborder les données publiques dans leur ensemble comme un patrimoine, même si l'évaluation de ce dernier demeure délicate en raison du volume et de la diversité des données dont la valorisation dépend surtout de l'apport intellectuel que leur confèrent les ré-utilisateurs ; même si, aussi, quantité de ces données sont gratuites, et si certaines des réutilisations¹⁵ abandonnent tout ou partie des droits de propriété intellectuelle, selon des formules de licence variables.

De faibles éclairages contentieux

Les précisions que nous apporte le contentieux administratif sur la numérisation des données publiques ne sont pas nombreuses, mais elles sont significatives des lignes de fracture qui caractérisent l'ensemble des qualifications textuelles. La première décision à intervenir, dans un contexte de données publiques, intégrant la numérisation, est le fait du Tribunal des Conflits¹⁶, marquant bien ainsi l'enjeu en termes de compétence, mais surtout en l'espèce de qualification du service public.

Dans cette décision, la Haute juridiction est amenée à examiner le statut de l'IGN (Institut géographique national) qui, pour des raisons trop longues à expliquer ici, est à la pointe des technologies de télé-détection depuis le milieu des années 1970. Dans le cadre de sa mission réglementaire, l'IGN numérise

13 B. Lasserre, *L'État et les Technologies de l'information et de la Communication. Vers une administration « à accès pluriel »*, la Documentation française, Paris, 2000, p. 113. Sont des données publiques « les données collectées ou produites par un service public sur fonds publics dans le cadre de sa mission et ayant vocation à être diffusées ».
<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000291/0000.pdf>

14 J.-M. Bruguière, *Les données publiques et le droit*, Litec, Paris, 2002, p. 5.

15 Sur la notion de réutilisation elle-même, cf. A. Chéron, « La réutilisation des données publiques : bases de données et Open data », *AJ Collectivités territoriales*, 2011, p. 391.

16 TC, 15 janvier 1990, Institut Géographique National, n° 2605, publié aux Tables.

les données cartographiques, et au titre de la diffusion, vend les cartes thématiques réalisées à partir de ces données. Le juge a considéré que « la publication et la diffusion (...) de cartes géographiques, constituent l'une des missions d'intérêt général (...) indissociable de ses autres missions, et qu'elles ne sauraient être regardées, du seul fait qu'elles ont notamment pour objet la vente au public, comme ayant le caractère d'activités industrielles et commerciales s'exerçant dans les conditions du droit privé ». En d'autres termes, la numérisation est une technologie neutre par rapport à la mission et aux conditions de son exercice par une personne publique. Elle s'insère dans la chaîne logistique nécessaire à la réalisation de la mission qualifiée, sur d'autres critères, d'administrative.

Il en est de même beaucoup plus tard, lorsque la numérisation fait l'objet d'une externalisation simple, sous forme de marché public. Le juge administratif considère que, dans un marché public de restauration d'archives, « les prestations de numérisation [ne sont] que l'une des possibilités offertes aux candidats s'agissant des prestations de copie »¹⁷.

Ce point de vue correspond à la réalité et à toutes les préconisations des rapports publics rendus en la matière¹⁸. Il convient d'y ajouter que la numérisation n'est pas une opération ou un investissement initial et unique qui demeurerait sans lendemain, mais un processus périodique en fonction de l'évolution des techniques utilisées et de la demande des personnes publiques, des agents économiques et des usagers¹⁹, et ce pour deux raisons.

D'une part, les fonds peuvent être numérisés de différentes façons, comme l'a montré par exemple, l'expérience de Gallica qui a commencé par le seul format graphique avant d'appliquer à certains documents choisis le mode de reconnaissance de caractères aboutissant à un format de texte. Seul le second, notamment, correspond à la plupart des usages de la recherche en sciences humaines et sociales. D'autre part, se pose la question de la conservation du patrimoine numérisé. Le ministère de la Culture et de la Communication souligne dans un rapport que la conservation à long terme des fichiers numériques n'a pas trouvé de solution technique satisfaisante. Par leur long terme, les coûts de migration répétée des supports et de gestion des droits, semblent dépasser les capacités d'investissement financier et humain disponibles²⁰. Ainsi, en fonction des états de la technique et des moyens

17 CAA Paris, 6ème Ch., 13 déc. 2005, n°01PA01709, inédit au Recueil.

18 Trois rapports récents sont à cet égard remarquables et doivent être consultés : Rapport de R. Lacombe et al. (École des ponts), *Pour une politique ambitieuse des données publiques. Les données publiques au service de l'innovation et de la transparence*, remis au ministre de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique le 13 juillet 2011 (http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapport-s-publics/114000407/0000.pdf). Rapport *Données publiques : clés et repères*, Observatoire des territoires numériques, mars 2012, (<http://oten.fr/?Donnees-publiques-cles-et-reperes>). Rapport de G. Boudy et B. Ory-Lavollée, *Partager notre patrimoine culturel. Propositions pour une charte de la diffusion et de la réutilisation des données publiques culturelles numériques*, Ministère de la culture, mai 2009.

19 F. Banat-Berger, L. Duploux, C. Huc, *L'archivage numérique à long terme : les débuts de la maturité ?*, Direction des archives de France, Doc. fr., 2009.

20 Rapport « Culture & Médias 2020 : un ministère nouvelle génér@tion ». Min. Culture, communiqué, 27 mars 2012 : www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/A-la-une/Quelle-

alternatifs, il peut être intéressant de renouveler une numérisation ou au contraire de la différer.

Par contre, si la numérisation en tant qu'offre technologique doit demeurer neutre par rapport aux missions publiques, l'objet de la numérisation et les statuts juridiques respectifs de l'objet initial, saisi, et de l'objet final, numérisé, posent de redoutables questions théoriques quant à leur qualification et à leurs fondements.

Le clair obscur patrimonial

Les bibliothèques appartenant aux personnes publiques en fournissent la meilleure illustration²¹. Si la bibliothèque originale, en tant qu'ensemble de volumes, abritée dans un immeuble leur appartenant aussi, est indéniablement une partie du domaine public sur la base du Code général de la propriété des personnes publiques²², du Code du patrimoine et de la jurisprudence antérieure, qu'en est-il de la bibliothèque numérisée, de l'ensemble des fichiers immatériels, conjonctuellement stockés sur des disques durs ? La réponse ne saurait venir du statut juridique du livre lui-même, car la numérisation, portant sur l'ensemble constitué par la bibliothèque, fait apparaître l'originalité intrinsèque d'un fonds, avec ses composantes, le choix qui y a mené, le catalogue qui permet de l'exploiter, la structure de la connaissance ainsi produite (spécialisée, thématique ou encyclopédique) et réunie en un seul lieu. Pour appartenir au domaine public mobilier, aujourd'hui défini par le CGPPP comme « un ensemble de biens, propriétés d'une personne publique, présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique »²³, les bibliothèques sont affranchies des critères classiques liés à la notion d'affectation. Leur appartenance n'est conditionnée que par leur importance propre pour la connaissance et devant l'Histoire. La bibliothèque numérisée, qui est l'image électronique de la bibliothèque en tant qu'universalité mobilière, ne devrait pas relever d'un autre statut juridique, tout simplement parce que sa définition par l'importance historique, scientifique et par la structure originale ne varie pas et qu'elle est utilisée pour l'accomplissement des mêmes missions de conservation et d'accessibilité. Deux problèmes se sont pourtant posés, de nature différente, qui ont pu faire douter d'une telle continuité de statut.

Le premier est d'ordre pratique et, même s'il ne retiendra pas longtemps les juristes, s'avère déterminant. Il s'agit du volume d'investissement nécessaire pour la numérisation de masse, du poids prépondérant des coûts ultérieurs de maintenance, de conservation et d'évolution des supports de numérisation, et de la présence sur le marché d'entreprises privées multinationales en situation de monopole ou de duopole. Sauf à prendre un retard majeur dans la numérisation des fonds de données existantes, celle-ci n'est pas possible sans externalisation²⁴. Or, les abus de position dans les contrats imposés

politique-culturelle-d-ici-2020.

21 T. Soleilhac, « Les bibliothèques numériques, un domaine public immatériel », *AJDA* 2008, p. 1133.

22 CGPPP, ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006.

23 Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2112-1.

24 R. Darnton, « La numérisation, Google et l'avenir des bibliothèques », *Revue de la BNF*

initialement aux personnes publiques ont pu révéler des incertitudes sur le statut juridique des données initiales et finales, ainsi que jeter le doute sur la nature exacte de ces contrats, ainsi que détourner l'attention sur la notion plus limitée de « livre numérique »²⁵.

Le second est d'ordre théorique : la bibliothèque numérisée est de nature incorporelle ou immatérielle à la différence de sa source, matérielle et mobilière. Or, les biens incorporels des personnes publiques appartiennent le plus souvent au domaine privé. Quant à la constitution d'une catégorie « domaine public mobilier immatériel », le CGPPP n'est pas vraiment explicite²⁶. Mais si une bibliothèque publique ne change pas d'identité en étant numérisée, il faut bien lui reconnaître une telle domanialité publique en raison de son origine, et une nature immatérielle et mobilière en raison de sa forme électronique. En raison de la définition du CGPPP, cela exige que les données publiques résultant de la numérisation de la bibliothèque soient l'objet d'un droit de propriété et que cette propriété soit celle d'une personne publique.

Entrer dans cette logique nécessite de procéder à quantité de qualifications, à commencer par celle des données publiques en question. S'il est désormais envisageable que les données publiques décrivant ou constituant le patrimoine culturel des personnes publiques soient qualifiées comme passibles d'un droit de propriété, la question est plus délicate pour les autres données publiques, notamment celles résultant du traitement et de la collecte d'information, qui n'ont pas été considérées jusqu'à présent comme susceptibles d'appropriation par les personnes publiques²⁷. C'est pourtant l'effort conceptuel qu'il faudra fournir. En effet, ces données présentent bel et bien un intérêt public relevant de la science et de la technique, notamment en ce qu'elles résultent d'une accumulation d'informations sur de longues périodes, sélectionnées et financées par la collectivité, et en ce qu'elles permettent une connaissance scientifique de l'économie et de la société française. La meilleure preuve que l'intérêt public est présent, est qu'il a été jugé stratégique par de nombreux pays²⁸ qui considèrent ces données comme devant faire l'objet d'une mise à disposition approfondie, gratuite et réutilisable, dans le cadre du mouvement dit de l'« open data »²⁹. Le fait que le régime juridique correspondant à ces

2010/2 (n° 35), p. 61-65.

25 Cf. le constat du rapport de Marc TESSIER, *La numérisation du patrimoine écrit*, Ministère de la culture, Doc. fr., 2010.

26 J.-M. Bruguière, *L'immatériel à la trappe*, *D.* 2006, p. 2804.

27 F. Rebotier, *Existe-t-il un domaine public immatériel au sens du droit administratif des biens ?*, Grenoble, CUERPI, 2009. On y oppose souvent en droit privé le refus par la Cour de cassation d'un droit exclusif du propriétaire sur l'image des biens (Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, SCP Hôtel des Girancourt ; *JCP G* 2004, I, 147, chron. Tricoire ; 163, note Viney ; 171, chron. Périnet-Marquet ; *LPA* 10 janv. 2005, avis Sainte-Rose. L'audition du colloque du Conseil d'Etat « Le patrimoine immatériel des personnes publiques » tenu, le 16 mars 2012 à l'École nationale d'administration montre que les opinions sur ce sujet sont en train de changer (<http://www.conseil-etat.fr/fr/les-colloques-en-videos/le-patrimoine-immat-k99.html>).

28 Les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la France, par exemple, sans oublier le Kenya et la Thaïlande.

29 Pour la définition et un historique de ce mouvement apparu au niveau local aux USA en 2005, puis généralisé au niveau fédéral, V. Rapport de l'École des ponts, *Pour une politique ambitieuse des données publiques. Les données publiques au service de l'innovation et*

données ne présente pas les caractéristiques habituelles de protection des biens du domaine public s'explique précisément par la nature immatérielle de ces données, mais aussi par leur destination, par le potentiel de développement individuel et collectif qu'elles permettent³⁰.

Une autre solution, plus lourde de conséquences, serait de soutenir l'existence d'un domaine public mobilier immatériel qui soit indépendant de tout droit de propriété. La notion de domanialité publique est en effet née distincte de celle de propriété, à une époque où les données publiques n'existaient guère et demeuraient loin de l'idée d'immatérialité. La particularité des données publiques informatisées contemporaines et l'enjeu qu'elles représentent dans une société mondiale qui est devenue celle de l'information pourraient appuyer cette thèse de l'autonomisation de leur domanialité publique.

Réutilisation et rediffusion, des enjeux dépassant la valeur des données

Une reconstruction théorique de ce type aurait pour avantage de donner un certain recul par rapport aux solutions qui se sont développées depuis une quarantaine d'années quant à la réutilisation des données publiques³¹. Cet enjeu est stratégique, car la principale caractéristique de la société de l'information est de tendre à instituer toute donnée comme disponible à tous et grâce à tous³². L'hyperconnectivité des individus installe en effet une continuité permanente entre ceux-ci et l'information disponible à un moment donné. Elle crée aussi le besoin, la demande, la nécessité de cette continuité. Or la disponibilité de l'information ne peut plus dépendre, sur un réseau comme l'Internet, démultiplié par les outils « sociaux » d'une seule source. Une donnée publique originale et de qualité n'a donc de chances de perdurer dans son intégrité que si sa réutilisation est simple, fréquente et distribuée entre les acteurs qui s'y intéressent.

Les personnes publiques ont toujours pu diffuser et commercialiser les données qu'elles produisent. Il s'agit d'une activité accessoire à leurs missions principales de service public. Toutefois, dans les années 1970 et 1980, ces données publiques présentaient des caractères de spécialité et de technicité qui leur donnaient une valeur pour quelques opérateurs économiques acceptant le paiement d'un prix en rapport avec la valeur ajoutée de ces données ou avec leur coût de production, qu'ils n'avaient pas à assumer.

de la transparence, remis au ministre de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique le 13 juillet 2011, p. 25 et s. Sur le cas français en particulier : S. Chignard, *L'Open data : Comprendre l'ouverture des données publiques*, FYP Editions, 2012.

30 L'historiette classique selon laquelle si deux personnes échangent des biens, elles sont privées de ce qu'elles ont remis, alors que si elles échangent des informations, elles en possèdent chacune la somme, est ici applicable

31 Synthèse du Colloque du GFII (Groupement français des industries de l'information) « Diffusion des données publiques », le 25 mars 2002, à l'Assemblée Nationale (<http://www.gfii.fr/fr/document/colloque-diffusion-des-donnees-publiques>); Forum des droits sur l'Internet, « Quelle politique de diffusion des données publiques ? », Recommandation du 14 avril 2003, p. 27.

32 Pour une vision critique des modalités d'avènement de cette tendance : S. Omarjee, Le principe de disponibilité des données publiques, mémoire de DEA, 2003, http://www.droit-tic.com/pdf/dispo_dp.pdf

Outre les cas où cette diffusion était assurée en régie par les services produisant les données ou par les éditeurs publics, le système de la concession avec des diffuseurs privés s'est développé, comportant à la fois autorisation de diffusion et de rémunération sur les usagers, et tenant compte de l'enrichissement des formats ou des fonctionnalités opérés par le diffuseur pour rendre attractif le produit proposé aux clients.

Le monopole parfois garanti à ce titre n'est plus conforme au droit de la concurrence européen et français sauf exception de service public. Par contre, il faut bien souligner que la perception d'une redevance tenant compte de la valeur des données rediffusées a toujours été considérée comme régulière³³. Le Conseil d'Etat l'a déclaré sans ambiguïté : « aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'une rémunération perçue à l'occasion de la communication par l'Etat à des tiers de données publiques en vue de leur commercialisation puisse être assortie [...] de la perception de droits privatifs fixés par contrat et relevant de la propriété intellectuelle, à la condition que cette communication puisse être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit »³⁴. Sachant que les données produites par les personnes publiques font l'objet de nombreux retraitements et sont fortement structurées, la condition est réputée remplie dans la plupart des cas. De plus, la directive européenne organisant la protection juridique des bases de données³⁵ a ajouté au droit d'auteur que le Conseil d'Etat n'a pas osé nommer, un droit propre protégeant l'investissement engagé dans les bases de données publiques, afin d'interdire l'extraction non autorisée du contenu de ces bases.

Mais les limites ultérieurement dégagées par le juge administratif à la tarification de la rediffusion des données publiques ont en réalité contredit la logique même des droits de propriété intellectuelle sur les données publiques. En effet, dans un arrêt rendu dans la perspective du droit de la concurrence, le Conseil d'Etat a considéré que les droits privatifs perçus par l'Etat à l'occasion de la communication de données publiques de l'INSEE en vue de leur commercialisation, « ne peuvent faire obstacle par leur caractère excessif à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État, que dans un tel cas, la perception de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante ».

Le régime actuel de diffusion des données publiques résultant de l'ordonnance du 6 juin 2005 a renforcé la précision de cette limite. Modifiant l'article 15 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, elle dispose : « La réutilisation d'informations publiques peut donner lieu au versement de redevances. Pour l'établissement des redevances, l'administration qui a produit ou reçu les documents contenant des informations publiques susceptibles d'être réutilisées tient compte des

33 S. Nicinski, Le problème de la tarification des données publiques, *RJEP/CJEG* n° 613, 13 octobre 2004, p. 432.

34 CE, 10 juillet 1996, Sté Direct Mail Promotion, req. n° 168702, *RIDA* 1996, n° 4, p. 207, note A. Kéréver ; *AJDA* 1997, p. 189, note H. Maisl.

35 Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996.

coûts de mise à disposition des informations, notamment, le cas échéant, du coût d'un traitement permettant de les rendre anonymes ». Les économistes qualifieraient cette prise en compte des seuls coûts supplémentaires occasionnés par la communication des données de « tarification au coût marginal ». Elle ne prend nullement en compte la valeur intrinsèque de la base de données publiques, sous prétexte que cette prise en compte par un droit d'auteur aboutirait toujours à des tarifs si élevés qu'ils dissuaderaient les entreprises privées de rediffusion et constitueraient une barrière infranchissable à l'entrée sur le marché³⁶.

Le raisonnement est assez paradoxal, car il peut aboutir, en ne valorisant pas les données publiques elles-mêmes, à faire considérer que leur valeur est nulle. Cela n'est évidemment pas soutenable, ne serait-ce qu'en raison du fait que les données publiques en question ont été produites sur fonds publics financés par l'impôt et constituent un patrimoine commun³⁷, ce qui devrait les amener à bénéficier de la protection rappelée par le Conseil constitutionnel³⁸. C'est pourquoi l'ordonnance de 2005 réserve une possibilité complémentaire permettant à la personne publique d'inclure dans la redevance une « rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle ». Il ne semble pas qu'elle ait donné lieu à des mises en œuvre fréquentes ni significatives.

Une inflexion supplémentaire a ensuite été donnée par le juge administratif, qui a accepté, au-delà du coût marginal, que soit prise en compte la valeur vénale de la prestation considérée cette fois du point de vue de l'opérateur privé : « le respect de la règle d'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi, en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire »³⁹. Ce principe étant d'application générale en droit du service public vise en particulier les rediffuseurs privés titulaires de licences.

Etant donné la sophistication de ces solutions, on comprend mieux la rupture qu'introduit dans l'ensemble du système la politique de diffusion ouverte des données publiques numériques. Finalement, à trop vouloir limiter l'aspect patrimonial de ces actifs immatériels, la solution la plus simple est devenue de

36 Une « exception culturelle » a été aménagée par l'art. 11 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, s'appuyant sur la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003, dite PSI, qui institue un droit à la réutilisation des informations publiques par les citoyens. Les conditions de réutilisation des informations contenues dans des documents élaborés ou détenus par des établissements, organismes ou services culturels peuvent être, par dérogation, librement fixées par ces derniers.

37 Dont d'ailleurs le titulaire réel est bien plus la Nation que l'Etat, même si cette distinction n'a pas aujourd'hui en droit français le poids que lui donnent certains autres systèmes juridiques

38 « Les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques » (CC, n° 86-207 DC, 26 juin 1986, AJDA 1986, p. 575, note J. Rivero).

39 CE, 16 juillet 2007, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, req. n° 293229 et n° 293254, AJDA 2007, p. 1807, chron.

donner acte de l'immatérialité même des données publiques, de l'impossibilité de leur appliquer une logique de coûts complets et de valorisation d'un patrimoine commun, et de la plus grande clarté de l'approche philosophique de la question : appartenant à tout le monde et résultant d'un effort institutionnel public de collecte et de production, ces données ne se voient affecter aucun prix et leur réutilisation se trouve donc libre de droits.

La logique employée ici se trouve à l'autre extrémité de celle du droit d'auteur qu'elle ne nie pas, mais qu'elle surpasse. La gratuité n'est pas, en effet, une absence de coût mais une absence de prix ; elle ne résulte pas d'une impossibilité de détermination des coûts, mais d'une volonté de ne pas en imposer le poids à l'acteur habituel dans l'échange économique, mais de le répartir. Enfin et surtout, cette attitude est la seule de nature à tirer les conséquences d'un phénomène bien connu, à savoir que le coût de reproduction d'une donnée est devenu quasiment nul (amortissement du matériel informatique mis à part), alors que son coût de collecte, de structuration et de production peut être considérablement élevé.

La valorisation de la propriété publique immatérielle a pu récemment être orientée selon quatre axes : la production de ressources pécuniaires dans un intérêt purement financier ; le maintien de la diversité de l'offre sur des marchés connaissant une forte concentration des droits de propriété intellectuelle, de façon à garantir l'accessibilité à tous ; l'investissement dans des champs de diffusion désertés par les opérateurs privés par défaut de rentabilité ; le bon accomplissement des missions de diffusion dans le domaine de la recherche au service des transferts de technologie, et de l'avancement de la connaissance commune. Par contre, la fonction parfois évoquée utilisant l'exploitation de la propriété publique immatérielle comme vecteur d'amélioration des relations entre le service public et les usagers – grâce à la diffusion de données publiques - ne peut plus s'appuyer un régime juridique dissuadant les opérateurs privés de fournir les mêmes services d'information s'ils y trouvent une rentabilité. La relation privilégiée entre les acteurs publics du service public et les usagers peut s'en trouver nettement amoindrie.

Numérisation et libertés publiques

Un dernier exemple montre que la numérisation des données ne pose pas seulement la question du statut domanial ou de la redevance d'utilisation, mais d'émergentes questions de libertés publiques et de contrôle social. Les services publics d'archives relevant de la compétence départementale ont en effet numérisé une grande partie de leurs fonds, en commençant par ceux suscitant le plus grand nombre de demandes de consultation : les archives généalogiques. Les deux tiers des départements français offrent ainsi gratuitement une centaine de millions de pages numérisées aux généalogistes amateurs, mais aussi professionnels. Une société commerciale de généalogie a alors décidé de constituer une base de données unique et centralisée dont l'usage serait payant, en demandant aux services d'archives la communication soit des fichiers numériques, soit des registres généalogiques eux-mêmes, afin de la réaliser. Le programme complet de cette entreprise privée est d'ailleurs non seulement d'indexer la base de données généalogiques de façon à permettre les recherches croisées, mais d'y adjoindre à court terme d'autres

documents nominatifs, comme les registres des prisons et des hôpitaux. Deux Conseils généraux ayant souhaité s'opposer à la communication des cahiers de recensement ont été désavoués par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) saisie à ce propos. « Les établissements culturels ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire leur permettant d'apprécier l'opportunité de faire droit ou non à une demande de réutilisation »⁴⁰. La raison en est simple : les archives de plus de 75 ans sont légalement communicables⁴¹, donc les données qu'elles contiennent sont publiques au sens de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 et peuvent sans aucun doute être utilisées à des fins différentes de la mission de service public pour laquelle elles avaient été collectées. La communication en vue de réutilisation ne peut pas être refusée dans son principe, même si elle doit respecter diverses limites légales rappelées par la CADA (accord des personnes vivantes - loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés -, extension à 100 ans pour certains documents concernant les mineurs - Code du patrimoine, article L. 213-2 -). L'une des décisions de refus d'un autre Conseil général a été annulée par un Tribunal administratif suivant la logique exacte de l'avis de la CADA, en admettant cependant que lors du réexamen par le Département de la demande de licence de réutilisation il lui sera loisible « d'une part, d'encadrer cette réutilisation par des conditions dérogatoires au droit commun afin de sécuriser toutes les formes de réutilisation et, d'autre part, de s'opposer aux demandes présentant un caractère abusif »⁴². L'appel infirmant ce jugement a rappelé que la loi Informatique et libertés contenait également des limitations précises pouvant fonder une décision de refus, notamment quant à l'obligation du responsable du traitement de veiller à la sécurité des données ou niveau de protection qui doit être garanti en cas de transfert des données vers un Etat tiers - cas fréquent en raison de la délocalisation de ces activités -.

Il est néanmoins admis aujourd'hui dans son principe qu'une entreprise privée peut parfaitement procéder à un fichage systématique de l'ensemble de la population française de plus de 75 ans sans que soient pour l'instant organisées l'information de celle-ci et les modalités de l'expression de son refus. Le ministère de la Culture et de la communication a reconnu le danger de la réutilisation de bases de données nominatives indexant les documents d'archives et interrogeables par toute personne sur Internet dans plusieurs réponses données aux parlementaires⁴³. Il admet que « le croisement des informations figurant dans ces documents, qui peuvent être extrêmement sensibles, pourrait permettre de constituer de véritables profils individuels, sans que le consentement des personnes concernées n'ait été recueilli ». La solution consisterait donc à exclure du champ de la réutilisation des données publiques d'archives les documents comprenant des données personnelles sensibles (actes d'état civil, recensements de population, fichiers de police)...

40 CADA, avis n° 20100691-MLF et n° 20100695-MLF.

41 Code du patrimoine, article L. 213-2.

42 TA Clermont-Ferrand, 13 juillet 2011, SA NotreFamille.com, n° 1001584, AJDA 2011 p. 2152.

43 Rép. min. n° 13795 : JO Sénat Q 19 août 2010; Rép. min. n° 14455 : JO Sénat Q 26 août 2010 ; Rép. min. n° 84606 : JO AN Q 14 sept. 2010 ; Rép. min. n° 88090 : JO AN Q 19 oct. 2010 ; Rép. min. n° 15032 : JO Sénat Q 21 oct. 2010 ; Rép. min. n° 92969 : JO AN Q 14 déc. 2010 ; Rép. min. n° 93453 : JOAN Q, 28 déc. 2010.

ce qui retirerait évidemment le principal intérêt à une base de données nationale indexée. Deux moyens sont envisageables pour le ministère : soit imposer aux entreprises des licences « sécurisant toutes les formes de réutilisation » ; soit modifier la loi actuelle, résultant de l'ordonnance de 2005. Tel est l'état actuel du droit et des pratiques : majoritairement une liberté peu contrôlée et gratuite de la réutilisation des données publiques d'archives ; ponctuellement quelques limitations imparfaitement encadrées et assorties d'une redevance fondées sur les mêmes coûts incomplets que pour les autres données publiques.

Continuité ou rupture ? L'ouverture des données publiques (Open Data)

Le problème du statut juridique ne sera sans doute pas résolu par un texte nouveau, tant l'expérience montre que, en matière d'usages de l'Internet, une loi ne correspond plus à l'état de la technique qu'elle prétend encadrer avant même d'avoir été votée⁴⁴. C'est que l'écart est aujourd'hui structurel, fondamental, en raison de l'écart irrémédiable entre, d'une part, le secteur des communications électroniques, déréglementé, ouvert à la concurrence, marqué par une pluralité d'offres de réseaux et de produits logiciels permettant à tout internaute de réutiliser des données publiques, et d'autre part, le secteur des contenus, producteur des données, dont la logique intrinsèque est construite sur les notions d'exclusivité et de monopole temporaire d'exploitation de la propriété intellectuelle⁴⁵. Il serait illusoire de penser que les techniques de rediffusion informatisée pourraient être bridées ou que la concurrence puissent dorénavant être freinées dans le secteur des communications électroniques. Son modèle économique est maintenant sur une lancée qui ne sera pas infléchie. Il fera toujours pression sur les volontés de rendre exclusifs les contenus ou d'en limiter la diffusion, car les communications électroniques s'alimentent de ceux-ci et ne peuvent pas vivre sans eux. Une économie de l'abondance des canaux de diffusion et du faible coût des instruments de rediffusion appelle une rupture du régime juridique des contenus qui y circulent.

Dans cette perspective s'inscrit la notion et le mouvement d'ouverture des données publiques (parfois dit « open data »). Cette politique publique partagée par un nombre grandissant de personnes publiques en France depuis 2009⁴⁶ consiste à mettre à disposition les données publiques numériques non nominatives, ne relevant pas de la vie privée ou de la sécurité et à en faciliter l'accès et la réutilisation par les citoyens, les chercheurs, les développeurs et les entreprises. Ces données sont brutes, comme il se doit au regard des régimes juridiques déjà évoqués, afin d'en faciliter le traitement et la rediffusion. La réutilisation des données est le plus souvent encadrée par une licence libre : « licence ouverte - OL » choisie par le gouvernement français, licence « ODbL » (adaptation française de l'Open Database License de l'Open

44 Le cas exemplaire étant celui de la regrettable Hadopi.

45 T. Paris, « De la numérisation à la convergence : le défi réglementaire », *Réseaux*, 2006/5 n° 139, p. 49-73.

46 Notamment les grandes villes, pour des raisons d'attractivité économique : Paris, Marseille, Nantes, Bordeaux, Lille, Grand Toulouse, Montpellier, Rennes Métropole, Metz, Brest, Le Havre, Besançon, Dijon, Toulon.

Knowledge Foundation) pour beaucoup de collectivités territoriales. Il en existe de toutes façons diverses versions à l'étranger ou au niveau international : « Open Government Licence » (OGL) au Royaume-Uni, « Creative Commons Attribution 2.0 » (CC-BY 2.0) de Creative Commons, « Open Data Commons Attribution » (ODC-BY) de l'Open Knowledge Foundation⁴⁷.

La structure générale de ces licences, conçues pour être compatibles entre elles, est usuellement celle-ci. S'agissant des bases de données publiques présentes sur les sites, l'utilisateur est libre de partager (ce qui inclut la copie, la distribution et l'utilisation de la base), de créer (c'est-à-dire d'intégrer les données dans une œuvre) et d'adapter (au sens de modifier, transformer et construire à partir de la base), à la condition de mentionner la paternité des données ou de la base. Cette mention, pour toute utilisation, redistribution ou création s'appuyant sur la base de données, doit clairement indiquer aux tiers la licence de la base, ne pas altérer les mentions légales portées sur la base de données originaire et offrir les données aux utilisateurs suivants sous le régime de la même licence (partage aux conditions identiques). Enfin, si le réutilisateur produit une version protégée par une mesure technique restreignant sa modification ultérieure, il doit également proposer une version dépourvue de ces restrictions.

Il ne faut cependant pas négliger le contexte idéologique très particulier de sa naissance, qui est en réalité d'origine européenne et peut être datée du 26 juillet 1988, jour où le Conseil Européen a décidé de créer un marché européen de l'information. La Commission en a ensuite fourni le cadre stratégique dans les « lignes directrices pour améliorer la synergie entre les secteurs publics et privés dans le marché de l'information » publiées en 1989⁴⁸, puis dans un Livre vert COM (1998) 585 intitulé « L'information du secteur public : une ressource clef pour l'Europe »⁴⁹ qui ne cache pas son unique objectif : renforcer la compétitivité de l'industrie européenne, au besoin en assujettissant les personnes publiques à une mise à disposition des données publiques dans des conditions de tarification inférieures aux coûts. En dernier lieu, la Directive 2007/2/CE du 14 mars 2007 dite « INSPIRE » a instauré un catalyseur fondamental en spécifiant le lien entre ouverture des données publiques et environnement. L'Ordonnance n° 2010-1232 du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement, qui la transpose, impose la création d'infrastructures de données géographiques pour toutes les activités et informations ayant un impact sur l'environnement .

L'ouverture des données publiques ne satisfait pas seulement à une politique générale de transparence, engagée depuis de nombreuses années par le

47 L'Open Knowledge Foundation (OKFN) a été fondée par des développeurs, des chercheurs et des économistes en 2003, comme un organisme à but non lucratif pour la promotion de normes mondiales de formats et de métadonnées (description des jeux de données), et pour le développement de solutions open source afin de mutualiser les outils de mise en ligne de données. Pour des comparaisons entre les principales licences libres : <http://www.donneeslibres.fr/>

48 ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/1989_public_sector_guidelines_en.pdf

49 ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_fr.pdf

Royaume-Uni ou plus récemment les USA. Elle n'est pas seulement devenue un axe des politiques françaises de marketing territorial visant à afficher la préoccupation d'attractivité des territoires. Elle constitue en elle-même une source d'innovation et un catalyseur de croissance. Ces données publiques permettent en effet de concevoir de nouveaux services aux usagers et d'améliorer l'association des habitants aux politiques locales.

Ce mouvement donne les conséquences les plus larges aux termes du titre III du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques. Les données publiques, produites par les personnes publiques et financées par l'impôt, doivent pouvoir être réutilisées, même à des fins commerciales par d'autres acteurs. Le pari de cette ouverture est que, de toutes façons l'intérêt général sera atteint par l'amélioration de la qualité des services sur le territoire, de la croissance économique, de la connaissance et du débat démocratique. Par ailleurs, s'agissant de l'Etat, le Gouvernement a décidé la création d'une plate-forme de données publiques sous la forme d'un site data.gouv.fr, mis en ligne le 5 décembre 2011⁵⁰. Il est géré par la mission Etalab, fondée par le décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques⁵¹. Un autre décret n° 2011-577 du 26 mai 2011 et une circulaire associée du même jour⁵² définissent le nouveau cadre des éventuelles redevances .

Les licences, clefs de la circulation des données

La question des licences est évidemment cruciale, puisqu'elles constituent le seul moyen régulier de prédéterminer l'usage qui sera fait des données publiques. La première distinction qu'elles peuvent opérer entre les réutilisations tient à leur caractère commercial ou non. Celui-ci peut résulter de la déclaration initiale du réutilisateur potentiel quant à l'usage des données, mais aussi de son statut juridique. Or, pour des raisons politiques ou stratégiques, il a été parfois décidé de privilégier les réutilisations non commerciales. Bon nombre de licences libres excluent ainsi les réutilisations commerciales, notamment les licences Creative Commons "NC". Ce point de vue, quelle que soit sa valeur intrinsèque, se heurte évidemment à la tendance aujourd'hui rendue dominante par le mouvement d'ouverture des données, dont la philosophie est plutôt l'ouverture inconditionnelle de la réutilisation des données publiques.

Le problème qui surgit immédiatement est celui de la différence de traitement qui en résulte entre les réutilisateurs pour le calcul des redevances, dont le

50 Site web dédié à la publication des données publiques de l'État et de celles de ses établissements publics administratifs. Il a commencé par proposer plus de 350 000 « jeux de données ». Depuis ce lancement « Etalab poursuit le recensement des jeux de données publiques, au sein des administrations, des établissements publics, des autorités administratives indépendantes, et des collectivités locales qui le souhaitent ».

51 À lire en combinaison avec le décret n° 2011-193 du 21 février 2011 portant création d'une direction interministérielle des systèmes d'information et de communication de l'Etat.

52 Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'Etat « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques, NOR: PRMX1114652C, publiée au JO.

principe n'est bien sûr pas contesté dans le cas d'un usage commercial. Il paraît prudent, au regard du principe d'égalité, de prévoir des licences différentes aux deux types de réutilisateurs, comprenant des obligations différentes pour certains usages⁵³.

Une autre distinction, sans doute plus adaptée au mouvement d'ouverture des données publiques et de mise en œuvre plus simple, se développe actuellement entre les usages internes et les usages de diffusion .

Une entreprise privée réutilisatrice peut en effet dans le cadre de son activité commerciale, utiliser et retraiter seulement à l'intérieur de ses propres services, les données publiques. La situation est donc nettement différente de celle des entreprises qui commercialisent à des tiers les données publiques elles-mêmes. La licence peut donc prendre acte de ce que les données publiques sont un simple moyen de production dans un cas, mais un élément du service commercialisé dans l'autre, qui plus est comportant rediffusion, et donc imposer des obligations, des redevances et des responsabilités différentes.

Reste une question fondamentale, celle des rapports entre service public et ouverture des données publiques. Tout d'abord, l'article 10 de la loi de 1978 précise que ces données « peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus ». Cette précision est clairement destinée à délier les réutilisateurs de tout lien avec l'activité de service public et à éviter qu'ils soient considérés sans texte comme des collaborateurs occasionnels ou des gestionnaires de fait du service public (d'où la suite du texte, ménageant des exceptions). Une autre interprétation est pourtant parfois soutenue⁵⁴, selon laquelle les réutilisateurs auraient l'obligation de faire usage des données dans un champ économique différent de celui du service public ayant produit les données, sur un autre marché. Elle est cependant contraire à la logique du texte, au droit de la concurrence – sauf à prouver dans chaque cas que le service public concerné nécessite des droits exclusifs – et aux directives européennes sur les données publiques.

Ensuite, il ne faut pas négliger que les activités de service public demeurent toujours sous la direction stratégique de la personne publique qui dispose de la compétence pour les créer, même si la gestion du service a été déléguée à un tiers. S'agissant particulièrement de la production de données publiques dans le cadre d'un service public, s'ajoute le fait que ces données appartiennent à un domaine public immatériel⁵⁵. Il est donc particulièrement important que la personne publique responsable du service s'assure de la maîtrise de ces données en toutes circonstances. Sur ce point, les textes européens sont muets

53 La Ville de Paris a élaboré une licence de type SA (share alike) qui réserve un traitement différent aux internautes en fonction des clauses de réutilisation qu'ils acceptent ou non. Le même principe régit les « licences clic » du Conseil général de l'Indre.

54 V. l'exemple de Météo-France : https://public.meteofrance.com/public/accueil/presentation?document_id=21161&portlet_id=49077

55 Et qu'elles doivent être protégées aussi au sens de l'affectation au service public : R. Léonetti, La protection de l'affectation au service public des biens incorporels, *AJDA* 2009, p. 1689.

et les textes nationaux sur l'ouverture des données publiques, étant conçus pour les données produites par des services publics administratifs, n'ont pas été orientés vers la délégation, certes possible mais plus rare que dans les services publics industriels et commerciaux. Dès lors, tout contrat de délégation devrait dorénavant comporter des clauses relatives aux données publiques résultant de l'activité du service public, à leur accès et à leur réutilisation. Ces clauses ne pourront que rappeler la maîtrise de la personne publique sur la réutilisation des données publique set ses modalités, tout en précisant quels sont les droits détenus par le délégataire sur l'usage de ces données.

La numérisation ou l'enrichissement des bases de données publiques constituent un investissement majeur que les cocontractants privés n'acceptent qu'en échange de conditions très favorables à la réutilisation, si possible commerciale. La personne publique doit toutefois conserver le droit d'usage pour elle-même et le pouvoir de fixer les conditions de réutilisation par des tiers. C'est pourquoi il n'apparaît pas concevable de céder l'exclusivité à l'opérateur privé qui assure la numérisation et l'enrichissement. Les données publiques doivent le rester et demeurer accessibles. Dans cette perspective, la personne publique doit conserver le contrôle des demandes de réutilisation, qui ne peut pas entrer, à quelque titre que ce soit, dans l'objet d'une délégation de service public. Cela dit, une compensation financière peut être prévue par contrat pour tenir compte de l'équilibre entre les coûts et les prévisions de vente initiales de l'opérateur, chaque fois que la personne publique accorde à un tiers une licence de réutilisation commerciale pouvant amoindrir la rentabilité prévue. Il paraît moins équitable de l'admettre en cas de réutilisation gratuite, mais cela peut toutefois s'imposer en fonction de la taille du marché. Une solution peut être de prévoir une redevance pour les réutilisateurs de second rang et de la partager avec l'opérateur initial.

Conclusion :

Au terme d'un examen nécessairement synthétique des problèmes juridiques et des enjeux considérables que soulèvent la simple opération de numérisation et la complexe notion de données publiques, l'impression qui domine est celle d'une révolution silencieuse. Les catégories juridiques fondamentales, comme le domaine public, ont été réinterrogées, sans être renouvelées. Les notions juridiques classiques, comme celles de service public et de gratuité, ont été appliquées sans voir leurs contours modifiés. Les techniques éprouvées, comme celle des contrats, ont été sollicitées de répondre avec plus de souplesse, d'anticipation et de rapidité à des configurations intensément évolutives, mais elles n'ont pas été elles-mêmes transformées. Enfin, les modifications structurelles des activités, des biens et des services, la redistribution des foyers de rentabilité et l'apparition de nouveaux usages ont impliqué une réévaluation des transferts, de la justification économique des marges, mais elles ne constituent pas une sphère économique distincte ou dotée de règles en rupture avec la logique capitaliste.

Nul ne peut pourtant ignorer les effets de la transformation radicale des normes juridiques et des pratiques sociales, engendrée par le simple changement de format de l'information, passée de supports matériels objectivés à une description immatérielle infiniment reproductible. Ils sont

irréversibles, profonds, dépassant de très loin ceux des modifications précédemment connues d'autres technologies et n'ont pas épuisé tous leurs effets, loin s'en faut. Comme souvent, la modestie du juriste le conduira à accompagner cette transformation, en pleine conscience de sa dimension exceptionnelle pour l'avenir de l'Humanité.