

LES ENJEUX JURIDIQUES DE L'OPEN DATA EN FRANCE

Lucie Cluzel-Métayer

En France, la transparence est aujourd'hui plus que jamais au cœur du discours politique. Un plan d'urgence pour « renforcer la transparence de la vie publique » vient d'être mis sur pied par l'exécutif pour tenter d'enrayer l'affaire Cahuzac. Outre la publication du patrimoine des ministres aujourd'hui accessible en ligne sur Internet, un projet de loi organique est à l'étude pour créer une nouvelle Haute autorité, dotée de pouvoirs et de moyens nettement renforcés par rapport à l'actuelle Commission pour la transparence financière de la vie publique (Gilles, 2013)

Le thème est ainsi aujourd'hui incontournable en politique ; il ne l'est pas moins en ce qui concerne l'administration. La transparence administrative, tout comme la transparence politique d'ailleurs, n'est pas une innovation du XXI^e siècle, comme en témoignent les « grandes lois » de la fin des années 70. C'est en effet à cette époque que l'objectif de faire de l'administration une « maison de verre » a été formulé.

Outre une stratégie de communication de l'administration consistant à déployer l'information administrative à destination des administrés, un véritable droit à l'information est consacré. Des textes posant le principe de l'accès aux fichiers (loi du 6 janvier 1978), de l'accès aux documents administratifs (loi du 17 juillet 1978) et de la motivation des actes administratifs (loi du 11 juillet 1979) font de la transparence la règle et du secret administratif l'exception. Bien d'autres textes (loi sur les archives du 3 janvier 1979 ou encore décret du 28 novembre 1983) ont rapidement conforté cette idée. Aussi, l'accès aux documents administratifs a été depuis lors renforcé et érigé en « liberté fondamentale » par le Conseil d'Etat (CE 29 avril 2002, *M. Ullmann*). Le droit à la transparence prend également en France une autre forme, reflet des exigences communautaires, qui impose aux services publics de rendre des comptes de leur gestion et de leur fonctionnement à leurs usagers (Cluzel-Métayer, 2006).

Il va de soi que les technologies de l'information et de la communication (TIC) sont désormais les vecteurs privilégiés de cette transparence administrative. La France n'a été pas aussi en retard qu'il est coutume de le dire, dans ce domaine. Preuve en est la circulaire du 25 octobre 1989 relative au développement de l'information administrative du public à travers la télématique, par laquelle Michel Rocard soulignait l'importance du recours aux nouvelles technologies pour

diffuser l'information. C'était l'époque du minitel... que l'on évoque toujours avec une certaine nostalgie. Depuis le discours d'Hourtin prononcé par le Premier ministre Lionel Jospin le 25 août 1997, les programmes gouvernementaux n'ont jamais cessé de mettre les TIC au cœur des réformes administratives. Après le Plan d'Action Gouvernemental pour la Société de l'Information (PAGSI) en 1998, le programme ADELE (Administration Electronique) en 2004 et le plan « France Numérique 2012 », la « Transition numérique » est aujourd'hui l'un des axes forts de la Modernisation de la l'Action Publique (Comité Interministériel pour la Modernisation de l'Action Publique, 18 décembre 2012).

Parmi les différents axes privilégiés par ces réformes, celui de la mise à disposition et de la réutilisation des données publiques est, depuis 2005, devenu central. Si le principe de la mise en ligne gratuite des données publiques essentielles est acté en 1998, c'est surtout par la transposition de la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, que la France va bousculer sa réglementation. L'ordonnance du 6 juin 2005 et le décret du 30 décembre de la même année sont en effet adoptés et rapportés à la loi du 17 juillet 1978, afin de faciliter la réutilisation des données publiques. Avec le décret du 21 février 2011 qui crée la mission Etalab et celui du 26 mai 2011 relatif à la réutilisation des informations publiques détenues par l'Etat et ses EPA qui pose le principe de gratuité du droit à la réutilisation, le cadre institutionnel et juridique de l'open data est mis en place.

Par la circulaire du 26 mai 2011, le Premier ministre a alors demandé à l'ensemble des membres du gouvernement d'ouvrir les données publiques de leur administration. S'inscrivant dans cette dynamique, le premier comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP) du 18 décembre 2012 a été l'occasion pour le Gouvernement de réaffirmer les principes d'ouverture et de partage des données publiques. Les avantages de l'open data en termes de transparence et d'efficacité de l'action publique, de dynamisme économique et de rayonnement international, n'ont ainsi pas échappé aux pouvoirs publics français. Non seulement la mise à disposition des données publiques est un gage de transparence pour les citoyens, mais encore leur réutilisation gratuite est-elle un levier économique et social puissant, par la création de produits et services innovants.

Concrètement, la mise à disposition des données publiques – c'est-à-dire « des données produites ou collectées au cours du fonctionnement d'une activité de service public (Bruguière, 2002), soit par une personne publique, soit par une personne privée » (Guglielmi, 2012) - doit permettre à des entreprises, des chercheurs, des développeurs de logiciels, des journalistes ou

encore des étudiants, « de les analyser et d’imaginer des services et des applications innovantes au bénéfice des citoyens » (data.gouv.fr). A ce titre, l’opération Dataconnexions a pu récompenser cette année des projets, tels KelQuartier (destiné à trouver le quartier idéal pour y habiter) ou Maporama (qui croise des données de type « points de vente de l’entreprise » avec le contexte démographie et le trafic local pour améliorer une campagne de publicité, par exemple), réalisés à partir de la réutilisation des données publiques. Outre ces projets innovants, la mise à disposition des données publiques permet aussi tout simplement à n’importe quel citoyen-internaute d’avoir des informations sur le taux de réussite au baccalauréat de tel ou tel lycée, ou encore de connaître les effectifs de la fonction publique. 353 226 jeux de données publiques sont aujourd’hui disponibles sur le site data-gouv.fr, plate-forme dédiée à cette mise à disposition, en service depuis le 5 décembre 2011. Autour d’Etalab, mission créée par le décret du 21 février 2011, tout un réseau de coordinateurs et de correspondants open data s’est mis en place dans les administrations, pour faire vivre cette plate-forme. D’une part, la mission Etalab est elle-même rattachée au Secrétariat Général pour la Modernisation de l’Action Publique (SGMAP) (D. 30 octobre 2012), placé sous l’autorité du Premier Ministre. D’autre part, elle est épaulée dans ses tâches par la Direction interministérielle pour la modernisation de l’action publique (DIMAP) et la Direction interministérielle des systèmes d’information et de communication de l’Etat (DISIC), toutes les deux, elles aussi rattachées, au Premier Ministre.

Il va de soi que la mise à disposition des données publiques n’est pas l’apanage de l’Etat. Des grandes villes, telles que Paris, Marseille, Rennes ou encore Le Havre ont entrepris cette ouverture parfois même avant que l’État s’y engage, mais indiscutablement, la circulaire du 26 mai 2011 a accéléré et renforcé le processus.

Le cadre juridique qui se construit depuis 2003 est-il à même de le soutenir ? Plaqué sur un droit ancien, celui de 1978 qui porte sur la communication des documents administratifs et non sur les données publiques – lesquelles peuvent se situer dans des documents administratifs communicables, mais pas toujours – le dispositif combiné des textes de 2005 et de 2011 ne répond pas à toutes les interrogations juridiques.

Les questions soulevées sont – très schématiquement – de deux ordres : d’abord, dans un contexte où aucune source de richesse publique ne saurait être négligée, comment concilier open data et valorisation des données publiques ? (I). Une deuxième question, touchant cette fois aux libertés publiques, mérite ensuite d’être posée : comment concilier ouverture des archives publiques - ce qui correspond en définitive à de l’open data - et respect de la vie privée ? (II).

I. Open data et valorisation des données publiques

Rappelons d'abord les conditions dans lesquelles les données publiques sont réutilisables (A) pour ensuite envisager la délicate question de leur valorisation (B).

A. Les conditions de réutilisation des données publiques

Le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 consacré à la « réutilisation des informations publiques » autorise toute forme de réutilisation, à des fins commerciales ou non, des données publiques. Ainsi toute information publique peut être réutilisée « à d'autres fins que la mission de service public en vue de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus », dès lors que cette information a figuré dans un document produit ou reçu par une administration.

Sont exclues de ce champ les données personnelles, à moins que la personne concernée y ait consenti ou que les données aient été couvertes par l'anonymat, ou encore que la loi ou le règlement le permette conformément à la loi du 6 janvier 1978 informatique et libertés. Sont également exclues les données sur lesquelles des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ainsi que les documents non communicables en vertu de la loi du 17 juillet 1978 (secret défense, avis du CE...), sauf à ce qu'ils aient déjà fait l'objet d'une diffusion publique. Il faut également ajouter que les données détenues dans le cadre d'un service public industriel et commercial ne sont pas non plus concernées par ce dispositif (article 10).

Toute information publique n'est donc pas réutilisable. En outre, l'article 12 précise que la réutilisation des informations publiques est soumise à la condition qu'elles ne soient pas altérées, que leur sens ne soit pas dénaturé et que leurs sources et la date de leur dernière mise à jour soient mentionnées.

Seuls les établissements d'enseignement et de recherche et les organismes culturels peuvent fixer leurs propres conditions de réutilisation des données (article 11). Mais ils restent soumis à l'obligation générale de communication en vue de la réutilisation des données publiques (CAA Lyon, 4 juillet 2012, *Notrefamille.com*).

La mise à disposition des données publiques se fait en principe par le biais d'une licence gratuite. Data.gouv.fr propose ainsi une licence ouverte (OL) - Conçue par Etalab, avec l'appui de l'APIE (Agence du patrimoine immatériel de l'Etat) et le COEPIA (Conseil d'orientation de

l'édition publique et de l'information administrative - et de nombreuses collectivités territoriales utilisent la licence ODbL (Open Database License).

Cette logique de gratuité, au cœur du dispositif, qui permet au plus grand nombre d'exploiter ces données, est-elle compatible avec celle de valorisation du patrimoine public, tout autant d'actualité ?

B. L'exception de réutilisation payante des données publiques

Le rapport Lévy et Jouyet sur l'économie de l'immatériel a certainement contribué à la prise de conscience de l'immense valeur que constitue le patrimoine immatériel de l'Etat. Les données publiques en font partie, mais leur valorisation – entendu comme la valorisation économique immédiate - heurte de plein fouet la logique de l'open data.

Notons d'abord que la possibilité de percevoir une redevance a été prévue par l'ordonnance de 2005. En vertu de l'article 15 modifié, l'administration tient alors compte des coûts de mise à disposition des informations, notamment, le cas échéant, du coût d'un traitement permettant de les rendre anonymes. Cela signifie qu'il s'agit d'une « tarification au coût marginal », ne reflétant en rien la valeur intrinsèque des données (Guglielmi, 2012, 548). A tout le moins, l'ordonnance permet à l'administration de tenir compte « des coûts de collecte et de production des informations et d'inclure dans l'assiette de la redevance une rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle ». Le Conseil d'Etat a toutefois assoupli cette règle en vertu de laquelle l'administration ne peut percevoir une rémunération supérieure au coût du service, en l'autorisant à percevoir une rémunération proportionnelle à la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire (CE 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*). En tout état de cause, la perception de droits privatifs par l'administration doit être réalisée dans le respect du droit de la concurrence ainsi que le souligne l'article 16 ; l'administration commettrait un abus de position dominante si elle prétendait à une rémunération sans rapport avec son investissement (Cheron, 2013).

Cette possibilité de percevoir une redevance est donc strictement encadrée. Elle l'est encore plus depuis le décret du 26 mai 2011 : jusqu'alors, il appartenait aux administrations concernées de déterminer les données publiques susceptibles de faire l'objet d'une redevance ; depuis, « ces informations ou catégories d'informations doivent être au préalable inscrites sur une liste fixée par décret après avis du COEPIA ». Aussi, « la décision de soumettre à redevance une

base de données ou un ensemble d'informations publiques est prise au vu d'éléments dûment motivés ».

La proposition de directive (COM [2011] 877) qui entend modifier celle de 2003, s'inscrit dans cette logique visant avant tout à promouvoir la réutilisation des données et donc à circonscrire toute rémunération afférente. Elle prévoit donc que la redevance n'excède pas les coûts marginaux liés à la reproduction et à la diffusion. Seuls les établissements culturels (bibliothèques, musées, archives) pourraient exiger des redevances d'un montant supérieur (A. 6§3).

L'open data doit donc avant tout servir à l'ouverture d'une nouvelle économie, peu importe que l'Etat et les autres collectivités publiques n'en tirent aucun bénéfices immédiats.

A ces questions de droit public économique, ici brièvement esquissées, s'ajoutent des questions non moins intéressantes, touchant cette fois aux libertés publiques.

II. Open data et libertés publiques

La libre réutilisation des données publiques commence également à soulever des questions éthiques, dès lors qu'elle concerne des données à caractère personnel contenues dans des documents d'archives publiques. Le principe est bien celui de la libre réutilisation des données issues des archives publiques (A), un principe dont la CNIL et le juge administratif surveillent opportunément la mise en œuvre (B).

A. Le principe de libre réutilisation des données issues des archives publiques

À l'intersection de la loi informatique et libertés, de celle relative à l'accès aux documents administratifs et du code du patrimoine tel que modifié en 2008 (Articles L. 213-1 et 213-2 du code du patrimoine, modifiés par la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008), des questions relatives à la réutilisation des registres d'état civil et de recensement se posent avec acuité. Du fait des nouvelles dispositions du code du patrimoine qui abaissent à soixante-quinze ans le délai au terme duquel ces documents deviennent communicables, les collectivités territoriales sont en effet de plus en plus sollicitées par des sociétés de recherches généalogiques aux fins de communication de ces registres.

L'affaire opposant le département du Cantal et la société Notrefamille.com illustre la difficulté de concilier l'open data et la protection de la vie privée. Il s'agissait d'une demande de réutilisation à des fins commerciales, de données contenues dans les archives du département, plus précisément de cahiers de recensement des années 1831 à 1931. Le département ayant refusé la communication, la CADA puis le TA de Clermont-Ferrand sont successivement saisis. Le jugement, favorable à la société (TA Clermont-Ferrand 13 juillet 2011, *Société Notrefamille.com*), est finalement infirmé en appel par la CAA de Lyon (CAA Lyon, 4 juillet 2012).

L'arrêt de la CAA confirme le jugement du TA sur la question de la portée de la dérogation prévue à l'article 11 de la loi de 1978, concernant la possibilité, notamment pour les établissements culturels de prévoir certaines modalités particulières de communication. Si des conditions particulières peuvent être mises en place, les archives publiques sont bel et bien soumises à l'obligation générale de communication aux fins de réutilisation : « les informations publiques communicables de plein droit, figurant dans les documents détenus par les services d'archives publics [...] relèvent de la liberté de réutilisation consacrée de façon générale par la loi du 17 juillet 1978 ».

B. Les garde-fous à la réutilisation de données personnelles

Ce principe de liberté de la réutilisation des archives publiques doit être néanmoins concilié avec la protection des données personnelles. L'arrêt de la CAA précise ainsi qu'il appartient à l'administration saisie de s'assurer que cette réutilisation satisfait aux exigences qu'imposent les dispositions de la loi informatique et libertés. En l'occurrence, la société Notrefamille.com entendait transférer et faire traiter les données personnelles issues des archives, à Madagascar et à l'île Maurice. Or, la loi de 1978 permet un tel transfert, en dehors de l'Union Européenne sous réserve de l'autorisation de la CNIL. La société n'en disposant pas à la date de la décision du département du Cantal, la CAA a jugé que ce-dernier avait pu, à bon droit, refuser la communication. Les dispositions imposant le contrôle de la CNIL doivent ainsi être scrupuleusement respectées.

Saisie de la question de l'articulation entre ces différents textes, la CNIL a d'ailleurs livré quelques pistes utiles pour permettre la réutilisation des données publiques dans le respect de la protection des données personnelles (CNIL, 2010). Elle préconise ainsi l'anonymisation ou l'occultation des données personnelles dans certains cas : il en va ainsi de la réutilisation à des fins commerciales de données personnelles sensibles, telles celles qui font apparaître l'origine raciale,

les opinions politiques, religieuses, les données de santé, ou encore celles relatives aux infractions, condamnations et celles apposées en marge des actes d'état civil, portant par exemple reconnaissance d'un enfant naturel, adoption ou changement de sexe. Dans tous les cas, c'est-à-dire quand bien même la réutilisation des données personnelles est possible sans occultation, la CNIL suggère qu'une information claire et complète sur la finalité, les destinataires, ou encore sur les modalités du droit d'opposition, d'accès, de rectification et de suppression, soit garantie. Elle considère à ce sujet que toute personne vivante doit pouvoir avoir un droit de suppression sans condition. En dernier lieu, la CNIL veille à ce que l'indexation, par des moteurs de recherche, de données relatives à des personnes nées depuis moins de 120 ans, soit rendue impossible.

En dépit de ces recommandations, rien n'interdit in fine qu'une entreprise privée procède « 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 », comme le souligne le Pr. Guglielmi (2012, 551).

L'adoption d'un dispositif de licences plus contraignant, comportant toutes les conditions de réutilisation de ce type de données, serait souhaitable pour éviter que les bénéfices de l'open data soient ternis par le recul de la protection des données personnelles. Dans tous les cas, une clarification du dispositif s'impose.

Fruit d'un subtil équilibre entre gratuité et valorisation des données publiques, entre réutilisation et protection des données, le cadre juridique de l'open data, en pleine construction, n'est pas prêt d'épuiser la réflexion.

BIBLIOGRAPHIE :

BRUGUIERE (J. -M.), (2002), *Les données publiques et le droit*, Litec, p. 5.

CAA Lyon, 4 juillet 2012, *Notrefamille.com*, *AJDA* 2013, p. 301, note D. Connil

CE 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, *AJDA* 2007, p. 1807

CE 29 avril 2002, *M. Ullmann*, *AJDA* 9 septembre 2002, p. 691

CHERON (A.), (2011), « La réutilisation des données publiques : bases de données et open data », *AJCT*, p. 391

CHERON (A.), (2013), « Open data et valorisation du patrimoine immatériel », *AJCT*, p. 123

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

CLUZEL-METAYER (L.), (2006), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, p. 265 et s.

CNIL, délibération n°2010-460 du 9 décembre 2010

Data.gouv.fr. (2011), « Quels usages pour les données ouvertes par l'Etat et les collectivités locales ? », publié le 05-12-2011.

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 publiques Décret 26 mai 2011

Décret n°2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers

Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public

GILLES (W.), (2013), « Les critères d'éligibilité du partenariat pour un gouvernement ouvert » conférence-débat du CDPC du 15 avril 2013, site du CDPC

GUGLIELMI (G. J), (2012), « Numérisation des données publiques et données publiques numériques », in *La communication numérique, un droit, des droits*, sous la direction de B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, p.542.

LEVY (J.) et JOUYET (J-P.), (2006,) *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal loi du 11 juillet 1979

Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

Loi n°79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives

L'ordonnance n° 2005-650 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

Modernisation.gouv.fr (2013, « La feuille de route du Gouvernement en matière d'ouverture et de partage des données publiques ».

TA Clermont-Ferrand 13 juillet 2011, *Société Notrefamille.com*, *AJDA* 2012, p. 375 note D. Connil