



HAL
open science

Le Code face aux données

Lucie Cluzel-Métayer

► **To cite this version:**

Lucie Cluzel-Métayer. Le Code face aux données. Geneviève Koubi, Lucie Cluzel-Métayer, Wafa Tamzini. Lectures critiques du code des relations entre le public et les administrations, Lextenso, 2018. <hal-03455096>

HAL Id: hal-03455096

<https://hal.science/hal-03455096v1>

Submitted on 29 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Le Code face aux données

Lucie Cluzel-Métayer
Professeur à l'Université de Lorraine, IRENEE, CERSA-CNRS

Les données seraient-elles un objet juridique incodifiable ? La question de la possibilité de codifier le droit des données publiques, dont on commence seulement à tracer les contours, mérite, en effet, d'être posée. L'entreprise de codification menée à cet égard par le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) semble avoir été particulièrement périlleuse et laisse perplexe quant à son efficacité.

Le droit des données publiques est en pleine construction¹ : il s'appuie tantôt sur des textes anciens, telle la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs², tantôt sur des textes récents, parfois même adoptés après l'entrée en vigueur du Code, telle la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique³. En résulte une codification chaotique de dispositions éparses, relevant de logiques si différentes que l'intitulé même du Livre III n'a pas réussi à en faire une synthèse harmonieuse : « l'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques » se juxtaposent, sinon sans réelle cohérence, tout au moins sans parvenir à mettre en évidence l'émergence d'un droit des données publiques.

L'idée d'une codification se justifiait pourtant et il est indéniable que sa réalisation est, à bien des égards, réussie. Toute entreprise de codification répond à des objectifs que l'on peut condenser en quelques mots : accessibilité, clarté et stabilisation du droit. En l'occurrence, elle réalise un regroupement bienvenu de textes épars : les ordonnances de codification⁴ reprennent ainsi diverses lois, en particulier celle, modifiée, du 17 juillet 1978, auxquelles s'ajoutent des textes adoptés par la suite, comme la loi pour une République numérique ou la loi sur la composition de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)⁵ ; de surcroît, l'enchevêtrement des dispositions réglementaires, issues des décrets d'application, au corpus législatif, améliore la lisibilité des dispositifs, présentés ainsi dans leur intégralité, sans avoir à naviguer d'un bout à l'autre code⁶. En cela, le CRPA constitue un progrès. Mais, à l'évidence, il porte aussi « les stigmates qui ont retardé son adoption et façonné sa facture »⁷. Le droit des données publiques en est une illustration.

¹ V. J. Chevallier, « Le droit français et la question des données publiques », in D. Bourcier et P. de Filippi, (dir.), *Open data, Big data, Nouveaux défis pour la vie privée*, Mare et Martin, 2016, p. 29.

² L. n° 78-753, 17 juill. 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

³ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016 pour une République numérique - dite loi Lemaire.

⁴ Ord. n° 2015-1341, 23 oct. 2015 et D. n° 2015-1342 de même date et ord. n° 2016-307, 17 mars 2016, portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques dans le Code des relations entre le public et l'administration.

⁵ L. n° 2017-55, 20 janv. 2017, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

⁶ V. M. Vialettes, C. Barrois de Sarigny, « L'architecture du Code des relations entre le public et l'administration », *Dr. adm.*, n°8-9 août-sept. 2016, p. 22.

⁷ P. Gonod, « Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés de codifier la procédure administrative », *Dr. adm.*, n°8-9 août-sept. 2016, p. 18.

Dans l'idée de suivre les étapes du dialogue entre le public et l'administration⁸, le Code présente les dispositions relatives à l'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations dans un livre III, venant après un livre I, portant sur les échanges avec l'administration et un livre II, portant sur les règles relatives aux actes administratifs unilatéraux. Il est composé de quatre titres : le titre 1^{er} codifie les dispositions de la loi de 1978 sur l'accès aux documents administratifs, le titre 2, les dispositions plus récentes sur la réutilisation des informations publiques ; les titres 3 - sur les personnes responsables de l'accès et de la réutilisation - et 4 - sur la CADA - règlent les questions organiques, sur lesquelles nous ne reviendrons pas. Notre étude portera plus précisément sur les deux premiers titres, qui condensent les aspects matériels du sujet et révèlent toute la difficulté de codifier un droit en pleine évolution. Il est à noter que lorsqu'il est entré en vigueur, le Code était muet sur le droit à réutilisation des données, dont la codification a été réalisée dans un second temps, en avril 2016 plus précisément. On pouvait ainsi lire, à côté du titre 2 : « le présent titre ne comprend pas de disposition ». Pourtant, les dispositions existaient : elles résultaient de l'ordonnance du 6 juin 2005⁹. Mais elles étaient sur le point d'être modifiées par la loi Valter alors en discussion devant le Parlement, et finalement adoptée le 28 décembre 2015¹⁰. Ces dispositions n'ont été insérées dans le Code qu'en avril 2016, à la suite de l'ordonnance du 17 mars 2016 portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques¹¹ et du décret du même jour¹². Dans le livre III, seuls le chapitre 1^{er} du titre I et quelques dispositions du titre IV ont été codifiés *ab initio*. Parler d'une codification « à droit constant »¹³ à propos du livre III¹⁴ nous semble donc un peu excessif.

À cet égard, on aurait même tendance à croire que l'idéal eut été d'attendre l'adoption des différents textes - lois et décrets de 2015 et 2016 - pour codifier l'intégralité du livre. La matière, profondément revisitée, aurait alors pu faire l'objet d'une codification « à droit inconstant », de manière à la « mettre en cohérence », à en « simplifier » l'accès¹⁵, voire à jeter les bases du droit des données publiques.

Symptomatique de la difficulté de codifier la matière, le choix du codificateur s'est révélé moins ambitieux. N'intégrant qu'une partie des textes relatifs aux données, le Code ne permet pas au citoyen d'avoir une vision d'ensemble de la matière (I) ;

⁸ V. M. Vialettes, C. Barrois de Sarigny, « L'architecture du Code ... », *Dr. adm.*, 2016, *op. cit.*, p. 21.

⁹ Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, ordonnance transposant la directive européenne du 17 novembre 2003 et modifiant la loi du 17 juillet 1978.

¹⁰ L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, loi transposant - tardivement d'ailleurs - la directive 2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, - dite loi Valter.

¹¹ Ord. n° 2016-307 *précitée*.

¹² D. n° 2016-308, 17 mars 2016 relatif à la réutilisation des informations publiques et modifiant le code des relations entre le public et l'administration (dispositions réglementaires).

¹³ Selon l'article 3-II de la L. n° 2013-1005 du 12 nov. 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, « les règles codifiées sont celles qui sont en vigueur à la date de la publication de l'ordonnance ainsi que, le cas échéant, les règles déjà publiées mais non encore en vigueur à cette date ».

¹⁴ M. Vialettes, C. Barrois de Sarigny, « L'architecture du Code ... », *Dr. adm.*, 2016, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵ L. n° 2013-1005, 12 nov. 2013, art. 3-III.

n'ayant pas procédé à la mise en cohérence des dispositions, il n'atteint pas son objectif de clarification (II).

I. - Dispersion

« Thème un peu à part dans le dialogue administratif »¹⁶, le régime de l'accès aux documents administratifs et de la réutilisation des informations a été inséré dans le Code après le livre II sur les actes administratifs unilatéraux. La place de ces dispositions est en soi singulière : n'eut-il pas été plus logique qu'elles se situent à la suite du livre 1^{er} sur les échanges avec les administrations ? La demande d'accès à des informations ne suppose-t-elle pas l'échange ? À la difficulté de trouver une place pertinente dans le Code, pour ces dispositions, s'ajoute l'impuissance de les présenter de manière complète. Le droit des données, disloqué, est disséminé dans le Code (A) et, plus incommode encore, en dehors du Code (B).

A. Dissémination dans le Code

Le choix de réaliser un Code portant sur les relations entre le public et l'administration a conduit à exclure de son champ les règles relatives aux échanges d'informations et de données entre administrations. En effet, ainsi qu'ont pu le souligner les artisans du Code « le projet s'est voulu plus ciblé que les précédents en ne traitant pas des règles relatives à l'organisation des administrations et à la répartition de leurs attributions, lesquelles ne concernent pas directement le public »¹⁷. En résulte un dispositif complexe.

D'une part, seuls les échanges « nécessaires pour traiter une demande présentée par le public ou une déclaration transmise par celui-ci en application d'un texte législatif ou réglementaire »¹⁸, sont insérés dans le Code. Ceux qui relèvent d'une logique purement interne ne le sont pas. C'est ainsi que n'ont pas été codifiées les dispositions de l'article 1^{er} de la loi pour une République numérique relatives à l'obligation de communication des documents administratifs détenus par une administration à d'autres administrations qui en font la demande pour l'accomplissement de leurs missions de service public, et relatives à l'utilisation, par toute administration, des informations figurant dans les documents administratifs communiqués ou publiés. Pourtant, à l'instar des circulaires en leur temps, l'absence d'impact de cette obligation de communication entre administration, sur les citoyens, est rien moins qu'évident.

À cet égard, le Conseil d'État a d'ailleurs rappelé dans son avis relatif à la loi pour une République numérique, que la transmission de telles informations entre administrations « doit s'exercer dans le respect des prescriptions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés lorsque les données en cause présentent un caractère personnel »¹⁹. Cela signifie que, dès lors que les informations

¹⁶ M. Vialettes, C. Barrois de Sarigny, « Questions autour d'une codification », *AJDA* n°43/2015, 21 déc. 2015, p. 2422.

¹⁷ *Id.*, p. 2423.

¹⁸ CRPA, art. L. 114-8.

¹⁹ CE, Avis consult. n° 390741, 9 déc. 2015, pt. 23 (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Republique-numerique>).

contiennent des données personnelles, les citoyens doivent donner leur consentement à leur traitement. Aussi, le Conseil d'État n'a pas manqué de souligner que le fait que le traitement de ces données ait pu faire l'objet d'une déclaration ou d'une autorisation délivrée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) à l'administration d'origine, ne permet pas à l'administration bénéficiaire de se soustraire, pour elle-même, à l'accomplissement de ces formalités²⁰. Mais, contrairement à ce qu'il avait recommandé, aucune mention n'a été faite à ce sujet dans l'article 1^{er} qui n'a, en tout état de cause, pas été codifié dans le CRPA, puisque seules les dispositions relatives aux échanges résultant d'une demande du public l'ont été.

Concernant précisément ces dispositions, d'autre part, on constate qu'elles ne sont pas codifiées dans le livre III, mais dans le livre Ier, relatif aux échanges avec l'administration, dans un chapitre IV concernant les diligences de l'administration. Les articles L.114-8 à 10 présentent ces échanges comme ayant pour but de faciliter les démarches des administrés²¹. Mais là encore, s'il est prévu que l'administration chargée de traiter une demande « fait connaître à la personne concernée les informations ou données qui sont nécessaires à cette fin et celles qu'elle se procure directement auprès d'autres administrations françaises » (art. L.114-8), cela ne signifie pas qu'elle lui demande son consentement, pourtant imposé par la loi informatique et libertés pour recueillir et utiliser ces données, potentiellement personnelles²².

En définitive, non seulement ces éléments, qui concernent pourtant bel et bien la communication des données, ne se situe pas dans le livre III qui y est en principe consacré, mais encore présentent-ils la faiblesse de ne pas envisager la question de la protection de ces données. De manière générale, le principal défaut du Code à cet égard est précisément, à notre sens, de ne pas avoir codifié la loi « informatique et libertés ».

B- Éviction du code

Certains partis pris ont conduit à exclure du Code toute une série de dispositions concernant les données.

C'est ainsi que les textes sectoriels portant sur la mise à disposition et la libre réutilisation des données, ayant déjà été codifiés, n'ont pas été re-codifiés. Il a en effet été décidé « de ne pas effectuer de transfert depuis les codes existants, lesquels constituent des repères en matière de sources de droit »²³. L'*open data* des données de santé est donc prévu par le code de la santé publique²⁴, celui des données de transports par le code des transports²⁵ et, celui des données des collectivités territoriales, dans le

²⁰ CE, Avis n° 390741, 9 déc. 2015, *précité*.

²¹ Elles résultent, d'ailleurs de la L. n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

²² L. n° 78-17, 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés - dite loi informatique et liberté.

²³ M. Vialettes, C. Barrois de Sarigny, « Questions autour d'une ... », *AJDA*, *op. cit.*, p. 2423.

²⁴ Un titre VI sur « La mise à disposition des données de santé », issue de la L. n°2016-41 du 26 janvier 2016 sur la modernisation de notre système de santé, a été ajouté au livre IV du code de la santé publique.

²⁵ Le titre Ier du livre Ier de la première partie du code des transports a été complété par un chapitre V portant sur « L'accès aux données nécessaires à l'information du voyageur », issu de la L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

code général des collectivités territoriales²⁶. De même, il est renvoyé au code du patrimoine pour toute question portant sur les archives publiques.

On ne saurait reprocher aux codificateurs d'avoir fait ce choix : d'abord parce qu'intégrer ces textes spéciaux aurait porté atteinte à la volonté de faire de ce Code une *Lex generalis* ; ensuite parce qu'insérer dans le CRPA tout ce qui avait déjà été codifié ailleurs aurait sans nul doute desservi l'effort de rationalisation entrepris.

Le fait que les dispositions de la loi informatique et libertés (LIL) aient été exclues du champ de la codification est en revanche plus incommode. Alors que, par le passé, il avait été question d'étendre la codification à la LIL²⁷, l'idée a été, dès 2004, abandonnée : l'intégration de ces dispositions était manifestement « source de difficultés »²⁸. Aussi, compte tenu du choix arrêté de ne codifier que les règles intéressant les relations entre le public et les administrations, le fait d'évincer la LIL du Code de 2015 était logique, dans la mesure où la LIL intéresse la protection des données personnelles, qu'une administration soit concernée ou non. Elle vise ainsi potentiellement des relations regardant exclusivement des personnes privées.

Pourtant, un rapprochement entre les textes aurait été utile dans la mesure où les questions posées par la communication d'un document et la réutilisation des données interrogent nécessairement la protection des données personnelles. Il est, en effet, pour ainsi dire impossible de travailler ces questions sans avoir les deux corpus - loi CADA et LIL - en vis-à-vis. On constate d'ailleurs que le Code fait de fréquents renvois - explicites²⁹ ou implicites³⁰ - à la LIL et qu'il prévoit des hypothèses de questions d'intérêt commun, devant être traitées conjointement par la CADA et la CNIL³¹.

Dans certains cas, avoir les deux dispositifs dans un même code eut même été indispensable. On pense notamment à l'article L. 311-3-1 du CRPA qui prévoit que si une décision individuelle est prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, elle doit comporter une mention explicite en informant l'intéressé. Alors, les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé qui en fait la demande. L'article R. 311-3-1-2 précise, entre autre, qu'il faut informer l'intéressé sur les paramètres de traitement et leur pondération, appliqués à sa situation. Le dispositif ainsi mis en place

²⁶ Le chapitre II du titre unique du livre Ier de la première partie du code général des collectivités territoriales est complété par une section 3 intitulée « Transparence des données des collectivités territoriales », issue de la L. n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

²⁷ Ainsi, la Charte des relations entre l'Administration et les usagers, annoncée en 1983 dans le discours du Président Mitterrand aux corps constitués le 4 janvier 1983, envisageait de réunir l'ensemble des lois de la fin des années 1970 sur la transparence administrative, y compris la loi informatique et libertés.

²⁸ P. Gonod, « Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés... », *Dr. adm.*, 2016, *op. cit.*, p. 18.

²⁹ V. par ex., CRPA, art. L. 311-3 sur la réserve de la communication lorsque des données à caractère personnel sont contenues dans les documents demandés. V. aussi CRPA, art. L. 322-2 qui explique que le droit à réutilisation des données est subordonné au respect de la LIL.

³⁰ V. par ex., CRPA, art. L. 311-6 sur le fait que « ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : 1°. Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée... ».

³¹ En vertu de l'art. L. 341-2, « La CADA et la CNIL se réunissent dans un collège unique, sur l'initiative conjointe de leurs présidents, lorsqu'un sujet d'intérêt commun le justifie ». Aussi, l'art. L.341-1-6° prévoit que le président de la CNIL ou son représentant est membre de la CADA, ce qui tend à attester que les questions soulevées nécessitent que la CNIL soit effectivement représentée dans cette commission.

dans le CRPA mélange communication des règles générales des algorithmes, communicables à tout intéressé éventuellement *via* la CADA, et les requêtes visant à éclairer la situation personnelle des intéressés, qui en principe, aurait du revenir à la CNIL. La CNIL n'a pas manqué de souligner que la LIL s'appliquait aussi et que si la personne concernée n'obtenait qu'une information lacunaire par la procédure du CRPA devant la CADA, elle pourrait toujours actionner le levier de la LIL en exigeant un éclairage plus complet³². Au regard de la complexité du dispositif, les administrés auraient certainement apprécié de disposer des deux textes dans un même code.

Tantôt insérées dans d'autres parties du Code, tantôt écartées de celui-ci, les règles relatives aux données sont dispersées et dès lors, difficiles d'accès. Telles qu'elles ont été codifiées dans le livre III, les dispositions relatives à la communication des documents administratifs et à la réutilisation des informations ne sont, en outre, pas présentées de la manière la plus cohérente qui soit.

II.- Incohérence

Parler d'incohérence est sans doute excessif : nous voulons simplement dire ici que le Code, tel qu'il présente la matière, déconcerte plus qu'il ne simplifie. Faite d'agrégations successives de logiques différentes, la matière est, il faut le reconnaître, d'appréhension difficile. Le Code présente ainsi successivement la dynamique classique de l'accès aux documents administratifs, tel qu'il résulte de la loi de 1978 modifiée (titre 1), puis celle, très récente, de l'*open data* (titre 2). Une telle architecture est discutable car elle ne permet ni de rendre compte de la réalité du droit des données en construction (A) ni d'en clarifier la substance (B).

A- Une structure obsolète

Le livre III du CRPA regroupe les dispositions qui visent à améliorer la transparence administrative. Il va de soi que la loi de 1978 qui consacre l'accès aux documents administratifs, comme l'ordonnance de 2005 et les lois Valter de 2015 et Lemaire de 2016 sur la mise en *open data* des informations publiques, s'inscrivent dans cette perspective. Ces lois sont, à juste titre, présentées ensemble. Mais l'articulation des deux titres - l'un sur la communication, l'autre sur l'*open data* - n'est pas pleinement convaincante.

Le mouvement d'*open data* consiste à « mettre à disposition des citoyens, des acteurs de la société civile et de l'économie, les données produites, collectées ou détenues dans le cadre d'une mission de service public et d'en autoriser la réutilisation à des fins privées ou commerciales »³³. Le cadre juridique de l'*open data*, tel qu'il résulte de la loi du 28 décembre 2015 et de la loi du 9 octobre 2016, repose ainsi sur l'articulation de deux régimes : celui de la mise à disposition des informations

³² Délib. n° 2017-023, 16 févr. 2017 portant avis sur un projet de décret relatif aux modalités de communication des règles et caractéristiques des traitements algorithmiques. V. M. Rees, « L'avis de la CNIL sur le décret Algorithme de la loi Lemaire », *NextInpact.com*, <https://www.nextinpact.com/news/104092-lavis-cnil-sur-decret-algorithme-loi-lemaire.htm> (consult. 20 juin 2017) ;

³³ Conseil national du numérique (CCNum), avis 2015-3, 30 nov. 2015, p. 3.

publiques, en vertu du régime de l'accès aux documents administratifs et celui de leur réutilisation³⁴. L'*open data* est ainsi écartelé dans le livre III du Code entre le titre 1 sur le droit d'accès aux documents administratifs, en particulier son chapitre 2 sur la diffusion des informations et le titre 2 sur la réutilisation de ces informations. Pourtant, les deux logiques sont intrinsèquement liées : la réutilisation suppose qu'au préalable, les données aient été libérées.

En définitive, l'*open data* fait exploser le cadre traditionnel du droit à communication qui supposait nécessairement une démarche de l'administré. Au départ, l'ouverture ne concernait que les informations publiques procédant d'un document administratif. Mais « l'introduction de la notion de "donnée publique" bouleverse la conception traditionnelle de la communication publique sur laquelle repose l'édifice juridique érigé en France depuis 1978 »³⁵. Avec la donnée, le cadre « document-information » est dépassé. Il ne s'agit pas, simplement, de délivrer un document ou une information lorsque l'administré le demande, mais de diffuser les données le plus largement possible et de les mettre gratuitement à la disposition du public pour qu'il les réutilise³⁶. La loi pour une République numérique pose même le principe d'un *open data* « par défaut » : l'administration *doit* mettre en ligne, dès lors qu'ils sont disponibles sous format électronique, la plupart des documents administratifs, mais aussi, bien sûr, les bases de données et les données dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental (article L. 312-1-1 CRPA). Considérées comme des « communs » devant échapper aux régimes propriétaires³⁷, les données publiques doivent être libérées. Levier démocratique et économique, l'*open data* vise non seulement à renforcer la transparence, mais aussi à créer des services innovants par la réutilisation des données³⁸. Le « rapport de soumission »³⁹ qui sous-tend la majorité des règles du Code est ici renversé : alors que le public est traditionnellement dans une posture de demandeur face à l'administration, l'*open data* en fait un acteur, qui peut s'emparer des données publiques pour leur donner une seconde vie et en tirer profit. Dès lors, faire entrer l'*open data* dans le « droit d'accès aux documents administratifs » nous paraît artificiel tant il est précisément déconnecté de la notion de « document administratif ». A cet égard, on constate que l'article L.300-2 CRPA qui en propose une définition sous forme de liste, ne mentionne ni les données, ni les bases de données. La liste n'est certes pas exhaustive, mais elle est suffisamment longue pour que l'on trouve suspect le fait que ces éléments déterminants ne soient pas mentionnés. Cela révèle un malaise dans l'articulation de la logique de 1978 avec celle, profondément différente, de l'*open data*.

Une articulation sensiblement différente aurait pu permettre de rendre compte de la construction de cette nouvelle dynamique. Pourquoi ne pas avoir, par exemple, pour un titre 1 consacré à la communication des documents administratifs aux personnes qui

³⁴ V. L. Cluzel-Métayer, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », *AJDA*, n°6/2017, p. 342.

³⁵ J. Chevallier, « Le droit français et la question des données publiques », in D. Bourcier et P. de Filippi, (dir.), *Open data, Big data*, Mare et Martin, 2016, *op. cit.*, p. 35.

³⁶ V. D. Bourcier et P. de Filippi, (dir.), *Open data, Big data*, Mare et Martin, 2016.

³⁷ CCNum, *Ambition numérique, Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport, juin 2015, p. 276.

³⁸ V. Les enjeux de l'*open data*, dossier *AJDA* 2016 n° 2, p. 79 et s.

³⁹ A. Zaradny, « Le Code des relations entre le public et l'administration est-il la *lex generalis* des relations entre l'Administration et le public ? », *Dr. adm.*, n°8-9, août-sept. 2016, p. 34.

en font la demande et un titre 2 à l'ouverture des données ? Cela aurait permis, nous semble-t-il, de rendre compte de ce nouveau mouvement d'ouverture imposé des données, que le mélange actuel ne permet pas de faire. Cette faiblesse structurelle porte atteinte, de surcroît, au fond, car une telle présentation ajoute à la complexité de la matière.

B- Un droit complexifié

Le Code ne contribue pas à clarifier le droit des données, loin s'en faut. D'abord, aucun principe n'est clairement affirmé. Il faut par exemple déduire des formules combinées des articles L.312-1 et L.321-1, le principe d'ouverture par défaut. Ensuite, alors que la loi d'habilitation avait invité le codificateur à livrer quelques définitions utiles, on ne trouve qu'une seule définition dans le livre III, pourtant particulièrement technique. Aussi, la définition proposée par l'article L. 300-2 du CRPA, placé en préambule du livre III, porte sur ce qu'il faut entendre par « documents administratifs au sens des titres Ier, III et IV du présent livre ».

Deux remarques peuvent être faites au sujet de cette définition. D'une part, il est surprenant de placer une définition en préambule d'un livre qu'elle ne concerne pas dans son intégralité, puisque le titre II, celui sur l'*open data*, en est exclu. D'autre part, on l'a vu, il s'agit d'une définition « par énumération »⁴⁰, c'est-à-dire qu'elle correspond à une liste d'exemples, qui ne prétend pas à l'exhaustivité. Aussi, « constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions ».

De ces deux éléments découlent des incertitudes concernant le régime des bases de données. Prenons l'exemple concret d'un citoyen qui souhaiterait obtenir une base de données. S'il en demande communication au titre de l'accès aux documents administratifs (titre 1), l'administration peut opposer des droits de propriété intellectuelle en vertu de l'article L. 311-4. Or, les administrations ont désormais une obligation de publication en ligne de leurs bases de données dès lors qu'elles sont disponibles sous format électronique, et rien n'est précisé dans le Code quant à la possibilité pour les administrations d'opposer à ce titre des droits de propriété intellectuelle. On sait en revanche que les administrations ne peuvent opposer des droits de propriété intellectuelle à la réutilisation des données (titre 2)⁴¹, et qu'elles ne peuvent que très marginalement établir des redevances⁴². Il faudra donc conseiller à notre citoyen avide d'informations de demander à l'administration la diffusion pour réutilisation de cette base de données, plutôt que sa simple communication. Ces dispositions, complexes, auraient sans doute méritées une codification plus intelligible, car il faut une lecture attentive et avertie pour arriver à ce résultat, sur une question qui risque pourtant de devenir courante.

Au sujet des redevances, également, le texte, tel que codifié, est particulièrement obscur. D'abord, intituler un chapitre entier du titre II relatif à la réutilisation des

⁴⁰ C. Vautrot-Schwarz, « Codifier et définir. L'exemple des définitions dans le code des relations entre le public et l'administration », *Dr. adm.* n°8-9, août-sept. 2016, p. 26

⁴¹ CRPA, art. L.321-3.

⁴² CRPA, art. L.324-1 et suiv.

informations publiques, « Redevance », et le faire commencer en expliquant que « la réutilisation d'informations publiques est gratuite »⁴³ est pour le moins déroutant. Surtout lorsqu'ensuite, le même article, ayant une vocation générique, énonce que « toutefois, les administrations (...) peuvent établir une redevance de réutilisation lorsqu'elles sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public »⁴⁴, article pour ainsi dire vidé de sa substance trois articles plus loin, puisque l'article R. 324-4-1 dispose que le recours à cette exception est limité aux seules administrations « dont l'activité principale consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques, lorsque la couverture des coûts liés à cette activité principale est assurée à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions ». Aussi, l'article D. 324-5-1 énonce les rares administrations à pouvoir effectivement bénéficier de cette dérogation et pour certaines bases de données : l'IGN (Institut national de l'information géographique et forestière), Météo France, le Service hydrographique et océanographique de la marine et les informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques, des musées et des archives. Il semble que le pouvoir réglementaire a ainsi profondément remis en cause la possibilité générale d'établir des redevances pour couvrir les coûts de mise à disposition, afin de la réserver à quelques rares administrations.

On sait que l'adoption du principe de gratuité de la mise à disposition des données publiques n'a pas été de soi⁴⁵ et c'est probablement ce qui explique les embarras du Code à ce sujet. Mais il eut été plus clair d'intituler le chapitre IV, « Gratuité », de poser le principe dans un article premier et de décliner les possibilités marginales d'exceptions, en citant d'abord les administrations concernées, puis les modalités d'établissement des redevances concernées. Le mouvement d'*open data* qui commande aujourd'hui le droit des données publiques n'en aurait été que mieux exposé.

Le droit des données publiques, en pleine construction, se prêtait évidemment mal à la codification. Mais l'avoir à ce point limité, à ce point déformé afin le faire entrer dans le cadre du droit préexistant en affaiblit l'appréhension, définitivement malaisée. Il est à craindre, *in fine*, que le « public », préfère s'appuyer sur les textes originels, plutôt que sur le Code, pour résoudre les questions délicates d'accès aux données. Certains praticiens appellent d'ailleurs de leurs vœux un « code des données »⁴⁶.

⁴³ CRPA, art. L.324-1.

⁴⁴ L'article L. 324-2 du CRPA précise que « la réutilisation peut également donner lieu au versement d'une redevance lorsqu'elle porte sur des informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques, y compris des bibliothèques universitaires, des musées et des archives, et, le cas échéant, sur des informations qui y sont associées lorsque ces dernières sont commercialisées conjointement ».

⁴⁵ V. M. Trojette, *Ouverture des données publiques. Les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, Rapport au Premier min., nov. 2013, p. 36 ; L. Cluzel-Métayer, « Les limites de l'*open data* », *AJDA* 2016, p. 102.

⁴⁶ M. Bourgeois et A. Bounedjoun, « Les apports de la loi pour une République numérique en matière d'accès et de réutilisation d'informations publiques », *JCP A*, n° 48, 5 déc. 2016, p. 24.