



# La commercialisation des données publiques

Teresi Laurent

## ► To cite this version:

Teresi Laurent. La commercialisation des données publiques. Droit. Faculté de droit et de science politiques, Université Paul Cézanne, 2007. Français. <NNT : 2007AIX32070>. <tel-04254406>

**HAL Id: tel-04254406**

**<https://hal.science/tel-04254406v1>**

Submitted on 23 Oct 2023

**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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

**Université Paul Cézanne  
Aix-Marseille III**

Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille

**LA COMMERCIALISATION  
DES DONNEES PUBLIQUES**

**THESE**  
pour le doctorat en Droit

présentée par  
**Laurent TERESI**

sous la direction de  
**M. le Professeur Jean-Yves CHEROT**

**Membres du Jury**

**M. Jean-Yves CHEROT**, Professeur à l'Université Paul Cézanne , Aix-Marseille III

**M. Guylain CLAMOUR**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France, Grenoble II  
(rapporteur)

**Mme Laurence IDOT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, collège européen de  
Paris (rapporteur)

**M. Herbert MAISL**, Conseiller d'Etat

**M. Rostane MEHDI**, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

**Décembre 2007**



**Université Paul Cézanne  
Aix-Marseille III**

Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille

**LA COMMERCIALISATION  
DES DONNEES PUBLIQUES**

**THESE**  
pour le doctorat en Droit

présentée par  
**Laurent TERESI**

sous la direction de  
**M. le Professeur Jean-Yves CHEROT**

**MEMBRES DU JURY**

**M. Jean-Yves CHEROT**, Professeur à l'Université Paul Cézanne , Aix-Marseille III

**M. Guylain CLAMOUR**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France, Grenoble II  
(rapporteur)

**Mme Laurence IDOT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, collège européen  
de Paris (rapporteur)

**M. Herbert MAISL**, Conseiller d'Etat

**M. Rostane MEHDI**, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

**Décembre 2007**



*Je tiens à exprimer ma reconnaissance envers M. le Professeur J-Y. Chérot. Ses encouragements et sa confiance m'ont guidé tout au long de ce parcours.*

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*Cette thèse est dédiée à mes parents*





## Principales abréviations

|                  |                                                                                         |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| aff.             | affaire                                                                                 |
| <i>AJD</i>       | Actualité juridique-droit administratif                                                 |
| al.              | alinéa                                                                                  |
| art.             | article                                                                                 |
| <i>BOCC</i>      | Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes |
| CADA             | Commission d'Accès aux Documents Administratifs                                         |
| C. com.          | Code de commerce                                                                        |
| chr.             | chronique                                                                               |
| <i>CJEG</i>      | Cahier juridique de l'électricité et du gaz                                             |
| CJCE             | Cour de justice des communautés européennes                                             |
| CNIL             | Commission Nationale Informatique et Libertés                                           |
| coll.            | collection                                                                              |
| comm.            | commentaire                                                                             |
| concl.           | conclusions                                                                             |
| Concurrences     | Concurrences. revue des droits de la concurrence                                        |
| Cons. conc.      | Conseil de la concurrence                                                               |
| CPI              | Code de la propriété intellectuelle                                                     |
| <i>D.</i>        | Recueil Dalloz                                                                          |
| <i>DA</i>        | Droit administratif                                                                     |
| déc.             | décision                                                                                |
| dél.             | délibération                                                                            |
| dir.             | sous la direction de                                                                    |
| doc.             | document                                                                                |
| doctr.           | doctrine                                                                                |
| <i>Gaz. Pal.</i> | Gazette du palais                                                                       |
| INA              | Institut national de l'audiovisuel                                                      |
| IGN              | Institut géographique national                                                          |
| INPI             | Institut national de la propriété industrielle                                          |
| INSEE            | Institut national de la statistique et des études économiques                           |
| <i>JCP éd. A</i> | Jurisclasseur périodique, édition administration et collectivités territoriales         |
| <i>JCP éd. E</i> | Jurisclasseur périodique, édition entreprise                                            |
| <i>JCP éd. G</i> | Jurisclasseur périodique, édition générale                                              |
| <i>JO</i>        | Journal Officiel                                                                        |
| <i>JOCE</i>      | Journal Officiel des Communautés européennes                                            |



|                  |                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>JOUE</i>      | Journal Officiel de l'Union européenne                                                           |
| jur.             | Jurisprudence                                                                                    |
| n°               | numéro                                                                                           |
| p.               | page                                                                                             |
| <i>PA</i>        | Les petites affiches                                                                             |
| Rec. Lamy        | Recueil Lamy                                                                                     |
| <i>RDP</i>       | Revue du droit public et de la science politique                                                 |
| <i>RFAP</i>      | Revue Française d'administration publique                                                        |
| <i>RFDA</i>      | Revue française de droit administratif                                                           |
| <i>RFFP</i>      | Revue française de finances publiques                                                            |
| <i>RIDA</i>      | Revue international du droit d'auteur                                                            |
| <i>RIDC</i>      | Revue internationale de droit comparé                                                            |
| <i>RIDE</i>      | Revue internationale de droit économique                                                         |
| <i>RJDA</i>      | Revue de jurisprudence de droit des affaires                                                     |
| <i>RJEG/CJEG</i> | Revue juridique de l'entreprise publique/ cahier juridique de l'électricité et du gaz            |
| <i>RTD com.</i>  | Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique                                   |
| <b>SHOM</b>      | Service hydrographique et océanographique de la marine nationale                                 |
| <b>SIRENE</b>    | système national d'identification des personnes physiques, des entreprises et des établissements |
| t.               | tome                                                                                             |
| <b>TGI</b>       | Tribunal de Grande Instance                                                                      |
| v.               | voyez                                                                                            |
| vol.             | volume                                                                                           |



# Sommaire

|                                                                                                                                      |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUCTION</b>                                                                                                                  | <b>I</b>   |
| <br><b>PREMIERE PARTIE</b>                                                                                                           |            |
| <b>LE COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES DANS LA LOI DU 17 JUILLET 1978</b>                                                              | <b>17</b>  |
| <br><b>TITRE PREMIER</b>                                                                                                             |            |
| <b>LE DROIT DE REUTILISATION DE L'INFORMATION PUBLIQUE</b>                                                                           | <b>21</b>  |
| <i>Chapitre I - La création du droit de réutilisation</i>                                                                            | <i>23</i>  |
| <i>Chapitre 2 - Le champ d'application du droit de réutilisation</i>                                                                 | <i>90</i>  |
| <br><b>TITRE DEUXIEME</b>                                                                                                            |            |
| <b>LE REGIME DE LA REUTILISATION DE L'INFORMATION PUBLIQUE</b>                                                                       | <b>173</b> |
| <i>Chapitre I - Les modalités d'accès à l'information publique</i>                                                                   | <i>175</i> |
| <i>Chapitre 2 - Les modalités d'usage de l'information publique</i>                                                                  | <i>271</i> |
| <i>Chapitre III - Le contrôle de la réutilisation</i>                                                                                | <i>385</i> |
| <br><b>SECONDE PARTIE</b>                                                                                                            |            |
| <b>LES REGLES GENERALES APPLICABLES AU COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES</b>                                                            | <b>415</b> |
| <br><b>TITRE PREMIER</b>                                                                                                             |            |
| <b>LE DROIT DES DONNEES PERSONNELLES ET LE COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES</b>                                                        | <b>419</b> |
| <i>Chapitre 1- L'incidence du principe de finalité du traitement à l'égard des données personnelles de gestion du service public</i> | <i>429</i> |
| <i>Chapitre II- L'incidence du principe de finalité du traitement à l'égard des données personnelles accessibles au public</i>       | <i>445</i> |
| <br><b>TITRE SECOND</b>                                                                                                              |            |
| <b>LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LE COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES</b>                                                   | <b>465</b> |
| <i>Chapitre I - L'existence des droits de propriété intellectuelle sur les données publiques</i>                                     | <i>471</i> |
| <i>Chapitre II - L'attribution des droits de propriété intellectuelle aux personnes publiques</i>                                    | <i>531</i> |
| <br><b>TITRE TROISIEME</b>                                                                                                           |            |
| <b>LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LE COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES</b>                                                               | <b>558</b> |
| <i>Chapitre I- L'accès aux données publiques par le droit de la concurrence</i>                                                      | <i>563</i> |
| <i>Chapitre II - La tarification des données publiques face au droit de la concurrence</i>                                           | <i>615</i> |



# Introduction





**1. Origine.** - Le terme de commercialisation, comme il désigne, entre autres significations, l'admission à la vente d'un bien naguère hors commerce<sup>1</sup>, est un peu anachronique, décalé, à l'heure de la société de l'information. L'emploi du vocable de « commerce des données publiques » serait à cet égard plus approprié car cela fait longtemps que le secteur public commercialise des données qu'il détient pour répondre à ses propres obligations. La vente, entendue au sens économique, d'informations, de services ou de produits d'informations élaborés à partir de données collectées ou produites dans le cadre d'une mission de service public par le secteur public ou le secteur privé remonte en effet à l'ère de la télématique et correspond exactement à la constitution d'importantes bases de données par les services de l'Etat<sup>2</sup>. L'information administrative, émancipée de ses supports, bouleversée dans ses modes de communication, sous l'impact des nouvelles techniques, a changé d'état : substrat de l'activité administrative, objet traditionnel d'obligations de l'Etat envers le citoyen ou l'administré, elle s'est muée en un bien économique pourvu d'une forte valeur d'échange, au point qu'aujourd'hui elle représente une ressource économique considérable<sup>3</sup>, dont l'exploitation est utile ou nécessaire à la réalisation de nombreux produits

1. V. CORNU (G.), association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, v° Commercialisation, 3ème, « admission à la vente d'un bien jusqu'alors hors commerce », p. 153
2. On retrouve trace de la pratique à la fin des années 1970. À l'époque où le législateur avait encadré l'usage de l'informatique par l'Etat pour éviter toute tentative de contrôle social, le mouvement de marchandisation de l'information publique était déjà amorcé. Plusieurs services de l'Etat au début des années 1980 fournissaient des données au secteur privé. On peut d'abord citer le cas de l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE) qui avait été autorisé par un texte (Décret n°73-314 du 14 mars 1973, *portant création d'un système national d'identification et d'un répertoire des entreprises et de leurs établissements*, JO du 21 mars 1973, p. 3042) à communiquer contre rémunération les informations issues du répertoire SIRENE. Successivement, l'automatisation du répertoire justifia la saisine de la CNIL qui émit un avis favorable à la pratique dans une délibération n°81-88 du 21 juillet 1981, *portant avis sur la mise en œuvre d'un traitement automatisé du répertoire national des entreprises et des établissements*, 2ème rapport d'activité de la CNIL p. 231. La mise à disposition par la Direction générale des Postes et Télécommunication de données issues de l'annuaire téléphonique est aussi attestée par des délibérations de l'autorité administrative indépendante (v. par exemple, et parmi bien d'autres, la délibération n°83-47 du 5 juillet 1983, *portant avis sur la cession commerciale des listes d'abonnés au téléphone par l'administration des PTT*, 4ème rapport d'activité de la CNIL p. 312). Quant à la commercialisation des données juridiques, et plus largement des informations détenues par la direction des journaux officiels, la pratique transparait à travers des textes qui réglaient la question de la perception d'une redevance pour la mise à disposition des données et de son affectation (v. Décret n°82-221 du 3 mars 1982, *autorisant les services du premier ministre à percevoir des recettes en contrepartie de la diffusion de données informatiques et portant affectation de recettes*, JO du 5 mars 1982, p. 771) ou de textes qui, après avoir posé le principe de la constitution d'une base de données, autorisaient la commercialisation de celle-ci et prévoyaient, très sommairement, certaines modalités de communication (v. en ce sens l'arrêté du 17 mai 1984, *relatif à la constitution d'une banque de données télématique des informations contenues dans le bulletin officiel des annonces civiles et commerciales et à sa commercialisation par la direction des journaux officiels*, JO du 26 mai 1984, p. 1664, ou encore l'arrêté du 9 juillet 1984, *autorisant la constitution d'une banque de données télématique des informations contenues dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics et à sa commercialisation par la direction des journaux officiels*, JO du 12 juillet 1984, p. 6073).
3. La commission européenne a commandité plusieurs études destinées à évaluer l'importance économique des données publiques. La première (Pira international, *Commercial Exploitation of Europe's Public Sector Information*, disponible sur, [http://www.ec.europa.eu/information\\_society/policy/psi/what\\_is\\_psi/index\\_en.htm](http://www.ec.europa.eu/information_society/policy/psi/what_is_psi/index_en.htm)) évaluait

ou services de la société de l'information, mais aussi d'activités économiques qui n'ont pas précisément pour objet la distribution de produits ou de services d'information. Autrement dit, les données publiques représentent un facteur non négligeable de développement des économies, dans lesquelles l'exploitation des valeurs immatérielles occupe une place importante.

**2. La pratique de la commercialisation des données publiques et les marchés de l'information.** – Eu égard à leur valeur marchande, les données publiques ont rapidement été saisies par les forces contradictoires de l'offre et de la demande<sup>4</sup>. Mais ce mouvement vers le marché, qui s'est développé<sup>5</sup> au gré des progrès techniques et de leur diffusion au sein du corps social et de l'administration, demeure inachevé. Ainsi, plus de vingt ans après que leur marchandisation a débuté, le potentiel économique des données publiques est encore, dans de nombreux secteurs d'activité, irréalisé. Deux raisons, au demeurant intimement mêlées, peuvent expliquer que la construction ou essor de certains marchés basés sur l'exploitation des informations issues du secteur public ait été troublé ou entravé.

La première découle de la constatation suivante : les données publiques constituent une ressource monopolisée par l'administration dont la fourniture, sauf dans le (rare) cas de figure où un texte prévoyait leur communication<sup>6</sup>, dépendait de son pouvoir discrétionnaire. Pour le secteur privé, l'exploitation économique des données publiques se trouvait donc conditionnée par la possibilité d'en disposer. Par conséquent, en l'absence d'accès aux données publiques ou, pour employer d'autres mots, en l'absence de commercialisation par l'administration de ses fonds documentaires, il n'était pas possible d'envisager que des

---

l'importance du marché à 68 milliards d'euros. Le dernier rapport commandité par la Commission, qui servira de base à l'évaluation de la directive 2003/98/CE (MESPIR, *Mesuring European Public Sector Information Resources, final report of Study on Exploitation of Public Sector information*, disponible sur, [http://www.ec.europa.eu/information\\_society/policy/psi/actions\\_eu/policy\\_actions/mespir/index\\_en.htm](http://www.ec.europa.eu/information_society/policy/psi/actions_eu/policy_actions/mespir/index_en.htm)) évalue entre 10 et 48 milliards d'euros le chiffre d'affaires qui pourrait être généré, pour l'ensemble des pays de l'Union européenne, par l'exploitation de l'information du secteur public. Ces chiffres sont seulement indicatifs, l'ensemble des études soulignant la difficulté d'opérer une telle évaluation alors que les données publiques exploitables ne sont pas exactement connues. Sur l'importance économique des données publiques, leur diversité et la pluralité de ses usages, on pourra aussi consulter le document de travail de l'OCDE, *Digital Broadband content : public sector information and content*, 30 mai 2006, disponible sur [http://www.oecd.org/document/62/0,3343,en\\_2649\\_34223\\_32160190\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/62/0,3343,en_2649_34223_32160190_1_1_1_1,00.html)

4. S'il n'est pas tout à fait exact de dire que l'information était étrangère au marché, puisqu'il existait – à l'état embryonnaire – des usages commerciaux de l'information, c'est l'informatique qui a permis d'activer un potentiel économique latent. v. par exemple, à propos de l'évolution des usages de l'information légale sur les entreprises, J. DRAGNE., « L'organisation de l'information légale sur les entreprises : le poids des contingences historiques, l'impact des nouvelles technologies. » *JCP* éd. E 1993, 387
5. Pour une présentation historique de cette évolution, v. M. RONAI, « De l'activisme informationnel à la régulation », in *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, éd. A jour, 1996, p. 21
6. Ce cas de figure était relativement exceptionnel. v. cependant le décret n°73-314 du 14 mars 1973, *portant création d'un système national d'indentification et d'un répertoire des entreprises et de leurs établissements*, préc.

activités économiques relatives à l'exploitation des données publiques pussent être exercées par le secteur privé. Or, cette mise à disposition n'est pas allée de soi. De nombreux et d'importants contentieux résolus sur le fondement du droit de la concurrence (Météo France, CEGEDIM, France Télécom par exemple) ont ainsi illustré la difficulté des entreprises à accéder aux ressources informationnelles du secteur public, soit que les administrations, peu habituées à recevoir ce type de sollicitations, en refusaient la fourniture, soient qu'elles ont voulu conforter leurs positions sur certains marchés en retardant ou en empêchant l'apparition d'un concurrent potentiel. Outre le fait qu'elles révélaient l'intérêt du secteur privé pour les données publiques, ces affaires ont bien montré que celui-ci se trouvait dépendant à l'égard du secteur public pour la fourniture des données. Sous l'éclairage du droit de la concurrence, de l'analyse économique, l'information du secteur public est souvent apparue, en raison des conditions de sa production et, subséquemment, de ses caractéristiques, comme une « ressource essentielle » ou une « matière première » nécessaire à la réalisation d'activités productives. Soulignant la position particulière des organismes publics sur les marchés de l'information, ces litiges ont ainsi mis en exergue la question de l'accès aux données publiques : c'est là l'interrogation centrale, essentielle, dans la perspective du développement des marchés.

À côté de l'accès, la pratique de la commercialisation des données publiques soulevait une autre importante difficulté. Elle est relative à l'indétermination de son régime juridique. Dominée, principalement, par des impératifs techniques et économiques, l'accession des données publiques au marché (lorsqu'elle a pu avoir lieu) s'est réalisée de manière empirique. Leur mise à disposition au profit du secteur privé, ou la conception de produits informationnels à destination d'utilisateurs finaux par le secteur public, a eu lieu sur le fondement de constructions conventionnelles<sup>7</sup>, suivant des politiques propres à chaque service public<sup>8</sup>, sans qu'aucune coordination de la part du centre n'intervienne<sup>9</sup>. A défaut d'action réglementaire générale, il est donc revenu aux contrats, au regard des impératifs de l'action publique et des besoins des services, de régler les différents aspects juridiques, économiques et techniques de la commercialisation des données publiques. Cette détermination, cas par cas, des conditions juridiques de commercialisation s'est avérée

---

7. Quelquefois des textes, applicables à tel ou tel service ou à une base de données particulière, venaient autoriser, accompagner ou consacrer une politique de commercialisation.

8. La commercialisation a eu lieu spontanément, suite aux sollicitations du secteur privé ou à la prise de conscience par certains services de l'importance de leur patrimoine informationnel et de l'intérêt de le valoriser (v. l'expérience de la direction générale des télécommunications relatée par Mme F. BAQUIAST in J-P. CHAMOUX, *L'appropriation de l'information, contributions à un séminaire organisé par l'association "Droit et informatique"*, Paris, Librairies techniques, 1986). D'autres fois, plus rarement, elle a été induite par la mise en œuvre de politiques de diffusion de l'information.

9. Ce phénomène est propre à l'Europe. Aux Etats-Unis, dans un contexte culturel et historique très différent, la question de l'accès du secteur privé avait été saisie par les pouvoirs publics. v. M. RONAI, « Données publiques et deniers publics aux Etats-Unis », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, éd. A jour, 1996, p. 112

complexe et précaire en raison de la profusion de dispositions légales et réglementaires applicables (droit des données personnelles, droit de la propriété intellectuelle, règles de secret, droit d'accès aux documents administratifs) et des difficultés de mise en oeuvre de certaines législations aux données publiques, voire aux personnes publiques, et qui étaient par ailleurs, pour certaines d'entre elles en tout cas, en pleine mutation.

Insérée dans un environnement juridique peu prévisible, tributaire de la décision du détenteur de l'information de donner accès à son bien, marquée par l'absence de politique publique coordonnant les initiatives des administrations sur le marché ou les incitant à mettre leur données à disposition du secteur privé, la pratique du commerce des données publiques s'est révélée être juridiquement très incertaine.

**3. La réglementation du commerce des données publiques.** – Ces incertitudes n'ont pas pu être dissipées par les réflexions de la doctrine menées sur la base des grandes législations applicables à la question ni par la jurisprudence, bien qu'elles aient apporté certains éclaircissements. Des études sectorielles ou générales ont certes permis de dégager les principaux éléments du régime juridique du commerce des données publiques en commençant à envisager, dans des perspectives souvent très différentes, l'application et l'articulation des différentes règles de droit qu'appelle l'examen du sujet. À y regarder de près, la plupart de ces recherches se sont d'abord attachées à résoudre la problématique de la mise à disposition de l'information publique, même si elle ne représente qu'une facette de la commercialisation des données publiques. Aussi bien, les travaux relatifs à la commercialisation des données publiques ont-ils concerné l'étude des différentes questions juridiques posées par l'accès à l'information, quand bien même l'ont-ils abordé non pas sous l'angle du marché mais sous l'angle du service public<sup>10</sup>, en insistant sur la diffusion de l'information, les besoins du service public, ses obligations ou les difficultés juridiques et pratiques rencontrées par l'administration. En somme, en posant la question de savoir ce que l'administration pouvait vendre et à quelles conditions<sup>11</sup>. Pour le dire autrement : la réflexion sur la réglementation du commerce des données publiques s'est pratiquement confondue avec la question de l'accès aux données. On le comprend d'ailleurs aisément : si l'accès n'était pas réalisé, les autres questions juridiques soulevées par la commercialisation des données publiques (qui interviennent en aval de l'accès), comme celles relatives aux rapports entre secteur public et privé sur le marché, celles des relations entre les producteurs de produits ou services d'informations réalisés à partir de données publiques et le marché, n'auraient pas lieu

10. La lecture de la problématique de la fourniture des données publiques par le secteur public au secteur privé est rendue complexe par le fait même qu'elle peut être analysée en insistant sur la situation du secteur public, ses besoins, ses obligations, tantôt en insistant sur les besoins du marché. Les deux approches se complètent néanmoins, la construction d'un régime juridique de l'accès aux données publiques ne pouvant faire fi des impératifs de service public.

11. GAUDRAT (P.), « La commercialisation des données publiques », Paris, la documentation française, 1991.

d'être. En relation immédiate avec la construction des marchés, la problématique de l'accès soulève de surcroît, à la différence d'autres interrogations qui peuvent être résolues par l'application des principes du droit de la concurrence ou de droit public applicables aux interventions de l'administration sur le marché, voire par l'application ou la transposition de solutions acquises en droit privé, des questions juridiques inédites et des plus délicates à résoudre. Une multiplicité de législations entrent ici en jeu, dont l'application au secteur public n'est pas toujours acquise, qu'il convient d'articuler entre elles et d'interpréter au regard des exigences souvent contradictoires, plus rarement concordantes, du marché et du service public, ou de politiques publiques de diffusion de l'information.

La jurisprudence, de son côté, a permis de mieux cerner les conditions de production des données publiques tout en illustrant les difficultés juridiques posées par l'accès à l'information publique et la commercialisation des données publiques d'une manière plus générale. D'un point de vue pratique, elle a aussi permis, ponctuellement, de résoudre la question de l'accès aux données, ouvrant à des conditions concurrentielles les fonds informationnels détenus par le secteur public lorsque celui-ci exploitait ses propres données sur le marché. Cependant, compte tenu de son temps d'intervention et de considérations propres au droit de la concurrence, elle ne pouvait apporter de solution globale à la problématique de la mise à disposition des données publiques.

En vérité, cette question de l'accès (et les conditions de l'accès) des opérateurs privés aux fonds informationnels du secteur public, ne pouvait trouver de réponse dans le recours aux principes de base de l'ordre juridique<sup>12</sup>. Celle-ci devait être apportée au niveau politique, les choix impliqués par la mise à disposition des données publiques ne relevant pas à l'évidence de l'ordre du droit<sup>13</sup>.

Ainsi, après quelques tentatives infructueuses, au plan national<sup>14</sup>, c'est une initiative législative de la Commission européenne qui a jeté les bases d'un régime juridique de la

12. CHEROT (J.-Y.), « La nécessité d'un cadre réglementaire », groupe de travail sur l'information du secteur public, Aix-en-Provence, 29 mars 2002, p. 2, *inédit*

13. VIVANT (M.), « Contraintes, solutions, cadre juridique », *Exploiter les données publiques*, le communicateur dossier n° 31, éd. A Jour, p. 121

14. Quelques textes nationaux sont intervenus. Mais leur portée normative était trop faible, ou leur champ d'application trop limité, pour réglementer la problématique de l'accès et plus généralement pour poser les prémices d'un régime juridique de la commercialisation des données publiques. Ainsi, la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques (*JO* du 19 février 1994, p. 2864), qui peut s'analyser comme le premier texte qui a esquissé une régulation du secteur, a eu peu d'effet sur la pratique, tout au plus elle fixait la doctrine de l'administration sur la question. La circulaire du 20 mars 1998 *relative à l'activité éditoriale de l'administration et des établissements publics de l'Etat*, (*JO* du 22 mars 1994, p. 4301) est en revanche un peu plus prolixe ; couplée à celle du 9 novembre 1999 (*relative à l'institution d'un médiateur public de l'édition*, *JO* du 21 décembre 1999, p. 18983 ; M. LEVY-ROSENWALD, « Le médiateur de l'édition publique », *PA* 2003, n°173, p. 15) elle esquisse même une régulation entre le secteur public et privé, mais elle est seulement applicable au domaine de l'édition publique. Quant au projet de loi sur la société de l'information (A.N., n°3143, 18 juin 2001, v. notamment, le titre I relatif à l'accès à l'information et plus particulièrement le titre II relatif à la diffusion des données publiques numérisées, articles 14 à 16), il n'a jamais dépassé le stade de la première lecture à l'Assemblée.

commercialisation des données publiques. En mettant en place un certain nombre de règles destinées à faciliter l'accès aux données publiques par le secteur privé, la directive 2003/98 CE relative à la réutilisation des informations du secteur public<sup>15</sup> tente d'apporter la sécurité propice à l'épanouissement des investissements ; par là, elle tend à garantir le développement, voire l'ouverture, des marchés intégrant des contenus informationnels issus du service public dans le but, notamment, de promouvoir la création de produits et services d'information européens et la croissance des industries européennes de l'information. Mais l'oeuvre du législateur communautaire, qui est fort incomplète et très limitée, n'a pas vraiment été bonifiée par le législateur national lors de la transposition de la directive, de sorte que la capacité de cette première réglementation du commerce de l'information publique à résoudre les difficultés posées par la pratique et satisfaire les objectifs poursuivis par la Commission européenne pose question. Transposée par l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>16</sup> dans la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs<sup>17</sup>, ce texte, on peut le dire immédiatement, ne permettra pas de cerner le régime juridique de la commercialisation des données publiques, puisque ce n'était pas là son objet, mais il ne permettra pas non plus de déterminer avec une prévisibilité suffisante celui de l'accès aux ensembles informationnels du secteur public, alors qu'il avait vocation à le réglementer. Et, sans exagérer, on peut dire que le régime de la commercialisation des données publiques demeure encore introuvable.

Pour saisir ses lacunes, traçons à gros traits les principaux caractères de cette législation. Les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 destinées à encadrer la commercialisation des « informations publiques » sont d'abord limitées dans leur étendue, puisqu'elles ne sont pas applicables à l'ensemble des informations du secteur public. Pour nombre d'informations publiques, qui font d'ores et déjà l'objet de commerce, la loi ne change donc rien ; pour les autres, les difficultés d'accès subsisteront. On peut observer ensuite que le contenu normatif de ce texte est très éthéré en ce sens que, pour la plupart d'entre elles, les règles qu'il pose sont très générales, peu prescriptives ou à portée pratique et, dans certains cas, elles ne font que cristalliser les pratiques en place. En conséquence, la définition, l'interprétation et l'application des règles juridiques applicable à tel ou tel aspect du commerce de l'information publique nécessitera encore un effort de clarification, d'interprétation et peut-être aussi quelques contentieux. Par exemple, s'agissant de la question fondamentale de l'accès aux ensembles informationnels du secteur public, au-delà de l'instauration de règles destinées à assurer la transparence des relations entre secteur public et privé, ou le rappel de certains principes issus du droit de la concurrence qui ont un contenu

- 
- 15. Directive 2003/98 CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 *concernant la réutilisation des informations du secteur public*, JOUE L. 345/90 du 31 décembre 2003
  - 16. Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des données publiques*, JO du 7 juin 2005, p. 10021
  - 17. 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*, JO du 18 juillet 1978, p. 2851

suffisamment défini, la délimitation de son régime juridique ne peut résulter de la seule lecture du texte de la loi. En premier lieu, parce que les règles posées par la loi sont issues de différentes législations, le droit de la concurrence, le droit des données personnelles, le droit de la propriété intellectuelle et la loi sur l'accès aux documents administratifs. Aussi ces législations constituent une référence intellectuelle, indispensable à l'interprétation du texte, qui devront d'ailleurs être conciliées entre elles, au regard de l'objet du texte, lorsque celui-ci n'établit pas de régime spécifique. En second lieu, parce ces législations, on pense notamment au droit de la propriété intellectuelle, posent des problèmes d'application lorsqu'on l'envisage par rapport à l'information ou aux personnes publiques. L'application de la loi suppose ainsi, parfois, que certaines questions d'application ou d'interprétation, qui ne sont pas inhérentes à la problématique de la commercialisation des données publiques, soient résolues ou évoquées. Plus souvent, elle implique que différentes législations fassent l'objet d'une articulation alors qu'elles ont des objets complètement contradictoires.

Si cela ne suffit pas à montrer que le régime juridique de la commercialisation des données publiques est, à ce jour, peu lisible, il faut encore dire qu'en dehors de l'application de la loi, c'est-à-dire pour un bon nombre de données publiques, ce sera l'application de ces législations générales qui viendra, autant que cela est possible, régir la pratique de la commercialisation des données publiques. Le régime de la commercialisation des données publiques, si tant est que l'on puisse le qualifier comme tel, résulte donc de l'application concomitante ou alternative de différents corps de règles qui saisissent quelquefois parfaitement, quelquefois avec difficulté, les données publiques.

**4. Les données publiques, un bien insaisissable.** – En réalité, la difficulté à cerner un régime juridique de la commercialisation des données publiques, même lorsque des règles ont été pensées pour régir l'accès à l'information et la construction du marché, n'est pas inhérente au processus d'adoption des directives ni aux choix effectués par le législateur national, bien qu'ils aient leur influence. Fondamentalement, c'est l'objet de la recherche, l'information issue du secteur public, qui ne peut être saisi de façon univoque. Pour le dire autrement, et un peu brutalement, il est difficile d'imaginer un régime juridique de la commercialisation des données publiques parce qu'il n'existe pas une donnée publique ressemblant à une autre.

La recherche sur le régime juridique de la commercialisation des données publiques, comme toutes les études portant sur cette matière, se heurte à une difficulté majeure : la très grande diversité des informations produites au sein du secteur public. La collecte, le traitement, la production d'informations, sont en effet consubstantiels à l'exercice par les services publics de leurs obligations<sup>18</sup>. Or, celles-ci sont très hétéroclites. Il y a donc autant de données publiques que d'activités assumées par les organismes du secteur public pour

---

18. v. en ce sens, MAISL (H.), *Droit des données publiques*, préc. p.17



accomplir leurs missions. Dès lors, au sein d'un même service, la nature des productions informationnelles peut s'avérer très variée<sup>19</sup>. Pour illustrer cette réalité contrastée, on rappellera que sous le vocable de données publiques coexistent des contenus informationnels aussi divers que les photographies numérisées d'œuvres d'art, des relevés atmosphériques, des données topographiques, des fonds de carte, des archives audiovisuelles, et plus généralement une kyrielle d'informations alphanumériques telles que les coordonnées téléphoniques, les informations du recensement de la population, les informations du BODACC, les données relatives à l'identification des entreprises, la jurisprudence, les résultats d'examens, le fichier électoral et les demandes d'occupation des sols.

Variant en fonction de l'activité du service public, les données publiques sont aussi difficiles à saisir en raison de la diversité des rôles assumés par les organismes du secteur public à leur égard. Il n'y a pas de relation univoque entre les services publics et l'information qu'ils détiennent, mais des rapports de tous ordres, aux multiples facettes<sup>20</sup>. Certains organismes du secteur public produisent ou collectent des données qu'ils sont par ailleurs appelés à diffuser (météorologie, géographie, statistique). Dans d'autres cas, ils collectent et produisent des données pour répondre à des missions qui n'impliquent pas précisément la diffusion de l'information (immatriculations). Parfois, ils ne sont que les dépositaires des données qu'ils sont chargés de centraliser (RCS) ou de diffuser (journaux officiels). Quelquefois, c'est l'activité du service public qui secrète de l'information sans qu'elle ait pour objet de la produire (justice, éducation). Les services publics peuvent aussi générer de l'information pour leurs besoins propres ou les besoins des usagers. Par conséquent, ils se présentent successivement comme les auteurs des informations ou simplement comme les diffuseurs, voire comme simples détenteurs, dépositaires ou encore exploitants. Ces différents statuts peuvent encore se cumuler au sein d'un même organisme. Il n'existe donc pas de statut univoque de l'information au sein du secteur public.

Ce foisonnement de données et de rapports entre les organismes du secteur public et les données n'est évidemment pas neutre au plan juridique. Le faisceau de dispositions légales ou réglementaires applicables aux données publiques variera donnée par donnée. Certaines contiennent des données personnelles et impliquent l'application de la loi informatique et libertés, d'autres pas. Certaines sont saisies par le droit d'auteur, d'autres par le droit des bases de données, d'autres encore ne sont pas susceptibles d'appropriation. Certaines sont soumises à une réglementation spéciale, comme les données statistiques, la production d'autres informations peut dépendre de conventions internationales. Différentes règles peuvent donc dans le même temps ou alternativement saisir l'information publique, ce dont il

19. L'autre cas de figure est plus exceptionnel, il est rare que différents organismes du secteur public soient chargés de collecter une information similaire. C'est pourtant la situation dans laquelle se trouvent l'INPI, l'INSEE et les greffes des tribunaux de commerce, v. J. DRAGNE., « L'organisation de l'information légale sur les entreprises : le poids des contingences historiques, l'impact des nouvelles technologies », préc.

20. PRESLE (de la) (A.), « Vers un statut des données publiques », *Revue Brises*, novembre 1988, p. 40.

conviendra de tenir compte dans le cadre d'une exploitation commerciale. De plus, indépendamment de ces variations, l'exploitation commerciale de l'information peut entrer en conflit avec les missions de service public imparties à l'organisme public, qui sont très variables selon les secteurs et qui sont elles-mêmes commandées par l'application d'une réglementation particulière. Parfois, au contraire, l'exploitation commerciale peut aussi favoriser l'accomplissement de la mission.

Ce foisonnement n'est pas neutre non plus au plan économique. Cet aspect, nous semble-il, n'a pas été suffisamment souligné par les travaux réalisés sur la question qui, dans leur ensemble, ont tendance à envisager l'existence d'un marché de l'information. Cela nous semble difficilement imaginable. Les conditions de production des données publiques au sein du secteur public sont très différentes. La production de données publiques pour certains organismes nécessite de lourds investissements et la mise en place d'un véritable réseau de collecte, qui doit faire l'objet de financement et d'investissement particuliers, dans d'autres cas la production d'informations n'est que le substrat ou l'accessoire d'une mission de telle manière qu'il est difficile de dissocier ses coûts et ceux du service public, dans d'autres la collecte est financée par une taxe (ce qui empêche d'envisager une réglementation, ou une régulation de manière univoque). Mais ce n'est pas là le seul aspect. Les différents litiges intervenus sur le fondement du droit de la concurrence ont bien montré que les données publiques peuvent faire l'objet d'usages très différents. Autrement dit, les données publiques peuvent alimenter l'activité d'entreprises se situant sur des marchés différents. Même lorsque l'on approche la question en termes de régulation, il devient difficile de penser un cadre réglementaire homogène car la structure des marchés est différente. Peut-on réellement comparer la commercialisation de l'information sur les entreprises, les données géographiques ou satellitaires, les collections iconographiques des musées, ou la commercialisation par une collectivité des bases données du permis de construire ? Elles correspondent à des usages différents, des marchés différents et qui sont aussi différents selon leur structures ou leur caractéristiques. Les données publiques ne sont pas toujours une facilité essentielle par exemple. Pareillement, il est difficile d'imaginer des règles qui régiraient un marché de l'information alors que le bien en cause est soumis à des conditions de production et de commercialisation non homogènes.

En raison de cette extrême diversité, inhérente à certaines caractéristiques du bien en cause – comme le don d'ubiquité, qui permet à l'information de répondre dans le même temps, ou dans le temps, à une grande variété d'usages économiques ou non économiques -, il devient difficile d'établir un cadre réglementaire permettant de régir ces multiples situations. Seule une loi très générale, indiquant quelques règles à suivre pour régir des cas particuliers, pouvait être adoptée.

**5. Définition des données publiques.** – Pour saisir cette réalité complexe, la définition des données publiques qui a été retenue est volontairement large et peu précise. Le seul critère qui permette d'identifier, infailliblement, tous les contenus informationnels

pouvant être reconnus comme appartenant à la catégorie des données publiques est celui du service public, entendu au sens matériel. En effet, de manière plus ou moins immédiate, les données publiques sont toujours associées au service public, qu'elles en constituent l'objet, le support, l'accessoire ou une production dérivée. Elles seront donc définies comme l'ensemble des informations collectées ou produites dans le cadre d'une activité de service public, quel que soit son caractère, administratif ou industriel et commercial. Cette définition n'est pas originale. Elle est identique à celle proposée par certains auteurs ou quelques textes<sup>21</sup> ; et, plus généralement, elle se situe dans le sillage de toutes celles qui ont pu être évoquées par la doctrine<sup>22</sup>.

Deux aspects de cette définition doivent être précisés. Le terme de donnée sera considéré comme synonyme d'information<sup>23</sup>, car le phénomène technique qui est à l'origine de la problématique de la commercialisation des données publiques n'a pas encore mis fin à d'autres procédés d'utilisation de l'information au sein du secteur public. Autrement dit, même si cela est de moins en moins vrai en raison des progrès de la numérisation, la question de la commercialisation peut se poser pour des informations formatées pour être traitées par un système informatique ou pour celles qui ne le sont pas, qu'elles soient stockées sur un support papier ou autre<sup>24</sup>. Il n'y a pas de raison de faire de distinction en fonction de la nature du support, du moins d'un point de vue juridique. Mais, principalement, c'est pour bien distinguer l'objet de cette étude de l'objet de la régulation de la loi du 17 juillet 1978 que le terme de donnée a été retenu. Ce texte, en effet, est applicable à l'information publique. Or, les réalités saisies par la notion d'information publique sont identiques à celles qui sont appréhendées par la notion de données publiques tout en ayant un régime juridique partiellement différent, puisque la loi du 17 juillet 1978 ne recouvre qu'une partie des

21. « Les données publiques seront ici entendues comme l'ensemble des données produites dans le cadre d'une activité de service public. » (J-M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Litec, coll. Droit@Litec, p. 5). L'article 14 du projet de loi sur la société de l'information (préc.), définissait les données publiques comme « les données numérisées, collectées ou produites dans le cadre de leur mission de service public, par les personnes publiques ainsi que par les personnes privées chargées d'une telle mission ».

22. Le « rapport GAUDRAT » (*La commercialisation des données publiques*, OITJ, préc. p.3) la définissait comme « la donnée produite usuellement par un service public au sens large ». Quant à la circulaire du 14 février 1994, elle disait que « par publique, il faut entendre une donnée collectée ou produite, dans le cadre de sa mission, sur fonds publics ». On peut enfin signaler la définition proposée par la recommandation du Forum des droits sur l'Internet : « constituent des données publiques, toutes les données, numériques ou non, produites ou collectées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics dans le cadre d'une mission de service public. De même, sont incluses dans le champ des données produites, les données produites ou collectées par les personnes privées gestionnaires d'une mission de service public dans le cadre de cette mission » (recommandation du 14 avril 2003, *Quelle politique de diffusion des données publiques*, rapport pour l'année 2003, La documentation française 2004).

23. v. en ce sens aussi, MAISL (H.), *Le droit des données publiques*, préc. et BRUGUIERE (J-M.), *Les données publiques et le droit*, préc.

24. Ainsi, la directive 2003/98 CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 *concernant la réutilisation des informations du secteur public* (préc.) est indifféremment applicable aux documents du secteur public quelque soit leur support.

informations qui pourraient recevoir la qualification de données publiques. La catégorie des données publiques est plus large que celle d'informations publiques et le traitement par le droit de la question de la commercialisation des données publiques dépasse l'appréhension législative, non seulement parce que le champ d'application de la loi est limité mais aussi en raison de sa faible densité normative. La deuxième précision concerne le critère du service public. En dehors du fait qu'une définition des données publiques à travers un critère matériel permet d'avoir une perception globale de la problématique, elle paraît plus pertinente du point de vue du droit économique et de la perspective de la constitution des marchés. Ce sont bien en effet les conditions de production des données publiques dans le contexte de l'activité du service public qui en font la spécificité, qui conduisent aussi à leur attribuer certains caractères qui sont recherchés par le marché, ou qui posent difficulté à l'égard du marché, les services publics détenant un monopole légal, un monopole de fait ou des éléments de réseau. Pour le reste, le critère du service public pourra certaines fois, lorsque c'est pertinent par rapport à l'application de telle ou telle législation, s'agrémenter du critère de la destination. Certaines données publiques produites par le service public sont en effet appelées à être communiquées. Mais, ce n'est là qu'un critère supplétif. Le critère du financement qui, s'ajoutant au critère du service public, tendait à définir les données publiques comme celles collectées sur fonds publics, ne sera pas retenu. De nombreux organismes publics, notamment dans le domaine des données publiques, finançant une partie de leur activité à partir de recettes commerciales tirées de la mise à disposition d'informations ou de données.

**6. Objet et limites de la recherche.** – La diversité des données publiques et des règles de droit, qui sont applicables à leur commerce, couplée au refus de limiter cette étude aux seules informations qui à ce jour ont intéressé le marché (ce qui nous est au demeurant impossible de juger), rend difficile, sinon impossible, la construction d'un régime juridique de la commercialisation, quand bien même s'agirait-il de le penser à l'image des régulations sectorielles, les conditions économiques de production des données étant trop variables, les secteurs d'activités trop spécifiques, les obligations de service public très différentes. Surtout, pour l'heure en tout cas, une telle étude se heurte à un autre obstacle majeur, l'indétermination des règles de droit applicable au commerce des données publiques et leur manque de clarté : on ne sait pas toujours quelle règle appliquer, on ne sait pas forcément comment l'appliquer, on n'a pas saisi les implications de cette application. Cette recherche n'a pas non plus comme objet de tracer quelques lignes forces qui permettraient de résoudre des cas particuliers, même si ce travail par certains de ces aspects pourrait s'apparenter à une telle réflexion. Notre ambition est autre. Elle consiste en refusant, autant que faire se peut, d'observer la problématique de la commercialisation des données publiques sous l'angle du service public et de l'intérêt général ou sous celui du marché et de ses intérêts particuliers, c'est-à-dire en regardant simplement les règles de droit dans leur relation avec la mise en mouvement de l'information publique, à dégager et à clarifier les principales questions

juridiques qui permettront de répondre à l'interrogation sur l'encadrement juridique de la commercialisation des données publiques lorsque, dans tel ou tel cas, elle viendra à se poser. Ce parti pris est, nous semble-t-il, justifié par la nature particulière de l'objet de l'étude, l'information (publique), la plus insaisissable de toutes les notions fuyantes. C'est en effet l'information (publique) qui autorise le rapprochement entre des règles de droit rarement associées ou qui donne lieu à des combinaisons juridiques originales, des oppositions inextricables, des télescopages de logique inédits, ce qui rend bien complexe la lecture juridique du sujet, sans compter sur le fait qu'il s'insère dans un rapport de forces particulier entre secteur public et privé. En bref, il nous a semblé que, dans une matière qui est loin d'être stabilisée et qui a beaucoup évolué depuis la dernière importante étude juridique réalisée en 1994, les règles de droit applicables à l'information publique nécessitaient avant tout d'être éclairées (par elles-mêmes et dans l'articulation avec d'autres corps de règles), notamment après l'avènement d'un cadre réglementaire qui vient se superposer aux législations générales qui déjà régissaient le commerce de l'information publique. Aussi, ne proposerons-nous pas une théorie sur le commerce de l'information publique et, par certains de ces aspects, notre réflexion pourra apparaître très peu systématique, très pragmatique même.

Concrètement, il s'agira de partir de l'observation des règles, qui sont applicables au commerce de l'information publique, en posant la question de leur application lorsqu'elle ne va pas de soi, ou la possibilité de transposer certaines analyses à ce secteur d'activité, en regardant les tensions que peuvent susciter leurs applications simultanées dans la perspective de la commercialisation. Au fond, il s'agit d'évoquer trois questions, qu'il faudra lire dans une perspective de droit économique, de construction des marchés de l'information, et relier avec une réflexion sur l'aptitude des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 à atteindre les objectifs de la directive. Quelles sont les règles applicables au commerce des données publiques ? Suscitent-elles des difficultés d'application à l'information ou aux opérateurs publics ? Comment s'articulent-elles entre elles ? Bien souvent, notre réflexion n'aura d'autre résultat que de montrer l'existence de difficultés, ou de poser certaines questions. En effet, l'application de corps de règles aussi différents (qui ont des champs d'application qui ne se recoupent pas et des objectifs parfois conflictuels) que le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence, le droit des données personnelles, le droit du service public, certains éléments de droit communautaire et la loi du 17 juillet 1978, qui pour certaines d'entre elles sont en train d'évoluer ou qui exigent certaines clarifications étrangères à la problématique de la commercialisation, voire l'absence d'éléments d'interprétation, ne nous permettra pas d'aller au delà.

**7. Plan.** – Pour essayer d’organiser ce travail de clarification, il était un plan qui suivait parfaitement le mouvement de l’information publique vers le marché, dont on a longtemps espéré qu’il figurât dans les pages suivantes. Mais, nous devons nous contenter d’évoquer son souvenir car, distinguant la question de la disponibilité des données publiques (les données publiques sont-elles accessibles ? Existe-t-il des règles juridiques entravant l’accès aux données ?), la question de l’accès aux données publiques, puis celle de leur circulation sur le marché (régime de l’usage de l’information, concurrence entre le secteur public et privé), cette présentation était trop déséquilibrée : on l’a évoqué dans les lignes précédentes, tout ou presque tout est dans l’accès. Il était cependant utile de le rappeler pour marquer les temps du mouvement de l’information de l’administration vers le marché.

La structure de cette présentation sera donc toute autre. Elle s’inspirera de la dialectique entre la réglementation sectorielle et la réglementation générale, telle quelle peut exister dans les secteurs faisant l’objet d’une régulation. La réglementation du commerce des données publiques, tel qu’il résulte de la loi du 17 juillet 1978 relative à l’accès aux documents administratifs, pourrait s’apparenter à une réglementation sectorielle destinée à garantir l’accès des entreprises du secteur privé au marché. Cependant le parallèle s’arrête là. Premièrement, parce que la loi ne réglemente pas tout le commerce des données publiques. Deuxièmement, parce que les règles qu’elle pose impliquent pour leur application et leur interprétation le recours à un grand nombre de dispositions qui sont étrangères au corps de la loi et qui, par ailleurs, pour certaines d’entre elles, n’imposent pas plus d’exigences que les législations qu’elles intègrent. Troisièmement, parce que la réponse à la question de l’encadrement juridique du commerce des données publiques implique que l’application de la loi soit complétée par d’autres règles. Ainsi, les règles générales, les grandes législations applicables à la commercialisation des données publiques, permettront, d’une part, de répondre à la question de l’encadrement juridique de la commercialisation ou à sa régulation pour les données qui sortent du champ d’application de la loi. D’autre part, elles serviront de référence intellectuelle pour l’interprétation de la loi. Enfin, elles compléteront l’application de la loi. Cette dialectique complexe soulève une question délicate de distribution des différents développements de cette étude, notamment parce que la loi, on y insiste, n’impose certaines fois pas plus d’exigences que celles qui auraient pu être imposées par les législations générales, il en va ainsi de la question tarifaire et globalement de l’encadrement juridique de licences d’utilisation des données. Autrement dit, ces développements pouvaient être rattachés indifféremment soit à l’étude des règles générales ou celles plus spécifiques prévues par la loi. Pour des questions d’équilibre, sauf exceptions, toutes les matières que la loi intègre seront étudiées à l’occasion des développements consacrés à la loi, mais il faut garder à l’esprit qu’ils constituent autant d’éléments d’un encadrement juridique autonome de la commercialisation des données publiques.

Cela étant précisé, la première partie sera consacrée à l’étude du commerce des données publiques dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978. La seconde à l’étude des différentes réglementations générales qui viennent encadrer le commerce des données

publiques, indépendamment de la loi, en complément de la loi, ou dont la connaissance est nécessaire à l'application des dispositions législatives.

**Première partie : Le commerce des données publiques dans la loi du 17 juillet 1978.**

**Seconde partie : Les règles générales applicables au commerce des données publiques.**

## **PREMIERE PARTIE**

---

### **LE COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES DANS LA LOI DU 17 JUILLET 1978**





**8. Le commerce des données publiques saisi par la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs.** - L'association des règles issues de la directive 2003/98/CE relatives à la réutilisation de l'information publique et la problématique économique, qui est sous-jacente aux interrogations juridiques qu'elle peut susciter à celles, plus anciennes et poursuivantes d'autres fins relatives à l'accès aux documents administratifs, peut, à première vue, surprendre. Il faudra pourtant s'y habituer, car c'est de cette manière, en suivant cette voie originale<sup>25</sup> non dénuée de raison mais surtout d'ambiguïtés, que le législateur national a entendu procéder à la transposition de la directive 2003/98/CE. Saisie par la loi du 17 juillet 1978, la première réglementation générale du commerce de l'information publique est marquée, à titre éminent, et c'est là une autre spécificité de la transposition, par la présence d'une obligation de communication des données publiques à des fins de réutilisation. L'innovation est remarquable. Alors que, pendant plusieurs années, le pouvoir discrétionnaire de l'administration (lorsqu'il n'existait pas de texte particulier) n'avait pu être contraint que par le droit de la concurrence, la création du droit à la réutilisation ouvre largement l'accès des fonds informationnels du secteur public au secteur privé. En tout cas, formellement, il renverse un rapport qui était plutôt favorable au secteur public, qu'aucun texte général n'obligeait auparavant à examiner une demande d'accès à ses données.

Cependant, l'avènement de ce droit et d'un régime juridique qui l'accompagne ne règle pas toutes les difficultés mises en évidence par plusieurs années de pratique et de litiges, au contraire. Traitant inégalement les différentes facettes juridiques du commerce de l'information publique, la loi du 17 juillet 1978 et son décret d'application apportent parfois des réponses, mais, le plus souvent, se contentent de poser des jalons, leurs dispositions renvoyant pour leur application à l'interprétation d'autres normes. À cet égard, à l'instar de la directive 2003/98, les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation constituent le point de rencontre ou de convergence de plusieurs législations ou principes que la transposition n'a pas, sauf pour ce qui concerne le régime de la protection des données personnelles, affecté et dont l'interprétation et l'articulation avec ses autres dispositions sont nécessaires à l'application de la loi. La lecture de la loi ne s'en trouve évidemment pas facilitée. De plus, même lorsqu'elle aborde les questions clés de la problématique de l'exploitation économique des données publiques, elle ne fait que poser de grandes règles générales, qui sont rarement très précises. D'autres fois encore, elle introduit des notions nouvelles dont le contenu et la portée ne sont pas apparents. En d'autres termes, pour être appliquées, ces dispositions devront donc être explicitées, clarifiées et précisées : c'est là que notre travail réside. Il faut immédiatement dire qu'il se heurte à deux écueils. La transposition résultant d'une ordonnance, les sources d'interprétation sont maigres et, quelquefois, il s'avère très difficile d'appréhender certaines dispositions, notamment lorsque le législateur

---

25. Peu de pays de l'Union européenne ont procédé à cette association. La Slovénie cependant a cependant suivi cette voie.

s'est éloigné de la directive. À cette difficulté, qui est propre à la loi, il faut ajouter que l'application de certaines des règles auxquelles elle renvoie ne sont pas complètement stabilisées. Cela complique un peu plus la lecture des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation. Celles-ci devront par ailleurs être observées à l'aune des objectifs de développement des marchés et de clarification des conditions d'exploitation des données publiques fixés par la directive. Or, on aura remarqué qu'en associant la question de la commercialisation des données publiques à une loi relative à l'accès aux documents administratifs, la problématique industrielle à l'origine de l'intervention du législateur communautaire se trouve quelque peu éludée. Aussi, conviendra-il d'analyser la loi en essayant, autant que cela est possible, de répondre à la question de savoir si elle peut permettre de satisfaire les objectifs de la directive, en appréciant notamment la portée que le législateur a entendu donner au droit de réutilisation et, plus généralement, à cette réglementation.

**9. Plan.** - Pour le reste, le propos sera centré sur le droit de réutilisation à travers lequel la pratique de la commercialisation des données publiques, telle qu'elle a été saisie par la loi, transparait. Par conséquent, après avoir présenté le droit de réutilisation et mesuré son étendue (titre I), nous examinerons son régime juridique (titre II).

## Titre premier

# Le droit de réutilisation de l'information publique

**10. Consécration d'un droit de réutilisation des données publiques.** - La directive 2003/98/CE n'imposait pas au législateur de consacrer un véritable droit à la réutilisation des informations publiques, au contraire. Très respectueux des prérogatives des Etats membres, le texte communautaire laissait les Etats et leurs organismes publics libres de déterminer les cas dans lesquels la réutilisation serait autorisée ou pas. Autrement dit, l'autorisation de réutilisation relevait de l'organisme détenteur de l'information. À cet égard, les considérants 9 et l'article 3 de la directive sont très clairs. Le premier affirme que « la présente directive ne contient aucune obligation d'autoriser la réutilisation de documents. La décision d'autoriser ou non la réutilisation est laissée à l'appréciation des Etats membres ou de l'organisme du secteur public concerné ». Quant à l'article 3, il impose aux Etats membres de veiller à ce que « lorsque la réutilisation de documents détenus par des organismes du secteur public est autorisée », ils puissent être réutilisés « à des fins commerciales ou non commerciales conformément aux conditions définies aux chapitres III et IV »<sup>26</sup>. La directive laissait donc les Etats libres de la suivre ou définir, à la charge des organismes publics, des obligations plus lourdes que celles qu'elle prescrivait. Aussi bien, nombre d'Etats de l'Union ne l'ont pas bonifiée. S'engageant dans une transposition assez stricte du texte communautaire, ils ont laissé toute liberté à leurs organismes publics ou leurs démembrements de décider de la réutilisation. Ainsi, en Italie<sup>27</sup>, au Royaume-Uni<sup>28</sup>, en Irlande<sup>29</sup> ou en Belgique<sup>30</sup>, aucune

26. Il convient de noter que la proposition de directive du 5 juin 2002, concernant la réutilisation et l'exploitation des documents du secteur public (préc.), comportait une formule plus ambiguë, mais de laquelle il était difficile de déduire l'existence d'un droit de réutilisation, son article 4 énonçait : « lorsque des organismes du secteur public autorisent la réutilisation de documents accessibles à tous, ces documents peuvent être réutilisés à des fins commerciales ou non-commerciales conformément aux conditions définies aux chapitres II et III ».

27. Decreto legislativo, 24 gennaio 2006, n° 36, Attuazione della direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo di documenti nel settore pubblico, GU, 14 febbraio 2006.

28. Statutory Instrument 2005, n° 1515, The Re-use of Public Sector Information Regulations, 2005.

29. Statutory Instrument, S.I., n° 279 of 2005, European Communities (Re-Use of Public Sector Informations) Regulations 2005.

30. L'exposé des motifs, précédant l'avant-projet de loi transposant la directive concernant la réutilisation des informations du secteur public, indique clairement « qu'il n'y a aucune obligation dans le chef des autorités publiques d'autoriser la réutilisation des documents administratifs. Les autorités publiques disposent d'un

obligation juridique de mise à disposition de l'information n'est imposée. On aurait pu penser que la France, qui avait toujours affirmé devoir faire de ce texte une transposition minimale, s'engageât dans une voie similaire. Il n'en est rien, puisque c'est un véritable droit de réutilisation de l'information qui est reconnu par la loi. Prenant la place de la très formelle interdiction d'utiliser à des fins commerciales les documents administratifs<sup>31</sup>, l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit désormais que « les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1<sup>er</sup>, quel que soit le support, 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 élaborés ou sont détenus »<sup>32</sup>. Dès lors, sous réserve d'accessibilité des documents administratifs, l'autorité administrative ne peut pas, *a priori*, s'opposer ou empêcher la réutilisation des informations publiques qu'ils contiennent.

**Plan.** - Puisqu'une partie du commerce de l'information publique sera dorénavant saisie par la loi du 17 juillet 1978 et le droit de réutilisation, on devra, dans les lignes qui suivent, marquer son champ d'application (chapitre 2) et, parce qu'il s'agit d'un droit nouveau et peu connu, retracer les étapes et exposer les raisons de sa création (chapitre 1).

---

pouvoir d'appréciation relatif à la mise à disposition de leurs documents. Ainsi, les autorités publiques sont libres de déterminer, par exemple pour des raisons d'opportunité, que les documents dont ils disposent ne peuvent pas être mis à disposition en vue d'une réutilisation par des tiers ». v. également la Loi du 7 mars 2007 transposant la directive 2003/98 CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *Moniteur Belge* du 14 avril 2007, p. 20982

31. « L'exercice du droit à la communication institué par le présent titre exclut, pour ses bénéficiaires ou pour les tiers, la possibilité de reproduire, de diffuser, ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués ». Toutefois, cette interdiction était platonique, la CADA, confirmée par le juge, se refusant à connaître les raisons de l'accès. Cette interdiction n'était assortie d'aucune sanction.
32. L'existence d'un droit à la réutilisation des informations publiques a été reconnu par la CADA, « l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 tel que modifié par l'ordonnance du 6 juin 2005 consacre désormais un droit de réutilisation des informations publiques et qu'une utilisation à des fins commerciales des documents obtenus sur le fondement de la loi précitée ne saurait donc faire obstacle à la communication » (Conseil n°20063161 du 27 juillet 2006, *Préfet du Morbihan*). On retrouve des affirmations similaires ou identiques dans d'autres avis ou conseils. V. par exemple, Conseil n°20062852 du 11 juillet 2006, *Maire de Saint-Restitut* ; Conseil n°20065534, du 21 décembre 2006, *Préfet maritime de l'Atlantique*). La doctrine (B.DELAUNAY, « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques », *AJDA* 2006, p. 1377 ; J.-M. BRUGUIERE, « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », *Légipresse*, septembre 2005, n°224, p. 52, préc. ; D. PICHOUSTRE, « La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005 », *PA* 2005, n°225, p. 3) et le gouvernement (circulaire n°5156/SG du 29 mai 2006, *relative à l'application des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 et de son décret d'application aux services de l'Etat*, non publiée) ont aussi vu dans la nouvelle formule de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 l'institution d'un droit de réutilisation. On citera le texte de cette circulaire, particulièrement explicite : « L'ordonnance du 6 juin 2005 a non seulement mis fin à l'interdiction faite aux administrés d'utiliser à des fins commerciales les documents détenus sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 mais a, en outre, consacré un droit à la réutilisation des données publiques ».

# Chapitre I

## La création du droit de réutilisation

**11. Un droit non-situé.** - À l'observation du nouveau texte de la loi du 17 juillet 1978, le droit de réutilisation est difficile à saisir ; il est transparent, neutre. Parce que la loi, à la suite de l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>33</sup>, ne situe à aucun moment les dispositions relatives à la réutilisation au regard des impératifs qui ont commandé leur adoption, on ignore son objet et sa portée n'apparaît pas clairement non plus. En fait, en intégrant les règles relatives à la réutilisation des informations du secteur public dans la loi sur l'accès aux documents administratifs, sans prendre la peine de les replacer dans le contexte économique et politique qui a poussé le législateur communautaire à les adopter ou encore, alors que ce n'était pas un choix obligé, en renonçant à exposer les raisons de la liaison entre l'accès et la réutilisation et, plus largement, en s'abstenant de justifier ses choix originaux, le législateur national a occulté les principales clefs de lecture de cette première réglementation générale du commerce des données publiques. Si le processus de transposition de la directive 2003/98 relative à la réutilisation des informations issues du secteur public est certainement en rapport avec ces silences, la directive ayant été intégrée par voie d'ordonnance, l'interprétation du droit de réutilisation à l'aune du seul texte de la loi du 17 juillet 1978, dont on rappelle qu'il régit l'exercice d'une liberté publique et de sa dogmatique particulière, peut s'avérer déceptive, notamment au regard des objectifs poursuivis par le législateur communautaire.

**12. Éléments d'interprétation du droit et du régime juridique de la réutilisation.** - Un retour sur les conditions d'adoption de l'ordonnance du 6 juin 2005 s'avère donc utile, nécessaire même, pour appréhender les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation. La présentation des discussions qui ont accompagné la rédaction de ce texte permettra ainsi d'apprécier plus finement les enjeux de la réglementation du commerce des données publiques en la situant plus exactement dans son contexte économique, politique et juridique. Mais les développements qui suivent ne s'y limiteront pas strictement. Il faut en effet élargir la perspective, car les débats à propos de la transposition de la directive ont été indigents, voire nuls, privant par là le commentateur d'éléments précieux d'interprétation. Aussi, pour tisser la trame à partir de laquelle les choix du législateur pourront être appréciés, faudra-il encore rappeler les réflexions doctrinales, les initiatives politiques ou les tentatives de réglementation qui ont émaillé l'histoire de la réflexion sur le commerce des données

33. Ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques*, préc.

publiques. Au détour de tel ou tel texte, de telle ou telle analyse passée, apparaissent souvent des filiations, des points de contact ou des ruptures avec la réglementation actuelle. Tout cela nous conduira en définitive à lever un coin de voile sur l'objet du droit de réutilisation et de comprendre la portée que le législateur national a entendu donner à la transposition de la directive 2003/98/CE, mais aussi à expliquer la raison d'être de certaines dispositions législatives qui, à la seule lecture de la loi, semblent tomber du vide. Autant d'éléments qui permettront de fixer un cadre général d'interprétation des dispositions de la loi et d'évaluation de la transposition au regard des objectifs fixés dans la directive.

Cette première démarche sera ensuite suivie d'une recherche plus spécifique qui poursuit le même objectif : clarifier ou faciliter l'interprétation du droit de réutilisation et évaluer l'aptitude du dispositif législatif à répondre aux objectifs fixés par la directive. Parce qu'elles n'ont pas été explicitées par le législateur, on cherchera à découvrir les raisons pour lesquelles il a lié la question de l'accès aux documents administratifs et la problématique de la réutilisation, naguère strictement dissociées. On peut en effet s'interroger sur le fait que ce soit précisément un texte de libertés publiques qui traite désormais de l'usage économique, marchand, de l'information issue du secteur public. En dégagant les motivations du législateur, il sera ainsi possible de mieux cerner la portée qu'il a entendu accorder au droit de réutilisation.

**13. Plan.** - Par conséquent, on commencera par présenter les étapes de la création du droit de réutilisation (section I) avant d'envisager les raisons qui ont conduit le législateur à le consacrer et à lier le droit d'accès aux documents administratifs à la réutilisation (section II).

## Section I

# La recherche de la réglementation du commerce des données publiques

**14. Des approches différenciées.** - La loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs et à la réutilisation de l'information publique représente l'aboutissement d'un long processus de réflexion, ponctué par plusieurs initiatives législatives ou réglementaires en France et, surtout, au plan communautaire. La présentation de ces différentes tentatives et des réflexions doctrinales qui les ont sous-tendues, suivies ou précédées, permettra de retracer la genèse d'une réglementation qui a été recherchée depuis plus de vingt ans dans des directions parfois très différentes. En effet, l'appréhension par les autorités nationales de la commercialisation des données publiques a toujours tranché avec celle prodiguée par les autorités communautaires, par essence plus favorables au marché et à l'ouverture des fonds informationnels du secteur public. La transposition de la directive n'échappant pas à ce constat, c'est donc en distinguant ces deux approches, nationale (§2) et communautaire (§1), que la présentation des différentes étapes de la réflexion sur les règles applicables au commerce de l'information du secteur public sera réalisée.

## §1 – LA PROMOTION DE L'EXPLOITATION ECONOMIQUE DES DONNEES PUBLIQUES : LA POLITIQUE DE LA COMMISSION EUROPEENNE A PROPOS DE L'INFORMATION DU SECTEUR PUBLIC, DES ORIGINES A LA DIRECTIVE 2003/98/ CE

**15. L'observation de l'exemple américain.** - L'histoire de la politique européenne à propos de l'exploitation économique des données publiques débute au milieu, ou plutôt dans la deuxième moitié des années 1980, à l'époque où une claire conscience des bouleversements sociaux et surtout économiques, que l'essor de l'informatique allait engendrer, commençait à se faire jour en Europe. Bien qu'elle ait pu avoir son influence, parce qu'elle en constitue l'arrière plan, la toile de fond, la perception de ces évolutions futures n'est cependant pas directement en rapport avec la formulation d'une politique communautaire en matière d'exploitation de l'information du secteur public. En réalité, il semblerait que dans ce contexte en pleine mutation, et d'une manière plus concrète, la Commission ait agi sous la contrainte d'un impératif et l'influence d'un exemple. Et, comme souvent, celui-ci a été fourni par les Etats-Unis, qui avaient déjà acquis une certaine avance dans ce domaine<sup>34</sup>. Quel fut

34. Il semblerait que la commission ait été éveillée à ces questions justement par le secteur privé qui, en europe, n'arrivait pas à accéder aux contenus du secteur public. V. PITRAT (C.-M.), « Le débat européen : un serpent de mer », *RFAP* 1994, n°72, p. 602



donc l'apport de l'observation des pratiques étrangères pour déterminer, d'une manière dont on verra qu'elle n'a pratiquement pas varié depuis, la politique communautaire relative aux données publiques ?

À la différence de l'Europe, où à cette date les quelques services d'informations présents avaient principalement été mis en place de manière tout à fait pragmatique par des organismes du secteur public suite à la constitution de leurs bases de données, il existait aux Etats-Unis un marché de l'information structuré, principalement animé par le secteur privé, et qui exploitait largement les données issues de l'administration fédérale. L'apparition de ces premières industries de l'information - loin d'être spontanée - découlait des politiques publiques particulièrement volontaristes initiées dès la fin des années 1960 et poursuivies durant la décennie suivante<sup>35</sup>. La « révolution documentaire » conduisit à l'organisation de l'information publique et surtout à sa numérisation. Dans ce même mouvement, le secteur public fut contraint de délivrer ses données au secteur privé pour qu'il les exploite sur le marché. Posant le principe et les conditions de l'accès du secteur privé aux données de l'administration fédérale, le *freedom of information Act* de 1966 est ainsi, sans doute, à l'origine de l'invention des marchés de l'information et de l'essor des industries spécialisées dans l'exploitation des données publiques.

Par voie de réflexion, les données publiques purent ainsi apparaître à l'observateur européen comme une matière première (*raw material*), dont la Commission européenne devait favoriser l'exploitation par le secteur privé pour que celui-ci, comme aux Etats-Unis, puisse créer des services et produits nouveaux et donner naissance à des industries de l'information compétitives. Cette nécessité était d'autant plus impérieuse que les bases de données américaines, après s'être développées sur leur territoire, étaient prêtes à investir les marchés européens encore embryonnaires. Au danger « de la dépendance informationnelle »<sup>36</sup> qui menaçait l'Europe, certains Etats de la communauté, dont la France, répondirent par une politique tendant à susciter l'apparition de bases de données et d'industries nationales de traitement et d'exploitation des données publiques. Cette politique connut des résultats probants. La Commission, quant à elle, très probablement sollicitée dans ce sens par les entreprises qui ne trouvaient pas en Europe de conditions d'accès et d'emploi

---

35. Aux Etats-Unis, dès la fin des années 1960, la « révolution documentaire » a été au centre d'un effort planifié, continu, systématique. Les agences fédérales et le Pentagone vont consacrer pendant 10 ans des moyens considérables pour développer les technologies requises : logiciels de gestion des bases de données, logiciels de consultation, centres serveurs, réseaux téléinformatiques. L'effort américain est organisationnel : la constitution de grandes bases de données mobilise au Congrès et dans les agences publiques des milliers de personnes. Un esprit de discipline et de concertation entre agences permet d'alimenter des bases de données coopératives ; (...) » (M. RONAI, « De l'activisme informationnel à la régulation », in *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, éd. A jour, 1996, p. 21)

36. L'action communautaire, parfois doublée par des initiatives nationales, se devait d'obvier ce risque. Tant est si bien que l'impératif économique d'exploitation des contenus informationnels du secteur public se doublait dès l'origine de considérations stratégiques : éviter que les données publiques communautaires soient saisies par des entreprises étrangères. v. RONAI, « De l'activisme informationnel à la régulation », *préc.*)

de l'information du secteur public aussi favorables qu'aux Etats-Unis, incita les Etats et leurs organismes publics à donner accès à leurs fonds informationnels et, en parallèle, à brider leurs initiatives dans ce secteur. Bref, à ouvrir le marché à d'importants acteurs étrangers alors que les marchés nationaux étaient faibles, et dans bien des cas tout à fait inexistant. Il est peu probable que ce fut la meilleure façon d'induire la constitution d'industries européennes de l'information et éviter l'appropriation des contenus du secteur public par des entreprises non européennes, autrement plus importantes et largement rompues aux techniques de traitement de l'information, en tout cas à la fin des années 1980 et durant les années 1990<sup>37</sup>. Et, fort heureusement, à cette époque, l'inertie des Etats membres eut raison des premières initiatives, à la vérité peu contraignantes, de la Commission.

**16. L'émulation de l'exemple américain.** - Quoi qu'il en soit, c'est la voie de l'émulation, à vrai dire de l'imitation, du « modèle américain » que la Commission européenne emprunta. Et donc, pour développer l'exploitation des données publiques en Europe, ce sont les mêmes solutions qui ailleurs avaient démontré leur efficacité qui furent proposées, alors même que de nombreux facteurs – dont on a ignoré ou feint d'ignorer l'importance - politiques, culturels voire juridiques, inexistant en Europe, pouvaient plus exactement expliquer la naissance très précoce des industries de l'information exploitant des contenus informationnels du secteur public aux Etats-Unis<sup>38</sup>. Quelles sont ces solutions ? Elles peuvent se résumer ainsi : établir un cadre juridique facilitant l'accès aux données publiques de manière à ce que le secteur privé puisse les exploiter à des conditions économiques favorables ; en fait à des conditions telles qu'elles ne découragent pas l'initiative privée. A côté de cette recherche de réglementation, on peut aussi citer, dès le début des années 1980, le soutien à des projets pilotes.

**17. Énoncé des initiatives à caractère normatif de la Commission.** - D'une grande constance malgré de nombreux contretemps, la politique communautaire n'a jamais été démentie. Tous les textes, documents ou études de la Commission, qu'ils réglementent le commerce de l'information ou qu'ils tentent de susciter un tel effort au sein des États membres, partent des mêmes prémisses pour aboutir, à peu de choses près, aux mêmes prescriptions juridiques. Une réelle filiation unit les lignes directrices sur la synergie entre

---

37. À la différence des réseaux d'utilité publique où le marché était à libéraliser, dans le cas des données publiques, il n'existait pas de marché du tout, mais seulement un bien dont on avait pu constater qu'il aurait permis l'essor de marchés importants. C'est pourquoi, la solution d'ouverture des fonds informationnels du secteur public se serait certainement révélée contraire à l'objectif de réalisation de marchés et de produits européens de l'information.

38. Des raisons juridiques, politiques, culturelles, expliquent, tout autant que la mise en œuvre d'un cadre juridique, cet essor. v. R. M.GELLEMAN, « Les trois piliers de la politique de diffusion de l'information publique aux Etats-Unis », *RFAP* 1994, n° 72, p. 593

secteur public et privé sur les marchés de l'information de 1989, la proposition de directive relative à la protection juridique des bases de données en 1992, qui comportait des dispositions relatives à l'accès aux bases de données publiques, les documents de concertation précédant la directive 2003/98 - le livre vert sur l'exploitation de l'information du secteur public (1999) et la communication d'octobre 2001 – ainsi que la directive elle-même. N'ayant que peu varié depuis la fin des années 1980, sans présenter ces initiatives par ordre chronologique, nous observerons la politique communautaire telle qu'elle transparait à travers elles dans ses justifications économiques d'une part (A), et les conditions juridiques d'exploitation des données publiques qu'elle propose de mettre en œuvre pour atteindre les objectifs qu'elle s'est assigné, d'autre part (B).

## A. Justifications et objectifs économiques de l'exploitation des informations du secteur public : le fondement de la politique communautaire

**18. L'exploitation des données publiques à la source de la création de marchés et produits européens d'information.** - Fil conducteur de la politique communautaire dans le domaine de l'information du secteur public, le développement (par la concurrence) des marchés européens de l'information et la création de produits ou services d'information européens compétitifs à l'échelle planétaire ne s'est jamais démenti depuis la fin des années 1980. Il traverse le temps et marque de son empreinte l'ensemble des initiatives et des textes communautaires, jusqu'à la directive 2003/98 CE. Certes, au gré des discussions, sous l'influence de certaines études ou des évolutions techniques, il a pu être affiné, se doubler d'autres préoccupations ; et bien sûr, il est beaucoup plus explicitement formulé et plus amplement argumenté à la fin des années 1990, qu'il ne l'était aux balbutiements de la politique communautaire. Mais, dans l'ensemble, il demeure inchangé. Les lignes directrices de 1989 sur la synergie entre secteur public et privé sur les marchés de l'information et la directive 2003/98 participent également des mêmes idées : les données publiques ont une « valeur au-delà de leur utilisation par l'administration »<sup>39</sup> ; il convient donc de s'en servir « pour inciter le secteur privé à créer des services commerciaux et ainsi donner une impulsion nouvelle aux marchés de l'information »<sup>40</sup>. Il faut par conséquent dire et insister sur le fait que la politique communautaire dans le domaine de l'information du secteur public poursuit

39. Lignes directrices de la Commission européenne sur la synergie entre secteur public et privé sur les marchés de l'information (1989), non publiées, disponibles sur [www.europa.eu.int/IPSO/Legal/fr/acces/synergie.html](http://www.europa.eu.int/IPSO/Legal/fr/acces/synergie.html)

40. PITRAT (C.M.), « Le débat européen un serpent de mer », *préc.*

essentiellement, sinon exclusivement, une finalité économique : promouvoir l'exploitation des données publiques par le secteur privé pour développer les marchés de l'information européens. Pour s'en convaincre, il suffira d'exposer en quelques lignes les justifications et objectifs de la directive et des textes qui l'ont précédé, à l'exclusion de ceux qui sont antérieurs au livre vert de 1999, car ils sont trop peu argumentés pour être véritablement exploités.

**19. Les objectifs économiques dans la directive 2003/98/CE et les documents préparatoires.** - La directive 2003/98/CE sur la réutilisation des informations du secteur public prendra corps dans la communication d'octobre 2001<sup>41</sup> sur l'exploitation de l'information émanant du secteur public et se concrétisera dans la proposition de directive sur la réutilisation et l'exploitation des informations du secteur public<sup>42</sup>, moins d'un an plus tard. Mais l'action législative de la Commission avait été initiée un peu plus tôt avec, en 1999, la parution d'un document de consultation : le livre vert sur l'exploitation économique de l'information issue du secteur public, premier texte synthétisant globalement l'approche de la commission et qui s'appuie sur des études économiques sectorielles pour révéler l'importance des données publiques pour l'économie européenne et les carences de son exploitation. Le livre vert et, dans son sillage, la communication d'octobre 2001, révèlent très clairement, de manière plus argumentée, plus détaillée, par rapport aux précédents documents communautaires, les justifications économiques à l'origine de la politique de la Commission européenne et de son action législative. Celles-ci procèdent d'un double constat. D'abord, les données publiques constituent une ressource importante pour l'économie européenne, à tel point que, « le secteur public, par sa nature et par l'étendue de ses activités, représente la plus grande ressource d'informations pour la création de services d'information à valeur ajoutée »<sup>43</sup>. On retrouve ici une idée déjà présente dans les lignes directrices de 1989. Or, en Europe, c'est le second constat - plusieurs fois effectué du reste - les informations émanant du

41. Commission des communautés européennes, « eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public », Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au comité des régions, COM(2001) 607 final.

42. Proposition de directive du 5 juin 2002, du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation des documents du secteur public, COM (2002) 207 final, JOCE C. 227E/382 du 24 septembre 2002.

43. Les lignes directrices de 1989 (*préc.*) évoquaient déjà cette idée. On peut encore mettre en parallèle cette affirmation de l'importance des données publiques pour le marché avec le constat qui avait été fait peu de temps auparavant aux Etats-Unis dans la circulaire A-130 de l'OMB : « L'administration fédérale est le plus grand producteur, collecteur, consommateur et diffuseur d'information des Etats-Unis (...) L'information est une ressource précieuse. Elle apporte au public une connaissance du Gouvernement, de la société et de l'économie, au passé, au présent, au futur (...) elle contribue à la prospérité et aux performances de l'économie ; elle constitue, en soi, un bien économique sur le marché. » (Office of Management and budget Circular A-130, Management of Federal Information Resources, 8 février 1996). On retrouve, d'ailleurs, une analyse qui différencie l'information selon qu'elle représente un bien économique ou un moyen de bon fonctionnement du marché dans le livre vert aussi.

secteur public sont sous-exploitées, en tout cas, elles ne sont pas utilisées de manière optimale. De fait, leur exploitation, voire une meilleure exploitation, permettrait la création de produits ou services d'information européens<sup>44</sup>, ce qui garantirait la croissance d'un secteur d'activité important, potentiellement créateur d'emplois. Très directement, c'est l'absence d'un cadre réglementaire assurant une certaine prévisibilité aux investissements du secteur privé qui se trouverait à l'origine du faible développement du secteur. Qu'on en juge : « Aux Etats-Unis, les conditions favorables à l'exploitation ont propulsé les industries de l'information (...) il n'existe pas en Europe un ensemble de principes clairs et cohérents. Cette absence de principes clairs et cohérents a pour effet de mettre l'industrie européenne dans une situation compétitive désavantageuse vis-à-vis de ses concurrents américains. » Outre ce fait, les règles d'exploitation de ces informations sont très divergentes entre Etats membres et même parfois à l'intérieur des Etats, ce qui empêche les entreprises de s'engager dans l'exploitation transfrontalière des informations émanant du secteur public, cette activité étant trop incertaine. La divergence dans les règles ou les pratiques d'exploitation de l'information contribue donc à fragmenter le marché européen et affecte son bon fonctionnement, empêchant l'apparition de produits européens d'information. Autrement dit, le marché est incapable de se développer parce que les règles d'exploitation des informations ne sont pas claires, voire tout à fait inexistantes.

Pour essayer de (r)établir le fonctionnement du marché, à partir de la communication d'octobre 2001, la commission propose un cadre réglementaire minimal destiné à harmoniser les conditions de commercialisation des données publiques à travers les pays de l'Union européenne<sup>45</sup>, dont les objectifs sont décrits sans équivoque dans la proposition de directive. « La présente directive a pour objet de faciliter la mise en place de services d'information européens basés sur les informations émanant du secteur public, de favoriser une utilisation transfrontalière efficace des informations du secteur public par les sociétés privées en vue de la création de produits et de services d'informations à valeur ajoutée, de limiter les distorsions à la concurrence sur le marché européen et d'éviter qu'une différence de rythme entre les Etats membres dans la définition des modalités de réutilisation des informations du secteur public ne conduisent à une nouvelle fragmentation. » Les objectifs économiques de la politique communautaire étant suffisamment établis comme cela, examinons les conditions juridiques de leur réalisation.

---

44. Cet objectif immédiat se trouve conforté par le fait que la circulation de tels produits ou informations (géographiques, météorologiques, juridiques, économiques) entre les Etats de l'Union européenne favoriserait l'exercice des autres libertés reconnues par le traité.

45. La compétence de l'Union est fondée sur l'article 95A du traité CE. La voie contraignante a été préférée à d'autres solutions (même si en parallèle la politique communautaire s'étoffe d'autres actions) en raison notamment du peu d'effet que les propositions passées, particulièrement les lignes directrices, ont suscité.

## B. Les conditions juridiques d'exploitation des informations du secteur public : le sens de la politique communautaire

**20. Production monopolistique de l'information et accès aux données.** - Les conditions juridiques d'exploitation des informations publiques imaginées par la commission européenne pour développer les marchés de l'information découlent de l'observation du monopole de fait ou de droit, que détiennent les administrations publiques pour la production des bases de données publiques. Du reste, en raison des conditions particulières de leur production, les données publiques apparaissent souvent comme des ressources essentielles, au sens du droit de la concurrence ; elles ne seraient pas reproductibles dans des conditions économiques normales par le secteur privé. La considération de cette situation factuelle, non-spécifique à la production des données publiques, conjuguée à l'influence de l'exemple américain, a naturellement conduit la Commission à promouvoir un cadre juridique réglementant l'accès aux données publiques par le secteur privé (plus accessoirement à la régulation de leur concurrence sur le marché). Aussi bien, est-ce l'accès (1) aux données publiques et les modalités de cet accès (2) qui ont fait l'objet des nombreuses interventions du législateur communautaire.

### *1. L'impératif d'ouverture des fonds informationnels du secteur public*

**21. L'accès aux données publiques dans les lignes directrices de 1989.** - Pour donner naissance à une industrie privée de l'information utilisant les contenus du secteur public, en raison des conditions particulières de leur production, il fallait aux autorités communautaires faire en sorte que les administrations qui disposaient d'informations mettent à disposition du secteur privé cette ressource monopolisée. En effet, si l'on met de côté certaines politiques nationales efficacement mises en œuvre<sup>46</sup>, pour la majorité d'entre eux, les organismes publics ne donnaient pas spontanément accès à leurs informations. Soit qu'ils n'étaient pas du tout sensibilisés à la question et que, de ce fait, ils hésitaient à répondre aux demandes des industriels, soit, au contraire, qu'ils exploitaient déjà leurs données sur le marché et qu'ils ne souhaitent pas voire apparaître de nouveaux opérateurs. Les premiers litiges qui ont opposé les opérateurs publics et privés sur les marchés de l'information portent d'ailleurs témoignage de ces tensions. C'est pourquoi elle recommanda l'ouverture des fonds informationnels du secteur public là où elle n'était pas avérée.

---

46. v. M.RONAI, à propos de l'expérience française qui fut favorisée par l'essor de la télématique, « de l'activisme informationnel à la régulation », préc.

Ce sont les lignes directrices pour améliorer la synergie entre le secteur public et le secteur privé qui expriment pour la première fois cette idée en 1989. Ce texte représente la première tentative de régulation des rapports entre le secteur public et privé sur les marchés de l'information, régie par les règles du droit de la concurrence essentiellement et, à ce titre, c'est la première manifestation concrète de la politique de la Commission en matière d'exploitation des données publiques. Autour de quelques principes simples, ce texte essayait d'aménager les rapports entre le secteur public et le secteur privé de manière à favoriser l'emploi des données publiques par ce dernier et garantir de la sorte l'éclosion de certaines industries de l'information européennes. Pierre angulaire de la réalisation de cet objectif, les lignes directrices exaltaient ainsi l'accès aux données publiques. « Les administrations collectent de manière régulière et systématique des données et des informations de base dans le cadre de leurs missions. Ces collections de données ont une valeur au-delà de leur utilisation par les administrations et un accès plus large à ces données serait bénéfique tant pour le secteur public que privé. *Les organismes publics devraient, autant que possible et sous réserve de protection des intérêts publics et privés, (de) rendre possible l'utilisation par le secteur privé et l'exploitation par l'industrie de l'information de ces données et informations de base sous la forme de services électroniques d'information* »<sup>47</sup>. Malgré l'échec des lignes directrices<sup>48</sup>, qui susciteront peu d'initiatives au sein des États membres, il faut retenir cette idée, car elle est tout à fait capitale. Invariable, elle est la base même de la politique communautaire ; de manière plus ou moins contraignante, elle sera donc constamment réaffirmée.

**22. L'accès aux données publiques dans la proposition de directive relative à la protection juridique des bases de données (1992).** - Suite aux lignes directrices<sup>49</sup>, c'est la proposition de directive relative à la protection juridique des bases de données qui essaiera d'ouvrir l'accès aux données publiques. Toutefois, les raisons de l'action de la Commission sont ici plus circonstanciées et ses modalités d'intervention plus insidieuses. Plus qu'à la volonté d'apporter une réponse raisonnée et globale à la question de la commercialisation des données publiques, elles doivent être étroitement mises en rapport avec les conséquences de la création d'un droit privatif sur les bases de données. À la différence des lignes directrices qui, on le verra plus bas, tentent aussi de fixer certaines conditions d'accès aux données publiques, l'objet des dispositions consacrées aux données publiques dans cette proposition est plus limité : elle se focalise sur le principe de l'accès aux bases de données « accessibles au public ». Gênée par les conséquences probables de sa propre initiative, il s'agissait en réalité pour la

47. Lignes directrices de la Commission européenne sur la synergie entre secteur public et privé sur les marchés de l'information (1989), préc. Souligné par nous.

48. V. infra n°

49. Proposition de directive du Conseil *concernant la protection juridique des bases de données*, COM (92) 24 final – SYN 393, *JOCE*, C. 156/4 du 23 juin 1992, p. 4

Commission de contrer les risques de renforcement de la position des organismes publics sur les marchés de l'information, qui auraient résulté de la reconnaissance d'un droit privatif sur les bases de données. Pour éviter qu'un monopole légal d'exploitation de l'information ne vienne s'ajouter aux divers monopoles de droit ou de fait de l'administration sur la production ou la diffusion de l'information, la Commission proposa simplement d'établir une exception à l'exercice du droit qu'elle entendait consacrer. En conséquence, elle introduisit des mécanismes modérateurs destinés à tempérer les atteintes à la concurrence : les licences obligatoires.

Concrètement, l'accès aux « bases de données accessibles au public » - et plus largement à toutes les bases qui constituent la seule source possible de produits ou de services d'information -, par exception aux dispositions de la proposition de la directive, ne pouvait être refusé. La motivation de ces mesures particulièrement contraignantes est toujours identique : le développement des marchés de l'information par la concurrence entre services qui passe par la mise à disposition d'une ressource détenue par quelques uns seulement. « Considérant que, dans le but de favoriser la concurrence entre fournisseurs de produits et de services dans le secteur du marché de l'information, le producteur d'une base de données à une distribution commerciale et dont la base de données est la seule source possible d'une œuvre ou d'une matière par d'autres personnes, pourvu que ces œuvres ou ces matières soient destinées à servir à la création indépendante de nouvelles œuvres (...) considérant que les licences ne peuvent pas être refusées pour l'extraction et la réutilisation d'œuvres ou de matériels d'une base de données accessible au public et créée par un organisme public pour autant que ces actes ne constituent pas une violation des obligations internationales des Etats membres ou de la Communauté en ce qui concerne la protection des données personnelles, la vie privée, la sécurité ou la confidentialité. Nonobstant le droit prévu à l'article 2§5 d'interdire l'extraction et la réutilisation non autorisée du contenu des bases de données, si les œuvres ou les matières contenues dans une base de données rendue accessible au public ne peuvent être créées, rassemblées ou obtenues d'une autre source, le droit d'extraction et de réutilisation de tout ou d'une partie des œuvres ou matières contenues à des fins commerciales devra faire l'objet de licences à des conditions équitables et non discriminatoires. »<sup>50</sup> Mais cette proposition ne fit pas long feu ; la volonté des Etats membres et de leurs administrations eut raison des velléités de la Commission. Dès lors, il faudra attendre près de sept ans pour que, à la fin des années 1990, la Commission européenne porte une initiative législative finalement décisive.

---

50. On aura noté que dans ce document, et certaines analyses jurisprudentielles ne sont certainement pas étrangères à ce fait, les données publiques commencent à être analysées comme des ressources essentielles au sens du droit de la concurrence.



**23. L'accès aux bases de données dans les documents de consultation, la proposition de directive du 5 juin 2002 et la directive 2003/98/CE.** - Si le livre vert sur l'exploitation de l'information du secteur public se contente d'explorer les liens entre le droit d'accès aux documents administratifs et l'exploitation des données publiques, la communication du 23 octobre 2001 va sensiblement plus loin. Annonçant la future action législative de la Commission, elle évoque la consécration d'un droit de réutilisation (il faut entendre d'exploitation) des données publiques relié au droit d'accès aux documents administratifs, en tant qu'il définit les catégories de documents accessibles. « Toute information qui est généralement accessible doit pouvoir être réutilisée à des fins commerciales », tel est le principe directeur qu'il était envisagé de consacrer. Le droit d'accès aux documents administratifs n'est certes pas soluble dans le droit de réutilisation, néanmoins, exploitant la liaison indéniable qu'il existe entre eux – c'est la même information qui peut être employée à différents usages – la Commission s'appuie sur les législations nationales relatives à l'accès aux documents administratifs pour définir le champ des données accessibles et donc, comme l'accès précède l'exploitation, réutilisables. C'est la première fois, bien qu'il ait été largement annoncé, notamment par le livre vert, que ce lien, déjà présent dans la législation américaine, est établi dans un document officiel émanant de la Commission. Mais ce texte doit surtout être retenu parce qu'il entend consacrer un véritable droit à l'exploitation, et donc à l'accès, des données et bases de données publiques. La volonté de la Commission de reconnaître un tel droit est tout à fait cohérente au regard des objectifs que sa politique poursuit et des différents constats qu'elle a effectué (cloisonnement des marchés, production monopolisée...) ; elle s'appuie en outre sur les difficultés, révélées par le contentieux, d'accès aux données publiques dans les différents États membres.

Très rapidement toutefois, l'évocation d'un droit d'exploitation des données accessibles va disparaître. Ainsi, il ne figure déjà plus dans la proposition de directive du 5 juin 2002 qui laisse les États et leurs organismes publics libres d'autoriser au cas par cas la réutilisation. L'exposé des motifs est clair : « L'article 4 énonce que lorsque les organismes publics autorisent la réutilisation de documents, les conditions stipulées aux chapitres II et II s'appliquent. Il n'oblige pas les organismes publics à autoriser la réutilisation de documents spécifiques, mais invite les États membres à encourager lesdits organismes à donner accès à ces documents en vue de leur réutilisation ». La force normative de la réglementation, sur un principe capital, s'est donc immédiatement trouvée émoussée. Et la directive n'ira pas contredire cette évolution, son considérant 9 disant que « la présente directive ne contient aucune obligation d'autoriser la réutilisation de documents. La décision d'autoriser ou non la réutilisation est laissée à l'appréciation des États membres ou de l'organisme du secteur public concernés. ». Dès lors, l'ouverture des marchés de l'information appartiendra aux États et à leurs organismes publics ; lorsque l'on sait les difficultés qu'une telle approche a suscitées, il

n'est pas sûr que c'était là meilleure solution – d'ailleurs à ce jour de nombreuses difficultés d'accès persistent à travers toute l'Europe<sup>51</sup> -, mais, apparemment, c'était la seule possible.

Centrée sur l'ouverture des fonds informationnels du secteur public, la politique communautaire n'a pas réussi à imposer une obligation de mise à disposition des données publiques, même après de nombreuses années de discussions et quoique l'accès semble fondamental dans la perspective de la création de marchés de l'information. Evidemment, l'infléchissement de la Commission sur ce point crucial risque de ralentir ou freiner la réalisation des objectifs qu'elle entendait poursuivre en adoptant cette réglementation. Au détour de cet échec<sup>52</sup>, mais aussi de la durée de gestation, il aura fallu près de quinze ans pour aboutir à un texte très peu contraignant, on peut saisir la résistance que les administrations nationales ont opposé à une trop grande ouverture de leur patrimoine informationnel et, par là, les enjeux économiques qu'elles suscitent.

Quoi qu'il en soit, l'énoncé d'un principe, ou même d'une incitation, à la mise à disposition des données publiques ne suffit pas, compte tenu de la position des organismes publics, à garantir l'exploitation de ces informations. Aussi, dès son origine, fut-il assorti d'un certain nombre de modalités d'exercice, contraignantes pour l'administration.

## *2. Les conditions d'accès aux fonds informationnels du secteur public*

**24. -** Les modalités d'accès à l'information dans la politique de la Commission seront étudiées au travers de la première, les lignes directrices de 1989 (a), et de la dernière, la directive 2003/98/CE (b) manifestation de cette politique, ce qui nous permettra d'illustrer l'idée suivant laquelle il existe une certaine continuité dans les solutions adoptées par la Commission européenne.

---

51. Les récents travaux, menés par le groupe Espi à l'occasion des discussions amorcées autour de la révision de la directive 2003/98/CE, ont contribué à souligner la persistance de problèmes d'accès aux ensembles informationnels importants. L'absence de droit de réutilisation n'y est certainement pas étrangère.

52. Ce n'est pas le seul aspect de la réglementation de l'accès aux données publiques à propos duquel l'audace de la Commission a été battue en brèche par les Etats membres. Certaines des modalités d'accès aux données publiques seront ainsi profondément modifiées, voire réécrites par le Conseil dans un sens plus protecteur des besoins de l'administration. (cf. P-Y.MONJAL, « La directive européenne sur les données publiques », Transparence et secret, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA/CADA, La documentation française, 2004, p. 287)

**a. La définition des conditions d'accès aux fonds  
informationnels du secteur public dans les lignes directrices  
sur la synergie entre secteur public et privé**

**25. L'apport des lignes directrices de 1989.** - Parce qu'elles essaient d'apporter une réponse globale au commerce de l'information publique, les lignes directrices de 1989 constituent une sorte d'antécédent à la directive 2003/98, leur lecture comparée révèle d'ailleurs la permanence de certaines solutions<sup>53</sup>.

Si l'on met de côté certaines propositions aujourd'hui dépassées, notamment la nécessité pour le secteur public de soutenir le secteur privé dans son développement sans tenir compte des contraintes pesant sur son activité et leur recommandation principale : l'ouverture des fonds informationnels du secteur public, le texte pose un certain nombre de conditions ou de modalités d'accès aux données publiques par le secteur privé, qui sont autant d'éléments autour desquels la réflexion sur le commerce des données publiques s'est structurée.

Pour accompagner le principe d'accès aux données publiques, les lignes directrices préconisaient par exemple que le secteur public établisse et diffuse des conditions de mise à disposition, ou encore qu'il établisse des procédures d'accès, dans le but de clarifier les relations entre les secteurs publics et privés. « Le secteur public devrait informer le secteur privé de la disponibilité des données et informations de base et clarifier les procédures permettant de les obtenir, de les utiliser ou de les exploiter ». Notons que de telles dispositions, plus détaillées, sont également prévues par la directive qui prescrit des procédures, des délais et la publication des conditions de réutilisation. Les lignes directrices prévoyaient aussi des dispositions à la densité juridique plus marquée. Au regard du droit de la concurrence, elles prohibaient les éventuels accords d'exclusivité que les opérateurs publics pouvaient conclure pour la diffusion de certaines informations. Encore une mesure qui sera reprise par la directive. Du point de vue de la tarification, et l'on verra que sur ce point peu de progrès ont été réalisés, elles incitaient les administrations à harmoniser les tarifs de mise à disposition de leurs données, tout en précisant la structure de cette tarification. « Les politiques de tarification peuvent varier selon la nature de l'information. Le prix fixé devrait répercuter les coûts induits par les travaux préparatoires et la mise à la disposition du secteur privé, mais sans nécessairement inclure la totalité des coûts de collecte et de traitement des données, lorsque celles-ci sont produites dans le cadre des opérations courantes d'une administration. » Enfin, il faut remarquer, quoiqu'il fût centré sur la problématique de l'accès aux données, que ce texte envisageait aussi d'autres questions telles que la responsabilité des fournisseurs d'informations ou encore celle de la propriété intellectuelle des personnes publiques. De plus, il tentait de réguler, dans des termes trop défavorables aux administrations cependant, les relations entre secteur public et privé sur le marché, ce que les

---

53 . On notera aussi que ce texte s'inspire de certaines dispositions présentes dans la législation américaine.

textes qui suivront, se plaçant seulement sous la houlette du droit de la concurrence, ne font pas. Le texte des lignes directrices avait envisagé, sans toutefois les traiter, l'ensemble des questions posées par la commercialisation des données publiques.

Dans la pratique, cependant, elles n'ont pas eu d'effet. Peu connues, trop descriptives, trop libérales peut-être aussi, elles favorisaient le secteur privé au détriment du secteur public qui, à cette époque, avait consenti de très importants investissements pour constituer des bases de données et informatiser ses services. Mais cette première tentative eut néanmoins l'intérêt de déclencher un processus cognitif important au sein de l'administration, qui fut d'ailleurs abondamment relayé par la doctrine. Plusieurs travaux se succédèrent ; ils firent affleurer une perception globale de la problématique et, à peine voilés sous le discours juridique, les intérêts contradictoires des entreprises et des services publics qui voyaient dans la commercialisation des données publiques une source de revenus souhaitable.

#### b. La définition des conditions d'accès aux fonds informationnels du secteur public dans la directive 2003/98 CE

**26. La directive et l'accès aux données publiques à des fins d'exploitation commerciale.** - Reposant et poursuivant des motivations économiques, la directive 2003/98 tente d'apporter une solution à ce qui est apparu au fil des ans comme la principale difficulté en termes de développement et de fonctionnement des marchés : l'accès à l'information du secteur public par le secteur privé. En aucun cas, il ne s'agissait pour la Commission de réglementer globalement la pratique de la commercialisation des données publiques mais seulement de faciliter, par l'établissement de règles claires, l'accès à ces informations. Les questions relatives à la qualité du traitement de l'information par l'opérateur privé ou à la qualité de la fourniture des données par l'opérateur public, à la responsabilité, à la régulation des rapports entre secteur public et privé sur le marché ne sont pas du tout évoquées. De ce point de vue, le texte se situe quelque peu en retrait des premières réflexions et même des questions qui avaient été évoquées par le livre vert. En bref, il est centré sur l'accès et les modalités d'accès aux données publiques, à tel point que le terme de réutilisation employé par le texte communautaire peut s'avérer trompeur, car la directive ne réglemente pas l'utilisation ou l'exploitation de l'information en tant que telle. La proposition de directive, et la directive à sa suite, visent seulement l'amélioration des conditions de communication des données par

le secteur public au secteur privé<sup>54</sup>. Partant de ce postulat, le texte communautaire tente au fond d'aménager juridiquement les conditions d'accès à une ressource rare.

**27. La structure de la directive et l'importance des modalités d'accès.** - En entrant dans le détail de ses dispositions, la directive pose des règles relatives à la transparence des relations entre secteurs publics à propos de l'accès à l'information : elle établit des procédures d'accès, prescrit des délais, adopte des dispositions à portée pratique, rappelle certaines exigences du droit de la concurrence, comme le principe de non-discrimination ou l'interdiction des accords d'exclusivité, elle encadre aussi la tarification de l'accès aux données publiques. Ainsi, après avoir évoqué dans son chapitre I<sup>er</sup> son objet, son champ d'application et le principe qui l'anime, la directive, dans ses chapitres II et III, consacrés respectivement aux demandes et conditions de réutilisation, traite des modalités d'accès aux informations publiques. C'est là l'essentiel de son apport ; elle clarifie la relation entre secteur public et privé en réglementant les conditions dans lesquelles la négociation pourra intervenir. A l'administration, qui n'a pas toujours fait preuve d'une grande sollicitude pour traiter les demandes d'accès du secteur privé, elle oppose ainsi des procédures et des délais, qui se calent d'ailleurs sur ceux des législations nationales relatives à l'accès aux documents administratifs (article 4). Elle réglemente aussi le format dans lequel les données pourront être transmises au secteur privé, question pratique et d'une grande importance en vue de l'exploitation de l'information (article 5). Puis, au chapitre III, elle aborde l'épineuse question de la tarification de l'accès aux données publiques (article 6) ainsi que celle de la transparence de l'offre proposée par l'organisme public (article 7) ; viennent ensuite quelques prescriptions relatives aux licences de réutilisation, c'est-à-dire aux conventions sur la base desquelles l'information pourra être exploitée (article 8) et encore une disposition à caractère pratique, mais tout à fait cruciale pour le développement des marchés, l'institution de métadonnées, d'informations sur l'information du secteur public, dans le but d'en faciliter l'accès par le secteur privé. Hormis ces dispositions, on relèvera celles du chapitre IV, qui ne sont que le rappel du principe de non-discrimination et l'interdiction des accords d'exclusivité et, enfin, des dispositions finales au chapitre V.

**28. La faible densité normative de la directive.** - La réglementation proposée par la Commission est en réalité très modeste. A l'image des difficultés éprouvées pour faire avancer ce dossier, la directive met en place un cadre réglementaire minimal<sup>55</sup> qui n'affecte en

54. VOLMAN (Y.), « Exploitation of public sector information in the context of the eEurope action plan », Public Sector information in the Digital Age, Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 93.

55. L'article 1<sup>er</sup> §1 du texte de la directive 2003/98/CE (préc.) est très clair à cet égard. 1. « La présente directive fixe un ensemble minimal de règles concernant la réutilisation et les moyens pratiques destinés à faciliter la réutilisation de documents existants détenus par des organismes du secteur public des États membres ».

aucune manière toutes les autres règles et législations qui doivent être prises en compte pour l'établissement d'un régime juridique de la commercialisation. Elle ne traite pas des relations entre le commerce des données publiques et le droit des données personnelles. La régulation de l'exercice des droits de propriété intellectuelle, alors qu'ils peuvent venir limiter l'accès à l'information, est laissée à l'appréciation de l'administration. On le sait, elle n'impose pas non plus d'obligation d'accès. Mais, en outre, là où elle est le plus prolixe, c'est-à-dire à propos des modalités d'accès à l'information, elle est faiblement prescriptive ; quelquefois même complètement indéterminée, sur des points tout à fait importants, tels que la tarification ou les licences de réutilisation. On aurait pu s'attendre à plus, à mieux, mais c'est sans doute tout ce qui pouvait être fait, les enjeux étant importants, la volonté commune d'aller plus loin inexistante. À cet égard, on aura l'occasion de relever l'influence déterminante du Conseil lors de la procédure de codécision. Cependant, l'adoption d'un tel texte demeure importante, car « en fixant des règles communes à tous les secteurs et à toutes les données, elle (la directive) fait l'essentiel, c'est-à-dire rendre visible une politique de réutilisation des données aux différentes administrations et légitimant les demandes des industriels »<sup>56</sup>. De ce point de vue, c'est une véritable innovation. Le texte communautaire laissait ainsi une ample marge de manœuvre et d'appréciation aux Etats pour la transposition.

## §2 – LA PROTECTION DES BESOINS DU SERVICE PUBLIC : LA POLITIQUE DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS A PROPOS DE L'EXPLOITATION DES INFORMATIONS DU SECTEUR PUBLIC, DES ORIGINES A L'ORDONNANCE DU 6 JUIN 2005

**29. Une politique évolutive.** - En dehors de quelques textes sectoriels, qui ne révèlent pas de vues plus globales, la politique du gouvernement français à propos du commerce des données publiques s'est concrétisée dans deux documents, la circulaire du 14 février 1994 sur la diffusion des données publiques et le projet de loi sur la société de l'information, dont la rédaction a été précédée, préparée, par les importants travaux de l'observatoire juridique des technologies de l'information (rapport GAUDRAT) au début des années 1990 et, à la fin de la décennie, par le rapport de l'atelier de travail présidé par D. MANDELKERN sur la diffusion des données publiques. D'emblée, il faut dire que la lecture de ces deux documents, qui constituent les seules expressions manifestes de la politique nationale dans le domaine de l'information du secteur public, contraste avec les textes communautaires, en ce sens que le marché de l'information et son développement ne semblent pas être au centre des préoccupations du gouvernement. En fait, l'importance de l'exploitation des données publiques en terme de création de richesses, si elle a certainement été comprise, est

---

56. CHEROT (J-Y.), « L'accès, la diffusion, la réutilisation des informations du secteur public », inédit.

simplement ignorée<sup>57</sup> et c'est, au contraire, le service public et ses besoins qui sont d'abord, sinon exclusivement, mis en avant. À cet égard, il est symptomatique de constater que le terme de commercialisation, naguère employé par la doctrine ou par certains textes officiels, disparaît à la publication de la circulaire de 1994 au profit de l'expression de diffusion des données publiques<sup>58</sup>, terminologie désignant habituellement des obligations de service public. De ce point de vue, les approches nationales, qui occultent les aspects économiques de la matière, et communautaires, qui ne font pas un grand cas, il faut le dire, des préoccupations légitimes des services publics, ont été opposées durant une longue période. Bien qu'elles se soient rapprochées, des différences importantes de lecture, les enjeux n'étant pas identiques selon que l'on observe la question de la commercialisation sous le prisme du service public ou du marché, subsistent encore aujourd'hui.

Tantôt expression d'une politique originale, tantôt manifestation d'une réaction à l'encontre des offensives communautaires, ces deux textes ne sont pas exactement identiques. Ils révèlent une évolution, dans un contexte réglementaire et technologique changeant. Le projet de loi sur la société de l'information témoigne ainsi d'une plus grande ouverture en faveur de la commercialisation des données publiques que la circulaire. C'est en partant de ces prémisses, parce qu'ils ne peuvent pas, à la différence des textes communautaires plus homogènes, être mis sur le même plan, que seront étudiées l'orientation de la circulaire de 1994 (A) et celle du projet de loi sur la société de l'information (B), qui annonce certaines des dispositions et des solutions les plus originales de la transposition de la directive 2003/98/CE (C).

## A. L'orientation de la circulaire du 14 février 1994

**30. - Une première réponse.** - La circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques, autour de laquelle se cristallisa une abondante doctrine<sup>59</sup>, peut se présenter comme une réponse, une réaction aussi, aux différentes offensives communautaires dans le domaine de l'information du secteur public. Elle fixe la doctrine de l'administration

57. Ainsi, en France, alors que dans d'autres Etats de l'Union européenne, une réflexion sur l'information gouvernementale et le marché avait été initiée, une telle démarche n'a jamais été entreprise.

58. Depuis cette date, le terme de commercialisation disparaît des textes qui préfèrent mettre en avant l'idée de diffusion. D'ailleurs, les licences de commercialisation de l'information consenties par des organismes publics changent d'appellation : elles seront dénommées licences de rediffusion. Par la suite, le terme a très peu été évoqué par la doctrine aussi.

59. Maisl (H.), « La diffusion des données publiques ou le service public face au marché de l'information », AJDA 1994, p. 355 ; Schoettl (E.), « La diffusion des données publiques : entretien avec J-E. Schoettl », RFAP 1994, n°72, p. 609 ; Bruguière (J-M.), La diffusion de l'information publique, Thèse Montpellier 1995.

française en la matière. À sa lecture, on observe immédiatement que les problématiques économiques et les objectifs de développement du marché de l'information sont complètement occultés. La commercialisation des données publiques se trouve analysée sous le prisme du service public, de ses besoins en matière de diffusion de l'information, des principes de droit public relatifs à l'intervention des collectivités publiques sur le marché. Tout en rappelant l'importance des activités d'intérêt général que la Commission avait escamotées, la circulaire était ainsi fortement centrée sur les préoccupations de l'administration<sup>60</sup>.

La circulaire de 1994 peut se comprendre comme une première tentative de régulation, à l'instar des lignes directrices de 1989, des relations entre secteur public et privé. Mais, outre le fait qu'elle est animée d'une dynamique originale, distincte du texte communautaire, sa force normative et la teneur des dispositions ne permettaient pas d'offrir une réponse convaincante aux réclamations, aux demandes d'accès formulées par le secteur privé. La multiplication des contentieux résolus sur le fondement du droit de la concurrence au cours des années 1990 en atteste d'ailleurs abondamment.

Aucune clef de répartition des rôles du secteur public et privé sur le marché n'est dégagée par ce texte ; elle découle, en cette matière, comme en d'autres, de l'application de la jurisprudence administrative relative aux interventions du service public sur le marché. Elle se trouvait ainsi commandée par l'application des règles en matière d'intervention des services publics, donc à la délimitation du service public et au critère de l'intérêt général, dont on sait la subjectivité et la contingence. Aucune obligation de mise à disposition n'est imposée au secteur public par la circulaire. A peine les y incite-t-elle. Et ce n'est pas le rappel que la circulaire faisait des règles de concurrence à propos de la décision de donner accès aux données qui aurait pu faciliter l'ouverture des fonds informationnels, la jurisprudence ville de Pamiers<sup>61</sup> limitant largement l'application du droit de la concurrence à la décision d'autoriser la mise à disposition. Eu égard à la définition de la diffusion qui, selon le texte, procède de « la volonté de l'administration de faire parvenir au plus grand nombre de personnes (...) des informations collectées par elle ou élaborées en son sein », l'accès aux données publiques procédait en définitive du seul pouvoir discrétionnaire de l'administration ; ce qui pouvait obérer l'accès aux données publiques dans l'hypothèse où l'administration n'exerçait pas

---

60. « Il est des cas où pèse sur l'administration une obligation de diffusion : nécessité publique de diffuser les règles juridiques, besoin collectif de fournir aux usagers des renseignements utiles à leurs démarches (...) On voit dans ce texte un souci tout à fait louable, celui de défendre les obligations de diffusion de l'administration et leur spécificités. » (H. MAISL, *Droit des données publiques*, préc.) Pour d'autres auteurs, ce texte avaliserait l'entreprise de marchandisation des données publiques v. GOURDET (G.), « Statut juridique de l'information en économie de marché » *Immatériel : nouveaux concepts*, Economica, 2001, p.45.

61. TC, 6 juin 1989, Préfet de la région île de France c. Ville de Pamiers



d'activités marchandes<sup>62</sup>. On voit là toute la distance qui séparait les initiatives communautaires et cette réponse du Gouvernement.

Bref, le texte ne réglait pas du tout la question de l'accès aux données publiques par le secteur privé. Et il n'incitait pas franchement les administrations à y procéder. En revanche, il reconnaît clairement la possibilité pour les organismes publics d'intervenir sur le marché, tout en suggérant de laisser l'initiative au secteur privé lorsqu'ils n'ont pas vocation à exercer d'activité de diffusion d'information sur le marché : « La thèse selon laquelle la diffusion de données élaborées relèverait d'une exploitation purement privée, l'administration ne pouvant diffuser ou de faire diffuser que des données brutes, reviendrait à faire interdire, par principe, à un organisme public de diffuser ou de faire diffuser des données enrichies par ses soins. Aucune règle légale ni aucun principe ne justifient cette interdiction ». Autrement dit, il légitimait, répondant par là à une revendication du secteur privé et des lignes directrices, la possibilité pour le secteur public de créer des services et produits d'information et de se maintenir sur le marché. À vrai dire, il eut été difficile à ce texte de dire autre chose, puisque l'existence de services d'informations ou de produits d'informations écoulés par le secteur public sur le marché était une réalité depuis le début des années 1980.

La circulaire comportait en revanche d'intéressants développements à propos des modalités de mise à disposition. Elle traitait longuement de la tarification, en détaillant sa structure, en évoquant les coûts à prendre en compte pour l'administration, ou encore sur la manière pour les organismes publics de se voir directement affecter les recettes issues de la commercialisation de leur information ; préoccupations financières qui sont propres aux services publics, le marché et ses besoins (et l'impact de la tarification sur le marché) ne sont pas du tout évoqués, car la question tarifaire n'est pas abordée en relation avec le marché et son développement, mais, ainsi que l'avait étudié le rapport GAUDRAT, en relation avec les services publics. Que pouvaient-ils faire payer ? Comment ? De quelle manière pouvaient-ils directement se voir affecter certaines recettes ? Telles étaient les questions évoquées.

La circulaire du 14 février 1994, au fond, est le reflet de son temps, des antagonismes et des conflits d'alors. Aux thèses libérales défendues par la Commission et reprises (ou suggérées) avec force de revendications (exorbitantes parfois) par les opérateurs privés, elle formule une réponse à propos du commerce des données publiques qui rappelle les exigences des services publics et de l'intérêt général, mais aussi des intérêts propres de l'administration. Elle conforte en réalité la situation des organismes publics sur les marchés et ne manifeste aucune volonté de modifier, de réglementer ou de réguler les pratiques existantes, ou d'embrasser de manière plus ambitieuse la question. Il fallait un autre texte, une autre méthode, pour cela. M. MAISL le notait, la circulaire constituait un point de départ qui était porteur d'ambiguïtés. « On voit dans ce texte, un souci tout à fait louable, celui de défendre

---

62. Ainsi, le texte opposait l'accès aux documents administratifs dont il avait été dit par des études commanditées par la Commission qu'il pouvait, comme aux Etats-Unis, servir de fondement à l'exploitation économique, à la diffusion, problématique qui met l'accent sur le service public.

les obligations de diffusion des administrations et leurs spécificités ; l'idée est sans doute juste mais le périmètre de ces prérogatives et leur portée ne sont pas encore bien cernés, ce qui est source d'incertitudes et de malentendus sur la ligne de partage entre les domaines où l'administration a incontestablement des obligations et ceux où elle n'en a pas. La référence à la jurisprudence traditionnelle sur les interventions économiques est certainement fondée, toutefois, elle reste insuffisante dans la mesure où la transposition dans notre domaine implique un effort d'imagination qui n'est pas forcément évident pour tous. Enfin, la circulaire préconise le faire faire plutôt que le faire ; mais la décision de commercialiser ou non les données ou d'en ouvrir l'accès aux opérateurs privés est qualifiée de décision d'organisation du service en vertu de la fameuse jurisprudence ville de Pamiers, ce qui ne donne guère d'indications sur la manière dont les administrations peuvent, sous le contrôle du juge administratif, utiliser leur pouvoir discrétionnaire. »

Quatre ans plus tard, le projet de loi sur la société de l'information apportera une réponse renouvelée et un peu plus ambitieuse à la question de la commercialisation des données publiques.

## B. L'orientation du projet de loi sur la société de l'information

**31. Un projet novateur manifestant une plus grande ouverture à l'égard de la commerce de l'information publique.** - Alors que, dans le même temps, la Commission européenne avait jeté les bases d'une action législative d'envergure en publiant le livre vert sur l'information du secteur public, fut menée en France une réflexion générale sur la diffusion numérique des données publiques. Chantier prioritaire de la mission sur « l'Etat et les nouvelles technologies de l'information et de la communication », cette réflexion<sup>63</sup>, qui donna lieu à la publication du rapport de l'atelier MANDELKERN en 1999, avait abouti à la formulation de certaines des dispositions du projet de loi sur la société de l'information, présenté en 2001<sup>64</sup>. Même s'il ne s'y limite pas, puisqu'il abordait aussi des problèmes de diffusion de l'information par le service public auprès des administrés, ce texte tentait de régir les relations et conditions de concurrence entre secteur public et privé à propos de l'accès et de l'utilisation des données numérisées. Il avait le mérite d'apporter une réponse globale à la problématique de la commercialisation des données publiques, signifiant par là que les pouvoirs publics avaient mesuré l'importance de la question et l'intérêt de légiférer dans un contexte technique bouleversé par l'essor de l'Internet.

63. Commissariat général du plan, Rapport de l'atelier présidé par D. MANDELKERN, Diffusion des données publiques et révolution numérique, La documentation française, 1999.

64. Préc.

À la différence de la circulaire, et suivant sur ce point les préconisations du rapport Mandelkern, le texte prévoyait sans aucune ambiguïté l'instauration d'une obligation de mise à disposition des données publiques numérisées à la charge du secteur public, réglant ainsi d'une manière très claire le problème de l'accès du secteur privé aux données publiques. Avant même que la Commission européenne ne l'énonçât, le droit de réutilisation était né. L'article 14 al. 1er prévoyait que « à l'exception de celles qui ne sont pas communicables en application de l'article 6 ou de l'article L. 124-1 du Code de l'environnement, les données numérisées, collectées ou produites, dans l'exercice de leur mission de service public, par les personnes publiques ainsi que par les personnes privées chargées d'une telle mission, sont mises à la disposition de toute personne qui en fait la demande ». Par ailleurs, sans toutefois entrer dans le détail, il envisageait la réglementation des autres aspects du commerce des données publiques. Il instaurait par exemple l'embryon d'une régulation sectorielle, du moins une instance de règlement des litiges, fonction confiée au Président de la CADA ; il prévoyait aussi de réglementer l'usage des données publiques par le secteur privé ; il abordait encore les questions de la tarification ou des conventions de mise à disposition des données publiques. On regrettera seulement de ce texte qu'il n'ait pas complètement suivi les propositions de l'atelier MANDELKERN en ce qu'il recommandait une analyse et une réglementation spécifique de la situation des organismes publics institutionnels, c'est-à-dire, au fond, ceux pour lesquels les ressources issues de la commercialisation des données publiques représentent une part importante de leur financement et qui interviennent couramment sur le marché. En réglant de manière identique des situations de fait et de droit différenciées, le gouvernement se refusait à prendre en compte la spécificité des organismes publics diffuseurs d'informations et leur influence sur le marché. Cette démarche homogénéisante, si elle présente des avantages, fait l'impasse sur l'analyse économique de l'importance de telle ou telle administration sur certains marchés et, surtout, se prive d'une réflexion sur la régulation des marchés de l'information les plus importants (information géographique, météorologique, statistique, légale). L'ordonnance du 6 juin 2005 suivra aussi cette méthode critiquable. En outre, ce projet suscitait l'interrogation sur d'autres aspects. La liaison qu'il faisait entre l'accès et la réutilisation, entre une problématique économique et un cadre réglementaire relatif aux libertés publiques a été contestée<sup>65</sup>. Tout comme le fait d'offrir à la CADA, en l'occurrence à son président, le pouvoir de régler des litiges qui, par leur importance et par la pluralité des compétences que leur mise en jeu exige, dépassent la capacité d'expertise d'une seule personne et même d'une seule institution comme la CADA. Bref, ce choix n'était pas très clair et porteur d'une certaine ambiguïté, le droit de réutilisation ainsi créé n'était pas porté et justifié par des objectifs économiques et une politique industrielle clairement formulée, ou même assumée, mais enserrée dans un cadre réglementaire dont on redoutait qu'il risquât d'en limiter la portée. Ici encore, l'ordonnance du 6 juin 2005 suivra cette méthode législative

65. BRUGUIÈRE (J.-M.), « Retour sur le projet de loi sur la société de l'information après la proposition de directive du 5 juin 2002 », *Légipresse* septembre 2002, n° 194, p. 115

qui ne permet pas exactement de révéler la volonté du législateur, mais seulement de noter le décalage existant entre la politique nationale et communautaire à propos du commerce de l'information publique.

Le projet de loi sur la société de l'information, qui n'a jamais dépassé le stade de l'examen en commission parlementaire<sup>66</sup>, n'est pas donc pas sans liens avec la loi du 17 juillet 1978 qui régit le commerce des données publiques. Il existe en effet une véritable filiation entre les deux textes. Tant est si bien que certains choix, que le gouvernement a fait lors de la transposition de la directive, semblent avoir été pensés auparavant, lors de l'élaboration de ce projet de loi. En fait, la directive a été transposée dans (ou à travers) ce texte.

### C. L'ordonnance du 6 juin 2005

**32. - La transposition de la directive 2003/98/CE.** – On peut le regretter, la transposition de la directive 2003/98/CE n'a pas vraiment été discutée. Elle résulte en effet de l'ordonnance du 6 juin 2005 adoptée sur le fondement de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit<sup>67</sup> qui, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, autorisait le Gouvernement « à compléter, par ordonnance, les dispositions de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 (...), afin : 1° d'étendre le régime général d'accès aux documents à certaines matières régies par les lois spéciales, d'harmoniser les règles applicables aux demandeurs entre les différents régimes d'accès aux documents, d'élargir et d'améliorer les possibilités d'accès aux documents, même à titre partiel, et de préciser la composition et les compétences de la Commission d'accès aux documents administratifs ; 2° *De fixer le cadre juridique relatif à l'accès, à la réutilisation et à la diffusion des données publiques produites ou collectées par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics ou les organismes de droit public ou de droit privé chargés de la gestion d'un service public, notamment en transposant la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003, concernant la réutilisation des informations du secteur public.* »<sup>68</sup>

Il n'était sans doute pas prévu par le Gouvernement, à l'origine, de coupler la réforme de la loi du 17 juillet 1978 avec l'établissement d'un cadre juridique relatif aux données publiques, dont on peut voir d'ailleurs, au détour des termes de l'habilitation, qu'il ne se limitait pas à la réception du texte communautaire - à la problématique de l'exploitation commerciale - mais avait l'ambition d'appréhender le sujet dans sa globalité en envisageant de

66. Plus tard, à l'initiative de quelques députés, les dispositions de ce projet de loi furent intégrées au projet le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique, sans plus de succès toutefois.

67. Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JO, 10 décembre 2004, p. 20857.

68. Ibid.

réglementer « l'accès », « la réutilisation » et la « diffusion » des données publiques. En fait, le projet de loi d'habilitation soumis au Parlement ne prévoyait pas de fixer un cadre juridique relatif à la réutilisation des données publiques, seule la réforme de la loi du 17 juillet 1978 était mentionnée. C'est la Commission des lois du Sénat qui introduira un amendement qui portera cette réforme. Ce rapprochement entre la loi du 17 juillet 1978 et la transposition de la directive n'est pourtant pas justifié dans le Rapport de M. SAUGEY<sup>69</sup>. La discussion sur l'amendement révèle cependant cette raison : « La réutilisation des données publiques constitue en réalité un sous ensemble de la question plus générale des données publiques et de leur usage, qui doit concevoir un régime global incluant, l'accès, la diffusion et la réutilisation. »<sup>70</sup> Voilà tout ce qui a été dit. En réalité, cette liaison entre l'accès, la diffusion et la réutilisation des données publiques et cette forme de transposition étaient présents dans le projet de loi sur la société de l'information. Au fond, l'ordonnance du 6 juin 2005, de ce point de vue et, comme nous le verrons, sur d'autres aspects, se situe dans la continuité de ce texte.

**33. Terminologie.** – Une remarque terminologique s'impose d'emblée. La directive, dans sa dernière mouture, l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>71</sup> qui la transpose, et puis la loi du 17 juillet 1978 dans laquelle cette dernière se trouve intégrée, n'emploient pas les termes « d'exploitation » ou de « commercialisation » mais celui de « réutilisation » de l'information publique. À cet égard, il faut dire que les intitulés sont un peu déceptifs. Ni la directive, ni la loi, ne réglementent la « ré-utilisation », c'est-à-dire la ou les activités afférentes à l'usage ou l'exploitation économique de l'information publique, ou toute autre forme d'emploi qui en serait faite. La directive pose quelques règles venant encadrer l'accès aux informations publiques aux fins de réutilisation et d'exploitation. C'est ainsi qu'il faut lire le terme de réutilisation, le texte communautaire ne s'attachant pas à réglementer l'utilisation des données par le secteur public ou privé. D'ailleurs, le livre vert ne s'y trompait pas, il parlait bien de conditions d'accès aux données en évoquant les mêmes règles que la directive et la loi visent sous le libellé de réutilisation<sup>72</sup>.

69. Rapport n°266 (2004-2005) de M. B. Saugey, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit,

70. Intervention de M. Saugey (séance du 13 octobre 2004)

71. Ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, préc.*

72. *Préc.* Cependant cela créait une certaine confusion avec les règles relatives à l'accès aux documents administratifs, c'est peut-être pour cela que la terminologie de réutilisation a été choisie en définitive, bien que la régulation de la directive ne porte pas précisément sur l'usage de l'information mais sur les conditions d'accès aux données publiques.

**34. Réglementation de l'accès à des fins d'exploitation et réglementation de l'exploitation.-** Cette remarque, qui est entièrement exacte pour la directive, l'est un peu moins pour la loi française. L'ordonnance du 6 juin 2005, qui transpose fidèlement le texte communautaire sur bien des aspects, déborde quelquefois de ses prescriptions. C'est ici que l'on peut observer la filiation entre l'ordonnance et le projet de loi sur la société de l'information. Dans le droit fil de ce texte, elle appréhende ainsi, non seulement les conditions et modalités d'accès de l'information publique à des fins de réutilisation, apport principal de la directive, mais aussi certains aspects proprement liés à l'usage ou à l'usage nouveau qui sera fait des données sur le marché. Bref, à leur circulation sur le marché. Le texte français se double alors de dispositions tendant à garantir la qualité du traitement des informations par les opérateurs privés en prévoyant, notamment, des sanctions pénales. À côté d'autres dispositions particulières, ou des régimes dérogatoires institués pour des raisons contingentes, l'apport essentiel du dispositif législatif réside dans la consécration d'une obligation de communication des données publiques à des fins de réutilisation. L'ordonnance, toujours à la suite du projet de loi sur la société de l'information, crée un droit à la réutilisation de l'information opposable à l'administration. L'innovation est remarquable. Alors que, pendant plusieurs années, le pouvoir discrétionnaire de l'administration (lorsqu'il n'existait pas de texte particulier) n'avait pu être contraint que par le droit de la concurrence, le droit à la réutilisation ouvre largement l'accès des fonds informationnels du secteur public au secteur privé. En tout cas, formellement, il renverse un rapport qui était plutôt favorable au secteur public, qu'aucun texte général n'obligeait auparavant à examiner une demande d'accès à ses fonds informationnels. Le choix du gouvernement est d'autant plus important que la directive laissait au contraire les Etats et leurs organismes publics libres de décider celles des données dont ils autoriseraient l'accès<sup>73</sup>. Enfin, elle met en place un organe qui sera chargé d'assurer, si ce n'est la régulation, du moins une médiation entre les opérateurs publics et privés à propos de l'accès et de l'utilisation des fonds informationnels du secteur public. En définitive, la directive et son texte de transposition posent les principaux éléments d'un régime juridique de la commercialisation des données publiques. Néanmoins, en aucune façon, les objectifs poursuivis par les textes communautaires sont décrits ou mis en avant par le texte. On ne retrouve pas trace non plus d'une quelconque réflexion en terme de régulation des marchés les plus importants. Ainsi, en exaltant la relation entre l'accès à la réutilisation des données publiques, et, surtout, en refusant de mettre en avant ces aspects, la transposition a suivi une voie propre, déconnectée des considérations à la base de la politique communautaire.

---

73. Cependant que la communication de la commission d'octobre 2001 (préc.) avait proposé la création d'une telle obligation. Quoi qu'il en soit, le Conseil de l'Union s'opposera à la mise en œuvre d'une telle obligation.

## Conclusion de la section I

**35.** - Cette brève présentation des textes communautaires et nationaux, qui constituent autant d'étapes vers la réglementation du commerce des données publiques, a permis de révéler, outre les objets et l'économie de ces différentes réglementations envisagées, d'importantes différences de vues entre les autorités nationales et communautaires. Si la Commission européenne a manifesté à plusieurs reprises la volonté d'ouvrir largement l'accès des données publiques au secteur privé, de manière à vivifier les marchés du contenu informationnel, le gouvernement français, et généralement les autres Etats membres de l'Union européenne, ont manifesté plus de circonspection à l'égard de cette politique d'ouverture généralisée des bases de données du secteur public. Tenant compte des impératifs de service public liés à la diffusion de l'information mais aussi, inévitablement, des impératifs économiques attachés à la mise à disposition des données publiques par les organismes publics, les manifestations concrètes de la politique nationale en matière d'exploitation de l'information du secteur public ont tenté de ménager ces impératifs, mais pas toujours de manière équilibrée. La transposition de la directive, qui occulte complètement la problématique et les objectifs économiques à la base du texte communautaire et qui, en outre, intègre les dispositions relatives à la réutilisation dans un texte relatif aux libertés publiques, ne semble pas devoir marquer une rupture définitive par rapport à cette manière d'envisager la question de la commercialisation des données publiques. Pour essayer d'approfondir ce premier constat, nous essayerons de dégager les raisons et la valeur du rattachement du régime juridique de la réutilisation de l'information publique à la loi du 17 juillet 1978.

## Section 2

### La réglementation du commerce des données publiques saisie par la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs

**36. - L'union des contraires ?** - Alors qu'elles ont longtemps été opposées, notamment par la circulaire du 14 février 1994, les logiques de l'accès aux documents administratifs et de l'exploitation économique des données publiques se retrouvent associées dans un même texte. Elles sont distinctes *à priori* et leur finalité tout à fait différentes. Le choix du législateur peut paraître surprenant, quoi qu'il ait pu être défendu et proposé. Aussi aurait-il dû être expliqué de manière claire. Mais ça n'a pas été toujours le cas, loin de là. Par conséquent, les prochains développements exploreront les raisons du rattachement de la réglementation du commerce des données publiques à la loi du 17 juillet 1978 (§1). Une fois circonscrites, on appréciera la valeur juridique de ce rapprochement (§2). Tout cela nous permettra de lever un coin de voile sur l'intention qui a présidé à la transposition de la directive 2003/98/CE.

#### §1 – LES RAISONS DU RATTACHEMENT DE LA REGLEMENTATION DU COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES A LA LOI DU 17 JUILLET 1978 SUR L'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

**37. -** Les raisons expliquant le choix d'associer la réglementation du commerce de l'information à la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs ne sont pas apparentes. Si ce n'est une vague référence à l'existence de liens entre l'accès et la réutilisation, elles n'ont pas été explicitement révélées par le législateur. Pourquoi dès lors, alors que cette association avait longtemps été contestée, notamment lorsqu'elle fut promue et défendue par les autorités communautaires, a-t-elle finalement été consacrée par le Gouvernement français ? C'est la question qui sera étudiée dans les lignes qui suivent. Pour y répondre, deux sortes de raisons, à la valeur inégale, peuvent être avancées. En premier lieu, il s'est forgé au fil du temps entre les notions d'accès, de diffusion et de réutilisation, sous l'impulsion des mutations techniques, des liens incontestables qui ont pu justifier leur rapprochement au plan législatif (A). C'est là une justification importante. En second lieu, d'une manière moins convaincante et plus technique, il s'avère que la transposition de la directive dans un texte séparé de la loi du 17 juillet 1978 aurait posé certaines difficultés quant à l'application du régime de la réutilisation (B).



## A. Les liens entre l'accès, la diffusion et la réutilisation des données publiques

**38.- Filiactions.** - La réflexion sur l'exploitation commerciale des informations du secteur public a été appréhendée, historiquement, au détour des problématiques de l'accès aux documents administratifs ou de la diffusion des données publiques. Et, dans la loi du 17 juillet 1978, modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>74</sup>, le droit de réutilisation entretient des relations aussi bien avec le droit d'accès aux documents administratifs qu'avec la notion de « diffusion publique » : l'exploitation commerciale de l'information publiques est saisie à travers de la notion de réutilisation qui est elle-même le prolongement du droit d'accès aux documents administratifs. L'accès, la diffusion et l'exploitation commerciale apparaissent, en effet, pour les premiers, comme des modes de divulgation, de communication, de l'information publique et, pour le dernier, comme une forme d'usage. Ainsi les notions d'accès, de réutilisation de commercialisation se trouvent plus ou moins imbriquées<sup>75</sup>. La présentation des liens entre ces trois notions, récurrentes lorsque l'on traite de la commercialisation des données publiques, permettra dès lors, de les définir, de présenter leur articulation au sein du texte législatif et de mettre en lumière, du moins en partie, les raisons qui ont conduit le législateur à transposer la directive 2003/98/CE dans la loi sur l'accès aux documents administratifs. Après avoir présenté les notions d'accès et de diffusion et leurs rapports (1), on envisagera les relations entre la réutilisation et la diffusion des données publiques (2) puis celle entre la réutilisation et l'accès (3).

### *1. La diffusion publique et l'accès aux documents administratifs*

**39. Modes de communication.** - D'un strict point de vue matériel, en dehors de toute référence à la loi sur l'accès aux documents administratifs ou à un quelconque texte régissant

---

74. préc.

75. À cela, il faut rajouter que la notion de diffusion des données publiques, thématique au détour de laquelle la question de la commercialisation des données publiques a été envisagée en France depuis 1994 n'apparaît pas dans le texte de la loi. Pourtant, les politiques de diffusion de l'information publique entretiennent des liens, de nature juridique ou technique, avec la réutilisation et, in fine, la pratique de la commercialisation. Sans parler de la relation entre l'accès et la diffusion qui est très forte. En outre, à ces rapports traditionnels, il faut rajouter la notion d'échange d'information publique, qui a été explicitement distinguée de la réutilisation par la directive et l'ordonnance du 6 juin 2005. Bref, ces notions sont, ou ont été, intimement mêlées et l'étude de leurs rapports s'avère complexe. S'il est difficile de démêler complètement l'écheveau, il est nécessaire, pour circonscrire la notion de réutilisation, de dégager des grands ensembles, de délimiter leur domaine d'intervention en identifiant les points de contacts et en mettant en lumière les télescopes de logiques. En sachant que, à la marge, en raison de l'indétermination même des notions, les frontières sont mouvantes. Cette étude permettra aussi de mieux identifier la notion de réutilisation ainsi que de jeter les bases d'une réflexion sur le fondement du droit de réutilisation qui sera analysé par la suite.

la diffusion, l'accès et la diffusion, rapportés à l'information, peuvent se présenter comme des modes de divulgation, de communication, des données ou de documents. D'un point de vue plus juridique, M. MAISL avait mis en avant l'idée selon laquelle la communication des données publiques pouvait se réaliser aussi bien par l'accès que par la diffusion<sup>76</sup>. L'exercice du droit d'accès conduit à la communication des documents qui sont reconnus communicables par la loi du 17 juillet 1978. Quant à la diffusion, elle consiste dans la communication au plus grand nombre de personnes de données élaborées dans le cadre d'une activité de service public. La circulaire du 14 février 1994 en donnait une définition encore plus large : « La diffusion des données publiques doit s'entendre (...) comme la communication au public de données publiques, quel qu'en soit le support résultant de l'activité d'une personne publique »<sup>77</sup>. On voit bien qu'il s'agit là de deux formes de communication de l'information administrative. Toutefois, jusqu'à leur rapprochement par la loi du 12 avril 2000<sup>78</sup> qui modifie la loi du 17 juillet 1978 (b), l'accès aux documents administratifs et la diffusion des informations publiques ont nettement été distingués (a).

**a. L'accès aux documents administratifs et la diffusion des données publiques comme modes alternatifs de communication de l'information administrative**

**40.** - S'ils constituent incontestablement des modes de communication de l'information administrative, le droit d'accès aux documents administratifs et la diffusion des données publiques ont pu être distingués en raison, notamment, de leurs modalités de mise en œuvre de leur régime juridique et de leurs finalités respectives.

76. MAISL (H.), *Le droit des données publiques*, préc. p. 125.

77. Circulaire du 14 février 1994, *relative à la diffusion des données publiques*, préc. L'activité de diffusion peut s'appuyer sur la publication, la publicité ou des formes de communications liées à l'emploi des technologies de l'information. Cela dit, il existe une véritable spécificité du support électronique qui rend ce mode de communication peu comparable aux autres. A ce propos, M. SCHOETTL, disait que « le support électronique, beaucoup plus que l'écrit, permet de constituer une mémoire, avec les triples fonctions de celle-ci : conservation exhaustive, mise à jour permanente et restitution rapide. Ensuite, parce que la nature du support conditionne l'appréciation que l'on peut porter sur l'intérêt de la communication au public. A cet égard, traiter une banque de données comme un périodique, ou un serveur télématique comme un panneau d'affichage, serait faire preuve d'un singulier irréalisme » (« Entretien avec Jean-Eric Schoettl », *RFAP* 1994, n°72, p.609)

78. Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration*, *JO*, 13 avril 2000, p.5646

### - *Des modalités de mise en œuvre divergentes*

**41. Origine de la communication.** - D'un point de vue matériel, et au-delà des mécanismes juridiques, il faut souligner que l'accès et la diffusion diffèrent en considération de la personne qui en est à l'initiative ; leur mise en œuvre n'est donc pas forcément comparable. Dans l'accès, c'est celui qui ne dispose pas de l'information, celui qui entend la saisir, qui sollicitera celui qui la détient ; dans la diffusion, c'est celui qui la détient qui la divulgue.

Ce sont les modalités divergentes de mise en œuvre de ces processus sur lesquels plusieurs auteurs ont insisté pour séparer les deux notions. Il a été dit de l'accès aux documents administratifs qu'il implique une démarche volontaire de la part de l'administré et le concours de l'administration, obligée par la loi. « L'accès suppose à la fois une démarche active de la personne, qui demande communication d'un document ou se déplace pour consulter un registre, et la collaboration de l'administration, qui communique le document demandé ou permet la consultation de ses registres »<sup>79</sup>. En revanche, c'est bien l'administration qui est à l'origine de la diffusion de l'information qu'elle élabore en son sein. La circulaire du 14 février 1994, en opposant fermement la diffusion à l'accès, soulignait que « la diffusion des données publiques procède (...) de la volonté de l'administration de faire parvenir au plus grand nombre de personnes des informations collectées par elle ou élaborées en son sein ».<sup>80</sup> On retrouve une telle argumentation dans certains ouvrages : « On oppose classiquement l'accès à la diffusion : dans l'accès c'est la personne qui a l'initiative, alors que dans la diffusion, c'est l'administration qui prend l'initiative de faire connaître, qui décide de la publication »<sup>81</sup>. M. BRUGUIÈRE, pour sa part, estime que : « D'un strict point de vue matériel, l'information accessible et l'information diffusée ne sauraient être confondues. L'information accessible est en effet une information détenue à laquelle on peut, sous réserve de certaines conditions, avoir accès. Elle suppose donc une démarche volontaire de celui ou celle qui y prête un intérêt. En ce sens le processus est bilatéral. L'information diffusée, disséminée, (...) qui est, par définition, non détenue, procède en revanche de la volonté de la personne qui a produit cette information de la faire parvenir au plus grand nombre. En ce sens le processus est ici unilatéral »<sup>82</sup>.

79. RONAÏ (M.), *Données publiques : accès, diffusion, commercialisation*, Problèmes politiques et sociaux, n° 773-774, La documentation française, 1996, p.12

80. Circulaire du 14 février 1994, relative à la diffusion des données publiques, préc. Il nous semble que le terme « volonté », dans ce texte, ne doit pas être compris au sens de bon vouloir, renvoyant au pouvoir discrétionnaire, mais à celui d'initiative puisque la circulaire précise, tout de suite après avoir procédé à cette affirmation, que la diffusion des données publiques peut constituer une obligation. Il reste cependant qu'une interprétation du terme « volonté », au sens de pouvoir discrétionnaire, demeurerait possible dans l'hypothèse où la diffusion constituait une simple faculté.

81. RONAÏ (M.), « Données publiques : accès, diffusion, commercialisation », préc., p. 12.

82. BRUGUIÈRE (J-M.), *Les données publiques et le droit*, préc. n° 26, p.13.

## *- Des finalités et des régimes juridiques divergents*

**42. Transparence.** - Fruit de la vague législative de la fin des années 1970 qui a fait surgir, quoique de manière fragmentaire, un droit à l'information administrative<sup>83</sup>, la loi relative à l'accès aux documents administratifs vise à favoriser la communication des documents administratifs dans le but d'équilibrer la relation administration administrés, traditionnellement marquée du sceau du secret. Sans le remettre complètement en cause, la loi du 17 juillet 1978 redéfinit les rapports entre le secret et le droit à la connaissance au profit des administrés, en consacrant un droit général d'accès aux documents administratifs opposable à l'administration<sup>84</sup>. Cette prérogative, dont les modalités d'exercice sont organisées de manière assez libérale pour en permettre l'exercice effectif, permet de situer la relation administration administrés sous le signe d'une certaine transparence. Le droit d'accès aux documents administratifs s'inscrit ainsi dans le cadre du régime juridique très homogène défini par la loi du 17 juillet 1978. Son exercice permet de saisir tous types de documents administratifs quelle que soit leur forme, dès lors qu'ils ne sont pas couverts par les secrets définis par la loi, qu'ils sont achevés et qu'ils existent.

Même si la loi n'a pas réellement atteint cet objectif<sup>85</sup>, le droit d'accès aux documents administratifs, d'un point de vue théorique, peut être présenté comme un droit à la connaissance, de nature intellectuelle, utile, nécessaire ou indispensable, à la participation au débat public, à la vie démocratique, voire à la contestation de certaines décisions administratives puisqu'il permet aux administrés de prendre connaissance des informations qui sous-tendent les politiques et pratiques administratives. Et, près de vingt ans après sa reconnaissance, en modifiant un peu les raisons qui étaient à l'origine de sa consécration<sup>86</sup>, il a été jugé que le droit d'accès aux documents administratifs constituait une garantie accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques car « il ne pourrait y avoir, par exemple, de véritable liberté d'opinion, d'authentique liberté de communication dans un pays dont l'administration serait opaque et secrète. C'est pourquoi le droit de savoir relève du domaine de la loi »<sup>87</sup>.

83. BRAIBANT (G.), « Droit d'accès et droit à l'information », *Mélanges Charlier*, 1981.

84. A côté de ce droit général d'accès aux documents administratifs, il existe aussi plusieurs textes particuliers qui reconnaissent la possibilité d'accéder à tel ou tel document.

85. PUYBASSET (M.), « Le droit à l'information administrative », *AJDA* 2003, p.1307.

86. Le droit d'accès aux documents administratifs a été consacré dans le cadre d'une réforme administrative qui prend sa place dans une politique plus générale et récurrente de réforme de l'Etat. L'objectif poursuivi par le législateur était, selon le mot d'un parlementaire de l'époque, de « desserrer le carcan administratif » (l'intitulé de la loi en atteste d'ailleurs). On était loin, bien que la reconnaissance législative eût permis une telle interprétation, du rattachement du droit d'accès aux documents administratifs à la liberté d'expression. Il faut considérer qu'aujourd'hui ce droit présente ce double aspect.

87. concl. PIVETEAU sous C.E., 29 avril 2002, *Ulmann*, *RFDA* 2003, p. 135.

**43. Les régimes de la diffusion et leurs finalités.** - Historiquement, la diffusion, a précédé le droit d'accès. M. MAISL notait qu'avant que ne « soit envisagé l'accès aux documents administratifs, l'administration a cherché à diffuser certaines données correspondant aux exigences de la vie en société et aux règles du jeu devant être connues par les citoyens »<sup>88</sup>. La diffusion du journal officiel ou de certains bulletins officiels conditionne ainsi l'applicabilité des lois ou l'opposabilité de certains droits. Progressivement, et cette évolution s'est faite de manière tout à fait empirique, au gré de politiques de diffusion définies au sein de chaque organisme public, les collectivités publiques ont été portées à diffuser de plus en plus d'informations, en utilisant les supports les plus modernes de communication<sup>89</sup>.

Cette évolution, succinctement rappelée, il faut dire que, d'un point de vue juridique, la notion de diffusion est relativement inconsistante. En fait, malgré son antériorité, elle a une faible densité juridique. La diffusion, en effet, n'est pas forcément une obligation pour l'administration ; elle n'est pas non plus un droit pour l'administré. Évoqué par les textes ou certaines études, aucun régime juridique précis ne semble devoir s'y rattacher ; elle relève plus de l'ordre matériel, d'une thématique politique, que du droit. Bien sûr des textes viennent ici où là imposer des obligations à l'administration en fonction de l'objet ou de la finalité des informations, ils peuvent aussi en déterminer un régime juridique particulier. Mais, il n'y a pas de règles générales, la diffusion procédant tantôt du propre mouvement de l'administration, tantôt d'un texte, tantôt de politiques publiques particulières.

Il est toutefois possible, d'une manière générale, de l'associer au service public. L'activité de diffusion de l'information peut alors se présenter comme une activité de service public ou, du moins, comme une activité entretenant une relation de proximité avec le service public, puisqu'elle est prise en charge par un organisme public et qu'elle porte sur des informations produites dans le cadre de sa mission. Ce seront, dès lors, les règles applicables au service public, le critère de l'intérêt général, qui détermineront quand l'administration peut ou doit communiquer l'information, et comment elle doit le faire. La circulaire du 14 février 1994, relative à la diffusion des données publiques, qui constitue une remarquable synthèse à cet égard, distinguait trois formes de rattachement de l'activité de diffusion au service public. Dans certains cas, cette communication peut être une obligation pour l'organisme public, la diffusion constituant une mission de service public ou son prolongement ; il est certain « qu'en égard à la nature des données en cause et à sa propre mission, l'administration est (parfois) juridiquement ou fonctionnellement conduite à communiquer directement l'information »<sup>90</sup>. La plupart des diffuseurs publics institutionnels, tels la direction des journaux officiels, l'INSEE, l'INPI, la RMN, le SHOM,

88. MAISL (H.), *Droit des données publiques*, préc., p. 125.

89. V. en ce sens, notamment, RONAI (M.), « Données publiques : accès, diffusion, commercialisation », préc. ; et CAPUL (J-Y), « Société de l'information et diffusion des données publiques », *Les cahiers français*, n° 295, La documentation française, p. 99.

90. Circulaire du 14 février 1994, *relative à la diffusion des données publiques*, préc.

Météo-France ou l'INA sont investis d'une ou de plusieurs obligations de service public tendant à la communication des données élaborées ou détenues pour les besoins de leur activité. Dans cette catégorie, il serait encore possible d'isoler les informations pour la diffusion desquelles s'attache une véritable « nécessité publique »<sup>91</sup>. Par exemple, les informations intéressant la sécurité des transports, les normes juridiques ou celles qui sont nécessaires à l'exercice d'un droit. Lorsqu'elle ne représente pas une obligation juridique proprement dite, la diffusion de données, de manière plus ou moins immédiate, sans que l'on puisse déterminer exactement la limite, peut se situer dans le « prolongement » de la mission de service public. M. MAISL a illustré cette catégorie en disant qu'« il y a (...) prolongement de la mission dans la création d'un service et de bases de données pour renseigner les administrés sur leurs droits et démarches ; il en va ainsi du Centre interministériel de renseignements administratifs ou des informations fournies au contribuable par la direction générale des impôts. Il y a également prolongement du service public de base lorsqu'une administration enrichit les données dans le cadre de sa mission stricto sensu »<sup>92</sup>. Tel est le cas de MÉTÉO-FRANCE qui diffuse des prévisions météorologiques à destination du public ou de l'INSEE lorsqu'il diffuse des produits statistiques ; la diffusion d'une telle information est réalisée en « complément » de la mission de service public. Aussi, diffusion de certaines des informations qu'elles élaborent, peut-elle dépasser le cadre de l'exécution du service public pour les personnes publiques. La diffusion peut donc revêtir, aussi, une finalité marchande. Dans d'autres cas de figure, la diffusion de l'information ne constitue pas une obligation pour l'organisme public, mais seulement une faculté<sup>93</sup>. Telle qu'elle est présentée dans la circulaire, la thématique de la diffusion des données publiques gravite, peu ou prou, dans l'orbite du service public ; en fait, elle y est étroitement associée puisque, dans bien des cas, cette forme de communication répond indéniablement à une fonction sociale. Par conséquent, c'est au regard de la notion d'intérêt général que devaient être appréciées les obligations de l'administration en matière de diffusion des données publiques.

91. SHOETTL (J-E.), « Entretien avec Jean-Eric Schoettl », préc.

92. MAISL (H.), « La diffusion des données publiques ou le service public face au marché de l'information », préc.

93. Cette distinction entre, d'une part, la diffusion-obligation et, d'autre part, la diffusion-faculté a été évoquée par la circulaire du 14 février 1994 qui s'est elle-même appuyée sur les conclusions du rapport Gaudrat (préc.). On peut lire dans le texte que « en exceptant le mécanisme des droits d'accès de nature individuelle incompatibles avec l'échelle d'une commercialisation, les informations détenues par l'administration susceptibles d'être mises sur le marché, se répartissent en trois catégories. 1. Celles qui ne doivent pas être communiquées ; 2. Celles qui doivent être communiquées (par voie de publication, publicité ou autre...) ; 3. Celles qui peuvent être communiquées au gré de l'administration parce qu'elles ne font l'objet ni d'un interdit, ni d'une obligation de communication. Y entre essentiellement l'information créée par l'administration pour ses besoins propres, l'information générée par le service public sans être créée en exécution d'une mission de service public, tout produit informationnel incluant une plus value créée à partir de l'information élaborée dans l'exécution d'une mission de service public et, plus marginalement, le produit informationnel élaboré à la demande d'un opérateur privé ».

**44.** - Mode de communications de l'information publique ou des documents administratifs, accès et diffusion sont soumis à des régimes juridiques très différents et ne participent pas forcément les mêmes finalités. Les politiques de diffusion, poursuivant les buts assignés par le pouvoir réglementaire, législatif, voire les organismes publics eux-mêmes, animées d'une dynamique propre, se distinguent du droit et des mécanismes de l'accès aux documents administratifs, du point de vue de leur régime juridique. La diffusion de l'information administrative dépasse aussi les buts du droit d'accès aux documents administratifs ; elle permet de satisfaire d'autres objectifs. Notamment lorsqu'elle est réalisée dans le prolongement de la mission de l'organisme public, elle peut, dans certains cas, être assimilée à une exploitation commerciale par l'administration de son information<sup>94</sup>. Cela dit, il existe des points de rencontre inévitables entre ces deux modes de divulgation de l'information administrative, la diffusion pouvant parfaitement satisfaire aussi la transparence administrative. L'évolution technologique, l'unification des supports sous l'effet de la numérisation<sup>95</sup>, a conduit à rapprocher ces deux modes de communication de l'information administrative.

### **b. Le rapprochement de l'accès aux documents administratifs et de la diffusion des données publiques**

**45.** -« Ne peut-on soutenir que l'accès et la diffusion des données publiques sont moins aujourd'hui deux notions différentes que complémentaires, la diffusion donnant plus d'ampleur à la transparence dans un contexte technologique nouveau »<sup>96</sup>. Cette thèse du rapprochement, d'une filiation, sous le signe de la transparence administrative, entre l'accès aux documents administratifs et la diffusion des données publiques, sera développée par la doctrine et envisagée par certains textes à faible portée normative avant d'être inscrite dans la loi.

94. Cependant que l'exercice du droit d'accès ne pouvait conduire à l'exploitation des documents communiqués, en raison de l'interdiction, au demeurant très formelle, de l'ancien article 10 de la loi du 17 juillet 1978.

95. A l'origine, l'exercice du droit d'accès permettait seulement la communication de documents papier, la portait sur des informations stockées dans des bases de données. On comprend alors que ce soient les informations diffusées qui étaient principalement l'objet de l'intérêt du secteur privé. De plus, les mécanismes de l'accès étaient inefficients pour assurer la transmission d'une grande quantité d'informations (v. *infra*).

96. MAISL (H.), *Droit des données publiques*, préc. p.135.

- *La filiation accès-diffusion selon la doctrine*

**46. Des processus liés sous l'effet des techniques et ayant une finalité commune. -**

Plusieurs auteurs ont avancé l'idée d'un *continuum*<sup>97</sup> entre les processus de l'accès à l'information publique et de sa diffusion, voire de son exploitation commerciale. Les facteurs déterminant cette filiation résident dans la propagation de la numérisation au sein de l'administration et l'apparition d'Internet. Sans prétendre à une assimilation des processus d'accès et de diffusion, qui, du moins d'un point de vue intellectuel et, pour l'heure encore, d'un point de vue juridique, peuvent être séparés<sup>98</sup>, la distinction entre accès et diffusion doit être relativisée en raison des dynamiques induites au sein des services publics par les techniques de traitement de l'information et de communication, dont les effets ont d'ailleurs clairement été pris en compte par le droit. M. RONAI exprimait, en 1996, cette idée : « Les nouvelles technologies créent aussi un appel d'air pour un approfondissement de la transparence administrative ; l'accroissement des capacités de stockage permet aux services de l'Etat d'archiver sur des serveurs en ligne ou sur CD-ROM des volumes considérables de textes et de données de référence. Cette documentation de référence, utile aux citoyens, aux médias, aux organisations n'est pas secrète, mais elle n'est pas toujours facile à obtenir ; pour la consulter, un citoyen doit exercer son droit d'accès. Il s'agirait, en d'autres termes, pour les administrations de passer d'une délivrance de documents au coup par coup à une diffusion active »<sup>99</sup>.

Aujourd'hui, l'administration électronique est une réalité incontestable. Son essor a permis aux collectivités publiques de mettre en œuvre, cas par cas, des politiques actives de diffusion de l'information qui permettent de passer d'une logique d'accès à une logique de diffusion des documents administratifs et, plus généralement, des données publiques<sup>100</sup>. Ainsi, accès et diffusion, sous l'effet des techniques, participent également de l'amélioration des rapports entre administration et citoyen. Autrement dit, la diffusion des documents administratifs et des données publiques contribue au même titre que le mécanisme de l'accès à la transparence administrative. Et c'est très tôt que les pouvoirs publics ont pris conscience d'une telle perspective ouverte par l'usage des techniques de l'information. La circulaire du

97. L'expression est de H. MAISL, « Du document administratif à la donnée publique », *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, La documentation française, p. 279.

98. On peut lire, dans le rapport d' E. BLANC sur le projet de loi d'habilitant le gouvernement à simplifier le droit (AN, 2004, rapport n° 1635), que « la numérisation de ces données (données publiques) pose le problème de la diffusion sous un jour nouveau en raison de l'instantanéité, de l'extension sans limites et du faible coût de diffusion, ainsi que de l'interactivité que permettent les nouvelles techniques de l'information et de la communication. Par leur biais, la distinction entre accès et diffusion s'efface ».

99. RONAI (M.), *Données publiques : accès, diffusion, commercialisation*, préc.p. 4.

100. ROBINEAU-ISRAËL (I.) et LASSERRE (B.), « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AJDA* 2003, p. 1325.



15 mai 1996, relative à la communication, à l'information et à la documentation des services de l'Etat sur les nouveaux réseaux de télécommunication, était, à cet égard, particulièrement explicite<sup>101</sup>. « La généralisation du traitement numérique des données et les opportunités offertes par des coûts de lancement et d'entretien en baisse favorisent en effet l'émergence de nouvelles possibilités de dialogue avec les citoyens, les usagers du service public, les entreprises (...) Une telle évolution permet en outre d'espérer une plus large diffusion des informations qui sont nécessaires tant au travail quotidien des agents publics qu'aux rapports entre services publics et usagers ». C'est aussi dans le sens d'une plus grande transparence qu'allait la politique de diffusion des données essentielles préconisée par le projet de loi sur la société de l'information ; c'est en ce sens aussi que l'on peut analyser la politique de diffusion des données environnementales, voire l'ensemble des textes qui organisent la diffusion d'informations par les ministères.

En somme, la diffusion des documents administratifs peut, dans la même mesure que l'accès aux documents administratifs, sinon plus, en raison de sa facilité de mise en œuvre, favoriser la transparence administrative<sup>102</sup>. Certes, on pourra toujours dire que, dans un cas, celui de l'accès, la transparence s'inscrit dans le cadre d'un régime juridique et, dans l'autre, qu'elle dépend d'initiatives prises par l'administration et que la transparence serait plus aléatoire et moins accomplie dans le second cas que le premier. Il n'en demeure pas moins que ces deux processus distincts d'un point de vue juridique peuvent également contribuer à satisfaire le même objet.

### *- La liaison accès-diffusion publique dans la loi du 17 juillet 1978*

**47. Consécration.** - Cette thèse de la liaison entre le droit d'accès aux documents administratifs et la diffusion des données publiques, quelle que soit sa finalité d'ailleurs, n'aurait pas autant de force si elle n'avait pas explicitement été consacrée par la loi. En effet, la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec

101. Circulaire du 15 mai 1996, *relative à la communication, à l'information et à la documentation des services de l'Etat sur les nouveaux réseaux de télécommunication*, JO du 19 mai 1996, p. 7549. La circulaire du 7 octobre 1999, *relative aux sites Internet des services et établissements publics de l'Etat*, JO du 12 octobre 1999, p. 15167, qui abroge le texte précédant, imposait à chaque ministère la définition de politiques particulières de numérisation et de diffusion des données de son secteur.

102. "Les administrations ont à leur tour joué un rôle actif en favorisant la diffusion des informations et des données issues de leurs activités. On est ainsi passé d'une logique d'accès individuel aux informations publiques, accès dont les modalités sont organisées par la loi, à une logique de diffusion à l'initiative de l'administration afin de favoriser la transparence. Si la diffusion des informations publiques est devenue une préoccupation des administrations, c'est d'abord parce que le dispositif légal d'accès à l'information s'est révélé insuffisant pour permettre une véritable transparence de l'administration. Mais les évolutions technologiques ont aussi constitué un puissant vecteur de transformation des relations entre l'administration et le citoyen. Avec Internet, ce sont même les frontières entre accès et diffusion qui tendent à s'estomper." CAPUL (J-Y), « Société de l'information et diffusion des données publiques », préc., p. 99.

l'administration<sup>103</sup>, modifie l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 en disant que le droit à la communication ne s'exerce plus lorsque « les documents font l'objet d'une diffusion publique ». Sous réserve de définir et d'illustrer précisément l'expression de diffusion publique et de déterminer si elle peut être assimilée à la notion de diffusion qui nous occupe, on peut dire d'emblée que si la loi prévoit une telle exception au droit d'accès, c'est qu'il s'agit là de modalités de communication équivalentes et interchangeables participant, au demeurant, également de la transparence administrative.

**48.- La diffusion publique, une modalité alternative de communication des documents administratifs.** - La notion de diffusion publique a été élaborée par la CADA, confirmée par la jurisprudence administrative<sup>104</sup>, et reprise par la loi dans le but « d'alléger les obligations de l'administration en matière de communication »<sup>105</sup>. L'exception de diffusion publique n'est autre qu'une modalité alternative de communication des documents administratifs, permettant aux « administrations assujetties à la loi du 17 juillet 1978 de s'acquitter définitivement de leurs obligations en matière de communication en prenant les devants, autrement dit, en organisant un système permanent de diffusion des informations qu'elles détiennent »<sup>106</sup>. Aussi, la diffusion publique, si tant est qu'elle offre des garanties équivalentes au bénéficiaire de la communication par le droit d'accès, constitue-t-elle le support alternatif de la communication des documents administratifs<sup>107</sup>.

La « diffusion publique » est donc très proche (sinon confondue) de la réalité saisie par le vocable de « diffusion des données publiques ». Concrètement, il s'agit d'une communication des données auprès du public. Au regard de la pratique consultative de la CADA, la diffusion publique est un procédé de communication, de publicité, plus généralement de divulgation des documents administratifs, qui permet de remplacer avantageusement la communication par l'accès.

**49. - Les manifestations de la « diffusion publique » selon la CADA.**- La pratique consultative de la CADA est, au sujet de la diffusion, très intéressante. L'autorité administrative a en effet non seulement admis que la diffusion réalisée à des fins de service public, ou en tout cas à des fins de connaissance, pouvait se substituer à l'accès mais aussi

103. Loi du 12 avril 2000, *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration*, préc.

104. Toutefois, la solution ne valait que dans un cadre très limité : publication au journal officiel, parution à un bulletin d'information d'un ministère, dès lors qu'il s'agissait d'une revue périodique fonctionnant selon un système d'abonnement (CE, 23 octobre 1987, *Bertin*, Rec. p. 739).

105. BOISSARD (S.), « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », *AJDA* 2003, p. 1309

106. CADA, rapport public pour l'année 2000, La documentation française.

107. CADA, Avis n°20062243 du 29 juin 2006, *Société France Examen*

celle réalisée, semble-t-il, en prolongement de la mission de service public. Il est des cas, où, bien qu'il soit difficile d'en juger au regard des faits, il semblerait que l'administration exploite effectivement un fond informationnel à sa disposition à la périphérie de ses obligations. La qualification de diffusion publique semblerait ainsi indépendante de sa finalité.

Pour prendre des exemples, la communication sur le site Internet de telle ou telle administration de certains documents a été assimilée à une diffusion publique. Par ailleurs, la CADA a considéré que les documents contenus dans un rapport public faisant l'objet d'une publication pouvaient être interprétés comme une diffusion publique<sup>108</sup>. Elle a encore pu estimer que la diffusion d'un plan local d'urbanisme sur le site Internet d'une mairie permettait d'écarter l'application du droit d'accès<sup>109</sup>.

De la même manière, quoiqu'elle fût payante, la mise à disposition par les greffes des tribunaux de commerce des comptes détaillés d'une SEM a été interprété comme constituant une diffusion publique, car la consultation informatique et télématique était possible par l'intermédiaire du réseau infogreffe<sup>110</sup>. La diffusion publique, et ce dernier exemple en témoigne, peut viser des hypothèses qui relèvent de la commercialisation des données publiques. Plus récemment, dans un cas similaire, la Commission a estimé que la diffusion, payante, de photographies aérienne par l'IGN auprès du public, était une diffusion publique<sup>111</sup>. Par contre, elle a estimé que la commercialisation de certaines informations soumises au droit d'accès ne pouvait être assimilées à une diffusion publique au sens de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 simplement parce que les informations commercialisées, et effectivement soumises au droit d'accès, avaient été enrichies d'autres données. En l'occurrence, il s'agissait de la communication par une commune des noms de voies publiques : « Lorsque ce document fait l'objet d'une commercialisation, sous forme de cédérom par exemple, la commission assimile cette commercialisation à une diffusion publique au sens du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 et elle estime que les dispositions de la loi ne peuvent en principe plus être invoquées pour en obtenir communication. Toutefois, il ressort des informations que vous lui avez transmises que le cédérom mis en vente ne se limite pas à une simple liste des noms de rues et est enrichi de

108. CADA, avis n° 20003417, du 5 octobre 2000, Premier président de la Cour des comptes. La publicité de certaines procédures administratives n'a pas été interprétée comme une diffusion publique. La commission a considéré que, par exemple, dans le cadre de l'expropriation pour cause d'utilité publique, « les mesures d'affichage, par essence localisées et le plus souvent temporaires et partielles » ainsi que « l'insertion d'avis ou de décisions dans des journaux locaux prévus par certaines dispositions du code de l'urbanisme » ne constituaient pas une diffusion publique au sens de la loi (CADA, avis n° 20003890 du 19 octobre 2000, *Préfet de Maine-et-Loire*).

109. CADA, Avis n° 20070320 du 25 janvier 2007, *Maire de Quinssaines*.

110. CADA, avis n° 20002701, du 6 juillet 2000, *Président de la société d'économie mixte pour le développement et l'aménagement du Gers (SEM GERS)*.

111. CADA, avis n° 20071023 du 3 mai 2007, *Directeur national de l'Institut géographique national*.

nombreuses indications historiques. Dans ces conditions, la Commission estime que le chapitre Ier de la loi reste applicable à l'accès à la liste des noms de voies parisiennes »<sup>112</sup>. Au regard de cet avis, il faut comprendre le concept de diffusion publique de manière restrictive. Pour qu'elle puisse se substituer à la communication par l'accès, la communication par la diffusion ne doit porter que sur les informations qui peuvent être soumises au droit d'accès. En l'occurrence, l'adjonction d'informations historiques, très probablement étrangères au champ des données accessibles, modifient les conditions de la communication. Ainsi, c'est, semble-t-il, parce qu'elles ne portaient pas sur les mêmes informations, que ces deux formes de communication n'ont pas été assimilées. Une telle interprétation permet d'écarter tout rapprochement entre la commercialisation de données publiques, en tout cas une certaine forme d'exploitation, qui induit l'enrichissement des données, et la diffusion publique.

Par conséquent, il faudrait distinguer deux hypothèses. Dans la première, l'administration agissant dans le prolongement mettrait à disposition, contre rémunération, les seules informations accessibles au titre de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978. Dès lors, le droit d'accès et la diffusion publique seraient assimilés. La seconde hypothèse, dans le prolongement de sa mission, l'administration élaborerait et diffuserait des produits qui, outre les données accessibles au titre du droit d'accès, comprendraient d'autres informations. Dans ce cas, accès et diffusion ne pourraient être assimilés.

**50. -** En conclusion, les liens entre l'accès et la diffusion des données publiques sont très forts. Sous l'impulsion des mutations techniques, des mécanismes distincts sur un plan juridique, et que parfois même leurs finalités opposaient, ont été amenés à être rapprochés, d'abord intellectuellement, puis très concrètement d'un point de vue juridique et pratique, au point que les documents accessibles au titre de la loi du 17 juillet 1978 sont ceux là même qui pouvaient être diffusés. Cette évolution a été permise, notamment, en raison du caractère très compréhensif de la notion de document administratif et de la possibilité, sous le couvert de la loi du 17 juillet 1978, d'accéder à des documents sous forme électronique (v. infra). Alors qu'à l'origine, la distinction accès diffusion avait été, en partie, bâtie sur la considération de la différence de l'objet, de l'accès (document papier) et de la diffusion (base de données électronique), la diffusion permet aujourd'hui d'atteindre les objectifs assignés à l'accès, mais aussi de les dépasser, puisque l'exploitation commerciale de l'information publique peut prendre la forme d'une diffusion d'informations pour l'administration.

---

112. CADA, avis n° 20060864 du 16 février 2006, *Mairie de Paris*.

### c. L'accès et la diffusion comme supports alternatifs de l'exploitation commerciale des données publiques

**51. Thèses opposées.** – L'interrogation sur la commercialisation des données publiques a rarement été évoquée en tant que telle, si ce n'est à ses débuts. En France, à partir de 1994, c'est sous le thème de la diffusion de l'information publique, avec toutes les ambiguïtés que pouvait occasionner l'emploi de cette expression, qu'elle a été abordée. La question qui se pose immédiatement est de savoir pourquoi l'accès ou la diffusion peuvent constituer les supports de l'exploitation commerciale. La réponse réside dans cette considération. Lorsque l'on évoquait l'exploitation commerciale des données publiques, on l'a dit, c'est essentiellement la question de savoir comment et à quelles conditions le secteur privé pouvait accéder aux données publiques. Aussi, puisant dans le fond juridique commun, a-t-on fait référence au droit d'accès aux documents administratifs. N'existait-il pas une proximité entre les notions de données ou d'informations publiques et de documents administratifs, quoi qu'ils ne fussent pas tous numérisés ? C'est parce que le droit d'accès aux documents administratifs est un mode de communication, qu'il a été sollicité pour assurer l'ouverture des bases de données publiques. Cependant, au début des années 1990, la plupart des bases de données recherchées par le marché (statistiques, géographiques, météorologiques) faisaient l'objet d'une diffusion voire d'une exploitation de la part du secteur public. Or, les modalités de l'accès ne permettaient pas exactement d'appréhender de tels objets. Par conséquent, aux thèses qui entendaient justifier l'exploitation par l'accès d'autres ont essayé de la justifier par la diffusion.

#### *- L'accès aux documents administratifs et la mise à disposition des données publiques à des fins d'exploitation commerciale*

**52. Antériorité.** - Avant même que le droit de la concurrence vienne saisir la pratique de la commercialisation des données publiques, l'idée a été avancée que le droit d'accès aux documents administratifs pouvait servir, si ce n'est de fondement, au moins de support à l'exploitation des données publiques, le droit d'accès aux documents administratifs permettant de justifier un principe de mise à disposition des données publiques. On peut distinguer trois formes de rattachement du droit d'accès aux documents administratifs à l'exploitation de l'information publique. A la suite des premières réflexions entamées au plan communautaire et national à propos de l'exploitation des données publiques, certains auteurs ont développé l'argumentation selon laquelle le droit d'accès aux documents administratifs pourrait constituer le fondement légal de l'exploitation commerciale. D'autres, moins ambitieusement, ont dit qu'il ne constituait la base que du seul principe de disponibilité des

données publiques. D'autres enfin, le lien est ici plus distendu, ont évoqué « la filiation » entre l'accès et l'exploitation commerciale.

**53. L'accès aux documents administratifs comme fondement juridique de l'exploitation des informations du secteur public.** - Aux origines de la réflexion sur la création d'un marché de l'information et de l'exploitation économique des données publiques, la Commission européenne, suite à la publication des lignes directrices<sup>113</sup> et pour argumenter ultérieurement sa position en faveur de l'ouverture des fonds informationnels du secteur public, a commandité un certain nombre d'études dans lesquelles était mise en lumière, directement inspirée du *Freedom of Information Act* américain, l'interaction entre la législation autorisant l'accès aux documents administratifs et une politique de diffusion, voire de commercialisation, de l'information publique. Elles mettaient en avant l'idée selon laquelle, juridiquement, le droit d'accès aux documents administratifs pourrait constituer le fondement de l'exploitation commerciale des données publiques parce que le droit d'accès s'inscrit dans une logique de droits fondamentaux. Tout en admettant que la commercialisation des données publiques n'était pas l'objectif premier des législations sur l'accès, M. POULLET, instigateur principal de cette contribution, exposait trois arguments pour justifier cette liaison. En premier lieu, le droit d'accès aux documents administratifs découle d'un droit de l'Homme : le droit à l'information consacré par l'article 10 de la CEDH. Or, « un tel fondement interdit – c'est le principe même des droits de l'Homme – toute interrogation sur la finalité de leur exercice ». Ce serait donc le droit à l'information, impliquant le droit de recevoir des informations, qui constituerait le fondement juridique de la commercialisation des données publiques. En deuxième lieu, l'auteur affirme que la commercialisation de l'information détenue par le secteur public, « ne fait qu'amplifier la dissémination de l'information administrative qui est l'objectif du droit d'accès ». Il évoque enfin un argument de circonstance : « à bien lire l'argumentation de ceux qui réclament la séparation des règles de commercialisation de celles du droit d'accès, c'est en définitive la volonté de ces derniers d'échapper au principe de la gratuité du droit d'accès et de fonder une certaine possibilité de rentabilisation de l'exploitation commerciale des données par le secteur public lui-même qui constitue l'ultime justification »<sup>114</sup>.

113. *Lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et privé sur le marché de l'information*, préc.

114. Plusieurs critiques peuvent être adressées à cette thèse qui, d'ailleurs, depuis bien longtemps, n'a plus été évoquée par la Commission ou la doctrine elle-même. Elle n'a pas non plus, de près ou de loin, été consacrée par la directive. Dire que le droit d'accès aux documents administratifs découle d'un droit de l'Homme n'est pas forcément incorrect, eu égard notamment à certains développements jurisprudentiels qui l'ont qualifié de garantie fondamentale pour les libertés publiques, notamment de la liberté d'expression, ou textuels, la charte européenne des droits fondamentaux considère aussi qu'il « relève aussi de la liberté d'information ». Mais, précisément, il ne s'agit pas, en tant que tel, d'un droit fondamental, mais seulement d'une condition d'exercice d'un tel droit. Ensuite, il ne faut pas oublier de dire que l'objet principal de ce droit, le seul d'ailleurs qui ait motivé l'adoption des lois sur l'accès aux documents, n'est pas du tout le renforcement des garanties attachées au droit à l'information, mais l'amélioration des rapports entre administration et

**54. L'accès aux documents administratifs comme fondement juridique de la mise à disposition des données publiques.** - D'autres auteurs, sans rechercher à établir un lien entre le droit d'accès à l'information et la liberté d'information, ont quand même dit, sensibles à la proximité matérielle existant entre les notions de documents administratifs et de données publiques et à l'évolution technologique qui allait conduire à leur rapprochement, finalement consacrée par la loi, fonder la disponibilité des données publiques sur le droit d'accès aux documents administratifs. Plus précisément, leur argumentation met en lumière l'existence, au plan juridique, de liens techniques entre le droit d'accès et la commercialisation des données publiques.

Ainsi, Mme MALLET-POUJOL estimait que « La notion de documents ne pose donc pas, en elle-même, de difficultés et son interprétation peut s'avérer très souple. La seule exigence posée par la CADA est que le document existe et soit achevé. La passerelle est ainsi facile à jeter du document à la donnée, la plupart des données publiques stockées dans une banque de données étant issues des documents précités ou constitués à partir d'eux (...) le droit d'accès aux documents légitime le principe de disponibilité de telles données. Il est bien évident que si les données sont accessibles par le biais de l'accès au document, elles le sont quel qu'en soit le support »<sup>115</sup>. En effet, stocké dans une base de données, le contenu du document devient donnée. Compte tenu de la définition du document, rien ne s'oppose alors à son appréhension par le droit d'accès.

C'est aussi l'opinion de M. MAISL, lorsqu'il évoque la mutation du droit d'accès sous l'impulsion technologique. Celui-ci, cependant, ne dit pas que le droit d'accès constitue le fondement de l'exploitation, mais seulement son prolongement. « Pour ma part, je crois qu'il existe un continuum entre l'ensemble du processus de transparence administrative, même si les modalités de mise à disposition sont différentes ou si les finalités d'exploitation ne sont pas les mêmes (...) D'abord, il est incontestable que l'article 6 de la loi du 17 juillet qui définit la ligne du communicable et du non communicable (...) vaut pour la diffusion comme pour

---

administrés par la révélation de certains documents inhérents au processus décisionnel. Le lien établi entre le droit à l'information et le droit d'accès aux documents administratifs n'est donc pas aussi direct que l'affirme l'auteur. Ce qui permet de relativiser l'argument selon lequel on devrait s'interdire de s'interroger sur la finalité de son exercice. En fait, sa thèse est inspirée de la situation américaine où, pour des raisons culturelles et historiques, les politiques d'accès et de diffusion de l'information des agences fédérales reposent directement sur le premier amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression. C'est sur cette base constitutionnelle que les politiques d'accès, de diffusion et de commercialisation de l'information ont été mises en œuvre aux Etats-Unis. La filiation entre la liberté fondamentale et la communication de l'information par le secteur public quel que soit son objet est ici tout à fait immédiate. La situation en Europe est quand même assez différente, il a fallu longtemps pour admettre une filiation entre le droit d'accès et le droit à l'information.

115. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, CNRS éditions, 1993, n°200, p. 193.

l'accès. Cette disposition est un filtre, un point d'entrée dans le domaine de la transparence. On ne peut pas exploiter, diffuser ce à quoi on ne peut accéder »<sup>116</sup>.

Notons en outre que ces deux auteurs considèrent, à la différence de la thèse précédemment exposée, que cette filiation se limite au principe de mise à disposition de fournitures, des données, et ne s'étend pas jusqu'aux modalités de communication de l'information, qui elles varient eu égard à l'usage, intellectuel ou purement marchand, que le réutilisateur entend faire de l'information.

### *- La diffusion et l'exploitation des données publiques*

**55. Doctrine.** - Pour récuser cette filiation entre l'accès et la diffusion par la médiation du droit à l'information, M. BRUGUIÈRE va développer l'argumentation suivante. Selon celle-ci, les données publiques pourraient être classées en deux catégories distinctes, qui suscitent elles-mêmes des valeurs contradictoires. D'un côté, on aurait les « données-moyen » de l'action du service public, qui suscitent des valeurs intellectuelles<sup>117</sup>. Informations de gestion, qui servent de moyen à l'action des services publics, les « données-moyen », conceptualisées au sein des documents administratifs sont l'objet du droit à la connaissance, du droit à l'information, reconnu par la loi sur l'accès aux documents administratifs. Plus précisément, il s'agit de l'ensemble des informations « collectées et/ou traitées et dans une faible mesure diffusées par un service public dont l'objet statutaire n'est pas (...) la mise à disposition de l'information ». Concrètement, on y trouve l'information de gestion, de décision et de renseignement. De l'autre côté, on aurait les « données-objet », c'est-à-dire les données dont la diffusion est l'objet de l'activité du service public. Il s'agit de « l'ensemble des informations collectées et/ou traitées et/ou diffusées par un service public afin de répondre aux missions dont l'objet statutaire impose, à titre principal ou dérivé, la mise à disposition d'informations ». Celles-ci susciteraient des valeurs marchandes<sup>118</sup> et, évidemment,

116. MAISL (H.), « Du document administratif à la donnée publique », *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, La documentation française, 2004, p. 279.

117. « Ce qui est important de retenir en définitive est que les données-moyen de l'action sont conceptualisées dans des formes relevant des législations d'accès qui (...) suscitent avant tout des valeurs sociales » La diffusion de l'information publique, (J-M. BRUGUIERE, Thèse Montpellier, préc.)

118. « Toute autre est la logique des données objet de l'activité du service public. Dans ce cas, la logique est économique puisqu'il est avant tout question de vente de l'information (...) C'est bien en effet l'opérateur public, ou l'opérateur privé, dans le cadre du service public, ou dans le cadre du marché, qui collecte, traite, diffuse, rediffuse l'information. Les données publiques représentent dans cette perspective un matériau doté d'une valeur d'échange » On retrouve une argumentation similaire chez M. SCHOETTL, pour lequel en diffusant des informations dans la société civile, « il ne s'agit plus seulement de donner accès aux pièces sur place, mais comme le disent les anglo-saxons, de disséminer l'information dans le public. La problématique



échapperaient à l'argument selon lequel elles seraient exploitables sur le fondement du droit d'accès. De plus, de telles informations, selon l'auteur, n'intéresseraient pas ou peu le marché<sup>119</sup>, « l'information à partir de laquelle les tenants de cette thèse raisonnent, pour construire ce droit à, ne couvre en fait que l'information moyen de l'action du service public. Nous ne pensons pas que cette information constitue le principal centre d'intérêt des opérateurs privés »<sup>120</sup>.

Au soutien de cette argumentation, il faut dire qu'au début des années 1990, la problématique de la commercialisation des données publiques concernait presque exclusivement les diffuseurs publics institutionnels qui disposaient déjà de vastes fonds documentaires numérisés. Ensuite, il faut dire que la procédure d'accès aux documents, comme l'indiquait déjà en son temps le rapport GAUDRAT, était inadaptée à la commercialisation des données publiques, elle ne permettait notamment pas de saisir des documents sous forme électronique<sup>121</sup>. Depuis, la situation a changé, du moins au plan réglementaire.

## **56. Diffusion de données publiques et exploitation commerciale de l'information.**

- C'est là toute l'ambiguïté de la circulaire du 14 février 1994 que l'on a précédemment évoqué, on ne peut pas se limiter à dire que la diffusion de l'information répond seulement à une logique de service public ou à une fonction sociale. À sa lecture, on s'aperçoit que, sous couvert de traiter de la diffusion des données publiques, ce texte traite aussi des rapports entre le secteur public et le secteur privé sur les marchés de l'information. Autrement dit, sous la thématique de la diffusion, c'est aussi la question de la commercialisation des données publiques qui est abordée. Comme l'atteste d'ailleurs l'hypothèse du prolongement de la mission de service public, la diffusion, pour l'administration, pouvait aussi poursuivre un but commercial. La circulaire rappelait ainsi, au regard de la jurisprudence administrative, la manière dont l'administration pouvait assumer un service d'information ou élaborer des produits d'information à valeur ajoutée, tout en soulignant l'intérêt ou la légitimité d'une telle prise en charge. Ce qui bien sûr, à l'époque, au regard de la jurisprudence administrative relative au droit de la concurrence et à la subjectivité du critère de l'intérêt général, ne permettait pas de définir précisément les rôles des secteurs publics et privés sur les marchés de l'information.

---

se déplace alors du terrain des libertés à celui de l'optimum économique » (« L'exploitation des gisements de données administratifs », *Gaz. Pal.* 1994, I, p. 65. )

119. Dans le même sens, BOUCHUT (J-P), « La conciliation des règles de concurrence et du droit public dans l'exploitation des gisements de données publiques : réponse à la communication des données publiques et le droit de la concurrence : l'occasion manquée. », *RFAP* 1994, n° 72, p. 631.

120. BRUGUIERE (J-M.), *La diffusion de l'information publique*, préc.

121. La CADA avait néanmoins développé une interprétation constructive de la loi qui lui avait permis de s'attirer certains documents.

Alors qu'auparavant, elle avait été étudiée isolément, la question de la commercialisation des données publiques se trouvait donc associée, intégrée, à la problématique de la diffusion des données publiques et analysée sous le prisme du service public. Depuis lors, et jusqu'à la transposition de la directive 2003/98/CE, le traitement de la question de la commercialisation des données publiques s'inscrira, en France, dans une réflexion plus large relative à la diffusion de l'information. Cette dernière revêtant, à la fois, un aspect commercial et non-commercial. Les différentes études dédiées à la diffusion des données publiques et qui abordaient la question de la commercialisation des données publiques<sup>122</sup>, ou le projet de loi sur la société de l'information, le prouvent abondamment<sup>123</sup>. Celui-ci, qui a d'ailleurs très fortement inspiré les rédacteurs de l'ordonnance du 6 juin 2005, n'envisageait-il pas, à la rubrique diffusion des données publiques, de traiter à la fois les procédures de mise à disposition de l'information à des fins commerciales, notamment, et la diffusion des données essentielles, c'est-à-dire des données citoyennes ? Il y a bien sûr une explication, du moins on la suppose, à cette intégration de la problématique de la commercialisation des données publiques dans une réflexion plus vaste portant sur la diffusion de l'information. Pour la comprendre, il faut replacer ce texte dans le contexte de sa rédaction. La circulaire du 14 février 1994 intervient à la suite des lignes directrices de 1989, qui mettaient uniquement en avant les besoins du marché et une logique mercantile<sup>124</sup>, en reléguant le service public à un rôle de promoteur des initiatives privées. Dès lors, la circulaire, en réponse aux lignes directrices, permettait de recentrer la problématique de la commercialisation autour du service public et de ses besoins. Ce faisant, elle conduisait à apprécier la question de la commercialisation sous le prisme des règles du service public, de ses besoins, en obérant par contrecoup ceux du marché de l'information qu'il s'agissait de construire.

122. V. par exemple, Commissariat Général du Plan, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, rapport de l'atelier présidé par Dieudonné Mandelken », préc. v. aussi, la recommandation du Forum des droits sur l'Internet, « Quelle politique de diffusion des données publiques », préc.

123. Projet de loi n°3143, du 18 juin 2001, *sur la société de l'information*, préc. Commentant ce texte, M. DERIEUX a dit que « bien plus, en réalité, qu'il ne consacrerait un nouveau droit d'accès aux données publiques, le texte du projet de loi, se fondant largement sur le régime — déjà ancien — de la liberté d'accès aux documents administratifs dont il constituerait le prolongement, régirait, à propos des « données numérisées », les relations et conditions de concurrence entre les secteurs publics et privés de la communication quant aux possibilités et modalités d'exploitation ou de diffusion des données ainsi accessibles. » in « Le régime juridique des données publiques dans le projet de loi sur la société de l'information », *PA* 2000, n° 51, p. 10.

124. Ce texte peut aussi s'analyser comme une réponse aux lignes directrices de la commission de 1989 qui reléguait le service public à un rôle subalterne, ou plutôt à un simple rôle de promoteur des initiatives privées. Commentant les lignes directrices, Mme C-M. PITRAT soulignait que, loin de promouvoir une synergie entre les secteurs publics et privés sur les marchés de l'information, le texte communautaire avait surtout mis l'accent sur le secteur public en tant que « détenteur de fonds informations et client potentiel. L'idée de synergie qui était excellente et capitale a ainsi subi un glissement : les efforts ont été mis à la seule charge du secteur public auquel on laissait en définitive le soin d'éponger les déficits des opérations non rentables » (C-M. PITRAT, « Le débat européen : un serpent de mer », *RFAP* 1994, p. 608.

En allant plus loin, au-delà des logiques de service public, certains auteurs ont même prétendu qu'un lien entre l'accès aux documents administratifs et la commercialisation de tels documents pourrait être établi dans la mesure où cette diffusion, bien qu'elle revête une finalité marchande, contribuerait à favoriser la diffusion et la connaissance de certaines informations auprès du public. M. MAISL exposait cette idée en formulant cette interrogation : « La dissémination des données contenues dans le droit d'accès n'est-elle pas amplifiée par la commercialisation »<sup>125</sup>. D'un point de vue matériel, quantitatif, il est indubitable que la mise à disposition par les organismes publics de données répondant au droit d'accès et leur diffusion à des fins commerciales – qu'elle soit le fait d'un organisme du secteur public ou privé – multiplie le nombre de données disponibles et consultables par les administrés. Cependant, à notre avis, un tel rapprochement ne peut être effectué que si les modalités pratiques et surtout économiques de la consultation de l'information peuvent, dans ces deux hypothèses, être assimilées. L'argument, qui pour contrarier cette idée tend à dire que l'amélioration de la situation de l'administré n'est pas vraiment l'objectif poursuivi par l'entrepreneur qui procèderait à cette diffusion pour contester cette filiation, est vrai. Seulement, il se focalise sur le but poursuivi par celui qui commercialise et non sur les effets induits par la commercialisation. Cela étant dit, tous les documents et informations détenues par les organismes du secteur public ne sont pas forcément en rapport étroit avec l'idée de transparence de l'administration (cf *infra*).

**57. -** En conclusion, l'accès aux documents administratifs et la diffusion des données publiques entretiennent d'importants liens entre elles. Ce sont deux modes de communication de l'information, qui portent désormais sur les mêmes objets et qui ont tour à tour été saisis pour justifier telle ou telle argumentation favorable à l'exploitation commerciale de l'information du secteur public, ou aux besoins des services publics. Figurant également dans la loi sur l'accès aux documents administratifs, elles entretiennent aussi des liens importants avec la réutilisation. Son apparition, au sein même de la loi du 17 juillet 1978, oblige désormais à distinguer très clairement les trois notions.

## *2. La réutilisation et la diffusion publique*

**58. - Constantes et nouveautés.** - L'apparition de la notion de réutilisation, définie comme l'usage, par toute personne, d'informations publiques à d'autres fins que la mission de service public pour les besoins de laquelle elles ont été élaborées ou sont détenues, présente avec la diffusion des rapports anciens et nouveaux. Les liens sont anciens si l'on considère que le vocable de réutilisation travestit, principalement, l'exploitation, l'usage commercial de

---

125. MAISL (H.), « La diffusion des données publiques », préc.

l'information publique, alors que celle-ci avait été abordée au détour de la diffusion des données publiques.

Les liens sont nouveaux, parce que réutilisation est une notion juridique récente, dotée d'une définition originale, quoique très indéterminée, à laquelle est associé un régime juridique particulier. En conséquence, l'exploitation commerciale des données publiques, qui a longtemps été appréhendée sous l'angle de la diffusion, à travers une logique de service public se trouve dotée d'un régime juridique propre. Ainsi, alors même que la réutilisation, techniquement, peut consister en une diffusion ou une rediffusion, il est possible de la distinguer de la notion de diffusion accomplie à des fins de service public, principalement parce que la réutilisation, dans la loi, consiste dans un usage des données étranger à la mission de service public<sup>126</sup>. La définition de la réutilisation permet ainsi d'isoler la diffusion en la faisant correspondre plus exactement à une activité de service public. Dès lors, la réutilisation relèverait principalement d'activités commerciales – en tout cas d'activités étrangères au service public – et la diffusion d'activités, de service public. Toutefois, ce cloisonnement n'est pas étanche. En effet, dans certaines hypothèses, la question de savoir si telle ou telle activité de diffusion de données constitue ou pas une réutilisation pourrait venir à se poser. Qu'en sera-t-il par exemple de la diffusion qui se situe dans le prolongement de la mission de service public ? S'agit-il ou pas d'une réutilisation ? Tout dépendra de l'étendue de la notion de service public, de sa consistance, et l'on sait qu'elle n'est jamais facile à établir. De l'autre côté, on l'a vu plus haut, lorsque l'opérateur privé se contente d'employer les données de manière à ce que cet usage corresponde à l'objet de la mission de service public pour laquelle les données ont été élaborées, le régime de la réutilisation est inapplicable. L'autre conséquence, très importante, de l'apparition de la notion de réutilisation, et celle-ci est en rapport direct avec le choix qui a été fait par le législateur de transposer la directive au sein de la loi sur l'accès aux documents administratifs, est que, on le verra, l'appréhension des données publiques à travers l'exercice du droit de réutilisation peut avoir lieu alors que celles-ci font l'objet d'une diffusion publique.

Pour finir, il convient de dire que, par-delà la précédente réflexion, et cela rejoint notre dernière remarque relative aux liens entre réutilisation et diffusion, les textes qui ont succédé la circulaire de 1994 se sont concentrés à définir, dans un contexte technologique en pleine mutation, des politiques de diffusion des données publiques poursuivant uniquement des impératifs de service public, ou de rapprochement avec les administrés. La « politique de réutilisation des informations publiques qu'il faut mettre en place par des textes spécifiques doit être rapprochée d'une autre politique, la politique de diffusion de l'information publique, c'est-à-dire la politique qui consiste à demander aux administrations de se servir des technologies de l'information pour prendre l'initiative de mettre à la disposition du public les documents qu'elles détiennent, y compris en créant un véritable service public de diffusion de l'information. Les initiatives les plus visibles concernent le service public de diffusion du droit

---

126. cf. *infra*

par l'Internet, mais elles ne s'arrêtent pas là»<sup>127</sup>. Toutefois, là encore des rapports entre la politique de diffusion et de réutilisation peuvent être identifiés. Toujours selon M. CHÉROT, « la diffusion des données publiques relève de missions de service public, la réutilisation relève d'activités commerciales. Techniquement d'ailleurs, la réutilisation ne passe pas nécessairement par la diffusion ou la rediffusion d'information du secteur public, les services rendus pouvant être simplement des services de vérification d'une information détenue par les entreprises. Il est vrai cependant que le lien est très fort dès lors que la politique de diffusion peut rendre plus aisée la politique de réutilisation »<sup>128</sup>.

### *3. La réutilisation et l'accès aux documents administratifs*

**59. - Constantes et nouveautés.** - Les liens entre accès et diffusion sont anciens et remontent aux origines de la réflexion sur la commercialisation des données publiques, si l'on veut bien admettre, encore une fois, que sous le vocable de réutilisation c'est principalement l'exploitation commerciale de l'information publique qui est visée. On l'a dit, pour certains auteurs, qui avançaient des raisons théoriques à l'appui de leur argumentation, l'exploitation commerciale de l'information publique ne constituait, en quelque sorte, qu'une continuation du droit d'accès, celui-ci participant du droit à l'information. Jamais, à notre connaissance, du moins en France, la jurisprudence ou le droit positif n'ont avalisé une telle construction. D'autres avaient lié accès et exploitation commerciale eu égard aux développements des techniques de l'information.

Le lien entre l'accès et la réutilisation est nouveau si l'on envisage uniquement le rapport établi entre les deux notions dans la loi du 17 juillet 1978. L'ordonnance du 6 juin 2005 fait reposer la réutilisation, le droit de réutilisation, sur le droit d'accès aux documents administratifs. Dès lors, le régime de l'accès, du moins certains de ses éléments, comme la définition du champ des documents communicables ou certaines de ses modalités d'exercice, seront partagés. Bref, désormais, le régime de l'accès aux documents administratifs est partiellement commun avec celui de la réutilisation. Cette association, entre, d'une part, le droit d'accès aux documents administratifs, et la réutilisation des données publiques, était largement annoncée par la loi du 12 avril 2000<sup>129</sup>. En effet, outre qu'elle a contribué à rapprocher la diffusion publique de l'accès aux documents, cette loi a fait sauter les derniers verrous qui empêchaient le rapprochement entre le droit d'accès aux documents

127. CHÉROT (J-Y), « L'accès, la diffusion et la réutilisation des informations du secteur public », rapport introductif du colloque du 21 janvier 2005, Aix-en-Provence, *inédit*.

128. *ibid.*

129. *préc.*

administratifs et la réutilisation des données publiques d'éclorre. On l'a aperçu, plusieurs auteurs ont mis en avant l'inaptitude au régime juridique relatif à l'accès aux documents administratifs de servir de support à l'exploitation commerciale des données publiques<sup>130</sup>. Cependant, depuis cette réforme, il n'était plus possible de dire que les mécanismes de l'accès étaient inadaptés au processus de la commercialisation. En premier lieu, cette loi, adaptant les modalités d'accès aux documents administratifs aux évolutions des technologies de l'information, a admis la communication de documents sous forme électronique, à condition que le document demandé réside effectivement sur un tel support. Ce qui autorise la communication de documents volumineux tels que les plans locaux d'urbanisme, des données géographiques, les listes électorales, divers annuaires, voire des compilations de ces informations. En outre, la communication est facilitée dans la mesure où elle peut être opérée par voie électronique, à condition bien sûr que l'administration dispose d'un accès au réseau<sup>131</sup>. La Commission d'accès aux documents administratifs a d'ailleurs été, très tôt, saisie de demandes d'accès à de tels documents. « Cette possibilité, dont les intéressés n'ont pas tardé à faire usage, comme en témoigne le nombre d'avis et de conseils rendus par la CADA en quelques mois, présente plusieurs avantages. D'une part, elle facilite la communication de documents volumineux, comme des rapports, des plans d'occupation des sols ou encore des listes comprenant plusieurs centaines d'entrées. D'autre part, elle permet à l'utilisateur de retraiter aisément l'information ainsi obtenue. Cela s'avère particulièrement utile pour les documents qui se présentent sous forme de liste. Ainsi, nombreux sont les candidats aux élections municipales qui ont souhaité obtenir copie de la liste électorale de leur commune sous forme informatique ou numérique »<sup>132</sup>. Toutefois, la CADA soulignait qu'une telle évolution facilitait le retraitement et l'exploitation commerciale de telles informations. « Dans certains cas en effet les risques sont grands que le document ainsi obtenu soit utilisé à des fins commerciales, en méconnaissance des dispositions de l'article 10 qui prohibe l'usage commercial »<sup>133</sup>. Ainsi, on le voit, l'évolution des modalités de communication, liée à l'extension du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 qui depuis la réforme du 12 avril 2000 permet la communication de documents résultants d'un traitement d'usage courant, autorise un rapprochement entre l'accès aux documents administratifs, le mécanisme de l'accès, et l'exploitation des données publiques. La communicabilité des

130. « Dans son exercice, la procédure d'accès aux documents est de surcroît profondément inadaptée aux besoins du secteur marchand. La CADA ou le juge de l'ordre administratif ont en effet maintes fois eu l'occasion d'affirmer que la loi du 17 juillet 1978 n'oblige pas l'administration à communiquer des informations d'ordre général mais des documents précisément identifiés, celle-ci n'étant pas tenue de faire des recherches en vue de collecter l'ensemble des documents éventuellement détenus par les intéressés. Que dire par ailleurs des modalités de consultation prévues par l'article 4 (consultation sur place et délivrance d'une copie) dans la perspective d'une rediffusion ? On voit bien que la thèse proposée est peu réaliste » (BRUGUIERE (J.-M.), *Les données publiques et le droit*, préc., n°169, p.98.)

131. CADA, avis n°20002031 du 11 mai 2000, *Syndicat d'agglomération de Saint-Quentin-en-Yvelines*.

132. CADA, rapport d'activité, année 1999-2000, préc. p.24.

133. *Ibid.*

documents électroniques, qui contribue à étendre la notion de documents administratifs sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, ouvrirait ainsi la voie à un rapprochement entre l'accès, la diffusion et l'exploitation des données publiques, car ces modes de communication que sont l'accès et la diffusion concernait désormais sur les mêmes objets. Néanmoins, l'ordonnance du 6 juin 2005 n'est pas une réglementation générale sur l'information administrative, qui porterait une réflexion plus ample que celle qu'elle a effectivement suscité ou qui révélerait des vues plus profondes que celles qu'elle permet d'apercevoir à travers les maigres discussions auxquelles elle a donné lieu, et c'est donc autant certains inconvénients nés de la communicabilité des documents électronique que la claire compréhension des synergies liant l'accès, la diffusion et la communication des données publiques qui ont justifié leur rapprochement dans un même texte.

## **B. Le danger supposé du contournement du régime de la réutilisation des informations publiques par le régime de l'accès aux documents administratifs**

**60. La thèse du contournement du régime de la réutilisation par l'exercice du droit d'accès.** - Si le régime de l'accès aux documents administratifs a été rapproché du régime de la réutilisation, si la transposition de la directive communautaire a été réalisée dans le texte de la loi du 17 juillet 1978, c'est uniquement, en tout cas c'est la raison qui a été le plus explicitement avancée, pour éviter que l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs ne conduise au contournement du régime de la réutilisation. Après avoir exposé cette difficulté (1) nous en apprécierons la portée (2).

### ***1. L'énoncé du danger***

**61. Le fondement du contournement.** - La transposition de la directive ayant suivi des voies peu transparentes, il n'est pas évident d'argumenter la précédente affirmation. Un semblant de discussion, à propos de la transposition, a toutefois été organisé par le gouvernement, notamment dans le cadre du Forum des droits sur l'Internet. Le rapport émis par cet organisme a évoqué la problématique du contournement du droit de réutilisation et son importance. Ce document fait état des lacunes entourant la communication des documents administratifs sur le fondement du droit d'accès. Avant même la transposition de la directive, il s'est avéré que, malgré l'interdiction qui était formulée par l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, les documents administratifs, et notamment les compilations et les

documents électroniques volumineux communicables sur le fondement de la loi (depuis la réforme du 12 avril 2000), étaient quand même exploitables, la Commission d'accès aux documents administratifs, confirmée par le juge, s'interdisant de s'interroger sur les raisons guidant la demande d'accès. Le caractère platonique de la règle fixée par l'article 10 était encore renforcé par le fait qu'il n'était assorti d'aucunes sanctions. Le rapport en concluait ceci : « La combinaison de ces deux principes fait que l'administration ne peut refuser la communication de données à usage commercial (...), cette situation montre qu'il est nécessaire de prendre en compte la chaîne des données publiques dans son ensemble, de la diffusion à la demande d'accès en intégrant une éventuelle réexploitation. En effet, un opérateur économique qui ne désire pas passer par un système de licence de rediffusion (...) pourrait néanmoins obtenir la communication d'une donnée sur le fondement de la loi CADA, et contourner ainsi les obligations qui pourraient être mises à sa charge dans le cadre d'un contrat de licence. L'interdépendance des notions est d'autant plus forte qu'une donnée non accessible en vertu de l'article 6 de la loi CADA ne sera ni exploitable ni diffusable »<sup>134</sup>. Voilà la crainte formulée : le contournement du dispositif d'accès aux documents administratifs et l'obtention par la personne, qui désire exploiter l'information publique, de conditions de communication très favorables, notamment d'un point de vue tarifaire.

**62. Récurrences.** - Cette idée se retrouve si souvent dans des rapports ou des commentaires doctrinaux, qu'il n'est pas possible qu'elle n'ait pas eu une influence primordiale dans le choix du législateur - qui en l'occurrence était l'administration elle-même - de lier le régime de l'accès aux documents administratifs et celui de la réutilisation des données publiques. D'ailleurs, à l'origine de cette préoccupation, selon toute vraisemblance, il y a la CADA. On l'a déjà indiqué, à la suite de la réforme du 12 avril 2000, la Commission a été saisie de demandes tendant à l'accès de documents électroniques, ce qui lui laissait supposer que ces documents étaient utilisés à des fins commerciales. Même si quantitativement le nombre de demandes de communication de documents sous forme électronique s'est avéré assez restreint<sup>135</sup>, l'autorité administrative, dont il n'est pas douteux qu'elle a participé de façon très active à l'élaboration de l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>136</sup>, a

134. Forum des droits sur l'Internet, recommandation du 14 avril 2003, *Quelle politique de diffusion des données publiques*, rapport pour l'année 2003, préc. p. 182.

135. Le rapport d'activité de l'année 2002 indiquait que la CADA « ne peut que constater que cette faculté (la communication de documents numériques) n'a été que très peu mise en œuvre depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000. En 2002, moins d'une vingtaine des demandes traitées tendaient à l'obtention de documents sur support informatique, et encore ce nombre comprend-il les demandes faites par les services administratifs qui ont interrogé la CADA pour se voir préciser leurs obligations en la matière (...) On peut espérer, toutefois, qu'une grande partie des demandes portant sur des documents numériques soit immédiatement satisfaite par les administrations en cause et ne parviennent donc jamais devant la CADA ». La documentation française, p. 7.

136. Le rapport d'activité de l'année 2004 débute comme cela : « L'établissement du rapport d'activité de la CADA pour 2004 a été retardé par le fait que le rapporteur et le secrétaire général ont apporté un concours



particulièrement souligné les limites des dispositions de l'article 10 al. 2 dans son rapport d'activité pour l'année 2004<sup>137</sup>.

La problématique du contournement du droit d'accès a aussi été mise en avant par Mme BOISSARD, alors rapporteur général de la CADA<sup>138</sup>. Mais aussi par M. MAISL, pour lequel l'autorité administrative, confrontée à des demandes nouvelles d'accès à des fichiers informatisés volumineux, ne pouvait plus véritablement se désintéresser du contrôle de l'aval. « Ne touche-t-on pas aux limites d'un dispositif qui ne prévoit aucun contrôle de l'intérêt du demandeur ? La finalité poursuivie devrait être précisée. On ne peut exclure le cas suivant : celui d'un opérateur contournant l'obligation d'obtenir une licence de diffusion et qui passerait directement par le droit d'accès. Le lien accès, diffusion, exploitation est esquissé ; il est temps de lui donner un contenu »<sup>139</sup>. Pour finir, et insister encore un peu plus sur l'importance que cette considération a eu sur la décision de retenir cette formule de transposition, on citera les propos de M. J. SAURET, alors directeur de l'Agence pour le développement de l'administration électronique, qui avait primitivement été chargée par le Gouvernement de rédiger l'ordonnance de transposition<sup>140</sup>. « La question de la réutilisation des données publiques est indissociable de l'accès aux documents publics (...) si on les laisse séparer (l'accès et la réutilisation), il y a une possibilité de dérive : une entité qui voudrait accéder à une information à des fins de réutilisation, n'obtenant pas dans des conditions satisfaisantes les documents au titre de la réutilisation, pourrait les redemander au titre de l'accès au coût de production (...) Il faut se caler sur la loi CADA »<sup>141</sup>.

---

actif à la préparation du projet de modification de la loi du 17 juillet 1978, devenu ordonnance du 6 juin 2005, et des textes d'application de celle-ci. Ces textes en cours d'élaboration et qui devraient paraître avant la fin de l'année, entraîneront une modification sensible dans la nature des activités de la CADA, en ajoutant à ses attributions antérieures un rôle consultatif quant à la réutilisation des informations publiques et un pouvoir disciplinaire dans le même domaine». Rapport d'activité de l'année 2004, La documentation française, p. 1.

- 137. « La commission a également été saisie d'une « série » qui touchait moins au caractère communicable des documents en cause, lequel ne faisait pas de doute, qu'au droit pour la société demanderesse de les obtenir, alors qu'il était manifeste qu'elle souhaitait en faire une utilisation commerciale, et aux tarifs auxquels cette communication pouvait se faire. Cette série a mis en lumière les limites du second alinéa de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 dans sa rédaction alors applicable, qui interdisait toute utilisation commerciale des documents, sans que la justification d'une telle interdiction générale et absolue apparaisse clairement ni prévoit de sanctions pour la faire respecter ».
- 138. BOISSARD (S.), « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », préc.
- 139. MAISL (H.), « Du document administratif à la donnée publique », préc.
- 140. C'est le secrétariat général du gouvernement qui a finalement élaboré le texte de l'ordonnance. Le projet présenté par l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE) fit, en effet, l'unanimité contre lui, parce qu'en proposant une politique très libérale, notamment d'un point de vue tarifaire, de réutilisation des données publiques, il allait à l'encontre des intérêts et des contraintes pesant sur les administrations publiques.
- 141. Séminaire organisé par le groupe inter-associations « Diffusion des données publiques », 19 novembre 2004. Voir aussi la synthèse de ce séminaire, BATTISTI (M.), « La réutilisation des données publiques : un enjeu

Ces avis concordants, émanant le plus souvent de personnes qui de près ou de loin ont eu affaire à la transposition de la directive, laissent peu de place au doute. C'est cette préoccupation, cette faille, dans le dispositif du droit d'accès, qui, d'une manière déterminante, a conduit à rattacher les régimes de l'accès et de la réutilisation. Dès lors, on peut constater que la liaison entre les deux régimes juridiques s'est faite au vu de considérations pratiques. Les rédacteurs du texte voulaient éviter que celui-ci ne produise des effets non désirés et qui s'étaient déjà manifestés suite à l'application de la loi du 12 avril 2000. Ce danger pourtant n'est pas avéré pour l'ensemble des données publiques ; et très peu justifié en vérité pour les bases de données qui étaient principalement l'objet de l'intervention du législateur communautaire : celle qui font l'objet d'une mise à disposition depuis de nombreuses années de la part des principaux producteurs de données publiques.

## *2. La portée du danger*

**63. Réalité du contournement du droit d'accès.** - À notre connaissance, personne ne s'est interrogé sur la réalité des dérives, des dangers, du contournement du droit d'accès. Aussi bien, posons-nous la question suivante : quelle est la pertinence de cette idée ? Force est de reconnaître, à première vue, que ce problème est réel. Incontestablement, à partir du moment où la loi sur l'accès aux documents administratifs permet la communication de documents numérisés, leur transmission à une fin d'exploitation commerciale non révélée par le demandeur peut se réaliser selon les modalités de l'accès. L'évidence de cette considération confond. Deux questions, au regard du dispositif législatif, se posent cependant.

La première découle d'un simple constat. Si le risque de dérive était aussi important aux yeux du législateur, pourquoi avoir exclu (on le verra) du régime de la réutilisation les informations publiques produites dans le cadre d'un service public industriel et commercial. En effet, en écartant du champ de la réutilisation les services publics industriels et commerciaux, le risque de détournement du régime d'accès continue de subsister ! Il sera dès lors possible à un demandeur d'accéder à des données publiques produites dans le cadre d'un service public industriel ou commercial au titre de l'accès et en faire une exploitation commerciale sans être soumis au régime de la réutilisation. Cette situation soulève bien sûr d'autres interrogations. Les risques inhérents à la séparation des deux régimes juridiques seraient-ils inexistantes à propos des données détenues dans le cadre d'un service public industriel et commercial ? Et si, comme on le pense, ils ne le sont pas, comment le législateur n'y a-t-il pas pris garde ? Par contre, s'il s'agit clairement d'un choix, quelles sont les raisons qui l'expliquent ? L'exception des services publics industriels et commerciaux serait-elle

---

majeur pour la société européenne de l'information », *Documentaliste — Sciences de l'information*, 2004, Vol. 41, n°6, p.349.

moins problématique ? Ou sont-ce d'autres raisons qui expliquent cette exclusion ? Et quelles sont-elles ? Sans nécessairement chercher à répondre à toutes ces questions, on notera quand même l'apparente incohérence qu'il y a dans l'affirmation d'une telle dérive, sa prise en compte au plan juridique, et l'établissement d'une exception qui la fait subsister dans un grand nombre d'occurrences. Si ce constat ne permet pas de nier l'existence du problème, il permet de mettre en doute son importance et sa portée. Autrement, on peut raisonnablement penser que la solution législative eut été différente.

La seconde question est issue de l'observation du droit comparé. Pourquoi bien d'autres Etats membres de l'Union européenne, qui bénéficient aussi de lois sur l'accès aux documents administratifs, n'ont pas vu cette dérive ? Pourquoi ne l'ont-ils pas, dans leurs textes de transposition, fussent-ils matériellement séparés, prise en compte ? Est-ce parce que leurs lois d'accès ne permettent pas la communication de documents sous forme électronique<sup>142</sup> ? Ce peut être le cas dans certains Etats. Est-ce parce qu'ils ignorent la notion de SPIC ? Peut être aussi. Il n'en demeure pas moins qu'une telle distinction, ou quelque chose qui l'approcherait, ne se retrouve pas. Si c'est un oubli, on conviendra qu'il est important, car il mettrait en péril l'équilibre financier de nombre d'organismes publics pour la protection desquels les administrations nationales ont combattu les thèses libérales défendues par la Commission lors de la discussion de la directive. Plus grave, il s'agirait d'un oubli récurrent, partagé par plusieurs Etats.

Une seule raison peut, en vérité, expliquer que d'autres Etats aient considéré qu'il n'y avait pas de liens entre l'accès et la réutilisation, au point de ne pas tenir compte de cette difficulté dans leurs textes de transposition, c'est le fait que les champs d'application de ces deux législations sont relativement distincts, sans être toutefois nettement séparés. Ou, dit autrement, l'affirmation, selon laquelle en l'absence de liaison entre le régime de l'accès et de la rediffusion, il y aurait un risque de dérive, ne serait pertinente que pour certaines données publiques et très peu pour d'autres. Ce qui permettrait aussi d'expliquer, du moins en partie, l'exclusion des services publics industriels ou commerciaux.

---

142. Il est vrai que dans certaines situations nationales, le droit d'accès aux documents est excessivement limité. En dehors des hypothèses où l'Etat ne dispose pas d'une législation ad hoc (D. CAPITANT, « L'exemple allemand », IFSA/CADA, *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, p.169), d'autres textes subordonnent strictement l'accès aux documents administratifs à la démonstration, plus ou moins large, d'un intérêt à agir (A. SANDULLI, « L'exemple italien », IFSA/CADA, *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, p.164), dès lors toute tentative de comparaison s'avère difficile. En revanche, d'autres législations, par la grande ouverture qu'elles témoignent, sont tout à fait comparables à la loi du 17 juillet 1978. Il en va ainsi, par exemple, de la loi Belge du 11 avril 1994, relative à la publicité de l'administration ou encore de la législation du Royaume-Uni (freedom information act de 2001). Il faut aussi souligner que ces deux derniers textes admettent la communication de documents sous forme électronique.

**64. Contournement du droit d'accès et les grandes bases de données publiques des diffuseurs institutionnels.** - A-t-on déjà sollicité le droit d'accès aux documents administratifs pour obtenir la communication de la base de données SIRENE, du référentiel à grande échelle, de messages météorologiques, d'une base de données sur les brevets ? <sup>143</sup> La réponse est assurément négative ; parce que les raisons, les motivations du demandeur, n'avaient rien en commun avec l'objet du droit d'accès aux documents administratifs. Seule l'exploitation, qu'elle soit de nature commerciale ou pas, était en cause. Alors, nous dira-t-on, l'évolution de la loi du 17 juillet 1978 a changé la donne. La communicabilité des documents électroniques, le renouveau de la définition de la notion de document, le rattachement du régime de la réutilisation au droit d'accès, permettent de penser que ce texte servira aussi à accéder à ces gisements informationnels. Mais, en fait, cela ne changera pratiquement rien. Même si la définition du document administratif est tellement compréhensive que l'on pourrait admettre qu'elle vise aussi de telles bases de données, il paraît évident qu'une demande d'accès à ces informations ne pourrait, pour le demandeur, poursuivre un but de transparence de l'administration ou simplement de connaissance. Derrière la demande de fourniture, il y a toujours une volonté d'exploitation étrangère à l'objet et aux finalités du chapitre I de la loi du 17 juillet 1978. Peut-on raisonnablement prétendre qu'une personne réclame la fourniture de milliers d'adresses, d'informations, qui nécessitent pour leur traitement, et quelquefois leur communication, des moyens matériels et humains importants, à des fins de connaissance, de progrès démocratique, d'amélioration des relations entre l'administration et l'administré ? Nous ne le pensons pas. Par conséquent, dire que le dispositif de l'accès pourrait être contourné, en ce qui concerne ces informations, ces bases de données, n'a que très peu, sinon aucune, pertinence. En effet, la problématique du contournement de la loi sur l'accès aux documents administratifs repose sur l'hypothèse que les documents peuvent faire l'objet d'une communication, indépendamment de toute considération relative à l'exploitation. Or, la communication de ces bases de données publiques, celles qui sont produites par les diffuseurs publics institutionnels, est, sauf exceptions, toujours finalisée à la réutilisation, à l'exploitation. Autrement dit, la communication de ces données ne poursuit pas d'autres buts. Et le régime de l'accès ne peut pas être détourné, parce qu'il ne peut simplement pas servir de fondement à la communication de ces données. On voit mal l'INSEE, l'IGN, l'INPI, et plus généralement l'ensemble des diffuseurs publics institutionnels, transmettre toute ou partie d'une base de données sans nécessairement s'intéresser à la réutilisation, sans subordonner la fourniture d'information à des modalités juridiques et financières qui n'ont rien en commun avec les modalités de communication prévues au chapitre I de la loi du 17 juillet 1978. Aussi, n'est-ce pas principalement en considération de ces productions informationnelles que le rattachement du régime de l'accès au régime de la réutilisation a été décidé, mais d'autres ; de

143. v. en ce sens, BRUGUIERE (J-M), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », *Légipresse* septembre 2005, n°224, p.53

toutes celles dont la communication, la mise à disposition, dépend effectivement du droit d'accès aux documents administratifs : celles, par exemple, des collectivités locales, qui ne semblent guère poser de grosses difficultés, notamment parce qu'elles n'interviennent pas sur le marché, à la différence des services ou des organismes publics étatiques. Le lien établi par la loi entre le régime de l'accès et le régime de la réutilisation ne concerne alors qu'une partie des données produites dans le cadre d'un service public administratif. Pour les autres, certainement, l'application du régime de la réutilisation découlera du fait qu'elles font l'objet d'une diffusion publique. Mais la question du contournement ne se pose alors plus car, dans cette hypothèse, les données ne peuvent être appréhendées par les dispositions du chapitre 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 qui sont inapplicables, dès lors qu'une procédure de diffusion publique a été mise en place par l'administration concernée<sup>144</sup>.

**65. L'occultation de la problématique économique de la commercialisation des données publiques.** - En définitive, la décision de transposer la directive 2003/98 au sein de la loi du 17 juillet 1978 semble avoir été dictée par la nécessité de prendre en compte un problème pratique, qui ne concerne que certaines informations publiques et sûrement pas celles qui sont les plus importantes pour le marché<sup>145</sup>. En mettant en exergue cette difficulté, au demeurant réelle, le législateur a occulté lors de la transposition les problématiques de droit public économique qui furent au cœur de nombreux contentieux. Il nous semblait que ces difficultés, pour les marchés dans lesquels interviennent les opérateurs publics (tels que ceux plus haut cités) détenant des bases de données importantes, étaient au moins aussi sensibles que la problématique invoquée pour justifier du rattachement de la réutilisation à l'accès aux documents administratifs. Mais, vraisemblablement, ce n'est pas une telle lecture qui a prévalu lors de la transposition. Dès lors, c'est l'aptitude même du droit de réutilisation à atteindre les objectifs fixés par la directive qui peut être mise en cause.

## §2 - LA VALEUR DU RATTACHEMENT DE LA REGLEMENTATION DU COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES A LA LOI SUR L'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

144. V. pour une confirmation particulièrement explicite de la CADA qui remet restrospectivement en cause cette argumentation MPM...

145. En dehors du fait que pour les organismes publics, dont la mission consiste à diffuser des informations, la problématique du contournement du droit d'accès n'a pas de sens ; dans bien des cas, l'ensemble de la loi leur sera inapplicable car ils peuvent tomber sous le coup de l'exception des services publics industriels ou commerciaux. Dans les développements qui suivent, on verra que la part de financement issue de redevances perçues en contrepartie de la fourniture ou de la diffusion de données publiques est, pour ces organismes, plus ou moins importante. De telle sorte qu'il devient difficile de découvrir derrière les critères traditionnels du droit d'administratif le caractère du service public géré.

**66.** - La question que nous voudrions brièvement aborder ici, qui déborde d'ailleurs quelque peu des développements précédents, tout en continuant d'explorer les liens entre la réutilisation et l'accès, consiste à savoir, plutôt essayer d'estimer, apprécier, la portée juridique du rattachement établi par la loi entre le droit d'accès aux documents administratifs et le droit de réutilisation des données publiques. Cette réflexion s'inscrit dans la lignée d'une interrogation formulée de manière récurrente par la doctrine relativement à l'existence ou à la reconnaissance d'un fondement juridique à la réutilisation. Et il faut dire que la formule de transposition française contribue à la renouveler. En effet, on se retrouve en présence d'un cadre juridique (finalement très semblable à celui existant aux Etats-Unis) qui consacre l'idée d'un continuum entre l'accès et la réutilisation. Ne peut-on pas dès lors affirmer, à la suite d'autres auteurs, que l'accès aux documents administratifs est le fondement juridique du droit de réutilisation ? (A) Au vu des considérations plus haut évoquées, et pour d'autres raisons aussi, nous préférons voir dans le rattachement du droit de réutilisation au droit d'accès un lien technique, fonctionnel ou purement instrumental (B).

### **A. Le droit d'accès aux documents administratifs, fondement juridique de la réutilisation ?**

**67.** - L'association du droit d'accès aux documents administratifs à la réutilisation de l'information publique dans la loi du 17 juillet 1978. - Deux éléments permettraient, au regard du texte de la loi du 17 juillet 1978 modifié par l'ordonnance du 6 juin 2005, de confirmer l'idée selon laquelle le droit d'accès constituerait le fondement du droit de réutilisation nouvellement consacré. En premier lieu, du point de vue de la technique législative, le droit d'accès et le droit de réutilisation se trouvent associés au sein du même texte. Autrement dit, comme le prévoyait déjà le projet de loi sur la société de l'information, c'est la loi sur l'accès aux documents administratifs qui accueille le régime juridique de la réutilisation. Dès maintenant, on peut dire que ce n'était pas un choix obligé, de nombreux Etats de l'Union ayant préféré faire un cas à part du régime juridique de la réutilisation. Il atteste cependant l'idée selon laquelle le droit d'accès et le droit de réutilisation semblaient devoir, aux yeux du législateur, être reliés : « Le Gouvernement a estimé que les liens existant entre accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques justifiaient que la transposition de la directive soit inscrite dans la loi du 17 juillet 1978 »<sup>146</sup>. A lui seul, cet élément ne prouve rien bien sûr. Il contribue quand même, dans un premier mouvement, à associer le droit d'accès et le droit de réutilisation ; cette unité formelle conduisant, inmanquablement, à raisonner dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978. En

<sup>146</sup>. CADA, rapport d'activité pour l'année 2005, préc. p. 56.

second lieu, d'un point de vue matériel, on observera que le droit d'accès et le droit de réutilisation entretiennent effectivement des rapports, de nature technique, étroits. La définition de l'information publique, objet du droit de réutilisation, découle directement de la définition du document administratif, objet du droit d'accès. En fait, elles sont indissociables puisque l'information publique est entendue comme le contenu du document administratif. On remarquera ensuite, mais c'est là une conséquence de l'imbrication de la notion de document et d'information publique, que le champ de la réutilisation dépend du champ de l'accès aux documents administratifs. Par conséquent, pour savoir si l'information contenue dans un document administratif est réutilisable, il faut encore poser la question de son accessibilité. La CADA ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme qu'une « information publique ne peut être réutilisée que si elle figure sur un document auquel l'utilisateur a pu accéder, soit par la procédure prévue au chapitre 1<sup>er</sup> ou en vertu d'un régime particulier d'accès, soit parce qu'il fait l'objet d'une diffusion publique. Dans ces conditions, la première difficulté à laquelle le réutilisateur est confronté est celle de l'accès à l'information »<sup>147</sup>. Néanmoins, les champs d'application du droit d'accès et du droit de réutilisation, s'ils se recoupent largement ne sont pas identiques, le législateur ayant prévu nombre d'exceptions spécifiques au droit de réutilisation, ignorées par le droit d'accès. Aussi, nombre de documents accessibles ne sont-ils pas soumis au régime de la réutilisation. Leur exploitation devra suivre d'autres voies. En dehors d'un champ d'application partiellement commun, la demande de réutilisation emprunte aussi au régime de l'accès la procédure applicable à la demande d'accès.

A la lecture de la loi du 17 juillet 1978, modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005, on s'aperçoit que le régime de l'accès et celui de la réutilisation sont partiellement communs. Cela n'a rien d'étonnant si l'on considère que la loi, comme la directive, s'appuie sur le régime de l'accès pour assurer la communication des informations susceptibles d'exploitation commerciale. Il ne faut pas oublier en effet que c'était précisément la réglementation de la mise à disposition de l'information du secteur public, qui avait été recherchée par le législateur communautaire. Le rattachement du droit de réutilisation à la loi sur l'accès impliquait de telles solutions.

Peut-on, au regard des développements précédents, affirmer que le droit d'accès constitue le fondement juridique du droit de réutilisation ?

Les éléments qui viennent d'être exposés militeraient en ce sens. De plus, on aura remarqué que le législateur a, volontairement ou pas, consacré les thèses doctrinales qui ont rapproché l'accès de l'exploitation commerciale<sup>148</sup>. Ce qui renforcerait cette idée. Nous persistons cependant à croire, sans remettre en cause la réalité d'un lien technique entre l'accès et la réutilisation, qu'il s'agit là d'une rencontre de circonstances, d'un mariage de

---

<sup>147</sup>. *ibid.* p. 57.

<sup>148</sup>. Voir *supra*

raison dicté par des considérations ou des préoccupations qui sont très lointaines, et même tout à fait étrangères, à une quelconque réflexion sur un éventuel rapprochement, au plan juridique, entre le droit d'accès et l'exploitation commerciale des données du secteur public. Mais, plus fondamentalement encore, à la lecture de la loi, il apparaît clairement que l'accès ne serait pas le seul fondement éventuel de la réutilisation.

## **B. Le droit d'accès aux documents administratifs, instrument de la réutilisation**

68. - Plusieurs raisons militent en faveur de l'idée selon laquelle l'accès aux documents administratifs ne serait au fond qu'un mécanisme permettant l'exercice du droit de réutilisation, leur relation se limitant à l'existence de liens techniques au plan juridique. En premier lieu, il ressort que le processus d'élaboration de la directive 2003/98/CE a tendu à progressivement dissocier les problématiques spécifiques à l'accès, poursuivant des fins civiques, et les problématiques liées à l'accès économique aux données publiques, très différentes des premières du point de vue de la finalité (1). En second lieu, on l'a aperçu plus haut, dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978, l'accès n'est pas le seul mécanisme sur lequel la réutilisation peut reposer, il y a aussi la diffusion publique (2). En troisième lieu, c'est en raison de leur finalités respectives que l'accès et la réutilisation doivent finalement, à notre avis, être dissociées de telle sorte que, ni l'accès aux documents administratifs, ni la diffusion publique ne puissent être considérés comme les fondements juridiques de la réutilisation (3).

### ***1. La dissociation des problématiques relatives à l'accès et à la réutilisation des informations publiques dans la directive 2003/98/CE***

69. **Evolution.** - En remontant aux origines de la directive 2003/98/CE, on remarquera que dans livre vert <sup>149</sup> sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information, la Commission avait concurremment abordé les problématiques de l'accès aux documents des institutions communautaires <sup>150</sup> (l'accès aux documents administratifs

149. Commission des communautés européennes, « L'information émanant du secteur public : une ressource clef pour l'Europe », livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information, préc.

150. « Afin d'accroître la transparence de l'action de l'Union aux yeux des citoyens européens, le Traité d'Amsterdam a fermement ancré dans le Traité instituant la Communauté européenne le droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Les dispositions ainsi insérées sont un élément particulièrement important du processus démocratique et contribuent à une meilleure compréhension de l'intégration européenne ».



relevant principalement de la compétence des Etats membres) et celles de la réutilisation des données publiques. Mais, il s'agissait là de deux volets bien distincts de l'action de la communautaire. L'avis du Comité économique et social indiquait à ce propos très clairement que « le livre vert sur l'information du secteur public dans la société de l'information est le fruit, d'une part, du processus de transparence des institutions communautaires et, d'autre part, de la nécessité de doter l'industrie européenne de l'information d'instruments adéquats pour son développement »<sup>151</sup>.

Cette association sera pourtant formellement consacrée dans la communication du 23 octobre 2001. En effet, ce document, tout en disant qu'aucune « nouvelle proposition n'est faite en ce qui concerne l'accès à l'information »<sup>152</sup> posait, comme principe directeur de l'action communautaire pour le développement des industries de l'information, la création d'un droit de réutilisation des informations publiques lié au droit d'accès : « toute information qui est généralement accessible doit pouvoir être réutilisée à des fins commerciales ». Aussi, tout en visant un document postérieur qui ne consacrait plus ce lien entre l'accès et l'exploitation, M. MONJAL a pu dire avec raison que « pour la Commission, le fondement juridique (de la réutilisation), c'est l'accès aux documents »<sup>153</sup>.

Toutefois, sans que le Conseil soit intervenu, dans le texte de la proposition de directive, l'accès et la réutilisation se trouveront nettement dissociés : le droit de réutilisation disparaît ; la référence aux législations sur l'accès permet seulement de définir le champ d'application du régime de la réutilisation. En effet, si le considérant n°10 de cette proposition stipulait bien que « la présente directive s'appliquera aux documents détenus par les organismes du secteur public qui sont accessibles à tous », sa rédaction se poursuivait ainsi : « Lorsque des organismes publics autorisent la réutilisation de ce type de documents, ces documents sont réutilisables ». Autrement dit, la proposition n'imposait plus d'obligation de communication, à des fins de réutilisation, des documents accessibles. La lecture des articles 3 et 4 de ce texte confirment d'ailleurs cette lecture. Le premier, relatif au champ d'application de la directive, prévoyait que « la présente directive s'applique à tous les

151. Avis du Comité économique et social sur « L'information émanant du secteur public : une ressource clé pour l'Europe – Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information. » *JOCE* C. 169/30 du 16 juin 1999.

152. « Tout en reconnaissant l'importance des informations émanant du secteur public pour la vie démocratique et citoyenne, la présente communication est davantage axée sur les aspects économiques liés au marché intérieur de ces informations. Elle propose une série d'actions visant à surmonter les barrières commerciales qui existent au niveau européen et s'intéresse en particulier à la question de l'exploitation économique des informations émanant du secteur public. Aucune nouvelle proposition n'est faite en ce qui concerne l'accès à l'information ». Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au comité économique et social et au comité des régions : eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information du secteur public, préc., p. 3.

153. MONJAL (P-Y.), « La directive européenne sur les données publiques », *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, La documentation française, 2004, p. 287

documents accessibles à tous ». Le second concerne le pouvoir des organismes publics d'autoriser ou pas la réutilisation. Bref, le fait qu'un document soit accessible ne signifie pas qu'il soit réutilisable mais seulement qu'il peut être réutilisé si l'autorité qui le détient y consent. Ce choix, fondamental, de ne pas imposer aux Etats membres et à leurs organismes publics, a pu être contesté, notamment par la Commission économique et monétaire qui, lors de la discussion du texte, a fait valoir que tous les documents accessibles à tous devaient faire l'objet d'une réutilisation sous peine, pour la directive, de produire peu d'effets<sup>154</sup>. Il a pourtant fini par s'imposer. A la lecture de la directive, seulement deux références aux législations sur l'accès aux documents administratifs demeurent : elles sont liées à la définition du champ d'application des dispositions de la directive et aux délais de réponse aux demandes de réutilisation. Les autres références au droit d'accès aux documents administratifs, notamment celles qui semblaient avoir une portée générale<sup>155</sup>, ont disparu. Pour être tout à fait exact, il faudrait quand même signaler que la Commission et le Conseil, à la suite de la position commune, ont quand même accepté de voir inscrire dans un des considérants de la directive une mention relative à l'accès et la réutilisation des documents émanant des institutions communautaires<sup>156</sup>. Mais, pour le reste, toutes les tentatives du parlement de rapprocher ou d'associer le droit d'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques se sont révélées infructueuses.

**70. Référence instrumentale au droit d'accès.** - Ainsi, au terme du processus d'élaboration de la directive, le droit d'accès aux documents administratifs et le régime de réutilisation se trouvent nettement dissociés, sauf pour ce qui concerne la délimitation du champ d'application du régime de la réutilisation. Reste dès lors à savoir pourquoi, à maintes reprises, les propositions de la Commission ont été marquées par la présence du régime de l'accès aux documents administratifs applicable au sein des Etats membres. À cet égard, c'est encore la proposition de directive de la Commission qui nous offre certaines pistes de réflexion. Il semblerait que la référence aux législations sur l'accès était destinée à faciliter la

154. Avis du 29 novembre 2002, de la Commission économique et monétaire, à l'intention de la commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie, sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public COM(2002) 207-C5-0292/2002-2002/0123(COD)

155. Le Conseil a notamment supprimé la référence à la définition des documents accessibles à tous, anciennement visée par la proposition de la Commission. Le Conseil justifie cette censure en disant que « la position commune, qui vise à établir une distinction entre les notions de droit d'accès (compétence des Etats membres) et de réutilisation de documents qui sont rendus accessibles. » (Conseil, Position commune (CE) n°28/2003 du 26 mai 2003, en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation des documents du secteur public, *JOUE C*. 159 E/1 du 8 juillet 2003.

156. Le considérant 9 prévoit que « Au niveau communautaire, les articles 41 (droit à une bonne administration) et 42 de la Charte des droits fondamentaux reconnaissent le droit pour tout citoyen de l'Union et pour toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat membre d'avoir accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ».

construction et la mise en œuvre du cadre juridique harmonisé de l'exploitation des données publiques. Par conséquent, lorsque les documents communautaires font état des législations nationales sur l'accès pour définir le champ d'application du régime de la réutilisation ou les délais de réponse aux demandes de réutilisation, ces mentions ont essentiellement une portée pratique. Elles ne sauraient conduire, intellectuellement, à associer le droit d'accès ou le régime de l'accès au régime de la réutilisation. Pour s'en convaincre, il n'est qu'à lire le commentaire de la Commission figurant face à la définition du « document accessible à tous ». « Les mesures facilitant la réutilisation des informations du secteur public dans l'ensemble de l'Union européenne s'appuient sur les règles d'accès en vigueur dans les Etats membres. La présente proposition ne prévoit pas de changer ces règles. Puisque la directive s'appuie sur les systèmes d'accès actuels, elle ne s'appliquera pas aux documents ayant pour objet la sécurité publique »<sup>157</sup>. En fait, la référence aux régimes d'accès, qui est incontestablement justifiée, nous semble être purement instrumentale, elle permettait de faciliter la transposition de certains des aspects de la directive au sein des Etats membres. Elle facilitait aussi la définition de son champ d'application. En outre, on soulignera que la référence au droit d'accès aux documents administratifs n'apparaît que très tardivement dans les travaux communautaires<sup>158</sup>.

## *2. L'existence d'un mécanisme alternatif de communication des données publiques*

**71. La diffusion publique comme fondement alternatif de la réutilisation.** - On l'a dit plus haut, l'accès aux documents administratif n'est pas le seul mécanisme juridique sur lequel le droit de réutilisation peut s'exercer. Pour les diffuseurs publics institutionnels, l'application du régime de réutilisation ne pouvant s'appuyer sur l'accès pourrait prendre sa source dans la notion de « diffusion publique ». On rappellera à cet égard que l'article 10 al. 2 sous a) de la loi du 17 juillet 1978 dit que les informations faisant l'objet d'une « diffusion publique » sont des informations publiques au sens de l'article 10 al.1. En conséquence, on peut penser que le régime de la réutilisation peut alternativement s'appuyer sur le droit d'accès ou sur une politique de diffusion publique. La diffusion publiques ne constituerait-elle pas dès lors l'autre fondement du droit de réutilisation ?

Une telle interprétation se heurte cependant à une nouvelle difficulté. Le mécanisme de l'accès aux documents permet la communication de bases de données ou de documents numérisés volumineux, ce qui autorise et facilite la réutilisation ultérieure des informations

157. Proposition de directive du 5 juin 2002, du Parlement européen et du Conseil *concernant la réutilisation et l'exploitation des documents du secteur public*, COM (2002) 207 final, JOCE C. 227E/382 du 24 septembre 2002

158. Ce n'est qu'avec le livre vert de 1999 qu'elle apparaît (préc.)

qu'ils contiennent. Est-ce le cas de la diffusion publique ? Il est certain, eu égard à la jurisprudence de la CADA, que les informations publiques diffusées ut singuli par un service d'information créé par un organisme public conformément à ses missions ou dans le prolongement de ses obligations autorise la réutilisation. L'information obtenue à la suite de la consultation de la base de données de l'INPI ou de l'INSEE peut évidemment faire l'objet d'une exploitation. Mais, on l'aura compris, cette transmission au coup par coup est dirimante pour qui veut exploiter des grandes masses d'informations. Bref, il y a une réelle différence matérielle entre la diffusion et la mise à disposition. Aussi, la question se pose de savoir si la mise à disposition de gisements informationnels d'envergure est soluble dans la notion de diffusion publique. Peut-on interpréter cette dernière notion comme impliquant aussi la mise à disposition de l'entier contenu d'une base de données, par exemple ? Autrement dit, le fait pour un organisme public de diffuser des informations auprès d'utilisateurs finals ou d'usagers implique-t-il l'obligation de fournir l'ensemble des données qu'il détient pour procéder à la diffusion en vue de leur réutilisation par un autre opérateur ?

La réponse à cette question a longtemps été douteuse. En tout cas, il était difficile de déduire des solutions de la CADA une telle conséquence. Cependant, récemment, l'autorité administrative a affirmé que le fait, pour une administration, de procéder à la diffusion d'une information, ne faisait pas obstacle à la mise à disposition de cette information en vue d'une réutilisation. Ainsi, dans l'affaire relative à la communication de résultats d'examen, l'autorité administrative a dit qu'il résultait des dispositions de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 « que la circonstance que les informations fassent l'objet d'une diffusion publique au sens de l'article 2 de cette loi, via le site Internet du rectorat, n'est en aucun cas de nature à faire obstacle à l'exercice, par toute personne qui le souhaite, du droit de réutilisation. Elle considère au contraire, au regard de ces dispositions, que les résultats d'examens cités, dès lors qu'ils font l'objet d'une diffusion publique, constituent des informations publiques au sens de l'article 10 de la loi. Ils figurent en effet dans des documents administratifs élaborés par le ministère de l'Education Nationale (...) La commission émet donc un avis favorable à la communication des informations publiques visées par la demande d'avis qui lui est soumise, dans le dessein de leur réutilisation »<sup>159</sup>.

Cette interprétation est extensible à tous les services publics qui procèdent à la diffusion de leurs informations, qu'ils le fassent pour satisfaire les besoins de leur mission de service public, ou, au-delà, dans le prolongement de celle-ci. Elle permet, dès lors, de dire que la réutilisation, l'usage des informations publiques, repose tantôt sur l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs, tantôt sur l'existence d'une diffusion publique<sup>160</sup>.

159. CADA, Avis du 29 juin 2006, *Société France Examen*, préc.

160. Le régime de la réutilisation, comme il repose tantôt sur le mécanisme de l'accès, tantôt sur le processus de diffusion — dont on voit bien ici qu'il s'agit de deux modalités de communication — s'avère donc assez variable, les procédures d'accès à l'information prévue par la loi du 17 juillet 1978 n'étant pas applicables au cas de la communication par voie de diffusion.

### *3- Accès et diffusion comme instruments de la réutilisation.*

**72.** - Si l'accès et la diffusion, dont on voit bien ici qu'ils ne sont que deux modes de communication de l'information publique, peuvent effectivement être interprétés comme constituant les fondements juridiques alternatifs de la réutilisation, en tant qu'ils justifient la mise à disposition des informations publiques, on préférera y voir des moyens, des supports de la réutilisation. Certes, on ne peut pas nier le fait, on l'a longuement exposé, qu'il existe véritablement une synergie entre le droit d'accès, la diffusion et l'exploitation commerciale, le droit d'accès déterminant si oui ou non l'information est accessible. Mais, à notre avis, il ne s'agit là que d'une filiation d'ordre matériel, qui s'est opérée en raison du rapprochement des notions de documents et de données, car on ne peut pas nier non plus le fait que l'exploitation et toute la réflexion sur les données publiques n'ont rien en commun avec les processus de transparence même si, par ailleurs, ils peuvent la stimuler. Dès lors, la détermination d'un fondement juridique s'avère assez délicate. Si l'on met l'accent sur la finalité du processus d'exploitation économique, sur sa nature, on récusera toute possibilité pour le droit d'accès de le justifier. Peut-on dire que l'exploitation de données sur l'environnement par une société d'assurance en vue de calculer des primes de risque, ou la diffusion de données géographiques apportant de l'agrément aux automobilistes en facilitant leur trajet, peut vraiment être liée au but de transparence administrative ? À nos yeux, cette différence de finalité est dirimante <sup>161</sup>. Si, en revanche, on insiste sur l'unité matérielle, on pourrait admettre qu'il constitue la base juridique à l'exploitation de l'information publique. Mais la réponse à ces questions, si tant est que l'on puisse vraiment la déterminer, ne doit pas occulter le fait que bon nombre de données publiques sont exclues du champ d'application et que, dès lors ni l'accès, ni la diffusion ne peuvent vraiment venir justifier leur exploitation éventuelle. On préférera voir, pour notre part, dans l'accès et la diffusion uniquement les instruments qui, parce qu'il

---

161. En contemplation de l'objet du droit d'accès aux documents administratifs - il est incontestable qu'il s'agit là d'un droit à la connaissance, de nature intellectuelle, dont l'objet principal n'est pas de satisfaire des besoins économiques - il est difficile d'associer un droit à l'exploitation de l'information, de nature essentiellement économique, commerciale ou simplement de justifier l'exploitation de l'information. Certes, on peut toujours dire que l'exercice du droit d'accès peut permettre, de surcroît, de satisfaire des besoins économiques et que l'exploitation de l'information peut permettre, par sa plus grande diffusion, de satisfaire les objectifs assignés au droit d'accès. Mais ce ne sont pas là les finalités principales de l'un et de l'autre. Le droit d'exploitation, auquel on assimilera la réutilisation, évolue dans la sphère marchande ; c'est bien pour développer un marché que l'amélioration des conditions de communication des données publiques a été envisagée par la Commission ; le droit d'accès évolue, quant à lui, dans la sphère administrative ou politique. Il est tout aussi incontestable qu'il existe des recoupements, des synergies entre les deux, mais la considération de celles-ci ne doit pas faire perdre de vue que leur objet, leurs finalités, sont très différents, sinon foncièrement incompatibles. D'ailleurs, le droit d'accès aux documents administratifs n'a jamais été sollicité par les plaideurs confrontés au mauvais vouloir de l'administration, lorsqu'ils désiraient accéder à une base de données pour en faire une exploitation commerciale.

constituent des mécanismes de communication de l'information, permettent de saisir l'information exploitable. Le fondement de l'exploitation devrait plutôt être recherché en considération de la finalité de l'exploitation (qui n'est d'ailleurs pas toujours économique et commerciale au titre de la loi). Autrement dit, ce sont les utilités de l'information qui devraient commander cette réflexion<sup>162</sup>, pas les modalités qui sous-tendent la communication des données.

## Conclusion de la section 2

**73.** - Cette étude sur l'intégration de la réglementation du commerce des données publiques dans la loi sur l'accès aux documents administratifs permet, en conclusion, de lever un coin de voile sur la philosophie ou les préoccupations qui ont commandé la transposition de la directive. En justifiant la réunion du droit d'accès et du droit de réutilisation par

---

162. En conséquence, M. BRUGUIERE (*Les données publiques et le droit*, préc., p. 105), évoquant le « détournement de la fonction sociale du droit d'accès » qui se concrétisait dans les thèses qui liaient le droit d'accès aux documents administratifs et l'exploitation commerciale des données publiques, a proposé de voir dans la liberté du commerce et de l'industrie le fondement de la disponibilité des données publiques. Celle-ci comporte en effet un principe de non-concurrence qui permet de limiter l'intervention des opérateurs publics sur le marché. Indirectement, il justifierait la disponibilité des données publiques au profit du secteur privé. Toutefois, on voit mal comment ce principe, simplement destiné à réguler l'intervention des services publics sur le marché, permettrait de justifier, positivement, une obligation de mise à disposition des données publiques. Autrement dit, ce n'est pas parce que, en vertu du principe de liberté du commerce et de l'industrie, la légitimité de l'intervention d'une personne publique serait sanctionnée par le juge, que celle-ci devrait mettre à disposition ses ressources informationnelles au profit du secteur privé. Dans le cas du commerce des données publiques, se pose en outre, dans un grand nombre d'hypothèses, une difficulté qui n'a pas été suffisamment soulignée. En vertu du principe de liberté du commerce et de l'industrie, pour intervenir sur le marché, les personnes publiques doivent agir dans la limite de leurs compétences et justifier d'un intérêt public qui peut résulter, notamment, de la carence de l'initiative privée. Or, une telle carence sera le plus souvent constatée, dès lors que les personnes publiques disposent de façon monopolistique de la matière première nécessaire à la mise en œuvre de telles activités et qu'elles refusent dans le même temps de délivrer l'information à des opérateurs privés. La référence à la carence de l'initiative privée est, dans ce cas, inopérante, puisqu'elle est la conséquence directe du comportement de l'opérateur public en amont du marché. Par conséquent, c'est la référence même au principe de liberté du commerce et de l'industrie qui se trouve, ici, disqualifiée. Ce n'est certes pas toujours le cas, l'initiative privée pouvant découvrir d'autres ressources informationnelles, alternatives aux données publiques. Mais dans l'ensemble, c'est l'aptitude même du principe de liberté du commerce et de l'industrie à jouer son rôle de régulation de l'intervention publique sur le marché, qui peut être mise en doute. À partir du moment où la référence à ce principe, dans nombre d'occurrences, est peu pertinente, on voit mal comment il permettrait de justifier de manière générale un principe de mise à disposition des données publiques. Pour ces deux raisons, l'idée selon laquelle le principe du commerce et de l'industrie, voire la liberté d'entreprendre, pourrait justifier positivement une obligation de mise à disposition de l'information du secteur public au profit du secteur privé, nous semble peu concevable.

l'existence d'une problématique, au demeurant réelle, interne à la loi du 17 juillet 1978, la transposition de la directive a fait passer au second plan le fait que les informations traditionnellement accessibles par le biais du droit d'accès, fussent-elles numérisées, ne sont peut-être pas celles qui étaient principalement visées par la Commission européenne pour développer les marchés de l'information. Autrement dit, il n'est pas certain que ce soient celles qui aient le plus d'importance pour le marché, car les informations géographiques, météorologiques et autres statistiques, ont toujours fait l'objet d'une exploitation, mais par d'autres voies. Quand bien même la loi sur l'accès aux documents administratifs les appréhenderaient désormais, la transposition s'est ainsi privée d'une utile réflexion sur la régulation de ces marchés importants en refusant de faire un cas à part de ces organismes, pour lesquels l'exploitation des données représente une source importante de revenus et qui interviennent sur le marché tout en étant la source de la seule information exploitable. De ce point de vue, la loi change peu de choses. Peut-être d'ailleurs, eu égard à l'économie de la loi du 17 juillet 1978 (v. infra), que le législateur n'a rien voulu modifier, en laissant la pratique définir ses propres solutions, en fonction des contraintes juridiques et techniques particulières à chaque secteur d'activité, dans le cadre très compréhensif qu'elle instaure.

### Conclusion du chapitre 1<sup>er</sup>

74. - Ce retour sur la longue gestation du cadre réglementaire relatif au commerce de l'information publique nous fait immédiatement douter de l'aptitude du droit de réutilisation à remplir l'objectif qui était poursuivi par la directive 2003/98/CE : faciliter l'exploitation des données publiques par le secteur privé. D'abord parce que les politiques communautaires, favorables à une large ouverture des fonds informationnels du secteur public, et les politiques nationales, qui le sont moins, n'ont jamais été en parfaite harmonie, au contraire. Et la transposition de la directive - sur laquelle les préoccupations des diffuseurs publics institutionnels, c'est-à-dire les organismes publics détenant les fonds informationnels les plus importants, ont certainement pesé plus lourd sur les arbitrages retenus par le gouvernement que les considérations liées au développement du marché<sup>163</sup> - n'échappe pas à ce constat. Ensuite parce que la forme de transposition retenue suscite l'interrogation. Si, eu égard aux évolutions de la loi CADA, à l'avènement de la communicabilité des documents électroniques, aux liens évidents, tant du point de vue matériel que juridique, qui unissent l'accès, la

163. A ce titre d'ailleurs, le premier projet de loi dont l'élaboration avait été confiée à l'ADELE (agence pour le développement de l'administration électronique) avait été considéré comme trop favorable au marché (notamment d'un point de vu tarifaire). L'élaboration du projet de loi, finalement décisif, fut alors confiée au secrétariat général du gouvernement.

diffusion et la réutilisation des données publiques, le choix de transposer la directive au sein de la loi du 17 juillet 1978 peut être justifié, le fait d'éluder les objectifs et les problématiques économiques portés par la Commission européenne ou révélés par des années de contentieux, conduit à dépouiller cette réglementation de sa spécificité. La formule de transposition retenue ne saurait donc être complètement approuvée car, dans ce contexte, l'absence de toute référence à ces considérations, couplée à l'intégration du droit de réutilisation dans la loi sur l'accès aux documents administratifs, peut conduire à une lecture de cette réglementation qui, vidée de sa raison d'être, risque d'être affectée par les méthodes et principes de lecture de la loi du 17 juillet 1978. Or, ceux-ci n'ont rien en commun avec ces objectifs économiques de la directive. En outre, la transposition a aussi fait l'impasse sur une réflexion sur la régulation des marchés les plus importants, pourtant marqués par un certain déséquilibre. Bref, il est difficile de déceler dans cette présentation du dispositif législatif une volonté claire et ferme d'assurer un large développement à l'accès aux données publiques, et surtout à la régulation des marchés déjà existants sur lesquels des difficultés étaient apparues. Cette première analyse sera d'ailleurs confirmée par l'étude du champ d'application de la loi qui se trouve très restreint ; bon nombre de données du secteur public n'ont pas été soumises à la régulation législative.



## Chapitre 2

### Le champ d'application du droit de réutilisation

**75. Le champ d'application de la directive 98/2003/CE.** – Pour instituer une harmonisation minimale des règles applicables à la réutilisation des informations publiques, et faciliter le rapprochement entre les législations des Etats membres, la directive du 17 novembre 2003 prévoyait que ses dispositions s'appliqueraient à tous les documents qui, en vertu des règles ou pratiques nationales sur l'accès aux documents administratifs notamment, sont accessibles à tous. « La présente directive s'appuie sur les règles d'accès en vigueur dans les Etats membres et ne modifie pas les règles nationales en matière d'accès aux documents détenus par les organismes du secteur public. Elle ne s'applique pas aux cas dans lesquels, conformément aux règles d'accès, les citoyens ou les entreprises doivent démontrer un intérêt particulier pour obtenir l'accès aux documents »<sup>164</sup>. En opérant ainsi, par renvoi aux règles d'accès aux documents administratifs, le texte communautaire réglait très simplement la question de son champ d'application mais aussi, c'est la même question, celle de la disponibilité des informations publiques pour le marché. La référence aux législations sur l'accès permet en effet de définir les informations, qui sont exploitables ou réutilisables par rapport à celles qui sont accessibles, ou pas. Bref, l'accès précédant l'utilisation, il n'est donc pas possible d'exploiter ce à quoi il n'est pas possible d'accéder.

Cependant, il était difficile de déduire des dispositions de la directive qu'elles auraient le même champ d'application que les règles nationales d'accès aux documents administratifs. Si la référence aux règles nationales d'accès est efficace, s'agissant de définir le champ des documents inaccessibles, certains intérêts publics (défense, sécurité) ou privés (secret des affaires, confidentialité des données statistiques et des données personnelles) étant également protégés dans tous les Etats<sup>165</sup>, elles sont beaucoup moins performantes pour tracer les contours des données effectivement accessibles. Il s'avère en effet que ces règles varient de beaucoup d'un Etat à un autre ; elles sont plus ou moins libérales selon les cas<sup>166</sup>. Certains

164. Article 1 §3, v. aussi le considérant n°9

165. Article 1, §2 sous c)

166. Dans certains Etats de l'Union, aucun droit d'accès général aux documents administratifs n'a été reconnu comme en France, il peut par ailleurs dépendre souvent d'un intérêt à agir ou être attaché à l'exercice d'une procédure juridictionnelle, il dépend aussi souvent du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cette situation peut expliquer que les Etats ne disposant pas de législation générale sur l'accès aux documents administratifs aient fait une transposition à part des dispositions de la directive communautaire et que le champ d'application retenu pour l'application de ses dispositions est celui-même qui a été défini par le texte communautaire. Mais, il ne s'agit pas là d'une explication infaillible, la Belgique, qui dispose d'une

Etats sont dotés d'une législation générale sur l'accès aux documents administratifs, d'autres de textes particuliers, pour d'autres encore le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne se trouve pas encadré. De sorte que, les informations accessibles dans un Etat en vertu de la réglementation sur l'accès aux documents administratifs ne le seraient pas dans un autre. Ces divergences auraient encore pu conduire un organisme public à refuser l'accès à un ensemble d'informations non accessibles selon les termes de la réglementation nationale, mais qu'il exploiterait par ailleurs lui-même sur le marché. Pour pallier ces difficultés, sans toutefois les résoudre complètement, la directive s'est agrémentée de la considération suivant laquelle ses dispositions seraient applicables aux informations que les organismes du secteur public utilisent pour élaborer des produits ou services et produits d'information, ou aux informations qu'ils échangent, ou à celles qu'ils donnent<sup>167</sup>. Autrement dit, la directive serait applicable à toute l'information circulant à partir du secteur public. Le champ d'application du texte communautaire dépasse alors la stricte définition des documents accessibles qui résulte des règles nationales d'accès aux documents<sup>168</sup>. Le caractère relativement autonome du champ d'application de la directive peut aussi s'apprécier au regard des exceptions qu'elle admet. Elles sont parfois complètement étrangères à la problématique de l'accès des documents administratifs et relève de la prise en compte de situations particulières (établissements culturels, enseignement) ou de conjonctions de législations divergentes (protection des données personnelles, propriété intellectuelle).

Cela étant précisé, il faut dire que ce champ d'application relativement large n'était en aucune manière impératif pour le législateur national. La directive laisse les Etats et leurs organismes publics libres d'autoriser ou pas la réutilisation des documents. Le texte communautaire n'a donc fait que définir un champ de la réutilisation indicatif et partiellement autonome des règles nationales sur l'accès aux documents administratifs, donnant aux Etats membres une ample liberté pour transposer ces dispositions.

**76. Plan.** – Le Gouvernement français ayant décidé de transposer la directive 2003/98/CE au sein de la loi sur l'accès aux documents administratifs, l'étendue du droit de réutilisation se trouve dès lors étroitement liée au champ d'application des dispositions de l'accès aux documents administratifs, les informations contenues dans les documents accessibles ou diffusables au titre du chapitre 1 de la loi du 17 juillet 1978 étant généralement réutilisables. Toutefois, le champ d'application du droit de réutilisation ne se confond pas

---

législation générale, a quand même dissocié la problématique de l'accès aux documents administratifs de celle de la réutilisation.

167. Le considérant n°9 du texte communautaire dit que « (...) la présente directive devrait s'appliquer aux documents qui sont mis à disposition aux fins d'une réutilisation lorsque les organismes du secteur public délivrent des licences, vendent, diffusent, échangent, ou donnent des informations ».

168. V. aussi le considérant 16 qui fait référence aux documents qui sont généralement disponibles par le secteur public.

avec le champ d'application du droit d'accès aux documents administratifs. Saisissant la liberté qui lui était laissée par le texte communautaire, le législateur national a mis en place des exclusions qui en réduisent l'étendue. Ainsi, nombre de données publiques sortent du champ de la régulation législative.

Pour apprécier l'extension du droit de réutilisation, on étudiera le champ d'application organique (section I) et matériel (section II) des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 consacrées à la réutilisation de l'information publique.

## Section I

### Le champ d'application organique

**77. Dialectique du régime de l'accès et du régime de la réutilisation.** - Invariablement, la recherche sur le champ d'application organique des dispositions relatives à la réutilisation de l'information publique doit s'appuyer la définition des documents administratifs, l'information publique réutilisable au titre du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 n'étant autre chose que le contenu du document administratif visé par le chapitre I du même texte. Autrement dit, le champ d'application organique ou matériel du droit de réutilisation est, du moins en partie, commun avec le champ d'application du droit d'accès aux documents administratifs. Dès lors, l'étendue du droit de réutilisation, envisagée d'un point de vue organique, se déduit de la lecture combinée des articles 10 et 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978.

L'article 1<sup>er</sup> donne une très grande extension au champ des documents communicables en disant que « sont considérés comme documents administratifs (...), quel que soit le support utilisé pour la saisie, le stockage ou la transmission des informations qui en composent le contenu, les documents élaborés ou détenus par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que d'autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public ».

L'article 10 précise, quant à lui, que seules les informations figurant dans les documents « élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> » sont réutilisables.

La lecture de ces dispositions soulève une interrogation. S'il ne fait pas de doutes que les informations des personnes publiques sont soumises au régime de la réutilisation, en va-t-il de même pour les personnes privées chargées d'une mission de service public ? La question se pose car l'article 10 ne fait référence qu'aux « administrations mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> »<sup>169</sup>. Les personnes privées sont-elles solubles dans la notion d'administration, au regard de l'interprétation qui a pu être faite de la loi du 17 juillet 1978 ? Mais le régime de la réutilisation ne dépend que partiellement du régime de l'accès. Par conséquent, en dehors de cette interrogation, il conviendra d'exposer les dérogations ou les exclusions que la loi

169. Certains commentateurs de l'ordonnance de transposition ont en effet indiqué que la référence à la notion d'administration n'était pas sans incidence. Les personnes privées se voyant exclues du champ d'application de l'ordonnance parce que le statut d'administration ne pouvait pas leur être reconnu. (V. en ce sens, TABAKA (B.), « De l'accès à la réutilisation : le nouveau régime applicable aux données publiques », préc. et BARTHE (E.), « Le principe de disponibilité des données publiques : Mythe ou réalité », [http://www.precisement.org/blog/article.php3?id\\_article=2#nb4](http://www.precisement.org/blog/article.php3?id_article=2#nb4).)

consacre ou consent directement dans le sillage de la directive. Aussi, après avoir dit que les dispositions législatives sont applicables aux personnes publiques (§1), il faudra poser la question de leurs applications aux personnes privées chargées d'une mission de service public (§2), avant d'examiner les dérogations et exclusions que la loi admet (§ 3).

## §1- L'APPLICATION DU CHAPITRE II DE LA LOI DU 17 JUILLET 1978 AUX PERSONNES PUBLIQUES

**78. Les personnes publiques visées par l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978. -** L'application des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques aux personnes morales de droit public n'appelle que peu de commentaires. Depuis la loi du 12 avril 2000<sup>170</sup>, les documents communicables au titre de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 se trouvent déterminés au regard d'une définition organique. Les documents émanant de l'Etat, des collectivités territoriales, ainsi que par les autres personnes de droit public, sont ainsi des documents administratifs dont les informations peuvent être utilisées à des fins de réutilisation. Le législateur, en s'appuyant sur la loi sur l'accès aux documents, a, au moins de ce point de vue, largement ouvert la réutilisation des données publiques. Tous les organismes publics sont concernés par la réutilisation.

Cette définition, organique, du document administratif, inhérente aux dispositions de la loi sur l'accès aux documents administratifs, n'est pas originale. Elle se situe dans le droit fil des définitions retenues par les textes à caractère réglementaire ou les propositions qui ont précédé la loi en esquissant ou en proposant un régime juridique de l'exploitation commerciale des données publiques<sup>171</sup>.

En outre, cette détermination organique de la définition du document administratif se trouvait, avant même la transposition, d'ores et déjà en conformité avec les dispositions de la directive 2003/98/CE. Le législateur n'a donc pas expressément transposé l'article 2, §1 et §2

170. Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration*, préc. L'application de la loi du 17 juillet 1978, à l'Etat, aux collectivités territoriales ou aux établissements publics, n'a jamais posé de difficultés avant même l'adoption de ce texte.

171. Tout en définissant les données publiques essentiellement à travers un critère matériel, la circulaire du 14 février 1994 (préc.) disait que « la diffusion des données publiques doit s'entendre, au sens large, comme la communication au public de données publiques, quel qu'en soit le support résultant de l'activité d'une personne publique (administration, service, organisme ou établissement public) ». Le projet de loi sur la société de l'information était plus clair encore sur ce point, puisqu'il définissait les données publiques à travers un critère organique : la production des données par des personnes publiques (préc.). On signalera aussi la définition proposée par la recommandation précitée du Forum des droits sur l'Internet : « toutes données numériques ou non produites ou collectées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics dans le cadre de leur mission de service public ».

de la directive. Le texte communautaire, outre le fait qu'il procède à la définition d'un champ d'application matériel, et qu'il rajoute quelques exceptions de nature organique pour l'application de ses dispositions, envisageait en effet son application aux « organismes du secteur public » et aux « organismes de droit public ». Issues de la discipline communautaire relative aux marchés publics, ces notions visent respectivement, pour la première, « *l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public* ». Et, pour la seconde, les organismes « *créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* », dotés de la personnalité juridique et dont l'activité est « *soit financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces deniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public* ». Il convient d'accorder une attention particulière à la notion d'organisme de droit public. Cette notion se trouve définie, notamment, à travers un critère fonctionnel : il s'agit d'un organisme créé pour satisfaire un besoin autre qu'industriel et commercial. Ce critère n'implique cependant pas l'exclusion du champ d'application de la loi, les établissements publics à caractère industriel ou commercial, contrairement à ce que sa lecture pourrait laisser à penser. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice, qui a précisé le sens de cette notion, a indiqué que le caractère autre qu'industriel et commercial s'attachait à la nature du besoin à satisfaire et non à la nature de l'organisme de l'organisme en cause<sup>172</sup>. En référence à cette interprétation, elle a admis l'application des dispositions de la directive marchés publics à une imprimerie nationale constituée sous la forme d'une société de droit privé, parce que la nature des besoins qu'elle devait satisfaire se rattachait à l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>173</sup>. D'une manière similaire, elle a jugé qu'un organisme qui reçoit en droit français la qualification d'établissement public à caractère industriel ou commercial<sup>174</sup> devait être soumis aux dispositions de la directive marchés publics<sup>175</sup>.

En fait, il n'est qu'un seul point où la détermination organique du document se distingue de la définition organique retenue par l'article 2 de la directive des « organismes du secteur public » ou des « organismes publics ». La loi sur l'accès aux documents administratifs, et donc la définition du document communicable, n'exclut pas les entreprises publiques. La directive les écartait de son champ d'application<sup>176</sup>.

172. CHEROT (J-Y), *Droit public économique*, 2ème ed., p. 660.

173. CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann AG e.a.*, aff. C-44/96.

174. Il s'agissait en l'occurrence d'un Office public HLM.

175. CJCE, 1er février 2001, *Commission des communautés européennes c. République française*, aff. C-237/99.

176. Lors de la discussion de la directive, le Comité économique et social européen avait proposé d'étendre l'application du texte en préparation aux entreprises publiques et aux entreprises privées chargées d'une mission de service public. Il estimait « qu'en limitant comme elle le fait la notion d'organismes du secteur

**79. La relation entre le service public et les documents.** – Il importe peu que le document et les informations qu'il contient soient produits par les administrations visées à l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 pour que s'exerce le droit à la communication. En évoquant les documents « élaborés » ou « détenus » par les administrations qu'elle désigne, la loi permet la réutilisation des informations publiques contenues dans les documents dont une personne publique ne serait pas l'auteur. Ainsi, les documents émanant d'une personne privée, tout en étant détenus par une administration au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978, pourraient faire l'objet d'une réutilisation, à condition toutefois de ne pas tomber sous le coup d'autres exceptions législatives comme la détention par les tiers d'un droit de propriété intellectuelle. La Commission d'accès aux documents d'administration a pu ainsi rappeler, dans un avis récent, à une collectivité publique qui désirait exploiter ou faire exploiter des photographies de plan d'architecte en sa possession, qu'elle devait s'assurer que le cabinet d'architecte en cause ne détenait plus les droits de propriété intellectuelle afférent à cette création<sup>177</sup>.

## § 2- L'APPLICATION DU CHAPITRE II DE LA LOI DU 17 JUILLET 1978 AUX PERSONNES PRIVEES

**80. Question.** - L'emploi par l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 du terme d'« administrations », pour désigner les organismes qui, au titre de l'article 1<sup>er</sup>, élaborent ou détiennent des documents administratifs, a conduit certains commentateurs de l'ordonnance du 6 juin 2005 à dire que le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 ne serait pas applicable aux personnes privées chargées d'une mission de service public, le terme d'« administrations » renvoyant obligatoirement à des organes ou des personnes publiques structurellement rattachées à l'Etat ou à certaines de ses émanations<sup>178</sup>.

---

public, la commission limite l'impact et l'efficacité de la directive ». (Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, JOUE C 85/25 du 8 avril 2003). V. dans le même sens l'avis émis par le même comité à propos du livre vert sur l'information émanant du secteur public (JOCE C 169/30 du 16 juin 1999).

177. CADA, Conseil n° 20071573 du 19 avril 2007, *maire de Calais*.

178. En sens contraire, v. cependant DELAUNAY (B.), « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques. » *AJDA* 1006, p. 1377. Pour cet auteur « le champ retenu par l'ordonnance est large puisqu'il inclut les informations figurant dans les documents élaborés ou détenus par les administrations soumises à l'obligation de communication des documents administratifs, c'est-à-dire, l'Etat, les collectivités territoriales, ainsi que les autres personnes morales de droit public et les personnes privées chargées de la gestion d'un service public ».

**81. Discussion.** - Même si le terme d'« administration » est ambivalent, puisqu'il comporte une acception matérielle lorsqu'il se comprend comme « l'activité instrumentale des personnes morales de droit public ou de droit privé étroitement liées à celles-là, qui remplissent une mission de service public, hors fonctions législatives ou juridictionnelles »<sup>179</sup>, il semblerait que la loi, lorsqu'elle désigne « les administrations visées à l'article 1<sup>er</sup> », fasse plutôt référence à l'acception organique et non à l'activité de gestion. Or, d'un point de vue organique, le terme « administration » exclut les personnes privées. En effet, il vise les « organes assurant la fonction administrative, qui, au sein des personnes publiques, relèvent du pouvoir exécutif soit par un lien de subordination direct dans le cadre étatique, soit par soumission ou contrôle »<sup>180</sup>. La rédaction de l'article 10 et l'acception de la notion d'administration, qui a été retenue pour l'expliquer, semblent donc exclure du champ d'application de la réutilisation les personnes privées chargées d'une mission de service public. Il s'agirait d'une exclusion nouvelle alors que la directive ne les écartait pas de son champ d'application, puisque la définition de la notion d'organismes de droit public ne conduit pas à les écarter. Cette interprétation qui se prévaut d'une cohérence littérale peut cependant être contredite par différents arguments.

Les trois premiers s'appuient explicitement sur les textes. Si la loi du 17 juillet 1978 n'est pas très explicite, le rapport au Président de la République<sup>181</sup>, qui précède le texte de l'ordonnance du 6 juin 2005, ne semble pas exclure les personnes privées du champ d'application des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques. En effet, il est dit que « le champ retenu par la présente ordonnance inclut la réutilisation des informations détenues ou produites par l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes chargés d'une mission de service public ». L'emploi de la locution « organismes chargés d'une mission de service public » plaide en faveur d'une large interprétation incluant, à la fois, les organismes de droit public et les organismes de droit privé. Cette interprétation est d'autant plus plausible que le rapport détaille précisément l'ensemble des organismes qui ne sont pas soumis aux dispositions de la loi, sans relever le cas des personnes privées. Le second texte que l'on évoquera est le décret d'application de la loi du 17 juillet 1978. Le titre IV du décret du 31 décembre 2005<sup>182</sup> institue et régit les fonctions de ce qu'on pourrait qualifier de « référent données publiques ». L'article 42 du décret impose à certains organismes publics de désigner ces personnes. Or, outre l'Etat et ses services déconcentrés, ainsi que certaines collectivités territoriales et établissements publics, il ressort que « *les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public qui emploie au moins deux cents agents* » sont aussi tenues à cette obligation. Dès lors, on peut raisonnablement considérer que les dispositions

---

179. *Ibid.*

180. FRIER (P-L), *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat, Paris 2001, p.12.

181. Préc.

182. Préc.



relatives à la réutilisation des informations publiques sont aussi applicables aux personnes privées chargées d'une mission de service public. Il serait inutile d'obliger des entreprises privées de désigner une personne chargée des questions d'accès et de réutilisation si tel n'était pas le cas. A moins qu'évidemment, celles-ci ne soient chargées pour les personnes privées que des questions relatives à l'accès aux documents administratifs. Mais le décret ne fait pas cette distinction. Enfin, on peut également évoquer un autre argument. Le texte de la loi du 17 juillet 1978, au sein même de son chapitre I, c'est-à-dire à propos des dispositions définissant le régime de l'accès aux documents administratifs, emploie alternativement le terme d'« administration » ou d'« autorités administratives ». Or, à notre connaissance, l'emploi de la locution d'administration n'a pas conduit la CADA ou la juridiction administrative à limiter l'application des dispositions de la loi aux personnes morales de droit public.

Le dernier argument relève de l'opportunité. L'exclusion des personnes morales de droit privé du champ d'application de la loi n'eut pas été vraiment justifiée. D'une part, parce qu'il n'existe, du point de vue des qualités des informations produites – celles-ci découlant essentiellement de leur élaboration dans le cadre d'une mission de service public – aucune différence entre les informations élaborées par une personne publique ou par une personne privée pour les besoins d'une mission de service public à caractère administratif. Une telle exclusion eut alors été fondée sur la seule considération de la qualité du producteur. D'autre part, de nombreuses personnes morales de droit privé auraient échappé à la réglementation fixée par la loi. On pense ici, par exemple, aux sociétés concessionnaires d'autoroutes qui produisent une grande quantité d'informations pour les besoins de leurs missions et qui les revendent pour les besoins, exclusifs, de leurs finances. Il eut été préjudiciable que l'Etat ne réglemente pas, alors qu'il le fait pour ses propres organismes et services, la cession par des personnes privées d'informations produites en raison des obligations de service public qui leur sont imparties.

Aussi, pensons-nous que les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation des informations du secteur public sont indistinctement applicables aux personnes publiques ainsi qu'aux personnes de droit privé chargées d'une mission de service public.

### § 3 - LE CAS DES ORGANISMES CULTURELS ET D'ENSEIGNEMENT

**82. Les exclusions de la directive.** - L'article 1er, §2, de la directive 2003/98/CE relative à la réutilisation des informations du secteur public, excluait de son champ d'application trois catégories de documents en raison de la qualité particulière de leur producteur. Il s'agissait, d'abord, des documents détenus par les radiodiffuseurs de service public et leurs filiales ; ensuite, « des documents détenus par des établissements

d'enseignement et de recherche, notamment par des écoles, des universités, des archives, des bibliothèques, des instituts de recherche, y compris, le cas échéant, des organisations créées pour le transfert des résultats de recherche » ; enfin, « des documents détenus par des établissements culturels et, notamment, par des musées, des bibliothèques, des archives, des orchestres ».

**83. Les dispositions de la loi.** – L'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 ne reprend pas toutes ces exceptions. Il indique seulement que les établissements d'enseignement ou de recherche ainsi que les organismes et services culturels bénéficient d'une dérogation. Il semblerait qu'ils puissent déterminer leurs propres règles de réutilisation ou aménager, en fonction de leurs besoins propres, celles qui figurent au sein de la loi. En d'autres termes, ils ne se trouvent pas exclus du champ de la directive, tout en bénéficiant, semble-t-il, d'une situation privilégiée. Bien que la loi n'ait pas repris l'exception relative aux radiodiffuseurs publics, on ne peut pas supposer que le régime de réutilisation qu'elle institue leur est applicable. Ils se sont vus reconnaître un statut particulier au sein même des traités communautaires, et la question de la réutilisation de leurs informations évolue au-delà de la problématique de l'accès aux documents administratifs, elle est gouvernée par d'autres textes. La raison d'être des deux autres situations reste difficile à saisir. La directive et la loi étant également silencieuses sur les justifications, nous essaierons de savoir pourquoi les législateurs français et communautaires ont entendu exempter, pour partie, les documents produits par les établissements de recherche, d'enseignement, ainsi que les établissements culturels, des conditions de réutilisation fixées par la loi (B). Avant cela, nous tenterons d'analyser la portée de la dérogation accordée par le législateur (A).

## A. La portée de l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978

**84. Dérogations ou exceptions au régime de la réutilisation.** - Parce que la question a été discutée, avant même d'envisager la portée des dispositions de la loi relative aux établissements d'enseignement ou aux établissements culturels, il faut déterminer si ces organismes publics échappent complètement au régime de la réutilisation ou bénéficient d'une dérogation. Certains commentateurs de l'ordonnance du 6 juin 2005 ont dit « que l'information publique librement exploitable »<sup>183</sup> ne concernait pas les établissements de recherche ou les établissements culturels. Ainsi, au même titre que les informations produites dans l'exercice d'un service public à caractère industriel et commercial, elle serait exclue du champ d'application de la directive.

---

183. BRUGUIERE (J-M), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.

Il est vrai que cette interprétation peut se prévaloir des dispositions de la directive, puisque l'article 2, §2 sous e) et f) les excluait expressément de son champ d'application<sup>184</sup>. Toutefois, la lecture de l'article 11, combinée à d'autres dispositions de la loi, ne laisse pas supposer que le législateur entendait écarter les informations contenues dans les documents produits par ces organismes du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978. Plusieurs séries d'observation militent en ce sens.

D'abord, du point de vue de la forme, à la différence de la directive traitant le cas des informations produites par des organismes d'enseignement ou de recherche à l'unisson des informations grevées par un droit d'auteur ou des documents non accessibles, la loi prend en compte le cas des informations produites par les établissements culturels et d'éducation dans une disposition particulière. Dans la loi, elles se trouvent isolées des dispositions de l'article 10 qui admettent une exception au régime de la réutilisation. Était-il vraiment nécessaire de faire un cas particulier pour des informations qui sont censées avoir le même objet ?

Ensuite, la teneur des dispositions des articles 10 et 11 est assez différente. Après avoir consacré un droit de réutilisation de l'information publique, l'article 10 précise les informations qui au sens de la loi ne peuvent recevoir la qualification d'informations publiques. Il précise que « ne sont pas considérées comme des informations publiques pour l'application du présent chapitre, les informations contenues » dans les documents qu'il énonce. L'article 11, en revanche, n'exclut pas explicitement de la qualification d'information publique, les documents détenus ou élaborés par les établissements culturels ou d'enseignement. Il dit seulement que « par dérogation au présent chapitre, les conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées sont fixées (...) » par les établissements culturels ou d'enseignement. Les articles 10 et 11 ne semblent donc pas avoir le même objet. Pour le premier, il s'agit d'établir des exclusions au champ d'application de la loi ; pour le second, de préciser que certains organismes publics pourront, éventuellement, déroger au régime de la réutilisation. Ce qui signifierait que les dispositions du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 seraient applicables aux organismes d'enseignement et de recherche, sauf s'ils en décidaient autrement.

Au soutien de cette interprétation, on peut développer un argument. Le rapport précédant le texte de l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>185</sup> distinguait bien le cas des informations exclues du champ d'application de la loi, de celles produites par les établissements visés par l'article 11. Pour ces dernières, il disait qu'elles suivaient un régime particulier, « *laissé à la libre appréciation des établissements en cause* ». Le silence de la loi sur ce point laisse supposer que, par défaut, ces organismes pourraient suivre le régime de la réutilisation institué par la loi du 17 juillet 1978, parce que leurs informations n'ont pas expressément été exclues du champ d'application du texte.

184. TABAKA (B.), « De l'accès à la réutilisation : le nouveau régime des données publiques. », préc.

185. Préc.

En conséquence, il semblerait que, d'un point de vue juridique, l'article 11 n'établisse qu'une dérogation, et non une exception, au champ d'application des dispositions relatives à la réutilisation. Les organismes visés par l'article 11 pourront toujours choisir le régime de la réutilisation. Du point de vue de la pratique, toutefois, la différence entre la dérogation et l'exception n'est pas très nette pour des organismes qui ont déjà adopté une politique particulière de réutilisation de leurs informations, et qui n'entendent pas s'en départir en raison des contraintes qui pèsent sur leurs activités ou des intérêts dont ils ont la charge.

**85. La portée limitée de la dérogation de l'article 11.** - Si, maintenant, délaissant les considérations fondées sur les dispositions de l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978, on s'attache à observer la nature des documents produits par les établissements de recherche et d'enseignement, on s'aperçoit que pour une partie d'entre eux, ils seront exclus du champ de la réutilisation à un autre titre. Et, cette fois, il s'agit bien d'une exclusion. En effet, les documents produits par les établissements culturels, d'enseignement ou de recherche, très souvent, sont grevés d'un droit d'auteur appartenant à un tiers. Or, l'article 10 al. 2, sous b) de la loi du 17 juillet 1978 les exclut de son champ d'application. Dès lors, la dérogation prévue à l'article 11 ne vaudra que pour une fraction, peut-être pas la plus importante, de ces documents ; pensons par exemple aux résultats d'examens qui font depuis longtemps l'objet d'une exploitation commerciale<sup>186</sup> et auxquels le régime de la réutilisation s'applique sans difficulté<sup>187</sup>.

En définitive, la possibilité pour que les établissements culturels, d'enseignement ou de recherche optent pour le régime de la réutilisation en raison de la liberté de choix que l'article 11 de la loi leur accorde, ne devrait porter que sur une fraction des informations qu'ils produisent. Soit parce que les documents qu'ils détiennent relèvent de l'exception fixée à l'article 10, alinéa 2, sous c) ; soit parce qu'ils adopteront une politique de réutilisation différant des règles législatives. En conséquence, la portée de la dérogation est assez faible compte tenu de l'exception de l'article 10.

186. MAISL (H.), « Un exemple d'exploitation d'informations détenues par l'administration : la diffusion télématique des résultats d'examen par la presse. » *Gaz. Pal.* I. 1994, p. 82

187. A propos d'un refus d'accès à des résultats d'examen résolu sur le fondement des dispositions de la loi du 17 juillet 1978, v. CADA, Avis n°20062243 du 26 juin 2006, *Société France Examen*.

## B. Les justifications de la dérogation de l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978

**86. Multiplicité des justifications.** - Les raisons qui ont conduit le législateur communautaire à exclure du champ d'application de la directive 2003/98 les établissements d'enseignement, de recherche et ceux ayant une vocation culturelle, sont exposées, sans être développées, au sein de la proposition de directive. L'exposé des motifs, en effet, dit que « certains organismes du secteur public, dont les activités ont trait à la culture ou à l'enseignement, ont droit à un traitement spécial en raison de plusieurs facteurs. L'application de la directive risque de leur imposer une charge administrative élevée par rapport aux avantages escomptés. Leurs informations échapperaient, du reste, en grande partie aux dispositions de la directive compte tenu des droits d'auteurs détenus par des tiers. Enfin, leur fonction dans la société en tant que vecteurs de culture et de connaissance leur confère un statut particulier ». Ce sont donc, au moins, trois raisons qui ont conduit à l'exclusion de ces organismes : la première est économique (1) ; la seconde juridique (2) ; la troisième tient au statut social des informations produites par les établissements culturels ou ceux consacrés à la recherche (3).

### *1. La raison économique*

**87. Coût des politiques de réutilisation.** - Cette première justification peut s'énoncer comme suit : l'application par les établissements d'enseignement ou les établissements culturels du régime juridique relatif à la réutilisation des documents produits par le secteur public serait disproportionnée par rapport aux bénéfices (essentiellement pécuniaires) qu'ils pourraient retirer de sa mise en œuvre.

Cet argument est particulièrement pertinent pour les établissements culturels. A défaut de transmettre les œuvres qu'ils sont chargés de conserver, la mise à disposition de biens culturels suppose, au préalable, leur numérisation. Et encore ne s'agit-il là que d'une hypothèse relativement simple, et relativement rare, puisque dans d'autres cas – pensons aux tableaux ou aux sculptures – c'est à la diffusion d'une photographie numérisée à laquelle on procèdera<sup>188</sup>. Les opérations de numérisation sont complexes pour l'Etat, les collectivités

188. Le rapport ORY-LAVOLLEE (Diffusion numérique du patrimoine, dimension de la politique culturelle, La documentation française, 2002) décrivait les étapes de la numérisation. Pour passer d'une œuvre originale à sa consultation via un site Internet, il faut : 1) que l'œuvre soit enregistrée sous une forme susceptible d'être numérisée, l'œuvre originale devant être transcrite sur un support intermédiaire ; 2) que l'œuvre soit numérisée selon des standards qui ne sont pas toujours stabilisés ; 3) que les fichiers soient stockés 4) que les fichiers soient indexés pour être constitués en base de données...

territoriales ou les établissements publics détenant des biens culturels. Elles impliquent souvent la formation de personnel parce qu'elles supposent une technicité particulière. Si l'on met en parallèle cette complexité avec la taille des fonds détenus par les différents organismes intervenant dans le domaine culturel<sup>189</sup>, on comprendra que la numérisation des biens culturels est un processus très lourd pour les collectivités publiques, et surtout très coûteux<sup>190</sup>. A ces frais relatifs à la numérisation, se rajoutent les coûts inhérents à l'acquisition éventuelle des droits de propriété intellectuelle grevant les œuvres numérisées. Ils sont eux aussi très importants car, le plus souvent, il existe sur les biens culturels une multiplicité d'ayants droit. Les exemples des œuvres audiovisuelles ou des œuvres multimédias sont assez topiques à cet égard<sup>191</sup>. Compte tenu de ces coûts et de l'impossibilité de mettre à disposition des œuvres qu'ils ont pour tâche de sauvegarder, on comprend pourquoi le législateur communautaire a considéré que l'application du régime de réutilisation entraînerait des efforts disproportionnés pour les établissements culturels. Si la France s'est engagée dans un processus de numérisation, ce n'est pas forcément le cas de tous les Etats de l'Union. Et, eu égard à son objet relativement limité, la directive 2003/98 ne pouvait pas imposer qu'il le fasse pour satisfaire les principes qu'elle établit.

Pour les établissements d'enseignement et de recherche, il est à signaler que les difficultés sont assez similaires à celles qui existent dans le domaine culturel. La numérisation des fonds informationnels détenus par les universités, plus particulièrement par les centres de recherche, peut être très coûteuse et les moyens qui lui sont consacrés sont encore moins importants que dans le domaine culturel<sup>192</sup>.

## 2. La raison juridique

**88. Droits des tiers.** - Le facteur juridique tient à la fréquence de la détention par les tiers de droits de propriété intellectuelle sur les documents élaborés ou détenus par les établissements de recherche et les établissements culturels. Il recoupe en grande partie l'exclusion prévue par l'article 10, al. 2, sous c) de la loi du 17 juillet 1978. Il est vrai que les

189. Sur tout ces points v. *Diffusion numérique du patrimoine, dimension de la politique culturelle*, La documentation française, préc.

190. La numérisation des 100000 ouvrages, des 250000 images, des 1000 heures de contenu sonore et des 500 heures de contenu vidéo de la base Gallica a coûté 10 millions d'euros, et près d'un million d'euros par an continuent d'être investis sur le projet. Ces chiffres sont entendus hors coût du personnel.

191. Mais, en règle générale, ce sont les auteurs ou leurs héritiers, ainsi que celui ou ceux qui l'ont photographiée, qui disposent de droits sur l'œuvre.

192. V. pour une étude exhaustive de la question, CHEVET (P.), « la numérisation des centres de recherche. », in *Présentation des travaux juridiques du programme de numérisation pour l'enseignement et la recherche* [http://www.tematice.fr/fichiers/t\\_article/47/article\\_doc\\_fr\\_PresentDroit\\_9920.pdf](http://www.tematice.fr/fichiers/t_article/47/article_doc_fr_PresentDroit_9920.pdf)

établissements de recherche et les établissements culturels détiennent de nombreux documents qui sont grevés d'un droit de propriété intellectuelle appartenant à une tierce personne. Il en va ainsi, par exemple, des conventions qui peuvent être conclues entre le secteur public et le secteur privé dans le domaine de la recherche. La divulgation de ces documents aurait, très certainement, été contraire aux conventions conclues entre le secteur public et le secteur privé. D'une manière différente, les établissements culturels aussi (voir *supra*) détiennent des documents grevés par des droits de propriété intellectuelle appartenant à des tiers. Leur communication eut impliqué, dans le cadre du régime de la réutilisation, l'autorisation des ayants-droit et l'acquittement d'une redevance.

### *3. Le statut social des biens culturels et des documents relatifs à la recherche*

**89. Valeur sociale des biens culturels.** - Le bien culturel a un statut particulier qui reflète ses finalités, il semblerait que cette considération ait aussi justifié un traitement particulier. L'exposé des motifs de la proposition de directive indique, on le rappelle, que ces contenus sont « vecteurs de culture ». Ainsi, le rapport ORY-LAVOLLÉE relatif à la diffusion numérique du patrimoine<sup>193</sup> soulignait que les contenus culturels présentent des particularités qui justifient une appréhension spéciale, qui ne tiennent pas seulement compte d'un usage mercantile et qui, en raison de l'appropriation qui s'ensuivrait, conduirait à l'exclusion d'un grand nombre de l'accès à ces biens. Le statut des contenus culturels, fondement de lien social et de valeurs partagées, suscitent de nombreuses convoitises « et il est du devoir de la puissance publique de veiller à ce qu'ils ne subissent pas d'appropriations illégitimes, qu'elles soient le fait de sociétés privées ou d'individus se livrant au piratage. Ces appropriations comportent en effet un double risque politique et économique. D'une part, des pans entiers du bien culturel commun pourraient n'être plus accessibles ; d'autre part, les auteurs pourraient être privés d'une juste rémunération (...). Dans cette optique, il est bon de réaffirmer que les biens culturels ne peuvent être appréhendés dans une logique uniquement marchande, et que la puissance publique se doit de préserver des espaces culturels communs gratuits ». Pourtant, la directive 2003/98/CE ne semblait pas, compte tenu de son caractère normatif très éthéré, être l'instrument d'une telle appropriation. Celle-ci est plus le fait des différentes prérogatives qui sont reconnues sur des créations ou des contenus qui devraient relever du domaine public. Le droit du producteur des bases de données permet par exemple une telle réservation ou appropriation. Certes, faciliter ou clarifier l'accès à des contenus

193. *Diffusion numérique du patrimoine, dimension de la politique culturelle, La documentation française*, préc.

informationnels c'est, par voie de transitivity, faciliter l'éventuelle appropriation de ces contenus sans prendre en compte leur vocation à l'universalité. Le rapport jugeait d'ailleurs la communication du 23 octobre 2001<sup>194</sup> de manière assez négative. Après avoir noté que la définition des informations du secteur public qu'elle retenait était très large, il indiquait que « celle-ci ne laisse aucune place à la prise en compte des particularités des biens culturels, (...) ». On ne peut donc qu'inciter les autorités compétentes à la vigilance vis-à-vis des évolutions de ce dossier ».

Il convient de souligner aussi que les œuvres peuvent être difficilement assimilées aux données. En effet, bien qu'à travers la numérisation tout est « données », peut-on réellement mettre sur un même pied d'égalité une œuvre d'art numérisée et une liste d'adresses, ou les coordonnées téléphoniques des abonnés au téléphone ? Nous ne le pensons pas<sup>195</sup>. En commentant la définition de la donnée publique retenue par le projet de loi sur la société de l'information, le rapport ORY-LAVOLLÉE soulignait l'incongruité de cette comparaison. « Une œuvre n'est pas une donnée. Une donnée est une représentation chiffrée ou symbolique d'un état du monde. Le format, la matière ou la date d'un tableau correspondent à cette définition, et même souvent à celle des données publiques (...). Mais pas le tableau lui-même, pas les œuvres. L'administration peut les avoir suscitées, elle peut fabriquer des données, bases de données, catalogues, descriptions, notices (...) pour les conserver et les présenter, elle ne les a pas produites, n'en est pas l'auteur. Et que certains organismes aient pour mission, pour constituer des collections publiques, de collecter des œuvres, ne fait pas pour autant de celles-ci des données ».

---

194. Commission des communautés européennes, « eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public », Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au comité des régions, préc.

195. v. *infra* partie II, titre II sur les droits de propriété intellectuelle sur les contenus informationnels du secteur public.





## Section 2

### Le champ d'application matériel

**90. Conjonction.** – L'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 délimite à gros traits le contour du champ d'application des règles régissant le commerce des données publiques en disant que « les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1<sup>er</sup>, quel que soit le support, peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celle de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents sont détenus ou élaborés (...) Ne sont pas considérées comme des informations publiques, pour l'application du présent chapitre, les informations contenues dans les documents, a) dont la communication n'est pas un droit en application du chapitre 1<sup>er</sup> ou d'autres dispositions législatives, sauf si ces informations font l'objet d'une diffusion publique, b) ou élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial c) ou sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle. L'échange d'informations entre les autorités mentionnées à l'article 1<sup>er</sup>, aux fins de l'exercice de leur mission de service public, ne constitue pas une réutilisation au sens du présent chapitre. » Cette délimitation ne brille pas par son extension, encore un peu restreinte par le législateur national en sus des limitations déjà inscrites dans la directive, ni par sa précision, les notions clés telle que celle de « réutilisation » demeurant très indéterminées. Néanmoins, il résulte de cet article que la détermination du champ d'application matériel découle de la rencontre de la notion d'information publique avec celle de réutilisation. En conséquence, pour savoir si les dispositions du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 sont applicables, il faut, dans un raisonnement unique, lier les questions suivantes : Est-on en présence d'une « information publique » ? Dans l'affirmative, l'usage de l'information constitue-t-il une « réutilisation » ? C'est donc à définir le contenu et à délimiter la portée des notions de réutilisation (sous-section 2) et d'information publique (sous-section 1) que les lignes suivantes seront consacrées.

## SOUS-SECTION 1

### L'INFORMATION PUBLIQUE

**91.** - Objet même de la régulation législative, il conviendra de circonscrire la signification que revêt le terme d'« information publique » et, par conséquent, l'extension et le contenu de cette notion en commençant par dire ce qu'elle est (§1), puis, par l'analyse du vaste champ d'informations qui ne peuvent pas relever de la qualification d'informations publiques, soit parce qu'elles sont en rapport avec des exceptions au droit à la communication des documents administratifs, soit parce qu'elles relèvent d'exceptions autonomes instituées par le législateur national ou communautaire, en envisageant ce qu'elle n'est pas (§2).

### §1 – La notion d'information publique

**92. Novation terminologique.** - Le terme d'« information publique » employé par la loi succède à bien d'autres notions, qui avaient été utilisées par certains textes, par le législateur communautaire ou par la doctrine, pour décrire la réalité de la production informationnelle de l'Etat, des collectivités territoriales et leurs établissements publics. Longtemps, en France, la locution de « données publiques » a été privilégiée et c'est uniquement lors de la transposition de la directive que le choix du terme d'« information publique » a été décidé<sup>196</sup>. La portée de ce changement sémantique est toutefois assez faible, sinon nulle. Très généralement, quoique le terme de « données » permît d'insister sur l'importance de l'informatique et, subséquemment, sur la numérisation des ensembles informationnels détenus par l'Etat et de ses diverses émanations dans la naissance de la problématique de l'exploitation commerciale des informations du secteur public<sup>197</sup>, il était

196. La plupart des textes réglementaires, des rapports ou des études consacrés à la question faisaient invariablement référence à la « diffusion des données publiques » ou à « l'exploitation des données publiques ».

197. Le « rapport GAUDRAT » signalait ainsi que « La donnée est une information formatée pour être traitée par un système (...). S'il est vrai que la question de la commercialisation se pose essentiellement à propos de produits informatiques intégrant des informations administratives, il n'a pas voulu limiter sa réflexion (le groupe) au seul contexte informatique. Le terme de donnée a donc été considéré comme synonyme d'information. » OJTI, La commercialisation des données publiques, préc. V. en ce sens aussi J-M. BRUGUIERE, La diffusion de l'information publique, préc. spéc. p. 7 n° 8. D'une manière similaire M. MAISL notait que « l'évolution technologique, avec l'apparition des banques de données et l'enjeu économique qui en résulte, va alors offrir de nouveaux moyens de diffusion et aussi de commercialisation » (« La diffusion des données publiques », préc.)

largement considéré comme synonyme d'« information »<sup>198</sup>. Par exemple, la circulaire du 14 février 1994 disait que « par donnée, on pourrait entendre, au sens étroit du terme, une information formatée pour être traitée par un système informatique. Elle sera entendue ici au sens large d'information collectée ou produite sur n'importe quel support, pas seulement informatique »<sup>199</sup>. De plus, le terme d'« information » reflète plus exactement la réalité matérielle dans la mesure où, bien que la numérisation des fonds informationnels produits par les personnes publiques progresse, il existe encore des informations simplement inscrites sur des supports papier ; il permet ainsi de révéler l'indifférence des supports pour la conception d'un régime juridique de l'exploitation de cette information.

### **93. Transposition de la directive et invention de la notion d'information publique.**

- Les textes d'origine communautaire, de leur côté, ont longtemps utilisé les expressions d'« information issue du secteur public » ou d'« information émanant du secteur public », puis, lors de la discussion de la directive, le terme de document fit son apparition pour désigner la même réalité : l'information. Et le texte communautaire définitif, gardant la trace de cette ambivalence et de la lutte sous-jacente entre les défenseurs du terme « d'informations issues du secteur public » – qui y gagnèrent un intitulé – et ceux qui lui préféraient celui de document – objet effectif de la directive –, fait cohabiter les deux expressions. Si elle n'avait pas vraiment d'importance au plan communautaire, cette querelle de vocabulaire avait une tout autre incidence pour le législateur national, qui avait l'intention de transposer la directive dans la loi sur l'accès aux documents administratifs. Il n'était pas question de confondre ni l'objet du droit d'accès aux documents administratifs, avec celui de la réutilisation, ni leurs régimes respectifs. C'est pourquoi la notion d'information publique finalement consacrée, tout en prenant appui sur des notions existantes de la loi sur l'accès aux documents administratifs, leur est distincte. Du reste, elle est très originale au regard des définitions passées. Elle résulte de la lecture de l'article 10 qui dit que, d'une part, « les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations figurant à l'article 1<sup>er</sup> peuvent être réutilisées (...) » et, d'autre part, « ne sont pas considérées comme des informations publiques, pour l'application du présent chapitre, les informations contenues dans les documents dont la communication ne constitue pas un droit en application du chapitre 1<sup>er</sup>, sauf si ces informations font l'objet d'une diffusion publique ». À travers ce texte, d'un point de vue matériel, l'information publique apparaît d'abord comme le contenu informationnel du document administratif. Cependant, cela ne suffit pas à sa reconnaissance. Pour être qualifiée comme telle, les documents qui la portent doivent aussi être communicables au titre du chapitre 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 ou diffusés par un

198. Le plus souvent, en effet, les données publiques regroupaient, à la fois, les informations numérisées et celles qui ne l'étaient pas. Il n'est, à notre connaissance, que le projet de loi sur la société de l'information qui a limité le champ de la réflexion aux données numérisées.

199. Circulaire du 14 février 1994, *relative à la diffusion des données publiques*, préc.

organisme public. La définition de l'information publique se double alors d'une dimension fonctionnelle. C'est donc au regard d'un critère matériel, l'information comme contenu du document (A), et d'un critère fonctionnel, l'information comme contenu d'un document communicable ou diffusé (B), que nous essayerons de délimiter la notion d'information publique.

### *A. L'information publique comme contenu du document administratif*

**94.** - L'étude des liens entre l'information et le document (1) sera suivie d'une évaluation des conséquences, sur le champ d'application du régime de la réutilisation, de la nouvelle définition du document administratif à travers le critère du service public (2).

## **1. L'information et le document**

**95.** - Après avoir rappelé les relations ambiguës que la notion de document entretenait avec l'information au sein de la directive, ainsi que le contenu concret que le législateur communautaire leur affectait (a), on analysera les rapports entre le document administratif et l'information publique dans la loi du 17 juillet 1978 (b).

### *a. Informations et documents du secteur public dans la directive 2003/98*

**96. Ambiguïtés.** - La proposition de directive relative à la réutilisation des documents du secteur public<sup>200</sup>, comme son titre l'indique, ne s'appliquait qu'aux documents, lesquels étaient définis comme « tout contenu quel que soit son support »<sup>201</sup>. Le Parlement européen,

200. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, préc.

201. Article 2 al. 3 de la directive 2003/98/CE relative à la réutilisation des informations du secteur public, préc. Il convient de remarquer que cette définition est identique à celle employée par le règlement n°1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, *relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission*, JOCE L 145/43, 31 mai 2001.

tout en conservant cette définition, proposa de remplacer dans le texte le terme de « document » par celui d'« information », jugé plus conforme à la réalité, l'exploitation des données portant sur l'information et pas le document tel qu'il peut être formalisé pour les besoins du secteur public. Mais ce changement avait bien peu d'importance pour la Commission, puisque cette dernière indiquait que les deux versions du texte étaient équivalentes à condition de conserver la définition précitée<sup>202</sup>. Finalement, le Conseil rétablira l'intention initiale de la Commission tout en retenant, pour le titre de la directive, le terme d'« information » !

Ainsi, la directive entretient une certaine confusion entre le « document » défini comme « tout contenu quel que soit son support »<sup>203</sup> et l'« information » qui n'était pas définie du tout, puisqu'elle ne constituait pas l'objet de la régulation proposée par la Commission. « Document » et « Information », désignant, *a priori*, des réalités différentes, se voyaient au demeurant attribuer la même signification. Malgré ces errements d'ordre sémantique, puisque, si l'on s'attache aux définitions, un document est défini comme « un ensemble, stable et cohérent d'informations structurées et lisibles ; à l'usage défini quel qu'en soit le support »<sup>204</sup> – ce qui le distingue de manière radicale des informations qu'il porte, parce qu'en son sein, elles sont structurées de manière à répondre à un usage et une finalité particulière<sup>205</sup> – une chose était sûre : il importait uniquement à la directive de saisir le contenu des productions informationnelles du secteur public indépendamment de leur support physique ou de leur structuration intellectuelle, et quel que soit le nom qu'on leur attribuait.

**97. L'extension de la notion de document.** - La directive avait donc une conception très vaste de ces contenus définis comme toute représentation de faits ou d'informations et toute compilation de ces faits, actes ou informations<sup>206</sup>, puisqu'elle appréhendait non seulement les contenus informationnels stockés sous forme électronique ou inscrits sur

202. Communication de la commission au Parlement européen, conformément à l'article 251, §2 alinéa 2, du traité CE, concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des informations du secteur public, 28 mai 2003, SEC(2003) 627 final, 2002/0123 (COD).

203. Article 2 al. 3 de la directive 2003/98 relative à la réutilisation des informations du secteur public, préc.

204. *Ibid.*

205. Le *dictionnaire de la communication* (dir. S.Cacaly, Armand Colin, 2ème ed. Paris 2004) indique que cinq éléments sont indispensables pour qu'un ensemble d'informations soit appelé « document ». Il faut que cet ensemble ait un objet, c'est-à-dire des informations ; celles-ci doivent être structurées au sein du document de manière lisible par un homme ou par une machine ; il repose sur un support transportable, reproductible et relativement stable ; il doit avoir une unité en terme de contenu : il est nécessairement fini ; il poursuit une finalité particulière.

206. Considérant n° 11 de la directive 2003/98.

support papier, mais également les enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels<sup>207</sup>. Indifférente à la structuration du contenu et aux supports sur lesquels ils se trouvaient fixés, la notion de « document » employée par la directive, pour reprendre le mot d'un auteur, « est hyper extensive »<sup>208</sup>. Elle recouvre ainsi, par exemple, les compilations ou les bases de données constituées par l'administration<sup>209</sup>, photographies numérisées ou pas, les cartes géographiques aussi, à l'exception toutefois des programmes informatiques qui ne peuvent pas être analysés comme des contenus.

### ***b. Information publique et document administratif dans la loi du 17 juillet 1978***

La définition de l'information publique suppose un retour sur la notion de document administratif et son évolution.

#### ***- La Notion de document administratif***

**98. Absence de définition matérielle du document administratif.** - La notion de document administratif, qui, comme on l'a vu, découle d'une détermination organique, ne fait pas vraiment l'objet d'une définition matérielle dans la loi du 17 juillet 1978. En fait, elle procède à une simple énumération des documents qu'elle considère comme administratifs. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 indique que « constituent de tels documents (documents administratifs) notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions ». En revanche, la loi précise explicitement que les actes des assemblées parlementaires, les avis du Conseil d'Etat et des juridictions

207. A l'unisson du considérant n°3 de la directive 2003/98, on peut dire qu'à l'exception des programmes informatiques, tous les contenus informationnels produits par les organismes du secteur public tombent sous le coup de la loi.

208. MONJAL. (P-Y.), « La directive européenne sur les données publiques », IFSA/CADA, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, préc.

209. Il ne fait pas de doute que la notion de document saisit aussi les bases de données publiques et même les plus importantes. La Commission européenne a explicitement confirmé, lors de la présentation de la proposition de directive au Conseil, que le terme de document pouvait recouvrir « soit une base de données, soit un fichier de bases de données ». (Conseil de l'Union européenne, doc. n° 11095/02, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, 31 juillet 2002).

administratives, les documents de la Cour des comptes, sont exclus de son champ d'application.

Cette énumération, très restrictive, ne doit pas faire douter de l'aptitude du dispositif législatif à saisir les contenus informationnels dont la directive voulait favoriser l'exploitation, même si, à sa lecture, on peut être pris d'un doute, le décalage qui sépare cet énoncé avec la définition de la directive étant important. En effet, la liste dressée par le législateur n'est pas exhaustive, elle a notablement été étoffée par la pratique consultative de la CADA, qui a reconnu le caractère de documents administratifs à une myriade de documents issus de l'activité administrative. Pour prendre quelques exemples : constituent de tels documents, les statistiques issues d'un traitement automatisé représentant le taux de réussite à l'examen du permis de conduire<sup>210</sup>, la liste des publications des bans de mariages, les plans de réseau de FRANCE TÉLÉCOM, la liste départementale des tours aéroréfrigérantes, les plans locaux d'urbanisme ou encore les listes électorales, celles relatives aux agents publics ou aux autorisations d'occupation du sol et aussi des images télévisées. L'extension de la notion de document administratif est assez ample, car l'interprétation qu'en a fait la CADA a toujours été très souple, celle-ci n'imposant que très peu d'exigences à cet égard. Pour être communicable, le document doit seulement exister et être achevé.

**99. Communication des documents électroniques.** - En outre, la transposition de la directive et la définition de l'information publique à travers la notion de document administratif a été facilitée par certaines évolutions de la loi du 17 juillet 1978, que l'on a déjà évoquées. Au point que l'on pourrait dire, qu'avant même l'intégration du texte communautaire, la définition du document administratif était déjà conforme à ses exigences. En effet, à la lecture de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978, on peut constater qu'elle ne fait désormais plus référence à la forme du document ni à son support de stockage. Cette approche plus moderne de la notion de document, qui permet de donner une très grande extension au champ d'application du droit de réutilisation et de l'adapter aux exigences de la directive, résultait déjà, en réalité, d'une formulation issue des dispositions de la loi du 12 avril 2000. Entre autres innovations, cette loi prévoyait la possibilité d'obtenir la communication de documents sous forme électronique. La rédaction de l'article 1<sup>er</sup> précisait à cet égard que « ces documents peuvent revêtir la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de documents existant sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement automatisé d'usage courant »<sup>211</sup>. Sur la base de cette définition, la CADA a qualifié

210. CE, 3 juillet 2002, Ministre de l'équipement du transport et du logement c. AFAC, RFDA 2002, p. 1025

211. L'ouverture de l'accès aux documents, figurant sur support informatique ou résultant d'un traitement automatisé d'usage courant, découle des dispositions de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec l'administration, préc. v. B. DELAUNAY, chr. *RDP* 2000, p. 1191. Celle-ci est venue mettre fin à une anomalie consécutive à un conflit entre deux réglementations : la loi du 17 juillet 1978 et celle du 6 janvier de la même année relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés. En effet, une jurisprudence du Conseil d'Etat empêchait la communication des documents administratifs lorsqu'ils



de documents administratifs, le contenu d'une base de données, des répertoires administratifs<sup>212</sup>, des photographies ou des documents audiovisuels<sup>213</sup>, les fonds de cartes géographiques, les matrices cadastrales<sup>214</sup>, ou toute sorte de compilations d'informations<sup>215</sup>. Même si la communication des documents électroniques, à part pour les documents les plus volumineux, n'a pas connu un franc succès<sup>216</sup>, l'admission de leur communication sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 a largement facilité la transposition de la directive, car la notion de document administratif telle qu'interprétée par la CADA et modifiée par la loi du 12 avril 2000 se rapprochait, jusqu'à la confusion, de la définition donnée par la directive : tout contenu quelque soit son support. Dès lors, il suffisait d'accorder l'objet du droit d'accès, le document, avec celui de la réutilisation, l'information publique.

### - *Définition de l'information publique au regard du document administratif*

**100. L'objet de la régulation législative.** - Ce sont les articles 1<sup>er</sup> et 10 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 qui permettent de déterminer l'objet de la régulation législative, ou du moins de le circonscrire. Ils donnent, de l'« information publique », une définition conforme aux dispositions de la directive, tout en garantissant une correcte articulation entre cette notion et celle de « document administratif ».

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 dit que « (S)ont considérés comme documents administratifs, au sens des chapitre Ier, II et IV du présent titre, quel que soit le support

---

comportaient des informations nominatives incluses dans un fichier informatisé, qui relevait alors exclusivement de la réglementation sur la protection des données personnelles. En d'autres mots, la loi du 6 janvier 1978 rendait inaccessible des informations qui auraient pu l'être si elles n'étaient pas stockées sous forme électronique. Avec le développement de la numérisation des documents administratifs, un nombre croissant d'informations risquait de se trouver exclu du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978.

212. CADA, Avis n° 20002163 du 25 mai 2000, *Directeur général de France Télécom*, à propos de la communication d'une liste de personnel, v. aussi, CADA, avis n° 20003464 du 21 septembre 2000, *Ville de Lourdes*, à propos de la communication d'un répertoire de contacts.

213. CADA, Conseil n° 20010024 du 11 janvier 2001, *Maire de Charleville-mézières*.

214. CADA, Conseil n° 20053242 du 20 octobre 2005 *Maire de Roubaix*, à propos de la communication des adresses des propriétaires à partir des matrices cadastrales à des agences immobilières.

215. CADA, Avis n° 20022265 du 3 juillet 2000, *Ville de Marseille*, à propos de la communication d'un reproduction de la liste électorale sur CD-ROM.

216. Sauf pour des documents très importants qui étaient susceptibles de faire l'objet d'un usage commercial. « En dépit des ouvertures faites par le législateur, la délivrance de copies sur support numérique reste encore une faculté peu utilisée, sauf pour des documents volumineux (plan d'occupation des sols, liste électorale, liste des agents d'un service). » (BOISSARD (S.), « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », préc. )

utilisé pour la saisie, le stockage ou la transmission des informations qui en composent le contenu, les documents élaborés ou détenus par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes privées chargées de la gestion d'un service public, dans le cadre d'une mission de service public ».

Quant à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 10, il énonce, on le rappelle, que « (L)es informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1<sup>er</sup>, quel que soit le support, peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celle de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus ».

La lecture de ces dispositions appelle deux remarques, au demeurant intimement mêlées. Celles-ci portent, d'une part, sur la définition de la notion d'« information publique » et, d'autre part, sur les conséquences du rapport établi par la loi entre le « document administratif » et l'« information publique ».

**101. L'absence de définition de l'information.** - La loi ne définit pas positivement la notion d'« information publique », à la différence des textes qui l'ont précédée<sup>217</sup>. Celle-ci se déduit, en creux, de la notion de « document administratif ». Comment, dès lors, d'une manière plus positive, définir la notion ?

En première approximation, au regard de l'article 1<sup>er</sup>, on peut dire que l'« information publique » gît dans le « document administratif ». En d'autres termes, l'objet du droit de réutilisation consacré par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 est le contenu du document administratif. On remarquera alors que la loi confirme en tout point la définition donnée par la directive du document en l'attribuant, fort justement, à l'information quel que soit son support. Ainsi, conformément à la définition précédemment citée et qui envisageait le « document » comme un ensemble structuré et finalisé d'informations, la définition de l'« information publique » retenue par la loi recouvre, *grosso modo*, le contenu informationnel des documents. Cette définition, plus proche de la réalité matérielle, concorde avec l'objet de la directive. Elle permet aussi d'accorder et de délimiter l'objet du droit d'accès aux « documents administratifs » à l'objet du droit de réutilisation. En effet, dans le cadre de la réutilisation, ce n'est pas le « document », tel qu'il est élaboré et structuré pour l'usage du service public, qui fait l'objet d'une exploitation, mais l'« information » qu'il contient. Celle-ci sera déstructurée et recomposée ou agencée, pour qu'elle remplisse un nouvel usage, pour qu'elle réponde à une nouvelle destination. Dès lors, la notion d'« information publique » ne semble pouvoir être saisie qu'à travers la notion de « document administratif ».

217. Le projet de loi sur la société de l'information définissait les « données publiques » comme « les données numérisées, collectées ou produites dans l'exercice de leur mission de service public, par les personnes publiques ainsi que par les personnes privées chargées d'une telle mission. » Cette définition, plus précise, était cependant notablement plus restrictive que celle qui a été retenue par la loi du 17 juillet 1978.

Cette analyse a largement été confirmée par les premières applications que la Commission d'accès aux documents administratifs a pu faire des dispositions législatives. L'autorité administrative, dans une formulation de principe, a dit que « de façon concrète, on peut considérer que constituent une information publique les mentions qui figurent dans un document législatif, réglementaire ou tout autre document administratif accessible au public »<sup>218</sup>. Tel que cela résulte des décisions de la commission, les mentions dont elle fait état peuvent être des cartes ou des fonds de cartes géographiques<sup>219</sup>, des données statistiques<sup>220</sup>, les noms de voies publiques<sup>221</sup> ou les informations contenues dans un plan d'occupation des sols<sup>222</sup>, ou encore des résultats d'examen<sup>223</sup>. En revanche, curieusement, les données brutes issues d'une base de données se sont vues qualifiées de documents administratifs, or si les données sont le document qu'est l'information qu'il contient ? Il n'est pas rare de rencontrer cette assimilation. Et, de manière plus critiquable encore, elle a considéré qu'un logiciel constituait un ensemble d'informations publiques<sup>224</sup>. Autrement dit, le contenu du document administratif est très largement compris.

Aussi, dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978, la définition de l'information soumise au régime de la réutilisation est celle qui est contenue dans les documents administratifs ; on la définira, dans un premier temps, simplement comme le contenu, quel que soit son support, des documents administratifs<sup>225</sup>.

218. CADA, Conseil n° 20066361 du 27 avril 2006, *Maire de Chatou* rapport public pour l'année 2006, p. 190.

219. CADA, avis n°20060771 du 16 mars 2006, Direction régionale de l'environnement des Pays-de-Loire, rapport public pour l'année 2006, p. 163.

220. CADA, Avis n°20062682 du 29 juin 2006, *G. Franz-Olivier (Le point)*, rapport public pour l'année 2006, p. 160.

221. CADA, Conseil n°20060864 du 12 février 2006, *Maire de Paris*.

222. CADA, Conseil n° 20061580 du 13 avril 2006, *Maire de Melun*.

223. CADA, Avis du 29 juin 2006, *Société France Examen*, préc.

224. « La Commission relève tout d'abord que le logiciel inforoute doit être regardé comme un ensemble d'informations publiques susceptible de faire l'objet d'une réutilisation au sens du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 » (CADA, 26 juillet 2007, 20072043 *Conseil général des Hautes Alpes*). Il nous semble difficile de considérer que les logiciels puissent uniquement être considéré comme un ensemble d'informations publiques, ce qui eut pu convenir, à la rigueur, à une base de données, et partant être soumis au droit de réutilisation. Fût-elle très importante et très élastique, la notion document administratif la CADA dans cette décision ne prend d'ailleurs pas le soin de procéder à cette qualification) ne saurait recouvrir celle de logiciel. A cet égard, il faut rappeler, en premier lieu, que la loi permet de donner accès aux contenus informationnels et non aux systèmes permettant de gérer cette information, ainsi la composante logicielle d'une base de données ne devrait-elle pas être soumise aux dispositions de la loi CADA. En tout cas, la directive 2003/98 jugeait que l'application de ses dispositions ne s'étendait pas jusqu'aux logiciels. En second lieu, les logiciels, et c'est bien le logiciel de gestion qui est en cause en l'espèce, n'a rien en commun avec le document administratif, fut-il électronique et l'information publique contenue dans ce document. Au regard du droit de la propriété intellectuelle, et de la définition du logiciel cette assimilation s'avère impossible. En effet, quel rapport peut-il bien exister entre les deux dès lors que le logiciel se définit comme un ensemble de programmes qui permet à un ordinateur ou à un système informatique une tâche ou une fonction.

225. Il convient de noter que la combinaison des dispositions de l'article 2 al. 3 de la loi du 17 juillet 1978 introduit par l'ordonnance du 6 juin 2005, qui n'exclut pas du droit à la communication les documents

**102. Implications.** - L'existence d'un rapport de contenant à contenu entre les deux notions, le document administratif contenant l'information publique, emporte d'importantes conséquences. Ignorée de la directive, cette articulation était cependant tout à fait nécessaire à établir dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978 qui fait désormais cohabiter le régime de l'accès aux documents administratifs et celui de la réutilisation des informations publiques. Le *continuum* existant entre ces deux usages impliquait que l'on distinguât nettement l'objet du droit d'accès et l'objet du droit à la réutilisation. La solution est d'ailleurs très cohérente si l'on considère que le droit à la réutilisation consiste à utiliser le contenu des documents à d'autres fins que celles pour lesquels ils ont été élaborés. Il eut été alors difficilement envisageable de faire porter le droit à la réutilisation sur le document administratif structuré et finalisé pour l'accomplissement d'une mission de service public aux contours nettement définis, du moins d'un point de vue intellectuel. La conséquence principale du lien établi, même s'il était déjà envisagé par la directive, entre la notion de document et celle d'information publique est que, désormais, le champ d'application du droit à la réutilisation s'apprécie, en partie du moins, par rapport au champ d'application de la loi sur l'accès aux documents administratifs. Cela ne signifie cependant pas que les notions de documents administratifs et d'informations publiques se recouvrent complètement. Le champ d'application du droit d'accès, portant sur les documents administratifs, n'est en effet que partiellement commun avec celui de la réutilisation, portant sur l'information publique. Tant est si bien qu'il arrive que des documents communicables en vertu du chapitre I ne sont pas réutilisables au titre du chapitre II de la loi et que, inversement, des données réutilisables, ne sont pas forcément accessibles au titre du chapitre I. De fait, les notions de documents administratifs et d'information publique font l'objet d'appréciations distinctes de la part de la CADA<sup>226</sup>.

**103. Discussion.** - Etait-il possible au législateur d'aller plus loin dans la définition de l'« information publique »<sup>227</sup> ? Il est certain que la définition de l'« information publique »,

---

administratifs déposés aux archives, rend ceux-ci réutilisables. La directive excluait expressément de son champ d'application les documents détenus par les archives.

226. CADA rapport pour l'année 2007

227. On aurait pu imaginer, comme l'avait préconisé M. BRUGUIERE à propos du projet de loi sur la société de l'information (« Retour sur le projet de loi sur la société de l'information après la proposition de directive du 5 juin 2002 », *Légipresse* n° 194, 2002, p. 115), que la loi distingue les « informations publiques objet » du service public, c'est-à-dire les informations collectées, traitées et diffusées par un service public dans le cadre de ses obligations, ce qui recouvre, grosso modo, la production informationnelle des « diffuseurs d'information institutionnels » (INSEE, INPI, IGN, météo France), et les « informations moyen » de l'activité du service public. Ces dernières étant collectées et traitées, voire, mais d'une manière marginale, diffusées, pour les besoins de l'activité interne du service. En d'autres termes, il s'agirait d'informations nécessaires à l'accomplissement d'une mission de service public dont l'objet n'est précisément pas la diffusion de l'information, voire sa production ou sa collecte. Seraient visés ici les services de l'Etat ou les collectivités territoriales (informations relatives aux permis de construire, fichier carte grise, permis de

à travers la notion de « document », est un peu brève. De nombreux textes réglementaires, rapports ou travaux doctrinaux avaient proposé des définitions plus positives de l'« information publique », même s'il est vrai que les principaux caractères dégagés après plusieurs années de réflexion se retrouvent également dans la loi du 17 juillet 1978. Cependant, cette définition, qui est très claire, a le mérite de bien distinguer la notion de « document » de celle d'« information »<sup>228</sup> ; son caractère minimaliste s'explique sûrement

---

conduire, répertoire de fonctionnaires, fichier des propriétés bâties et non bâties). Une telle distinction, qui avait aussi été préconisée par le rapport MANDELKERN pour tenir compte des spécificités institutionnelles et historiques de certains organismes publics, est aussi adoptée dans d'autres Etats de l'Union européenne. Ainsi, en Grande Bretagne, le Freedom of Information Act d'avril 2001 traite différemment le sort des grandes agences publiques productrices de données qui peuvent s'assimiler à des diffuseurs publics institutionnels et celui des administrations centrales. Toutefois, une telle distinction ne s'impose, en droit, que si elle provoque des conséquences juridiques. M. BRUGUIERE, lorsqu'il proposa cette distinction, estimait aussi que les conditions juridiques et économiques d'accès à ces informations à des fins d'exploitation commerciale devaient être très différentes, selon qu'il s'agissait d'exploiter des « informations moyen » ou des « informations objet » de l'activité du service public. Son argumentation reposait sur deux considérations : ces informations, au sein de l'administration, correspondent à des fonctions différentes et suscitent des valeurs opposées. Ainsi, les informations moyens, notamment les informations de gestion (il s'agit d'informations que l'opérateur public réunit pour ses propres besoins afin d'administrer les personnes, agents et administrés, et les biens, patrimoine privé et public. Les rapports sur les fonctionnaires, les groupements d'informations liées à des procédures administratives, tels que les fichiers habitation, du fisc, du permis de construire et plus généralement des autorisations d'urbanisme, du permis de conduire ou des cartes grises, prennent place dans cet ensemble) ou l'information de décision (celles-ci sont attachées à tous les actes que la personne publique adopte dans le cadre de ses missions. Ici, les données sont orientées dans un processus décisionnel et largement absorbées par la notion de documents administratifs. Cela renvoie à des demandes d'agrément, à des rapports d'enquêtes ou à des études préliminaires) sont principalement conceptualisées dans les documents administratifs. Elles relèvent de la législation sur l'accès. Les « informations objet » de la mission de service public suscitent plutôt des valeurs économiques. En effet, on ne voit pas en quoi la relation entre l'administration et le citoyen serait renforcée ou améliorée par la diffusion d'une carte géographique, d'une donnée statistique, d'une prévision météorologique ou d'un brevet d'invention. Il faut bien reconnaître que cette distinction est vraie le plus souvent, même s'il convient de ne pas la généraliser. La frontière entre les informations « moyen » ou « objet » peut être assez poreuse. On pourrait estimer que la diffusion de données issues d'un permis de construire ou d'une carte grise, qui sont des informations moyen, ne suscitent pas de « valeurs » sociales telles que celles décrites par l'auteur. Pour l'exploitation de ces informations, l'auteur envisageait une dualité de régimes juridiques. Le premier, pour les informations moyen, étant identique à l'accès, notamment du point de vue tarifaire. Le second, pour les informations objet, tout à fait original. La loi ayant inclus les règles relatives à l'exploitation commerciale des informations publiques au sein de la législation sur l'accès aux documents administratifs, il eut été difficile d'établir une telle distinction entre l'« information moyen » et l'« information objet ».

228. Dans d'autres Etats membres, les mesures de transposition nationale emploient en revanche la notion de « document ». On peut observer que la législation britannique (Statutory Instrument 2005 n°1515, The Re-use of Public Sector Information Regulation 2005) emploie le terme de « document » tout en le définissant, à l'instar de la directive, comme tout contenu ou partie de contenu quelque soit son support. Elle précise toutefois que le terme « content » renvoie à la notion d'information (« information recorded in any form »). De la même manière, en Italie, le decreto legislativo 24 gennaio 2006 n° 36, attuazione della direttive 2003/98/CE relativa al riutilizzo di documenti ne settore pubblico (G.U. 14 febbraio 2006), fait référence au terme de « documento » en lui attribuant la définition figurant au considérant 11 du texte communautaire (toute représentation de faits, d'actes ou d'informations). Ici encore un lien entre l'information et le document est établi. Notons qu'il n'était pas nécessaire à ces actes de transposition d'être plus précis que cela. En effet, la question de la réutilisation de l'information, traitée dans ces législations, ne se situe pas dans le même corps de texte que la législation sur l'accès aux documents administratifs.

par le choix d'élaborer le régime juridique de la réutilisation en prenant appui sur celui de l'accès.

## 2. L'incidence, sur le champ d'application du régime de la réutilisation, de la référence au service public dans la définition des documents administratifs

**104. L'article 1er et la référence aux « missions de service public ».** - L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 définit les documents administratifs comme « les documents élaborés ou détenus par l'Etat, les collectivités territoriales, ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public, dans le cadre de leur mission de service public ». Cette définition associe donc un critère organique et un critère matériel, l'exécution d'une mission de service public, pour circonscrire la notion de document administratif. Cette association découle de l'ordonnance du 6 juin 2005. En effet, telle qu'elle résultait de sa rédaction originelle, qui n'avait pas été modifiée par la loi du 12 avril 2000<sup>229</sup>, la définition des documents administratifs reposait essentiellement sur un critère organique, sauf pour les personnes privées chargées de la gestion d'un service public qui voyaient leur document soumis au droit à la communication, dans l'hypothèse où ils étaient produits dans l'exercice d'une mission de service public. Le texte considérait comme documents administratifs, les documents qui émanaient de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit privés chargés de la gestion d'un service public. La forme grammaticale retenue pour la rédaction de l'article 1<sup>er</sup> par l'ordonnance du 6 juin 2005 et sa comparaison avec la version du texte qui l'a précédé, laisse supposer que, désormais, les documents administratifs sont élaborés ou détenus par les personnes publiques ou privées qu'elle énumère exclusivement dans le cadre de leur mission de service public. En conséquence, on pourra définir l'information publique comme le contenu des documents produits par les collectivités publiques et les personnes de droit privé visées par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978, à l'occasion d'une mission de service public. On retrouve ici l'association des critères organiques et matériels qui caractérisait la définition des « *données publiques* ».

**105. Origine et portée de la référence aux « missions de service public ».** - Toutefois, l'adjonction d'un critère matériel dans la définition du document administratif n'a pas l'origine que l'on croit. Ce n'est pas pour préciser la notion d'information publique ou

229. Loi du 12 avril 2000, *relative à l'amélioration des rapports entre l'administration et le citoyen*, préc.

tenir compte des diverses acceptions qui avaient été attribuées à la locution de « données publiques » qu'elle a été retenue<sup>230</sup>. Autrement dit, ce n'est pas une précision qui est en rapport direct avec la transposition de la directive. En fait, c'est pour prendre en compte la jurisprudence du Conseil d'Etat que la définition du document administratif s'est agrémentée de la considération des circonstances de la production des documents<sup>231</sup>. Le rapport au Président de la République précédant le texte de l'ordonnance du 6 juin 2005, précise bien que « l'ajout de la mention selon laquelle sont communicables les seuls documents élaborés ou détenus dans le cadre de la mission de service public correspond à l'état actuel de la jurisprudence administrative »<sup>232</sup>. La présentation de cette jurisprudence permettra donc de déterminer, du moins en partie, l'intérêt de cette adjonction et ses éventuelles conséquences sur l'étendue de la mission de service public qui ouvre droit à la communication des documents.

**106. La jurisprudence restrictive du Conseil d'Etat.** - La doctrine de la CADA aux débuts de l'application de la loi du 17 juillet 1978 était claire. Le texte de la loi n'impliquait pas, pour se prononcer sur le droit à la communication, que l'on divisât les documents selon la nature du droit applicable. Tant que le document émanait de l'un des organismes fixés par la loi, indépendamment du caractère de la mission de service public ou de la nature des rapports juridiques qu'il révélait, il était communicable. Le deuxième rapport de la CADA indiquait ainsi qu'« (E)n présence de certaines personnes de droit public, dont certaines activités sont régies par le droit privé, la Commission a estimé, comme le suggère d'ailleurs l'article 2 de la loi, que ces organismes étaient soumis de manière indivisible à l'obligation de communiquer. La seule exigence est que le document émane de ces personnes de droit public : la nature du droit applicable est sans influence »<sup>233</sup>. Le rapport suivant abondait en ce sens en disant que « tous les documents émanant des administrations ou collectivités énumérées à l'article 2 sont réputés administratifs »<sup>234</sup>. La CADA avait admis en conséquence qu'une collectivité locale devait communiquer au locataire d'un appartement domanial le

230. En commentant l'ordonnance du 6 juin 2005, M. BRUGUIERE remarquait que « l'information publique appréhendée semble être définie à partir d'un critère matériel : le service public. Autrement dit, l'information publique que représente l'ensemble des informations publiques produites dans le cadre du service public », (J-M. BRUGUIERE, « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.)

231. Quoique fortuite, la rencontre entre la précision apportée à la notion de document administratif par le législateur et la notion d'information publique contribue à affermir la définition de cette dernière notion.

313. Rapport au Président de la République relatif à 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, JO du 7 juin 2005, p. 10021.

233. Rapport d'activité de la Commission d'accès aux documents administratifs pour l'année 1980, La documentation française.

234. Rapport d'activité de la Commission d'accès aux documents administratifs pour l'année 1982, La documentation française.

dossier que ses services avaient constitué sur cette location, quoique la collectivité ait agi comme gestionnaire de son domaine privé et que des rapports de droit privé l'ait unie au locataire de son bien<sup>235</sup>. Une solution identique fut adoptée à propos de l'activité d'une entreprise publique dans ses rapports avec ses usagers<sup>236</sup>.

Le Conseil d'Etat va cependant venir censurer cette approche, pourtant conforme à la lettre de la loi du 17 juillet 1978. Alors que celle-ci ne distinguait pas selon que les documents fussent ou pas produits dans le cadre d'une mission de service public, la Haute juridiction a estimé que seuls les documents faisant naître une relation de droit public devaient être communiqués. Ainsi, dans l'affaire précitée relative à la gestion par une commune de son domaine privé, le Conseil d'Etat considéra que « les pièces relatives au contrat de droit commun passé entre un particulier et une collectivité publique propriétaire d'un immeuble faisant partie du domaine privé ne sont pas, par leur nature et leur objet, au nombre des documents qui, par application des articles 1<sup>er</sup> et 6 bis de la loi du 17 juillet 1978, doivent être communiqués sur la demande des personnes qu'ils concernent »<sup>237</sup>. Bien que cette différenciation ne soit pas toujours très facile à mettre en œuvre, le Conseil d'Etat, de manière constante, a distingué parmi les documents émanant des collectivités publiques visées par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1978, ceux produits dans l'exercice d'une mission de service public et donc soumis au droit de communication, et ceux qui, étant soumis au droit privé<sup>238</sup>, ne l'étaient pas<sup>239</sup>. C'est cette distinction, cette divisibilité, que l'ordonnance du 6 juin 2005 est venue consacrer.

En conséquence, seules les informations contenues dans les documents produits à l'occasion d'une mission de service public, au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat, pourront faire l'objet d'une réutilisation. On remarquera, que le caractère de la mission de service public en cause est indifférent à l'exercice du droit à la communication, celui-ci

235. CADA, avis du 16 avril 1980, *Amadou*, cité dans le rapport d'activité pour 1980, préc.

236. CADA, avis du 20 mai 1980, *Ablancourt*, cité dans le rapport d'activité pour 1980, préc.

237. CE, 26 juillet 1985, M. *Amadou*, Rec. p. 243. De la même manière, il considéra que le contrat de droit commun, entre une caisse de mutualité sociale agricole et l'un de ses agents, ne constituait pas un document communicable en considération de son objet et de sa nature. (CE, 24 janvier 1986, *Vinçot*, Rec. p. 536.). On peut encore signaler que les documents détenus par un organisme de droit privé, chargé d'une mission de service public, échappent au droit à la communication lorsqu'ils ne constituent pas des actes d'exécution du service public (CE, Sect. 6 juin 1986, *Ordre des avocats au barreau de Pontoise*, Rec. p. 159).

238. CHAPUS (R.), Droit administratif général, préc. « le caractère de document administratif (au sens de la loi) est refusé aux documents qui sont régis par le droit privé ; ensuite à ceux qui appartiennent à une procédure judiciaire ; à ceux qui appartiennent à une procédure poursuivie devant une juridiction administrative ; enfin, aux actes des assemblées parlementaires ».

239. La CADA a contesté la position de la Haute juridiction. Elle a fait notamment valoir la difficulté de mise en œuvre de cette jurisprudence. « L'application des arrêts du Conseil d'Etat, distinguant, contrairement à une position constante de la Commission, les documents établis par les organismes visés par la loi pour l'exécution d'un service public dont ils ont la charge, de ceux établis pour la gestion d'activités relevant du droit privé — les seconds échappant au droit d'accès — s'avère pratiquement très délicate. » (Rapport d'activité pour l'année 1988, la documentation française.)



s'exerçant à la fois sur les documents issus d'un service public administratif ou d'un service public industriel ou commercial. Les entreprises publiques ont ainsi toujours été soumises à l'application de la loi du 17 juillet 1978, pour autant que les documents ne relèvent pas d'activités privées<sup>240</sup>.

**107. La référence aux missions de service public et l'article 1er, §2, sous a) de la directive.** – La référence aux missions de service public par l'ordonnance du 6 juin 2005 ne visait donc ni la précision de la notion d'information publique, ni même la transposition des dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, §2, sous a) de la directive, laquelle avait précisément pour objet d'exclure du champ de la réutilisation les documents « dont la fourniture est une activité qui ne relève pas de la mission de service public dévolue aux organismes du secteur public concernés en vertu de la loi ou d'autres règles contraignantes en vigueur dans l'Etat membre ou, en l'absence de telles règles, en vertu de pratiques administratives courantes ». Il conviendra dès lors de dégager le sens de cette disposition de la directive, qui n'est pas très claire, avant d'envisager la compatibilité entre les dispositions de la loi et de la directive.

Quel est l'objet de cette disposition ? La directive veut-elle signifier par là que seuls les organismes publics pour lesquels la diffusion de l'information constitue une mission de service public sont soumis à sa régulation ? Elle exclurait ainsi tous les organismes qui produisent de l'information dans le cadre de leurs obligations de service public, mais qui ne la diffuseraient pas. Cette lecture aurait alors une toute autre ampleur que l'exclusion portée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 des documents qui ne sont pas produits dans le cadre d'une mission de service public. En effet, la formulation retenue par la directive semble exclure du champ de la réutilisation toutes les informations qui sont le moyen de l'action des organismes publics, et qui ne font pas l'objet d'une fourniture en vertu d'une mission de service public ou de pratiques administratives<sup>241</sup>.

En réalité, bien que cet article soit un peu ambigu, sa portée est plus restreinte que cela. La directive précise exactement, dans l'exposé des motifs, le sens qu'il faut attribuer à l'expression « d'activités ne relevant pas de la mission de service public »<sup>242</sup>. Celles-ci « incluent en règle générale la fourniture de documents qui sont produits et facturés uniquement à titre commercial et qui se trouvent en concurrence avec d'autres documents sur

240. MAISL (H.), *Les données publiques et le droit*, préc. p.89.

241. Cette disposition avait aussi suscité la perplexité de la doctrine. M. BRUGUIERE remarquait que « la ligne de partage, missions de service public, hors missions de service public peut se révéler redoutable si on ne lui donne pas le sens qu'il convient. Il ne s'agit pas en effet d'envisager l'ensemble de l'information produite par tous les opérateurs publics et, dans cet ensemble, de dissocier ce qui relève d'une mission de service public et ce qui n'en relève pas. Une telle répartition risque d'être fort difficile à mettre en œuvre quand on sait que la plupart du temps, les opérateurs publics entreprennent la diffusion de données sans le support d'aucun texte législatif ou réglementaire. » (J-M. BRUGUIERE, « Données publiques : le cadre imprécis du projet de directive du 5 juin 2002. », préc.)

242. Considérant n°9.

le marché ». Le texte visait seulement à écarter du champ de la réutilisation, les documents produits par les organismes du secteur public dans le cadre de leurs activités commerciales. Il ne s'agissait donc pas, comme la lecture de l'article 1<sup>er</sup> le laissait suggérer, d'opérer un *distinguo* en considération du fait que la fourniture des documents relevait ou pas d'une mission de service public. Cette lecture est d'ailleurs corroborée par l'exposé des motifs de la proposition de directive<sup>243</sup> qui était plus prolixe encore sur ce point. « Dans le cadre de l'utilisation des informations émanant du secteur public, les organismes publics peuvent utiliser les mêmes documents pour les activités relevant de leur mission de service public et pour des activités commerciales étrangères à cette mission. Il peut s'agir d'apporter de la valeur ajoutée à des informations collectées pour des clients particuliers ou d'élaborer des produits à valeur ajoutée destinés à un marché grand public et basés sur des informations initiales qu'ils ont recueillies dans le cadre de leur mission de service public (...). Si les informations de base, recueillies à l'aide de fonds publics par l'organisme concerné dans le cadre de sa mission de service public, doivent être librement accessibles en vue de leur réutilisation, il n'en va pas de même des produits et services d'information de nature commerciale élaborés à partir de ces informations ». Ainsi, très logiquement, le champ de la réutilisation ne recouvre pas les produits à valeur ajoutée réalisés par les organismes du secteur public.

Cette disposition n'a pas été explicitement transposée par l'ordonnance du 6 juin 2005, mais il n'était pas nécessaire que le législateur le fît. En effet, le rattachement du régime de la réutilisation et du régime de l'accès, ainsi que la définition de l'information publique comme contenu des documents administratifs, conduisent nécessairement à exclure du champ d'application de la loi les produits à valeur ajoutée élaborés par les organismes publics à destination du marché. L'information réutilisable étant celle contenue dans les documents administratifs, il devient impossible de concevoir qu'elle viserait des produits d'information à valeur ajoutée.

En résumé, l'exclusion des activités commerciales des organismes du secteur public du champ d'application de la directive ne recouvre pas la distinction jurisprudentielle consacrée par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1978. Cette dernière vise à exclure du champ de la communication, et donc de la réutilisation, les documents établis pour la gestion d'activités relevant du droit privé. Par conséquent, l'ordonnance du 6 juin 2005 ajoute à la transposition de la directive une distinction qu'elle ne connaissait pas. Toutefois, il n'est pas possible de dire que l'exclusion du champ de la réutilisation des informations contenues dans des documents relatifs à des activités soumises au droit privé soit contraire à l'objectif du texte communautaire. En effet, celui-ci n'imposait pas aux Etats membres une obligation de réutilisation des documents accessibles ; le législateur n'a donc fait qu'user de la liberté que la directive lui accordait.

---

243. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, préc.

En conclusion, au terme de la loi, le caractère public de l'information se rattache, en partie, à la notion de service public entendue d'un point de vue matériel ; en ce sens qu'est publique l'information produite par les organismes publics visés par la loi dans le cadre de leur mission de service public.

### *B. L'information publique, contenu d'un document administratif communicable ou diffusé*

**108. L'information diffusée comme information réutilisable.** - En disant que les informations contenues dans les documents administratifs non communicables au titre du chapitre 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 ne peuvent pas revêtir la qualification d'informations publiques, l'article 10 de ce texte ne fait qu'entériner le rapport de nécessité qu'il a établi entre le document administratif et l'information publique : l'impossibilité juridique d'accéder au premier empêche que les informations qu'il contient puissent être réutilisées au titre du chapitre II. On a déjà évoqué ce point précédemment. Toutefois, cet empêchement connaît une notable exception dans l'hypothèse où les documents administratifs se trouvent diffusés par l'organisme public. Lorsque cette circonstance est vérifiée, les informations communiquées revêtent en effet la qualification d'informations publiques, assujetties comme telles aux règles de réutilisation définies par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978. La CADA a ainsi pu affirmer qu'une information ne peut-être réutilisée, et donc être considérée comme une information publique, « que si elle figure sur un document auquel l'utilisateur a pu accéder, soit par la procédure prévue au chapitre 1<sup>er</sup> de la loi ou en vertu d'un des régimes particuliers, soit parce qu'il fait l'objet d'une diffusion publique »<sup>244</sup>.

C'est là une conséquence logique de l'interprétation qu'a pu faire la CADA de la diffusion publique, dont on a dit qu'elle constituait un mode alternatif de communication des documents administratifs pour les organismes publics et qui, si elle est jugée équivalente à la procédure d'accès, exclut l'application des procédures du chapitre 1<sup>er</sup> de la loi. En effet, dans ce cas, la communicabilité, l'accessibilité, des documents persiste, mais elle emprunte une autre voie que les procédures du chapitre 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978. Il fallait donc au législateur considérer que le régime de réutilisation s'appliquait aussi aux informations ou aux documents qui sont diffusés par l'administration. Cette disposition est d'ailleurs fort bienvenue puisque un grand nombre de bases de données publiques, parmi les plus importantes, font effectivement l'objet d'une diffusion publique au sens de la loi. Aussi bien, par le truchement de la diffusion, ce sont, notamment, l'ensemble des données diffusées par les principaux organismes producteurs de données publiques qui pourra être soumis aux

244. CADA rapport d'activité pour l'année 2005, p 57

dispositions relatives à la réutilisation. C'est donc, au détour de la diffusion, que la réutilisation des grandes bases de données publiques pourra se réaliser. En ce sens, le fait que ces informations fassent l'objet d'une commercialisation, d'une diffusion payante, ne change rien à l'analyse ; la CADA l'a maintes fois répété. Elle a affirmé, dans une demande de conseil relative à la mise à disposition à titre commercial d'informations géographiques, que « font l'objet d'une diffusion publique et ne sont dès lors pas soumises aux conditions fixées par le chapitre 1<sup>er</sup> de cette loi, non seulement les données qui font l'objet d'une publication officielle telle que la parution au JO ou une mise sur un site Internet dans des conditions d'accessibilité aisée, mais encore celles qui font l'objet d'une commercialisation à un prix raisonnable, comme les cartes de l'IGN, le fichier SIRENE, le registre des sociétés tenu par les greffes des tribunaux de commerce ou encore les normes AFNOR »<sup>245</sup>. De la même manière, s'agissant cette fois d'informations non commercialisées mais diffusées sur le site Internet d'une administration, elle a dit « qu'il résulte de ces dispositions que la circonstance que des informations fassent l'objet d'une diffusion publique au sens de l'article 2 de cette loi, via le site Internet du rectorat, n'est en aucun cas de nature à faire obstacle à l'exercice par toute personne qui le souhaite, du droit de réutilisation. Elle considère au contraire, au regard de ces dispositions, que les résultats d'examens cités, dès lors qu'ils font l'objet d'une diffusion publique, constituent des informations publiques au sens de l'article 10. Il figurent en effet dans des documents administratifs élaborés par le ministère de l'éducation nationale »<sup>246</sup>.

**109.** - Au terme de cette analyse, l'information publique peut se définir comme le contenu (informationnel) des documents administratifs communicables ou diffusés. Ce qui signifie d'une manière très générale que les documents administratifs ou les informations qui ne sont pas communicables ni diffusés ne peuvent pas faire l'objet de réutilisation. Cependant le législateur ne s'est pas contenté de caler le champ d'application du droit de réutilisation sur celui de l'accès et sur la notion de documents, car il a mis en place des exceptions propres à la réutilisation même, c'est-à-dire que certaines des informations contenues dans des documents administratifs pourtant communicables ou diffusés ne sont pas réutilisables.

## §2 - Les informations exclues du champ d'application de la loi

**110.** - En dehors de l'exclusion des informations contenues dans les documents produits à l'occasion d'un service public à caractère industriel et commercial (§1), l'article 2 §2 de la loi du 17 juillet 1978 admet, de manière assez hétéroclite (mais il ne fait ici que suivre

245. CADA, conseil n°20070034, du 5 avril 2007, *Président de la communauté urbaine Marseille Provence Métropole*

246. CADA, avis, société France examen, précité

la directive ou les contours du champ d'application du droit d'accès aux documents administratifs), trois autres types d'exclusion, dont il conviendra de déterminer le contenu et d'apprécier la portée : les informations contenues dans les documents sur lesquels les tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle (§2), et les informations contenues dans les documents dont la communication ne constitue pas un droit en application du chapitre 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 (§3). Enfin, sans pouvoir vraiment déterminer son extension, on signalera la présence d'une exclusion générique : celle des informations contenues dans des documents dont la communication, qui échappe aux règles de la loi du 17 juillet 1978, est soumise à des règles spéciales (§4).

*A - L'information contenue dans les documents élaborés ou produits dans le cadre d'un service public à caractère industriel ou commercial*

**111. Une exclusion inédite.** – L'article 10, alinéa 2, sous b) de la loi du 17 juillet 1978 exclut expressément du champ de la réutilisation les informations contenues dans les documents « élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1er dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel et commercial ». Pour la loi, il ne s'agit pas d'informations publiques. C'est une exclusion importante, elle concerne potentiellement tous les organismes publics qui sont soumis à la loi du 17 juillet 1978 et notamment ceux qui commercialisent des données publiques. La loi se situe ainsi en deçà des projets qui l'ont précédée ou des textes qui avaient commencé à réguler le secteur. En effet, ni la circulaire du 14 février 1994<sup>247</sup> – qui écartait seulement les établissements publics à caractère industriel et commercial – ni la circulaire du 20 mars 1998<sup>248</sup>, ou encore le projet de loi sur la société de l'information<sup>249</sup>, ne venaient limiter le champ des données commercialisables à raison du caractère industriel ou commercial du service public géré.

La doctrine, elle non plus, n'a jamais proposé une telle distinction<sup>250</sup>. Les définitions dont nous avons fait état entendaient la mission de service public sans jamais la différencier

247. Circulaire du 14 février 1994, relative à la diffusion des données publiques, préc.

248. Circulaire du 20 mars 1998, *relative à l'activité éditoriale de l'administration et des établissements publics de l'Etat*, préc.

249. Projet de loi sur la société de l'information, *préc.*

250. M. Bruguière notait, à propos du choix du législateur, que « l'on ne comprend pas pourquoi celles (les données) qui résultent d'un service public à caractère industriel ou commercial devraient être exclues. En tout état de cause, l'ordonnance semble ici en contradiction avec la directive du 17 novembre 2003 et il faudra peut-être expliquer un jour ce choix aux autorités communautaires », *préc.*

selon son caractère administratif ou industriel et commercial. De plus, il convient d'observer que la définition du document administratif est indépendante du caractère de la mission de service public qui a permis son élaboration. Aussi, un document produit dans le cadre d'un service public à caractère industriel et commercial sera communicable, mais l'information qu'il comporte, pour son exploitation, ne sera pas soumise au régime défini par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978. Outre que cette solution posera de délicats problèmes au sein des activités des administrations visées par la loi pour savoir ceux des documents qui sont élaborés lors d'une mission de service public à caractère administratif ou pas<sup>251</sup>, c'est la compatibilité même de cette exclusion avec les dispositions de directive et son éventuelle justification qui se trouve posée. Aussi, nous chercherons, mais la tâche est ardue en raison de l'indigence des sources d'interprétation disponibles, à savoir pour quelles raisons le législateur (B) a exclu les informations produites à l'occasion d'une mission de service public à caractère industriel et commercial du champ de la réutilisation. Le fondement juridique de l'exclusion est en revanche plus simple à dégager (A).

## 1. Le fondement de l'exclusion

**112. La définition des organismes publics et les activités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.** - Une première explication repose sur la définition des « organismes de droit public ». Pour définir cette locution, la directive s'appuie sur les dispositions relatives à la discipline communautaire applicable aux marchés publics. On rappellera qu'au terme de l'article 2, § 2 de la directive, il faut entendre par « organisme de droit public »<sup>252</sup>, un organisme qui a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, doté de la personnalité juridique et dépendant étroitement de l'Etat, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. La question qui se pose alors est de savoir si la première

---

251. v. *infra*.

252. L'approche de la directive est donc plus organique que matérielle : les documents du secteur public sont ceux qui sont produits par les organismes du secteur public et par les organismes de droit public. Une telle approche, pour la Commission, était tout à fait nécessaire compte tenu des variations de la notion de service public au sein des Etats de l'Union. Il eut été difficile de donner une définition des documents du secteur public reposant sur un ou des critères matériels, alors même qu'il n'existe pas de conception univoque du service public ou des notions qui, dans les différents Etats de l'Union, pourrait lui être rapprochée. A cet égard, il était préférable de s'appuyer sur des notions déjà largement éprouvées dans le domaine des marchés publics et qui ont, au demeurant, été précisées par la jurisprudence de la Cour de justice. En outre, une telle définition ne préjugait en rien des transpositions nationales qui, selon les principes fixés par le texte communautaire, devaient s'appuyer sur les régimes d'accès aux documents administratifs existants. Ainsi, la directive appréhendait de manière très vaste les documents du secteur public laissant par là même une grande marge de manœuvre aux Etats lors de la transposition.

condition relative aux « *besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial* » a pu constituer le fondement juridique exact de l'exclusion du champ d'application de la réutilisation des informations produites dans le cadre d'un service public à caractère industriel et commercial. La réponse à cette question est négative ; à l'appui de cette affirmation, on avancera trois éléments.

En premier lieu, la considération du caractère autre qu'industriel et commercial de l'activité de l'organisme en cause n'intervient pas pour définir ou préciser le champ d'application matériel de la directive, mais plutôt son champ d'application organique, en identifiant précisément les organismes de droit public. Autrement dit, la considération de la nature des besoins satisfaits intervient seulement pour déterminer si un organisme peut recevoir la qualification « d'organisme de droit public ». En effet, la définition que donne la directive de l'organisme de droit public permet de saisir les données publiques, non pas à travers le caractère des activités à l'occasion desquelles elles ont été produites, mais en raison de la qualité de l'organisme qui les a élaborées ou qui les détient. En conséquence, il ne nous semble pas possible d'interpréter une condition nécessaire à la qualification d'organisme de droit public pour essayer de délimiter le champ d'application matériel de la directive. Il est vrai, cependant, que le critère matériel – le caractère industriel ou commercial du besoin satisfait – et le critère organique peuvent se conjuguer pour exclure les organismes qui ne pourraient pas revêtir la qualification « d'organismes de droit public » du champ d'application de la directive.

En second lieu, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que le critère des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel, et son pendant, les besoins ayant un caractère industriel et commercial, ne correspondent pas à la distinction traditionnelle entre SPIC et SPA<sup>253</sup>.

Un troisième argument peut être avancé pour confirmer que le législateur n'a pas entendu exclure du champ de la réutilisation les informations produites dans le cadre d'une mission de service public industriel ou commercial, en considération de la condition figurant à l'alinéa 2 du deuxième article de la directive. A la lecture de l'exclusion telle qu'elle est rédigée à l'article 10 alinéa second, on peut observer que ce sont les « administrations mentionnées à l'alinéa 1<sup>er</sup> », dont les informations produites dans le cadre d'une mission de service public à caractère industriel et commercial, qui sont exclues du champ d'application de la loi. Sans définir plus en avant le terme d'« administration », ce sont donc les productions informationnelles de l'Etat et des collectivités locales qui sont écartées du champ d'application de la directive lorsqu'elles sont réalisées à l'occasion d'une mission de service public à caractère industriel. Or, jamais la directive n'a entendu les écarter du fait du caractère de la mission qui présidait à leur production. La généralité de l'exclusion retenue par le législateur est tout à fait étrangère au champ d'application retenu par la directive. Si les

253. MARAIS (du) (B.), *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 187.

« organismes de droit public » se définissent à travers la finalité de leur mission, qui peut être autre qu'industrielle ou commerciale, tel n'est pas le cas de l'Etat ou des collectivités territoriales, qui sont appréhendés indépendamment de la finalité ou du caractère des missions qu'ils poursuivent. La directive est applicable à tous les organismes du secteur public sauf quand elle prévoit des exceptions. Or, nous semble-t-il, du moins concernant l'Etat et les collectivités locales, aucune dérogation n'est prévue, selon la nature de la mission exercée par l'organisme du secteur public.

En conclusion, la directive n'opère pas de discrimination entre les données à raison du caractère de la mission qui a permis leur production<sup>254</sup>. Tout au plus limite-t-elle son champ d'application aux organismes de droit public, c'est-à-dire aux organismes qui ont été spécifiquement créés pour exercer une activité qui a un but autre qu'industriel ou commercial. Mais cette définition permet encore de saisir l'information publique en fonction de l'organisme qui les produit, et non pas du domaine dans lequel elles ont été produites. Aussi, juridiquement, il nous semble qu'il n'était pas possible de fonder l'exclusion des informations produites, dans le cadre d'une mission de service public à caractère industriel et commercial, sur la seule considération de la définition de l'organisme de droit public.

**113. La liberté d'autoriser la réutilisation.** - Peut-on dire alors que la loi se trouve en contradiction avec la directive 2003/98/CE<sup>255</sup> ? Il convient de rappeler que la directive ne contenait aucune obligation d'autoriser la réutilisation des documents. Le texte communautaire précise en effet que « la décision d'autoriser ou non la réutilisation est laissée à l'appréciation des Etats membres ou de l'organisme du secteur public concerné »<sup>256</sup>. Or, le champ d'application de la directive ne pouvait être impératif lorsque, par ailleurs, son texte laissait les Etats libres d'autoriser la réutilisation des documents. Aussi, il faut considérer que le champ d'application défini par la directive était seulement indicatif. Ainsi que le souligne le rapport au Président de la République précédant le texte de l'ordonnance, « la directive

254. « La directive emploie un vocabulaire communautaire qui n'est pas habituel en droit français. Le secteur public y est défini de telle sorte qu'il englobe, naturellement, l'Etat et les collectivités territoriales, mais aussi ce que la directive réutilisation appelle, en reprenant le vocabulaire communautaire, les « organismes de droit public ». Cette notion n'a pas de correspondance directe en droit français. Les organismes publics au sens communautaire peuvent être des personnes morales qualifiées en droit interne de personnes de droit privé. Une société locale d'économie mixte peut ainsi être considérée comme un organisme de droit public, si elle répond par ailleurs aux critères définis par les directives communautaires (...). Ce qui est clair, c'est qu'on ne peut pas assimiler les organismes de droit public au sens communautaire et les services publics administratifs de droit français, pas plus que l'on peut considérer que les établissements publics en droit interne « industriels et commerciaux » sont nécessairement hors du champ des organismes de droit public au sens communautaire. De nombreux EPIC sont créés spécifiquement en vue d'exercer un service d'intérêt général autre qu'industriel et commercial. Ils seront dans le champ de la réutilisation. » (J-Y. CHEROT, intervention lors du séminaire organisé par le groupe inter-associations [ACSEL-AFGIEO-GESTE-FIGEC-GFII-SPDG] « diffusion des données publiques », Paris, 19 novembre 2004).

255. TABAKA (B.), « De l'accès à la réutilisation : Le nouveau régime applicable aux données publiques », préc.

256. Considérant n°9



2003/98 (...) laisse les Etats membres libres de choisir le champ à l'intérieur duquel le régime de la réutilisation s'applique »<sup>257</sup>. Or, quoiqu'elle dût être correcte, l'administration française a toujours eu l'intention de faire une transposition minimale du texte communautaire<sup>258</sup>. Par conséquent, juridiquement, il est possible de rattacher l'exclusion des informations produites dans le cadre d'une mission de service public à caractère industriel et commercial, au caractère peu contraignant de la directive et, surtout, à la liberté laissée aux Etats membres d'autoriser la réutilisation. Dès lors, l'exclusion des informations produites dans le cadre d'un service industriel ou commercial ne nous semble pas contraire aux dispositions de la directive<sup>259</sup>.

## 2. Les raisons supposées de l'exclusion

**114. Absence de justifications.** - On peut s'interroger sur les raisons qui ont présidé à ce choix. Cette interrogation, en raison de la pauvreté des sources d'interprétations, sera cependant essentiellement fondée sur des conjectures. En effet, rien dans l'ordonnance du 6 juin 2005 ou dans le rapport la précédant, ne permet d'avoir une indication sur les motivations qui ont conduit le législateur à écarter du champ d'application de la loi, les informations produites par l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs organismes de droit public dans l'exercice d'une mission de service public industriel ou commercial.

**115. Différence de nature.** - Pourquoi exclure ce type d'information ? Est-ce en raison des caractères de l'information ? Serait-elle d'une nature différente en fonction du contexte de sa production ? La réponse à cette question est nécessairement négative. Qu'elle soit produite dans le cadre d'un service public à caractère industriel ou commercial, ou d'un service public à caractère administratif, cela ne modifie en aucune manière les caractéristiques de l'information publique. Elle sera toujours exhaustive et actuelle car les principes, qui commandent l'action du service public, lui confèrent ses traits distinctifs. Du point de vue du droit de la concurrence ou du droit économique, les difficultés posées par la commercialisation des données publiques ne changent pas de nature à raison du service

257. Rapport au Président de la République relatif à 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, préc.

258. DE SALINS (C.), « CADA un changement de culture », intervention à la journée d'étude organisée par le groupe inter-association « Diffusion des données publiques » citée par M. BATTISTI « Diffusion et réutilisation des données publiques : un nouveau marché à haut potentiel », Documentaliste sciences de l'information n° 1, 2006.

259. On notera que dans d'autres Etats de l'Union, qui connaissent la notion de service public, cette distinction n'a pas été adoptée. Ainsi, en Italie, le decreto legislativo du 24 janvier 2006 (préc.) procède à une transposition « brute » de la directive concernant la notion d'organismes de droit public ou d'organismes du secteur public, ce qui en facilite l'interprétation.

public géré. C'est toujours le contexte de la production, souvent monopolistique, des données publiques, qui empêche son accessibilité.

**116. Régimes juridiques distincts.** - Puisque l'information produite lors d'une mission de service public à caractère industriel et commercial ne diffère pas fondamentalement de celle élaborée lors de la gestion d'un service public administratif, l'exclusion introduite par l'ordonnance du 6 juin 2005 doit prendre sa source dans les régimes juridiques du SPIC et du SPA ; plus précisément, dans les conditions de production de l'information au sein d'un SPIC. Celles-ci doivent être d'une nature telle, qu'elles peuvent justifier un régime de réutilisation distinct de celui élaboré par la directive et adopté par la loi.

Si l'on regarde alors du côté des différences, telles qu'elles ont été mises en avant par le juge administratif<sup>260</sup>, les SPIC se distinguent des SPA, principalement, en raison de leur mode de financement et de leur mode d'organisation, voire aussi de l'objet de leur activité. Le financement du SPIC est très proche de celui d'une entreprise privée puisque, pour l'essentiel, ses ressources sont tirées de la vente des productions sur le marché et, de manière plus marginale, de ressources budgétaires. Il en va de même pour l'objet de l'activité, même si ce critère est moins objectif que le précédent, puisque l'activité doit être au nombre de celles qui peuvent être accomplies par une entreprise privée. Si l'on met de côté le critère du mode d'organisation qui est assez peu pertinent relativement à des missions de service public à caractère industriel ou commercial, qui prennent corps au sein de l'Etat ou de collectivités locales, voire d'établissements publics à caractère administratif, il convient d'insister sur le critère du financement. A l'instar de la définition des données publiques introduite par la circulaire du 14 février 1994<sup>261</sup>, qui ajoutait au critère matériel du service public un critère relatif à l'origine des fonds, le fait que les services publics administratifs soient principalement financés sur fonds publics n'a-t-il pas déterminé cette exclusion ? En d'autres termes, l'origine du financement a-t-elle pu justifier le choix du législateur ? Nous ne le pensons pas et ce pour deux raisons. En premier lieu, la directive a mis en place des dispositions en matière tarifaire qui sont assez accueillantes, pour prendre en compte des variations dans l'origine du financement, et qui permettent donc de prendre en compte les conditions de financement des services publics industriels ou commerciaux. Mais, plus

260. C'est l'arrêt du Conseil d'Etat, *Union syndicale des industries aéronautiques* (CE, Ass., 16 novembre 1956, Rec. p. 434) qui a dégagé les critères d'identification du SPIC. Ils sont au nombre de trois : l'objet de l'activité, l'origine des ressources et le mode de fonctionnement. De telle sorte que sera reconnu comme industriel et commercial l'activité du service, qui de ces trois points de vue ressemble à celle d'une entreprise privée. Toutefois, parmi ces trois critères, celui du financement est le plus objectif. V. en ce sens. R. CHAPUS, droit administratif général, préc.

261. La circulaire de 1994 écartait de son champ d'application les établissements publics à caractère industriel ou commercial. Le texte s'en expliquait ainsi : « La présente circulaire exclut de son champ d'application les établissements publics à caractère industriel ou commercial compte tenu des caractéristiques propres à leur régime juridique ».

fondamentalement, l'origine du financement, aujourd'hui, caractérise de moins en moins la situation des SPIC et des SPA, qui, de fait, se rapprochent. Notamment dans le domaine de la production et de la diffusion de l'information, de nombreux organismes du secteur public comptent sur les recettes perçues à l'occasion de la fourniture de l'information ou la diffusion de produits informationnels pour équilibrer leur budget ou trouver une source complémentaire de revenus<sup>262</sup>. En d'autres termes, les SPA ne sont pas toujours financés uniquement par l'impôt, sur fonds publics. Dès lors, il devient difficile de fonder sur le critère du financement l'exclusion voulue par le législateur des informations produites dans le cadre d'un SPIC. En tenant compte uniquement du critère du financement, il serait impossible de déterminer le caractère du service public géré par l'Institut géographique national ainsi que le régime juridique de ses productions informationnelles au regard de la loi du 17 juillet 1978, puisque près de la moitié de son budget est issu de redevances perçues notamment à l'occasion de la mise à disposition ou de la distribution de ses productions informationnelles. Que faudra-t-il dire, que certaines données relèvent du SPIC et d'autres d'un SPA ? Quant à l'objet de l'activité, on ne voit pas en quoi il gouvernerait la distinction établie par le législateur alors que les documents produits dans l'exercice d'un SPIC sont communicables au titre du droit d'accès aux documents administratifs.

Peut-être que le législateur a considéré que les SPIC, dans le droit fil de l'argument précédant, ont une plus grande aptitude commerciale que les SPA et que leur régime juridique leur permet de plus facilement transmettre leur données (mais aussi intervenir sur le marché). Et encore, mais c'est une dernière et improbable hypothèse, le législateur a-t-il voulu, à travers l'exclusion des informations produites dans le cadre d'une activité de service public à caractère industriel et commercial, écarter du champ d'application de la loi, d'une manière certaine, les établissements publics à caractère industriel ou commercial qui se trouvent visés par la notion d'organismes de droit public. Car leur production informationnelle, en tout cas celle qui intéresse directement le marché, a peu à voir avec la législation sur l'accès aux documents qui reçoit le régime de la réutilisation de l'information. Mais, comme nous l'avons dit, cette législation admet elle-même la communication des documents produits à l'occasion d'un service public à caractère industriel et commercial.

En l'absence de justifications vraiment pertinentes, il ne reste plus qu'à dire que le législateur a exclu les informations élaborées lors d'un service public à caractère industriel et commercial du champ de la réutilisation, parce qu'il ne souhaitait pas les voir soumises à ce régime juridique. Ce faisant, ce sont potentiellement d'importantes sources d'informations publiques qui ne seront pas régies par la loi. L'exploitation de ces données, sauf si elles ne sont pas régies par un texte spécial, comme c'est le cas de l'annuaire téléphonique par

---

262. DE SALINS (C.), « CADA un changement de culture », préc. v. aussi, pour une présentation plus générale de cette problématique, MARAIS (du) (B.), *Droit public de la régulation économique*, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2004, spéc. p. 126.

exemple, dépendra du bon vouloir de l'administration. Le droit de réutilisation ne joue donc que pour les informations publiques des services publics à caractère administratif.

### 3. La portée de l'exclusion

**117. Difficultés d'application.** - En dehors de ces conjectures, il faut aussi souligner la principale conséquence de l'exclusion du champ d'application de la réutilisation des informations produites à l'occasion de l'exécution d'un service public à caractère industriel et commercial. Pour déterminer si l'information relève bien du régime institué par la loi du 17 juillet 1978, il faudra rechercher si l'activité de production, de collecte ou de diffusion de l'information, relève d'un SPIC ou d'un SPA. C'est un problème de droit administratif classique, au demeurant difficile, qui se résout normalement par l'application des critères jurisprudentiels précédemment cités, mais qui conduira dans la pratique à ce que la réutilisation des informations élaborées ou détenues par un même organisme du secteur public soit soumise à deux régimes juridiques différents : le régime fixé par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978, pour celles des informations produites pour l'exécution d'un SPA ; et le régime fondé sur le jeu des contrats et la pratique, pour celles des informations qui sont produites à l'occasion d'un SPIC. Ce qui évidemment n'est pas vraiment conforme à l'objet de la directive qui entendait clarifier et faciliter la réutilisation des informations du secteur public. Il faudra déterminer, en effet, cas par cas, le caractère du service public géré pour établir le régime juridique de l'exploitation de l'information.

Ensuite, il convient de remarquer une ambiguïté qui pourrait avoir des conséquences bien plus importantes en terme de faculté de réutilisation des contenus du secteur public. En effet, l'article 10 al. 2 sous c) dit qu'il écarte du champ de la régulation législative les documents « élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1er dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel et commercial ». C'est l'interprétation de l'alternative, que la loi établit entre les documents élaborés et les documents détenus, qui peut poser des difficultés. Qu'est-ce à dire au juste? On comprend bien que les documents "élaborés" sont conçus dans le cadre de l'exercice d'un service public à caractère industriel et commercial. Cette lecture ne vaut cependant pas pour les documents qui sont "détenus" dans le cadre d'une mission de service public à caractère industriel et commercial. Par définition, ils pourraient avoir été conçus à l'occasion d'une mission de service public administratif et être utilisés dans le cadre d'une mission de service public à caractère industriel et commercial. Or, nombre de données publiques intéressant le marché sont élaborées par les organismes publics dans le cadre d'un service public administratif, cependant que, dans le même temps, elles sont utilisées dans le cadre d'un service public industriel et commercial. Ainsi, l'alternative entre la détention et la création des données

pourrait conduire à mettre en échec l'application du régime législatif pour des informations publiques simplement parce que les documents seraient détenus pour les besoins d'un SPIC.

**118.** - En conclusion, au sens de la loi du 17 juillet 1978, on peut définir l'information publique comme le contenu de document administratif, pour autant qu'il résulte d'une activité de service public à caractère administratif. Dès lors, le principe d'accès, le droit de réutilisation aux informations du secteur public se trouve donc limité, assez fortement, par cette distinction. Qu'en sera-t-il des importants fichiers détenus par les entreprises publiques ou les gestionnaires d'un service public ? On se retrouve reporté à la situation qui a précédé l'adoption de la loi, l'accès, et le régime juridique de la commercialisation de leurs données était gouvernée – sauf texte spécial – par l'application des législations générales qui, jusqu'à l'adoption de la loi, avait régi la pratique de la commercialisation des données publiques. La définition de l'objet de la régulation législative contribue ainsi à relativiser la portée de la consécration d'un droit à la réutilisation. En dehors du fait que les organismes publics produisant des données dans le cadre d'un SPIC n'auront aucune obligation d'autoriser la réutilisation, l'adoption de ce critère assez formel est porteur d'ambiguïté dans le cas où les services publics auraient prolongé leur activité sur le marché.

### ***B - Les informations contenues dans les documents sur lesquels les tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle***

**119. Justifications.** - L'article 10 alinéa 2 sous c) de la loi du 17 juillet 1978, conformément aux dispositions de la directive 2003/98/CE<sup>263</sup>, exclut du champ d'application de la réutilisation, les informations contenues dans des documents « sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ». La mise à l'écart des informations publiques grevées par des droits de propriété intellectuelle n'appartenant pas aux organismes publics n'est pas vraiment explicitée par la loi ou même la directive. On comprend néanmoins que le texte communautaire, eu égard à son objet, n'avait pas vocation à mettre en place des mesures précisément destinées à permettre l'accès à des contenus informationnels protégés par des droits dont l'administration n'est pas elle-même titulaire. Autrement dit, le régime de la réutilisation et le droit de réutilisation n'affecte en aucune manière l'existence ou l'exercice

263. L'article 1er, §2, sous b) de la directive 2003/98 prévoit en effet que la présente directive ne s'applique pas « aux documents dont les tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ». L'information contenue dans ces documents ne sera pas communicable au titre de la loi, mais elle peut par ailleurs être appréhendée par le droit de la concurrence ou faire l'objet d'une mise à disposition par la voie contractuelle qui ne tiendrait pas compte des prescriptions législatives.

de ces droits par leur titulaire, l'exploitation d'un tel document passant par une autorisation délivrée par le titulaire des droits en cause<sup>264</sup>.

L'étude de cette exclusion suppose d'abord que l'on identifie les droits de propriété intellectuelle concernés par l'exception (A), puis les personnes, ou au moins les grandes catégories de tiers, qui sont susceptibles de détenir des droits de propriété intellectuelle (B).

## 1. Les droits de propriété intellectuelle concernés par l'exception

**120. Droit d'auteur et droits voisins du droit d'auteur.** - Les droits de propriété intellectuelle visés par le texte de la loi sont normalement ceux qui peuvent porter sur les documents administratifs, tels qu'ils sont définis par la loi ou la directive. Il s'agit, pour l'essentiel, de droits d'auteur et de droits voisins au droit d'auteur tel que le droit du producteur des bases de données. Le considérant 22 de la directive 2003/98 précisait ainsi que « pour éviter tout malentendu, les termes de « droit de propriété intellectuelle » se réfèrent uniquement aux droits d'auteur et aux droits voisins (incluant les formes de production sui generis). La présente directive n'est pas applicable aux documents visés par les droits de propriété industrielle, comme les brevets, dessins déposés et les marques déposées ».

264. Cette exclusion signifie seulement que les documents grevés par de tels droits échapperont au champ d'application de la réutilisation, mais pas forcément à toute possibilité d'exploitation. En effet, de tels documents demeurent communicables au titre du droit d'accès aux documents administratifs. Même si l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que la communication des documents administratifs se fait sous réserve de droits de propriété intellectuelle, « cette dernière disposition n'a toutefois ni pour objet, ni pour effet d'empêcher ou de restreindre cette communication. Elle se borne, en rappelant les règles posées par le code de la propriété intellectuelle qui a autorisé l'usage privé d'un oeuvre de l'esprit mais réprime l'utilisation collective qui pourrait en être faite, à limiter l'usage ultérieur, que le demandeur, après communication, voudrait faire des documents » (CADA, Conseil n°20065534 du 21 décembre 2006, *Préfet maritime de l'atlantique*). Il ne nous semble donc pas — on l'a soutenu — que le législateur ait eu l'intention de prohiber la communication de cette information. C'est seulement l'exploitation des documents ou des ensembles informationnels couverts par des droits de propriété intellectuelle qui échappe à la régulation législative. Elle pourra être appréhendée par le droit de la concurrence ou simplement par le droit de la propriété intellectuelle. Il faut aussi signaler une mesure qui a été insérée lors de la transposition et qui est destinée à faciliter l'exploitation des documents communicables sur le fondement du chapitre I de la loi du 17 juillet 1978, mais non réutilisables parce que couverts par un droit de propriété intellectuelle appartenant à un tiers. Il s'agit de l'article 25 de la loi qui oblige l'administration détentrice du document grevé par un droit de propriété intellectuelle appartenant à des tiers d'indiquer, à la personne qui souhaite l'exploiter, l'identité de la personne physique ou morale titulaire du droit : « lorsqu'un tiers est titulaire de droits de propriété intellectuelle portant sur un document sur lequel figure une information publique, l'administration qui a concouru à l'élaboration de l'information ou qui la détient indique à la personne qui demande à le réutiliser l'identité de la personne physique ou morale titulaire de ces droits ou, si celle-ci n'est pas connue, l'identité de la personne auprès de laquelle l'information en cause a été obtenue ». Cette disposition est précisément destinée à rapprocher le bénéficiaire d'un document communicable qui désirerait exploiter les informations qu'il contient alors même qu'elles sont grevées par un droit de propriété intellectuelle appartenant à un tiers.

## 2. Les tiers concernés par l'exception

**121.** Pour déterminer les catégories de tiers visés par la loi, on s'appuiera sur la proposition de directive qui précisait que « les droits de propriété intellectuelle que les tiers pourraient avoir sur l'information détenue par les organismes du secteur public ne sont pas concernés par les mesures proposées. Il arrive souvent que les services ou produits d'information ont été développés par le secteur public en association avec des partenaires du secteur privé ou, dans d'autres cas, que les droits de propriété intellectuelle appartiennent au personnel des organismes du secteur public. Les mesures proposées sont sans effet sur les droits de ces tiers »<sup>265</sup>. Deux catégories de tiers sont donc concernées par cette exclusion, les agents publics d'une part (1), et les entreprises du secteur privé ou les personnes physiques qui auraient concouru à l'élaboration de certains documents<sup>266</sup>, d'autre part (2). Dès lors, il convient d'étudier ces deux cas de figure.

### *a. Les agents publics*

**122. Une exclusion de faible portée.** - L'exclusion du champ d'application de la loi des documents grevés par un droit d'auteur appartenant à un agent public a une portée restreinte, compte tenu des conditions d'attribution de tels droits au sein des collectivités publiques<sup>267</sup>. En effet, l'agent est rarement un tiers détenteur d'un droit de propriété intellectuelle sur les documents administratifs. Le plus souvent, l'élaboration du document (au sens de la loi) au sein des organismes du secteur public se fera dans les conditions de l'œuvre collective. De sorte que la personne publique sera investie de l'ensemble des prérogatives qui ressortissent des droits en cause, et qu'il ne sera par conséquent pas possible d'assimiler l'agent public à un tiers au sens de ces dispositions. Il en va de même pour le droit des bases de données - qui pourrait connaître un champ d'application plus important que l'œuvre collective car les données réutilisables ne donnent prise que rarement au droit

265. Proposition de directive du 5 juin 2002, du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation des documents du secteur public, COM (2002)207, préc. Il faut aussi noter que le considérant n°22 du texte final de la directive indique seulement que « la présente directive n'affecte pas les droits de propriété intellectuelle détenus par les tiers ».

266. Contrairement à l'exposé des motifs contenu dans la proposition de directive, qui évoque les « produits ou services d'information », la directive et la loi ont fait porter cette exception sur les documents. Les produits ou services d'information étant exclus du champ d'application de la directive, l'emploi de ces expressions aurait pu porter à confusion.

267. v. *infra*, partie II

d'auteur - dont la titularité revient à la personne qui a consenti un investissement financier, matériel ou humain substantiel pour la production de la base<sup>268</sup>.

**123. L'influence de la loi du 1er août 2006.** - La loi sur les droits d'auteur et les droits voisins sur la société de l'information<sup>269</sup>, qui modifie le code de la propriété intellectuelle en faisant graviter dans l'orbite du droit commun le droit d'auteur des agents publics, vient transformer l'économie des solutions anciennement apportées par le Conseil d'Etat pour la dévolution du droit d'auteur au sein de l'administration. Il convient d'évaluer la portée de ces changements pour apprécier leur influence sur l'exception établie par la loi<sup>270</sup>. La question qu'il convient de poser ici est celle de savoir si cette loi donne plus d'ampleur à l'exception législative ?

**124. L'attribution, sous certaines conditions, des prérogatives patrimoniales à l'agent public créateur.** - Avant la loi du 1er août 2006, l'avis OFRATEME<sup>271</sup>, quoiqu'il ne fût pas toujours exactement suivi, garantissait aux collectivités publiques le bénéfice des prérogatives morales et patrimoniales attachées aux créations de leurs agents publics. Généralement, la personne publique était titulaire, *ab initio*, des droits liés à la création de ses agents. Ceux-ci ne pouvaient alors apparaître comme des tiers au sens de la loi<sup>272</sup>. Les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 transforment cependant cet équilibre, sans toutefois le remettre fondamentalement en cause<sup>273</sup>. En effet, le texte reconnaît le droit d'auteur à l'agent public tout en assortissant cette consécration d'un certain nombre de garanties destinées à assurer la bonne conduite de l'action administrative. Bien que les prérogatives morales du droit d'auteur, au demeurant fortement amoindries et régulées, bénéficient à l'agent public, les prérogatives patrimoniales sont, par un mécanisme de cession légale, directement cédées à l'Etat « dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public ». En conséquence, pour celles des œuvres qui sont créées et exploitées dans le cadre de la mission de service public, c'est l'administration qui se retrouve titulaire des prérogatives patrimoniales des créations réalisées par l'un de ses agents. Elle bénéficie ainsi d'un transfert

268. V. en ce sens aussi, J-M BRUGUIERE, « Données publiques : le cadre imprécis du projet de directive du 5 juin 2002 », Communication — commerce électronique 2002, chronique 27.

269. Loi n° 2006-961 du 1er août 2006, relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information, JO du 3 août 2006, p. 11529.

270. Voir supra Titre I.

271. CE, avis, 21 novembre 1972, *Ofrateme, Jehan et autres*, GACE 2002, p. 1051.

272. BRUGUIERE (J-M.), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.

273. On a reporté la présentation exhaustive de cette loi à la partie II de cette étude. L'attribution des droits de propriété intellectuelle constituant une question juridique, qui dépasse la question de la réutilisation. Bien que son impact soit réel, il demeure, en outre, difficile à évaluer.



global de monopole entraînant une exclusivité d'exploitation. Cependant, l'agent peut retrouver ses droits patrimoniaux lorsque l'administration qui l'emploie, ou lorsqu'elle n'en a pas l'intention, un tiers, décide de faire une exploitation commerciale de l'œuvre en question.

La loi établit ainsi une ligne de partage entre l'exploitation de l'œuvre dans le cadre de l'exécution du service public – hypothèse dans laquelle l'administration jouit des droits patrimoniaux de la création de son agent tout en régulant les droits moraux – et l'exploitation commerciale de l'œuvre – hypothèse dans laquelle l'administration perd le bénéfice des droits patrimoniaux<sup>274</sup>. Ils se trouvent dévolus à l'agent public qui peut décider d'autoriser ou pas une réutilisation à des fins d'exploitation commerciale de sa création. Dès lors, mais uniquement dans cette seconde hypothèse, il nous semble que l'agent public puisse être considéré comme un tiers au sens des dispositions de la loi du 17 juillet 1978.

En effet, dans la première situation, l'agent public, qui voit ses droits moraux fortement diminués, est totalement privé de ses droits d'exploitation sur l'œuvre qu'il a créé. Or, la directive 2003/98/CE, qui excluait de son champ d'application les tiers pour ne pas affecter leurs droits, se trouve ici sans objet puisque de droits, les agents n'en ont pratiquement plus. Aussi, il nous semble que, dans cette situation, comme celle dans laquelle, selon les termes de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006, les agents se trouvent intéressés aux bénéfices réalisés par l'administration lors d'une exploitation commerciale de l'œuvre<sup>275</sup>, il n'est pas possible de les assimiler à des tiers au sens de la loi du 17 juillet 1978 (voir *infra*). Un autre argument peut être avancé pour confirmer l'idée selon laquelle l'assimilation de l'agent public à un tiers est possible dans l'hypothèse d'une exploitation commerciale. La loi du 6 août 2001, en partie, a été adoptée dans le souci d'assurer une certaine égalité entre les agents publics et les salariés du droit privé. Le dispositif législatif avait pour vocation à rapprocher leurs situations ; de telle manière que, à l'instar des salariés de droit privé, l'agent public conserve le bénéfice du droit d'exploitation en cas de commercialisation de sa création sur le marché. L'administration qui procèderait à une telle exploitation serait dans l'obligation de verser à

274. Enfin, il y a aussi une troisième hypothèse qui confirmerait la thèse selon laquelle l'auteur ne peut être assimilé à un tiers. L'article L. 131-3-3 du Code de la propriété intellectuelle, tel que modifié par la loi du 1<sup>er</sup> août 2006, prévoit en effet qu'un décret en Conseil d'Etat définisse en particulier « les conditions dans lesquelles l'agent, auteur d'une œuvre, peut être intéressé aux produits tirés de son exploitation quand la personne publique qui l'emploie, cessionnaire du droit d'exploitation, a retiré un avantage d'une exploitation non commerciale de cette œuvre ou d'une exploitation commerciale dans le cas prévu par la dernière phrase du dernier alinéa de l'article L. 131-3-1 ». En dehors de la difficulté de savoir en quoi consiste un bénéfice tiré d'une exploitation commerciale – s'agit-il par exemple des bénéfices pécuniaires retirés de la mission de diffusion de données publiques exercées dans le prolongement de sa mission de service public (sur ces difficultés d'interprétation du texte v. P. GAUDRAT, « Projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information : quand le numérique permet tout », *RTD. com*, 2004, p. 496) – on perçoit bien dans l'économie de cette solution, notamment dans le mécanisme de l'intéressement, que l'auteur dépouillé de son droit d'exploitation et qui voit ses prérogatives patrimoniales anéanties ne peut pas être assimilé à un tiers au sens de la loi. Simplement, parce que sur ce point l'objet de la directive était de ne pas affecter les droits des agents publics. Or, dans cette hypothèse, ils n'en bénéficient d'aucun ou presque.

275. *ibid.*

l'agent public la rémunération attachée au droit d'auteur<sup>276</sup>. Le simple fait que l'administration procède au versement d'une redevance pour droit d'auteur et que celui-ci retrouve le bénéfice de son droit d'exploitation, plaide en faveur, mais dans cette situation seulement, d'une assimilation de l'agent au tiers visé par l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978. En effet, l'administration qui l'emploie aurait alors la même attitude à l'égard de son agent que celle qu'elle pourrait observer dans des circonstances similaires à l'égard d'un tiers.

La qualité de tiers varie ainsi en fonction du contexte d'exploitation. Soit l'administration exploite la création dans le cadre de la mission de service public ou dans son prolongement : alors l'agent, titulaire du droit d'auteur, se retrouve privé de l'essentiel des prérogatives qui y sont attachées. On voit mal, dans ces circonstances, comment il pourrait être assimilé au tiers visé par la loi du 17 juillet 1978. Soit l'administration exploite, fait exploiter ou permet à son agent de faire exploiter son œuvre : alors l'agent retrouve l'ensemble des prérogatives patrimoniales attachées à sa création<sup>277</sup>.

**125. Variations.** - Il convient alors d'explorer l'articulation entre les dispositions du code de la propriété intellectuelle tel que modifié par la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 et l'exception consacrée par la loi du 17 juillet 1978. A cet égard, dans la perspective de la réutilisation et de l'application du dispositif de la loi du 17 juillet 1978, la seule question qu'il convient de se poser, puisque ce sont les circonstances de l'exploitation qui commandent l'attribution de la qualité de tiers, est celle de savoir si l'administration procède (effectivement ou potentiellement) ou pas à une exploitation commerciale des informations contenues dans des documents administratifs grevés par des droits de propriété intellectuelle ?

Dans le cas où l'administration procède à une telle exploitation du document ou bien qu'elle le fait exploiter, l'agent public créateur apparaît comme un tiers. Dès lors, l'exploitation du document ne sera pas possible dans les conditions fixées par la loi du 17 juillet 1978 mais empruntera la voie contractuelle. Le réutilisateur devra obtenir l'autorisation d'exploiter les contenus sur lesquels l'agent public détient des droits ; il devra aussi acquitter les droits d'exploitation.

---

276. « Ce dispositif (l'exercice du droit de préférence par l'administration) vise à sécuriser la question de la commercialisation des travaux réalisés par les agents de l'Etat au regard du droit de la concurrence. En effet, depuis la décision Million et Marais du 3 novembre 1997, le Conseil d'Etat accepte de confronter les collectivités publiques au droit de la concurrence. Dans ces conditions, l'intervention de l'Etat sur les mêmes marchés que les entreprises du secteur privé, sans que les œuvres de ses agents soient grevées de la rémunération d'un droit d'auteur, pourrait, si cela est révélateur d'un abus de position dominante ou de la mise en place d'une politique de prix prédateurs, être censurée par le juge national ou communautaire ». Rapport A.N n° 2349 2004-2005

277. D'un point de vue pratique, pour faciliter l'exploitation des contenus, quand bien même seraient-ils grevés d'un droit de propriété intellectuelle appartenant à un agent public, l'article 25 de la loi du 17 juillet 1978 oblige l'administration à indiquer l'identité de la personne titulaire des droits portant sur le document à qui souhaite exploiter l'information qu'il contient.

Dans le cas où l'administration permet à son agent de faire exploiter son œuvre par une entreprise du secteur privé, l'agent apparaît alors toujours comme un tiers à l'administration et l'on se retrouve reporté vers le cas de figure précédant.

Enfin, il faut envisager l'hypothèse dans laquelle ni l'administration qui l'emploie, ni une entreprise du secteur privé n'exploite sur le marché les informations contenues dans les documents produits par l'agent public. Quelle serait alors la situation de l'agent public au regard de l'exclusion posée par l'alinéa 2 sous c de l'article 10, si une demande de réutilisation était formulée ? S'agirait-il d'un tiers ? La réponse à cette question dépendra d'une autre interrogation : quelle sera la finalité de la réutilisation envisagée ? Si la réutilisation de l'information envisagée est de nature commerciale alors, et à condition de respecter les prescriptions de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006, l'agent retrouve le bénéfice de ses droits patrimoniaux ; il peut dans ce cas apparaître comme tiers au sens de la loi du 17 juillet 1978. Si, en revanche, l'exploitation envisagée n'est pas de nature commerciale, la réponse est plus délicate et dépendra sûrement de l'interprétation qui sera donnée de certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle. En effet, l'article L. 131-3-1 du code de la propriété intellectuelle énonce une véritable exception au principe de jouissance par l'auteur de ses droits patrimoniaux tout en la formulant de manière très restrictive. Il dit que « dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat ». La frontière que trace le projet entre ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public est très difficile à tracer *in abstracto*. Cependant, il est possible d'affirmer que dans toutes les hypothèses où la condition fixée par la loi sera remplie, l'agent public n'apparaîtra pas comme un tiers et donc la réutilisation sera soumise aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978<sup>278</sup>.

**126. Difficultés d'interprétation.** - En conclusion la conjonction des dispositions de l'article 10, alinéa 2 sous c) de la loi du 17 juillet 1978 et des prescriptions relatives aux agents publics de l'Etat et des collectivités territoriales de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 conduit à faire varier le régime de la réutilisation de l'information à raison du contexte de son utilisation. Car, pour un agent public, la qualité de tiers à l'administration dépend de l'usage qui est fait du document grevé par le droit de propriété intellectuelle. Evidemment, cette situation complexifie la lecture du régime juridique de la réutilisation des informations du secteur

278. Mais il est une troisième possibilité, nous ne ferons que l'évoquer parce que l'interprétation du texte dépendra largement des précisions qui seront apportées par le décret d'application. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'administration peut intéresser l'agent public créateur au produit de l'exploitation de sa création lorsqu'elle « a retiré un bénéfice d'une exploitation non commerciale de cette œuvre ». La diffusion des données publiques à des fins non commerciales constitue-t-elle une exploitation non commerciale ouvrant droit à un intéressement ? Sur ce point l'ambiguïté est certaine. P.GAUDRAT avait manifesté sa perplexité à l'égard de cette rédaction, préc.

public qui, pour sa compréhension, sera suspendu à l'interprétation (et aux précisions réglementaires à venir) qui sera faite des dispositions de la loi du 1er août 2006. L'application de la loi du 17 juillet 1978 dépend de l'application d'une autre loi qui n'est pas forcément très claire et qui à ce jour n'est pas encore applicable. On est loin ici des exigences de transparence et de facilité de réutilisation prônées par la directive<sup>279</sup>.

***b. Les personnes morales ou physiques extérieures à l'administration ayant participé à l'élaboration d'un document administratif***

**127. Contenu.** - Ce cas de figure, sauf à précisément identifier les personnes morales ou physiques en cause, est plus simple à traiter que le précédent. Les documents administratifs grevés par des droits de propriété intellectuelle appartenant à des personnes extérieures à l'administration qui ont concouru à son élaboration, échappent, pour la réutilisation des informations qu'ils contiennent, aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978, bien qu'ils soient par ailleurs communicables au titre de l'accès aux documents administratifs. Comme le soulignait un auteur, « les hypothèses où un opérateur privé détient un droit d'auteur sur l'information publique ne sont pas si courantes. Lorsqu'elles existent, il est probable qu'elles renvoient aux exclusions de l'article 3-2° d) e) f), c'est-à-dire aux cas où une personne physique ou morale (un chercheur, un partenaire d'un organisme public de radiodiffusion, un particulier par exemple) possède un droit d'auteur sur l'information (un rapport, un enregistrement audio, un tableau) détenue par l'opérateur public (le CNRS, l'organisme de radio ou le musée) »<sup>280</sup>.

**128. Illustrations.** - Le cas des musées est particulièrement topique à cet égard. Ceux-ci, en effet, ne sont pas toujours cessionnaires des droits d'exploitation sur les œuvres d'art, dont ils sont propriétaires<sup>281</sup>. Dès lors, il devient particulièrement complexe pour l'Etat d'autoriser la réutilisation d'un document contenant l'image de biens sur lesquels il ne détient pas de droits<sup>282</sup>. Il en va de même pour la Bibliothèque Nationale de France qui ne peut pas, ou difficilement, diffuser des œuvres littéraires qui ne sont pas tombées dans le domaine public, soit parce que l'organisme public n'obtient pas l'autorisation de l'auteur, soit parce

279. Cependant, l'ampleur des difficultés d'interprétation — et très sûrement d'application — suscitées par les dispositions de la loi du 1er août 2006 lorsqu'elles sont mises en rapport avec la loi du 17 juillet 1978, ne doivent pas occulter le fait que dans la pratique ces questions se poseront de manière limitée, eu égard à la prééminence de l'œuvre collective comme mode d'attribution du droit d'auteur.

280. BRUGUIERE (J-M), « Données publiques : le cadre imprécis du projet de directive du 5 juin 2002. », préc.

281. MALLET-POUJOL (N.), « Accès aux œuvres et droit de la concurrence », *PA* 2003, n° 173, p. 18

282. Voir sur cette problématique particulière le rapport réalisé par M. B. ORY-LAVOLEE pour le ministère de la culture : diffusion numérique du patrimoine, dimension de la politique culturelle, préc.

que le montant des droits réclamé par l'auteur ou ses ayants droit est trop important pour être exclusivement financé par la collectivité<sup>283</sup>. Ainsi, la numérisation et l'éventuelle diffusion des œuvres qu'ils conservent supposent, pour le ministère de la culture et ses établissements, l'acquisition de droits de propriété intellectuelle. Or, cette opération, en raison de la multiplicité des ayants droit, est lourde et coûteuse. Des interrogations similaires se posent aussi dans le cadre de la recherche scientifique lorsqu'elle est le fruit d'un partenariat entre le secteur public et privé.

A côté de ces exemples incontournables, on peut aussi citer le cas de documents administratifs détenus par les collectivités territoriales et qui sont grevés par des droits de propriété intellectuelle. Les documents établis par des entreprises privées et qui sont intégrés aux plans locaux d'urbanismes<sup>284</sup>, les systèmes d'informations géographiques des collectivités territoriales<sup>285</sup> et plus généralement tous les documents qui résultent d'un partenariat public, privé ou d'un marché public aboutissant à l'élaboration d'un document sur lequel le prestataire de service conserverait un droit de propriété intellectuelle.

### *C- Les informations contenues dans les documents non accessibles*

**129. Rédaction.** - L'article 10, alinéa 2 sous a) de la loi du 17 juillet 1978 dit que les informations contenues dans les documents « dont la communication ne constitue pas un droit en application du chapitre 1<sup>er</sup> ou d'autres dispositions législatives, sauf si ces informations font l'objet d'une diffusion publique » sont exclues du champ d'application des prescriptions relatives à la réutilisation en tant qu'elles ne constituent pas des informations publiques. Ainsi, il institue une exclusion logique au champ d'application de la réutilisation, dans la mesure où un document non accessible ne peut être exploité de quelque manière que ce soit au titre de la réutilisation ; la préservation des secrets protégés par la loi sur l'accès vaut, *a fortiori*, pour la réutilisation. Toutefois, il pose aussi une exception à l'exclusion qui, de prime abord, a laissé perplexe la doctrine. C'est l'exception de diffusion publique, que l'on a déjà rencontré. Un des commentateurs de la loi a remarqué à cet égard qu'il était « difficile d'expliquer pourquoi l'opérateur public a choisi de diffuser une information secrète »<sup>286</sup>. La rédaction porterait-elle cette contradiction ?

283. V. le rapport diffusion numérique du patrimoine, dimension de la politique culturelle, préc. spéc. p.37.

284. CADA, Conseil n°20061210 du 16 mars 2006, *Président de la communauté urbaine de Bordeaux*.

285. CADA, Conseil 20063777 du 14 septembre 2006, *Président de la communauté d'agglomération du grand Toulouse*.

286. BRUGUIERE (J-M.), « Données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.

**130. Indépendance des exceptions.** - La contradiction de l'article 10 alinéa 2 sous a), en réalité, n'existe pas<sup>287</sup>. Elle doit être attribuée à une rédaction très synthétique. Pour éclairer son sens, il est utile de rappeler que la communication des documents administratifs ne constitue pas un droit dans trois occurrences. Premièrement, lorsque, conformément aux dispositions de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, la communication d'un document relèverait d'un secret ou qu'elle ne serait possible qu'aux individus manifestant un intérêt à la communication. Deuxièmement, conformément aux dispositions de l'article 2, al. 2 de la loi du 17 juillet 1978, lorsque les documents ont fait l'objet d'une diffusion publique. Cet article dispose que le droit à la communication ne s'exerce plus « lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique ». Troisièmement, et toujours selon les dispositions de l'article 2 al. 2, lorsque la demande de communication concerne un document préparatoire<sup>288</sup>, un document non achevé<sup>289</sup> ou encore « des documents réalisés dans le cadre d'un contrat de prestation de service exécuté pour le compte d'une ou plusieurs personnes »<sup>290</sup>.

L'article 10 alinéa 2 sous a) doit donc être compris comme une règle de renvoi vers les différentes exceptions que pose la loi sur l'accès aux documents administratifs, au droit à la communication, mais aussi à l'exception de l'exception : la diffusion publique d'un document administratif, dont on a dit qu'elle constituait l'autre modalité de communication sur laquelle reposait la réutilisation. Ainsi, il faut lire l'article 10 alinéa 2 sous a) comme interdisant la réutilisation des informations contenues dans les documents, couvertes par un secret visé à l'article 6, ou bien contenues dans des documents préparatoires ou inachevés, tout en permettant la réutilisation des informations à l'égard desquelles le droit d'accès ne s'exerce plus en raison de leur diffusion publique. On le voit, la communication des documents administratifs cesse d'être un droit des circonstances très différentes : les unes tiennent à la protection de certains secrets ; les autres au caractère du document ; d'autres encore à l'existence d'un mode de divulgation particulier du document administratif. Mais ces exceptions ne se rejoignent pas. La diffusion publique est possible uniquement parce que

287. CHEROT (J-Y.), intervention au séminaire organisé par le groupe inter-associations « diffusion des données publiques », Paris, 19 novembre 2004.

288. v. *infra*.

289. v. *infra*.

290. Malgré sa rédaction sibylline, la portée de cette exception introduite par la loi du 12 avril 2000 pourrait être très grande et réduire à néant le champ d'application des dispositions relatives à la réutilisation. La CADA, analysant cette nouvelle exception, a dit que « le législateur prend pour la première fois en compte les cas où une autorité administrative travaille sur commande au profit d'une personne privée. Il s'agit d'une pratique de plus en plus fréquente, notamment de la part de services dont la mission est de collecter puis de vendre des informations comme l'INSEE ou Météo France ou l'Institut géographique national (...). Dans ces hypothèses, le service administratif n'est pas tenu de communiquer aux tiers les documents qu'il a élaborés. A vrai dire, pour des raisons commerciales évidentes, il ne pourrait sans doute le faire sans se mettre en *infraction* vis-à-vis de son co-contractant ». La question qui se pose alors est de savoir si, par exemple, l'enrichissement de l'information réalisée au profit de l'ensemble des co-contractants de l'INSEE constitue une occurrence pour l'application de cette exception.

l'accès à l'information était, antérieurement, possible aussi. Elle ne peut viser une information secrète ou un document inachevé.

**131. Le champ des exclusions délimitées par l'article 10, alinéa 2, sous a).** - Conformément aux prévisions de la directive du 17 novembre 2003<sup>291</sup>, en excluant du champ de la communicabilité les informations qui ne constituent pas un droit<sup>292</sup> au sens du chapitre 1<sup>er</sup>, l'article 10, alinéa 2, sous a) a excepté du droit à la réutilisation les informations contenues dans les documents visés par les articles 2, al. 2 et 6 de la loi du 17 juillet 1978, et, plus généralement, les autres secrets protégés par la loi. On fera état, principalement, des deux champs d'exception institués par la loi du 17 juillet 1978 : les secrets de l'article 6, d'une part, qui restreignent la communication en raison de la nature ou de l'objet du document (A), et les dispositions de l'article 2 al. 2, d'autre part (B), qui, pour l'essentiel, sont destinées à préserver l'autonomie du processus décisionnel au sein de l'administration.

### *1. Les secrets de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978*

**132. Dualité des secrets.** - De la rédaction de l'article 6, tel que modifié par la loi du 12 avril 2000, résulte deux catégories distinctes de secrets<sup>293</sup>. Il y a d'abord les « secrets absolus », qui sont visés par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 6 ; le secret attaché à ces documents est absolu en ce sens qu'il est opposable à tous, par les administrations détentrices des documents (a). Viennent ensuite les « secrets relatifs », objets des dispositions de l'article 6, al. 2. Ces dernières autorisent la communication des documents aux seules personnes directement concernées par leur divulgation(b). Certaines des informations contenues dans ces documents

291. La directive, en effet, prévoyait à son article 1er, paragraphe 2, sous c), d'exclure du champ de la réutilisation – et cette exclusion est tout à fait logique puisqu'elle s'appuie sur les législations nationales relatives à l'accès aux documents administratifs – les « documents qui, conformément aux règles d'accès en vigueur dans les Etats membres, ne sont pas accessibles, y compris pour des motifs de : 1. protection de la sécurité nationale (autrement dit, la sûreté de l'Etat), de défense ou de sécurité publique. 2. confidentialité des données statistiques ou des informations commerciales ».

292. Il ne faut pas confondre les documents inaccessibles au sens des articles 2, al. 2 et 6 de la loi du 17 juillet 1978, et les documents visés par l'article 1er qui, comme les avis ou arrêt du Conseil d'Etat ou les actes parlementaires, ainsi que, mais de manière implicite, les décisions juridictionnelles, ne constituent pas des documents administratifs. Ils échappent alors complètement à la réglementation sur l'accès aux documents administratifs et bien sûr aux règles de réutilisation instituées par l'ordonnance du 6 juin 2005. En conséquence, l'accès des éditeurs juridiques au droit empruntera d'autres voies que celle instituée par l'ordonnance du 6 juin 2005.

293. LETTERON (R.), « Accès aux documents et vie privée », IFSA/CADA, Transparence et secret, Colloque pour le XXVème anniversaire de la CADA, préc. spéc. p.197.

demeurent toutefois communicables dans le cas où il serait possible de les occulter ou de les séparer des informations couvertes par ces secrets (b).

#### a. Les secrets absolus

**133. Préservation des intérêt publics.** - Pour l'essentiel, la règle du secret se justifie ici par la préservation de certains intérêts publics jugés fondamentaux. L'article 6, al. 1, dit en effet que les documents, dont la divulgation porterait atteinte au secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables du pouvoir exécutif ; au secret de la défense nationale<sup>294</sup> ; à la conduite des affaires extérieures de la France ; à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ; à la monnaie et au crédit public ; au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ; à la recherche des infractions fiscales et douanières ou de façon générale, aux secrets protégés par la loi, sont exclus du champ de la communication.

Sauf à rapporter, pour chacun des intérêts que le législateur a entendu protéger en prohibant la communication des documents qui pourraient les affecter, les différentes motivations exprimées implicitement ou explicitement par le législateur lors de l'élaboration de la loi sur l'accès aux documents administratifs<sup>295</sup>, ces dispositions n'appellent pas de larges commentaires lorsqu'on les envisage du point de vue de la réutilisation : la protection des secrets d'Etat prime nécessairement sur toute communication à des fins de réutilisation, qu'elles soient ou pas commerciales. Ces prescriptions s'inscrivent principalement dans la dialectique de la transparence et du secret<sup>296</sup> immanente de la loi de 1978, et constituent une restriction à l'exercice d'une liberté publique ; elles ne concernent que de manière incidente la réutilisation à des fins commerciales. C'est pourquoi, nous ne discuterons pas les choix antérieurement décidés par le législateur à propos de l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs. Nous ne détaillerons pas non plus ces différentes exceptions qui ont largement été développées par la CADA ou la doctrine. Notre commentaire se bornera, d'une part, à indiquer que la préservation des intérêts visés par la loi est largement entendue<sup>297</sup> et, d'autre part, à explorer la dernière catégorie de documents non

294. Pour une description détaillée voir M. GUILLAUME, « Secrets régaliens : le cas du secret défense. », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la CADA, préc. spéc. p.197.

295. Pour un exposé de ces motivations v. LAVEISSIERE (J.), « L'accès aux documents administratifs », *information et transparence et secret*, PUF, p.11

296. Pour une approche critique des dispositions législatives et surtout de l'application peu audacieuse qui en a été faite par les juridictions administratives, v. D. LOSCHAK, « Secret, sécurité et liberté », *Information et transparence administrative*, PUF, p. 51

297. LAIVEISSIERE (J.), préc. et LOSCHAK (D.), préc.



communicables : « *les autres secrets protégés par la loi* », pour donner un aperçu de son étendue. Il s'agit d'une catégorie générique qui regroupe un grand nombre de textes législatifs ou réglementaires visant à protéger tantôt des intérêts publics, tantôt des intérêts privés. On y retrouve, par exemple, le secret de la statistique<sup>298</sup>, le secret professionnel<sup>299</sup>, le secret des filiations<sup>300</sup> ou encore le secret des correspondances<sup>301</sup>. Il est évident que tous les documents contenant des informations dont la divulgation aurait pour effet d'affecter l'un de ces secrets n'intéressent pas nécessairement (ou actuellement) le marché. Toutefois, il est tout aussi clair que le secret de la statistique ou le secret professionnel couvrent des informations commercialement exploitables. La liste des secrets protégés par la loi n'étant pas exhaustive, la catégorie des « *autres secrets protégés par la loi* » donne une extension considérable au champ des informations qui ne sont pas réutilisables sur ce fondement.

## b. Les secrets relatifs

**134. Préservation d'intérêts privés.** - La directive du 17 novembre 2003 indiquait clairement que ses dispositions n'étaient applicables que dans les cas où les règles d'accès nationales n'exigeaient pas la démonstration d'un intérêt particulier à la communication du document<sup>302</sup>. La loi du 17 juillet 1978 prévoyant un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la communication des documents n'est autorisée qu'aux personnes intéressées, les informations contenues dans ces documents ne seront pas réutilisables.

Au terme de l'article 6, al. 2, il s'agit des documents dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; à ceux portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée et facilement identifiable ; et enfin aux documents faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

L'exposé de ces hypothèses n'appelle pas plus de commentaires que les cas des documents dont la divulgation pourrait porter atteinte à un secret absolu. Les difficultés

298. Loi n° 51-711 du 7 juin 1951, *sur l'obligation et la coordination et le secret en matière de statistique*, modifiée par l'ordonnance n° 2004-280 du 25 mars 2004 relative aux simplifications en matière d'enquêtes statistiques, *JO* du 27 mars 2004, p. 5893.

299. Article 226-13 du Code pénal.

300. Article 81 du Code de la famille.

301. Article 226-15 et 432-9 du Code pénal.

302. Considérant n°9 de la directive 2003/98 du 17 novembre 2003, relative à « la réutilisation des « formations émanant du secteur public » », préc.

posées par l'application de ces textes, notamment l'interprétation de la notion de personne intéressée<sup>303</sup>, sont spécifiques à la loi sur l'accès aux documents administratifs.

### c. La possibilité de disjointre ou d'occulter les informations portant atteinte à des secrets relatifs ou absolus

**135. Extension de la communicabilité des documents couvert par un des secrets de l'article 6.** - L'article 6, § 3, prévoit que « lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application du présent article, mais qu'il est possible d'occulter ou de disjointre, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions ». Cette disposition a été introduite par l'ordonnance du 6 juin 2005. On peut d'ailleurs la rapprocher des dispositions de l'article 7 qui, après avoir posé une obligation de publication des documents administratifs « comportant une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives », rappellent, lorsque les documents administratifs comportent des mentions entrant dans le champ d'application de l'article 6, la nécessité pour l'administration de traiter ces documents afin d'occulter ces mentions ou de rendre impossible l'identification des personnes qui y sont nommées et « d'une manière générale, la consultation des données à caractère personnel ».

Ces dispositions, qui ont pour objet d'étendre la communication des documents administratifs en autorisant la divulgation de documents qui porteraient atteinte aux secrets protégés par la loi de façon partielle, viennent consacrer la pratique consultative de la CADA<sup>304</sup>, confirmée par le Conseil d'Etat<sup>305</sup>. Si l'application de cette disposition dans le domaine de la communication des documents administratifs contribue à élargir le champ de la communication, il n'est pas certain qu'elle ait le même effet sur la réutilisation.

Il est vrai que, de prime abord, on pourrait considérer cette affirmation très surprenante puisque le droit de réutilisation n'est que le prolongement du droit d'accès aux documents. En effet, l'exception d'occultation ou de disjonction des informations publiques pour l'exercice du droit à la communication recoupe en grande partie l'exception

303. V. rapport de la CADA pour l'année 1999 ainsi que l'article de S. BOISSARD, « le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », préc.

304. C'est la CADA qui a d'abord envisagé la possibilité de communication partielle d'un document administratif. Ainsi, dans un avis du 20 mai 1981 (*M. Melki*), elle avait isolé les informations nominatives concernant les tiers des parties du document — en l'occurrence il s'agissait de rapports établis par l'inspection générale des affaires sociales — qu'elle a jugé communicables. (Rapport de la CADA pour l'année 1982, la documentation française, p.65).

305. V. notamment, CE, 10 mai 1993, *Lemerre*, inédit.

d'anonymisation des données personnelle dans la mesure où, dans bien des cas, les données de l'article 6 sont des données personnelles au sens de la loi<sup>306</sup>. Dès, lors dans les cas où les documents sont trop importants (et seulement dans ce cas) l'autorité publique devrait avoir recours au procédé de l'anonymisation pour réaliser la communication des données à des fins de réutilisation. On peut considérer que le procédé de l'anonymisation est le pendant de la communication partielle<sup>307</sup>. Au fond, d'un point de vue matériel, il s'agit d'occulter l'identité de certaines personnes pour permettre la réutilisation. La loi du 17 juillet 1978 prévoit le procédé de l'anonymisation sans toutefois l'imposer aux organismes publics détenteurs de documents dont les informations sont réutilisables. L'article 13, al. 2, de la loi du 17 juillet 1978, introduit par l'ordonnance du 6 juin 2005, prévoit que « les informations publiques comportant des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation, soit lorsque la personne intéressée y a consenti, soit si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes, ou à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet ». On comprend bien, à la lecture de ces dispositions, que la faculté laissée à l'autorité détentrice de procéder à une anonymisation « dans la mesure » où elle a la capacité de le faire, confère une marge importante de liberté au détenteur de l'information pour refuser la communication d'information au motif qu'elle n'est pas en mesure de les rendre anonymes. L'article 40 du décret du 31 décembre 2005<sup>308</sup>, pris pour l'application de la loi du 17 juillet 1978, vient confirmer ce point de vue puisqu'il indique, de manière beaucoup plus explicite, que l'anonymisation des données ne doit pas entraîner un effort disproportionné pour l'autorité détentrice de l'information. Autrement dit, l'autorité détentrice pourra exciper de la disproportion des efforts entraînés par l'anonymisation des données pour refuser la communication de l'information à des fins de réutilisation. En conséquence, les informations contenues dans des documents, qui seraient partiellement accessibles en vertu du droit d'accès aux documents administratifs par effet de l'occultation de données à caractère personnel, ne seront pas forcément réutilisables en raison des difficultés que rencontrerait l'autorité détentrice pour procéder à leur anonymisation. Le champ de la réutilisation, dans cette hypothèse bien précise, risque alors de se trouver notablement restreint par rapport à celui de l'accès aux documents.

306. CNIL, dél. n° 01-018 du 3 mai 2001, *portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information*, non publiée

307. L'anonymisation ne correspond qu'à une hypothèse particulière de communication partielle, elle ne concerne donc pas les parties de documents publics qui porteraient atteinte à certains intérêts publics.

308. Préc.

## *2. Les dispositions de l'article 2 al. 2 de la loi du 17 juillet 1978*

**136.** Ces dispositions, introduites par la loi du 12 avril 2000, et qui consacrent la pratique consultative de la CADA confirmée par la jurisprudence administrative, viennent limiter le champ de la communication des documents, non plus à raison d'intérêts publics ou privés particuliers qu'il a été décidé de préserver, mais de la nécessité de garantir une certaine cohérence à l'action administrative ou de prendre en compte le lien unissant le détenteur d'information à l'un de ses co-contractants. Trois types de documents se trouvent exclus du champ de la communication au terme de l'article 2, al. 2 : les documents inachevés, les documents préparatoires et les documents réalisés par une autorité administrative dans le cadre d'un contrat de prestation de service pour le compte d'une ou plusieurs personnes déterminées. Après avoir rappelé les notions de documents inachevés (a) et de documents préparatoires (b), nous insisterons particulièrement sur la notion de documents réalisés dans le cadre d'un contrat de prestation de service. En effet, il semblerait qu'il y ait une contradiction entre le régime de la réutilisation et cette notion telle qu'elle a pu être interprétée par la CADA (c).

### **a. Les documents inachevés**

**137.** La Commission d'accès aux documents administratifs envisage les documents préparatoires comme « les actes, rapports, projets qui s'inscrivent dans un processus décisionnel. Tant que ce processus n'est pas achevé, ils échappent au droit à la communication, ce qui permet aux autorités administratives de se déterminer sereinement sans pression extérieure. Ensuite, ils deviennent communicables dans les conditions du droit commun »<sup>309</sup>. Deux principales raisons ont été invoquées par la CADA pour justifier l'inaccessibilité de ces documents<sup>310</sup>. En premier lieu, il s'agissait de garantir à l'administration une certaine liberté d'agir pour se déterminer librement sur les projets qu'elle met en œuvre. L'absence de communication lui laisse le choix de retirer ou de modifier ses projets. En second lieu, l'absence de communication des documents inachevés permettait de garantir l'égalité des citoyens dans la connaissance des décisions publiques. Dans la perspective de la réutilisation, et notamment de la réutilisation commerciale, cette exclusion du champ de la communication n'est pas dirimante. En effet, il n'est pas de nombreuses entreprises, lorsque l'on pense que l'exhaustivité et la fiabilité constituent des

309. Rapport public pour l'année 2002, La documentation française, p. 20.

310. CADA, Rapport public pour l'année 1980, préc.

caractères qui font la valeur économique de l'information, qui auraient un intérêt à exploiter les informations contenues dans ce type de document.

### **b. Les documents préparatoires**

**138.** - Il s'agit des documents « qui n'ont pas acquis une forme définitive, à savoir les ébauches, les brouillons, les versions successives d'un même document. Cette catégorie de documents échappe de façon permanente au régime de communication mis en place par la loi du 17 juillet 1978. L'administration n'est jamais tenue de le diffuser, même si, bien évidemment, rien ne lui interdit de le faire »<sup>311</sup>. Les documents préparatoires constituent, en quelque sorte, les éléments du processus décisionnel. A la différence des documents inachevés, ils n'échappent pas à la communication, ou plutôt, ils sont communicables de manière différée, une fois la décision adoptée. La CADA a aussi admis, mais tout est ici affaire d'espèce, qu'un document préparatoire puisse être communiqué avant que la décision soit prise. La communication d'un tel document dépend de plusieurs considérations : la nature du document, l'état d'avancement des travaux, la possibilité d'isoler le document demandé de l'enchaînement des étapes conduisant à la décision. Ces différents éléments sont pris en compte au regard de deux impératifs contradictoires : d'un côté, la nécessité de garantir le droit d'accès et, de l'autre, d'assurer la cohérence de l'action administrative en ne divulguant pas trop tôt les éléments qui nourrissent la réflexion du responsable d'une décision<sup>312</sup>.

### **3. Les documents réalisés par une autorité administrative dans le cadre d'un contrat de prestation de service pour le compte d'une ou plusieurs personnes déterminées**

**139.** - Pour apprécier s'il existe une contradiction entre le régime de la réutilisation et l'exclusion du champ des données commercialisables des documents réalisés par une autorité administrative dans le cadre d'un contrat de prestation de service, il convient d'analyser le contenu de cette exclusion. Cette exception au droit à la communication des documents administratifs a été instituée pour prendre en compte la situation dans laquelle l'autorité administrative travaille sur commande au profit d'une personne privée. C'est parce que l'administration se comporte comme un simple prestataire de service privé et, surtout, parce

311. CADA, Rapport public pour l'année 2002, préc.

312. CADA, Rapport public pour l'année 1980, préc.

que le lien contractuel existant entre elle et son partenaire du secteur privé peut s'opposer à la communication de documents réalisés dans de telles circonstances, que cette exception semble justifiée. La question qui se pose alors est celle de savoir si les producteurs d'information publique, qui cèdent sur le marché des ensembles informationnels ou qui réalisent, à partir des informations qu'ils détiennent, un certain nombre de prestations au profit d'entreprises du secteur privé, pourraient être exclus du champ de la communication ? Les conséquences d'une telle interprétation seraient très importantes, puisque nombre de fournisseurs d'informations pourraient opposer, sur ce fondement, un refus à la communication de l'information demandée à des fins commerciales. D'ailleurs, la CADA, pour illustrer cette catégorie de documents, a dit que le travail sur commande au profit d'une personne privée constituait une pratique de plus en plus fréquente « notamment de la part des services dont la mission est de collecter puis de vendre des informations, comme l'INSEE, ou Météo France, ou l'Institut géographique national, voire, à moindre échelle, les postes d'expansion économique, qui réalisent des études de marché pour le compte d'entreprises qui souhaitent s'implanter à l'étranger ». Ainsi, il semblerait, en l'absence (à notre connaissance) de tout avis de la CADA permettant d'explicitier ce qu'il faut entendre par document réalisé dans le cadre d'un contrat de prestation de service réalisé au profit d'une personne privée, que la cession des informations ou des ensembles informationnels sont exclus du droit à la communication. Sont-ils pour autant exclus du droit à la réutilisation ? La considération du lien existant entre droit à la communication et à la réutilisation plaiderait en ce sens.

Une telle interprétation n'est pas admissible. Deux raisons s'y opposent. D'abord, admettre que l'inaccessibilité de l'information produite dans ces circonstances empêche la réutilisation, conduirait à rendre l'ordonnance du 6 juin 2005 sans objet ou presque. Comment peut-on penser qu'une loi, précisément édictée pour améliorer les conditions de réutilisation de l'information, s'y oppose si radicalement à travers une disposition aussi sibylline ? Ensuite, peut-on vraiment considérer que la cession d'ensembles informationnels, telle qu'elle est pratiquée par les grands producteurs publics d'informations, constitue un travail sur commande ? L'élaboration de statistiques à l'usage d'une entreprise particulière, des prévisions météorologiques ponctuelles destinées à certaines activités économiques, constituent des travaux sur commande. Mais, la fourniture indistincte d'une information standardisée à plusieurs opérateurs privés ne nous semble pas pouvoir être assimilée à de tels travaux. La cession des ensembles informationnels procède des organismes publics eux-mêmes. Il n'y pas à proprement parler de définition d'une prestation particulière, même s'il est vrai que la commercialisation de certaines bases de données peut être adaptée à la situation d'une entreprise, il est difficile de parler de travail sur commande.

*D - Les informations contenues dans les documents soumis à des régimes de communication particuliers*

**140.** – La loi du 17 juillet 1978 et les diverses réformes qu'elle a subies n'ont pas mis fin à l'existence de régimes d'accès particuliers. Distincts des procédures prévues au chapitre Ier, ils ne sont pas soumis à la régulation législative et la CADA n'a pas de compétence pour en connaître. L'ordonnance du 6 juin 2005 est toutefois, dans certains cas, venue modifier cette situation. Unifiant partiellement les régimes de dispositions spéciales avec celui de l'accès, l'article 21 de la loi du 17 juillet 1978 a explicitement reconnu à l'autorité administrative indépendante la compétence pour connaître « des questions relatives à l'accès » et « à la réutilisation » de ces documents et informations particuliers. Désormais, les documents communicables sur le fondement des articles L. 123-8 code de l'environnement ou L. 2121-26 du Code général des collectivités territoriales peuvent faire l'objet d'une réutilisation. « L'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 (...) consacre un droit à la réutilisation, y compris à des fins commerciales, des données publiques dont la communication a été obtenue sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 ou de lois spéciales comme en l'espèce, l'article L. 2121-6 du Code général des collectivités territoriales »<sup>313</sup>. Cependant, les informations contenues dans les documents administratifs soumis à des régimes spéciaux de communication, qui n'ont pas été intégrés aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978, nous semblent devoir être écartées du régime de la réutilisation. En effet, en dehors de toute volonté expresse manifestée par le législateur, ces dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales de la loi du 17 juillet 1978 ainsi qu'a pu le souligner la CADA à propos des documents relatifs à l'immatriculation des véhicules automobiles : « La commission constate que la communication des informations recensées sur le fichier des cartes grises est régie par les dispositions spéciales des articles L.330-2 à L.330-3 du code de la route, sur l'application desquelles elle n'a pas de compétence pour se prononcer, et non pas celles de la loi du 17 juillet 1978 ». Ainsi, ces informations ne peuvent pas apparaître comme des informations publiques, par le fait même que la communication des documents qui les contient ne peuvent pas apparaître comme des documents administratifs communicables au sens de la loi du 17 juillet 1978.

---

<sup>313</sup>. CADA, conseil n°20063704, Maire de Lilliers, 28 septembre 2006,

## SOUS-SECTION 2

### LA REUTILISATION

**141. Indétermination.** - La notion de « réutilisation » n'est apparue que très récemment dans le champ de la réflexion relative à l'usage des informations du secteur public, se substituant à d'autres termes qui désignaient des réalités identiques ou proches. C'est la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public<sup>314</sup>, plus particulièrement sous l'action du Conseil de l'Union européenne, qui l'a consacrée. Dans ce texte, elle revêt une grande importance puisqu'elle constitue l'élément central de la régulation qu'il envisage, tout le dispositif normatif s'articulant autour d'elle. Pourtant, malgré son importance, son contenu demeure largement incertain. L'article 2-4 du texte communautaire la définit comme « l'utilisation par des personnes physiques ou morales de documents détenus par des organismes du secteur public à des fins commerciales ou non-commerciales autres que l'objectif initial de la mission de service public, pour lequel les documents ont été produits. L'échange de documents entre des organismes du secteur public ne constitue pas une réutilisation ».

La loi du 17 juillet 1978 et son décret d'application<sup>315</sup>, n'apportent pas plus de précisions alors même que le texte législatif pose l'existence d'un droit à la réutilisation des informations publiques. Dès lors, c'est le contenu même de ce droit qui est indéterminé, ce qui est gênant pour l'interprétation et l'application du texte<sup>316</sup>.

Sans doute, d'une manière générale, on peut affirmer que le législateur communautaire a voulu ratisser large en visant toute forme d'usage de l'information publique à quelques fins que ce soit, mais il convient cependant, si ce n'est de la définir précisément, de poser quelques jalons, au regard de l'objet de cette législation, des travaux préparatoires et de la récente jurisprudence de la CADA pour mieux circonscrire la notion de réutilisation. Nous déterminerons la consistance de la notion de réutilisation en disant ce qu'elle est, au regard des textes qui l'ont consacré, puis en disant ce qu'elle n'est pas, ce qui conduira à écarter du champ d'application de la loi des formes d'usage dont on aurait pu penser qu'ils en fissent partie.

314. Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003, concernant la réutilisation des informations du secteur public, *JOUE* L. 345/90 du 31 décembre 2003.

315. 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, *JO* du 31 décembre 2005, p. 20827.

316. Commission d'accès aux documents administratifs rappelait que ni la loi du 17 juillet 1978, ni son décret d'application ne donne d'exemples de réutilisations : « il appartiendra au juge de préciser cette notion », *Rapport d'activité pour l'année 2005*, p. 56.



**142. Critères.** – Pour faire le départ entre les usages relevant de la réutilisation et ceux qui sont étrangers à la régulation législative, il faut partir de l’observation de l’article 10 al. 1 de la loi du 17 juillet 1978 modifié par l’ordonnance du 6 juin 2005, qui dispose que « les informations figurant dans les documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l’article 1<sup>er</sup>, quel que soit le support, 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 élaborés ou sont détenus ». La loi du 17 juillet 1978, suivant la directive 2003/98/CE, définit la réutilisation à travers deux éléments : le premier est d’ordre matériel, le terme de réutilisation correspondant à l’utilisation ou l’usage qui peut être fait des données du secteur public ; le second est fonctionnel : cet usage doit être distinct de l’objet de la mission de service public à l’origine de la production de ces mêmes informations.

**143. Plan.** - Pour délimiter la notion de réutilisation, il faudra donc définir et déterminer le contenu matériel de la notion d’utilisation (§1) puis dégager la portée de la référence à la mission de service public (§2) avant d’envisager une exclusion clairement formulée par le dernier alinéa de l’article 10, celle de l’échange d’informations publiques (§3).

## § 1 – L’utilisation des informations publiques

**144. Diversité des usages.** - Dans la définition que donnent les textes de la réutilisation, le terme qui pose le moins de difficultés d’interprétation est celui « d’utilisation ». Le vocable est neutre et, parce qu’il porte sur l’information, il pourrait recevoir de multiples applications. Ainsi, la forme d’utilisation visée par le texte peut être purement intellectuelle, cognitive, mais elle vise aussi bien une forme d’exploitation matérielle qui conduirait à traiter les données en vue de créer des produits ou services d’informations. Ces types d’usages constituent, d’une certaine manière, les deux extrémités du spectre des réutilisations possibles de l’information publique à l’intérieur duquel toutes les formes d’usage des données peuvent être envisagées ; rien ne s’oppose dans le texte de la directive ou de la loi à une telle lecture. Toutefois, c’est principalement, sinon uniquement, l’accroissement des possibilités d’exploitation commerciale des informations du secteur public qui a motivé l’intervention du législateur communautaire. Par conséquent, on distinguera cette forme de réutilisation commerciale (A) des autres (B).

### *A. L'exploitation commerciale des informations publiques comme forme principale d'utilisation des informations publiques*

**145.** - Si la loi ne définit pas positivement la réutilisation, la directive indique que ce terme renvoie à « l'utilisation par des personnes physiques ou morales de documents détenus par des organismes du secteur public, à des fins commerciales ou non commerciales »<sup>317</sup>. Apparemment donc, l'utilisation commerciale et non commerciale de l'information sont mises sur un même pied d'égalité par le texte. Cependant, même si le législateur communautaire n'a pas ignoré l'utilisation non commerciale de l'information publique, c'est l'exploitation commerciale de l'information publique qui constitue une forme, et même la forme principale, de réutilisation qu'il a voulu réglementer. Autrement dit, c'est par surcroît que la directive appréhende les autres types d'usage de l'information publique.

**146. Variations terminologiques.** – En commençant par regarder du côté des termes employés dans les documents de la Commission ou ceux émanant d'autres instances communautaires, on peut se rendre compte que le vocable de réutilisation ou d'utilisation a longtemps été associé au terme « *d'exploitation* » de l'information du secteur public. La proposition de directive concerne « la réutilisation et l'exploitation commerciale » de l'information, cependant qu'elle emploie dans son corps le terme de réutilisation et qu'elle le définit comme l'utilisation de l'information publique. La communication d'octobre 2001 employait les deux mots, tout en consacrant son titre à « l'exploitation de l'information du secteur public ». Et le livre vert n'utilisait même pas le terme de réutilisation. Il était seulement centré sur l'exploitation. En remontant encore un peu plus loin, on peut constater que les lignes directrices, pour améliorer la synergie entre secteur public et privé sur le marché de l'information, employaient les termes d'utilisation et d'exploitation.

**147. Finalité de la Directive et exploitation de l'information du secteur public.** – Au-delà de ces variations terminologiques, et plus fondamentalement, il convient de remarquer que c'est principalement pour garantir l'exploitation de l'information du secteur public et la création de produit nouveau sur les marchés de l'information que la directive est intervenue. L'objet du texte communautaire est « de faciliter la création de produits et de services d'information à l'échelle de la Communauté basés sur les documents émanant du secteur public »<sup>318</sup> et de « favoriser une utilisation transfrontalière efficace des documents du secteur public par les entreprises privées en vue de créer des produits et des services

---

<sup>317</sup>. Article 2, §4.

<sup>318</sup>. Considérant 25.

d'information à valeur ajoutée »<sup>319</sup>. Or, seule l'exploitation, et à un moindre degré l'utilisation commerciale, peut être liée à cet objectif, pas l'utilisation non-commerciale de l'information publique. À la différence des termes d'utilisation ou de réutilisation, le vocable d'exploitation n'est pas neutre. Il saisit les données publiques et situe l'action qui s'exerce sur elles dans une perspective productive, industrielle. Autrement dit, en poursuivant l'analogie minière, les données publiques constituent une matière première qu'il s'agit de faire valoir et d'utiliser dans le but de créer des nouveaux produits ou services d'information. L'exploitation commerciale apparaît alors comme une condition nécessaire à l'essor d'un marché de l'information, condition même de l'action communautaire dans ce domaine. Précisément, dans les lignes directrices, le terme d'exploitation désignait tout ou partie « des activités relatives à la conception, la fabrication et la distribution de services d'information à valeur ajoutée »<sup>320</sup>. Que dire de plus ? Le terme d'exploitation, ainsi défini, concorde parfaitement avec l'objet de la directive à tel point que la définition de la notion de réutilisation, retenue par la proposition de directive, avait été critiquée en ces termes par le Comité des régions, « en conformité avec l'objet et le champ d'application de la directive, la définition de la notion de " réutilisation " devrait uniquement inclure l'exploitation et pas simplement "l'utilisation" des informations émanant du secteur public »<sup>321</sup>.

Par conséquent, comme l'objet de l'action communautaire n'a pas varié depuis ses débuts mais que le vocabulaire a été fluctuant, il faut considérer que derrière le terme de réutilisation, voire d'utilisation à des fins commerciales, c'est principalement le terme d'exploitation, en tant qu'il désigne l'ensemble des activités techniques et économiques impliquées par la création de produits ou services d'information à valeur ajoutée intégrant des données publiques, qu'il faut entrevoir. Dans cette optique, l'information publique apparaît comme le point de départ de plusieurs activités productives aboutissant à la distribution sur le marché de produits de la société de l'information. L'utilisation de fonds de cartes géographiques permet par exemple la réalisation de produits de navigation automobile ou autres ; l'utilisation de l'information légale ou l'information juridique permet la réalisation de produits d'aide à la décision, et bien d'autres encore.

Quoique le terme d'exploitation ne figure pratiquement plus dans le texte final de la directive<sup>322</sup>, c'est bien, pour l'essentiel, l'exploitation, au sens précédemment retenu, qui est

319. *ibid.*

320. *Lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et secteur privé sur le marché de l'information*, préc.

321. Avis du Comité des régions sur la « Communication de la Commission et du Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public » et la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public », *JOUE* C 73/38 du 26 mars 2003.

322. C'est le Conseil qui est à l'origine de cette suppression, « la position commune modifie le titre de la proposition de directive en supprimant la mention de l'exploitation commerciale et cela dans l'ensemble même de la directive (...) Le Conseil a estimé que le terme de réutilisation couvrait à la fois l'exploitation

visée derrière le vocable de réutilisation. Il faut donc lier très étroitement la notion de réutilisation et celle d'exploitation commerciale des données publiques, et même d'exploitation commerciale à des fins de création de produits ou de services à valeur ajoutée. Il n'y a certes pas identité entre la notion de réutilisation et celle d'exploitation commerciale, puisque cette dernière est plus restreinte, mais, parce qu'elle représente la condition même de la réalisation de finalité poursuivie par le texte communautaire, elle doit lui être associée à titre principal<sup>323</sup>. Si d'autres formes de réutilisation peuvent, sur la base de la directive ou de la loi, être envisagées, elles ne sont pas directement, quelquefois pas du tout, reliées au but de réglementation.

### *B. Les autres formes d'utilisation*

**148. Utilisation des données à des fins économiques et usage non-marchand. -** L'exploitation commerciale des données du secteur public aux fins de créations de produits ou services d'information est peut-être une forme principale, mais non exclusive, de réutilisation. Au moins deux autres formes de réutilisation peuvent être identifiées au regard des travaux préparatoires<sup>324</sup> de la directive qui ont toujours évoqué, sans véritablement les distinguer et les définir, l'exploitation de l'information et l'utilisation ou la réutilisation.

Les données du secteur public peuvent être employées pour satisfaire les besoins d'une activité économique sans que cela aboutisse à la distribution sur le marché d'un produit ou d'un service d'information particulier. Le secteur privé peut désirer accéder à certains fonds informationnels du secteur public parce qu'ils constituent un moyen pour la réalisation, directe ou indirecte, de leur activité. Il s'agit là d'un usage économique des données publiques. Prenons quelques exemples. Certaines entreprises utilisent les différents fichiers d'adresses ou les fichiers relatifs aux entreprises du secteur public pour la constitution ou la mise à jour de leur base de données clients, voire pour constituer des listes de prospects. L'utilisation des données à laquelle ils procèdent a bien une finalité économique, mais elle n'aboutit pas à la commercialisation de services ou de produits d'information sur le marché.

---

commerciale et non-commerciale ». Position commune (CE), n°38/2003 du 26 mai 2003, en vue de l'adoption de la directive 2003/.../CE du Parlement européen et du Conseil du... concernant la réutilisation des documents du secteur public, *JOUE* C 159 E/1 du 8 juillet 2003

323. Nous insistons particulièrement sur ce point, parce que la transposition de la directive escamote cet aspect de la question. Le choix du législateur national d'intégrer les dispositions de la directive au sein de la loi sur l'accès aux documents administratifs fait perdre de vue que la finalité de cette régulation était économique. Le dernier rapport de la CADA (rapport pour l'année 2006, p. 81) précise cependant que « quelques affaires soumises à la CADA confirment que certaines informations publiques constituent une véritable matière première pour l'activité d'entreprises ».

324. Si les documents antérieurs à la proposition du 5 juin 2002 (préc.) étaient presque exclusivement focalisés sur l'exploitation, les titres des documents ultérieurs seront consacrés à la « réutilisation et l'exploitation ».

Certains fichiers publics (permis de construire, cadastre, annuaires) peuvent aussi appuyer la recherche de clients potentiels. Les données du secteur public sont simplement employées comme support d'une activité économique étrangère à la diffusion d'un produit ou d'un service d'information. La commission d'accès aux documents administratifs évoquait ainsi le cas d'une compagnie d'assurance qui utiliserait les informations figurant dans les plans de prévention des risques naturels pour calculer des primes d'assurance pour les biens<sup>325</sup>. Dans l'application qu'elle a commencée de faire des dispositions du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978, la CADA a été saisie d'une demande d'avis émanant d'un hebdomadaire qui entendait accéder aux données brutes du recensement des « actes graves de violences survenues à l'école et ses abords »<sup>326</sup> afin de les exploiter pour les porter à la connaissance de son lectorat. L'autorité administrative indépendante s'est aussi prononcée sur le cas d'une société exerçant une activité de conseil pour la gestion de propriété foncière. A l'occasion de cette activité, la société élaborait pour les besoins de ses clients des documents graphiques exposant les contraintes réglementaires en matière de protection de l'environnement, de protection des sites. Pour la réalisation de ces documents, elle avait besoin de recourir aux cartes élaborées par le ministère de l'environnement<sup>327</sup>. Elle a considéré qu'il s'agissait là aussi d'une réutilisation.

L'usage des données du secteur public peut aussi n'avoir aucune finalité marchande. Les documents préparatoires ne s'étendent pas sur cette forme de réutilisation puisqu'ils se focalisent sur l'exploitation commerciale des données publiques. On peut cependant supposer que l'usage des données pourra être réalisé à des fins de recherche, scientifique ou sociale.

## §2 - L'utilisation des informations publiques « à des fins étrangères à la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus »

**149. Une disposition ambiguë.** - L'article 10 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978, précise que la notion de réutilisation s'entend d'un usage de l'information qui est réalisé « à d'autres fins » que celles de la mission de service public qui a justifié sa collecte ou sa détention : « les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations (...) peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celle de la mission de service public ». Comme le prévoyait la directive, la réutilisation suppose un usage des données qui soit distinct de « l'objectif initial de la mission de service public » qui a présidé à

325. CADA, rapport d'activité 2005, la documentation française, p. 56.

326. CADA, Avis du 29 juin 2006, n°20062682, *G. Franz-Olivier* (Le point).

327. CADA, avis du 16 mars 2006, n°20060771, *Direction régionale de l'environnement des Pays-de-Loire*, rapport public pour l'année 2006, p. 163.

leur production. Cette disposition ambiguë suscite l'interrogation. On notera que cette précision ne figurait pas dans la proposition de directive émise par la Commission européenne, qui définissait la réutilisation simplement comme « l'utilisation à des fins commerciales ou non commerciales, par des personnes physiques ou morales, de documents détenus par les organismes publics ». C'est le Conseil de l'Union qui a rajouté cette référence à l'objet de la mission de service public sans s'expliquer d'ailleurs sur les raisons de cette insertion et sa signification<sup>328</sup>. Quelle est sa portée exacte ? La directive et la loi à sa suite veulent-elles signifier que les formes d'exploitation ou d'utilisation d'information qui poursuivraient le même objet que la mission de service public échapperaient au régime de la réutilisation ? Le régime de la réutilisation ne s'appliquerait alors que si le bénéficiaire de la communication entend faire un usage de l'information tout à fait détachable ou étranger à la mission de service public pour la satisfaction de laquelle les informations ont été collectées. Cela réduirait évidemment le champ d'application du régime de la réutilisation, et la portée de la loi. Une telle interprétation poserait de délicats problèmes d'interprétation aussi. La définition des pourtours de la mission de service public n'est pas toujours parfaite, loin de là.

**150. Les personnes publiques comme réutilisateurs possibles.** – Une première piste de réflexion peut être parcourue à partir de l'observation suivante : la directive et la loi sont également applicables aux personnes publiques et privées, les textes n'opérant aucune discrimination à raison de la nature des personnes susceptibles de procéder à une réutilisation<sup>329</sup>. Il eut été difficile d'admettre une autre solution que celle-ci, sauf à contrarier l'objet de la directive. En effet, c'est une réalité positive, les personnes publiques intervenant sur le marché distribuent des produits ou services d'informations élaborés qui intègrent et combinent des données qu'ils produisent à des informations émanant d'autres sources publiques. En bref, ils se comportent exactement comme un opérateur privé dont l'activité nécessiterait l'exploitation de données issues du secteur public. Aussi, fallait-il assurer, au moins sur le plan juridique, une certaine uniformité dans les conditions d'accès et d'exploitation de l'information entre le secteur public et privé.

Cette circonstance de l'applicabilité du régime de la réutilisation aux personnes publiques, du moins pour une partie d'entre elles<sup>330</sup>, permettrait de proposer une

328. Conseil de l'Union européenne, 7 octobre 2002, doc. n° 12761/02, p.4. Il en va de même pour une partie du considérant 8 du texte final, la directive qui est censée éclairer la définition de la réutilisation : « les organismes publics recueillent, produisent, reproduisent et diffusent des documents en vue d'accomplir leurs missions de service public. L'utilisation des documents pour d'autres motifs constitue une réutilisation » (Conseil de l'Union européenne, 10 octobre 2002, doc. n° 13225/02, p. 5).

329. POUPAERT (N.) et JANSSEN (K.), « La directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public », *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 2004, n° 19, p. 29.

330. Il conviendrait, en outre, de vérifier son applicabilité dans le cadre de la loi sur l'accès aux documents administratifs, les personnes publiques n'étant pas les destinataires naturels du droit d'accès aux documents administratifs.

interprétation pour expliquer la référence aux missions de service public. En disant que, pour constituer une réutilisation, les informations publiques doivent être utilisées à d'autres fins que celles de la mission de service public, le législateur communautaire n'entendait-il pas indiquer aux organismes du secteur public, collectant des informations auprès d'autres autorités administratives, que l'utilisation de ces données à des fins de service public ne constitue justement pas une réutilisation ? La pertinence d'une telle interprétation est faible, très faible même. En premier lieu, parce que l'article 10 al. 3 de la loi évoque bien l'hypothèse dans laquelle les personnes publiques seraient amenées à fournir de l'information à des fins de service public, en l'écartant du régime de la réutilisation. En deuxième lieu, parce que le texte ne fait pas spécifiquement référence aux organismes du secteur public lorsqu'il apporte cette précision, mais à l'ensemble des personnes publiques ou privées qui pourraient procéder à l'exploitation ou l'utilisation des données. De fait, en troisième lieu, une telle interprétation consisterait à dire que le législateur a entendu préciser aux opérateurs privés qu'ils se situent dans le régime de la réutilisation dès lors qu'ils n'emploient pas les données publiques à des fins de service public, ce qui n'a pas de sens, en tout cas pour la majorité des entreprises du secteur privé qui ne sont pas chargées d'une mission de service public.

Enfin, c'est l'argument le plus performant, les textes de la directive et de la loi font référence non pas à la mission de service public en tant que telle mais, plus précisément, à l'objectif de la mission de service public ou à sa finalité. Par conséquent, ce n'est pas la poursuite d'une mission de service public qui permet de déterminer l'applicabilité, ou pas, du régime de la réutilisation mais, comme le dit la loi, le but dans lequel l'information est utilisée dans le cadre du service public. Ainsi, l'application du régime de la réutilisation sera écartée dans l'hypothèse où un opérateur du secteur privé emploierait les données aux mêmes fins, dans le même but<sup>331</sup>, que la mission de service public ou de manière à ce que cet usage satisfasse l'objet de la mission de service public. C'est là la seconde interprétation que l'on peut faire de cette disposition.

**151. Signification de la référence à l'objet de la mission de service public.** - Une telle interprétation serait lourde de conséquences pour les industries de l'information, tout en préservant la situation de certains organismes publics qui procèdent à la diffusion d'informations dans le cadre de leurs obligations ou même, dans le prolongement de leur mission. En effet, cette lecture de l'article 10 al. 1 conduirait, au mieux, à écarter l'application des dispositions du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 dans l'hypothèse où les informations publiques seraient exploitées dans le même but que la mission de service public. En conséquence, la définition du régime de l'exploitation de ces données relèverait de

331. Le rapport au Président de la République relatif à 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 (*JO* du 7 juin 2005, p. 10021) dit que la réutilisation « est conçue comme l'utilisation de ces informations (publiques) à des fins étrangères au but en vue duquel elles ont été produites ».

l'administration détentrice du fonds informationnel, voire, dans les meilleurs cas, d'une négociation entre celle-ci et l'exploitant privé. Au fond, il s'agirait d'une situation peu différente de celle antérieure à l'adoption de cette réglementation. L'organisme public qui diffuse des données publiques dans le prolongement de sa mission pourrait ainsi parfaitement exiger, pour maintenir sa situation sur le marché, que son cocontractant propose une offre différente qui n'entre pas directement en concurrence avec la sienne. Plaide dans le sens de cette interprétation restrictive le fait que la référence à la finalité de la mission de service public résulte de l'intervention du Conseil de l'Union. Bien qu'elle soit fort restrictive, et plutôt difficile à appliquer selon les cas, c'est cette interprétation qui a récemment été confirmée par la CADA dans deux affaires où elle a rendu des décisions opposées.

### **152. L'interprétation de la Commission d'accès aux documents administratifs. -**

En l'espèce, la Commission était saisie par un maire<sup>332</sup> d'une demande de conseil relative à l'utilisation par un correspondant de la presse locale de la liste des publications annonçant les mariages. L'enjeu de la saisine reposait sur fait de savoir si le demandeur devait respecter les conditions d'usage fixées à l'article 13 de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la protection des données personnelles pour pouvoir réutiliser ces informations. La Commission observe que « l'objet même des bans et de leur publication à la porte de la maison commune, en application de l'article 63 du Code civil, est précisément de rendre publics les mariages à venir. Compte tenu de cet objet, elle estime que leur publication dans la presse locale ne constitue pas une utilisation de ces informations à des fins autres que celles de la mission de service public pour laquelle ils ont été élaborés, mais en est le prolongement. Il ne s'agit (...) pas d'une réutilisation ». Ainsi, dès lors que le réutilisateur entend employer l'information dans le même but que celui de la mission de service public (en l'occurrence celle de la publication ou de diffusion de l'information), le régime de la réutilisation serait écarté. Dans son rapport, à propos de cette affaire, l'autorité administrative indépendante a précisé que « la réutilisation consiste en l'utilisation d'information à des fins autres que celles en vue de laquelle elles ont été établies : la diffusion par voie de presse des bans pour les mariages n'est pas une réutilisation »<sup>333</sup>.

Un autre avis de la CADA est venu confirmer cette interprétation. La Commission était saisie par une société qui s'était vue opposer un refus d'accès à des résultats d'examen en vue de les diffuser en ligne, au motif que, notamment, le rectorat en question procédait déjà à la diffusion de cette information. La Commission va considérer que « la mise à disposition de résultats d'examens par la société France examen constitue une réutilisation de ces informations ». Comment expliquer une telle appréciation, alors que ces informations faisaient l'objet d'un usage similaire, sinon par la considération selon laquelle la diffusion des

332. CADA, Conseil du 14 septembre 2006, n°20063781, *Maire de Foug*, rapport pour 2006, p 141

333. CADA, rapport d'activité pour 2006, p. 82



résultats d'examen ne constitue pas l'objet du service public de l'éducation. Autrement dit, ils ne sont pas établis en vue d'être diffusés.

**153. Réutilisation et diffusion de l'information.** - Au-delà des ces espèces, cette analyse a une portée considérable. Qu'en sera-t-il en effet de la diffusion commerciale par des opérateurs privés des données qui sont collectées par les organismes du secteur public, précisément à des fins de diffusion, et qui sont souvent subordonnées au paiement d'une redevance ? À suivre l'avis de la Commission, elle devrait échapper au régime de la réutilisation. Or, cela concerne potentiellement de nombreuses et d'importantes bases de données publiques. D'apparence anodine, la référence à l'objet de la mission de service public conduirait à écarter du régime de la réutilisation nombre de données publiques qui font l'objet d'une diffusion, précisément parce qu'il s'agit là du but de la mission de service public impartie à certains organismes publics.

L'exemple de l'information légale sur les entreprises est, à cet égard, éclairant. L'institut national de la propriété industrielle a notamment pour mission, en vertu de l'article L. 411-1 du Code de la propriété intellectuelle, de « centraliser et de diffuser toute information nécessaire pour la protection des innovations et pour l'enregistrement des entreprises (...), il centralise le registre du commerce et des sociétés, le répertoire des métiers et le bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ; il assure la diffusion des informations techniques, commerciales et financières contenues dans les titres de propriété industrielle et instruments centralisés de publicité légale ». Compte tenu de l'objet de la mission de service public, il faut considérer qu'un opérateur privé qui se limiterait à rediffuser les informations contenues dans le Registre du commerce et des sociétés échapperait aux prescriptions du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation des informations publiques. Il en irait de même, par exemple, pour les informations contenues dans le BOAMP ou le BODACC. Il ne pourrait donc accéder et réutiliser l'information publique sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978.

On pourrait bien sûr objecter qu'un opérateur privé ne se contenterait pas de diffuser ces informations telles quelles, qu'il apporterait une valeur ajoutée, soit dans la présentation, soit dans le contenu, en les croisant avec d'autres informations, et que cette considération, encore que l'argument mériterait d'être approfondi<sup>334</sup>, empêcherait toute assimilation avec la diffusion qui est l'objet du service public et on se retrouverait alors dans le cadre de l'application du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978. Encore, il serait possible de dire que certaines licences de rediffusion subordonnent la réutilisation à l'apport d'une certaine valeur ajoutée, ce qui devrait empêcher de rapprocher la diffusion commerciale à laquelle procède l'opérateur privé à celle du service public. Cependant, outre le fait que l'insertion d'une telle

334. En effet, la référence à l'objet de la mission n'implique pas la prise en considération de la façon dont les données sont diffusées.

clause dans les licences de réutilisation ne semble plus compatible avec les dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978, il n'est pas possible d'exclure une telle hypothèse, notamment pour les données contenues dans les bulletins officiels qui supposent une fréquente mise à jour ; de nombreux services privés se contentant de fournir simplement ces données. De surcroît, la loi ne subordonne en aucune mesure la réutilisation à une condition telle que l'exploitant privé doive apporter une valeur ajoutée à l'information qu'il obtient du secteur public. Par contre, dans le cas où cette interprétation venait à être confirmée, de telles stipulations contractuelles pourraient être imposées de manière pour le secteur public à être préservé d'une concurrence directe d'un opérateur privé. On pourrait ensuite affirmer que la diffusion de telles données par une entreprise privée serait réalisée à des fins commerciales et que la diffusion mise en œuvre par le service public se distingue de celles du secteur privé, en tant qu'elle poursuit une finalité de service public. Cependant, la loi n'impose pas une telle condition. Ce n'est pas la finalité commerciale ou la finalité de service public qui constitue le critère de la discrimination, puisqu'il n'est pas possible d'envisager que les opérateurs privés désirant accéder aux données publiques poursuivraient une telle mission alors qu'ils n'en sont pas chargés, mais bien l'objet de l'usage de l'information dans le cadre du service public. Dès lors, il faut admettre que ces données échappent au régime de la réutilisation. Ce faisant, de très importantes bases de données publiques, parmi celles qui sont le plus importantes pour le marché, seraient exclues du régime de la réutilisation. Nombre d'organismes publics ont en effet pour mission de diffuser des informations.

La référence au service public complique ainsi la lecture de la loi du 17 juillet 1978. Pour savoir si le régime de la réutilisation est applicable, il faut s'interroger cas par cas sur l'objet de la mission de service public, qui peut être rendu plus difficile lorsque l'activité est exercée dans le prolongement de cette mission, et le comparer avec l'utilisation de l'information que compte faire le réutilisateur. En l'absence d'autres éléments, et notamment d'interprétation par la CADA ou la jurisprudence, il n'est pas possible d'aller.

En conclusion, la notion de réutilisation est très large, bien que la directive 2003/98/CE ait mis l'accent sur les activités économiques et techniques portant sur l'exploitation des données, toute sorte d'usage de l'information publique se trouve soumis aux dispositions de la loi, pour autant qu'il ne corresponde pas à l'objet de la mission de service public pour lequel les données ont été établies.

### **§3 – La réutilisation et l'échange d'information entre organismes publics**

**154. Clarification.** - Le dernier alinéa de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 écarte du régime de la réutilisation les informations publiques échangées par les organismes publics pour l'accomplissement de leurs missions en disant que « l'échange d'informations publiques

entre les autorités mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> aux fins de l'exercice de leur mission de service public, ne constitue pas une réutilisation au sens du présent chapitre».

L'analyse de cette disposition, introduite par le Conseil au cours de la procédure de codécision<sup>335</sup>, à défaut d'éléments d'interprétations issus de la transposition, peut s'agréer de la lecture du considérant 19 de la directive 2003/98/CE qui précise que les conditions de réutilisation « ne doivent pas empêcher les organismes du secteur public d'échanger des informations gratuitement dans le cadre de leurs missions de service public, alors que la réutilisation des documents est payante pour d'autres parties ». On l'aura remarqué, le rapprochement de ces deux dispositions révèle une contradiction qu'il convient d'expliquer avant de commenter les dispositions de l'article 10 al. 3 de la loi du 17 juillet 1978 : comment les informations publiques « échangées » par les organismes publics pour répondre aux besoins de leurs missions de service public pourraient-elles être soumises à des « conditions de réutilisation » alors même que l'article 2 al. 4 de la directive soustrait cet échange au régime de la réutilisation ? Cela n'est guère possible, il doit s'agir là d'une erreur matérielle. Et, en dernière analyse, seule l'exclusion des échanges d'informations entre les organismes publics de la notion même de réutilisation doit être prise en compte, puisqu'elle a seule force contraignante. Indiquons cependant que le texte du considérant 19 a été introduit avant l'article 2 al. 4 pour préciser la portée des dispositions de la directive consacrées au respect du principe de non-discrimination<sup>336</sup>. Il en porte d'ailleurs encore la marque parce qu'il commence par rappeler que « les conditions de réutilisation devraient être non-discriminatoires pour les catégories comparables de réutilisation ». Aussi, ne s'agissait-il que de souligner le fait que les conditions et la tarification de la réutilisation pouvaient être modulées en fonction de différentes catégories de réutilisation et, surtout, que le principe de non-discrimination ne remettait pas en cause la pratique des administrations des Etats membres de procéder à l'échange ou la fourniture gratuite des données produites lors de leur mission de service public pour les besoins d'une autre mission assumée par un autre organisme.

**155. Justification de l'exclusion des échanges d'informations entre organismes publics du régime de la réutilisation.** - La question qui se pose alors est de savoir pourquoi avoir exempté l'échange ou la fourniture de données publiques d'une administration à un autre du régime de la réutilisation. Bien sûr, on pourra d'abord dire qu'il ne s'agissait pas là de l'objet de la réglementation communautaire qui évolue au-delà des relations entre organismes publics, puisqu'elle vise à promouvoir un marché de l'information auquel l'échange de données entre organismes publics à des fins de service public ne saurait

335. Conseil de l'Union Européenne, Groupe télécommunications, 10 octobre 2002, doc. n° 13225/02, p. 5.

336. La soustraction de l'échange d'informations publiques à la directive réutilisation, à notre connaissance, apparaît pour la première fois dans un document du Conseil en novembre 2002. Conseil de l'Union Européenne, groupe télécommunications, 4 novembre 2002, doc. n° 11093/02, p. 4.

contribuer. Un autre argument, lié au précédant, consisterait à dire que la réglementation communautaire tendait seulement à réguler les rapports entre secteur public et privé sur les marchés de l'information, pour des réutilisations se situant en aval de la sphère publique. L'application d'une telle réglementation, contenant nombre de principes issus du droit de la concurrence, motivée et poursuivant des objectifs économiques, marchands, a très certainement paru aux Etats membres incompatible avec les objectifs de service public poursuivis par les organismes publics lorsque, pour accomplir leurs missions, ils se voient transmettre des données par d'autres services publics. Une telle application aurait conduit à apprécier une telle fourniture de données sous le prisme d'un cadre réglementaire établi essentiellement à des fins marchandes ; l'échange de données aurait pu être analysé à la lumière des règles du droit de la concurrence par exemple. Bref, cette exclusion permet d'éviter que ne s'instaure et ne se généralise des rapports de nature marchande, justement parce que la loi les auraient avalisés, entre les organismes du secteur public lorsqu'ils disposent de données nécessaires à l'accomplissement d'autres missions<sup>337</sup> ; la référence à la gratuité de l'échange dans les dispositions précédemment commentées plaiderait d'ailleurs en ce sens. Une telle exclusion doit être approuvée ; la réflexion sur l'échange des données entre organismes publics devant évoluer, principalement, au regard de considérations relatives à l'intérêt général<sup>338</sup>.

337. Une telle situation est déjà avérée dans certains domaines. Dans le secteur de l'information géographique, il a pu être dit que « l'ensemble des principaux clients du RGE, c'est-à-dire les services de l'Etat et les collectivités territoriales acceptent difficilement que l'opérateur d'Etat qu'est l'IGN noue avec eux des relations de forme purement commerciales, d'autant plus que l'institut bénéficie dorénavant d'un droit exclusif qui oblige l'Etat et ses membres à contracter avec lui, sous réserve que les produits de l'IGN correspondent à leurs besoins. D'emblée, les services de l'Etat envisageraient plutôt un cadre de coopération, perçu comme plus sain qu'une relation d'affaires, dans lequel les apports respectifs des parties seraient valorisés et donneraient lieu à un partage des coûts. Au lieu de cela, ils ont affaire à des vendeurs qui parlent de prix ou de licences ». LUBEK (P.), CANNARD (P.), COUSQUER (Y.), CHAMPAGNE (V.), *Rapport d'enquête sur le référentiel à grande échelle de l'institut géographique national*, décembre 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000418/index.shtml>. Lors de la discussion de la directive INSPIRE (Directive 2007/2 CE du Parlement et du conseil du 14 mars 2007 établissant un infrastructure d'information géographique dans la communauté européenne, JOUE L. 108/1 du 24 avril 2007), relative à la constitution d'une infrastructure géographique européenne, qui doit d'ailleurs s'articuler avec la directive 2003/98 CE, la Commission a du composé de telles pratiques le considérant 23 de la directive 2007/2 indiquant que « Les mécanismes de partage des séries et des services de données géographiques entre les gouvernements et les autres administrations publiques et les personnes physiques ou morales exerçant, dans le cadre du droit national, des fonctions d'administration publique, devraient tenir compte de la nécessité de protéger la viabilité financière des autorités publiques, en particulier de celles qui ont l'obligation d'obtenir des recettes. En tout état de cause, le paiement demandé ne devrait pas excéder les coûts de la collecte, de la production, de la reproduction et de la dissémination, en ce compris un retour raisonnable sur l'investissement ».

338. Le rapport d'enquête sur le référentiel à grande échelle de l'institut géographique national (préc.), adopté suite à la transposition de la directive 2003/98, fait état de considérations de cet ordre concernant les données géographiques qui sont obligatoirement transmises par les services de l'Etat à l'IGN : « une fourniture de données ainsi payées de retour signifie que les données de base ont une valeur et, dès lors, les collectivités territoriales qui les produisent seraient fondées à ne pas les fournir aux services de l'Etat sans contrepartie. Or, il y a une difficulté réelle à ce que les collectivités fassent commerce avec tel ou tel service de l'Etat des données publiques qu'elles produisent, car, dans une telle logique, où doit-on et peut-on s'arrêter ?

La raison d'être probable d'une telle exclusion ayant été explicitée, il reste à préciser en quoi consiste l'échange de données du secteur public et à évaluer la pertinence d'une telle exclusion au regard des pratiques actuelles des organismes du secteur public.

**156. La notion d'échange.** - Ni la loi ni la directive ne définissent la notion d'échange. Tout au plus sait-on que cet échange doit être finalisé à l'accomplissement d'une mission de service public. Et la doctrine s'est peu intéressée à cette exclusion. Par conséquent, l'interprétation de cette disposition soulève de nombreuses interrogations. Les textes étant peu loquaces, on se reportera au sens communément attribué au terme d'échange ainsi qu'à son sens juridique. La lecture de plusieurs dictionnaires nous apprend que le terme d'échange est synonyme du troc ; il consiste à donner une chose pour une autre, un bien contre un autre bien. L'échange, dans le domaine commercial, désigne aussi « *une opération commerciale non monétaire* » qui est à rapprocher du terme de compensation. Enfin, d'un point de vue plus juridique, l'échange constitue une catégorie de contrats. Défini à l'article 1702 du Code civil, « *l'échange est le contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre.* » Bref, l'échange implique, spécialement, la réciprocité et s'oppose à l'unilatéralité des prestations.

**157. Illustrations de la notion d'échange de données pour l'accomplissement d'une mission de service public.** - Dans certaines situations, il n'est pas de difficultés à admettre la réalité de l'échange de données entre certains organismes publics. Il en va par exemple ainsi de l'échange d'informations, d'ailleurs prévu par les textes<sup>339</sup>, auquel procèdent l'INSEE et les communes ou les établissements de coopération intercommunale dans le cadre du recensement de la population, pour la constitution et la mise à jour du répertoire d'immeubles localisés.

Dans la mesure où elle peut être comprise comme une compensation, la notion d'échange a une portée suffisamment large pour saisir des situations qui, en première analyse, ne peuvent apparaître comme telles. Le cas des conventions conclues entre les collectivités territoriales et la direction générale des impôts (DGI) pour la numérisation du plan cadastral sous forme vectorielle est assez topique. Au terme de ces conventions, la DGI met à

---

L'Etat lui-même met à disposition des collectivités des données qui leur sont nécessaires et qu'il lui a coûté de produire. Toute information ne peut devenir un prétexte à paiement réciproque sauf à compliquer à l'envi, tout en la paralysant au passage, la relation entre l'Etat et les collectivités publiques ».

339. Arrêté du 9 octobre 2002 modifiant l'arrêté du 19 juillet 2000 portant création d'un traitement automatisé d'informations individuelles relatif à la constitution et à la mise à jour par l'INSEE du répertoire d'immeubles localisés (RIL), *JO* du 8 novembre 2002, p. 18501. L'article 4 de l'arrêté précise que « l'INSEE est seule destinataire des informations traitées. Toutefois, les informations relatives à la localisation des immeubles nécessaires à la préparation et à la réalisation des enquêtes de recensement sont librement échangées entre l'INSEE, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale intéressés ».

disposition gratuitement les feuilles de plan numérisées ainsi que leur mise à jour au profit des collectivités territoriales qui prennent en charge les opérations techniques de vectorisation selon un cahier des charges imposé par la DGI. En retour, celles-ci transmettent à la DGI les documents vectorisés qui les met par la suite gratuitement à la disposition des collectivités territoriales, des gestionnaires de réseaux et des services des administrations déconcentrés.

Toujours dans le domaine de l'information géographique, on peut encore considérer que la convention, conclue en 2001 entre l'IGN et la DGI au terme de laquelle les services de l'Etat mettent à disposition de l'établissement public les feuilles du plan cadastral – numérisées ou vectorisées – pour la réalisation de la base de données parcellaire du RGE, représente un échange au sens de l'article 10 al. 3 de la loi du 17 juillet 1978. Il est vrai cependant que les modalités de cet échange sont un peu particulières puisqu'elles reposent sur une facturation réciproque prévue pour s'égaliser : l'IGN facturant à la DGI sa base de données orthophotographique et la DGI son plan cadastral informatisé. Malgré cette spécificité, l'idée que la valeur des deux bases de données serait équivalente, la réciprocité des prestations et sa finalité de service public, nous permet d'analyser cette convention comme un échange.

Au vu de ces exemples, il nous semble que le terme d'échange permet de désigner l'ensemble des situations dans lesquelles les organismes publics, selon diverses modalités et sur la base d'une collaboration, se fournissent mutuellement des données nécessaires à la réalisation de leurs missions de service public.

**158. L'existence de relations marchandes entre les organismes du secteur public pour la fourniture de certaines informations publiques à l'épreuve de l'échange.** - Dans la pratique, il convient d'observer une certaine marchandisation des rapports entre les collectivités publiques<sup>340</sup>, en tout cas dans certains domaines d'activité. Nombre de données

340. Certains opérateurs publics, tels que l'IGN ou Météo France, interviennent dans la sphère concurrentielle mais aussi, parfois de façon prépondérante, à l'égard de clients publics (administrations de l'Etat, collectivités territoriales). Ainsi, une part des revenus issus de l'activité commerciale de ces organismes est directement issue de la cession de certains produits d'information à des collectivités territoriales ou à d'autres organismes du secteur public. Cette situation n'est pas vraiment satisfaisante dans la mesure où c'est, *in fine*, le contribuable (local ou national) qui acquitte par deux fois au moins le prix des données. Quelquefois la situation est encore plus complexe. Pour la réalisation du référentiel à grande échelle, ce sont les services de l'Etat qui transmettent les données (dont la collecte a été financée par le biais de l'impôt) à l'IGN (dont la moitié du budget dépend de fonds publics), qui cèdent ensuite le produit sur le marché... à des collectivités territoriales qui les acquièrent sur fonds publics. Certes, il s'agit là d'un problème de nature politique, mêlé de considérations budgétaires et sur lequel le droit a peu à dire, sinon que la directive sur la réutilisation des données publiques est relativement peu adaptée. La situation est similaire dans d'autres pays de l'Union. Il a pu être établi qu'une grande partie des recettes de l'Ordonnance Survey (OS), qui est l'organisme public chargé de la production d'informations géographiques en Grande Bretagne, en raison d'une politique qui le poussait à assurer une bonne partie de son financement à partir de recettes commerciales, provenait de la cession de données à d'autres organismes publics. « Of the 100 million annual OS revenues, only 32 millions come from commercial product sales. The remainder comes from other central, regional and local government departments and agencies as well from entrenched usage of large scale maps by the recently

du secteur public sont en effet fournies à titre onéreux aux collectivités territoriales ou à l'Etat aux fins d'accomplissement de leurs missions de service public. L'INSEE, conformément aux dispositions de l'arrêté du 22 mai 2002, procède ainsi à la cession de certaines données issues du recensement général de la population<sup>341</sup> ; quant à l'IGN, elle concède des droits d'utilisation portant sur certaines bases de données issues du référentiel à grande échelle sans qu'aucune compensation ne puisse être identifiée<sup>342</sup>. À cet égard, on ne peut sans doute pas parler d'échange d'informations ; les conventions conclues entre les collectivités territoriales et les organismes publics en cause ne sont d'ailleurs pas stipulées comme telles, le plus souvent elles se réfèrent à la cession de droits d'usage sur les données ou la base de données. Elles ne formalisent donc pas un échange ; elles ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une coopération entre organismes du secteur public. Dès lors, l'interrogation sur l'applicabilité des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation resurgit.

En effet, puisqu'il n'y a pas d'échange ni de collaboration entre collectivités publiques mais seulement des rapports de nature marchande, une telle occurrence ne peut que difficilement correspondre à l'exclusion prévue par cette disposition législative. Reste alors à savoir si une telle situation caractérise une réutilisation au sens de l'article 10 al. 1. On rappellera à cet égard que cet article dit qu'une réutilisation consiste dans l'utilisation d'informations publiques, par toute personne, à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle elles ont été élaborées ou détenues. Encore une fois, c'est la référence à la mission de service public qui pose problème. On ne pourrait admettre que la cession de droits d'exploitation sur certaines bases de données publiques au profit d'autres organismes publics concrétise une réutilisation que dans la mesure où les missions de service public ayant justifié la collecte, la production ou la diffusion d'informations, seraient étrangères à celles qu'entend satisfaire l'organisme public par l'acquisition de ces informations. Évidemment, une telle interprétation ne correspondrait pas forcément à l'objet de la directive, mais elle résulte directement de son texte. Il est difficile de concevoir que la

---

privatized utilities. This remaining revenues cannot reasonably be characterised as commercial but rather are a combination of monopoly rent and reallocation of public money from one public sector ledger to another, with no benefit to the taxpayer or treasury ». (P. N. WEISS, « Borders in Cyberspace : Conflicting Public Sector Information Policies and their Economic Impacts », AICHOLZER (G.) dir., *Public Sector Information in the Digital Age*, préc. p. 137 )

341. Arrêté du 22 mai 2002, portant création d'un traitement automatisé réalisé à l'occasion de la collecte et de la diffusion des résultats du recensement général de la population de 1999, *JO* du 24 mai 1998, p. 7923. L'article 11 de ce texte prévoit que « sous réserve de la signature d'une licence d'usage spécifique dont le modèle a été accepté par la Commission nationale informatique et libertés, les produits décrits au (ii) de l'article 9 et au (ii) de l'article 10 peuvent être cédés, au niveau géographique de l'ilot, aux collectivités territoriales et à leurs regroupements, aux administrations et aux établissements publics ayant une mission de création ou de gestion de service public ».

342. Il faut dire que le cas des bases de données issues du RGE est un peu particulier, puisque les acheteurs publics sont captifs. Bien que contesté, l'octroi d'un monopole de droit à l'IGN a été confirmé par le Conseil d'Etat (CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de géomatique*, req. n° 276928, *AJDA* 2007, p. 744, note S. NICINSKI).

cession de droits sur une base de données, fut-elle réalisée pour satisfaire une mission de service public, ne constitue pas une réutilisation lorsque l'objet de la mission de service public à l'origine de la production de données est étranger à celui que l'acquéreur poursuit. D'ailleurs la CADA se réfère aussi à l'objet de la mission de service public pour déterminer celles des utilisations qui constituent une réutilisation ou pas.

Néanmoins, même si, matériellement, les collectivités publiques peuvent commercialiser des données à d'autres autorités publiques, elles ne seraient pas soumises aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978, et leur communication ne pourrait donc pas être assimilé à une réutilisation, pour la simple raison que ce texte n'est pas applicable aux rapports entre collectivités publiques. Plus exactement, le droit d'accès aux documents administratif, dont l'application conditionne la réutilisation, ne vaut qu'entre l'administration et les administrés. La CADA a ainsi pu dénier sa compétence pour connaître pour connaître des demandes tendant à la communication des documents administratifs entre autorités publiques. « Cette loi garantit au profit des administrés un droit d'accès aux documents administratifs et n'a pas vocation à régir les transmissions de documents entre les autorités mentionnées à son article 1er qui doivent le cas échéant, être traitées par les textes relatifs à ces autorités et à leurs missions. »<sup>343</sup>

L'inapplicabilité du droit de réutilisation aux rapports entre les collectivités publiques laisse donc pendante la question du régime juridique de la commercialisation des données publiques réalisées entre organismes publics. Mais, il est vrai que ce n'était peut-être pas là l'objectif premier du texte communautaire. Il nous semble quand même qu'il faudrait poser la question de l'efficacité économique de tels rapports et aussi, surtout, celle de l'équité de telles pratiques qui reviennent à faire payer au contribuable local et national, par deux fois donc, les données en cause.

---

343. CADA, conseil n°20070498 du 8 mars 2008, *Maire de Châteauroux*



## Conclusion du Chapitre II

**159.** - Résumons nous : les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives au commerce de l'information publique ne sont pas applicables aux données produites ou détenues par un service public à caractère industriel et commercial ; à celles qui sont utilisées par le réutilisateur dans le même but que le service public administratif ; à celles qui font l'objet d'un échange entre organismes publics, malgré l'essor d'une marchandisation des rapports entre collectivités publiques ; à celles sur lesquelles les tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ; à celles qui relèvent d'un autre régime de communication que celui institué par la loi du 17 juillet 1978 ; et, justement, à celles qui, en vertu des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 ou de celle du 6 janvier 1978, sont protégées par un secret. En définitive, seules les informations contenues dans les documents administratifs, communicables ou diffusés, produits par les personnes publiques ou privées dans le cadre de leur mission de service public à caractère administratif, revêtent le caractère d'informations publiques et pourront, comme telles, être soumises aux règles fixées par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978.

L'étendue du droit de réutilisation se trouve donc fortement limitée, ce qui retentit inévitablement sur la portée que le législateur national a entendu lui accorder. Peut-on prétendre, au regard de ce champ d'application constellé d'exceptions, que le législateur national (et communautaire) désire vraiment atteindre les objectifs de développement des marchés de l'information ou entamer une réflexion globale sur la régulation de ces marchés ? C'est pour le moins douteux. Le régime législatif ne s'exercera que sur une petite fraction d'informations, laissant d'autres règles de droit saisir (l'étude du régime juridique de leur commercialisation relèvera de la seconde partie de cette étude) toutes celles qui échappent à l'application de la loi. La pratique, en ce qui concerne ces données, n'est donc pas du tout modifiée, et il est probable que les difficultés d'accès ou d'utilisation persisteront.

À cette remarque sur l'indigence de ce champ d'application, il faut rajouter la considération suivante : sa délimitation, selon les cas, peut s'avérer très délicate, ce qui rend peu prévisible la mise en oeuvre du dispositif législatif. Les notions de réutilisation et d'information publique sont à plusieurs égards indéterminées. Elles dépendent notamment de la mise en oeuvre de la notion de service public, qui n'est pas toujours strictement délimitée. La dichotomie entre SPIC et SPA retenue par la loi induit ainsi une délicate partition - au sein d'un même organisme public - entre celles des données produites dans le cadre d'un SPIC et d'un SPA. La lecture de la loi du 17 juillet 1978 ne s'en trouve pas facilitée, les difficultés de qualification des activités de service public au sein d'un même organisme public pouvant être exacerbées, dans un domaine d'activité où plusieurs services publics administratifs comptent sur les importantes sources de revenus issues de la mise à disposition d'ensembles informationnels pour financer leur budget. De plus, les exceptions liées à l'existence d'un droit d'auteur d'un tiers, notamment des fonctionnaires, sont très difficiles à mettre en

oeuvre, le dispositif législatif et réglementaire étant ici aussi fort complexe. Autant dire, que le champ d'application des dispositions du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 est loin d'être complètement fixé, sa mise en oeuvre pose en effet bon nombre de questions qui devront être résolues.

## CONCLUSION DU TITRE 1<sup>ER</sup>

**160. Décalage.** - L'étude successive des étapes de la création du droit de réutilisation et du champ d'application permet de former une idée un peu plus précise sur sa portée. Elle est relativement faible et l'hypothèse que nous formulons au départ, selon laquelle le droit de réutilisation renverserait un rapport de force plutôt favorable à l'administration, ne devrait être une réalité que dans certains cas limités et, parfois, difficiles à appliquer. C'est donc, avant même l'étude du régime juridique de la réutilisation, le constat d'un décalage entre les ambitions affichées par la politique de la Commission européenne, toujours renouvelée dans le sens d'une plus grande ouverture et d'une plus grande circulation des données publiques, de la création de produits européens d'information, et la politique du Gouvernement français, similaire en vérité à nombre de politiques des Etats membres de l'Union<sup>344</sup>, plus protectrice des situations des organismes publics, qu'il faut faire au terme de cette analyse. Bien sûr, de puissants motifs d'opportunité sont sous-jacents à cette résistance, ouverte ou larvée ; ils sont financiers, budgétaires. D'autres reposent sur des raisons théoriques ou de principe. La commercialisation des données publiques, compte tenu de la variété de ces informations et des régimes juridiques en cause, est plurielle, elle ne saurait recevoir de réponse unique ; un cadre réglementaire en pointillé, laissant la pratique trouver ses solutions à partir de quelques prescriptions, serait préférable. C'est peut-être exact ; peut-être pas. Nous y reviendrons. Quoi qu'il en soit, on peut constater avec déplaisir et quelques regrets qu'après de nombreuses années de réflexion, plusieurs projets ou propositions avortées, d'importants contentieux qui ont contribué à placer la pratique de la commercialisation des données publiques sous l'éclairage de l'analyse économique, que le législateur national n'a pas saisi l'occasion de la transposition de la directive pour proposer un projet un peu plus original et formuler une politique plus ambitieuse. Aucune réflexion d'envergure n'a en effet accompagné ou précédé la transposition, qui se situe même, à plusieurs égards, en deçà des projets de loi sur la société de l'information. Surtout, alors que l'économie de l'information, l'économie de l'immatériel est au centre du développement économique des pays développés, les finalités économiques de cette réglementation ont été occultées et les problématiques de régulation des marchés révélées par de récurrents litiges passés sous silence. Le législateur a fait le choix de placer la

---

344. Voir, par exemple, le cas du Royaume-Uni, qu'il est habituel de citer en exemple, mais où il existe en réalité pour les données des diffuseurs publics institutionnels des difficultés d'accès à l'information

commercialisation des données publiques sous le signe de la relation entre l'administration et le citoyen. L'option peut certes se défendre à condition de distinguer, de manière radicale et tranchée, les objectifs de la réutilisation commerciale des autres formes d'usage de l'information. Mais ces *distinguo*, pourtant élémentaires, n'ont pas même été faits. Bref, tout cela porte le goût de l'inachevé, de « l'occasion manquée »<sup>345</sup>; le déficit démocratique, l'absence d'affichage politique de la question y est peut-être pour beaucoup. Ainsi, on se retrouve devant un texte, qui a certes le mérite d'exister mais qui, nous semble-t-il, passe à côté de l'essentiel tout en n'étant pas applicable à bon nombre d'informations produites par le secteur public. L'étude du régime juridique de la réutilisation amplifie d'ailleurs encore un peu plus ces lacunes.

---

345. L'expression est de B.Nouel( *La communication des données publiques et le droit de la concurrence : l'occasion manquée*, RFAP - n°72, 1994, p.623)

## Titre deuxième

### Le régime de la réutilisation de l'information publique

**161. Caractères généraux.** – Le régime juridique de la réutilisation de l'information publique imaginé par la législateur communautaire et complété par le gouvernement français lors de la transposition de la directive est étendu : Il appréhende aussi bien les questions liées à l'accès à l'information publique par le secteur privé (préoccupation majeure de la Commission européenne) que celles relatives à l'usage de l'information publique sur le marché (préoccupations récurrentes de l'administration), c'est-à-dire, au fond, à la circulation des données. Saisissant également les deux principaux aspects du commerce des informations publiques, la loi ne les traite cependant pas de manière équivalente. En effet, bien que le législateur national ait inséré nombre de dispositions relatives aux conditions d'utilisation des données publiques et institué un contrôle de cet usage, le régime juridique de la réutilisation reste centré sur l'accès à l'information publique. C'est donc principalement, la relation entre l'administration et le réutilisateur à propos de la mise à disposition de l'information qui s'est trouvée réglementée.

Cette assez large extension du régime juridique de la réutilisation, beaucoup plus ample que les simples transcriptions de la directive auxquelles ont procédé d'autres Etats membres de l'Union, ne doit cependant pas occulter le fait que, en profondeur, il est loin d'être complet. Très souvent directives, les règles relatives à la réutilisation sont en fait peu prescriptives, peu contraignantes, notamment pour les administrations disposant des fonds informationnels. Le régime consacré par la loi contient en outre nombre de notions nouvelles dont le contenu n'a pas forcément été précisé alors que, pour espérer une effectivité immédiate, elles eussent certainement mérité de l'être. En somme, sa densité normative est faible et son indétermination, sur des points très importants, évidente. Le manque d'élaboration de certaines notions clés couplée au caractère très éthéré de la réglementation qu'il prescrit nous incite à dire dès maintenant que le régime de la réutilisation figurant dans le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978, est en quête de contenu. Autrement dit, c'est un régime juridique en devenir.

**162. Plan.** – Pour essayer de démontrer l'exactitude de ce jugement tout en essayant, autant que faire se pourra, d'expliquer certaines notions et compléter son contenu, nous étudierons les trois aspects du régime juridique de la réutilisation des informations publiques qui se dégagent de la loi du 17 juillet 1978 et de son décret d'application. La réutilisation de l'information publique supposant l'accès aux données, ces textes définissent, d'abord, des modalités d'accès à l'information publique (chapitre I), ensuite, parce que l'utilisation de

l'information sur le marché ne peut pas être exempte d'encadrement juridique, des modalités d'usage (chapitre II) de l'information et, enfin, à travers des règles procédurales, matérielles, et une institution qui est chargée de l'assurer, un contrôle des modalités d'accès et d'usage des informations publiques (chapitre 3).

## Chapitre I

### Les modalités d'accès à l'information publique

**163. La réglementation des modalités d'accès à l'information publique comme objet principal de la directive 2003/98/CE.** - L'encadrement juridique de la mise à disposition des informations publiques ou, pour le dire autrement, l'aménagement des modalités d'accès aux données du secteur public, est au cœur de la régulation proposée par la directive 2003/98/CE. La majeure partie de ses dispositions est en effet consacrée à la réglementation des conditions d'accès du secteur privé à l'information publique. L'article 4 du texte communautaire institue des procédures et des délais régissant le traitement des demandes de réutilisation par le secteur privé ; l'article 5 traite des formats dans lesquels les données peuvent être délivrées ; l'article 6 trace des lignes directrices devant guider les organismes publics dans l'établissement du prix de la mise à disposition ; l'article 7 met en place des règles de transparence destinées à améliorer la connaissance de l'offre des données publiques ; l'article 9 prévoit la création d'un répertoire pour faciliter la recherche des documents. Et l'on pourrait même dire que les articles 8, 9, et 11, consacrés respectivement aux licences de réutilisation, au respect du principe de non discrimination et à l'interdiction des accords d'exclusivité, sont en rapport étroit avec la question de la mise à disposition<sup>346</sup>. Il n'y a rien d'étonnant à cela. La directive 2003/98 tendait à faciliter l'usage des documents du secteur public par le secteur privé, or, c'est précisément la question de l'accès aux ensembles informationnels, de nombreux contentieux l'ont montré, qui faisait difficulté. En adoptant une lecture de droit économique, on pourrait dire que la directive a posé quelques éléments de réglementation permettant d'encadrer l'accès à une ressource rare.

Le choix d'insérer les dispositions de la directive dans la loi du 17 juillet 1978 a facilité la transposition de plusieurs règles de la directive 2003/98/CE, les procédures établies par la loi pour l'accès aux documents administratifs valant aussi pour la réutilisation. Pour les autres, celles qui, eu égard à l'objet de la directive, n'ont rien en commun avec l'accès aux documents administratifs, le législateur les a transposées en procédant parfois à certains aménagements. La loi du 17 juillet 1978, qui n'établit pas de distinction entre ses dispositions en tant qu'elles se rapporteraient au processus de communication des informations publiques à des fins de réutilisation ou d'usage des informations publiques, n'ordonne pas ces règles. On

<sup>346</sup>. La directive comporte 15 articles.

peut toutefois, dans un souci de systématisation, distinguer trois types de dispositions. Les premières ont essentiellement une portée pratique. Les autres sont d'ordre procédural : elles sont destinées à encadrer le traitement de la demande de réutilisation par l'administration. Enfin, les troisièmes constituent, à proprement parler, de véritables modalités de mise à disposition qui se déploient au plan technique, juridique et financier. Pour les besoins de l'exposé, nous ne mettrons pas ces règles sur le même plan. Compte tenu de leur importance, du point de vue du développement des marchés de l'information, des finances des organismes publics et des questions d'ordre théorique et pratique qu'elles posent pour leur application, on isolera les dispositions relatives à la tarification de l'accès aux informations publiques à des fins de réutilisation (section 1), des autres règles régissant l'accès (section 2).

## Section I

### La tarification de l'accès aux informations publiques

**164. La liberté tarifaire des organismes publics.-** Malgré son importance pratique, puisque c'est essentiellement du prix que dépend l'apparition de la concurrence sur les marchés de l'information ; le nombre de contentieux qui est plus ou moins directement lié à la question de la tarification en atteste d'ailleurs abondamment. Malgré les diverses réflexions menées par la doctrine, dans les cercles de l'administration ou par les instances communautaires, le problème du prix d'accès à l'information publique, demeure encore irrésolu. Ni la directive 2003/98/CE, ni la loi du 17 juillet 1978, qui fidèlement la transpose, n'adoptent en effet de solutions décisives et, à quelques aménagements près, rien ne nous permet de penser que les pratiques tarifaires existantes seront fondamentalement modifiées. Les textes sont ici trop incitatifs, voire descriptifs ; aucunement prescriptifs. Bref. leur densité normative est trop faible pour bouleverser les comportements. Pour s'en convaincre, il suffira d'exposer les dispositions qu'ils consacrent spécialement à la question tarifaire.

L'article 6 de la directive du 17 décembre 2003 relatif aux « principes de tarification » dit que « lorsque des redevances sont prélevées, le total des recettes provenant de la fourniture et des autorisations de réutilisation de ces documents ne dépasse pas le coût de collecte de production de reproduction et de diffusion, tout en permettant un retour sur investissement raisonnable. Les tarifs devraient être fixés en fonction des coûts pendant la période comptable appropriée et calculés en concordance avec les principes comptables applicables aux organismes du secteur public concernés »<sup>347</sup>. C'est tout ce que prévoit ce texte et c'est très peu. En fait, après avoir rappelé que la perception de redevances était facultative, il ne pose qu'un seul principe : celui du plafonnement des bénéfices réalisés par les organismes publics à l'occasion de la fourniture des données. Pour le reste, le conditionnel n'étant pas impératif, la directive n'impose pas de principe d'orientation des prix vers les coûts. Le texte communautaire ne prend donc pas parti pour certaines des politiques de tarification de l'information dont certains documents préparatoires à la directive avait vanté les mérites en termes d'efficience économique. La méthode de tarification du coût minimum impliquant le recouvrement des coût marginaux de reproduction et de mise à disposition des informations publique n'a pas été imposée.

---

347. Directive 2003/98 du Parlement et du Conseil du 17 novembre 2003, concernant la réutilisation des informations du secteur public, préc.



Quant à la loi du 17 juillet 1978, elle est un peu plus prolixe que la directive<sup>348</sup>. En substance, après avoir indiqué que la perception d'une redevance n'est pas obligatoire pour l'administration qui procéderait à la mise à disposition d'informations publiques, elle précise d'abord les coûts dont l'administration « *tient compte* » pour l'établissement des redevances. Il s'agit des « *coûts de mise à disposition des informations, notamment, le cas échéant, du coût d'un traitement permettant de les rendre anonymes* ». Elle indique ensuite, les coûts dont « *l'administration peut aussi tenir compte* » : Ce sont les coûts de collecte et de production. Mais l'assiette de la redevance peut encore « inclure une rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle ». Enfin, l'article 15 de la loi rappelle les exigences du principe de non discrimination et l'existence d'un plafonnement global de la tarification. Au cas où l'administration choisirait de recouvrir les coûts de production de l'information, elle « doit s'assurer que les redevances sont fixées de manière non discriminatoire et que leur produit total, évalué sur la période comptable appropriée en fonction de l'amortissement des investissements, ne dépasse pas le total formé, d'une part, des coûts de collecte, de production et de mise à disposition de l'information et, d'autre part, le cas échéant, de la rémunération définie au présent alinéa. Lorsque l'administration qui a élaboré ou détient des documents contenant des informations publiques utilise ces informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut en facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même ».

Si elle est un peu plus détaillée que la directive, et qu'elle semble valider l'idée selon laquelle les tarifs doivent tenir compte des coûts - encore qu'il convienne d'apprécier la portée de l'expression qu'elle retient-, la loi n'est pas plus contraignante que le texte communautaire. Nulle préférence pour telle ou telle politique de tarification n'est imposée ni même exprimée; nulle sanction n'assortit le principe de fixation des prix en fonction des coûts. Les organismes publics peuvent donc choisir de mettre l'information à disposition gratuitement ou bien de la facturer au coût marginal ou bien de facturer les coûts totaux et, éventuellement, percevoir une marge bénéficiaire.

En réalité, ces dispositions ne sont que le reflet de la pratique ; elles l'accompagnent, elles la valident. A cet égard, l'intention du législateur communautaire était très claire. On peut lire dans la proposition de directive que « la présente proposition (...) n'impose pas de changement radical en ce qui concerne les politiques tarifaires. Bien qu'elle incite les Etats membres à encourager les organismes publics à adopter chaque fois que cela est possible la méthode de facturation au coût marginal (...) elle laisse le soin aux Etats membres et à ses

348. Le décret n° 2005-1755 *relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des données publiques pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978* (JO du 31 décembre 2005, p. 20827) est encore plus décevant de ce point de vue puisque la question tarifaire s'y trouve totalement éludée.

organismes publics de définir les politiques tarifaires»<sup>349</sup>. La loi n'ayant pas fait le choix d'une politique tarifaire, aujourd'hui comme hier, ce choix revient aux organismes publics. En conséquence, les textes offrent aux fournisseurs d'information publique la liberté de définir le principe et les modalités de la tarification des données ou bases de données qu'ils mettent à disposition.

**165. Les contraintes sur la liberté tarifaire des organismes publics et l'interprétation de la loi au regard du droit de la concurrence.** - Cette lecture plutôt sévère des dispositions législatives peut cependant être renversée, car il était difficile à la Commission européenne et au législateur national d'aller au delà dans la définition des principes devant guider la tarification de la mise à disposition des données publiques. Plusieurs raisons s'y opposaient. La fourniture des données publiques (et au delà, la vente de produits ou services d'informations élaborées à partir de l'information) qu'ils détiennent représente une source de revenu tout à fait importante pour de nombreuses administrations. Elle est même cruciale pour des organismes publics dont les bases de données sont particulièrement recherchées par le marché (géographie, météorologie, statistique). Et cette situation est propre à plusieurs pays de l'Union européenne. On comprendra alors que la politique du coût marginal a été combattue par ces organismes qui se seraient trouvés privés des revenus issus du commerce de leurs données. C'est là, nous semble-t-il, la raison principale du caractère relativement peu contraignant des règles de tarification. On peut en dégager une autre aussi. Seules des dispositions qui fussent assez générales ou simplement directives pouvaient recouvrir les réalités, juridiques, techniques, économiques contrastées qui président à la production de l'information publique. Figurons nous seulement que la loi s'applique de la même manière, aux données spatiales, à une liste d'agents publics, ou à une base de données regroupant des millions d'informations.

Même si la directive et la loi n'ont pas réussi à concilier les exigences contradictoires portées par les organismes publics, dont les besoins de financement postulent une rémunération substantielle, et le marché, dont le développement suppose une tarification suscitant l'apparition d'une concurrence effective, cela ne signifie pas qu'ils n'imposent pas quelques contraintes aux organismes publics dans la définition de leur politique de tarification. En fait, la liberté dont ils bénéficient est toute relative. En dehors du plafonnement des revenus obtenus pour la mise à disposition des informations publiques, seule disposition originale introduite par la directive, les limites et principes encadrant la politique tarifaire doivent être recherchés du côté du droit de la concurrence dont les exigences sont directement intégrées au dispositif législatif. D'une manière plus générale, la loi et la directive y font d'ailleurs constamment allusion en stigmatisant les prix excessifs, en

---

349. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2002, concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public COM(2002) 207 final

rappelant le principe de non-discrimination, en obligeant les organismes publics au respect du principe de transparence. Et l'appel au droit de la concurrence est d'autant plus fondamental, dans le contexte du marché de l'information, que la loi ne peut être assimilée à une réglementation sectorielle et qu'il n'existe aucune autre règle qui puisse limiter la liberté tarifaire des organismes publics depuis que le Conseil d'Etat a rompu avec le principe du plafonnement de la redevance aux coûts du service rendu précisément pour la communication des données publiques<sup>350</sup>. S'il ne permet pas de faire les choix que le législateur n'a pas exprimés, s'il n'a pas pour objet la détermination du prix, le rôle du droit de la concurrence n'est pas aussi limité que l'on croit. Ce n'est pas uniquement une fonction exclusivement contentieuse qui lui est destinée : parce que la loi rappelle les organismes publics au respect de ses principes, il peut venir éclairer les choix<sup>351</sup>, servir de référence intellectuelle. Le droit de la concurrence grâce à ses méthodes, à sa dogmatique, pourra servir de guide dans la réflexion sur la tarification à appliquer<sup>352</sup>. En d'autres termes, la licéité d'une décision tarifaire relative à la fourniture d'un ensemble informationnel en vue de sa rediffusion, doit être mesuré à l'aune du droit de la concurrence car, à défaut d'une réglementation plus volontariste ou d'une politique tarifaire favorable au marché, il permet – autant que faire se peut – de résoudre la tension entre l'impératif du fonctionnement concurrentiel des marchés et la rémunération des organismes publics<sup>353</sup>. Dans cette perspective, le droit de la concurrence pourra s'appuyer sur les analyses de coûts dégagées dans certains domaines de la régulation des réseaux d'utilité publique et qui tendent aujourd'hui à être appliquées en dehors de ceux-

350. CE, ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, Rec. p. 227, concl. M. DENIS-LINTON, *RFDA* 1996, p. 11 ; note H. MAISL, *AJDA* 1996, p. 89. On peut lire dans le rapport consacré aux redevances que l'abandon du strict plafonnement de la redevance aux coûts « doit s'accompagner de gardes fous. A cet égard la soumission du régime des redevances au droit de la concurrence devrait contribuer à éviter que la fixation de prix ne débouche sur des montants abusifs, comme le montre, d'ores et déjà, la jurisprudence récente relative à la tarification des données de l'INSEE » (Redevances pour service rendu et redevances d'occupation du domaine public, La documentation française, 2002). Pour une confirmation dans le domaine de l'information publique v. CE, 24 juillet 2006, *Société CEGEDIM*, concl. VEROT RJEP/CJEG mai 2007, n°642, p. 194, comm. B. du MARAIS, *concurrences* 2007/1, p. 175. On notera que la rupture avec le plafonnement montant de la redevance avec le coût du service rendu a été étendue à tout les domaines de l'activité du service public v. note n°407.

351. BRUNET (A.) et GHOZI (A.), « La fonction du prix en droit de la concurrence », Mélanges MOULY t. II, p. 27

352. CHEROT (J-Y), « La problématique de la tarification dans les licences d'accès aux bases de données du secteur public », Groupe de travail sur l'information du secteur public, atelier du 7 novembre 2003, *inédit*

353. La Commission avait d'ailleurs, avant même l'adoption de ce texte, souligné l'importance de ces impératifs. Dans l'affaire *Ecomet*, relative à une demande d'exemption au titre de l'article 85 § 3 d'un accord liant les services nationaux de météorologie nationale (SMN) pour la fourniture d'information météorologiques, la Commission européenne avait dit que, pour fixer le prix des licences, l'assemblée générale de cette organisation devait « trouver un compromis entre deux exigences : le souhait des gouvernements que les SMN contribuent aux coûts d'infrastructures et la nécessité d'un prix compatible avec le marché et accessible aux prestataires de service ». (COM, faite conformément à l'article 19, §3 du règlement du Conseil concernant l'affaire IV/34.563 – *Ecomet*, *JOCE* C 223/02, du 29 août 1995)

ci<sup>354</sup>. Aussi, c'est essentiellement sous l'éclairage du droit de la concurrence, que sera appréciée la liberté tarifaire de organismes du secteur public.

**166. Plan.** - En prévoyant que « la réutilisation des informations publiques peut donner lieu au versement de redevances », la loi du 17 juillet 1978 ouvre une faculté aux organismes publics fournisseurs de données : celle de choisir entre la gratuité et l'onérosité de cette délivrance. En signalant les différents coûts qu'ils peuvent facturer, elle les laisse libres de déterminer les modalités de la tarification. Ainsi la liberté tarifaire présente-t-elle deux aspects : celui de la détermination du principe de la tarification d'abord (sous-section 1) ; celui de la définition de la politique de tarification ensuite (sous-section 2). Mais elle se trouve explicitement limitée par un plafonnement des revenu issus des redevances de réutilisation.

## SOUS-SECTION 1

### LE CHOIX DE L'ETABLISSEMENT D'UNE REDEVANCE POUR LA COMMUNICATION DES INFORMATIONS PUBLIQUES

**167.** - Le choix de subordonner la réalisation d'une prestation au versement d'une redevance, du moins pour les organismes publics gérant un service public administratif – la question ne se pose pas pour les services industriels et commerciaux qui sont payants -, est quasi-discrétionnaire. En tout cas, il présente une importante « dimension politique »<sup>355</sup> et, si ce n'est le respect d'un préalable (§1), c'est essentiellement sur le plan de l'opportunité qu'il convient d'observer le choix d'un organisme public de réclamer une redevance pour la mise à disposition de l'information (§2).

354. DESTOURS (S.), « Les pratiques tarifaires des régies : l'affaire de la régie vendéenne comme modèle. », *Revue Lamy de la concurrence*, février 2005, p. 51

355. Rapport public sur les redevances pour service rendu et les redevances domaniales, *préc*

## §1. Les conditions de légalité de l'établissement d'une redevance pour service rendu

**168. - Absence de gratuité.** - En décidant que « le moyen tiré de la violation d'un principe de gratuité du service public administratif ne peut, en tout état de cause, qu' être rejeté »<sup>356</sup>, le Conseil d'Etat a mis fin à une prétention récurrente du secteur privé : celle de la gratuité<sup>357</sup> de la mise à disposition des données publiques au nom de la gratuité du service public. Toutefois, si le principe de gratuité n'existe pas, la tarification des données ou bases de données fournies à des opérateurs privés n'est quand même pas systématique. Elle suppose, pour les organismes publics, la réunion de deux préalables. D'abord, l'organisme public doit bénéficier de la compétence financière. Mais cette condition ne fait pas vraiment difficulté puisque, selon des modalités variables, tous en bénéficient<sup>358</sup>. Ensuite, le service rendu qui se matérialise, en l'occurrence, dans la fourniture d'ensemble d'informations, doit être divisible

356. CE, ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, préc.

357. Comme l'indique le « rapport Gaudrat » le contenu de l'idée de gratuité est très variable. Trois acceptions peuvent étre retenues. Dans sa définition la plus généreuse, la gratuité signifierait que tous les coûts nécessaires à l'accomplissement d'une obligation de service public sont pris en charge par l'Etat. Dans un sens plus restrictif, la gratuité admettrait que certains coûts, à condition qu'ils soient inférieurs au coût marginal soient assumés par l'utilisateur. Enfin, elle pourrait se comprendre comme l'interdiction pour les services de réaliser des bénéfices. (P. GAUDRAT, *Commercialisation des données publiques*, La documentation française, 1992)

358. Pour établir une redevance, les organismes fournisseurs d'informations publiques doivent bénéficier de la compétence financière. Or, selon des modalités variables, tous en bénéficient. Pour les services de l'Etat, l'établissement d'une redevance est suspendu à l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pris sur le rapport du ministre des Finances et du ministre intéressé (l'article 4 de la loi organique relative aux lois de finances dispose que « La rémunération de services rendus par l'Etat peut être établie et perçue sur la base de décrets en Conseil d'Etat pris sur le rapport du ministre chargé des finances et du ministre intéressé »). Celui-ci fixe le principe de la tarification. Les modalités et le montant de la tarification sont déterminés par un arrêté ministériel. Le Conseil d'Etat avait ainsi annulé l'arrêté fixant la rémunération de l'INSEE pour la communication de la base de données SIRENE au motif qu'elle n'avait pas été instituée par décret en Conseil d'Etat alors qu'elle constituait une redevance pour service rendu. (CE, 6 janvier 1995, *Société Direct Mail Promotion*, Rec. tables, p.791). Au sein des collectivités territoriales, ce pouvoir appartient à l'assemblée délibérante qui a la possibilité de le déléguer au maire. Quant aux établissements publics, la nature des recettes qu'ils perçoivent est fixée par la norme qui les établit. Et l'on retrouve souvent des dispositions qui leur ouvrent la possibilité de percevoir des recettes à l'occasion de la communication de données ou bases de données. Ainsi, le décret portant création de l'établissement public Météo-France prévoit-il que le Conseil d'administration délibère sur « la politique de tarification des produits et prestations de service de l'établissement » et que les recettes de Météo-France comprennent le produit de la vente de publication ou encore les droits d'auteur, Décret n° 93-861 du 18 juin 1993, portant création de l'établissement public Météo-France, JO, 23 juin 1993, p.8844. Il en va de même pour l'INPI (L'article R-411-10 du Code de la propriété intellectuelle précise que les recettes de l'INPI se composent, notamment, de « toutes les recettes perçues à l'occasion de services rendus » et « du produit de la vente des publications ») ou l'IGN (Après avoir dit que l'institut pouvait « à titre complémentaire, concevoir et commercialiser (...) tout produit ou service à partir de données recueillies dans le cadre de ses missions de service public », le décret du 22 novembre 2004, modifiant le décret 85-505 du 12 mai 1981 relatif à l'institut géographique national (préc.), précise que la politique de tarification des produits ou prestations de l'institut est fixée par son Conseil d'administration).

des obligations que l'organisme public assume par ailleurs dans l'intérêt général. Nous examinerons particulièrement cette condition.

**169. Préalable économique.** - En règle générale, « la tarification est dépendante d'un préalable économique : il faut que le service public ait une activité qui consiste à produire des biens ou des services pouvant être fournis séparément à des usagers dûment individualisés, en un mot qu'il soit fournisseur de prestations divisibles »<sup>359</sup>. La possibilité même de facturer une prestation suppose ainsi que l'on soit en présence, non pas d'un service collectif qui s'adresserait à un ensemble indéterminé de bénéficiaires mais, d'une prestation bénéficiant à quelques uns seulement, tels qu'ils puissent apparaître comme des « *usagers privatifs* »<sup>360</sup>.

Si l'on commence par regarder du côté des règles qui commandent l'établissement des redevances réclamées par un organisme public chargé d'obligations de service public, on constate, en premier lieu, que les prestations poursuivant essentiellement l'intérêt général ne peuvent générer de rémunération. Comme l'explique R.CHAPUS, la tarification des services publics obligatoires n'est admissible que si les prestations en cause peuvent « être considérées comme ayant eu pour objet de servir l'intérêt propre de leur bénéficiaire plus que l'intérêt général »<sup>361</sup>. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il pu annuler une redevance réclamée pour les frais de contrôle aérien au motif que les missions de police qu'elles permettaient de financer étaient essentiellement destinées à satisfaire l'intérêt général de l'ensemble des usagers. Pour la Haute juridiction, une redevance n'est légale « qu'à la double condition, d'une part, que les opérations qu'elle est appelée à financer ne soient pas effectuées essentiellement dans l'intérêt général des usagers (...) et, d'autre part, que ladite redevance trouve sa contrepartie dans la prestation directement rendue »<sup>362</sup>. La gratuité peut donc s'imposer lorsque la prestation est principalement réalisée pour répondre aux obligations d'intérêt général imparties à l'organisme public. En second lieu, il faut souligner que cette condition se trouve remplie dès lors que les bénéficiaires de la prestation ne peuvent pas être isolés de la collectivité. De telle sorte que l'exigibilité d'une redevance implique la réalisation d'une prestation excédant, soit parce qu'elle est facultative, soit parce qu'elle les dépasse en durée ou en intensité, les obligations d'intérêt général de l'organisme public. En conséquence, la gratuité d'une prestation rendue par un organisme public peut être exclue lorsqu'elle a principalement pour objet de satisfaire l'intérêt particulier de son bénéficiaire.

359. HERZOG (R.), « Le prix du service public », *AJDA* spécial, 1997 p. 55

360. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, T.I, coll. Domat, Montchrestien, 2001

361. *ibid.*

362. C.E., 10 février 1995, *Chambre syndicale de transport aérien*, *AJDA* 1995, p. 403 note D. BROUSOLE.

**170. La mise à disposition des informations publiques à des fins de réutilisation comme prestation divisible des obligations d'intérêt général.** - La fourniture de l'information par un organisme public à un opérateur privé désireux de l'exploiter sur le marché ou la commercialisation d'un produit informationnel auprès d'un consommateur final répond-t-elle à ces conditions ? La transposition de cette analyse, dans l'hypothèse d'une mise à disposition par un organisme public de données publiques, en vue de son exploitation commerciale, nous conduit à conclure, dans la majorité des cas, à l'exigibilité de la redevance. Pour l'établir, on distinguera le cas de la diffusion d'information dans le cadre d'une mission de service public de la fourniture d'information ou d'un produit informationnel.

Les obligations de service public de production et de diffusion de l'information, qui sont imparties à certains organismes publics bénéficient principalement, de manière immédiate ou non, à l'ensemble de la collectivité. Il en va ainsi, par exemple, de l'institut géographique national lorsqu'il établit et entretient les réseaux géodésiques et qu'il en diffuse les informations correspondantes ou lorsqu'il réalise et diffuse « *la couverture aérienne du territoire national* ». Ces prestations profitent de manière indirecte au plus grand nombre car elles contribuent « *ainsi à l'aménagement du territoire, au développement durable et à la protection de l'environnement, à la défense civile et militaire de la nation, à la sécurité publique* »<sup>363</sup>. D'une façon similaire, l'INSEE répond à une fonction collective lorsqu'il réalise et qu'il diffuse, pour des besoins inter-administratifs, le fichier SIRENE ou qu'il communique périodiquement les principaux indicateurs économiques. Enfin, on peut faire état de la direction des journaux officiels : la diffusion des différents bulletins officiels répond uniquement à l'exécution de la mission de service public qui lui est impartie. Dans toutes ces situations, la rémunération des prestations rendues par les organismes publics s'avère inconcevable. Dans le cadre des obligations décrites précédemment, il est difficile d'affirmer que les organismes publics ont poursuivi par l'exécution de leurs obligations l'intérêt de quelques uns. De plus, il s'avère très difficile, sinon impossible, d'identifier les bénéficiaires directs de ces prestations. En réalité, par l'exécution de ces obligations, c'est essentiellement l'intérêt de la collectivité qui se trouve satisfait. En conséquence, l'établissement d'une redevance ne se justifie donc pas et l'éventuel acquittement d'un « ticket modérateur » par l'usager – c'est le cas par exemple de la diffusion du journal officiel – ne vient pas fondamentalement modifier cette conclusion<sup>364</sup>.

En revanche, la tarification s'avère tout à fait admissible dans l'hypothèse de la fourniture de données à un opérateur privé ou de la mise en vente d'un produit informationnel : les co-contractants des organismes publics sont ici tout à fait identifiables. Quoique par ricochet la plus grande diffusion de l'information pourrait le satisfaire, la cession

363. Décret 2004-1246 du 22 novembre 2004 modifiant le décret n°81-505 du 12 mai 1981 *relatif à l'institut de géographie nationale*, JO du 24 novembre 2004, p. 19876

364. SHOETTL (J-E), « Entretiens. Propos recueillis par H.MAISL », in *Les données publiques : un gisement à exploiter ?* préc. Cette participation réclamée à l'usager ne correspond pas au coût du service rendu.

d'un ensemble d'informations n'est pas essentiellement accomplie dans l'intérêt général. Lorsque l'INSEE diffuse l'intégralité de la base de données SIRENE, lorsque l'INPI met à disposition des bilans ou encore lorsque les greffes diffusent des informations économiques, c'est pour l'essentiel l'intérêt commercial du co-contractant qui se trouve servi<sup>365</sup>. Cette explication vaut aussi, à plus forte raison, lorsque l'administration réalise, en plus de ce que ses obligations exigent nécessairement, un travail à façon au profit d'un opérateur privé ou qu'elle diffuse certains produits informationnels à valeur ajoutée sur le marché. Ces prestations, bien qu'elles se situent dans son prolongement, excèdent manifestement les obligations de service public. La tarification se trouve, de ce fait, justifiée.

**171. Information, bien public et excluabilité.** - Cette analyse se trouve d'ailleurs confortée par la théorie économique. Celle-ci distingue les biens publics des biens privés. Les premiers font l'objet d'une consommation indivisible, en ce sens que la consommation d'un bien par un agent ne diminue pas celle d'un autre (principe de non-rivalité) et leur producteur ne peut, moyennant un prix, exclure de leur consommation un individu qui ne participe pas à son financement, parce qu'il n'est pas possible de leur appliquer un régime juridique ou une norme technique (non-exclusion) ; les seconds présentent des caractères opposés : il est possible de les réserver. Or, l'information a longtemps été présentée comme un bien public, ce caractère gisant dans la nature même du bien. Indéfiniment reproductible, elle répond au principe de non-rivalité ; une fois diffusée, répandue dans le corps social, il ne serait plus possible d'en exclure la consommation. On retrouve cette conception dans le rapport MANDELKERN qui, sur ce fondement, écarte l'idée de rémunération des données publiques : « la qualité de bien public ou collectif et les externalités positives dégagées par la diffusion justifient que la puissance publique s'intéresse à sa diffusion, et en particulier à la diffusion la plus large possible. Celle-ci milite pour la gratuité, ce qui serait d'ailleurs cohérent avec le caractère de bien collectif »<sup>366</sup>. Cette analyse ne saurait pourtant être suivie. L'assimilation de l'information à un bien collectif pur est discutée<sup>367</sup>. La plupart des auteurs retiennent en effet que l'information est un bien collectif présentant des caractères particuliers<sup>368</sup>. Mais, plus

365. Sans oublier qu'ici c'est la nature même de la diffusion qui change. Les obligations de service public impliquent un certain type, une certaine forme, de communication. Et l'administration n'a pas à assumer les coûts qui seraient affectés à des prestations étrangères à sa mission. Ainsi, les obligations de service public imparties aux tribunaux, à l'INSEE ou à la direction des journaux officiels, ne les obligent pas à fournir l'ensemble d'une base de données, ni à la fournir sur un support déterminé, ni même quelquefois, à la réaliser. Aussi, l'administration excède-t-elle ici l'exécution normale du service. Cette forme de diffusion étrangère à ses obligations justifie la tarification. V. sur ces points, *La commercialisation des données publiques*, rapport de OJTI, préc.

366. *La diffusion des données publiques et révolution numérique*, préc.

367. MAYERE (A.), « Produits et services d'information : proposition de dépassement de la théorie standard de l'information », in *L'économie informationnelle*, l'Harmattan 1997

368. MARAIS (Du) (B.), *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004



fondamentalement, l'existence même de marchés de l'information permet de relativiser ce point de vue. En effet, les biens et les services d'information « peuvent être produits et distribués par les entreprises privées dans le cadre d'une économie de marché, parce qu'il est possible d'adopter le principe d'exclusion »<sup>369</sup>. En effet, un bien non rival tel que l'information diffusée par les organismes publics, si aucun impératif d'intérêt général l'exige, peut parfaitement faire l'objet d'une réservation et, par suite, transformer la nature du bien<sup>370</sup>. « Dans le cas des informations du secteur public, il n'y a pas de raison de croire qu'il s'agit de biens publics. Les administrations qui les détiennent peuvent parfaitement les organiser de manière à en restreindre l'accès aux seuls agents économiques qui sont prêts à payer pour les connaître et les utiliser »<sup>371</sup>. La revendication par les organismes producteurs de données publiques de droits de propriété intellectuelle le prouve, le principe d'exclusion peut tout à fait être appliqué par les organismes publics lorsque la production ou la diffusion de l'information excède, par sa nature ou son intensité, les obligations qu'ils sont tenus d'accomplir<sup>372</sup>. Il n'est alors qu'à rappeler les litiges qui ont opposé les opérateurs publics et privés ; il n'est qu'à souligner le jeu des droits de propriété intellectuelle : ils permettent d'organiser la rareté de l'information publique (même si dans le cas des données publiques, il semble plus constituer un facteur de rémunération). Techniquement possible et confortée par le droit, l'exclusion par le prix de certains consommateurs finaux ou intermédiaires est envisageable pour l'administration qui réalise un travail supplémentaire de collecte, de systématisation ou de mise en forme de l'information. Ainsi M. BRUGUIÈRE faisait-il remarquer, en opposant l'activité de production de l'information par l'IGN, et notamment son réseau géodésique assimilé à un bien public, à l'activité de diffusion des cartes géographiques, que la distinction entre bien public et privé devait être nuancée. « La spécification croissante des services d'information par l'intermédiaire notamment de l'électronisation des opérations de traitement et de diffusion de l'information, la prise en charge de tout ou partie du processus d'utilisation par les structures d'offre de service ou l'évolution du droit de propriété intellectuelle permettent aujourd'hui de rendre la rémunération de cette information techniquement possible. Ces biens collectifs purs,

369. SCHWUCHOW (W.), « L'information : bien public ou bien privé ? », in *L'économie informationnelle*, l'Harmattan 1997

370. CHANTEPIE (P.), « Le dilemme du numérique sous l'éclairage du numérique. », *Propriétés Intellectuelles*, avril 2006, n° 19, p. 136

371. MAGNAN DE BORNIER (J.), « Quelques remarques sur l'économie de la réutilisation des informations émanant du secteur public », <http://junon.u-3mrs.fr/afa1ow40/infpbtohtm.html>

372. Cette condition est d'ailleurs souvent remplie, un auteur faisait ainsi remarquer que « hormis certains cas très spécifiques, comme la publicité légale, une bonne part des données administratives ne sont pas réutilisables *per se*. Songeons aux fichiers muséographiques, aux données fiscales de bases, ou à celles de l'INSEE, aux relevés topographiques de l'IGN. Elles ne sont exploitables par des opérateurs privés qu'au prix d'un effort spécifique de définition, de collecte, de compilation et traitement (...), rares sont les cas dans lesquels l'information nécessaire à la production de services et l'expertise qu'elle implique résultent du strict exercice des missions de l'administration ». (E. BROUSSEAU, « L'économie des données publiques, » in *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, éd. A jour 1996.)

indivisibles dans leur mode de production, donnent lieu, de plus en plus, à la suite d'une individualisation, à des services divisibles dans leur mode de consommation. La non-gratuité peut déjà s'expliquer par la possibilité donnée à l'Etat de rendre la rémunération techniquement possible »<sup>373</sup>.

## §2. L'opportunité du choix de la tarification

**172.** - « En présence de services publics divisibles les pouvoirs publics peuvent définir le régime financier selon une gradation qui va de la gratuité complète à une vérité des prix intégrale en fonction de considérations politiques, sociales ou économiques »<sup>374</sup>. Dans le domaine de l'information publique, les considérations qui peuvent motiver la tarification de la mise à disposition des données publiques, pour l'essentiel, relèvent de deux ordres : elles sont budgétaires (A) et économiques (B).

### A. L'argument budgétaire

**173. Importance des recettes liées au commerce des informations publiques pour le financement des budgets publics.** - On l'a dit, c'est l'argument le plus récurrent, le plus important aussi du point de vue des organismes publics diffuseurs d'information publiques: la contrainte budgétaire qui pèse sur les finances de l'Etat fait naître le besoin d'un complément de revenus. Et les ressources tirées de la cession de bases de données ou bien de produits informationnels sur le marché sont loin d'être négligeables. Au contraire, il s'agit d'une ressource de tout premier ordre qui participe également au financement des obligations de service public puisqu'elles peuvent représenter, pour certains organismes publics, une part importante de leurs budgets. De ce fait, la raison budgétaire a toujours été invoquée par les textes qui ont esquissé une régulation du secteur pour justifier la tarification de la mise à disposition des données publiques. La circulaire du 14 février 1994 indiquait clairement que « compte tenu des contraintes budgétaires, le financement par des ressources provenant uniquement de l'Etat briderait les initiatives qui peuvent présenter une utilité sociale et ce, alors même qu'elles peuvent trouver un financement complémentaire dans le paiement par l'utilisateur »<sup>375</sup>. Quant à la directive du 17 décembre 2003, elle dit simplement, lorsqu'elle

373. BRUGUIERE (J-M), *La diffusion de l'information publique*, préc.

374. HERZOG (R.), « Le prix du service public », préc.

375. Circulaire du 14 février 1994, *relative à la diffusion des données publiques*, préc.

évoque les principes de tarification, « qu'il doit être dûment tenu compte des besoins d'autofinancement des organismes publics »<sup>376</sup>. On retrouve aussi une telle argumentation développée par plusieurs auteurs ainsi que dans certaines études<sup>377</sup>. En conséquence, il faut considérer cet élément comme fondamental parce qu'il détermine souvent le choix des organismes publics fournisseurs d'information en faveur de la tarification<sup>378</sup>. Cette présentation appelle deux remarques.

**174. Variabilité de la contrainte budgétaire.** – Il faut souligner que la contrainte budgétaire est très variable selon les organismes publics. Elle peut être très importante pour certains établissements publics - dont on rappellera qu'il sont soumis à un principe d'équilibre budgétaire - qui comme l'IGN ou Météo France exercent une activité qui nécessite de très lourds investissements annuels<sup>379</sup>. Dans ce cas, la problématique du financement de ces organismes peut être comparée, toute chose égale par ailleurs, à celle des réseaux d'utilité publique puisque les coûts fixes de ces activités sont significatifs – les investissements nécessaires à la production et la collecte de l'information sont en effet très importants alors que les coûts de rediffusion de l'information sont nuls ou quasiment nuls - et qu'une tarification au coût marginal, voire la gratuité de la mise à disposition, ne saurait les couvrir. Aussi, pour ces organismes une participation peut être exigée de l'utilisateur pour qu'il assume une partie des coûts induits par l'entretien du réseau de collecte de l'information car elle n'est pas toujours couverte par des dotations budgétaires.

La place des recettes commerciales tend d'ailleurs à s'accroître dans les budgets respectifs de ces organismes qui cumulent les contraintes liées à l'impératif juridique

---

376. Le projet de directive concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public du 5 juin 2002 (préc.) était encore plus explicite puisqu'il disait que « la présente proposition tient compte du fait que certains organismes publics comptent sur des recettes provenant de la vente de leurs informations pour financer en partie leur activité ». D'ailleurs, lors de la discussion de la directive, alors que la Commission et le Parlement avaient proposé la mise en place du principe d'orientation des tarifs vers les coûts pour le calcul des redevances d'accès à l'information, le Conseil, en considération du fait que de nombreux organismes comptent sur des recettes commerciales pour financer leurs activités de service public, va préconiser l'adoption du principe de recouvrement des coûts. Ce sont donc les administrations nationales qui sont directement à l'origine de ces dispositions (v. *infra*.) Il est utile de préciser qu'au Royaume-Uni, les principaux organismes diffuseurs de données publiques, retirent l'essentiel de leurs revenus nécessaire au financement de leurs obligations d'intérêt général des recettes commerciales perçues à l'occasion de la mise à disposition d'ensembles informationnels ou de produit ou service d'information. Leur budget est financé dans plusieurs cas à 80% par les usagers.

377. « La commercialisation des données publiques par certains organismes publics vient plus des contraintes des budgets publics que d'une vision clairement formulée d'un équilibre optimal entre le paiement par le contribuable ou l'utilisateur ». (J.-P. GIBELIN, « juste prix, juste coût », intervention au colloque diffusion des données publiques organisé par le GFII, le 25 mars 2002)

378. Dans son rapport M. LENGAGNE signalait que les subventions de service public allouées à l'IGN avaient connu une érosion depuis 1992. Rapport présenté au Premier ministre par Guy LENGAGNE, *les perspectives d'évolution de l'information géographique et ses conséquences pour l'IGN*, La documentation française 1999

379. v. LENGAGNE, préc.

d'équilibre budgétaire et à l'économie particulière de la production d'information. Lorsque le financement de l'entretien ou de la constitution des infrastructures nécessaires à la collecte de l'information provient pour tout ou partie de recettes commerciales, l'argument budgétaire prend toute sa valeur<sup>380</sup>. Ce type de financement participe alors directement au maintien et au renouvellement du « patrimoine informationnel »<sup>381</sup>. Il assure le maintien d'une certaine qualité aux prestations de service public.

En revanche, lorsque la production de l'information s'analyse comme une activité jointe, une activité dérivée des obligations de service, l'argument budgétaire a une moindre portée. Certes, la cession des informations représentera souvent une ressource d'appoint, mais elle ne constituera pas une contribution aussi importante aux frais d'infrastructure. En outre, pour l'essentiel, il nous semble que ces frais sont couverts par des ressources budgétaires. On imagine mal, par exemple, les services de l'équipement compter sur la cession des informations du permis de construire pour financer leur investissement ni même le ministère de l'intérieur lorsqu'il cède le fichier des cartes grises. De plus, les coûts induits par le réseau de collecte, qui peuvent être importants, ne peuvent pas être uniquement imputés à la collecte de l'information puisqu'ils répondent simultanément à plusieurs objets. En tout cas la collecte de l'information ne constitue qu'une fraction marginale de ces coûts. La contrainte budgétaire doit donc être relativisée et appréciée au cas par cas ; dans certaines hypothèses, elle a beaucoup moins de force. Si dans la première hypothèse, elle justifie, à elle seule, la tarification de la fourniture de l'information ; dans la seconde, sous réserve d'analyses particulières, elle a moins de pertinence.

**175. Contrainte budgétaire et optimum économique.** - En second lieu, aussi important soit-il, le besoin de financement ne doit pas conduire les organismes publics à penser leur politique tarifaire uniquement en fonction des contraintes qu'il leur impose. « *La politique de certains organismes publics au nom de l'équilibre budgétaire risque de situer le prix à un niveau dissuasif pour le développement du marché et la croissance de la valeur ajoutée.* » La directive, parce qu'elle met en avant la problématique du développement des marchés de l'information, incite d'ailleurs les producteurs d'information à tenir compte, aussi, de cette dimension attachée à la fourniture de l'information, la considération du développement du marché ayant été très longtemps ignorée<sup>382</sup>.

380. La moitié du budget de l'IGN et 30% du budget de METEO-FRANCE découle de recettes commerciales. Ce taux est encore plus important dans d'autres Etats de l'Union pour des organismes similaires. En Grande-Bretagne, l'ORDONNANCE SURVEY, responsable de la géographie nationale, ne bénéficie que de 20% de subventions de service public, voir sur ces points Rapport LENGAGNE, préc.

381. BRUGUIERE (J-M), *La diffusion de l'information publique*, préc.

382. Sur ce point, la loi est fort décevante puisque les problématiques industrielles se trouvent assez largement éludées au profit d'une conception plus administrative des données publiques, qui se situe dans le droit fil de la politique menée jusqu'à ce jour par les pouvoirs publics.

## *B. L'argument économique*

**176. Avantage économique pour le bénéficiaire de la mise à disposition.** - En continuant à regarder du côté de l'administration, un autre argument en faveur de la tarification de l'information a été invoqué. Il peut s'énoncer ainsi : pourquoi les organismes publics devraient gratuitement fournir des informations au secteur privé alors que celui-ci en tirerait bénéfice ? Cela reviendrait à faire payer par l'ensemble de la collectivité les coûts d'élaboration et de mise à disposition de l'information pour le profit de quelques entreprises seulement. Cet argument, énoncé par la circulaire de 1994<sup>383</sup>, auquel nous pouvons nous rallier, est aussi, nous semble-t-il, à la source de la position adoptée par le Conseil d'Etat sur les redevances dues à l'occasion de la communication des données publiques<sup>384</sup>. Bien qu'en l'espèce ce n'était pas tant le principe de la tarification qui était en cause mais son niveau, on peut constater que la rupture avec le principe de plafonnement des coûts repose sur la considération de l'avantage pécuniaire que le bénéficiaire de la communication pourrait retirer de leur exploitation. La prise en compte de cet avantage est à notre avis un élément déterminant de la décision tarifaire. Car, quoiqu'il s'agisse d'une tendance lourde, l'argument budgétaire est de nature conjoncturelle. Or ici, on touche directement aux principes, à la relation entre les organismes publics et certains usagers ponctuels et particuliers. La question doit être posée en ces termes : les organismes publics, et par là l'ensemble de la collectivité, doivent-ils financer les profits de quelques entreprises sur le marché ? Nous ne le croyons pas. Le financement de la fourniture de l'information, selon les données dont il s'agit évidemment, doit être assuré avec plus ou moins d'intensité, en fonction des besoins de financements, par les usagers du service dès lors qu'ils en retirent un avantage économique<sup>385</sup>. Certes il pourrait être rétorqué qu'une telle position de principe ne favoriserait pas le marché ; que dans certains Etats, emprunts d'une autre culture, c'est la mise à disposition gratuite de

383. Circulaire du 14 février 1994, *relative à la diffusion des données publiques*, préc.

384. CE, ass. 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, préc.

385. Rompant plus largement avec le principe de plafonnement de la redevance pour service rendu, le Conseil d'Etat, dans un arrêt d'assemblée a considéré récemment que « pour être légalement établie (...) une redevance pour service rendu doit essentiellement trouver sa contrepartie directe dans la prestation fournie par le service ou, le cas échéant, dans l'utilisation de l'ouvrage public et, par conséquent, doit correspondre à la valeur de la prestation ou du service ; que, si l'objet du paiement que l'administration peut réclamer à ce titre est en principe de couvrir les charges de service public, il n'en résulte pas nécessairement que le montant de la redevance ne puisse excéder le coût de la prestation fournie ; qu'il s'ensuit que le respect de la règle de l'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur d'une 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 ; que dans tous les cas, le tarif doit être établi selon des critères objectifs et rationnels, dans le respect du principe d'égalité entre les usagers du service public et des règles de la concurrence ». (CE, ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, *AJDA* 2007, p. 1807, note J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU)

l'information qui a permis l'essor des industries de l'information. Mais, d'une part, d'autres Etats, on pense ici au Royaume-Uni, pour les données publiques objet des obligations de service public, ont adopté un principe de financement par l'utilisateur<sup>386</sup> et cela n'a pas particulièrement affecté le marché, bien au contraire. D'autre part, l'admission de tarification pour la diffusion des données publiques n'est pas en rapport immédiat avec le développement du marché : c'est le système de tarification qui est plus problématique à cet égard. Et même aux Etats-Unis, la tarification au coût marginal est pratiquée. Ce n'est donc pas tant le principe de tarification qui est alors en cause mais la politique de tarification qui sera retenue par l'organisme public. C'est elle qui affecte, avec plus ou moins d'intensité, le marché. Aussi, convient-il de s'intéresser maintenant à la question de la détermination, par les organismes publics, de la politique de tarification.

## SOUS-SECTION 2

### LA POLITIQUE DE TARIFICATION

**177. Eclairage.** - La loi du 17 juillet 1978 laisse à chaque organisme public producteur d'informations le soin de définir et d'appliquer sa propre politique de tarification ; elle ne consacre donc pas, alors que cela avait été originellement envisagé par la Commission, de politique tarifaire globale, applicable à l'ensemble des organismes publics ; elle n'incite pas non plus les producteurs d'informations à privilégier telle ou telle autre politique de tarification. En ce sens, quoiqu'elle encourageât les Etats à adopter une politique particulière de facturation des coûts, la loi suit les préconisations exprimées par la Commission européenne qui ne voulait pas « imposer de changement radical » des politiques tarifaires suivies. Ainsi, les producteurs d'informations conservent la maîtrise de leur politique tarifaire. Et, sur ce point, il faut rendre grâce à la loi du 17 juillet 1978 de ne pas avoir imposé indistinctement une politique de tarification. En effet, les conditions économiques, voire juridiques, de production des données publiques sont très variables parce qu'elles concernent, à peu près, l'ensemble du secteur public. L'hétérogénéité des conditions de production justifiait donc, nous semble-t-il, des politiques tarifaires elles-mêmes

---

386. En Grande Bretagne les principaux producteurs d'information sont des « trading funds », c'est-à-dire des organismes détachés de l'administration centrale pour des raisons économiques et budgétaires. Ce qui caractérise ces organismes, c'est la totale ou quasi-totale indépendance budgétaire. En effet, ils ne peuvent être établis en tant que « trading funds » que lorsque 50% de leur revenu émane d'activités commerciales. Autrement dit, il s'agit d'organismes publics qui s'autofinancent à un niveau important. Or, les principaux producteurs de données publiques sont des « trading funds » — on retrouve ainsi les « Companies Houses » — qui collectent les informations sur les entreprises — le « Meteorological Office », « L'odonnance Survey » — l'équivalent de l'institut géographique national — le service du cadastre « HM Land Registry » ou encore « UK Hydrographic Office » — À titre incident, on notera, mais nous y reviendrons, que la production et la collecte de l'information sont donc financées principalement par les opérateurs privés. Elles coûtent peu au contribuable, ce qui justifie une politique de tarification au-delà du coût marginal.

différenciées, adaptées aux besoins et contraintes de chaque organisme public. Cependant, si la liberté des organismes publics dans la détermination de leur politique de tarification demeure importante, elle n'est cependant pas illimitée. Le législateur est venu l'orienter en retenant quelques principes directeurs qui devront guider les producteurs de données publiques dans leurs choix. Cette orientation de la politique de tarification des licences de mise à disposition de l'information était d'autant plus nécessaire qu'en considération de la place occupée par les opérateurs publics sur le marché, la tarification de l'accès aux bases de données publiques influence la structure des marchés. En d'autres mots, le choix de la politique tarifaire est donc fondamental pour le développement des marchés intégrant des contenus informationnels issus du secteur public.

Parmi les principes qui sont destinés à orienter les choix des organismes publics, la loi, à l'instar de solutions déjà éprouvées dans le cadre d'analyses concurrentielles ou au sein des activités soumises à une régulation sectorielle, a retenu le principe d'orientation des tarifs vers les coûts ou plutôt, pour reprendre les termes de la loi, de prise en compte des coûts. Bien que la portée de l'expression retenue par le législateur doive être explorée, il convient de retenir l'idée selon laquelle les prix des licences de mise à disposition de l'information devront refléter les coûts du service rendu au bénéficiaire de la communication. En dehors de ce principe, la loi, à la suite de la directive, rappelle que les organismes publics pourront aussi percevoir une rémunération raisonnable des investissements lors de la cession des licences de réutilisation. Ainsi, le prix de la licence doit refléter, pour partie, les coûts encourus par les organismes publics et comporter, mais ce n'est là qu'une faculté, une marge bénéficiaire reflétant les coûts du capital engagé. En dehors de ces éléments qui composent traditionnellement un prix, la loi ne dit rien et le décret d'application élude complètement la question tarifaire. En conséquence, malgré ces précisions, le texte soulève un certain nombre d'interrogations : on ne sait rien des méthodes de référence aux coûts ; on ne sait rien non plus du mode de calcul de la marge bénéficiaire. Ces lacunes ouvrent évidemment une importante marge de manœuvre aux organismes producteurs de données publiques qui pourront assez librement déterminer les coûts pertinents et la nature de la rémunération raisonnable de leurs investissements.

Dans le silence des textes, il faudra donc aborder ces questions liées à détermination des coûts (§1) puis celles qui sont liées à la détermination de la marge bénéficiaire (§2).

## §1.La détermination des coûts

**178. - Orientation des tarifs vers les coûts et « prise en compte des coûts ».** - L'ordonnance du 6 juin 2005 introduit au sein de la loi du 17 juillet 1978 une méthode de régulation des tarifs applicable aux redevances d'accès aux bases de données détenues par les organismes du secteur public. Destinée à éviter l'établissement de redevances d'accès

anticoncurrentielles, cette méthode est assez lâche ; en ce sens elle constitue une régulation minimale de la tarification. En effet, il semblerait que la loi n'impose pas plus de contraintes aux organismes publics que celles qui auraient pu leur être prescrites, en dehors de tout cadre réglementaire, par le droit de la concurrence : la redevance d'accès aux informations du secteur doit seulement « prendre en compte » les coûts. Pour apprécier la liberté dont jouissent les organismes publics fournisseurs d'information dans ce domaine, il faudra d'abord déterminer la portée de l'exigence de prise en compte des coûts inscrite dans la loi (A). Nous nous interrogerons ensuite sur la détermination des coûts pertinents (B).

### *A. L'exigence de prise en considération des coûts*

**179.** - En considération de la rédaction retenue par l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978, la question qu'il convient d'analyser ici consiste à savoir dans quelle mesure ces dispositions imposent aux organismes publics, pour l'accès à leurs bases de données, d'établir des redevances en fonction des coûts ? Une fois que l'on aura observé que l'établissement des redevances par les organismes publics doit, au moins, refléter les coûts (1), on s'interrogera sur l'adéquation de cette méthode de régulation des tarifs avec la structure de coûts des biens informationnels (2).

#### **1. L'établissement de la tarification d'accès aux informations publiques en fonction des coûts**

**180. - Prix d'accès et développement des marchés.** - Dans les secteurs marqués par la présence d'une infrastructure essentielle, la tarification de l'accès constitue un facteur primordial de développement des marchés avals ou connexes. C'est pourquoi, que le secteur soit libéralisé ou qu'il soit régi par les dispositions générales du droit de la concurrence – mais les exigences seront ici moins contraignantes –, il existe des méthodes ou des principes encadrant l'établissement des tarifs d'accès à la ressource rare. Lorsque la réglementation sectorielle fait défaut ou qu'elle ne le prévoit pas, ce sont les principes de transparence, de non-discrimination ainsi que l'exigence de proportionnalité entre le prix et la valeur du service qui permettent, autant que faire se peut, de réguler la tarification de l'accès à une ressource essentielle<sup>387</sup>. En revanche, dans les secteurs libéralisés et bien qu'il existe d'autres modes d'encadrement des tarifs<sup>388</sup>, le principe d'orientation des prix vers les coûts a pu être

387. CA Paris, 21 mai 2002, *relatif à un recours formé par la SA Télédiffusion de France contre la décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis*, BOCC du 22 août 2002, p. 442

388. GIRARDI (B.), « Régulation des tarifs d'interconnexion : analyse en vue de déterminer son impact sur les systèmes comptables des entreprises de télécoms », communication lors du XXIII congrès de l'Association



retenu. L'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts, qui implique une relation de causalité entre le prix de la prestation d'accès à une ressource essentielle et les coûts effectifs de ce service, se retrouve ainsi dans le domaine des communications électroniques, notamment, pour la facturation de l'interconnexion<sup>389</sup>. Ce principe a été retenu, essentiellement, pour deux raisons. En premier lieu, parce qu'il soutiendrait le processus de libéralisation. Le Conseil de la concurrence a pu souligner que cette exigence accompagnait la création de nouveaux marchés: « l'orientation vers les coûts permet d'atteindre des objectifs de régulation qui vont au-delà de la simple instauration de conditions de concurrence efficace sur les marchés concernés. Le principal objectif poursuivi par le régulateur est, en effet, l'entrée sur les marchés de nouveaux opérateurs, malgré les barrières à l'entrée qui protègent l'opérateur historique »<sup>390</sup>. En second lieu, parce qu'il apparaît que ce principe est simple, du moins au regard des autres modes de régulation des tarifs, dans sa mise en œuvre. Par rapport aux méthodes de régulation des tarifs basées sur la demande, il implique une moindre collecte d'information de la part des autorités de régulation. Il paraît donc plus objectif car plus facilement mesurable.

#### **181. - Principe d'orientation des tarifs vers les coûts et informations publiques. -**

Même s'il est moins homogène que les secteurs dans lesquels le principe d'orientation des tarifs vers les coûts a été imposé, le domaine de l'information publique présente les caractères qui ont justifié la mise en place d'une telle méthode de tarification dans d'autres secteurs d'activité : les bases de données publiques ainsi que les infrastructures affectées à la production de l'information se présentent en effet, le plus souvent, comme une ressource essentielle (v. infra, partie II). De plus, l'établissement d'une réglementation relative à la réutilisation des informations du secteur public avait été motivé par la volonté de développer les différents marchés intégrant des contenus issus du secteur public. La conjonction de ces deux facteurs a, semble-t-il, conduit le législateur national, alors que le législateur communautaire avait renoncé à l'imposer, à établir une telle obligation à la charge des organismes publics, car les opérateurs publics détenteurs des sources d'information se trouvent en position de force sur le marché et peuvent potentiellement en abuser à travers leur politique tarifaire. Toutefois, la portée de l'exigence de prise en considération des coûts n'est pas définie par la loi, il conviendra donc d'examiner l'étendue de l'obligation de prise en

---

française de comptabilité, Toulouse 16 et 17 mai 2002, [http://www.afcca.com/archives/docs\\_congres/congres2002/pdf/Girardi.pdf](http://www.afcca.com/archives/docs_congres/congres2002/pdf/Girardi.pdf)

389. Voir notamment l'article L. 38 du CPCE relatif aux obligations pesant sur les opérateurs exerçant une influence significative sur le marché, voir aussi Cons. conc., avis n° 01-A-01 du 16 mars 2001, *portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers*, BOCC du 24 mai 2001, p. 464

390. Conseil de la concurrence, Rapport pour 2002, Etudes thématiques, la documentation française 2003.

compte des coûts qu'elle consacre (b), après avoir rappelé les dispositions prévues en la matière par la directive (a).

*a. Les dispositions incitatives de la directive 2003/98 : l'absence d'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts*

**182. - De l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts à la recommandation d'orientation des tarifs vers les coûts.** - La proposition de directive du 5 juin 2002 imposait, sans équivoque, un principe d'orientation des tarifs vers les coûts. Cette obligation était fondée sur le constat suivant : les organismes publics, à l'instar des entreprises en position dominante, parce qu'ils contrôlent l'information, peuvent abuser de leur position de force en utilisant les prix. C'est la raison pour laquelle le texte élaboré par la Commission en vue leur interdire de « fixer leurs tarifs de manière arbitraire (...) pour des informations obtenues dans le cadre d'une mission de service public sur fonds publics », exigeait le respect du principe d'orientation des tarifs vers les coûts. Ce principe était entouré d'une garantie procédurale : il incombait à l'organisme public de prouver que les tarifs de réutilisation étaient orientés vers les coûts<sup>391</sup>. En outre, le Parlement avait amendé le dispositif en l'entourant d'une exigence très contraignante pour l'administration puisqu'il permettait à tout demandeur qui estimait que les tarifs fixés par l'organisme public excédaient les tarifs permis en vertu de la directive d'en demander la révision. Le cumul de ces deux dispositions enserrait fortement la marge de manœuvre des organismes publics et garantissait le respect du principe d'orientation des prix vers les coûts, permettant par là l'essor des marchés intégrant des informations issues du secteur public.

Le Conseil de l'Union européenne va cependant totalement bouleverser l'économie de ces dispositions. La position commune ne fait plus état de l'obligation d'orienter les tarifs vers les coûts<sup>392</sup> ; la référence à la charge de la preuve disparaît ainsi que l'amendement

391. Il convient ici de constater le mimétisme de cette rédaction initiale avec les dispositions de la directive 97/33/CE, du parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), qui imposait la charge de la preuve que les tarifs étaient orientés vers les coûts aux opérateurs puissants. « L'article 7, §2, de la directive exige que certains organismes notifiés en tant qu'opérateurs puissants sur le marché, respectent les principes de transparence et d'orientation en fonction des coûts en matière de redevance d'interconnexion et stipule que la charge de la preuve que les redevances sont déterminées en fonction des coûts incombe à l'organisme qui fournit l'interconnexion avec son réseau ». (Recommandation de la Commission du 8 janvier 1998, concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, *JOCE* n° L 073 du 12 mars 1998 p. 42)

392. La position commune n° 38/ 2003 du 26 mai 2003 rendu par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation des informations du secteur public (*JOUE* C 159E du 8 juillet 2003, p.1) précise, au considérant 14 que « la présente directive reconnaît que certains organismes du secteur public sont tenus de s'autofinancer en tout ou partie et dépendent des recettes

introduit par le Parlement. L'ensemble de ces dispositions est remplacé par une vague référence à des orientations sur les méthodes de calcul de coûts. Ainsi, et la volonté des administrations nationales n'est évidemment pas étrangère à cette solution, on est passé d'une obligation d'orientation des tarifs vers les coûts à une simple faculté. Alors que le texte de la proposition imposait aux organismes publics de fixer les tarifs en fonction des coûts le texte définitif n'y fait référence qu'au conditionnel en disant que les « tarifs devraient être fixés en fonction des coûts pendant la période comptable appropriée ».

Le gouvernement reprendra à son compte ces dispositions pour imposer aux producteurs d'informations issus du secteur public l'obligation de prise en considération des coûts lors de l'établissement de la tarification.

### *b. Les dispositions législatives : la nécessité de prise en considération des coûts*

**183. Interrogation.** - En transposant la directive communautaire la loi du 17 juillet 1978, dans sa partie consacrée à la réutilisation des données publiques, et le décret d'application du 30 décembre 2005, contrairement aux projets qui l'ont précédé<sup>393</sup>, impose aux organismes publics de fixer les prix en fonction des coûts. On rappellera que l'article 15 de la loi prévoit que « pour l'établissement des redevances, l'administration qui a élaboré ou détient les documents contenant des informations publiques (...) tient compte des coûts de mise à disposition des informations, notamment, le cas échéant, du coût d'un traitement permettant de les rendre anonymes. L'administration peut aussi tenir compte des coûts de collecte et de production des informations ». Cette disposition soulève deux interrogations. La première concerne la définition de l'expression « tenir compte des coûts ». Cette locution, si elle renvoie indiscutablement à l'idée d'établissement des prix en fonction des coûts, n'éclaire

---

provenant de la vente de leurs documents pour remplir efficacement leurs missions de service public ». Elle modifie ensuite les dispositions de l'article 6 de la directive en supprimant la référence au principe de fixation des prix en fonction des coûts. Il faut noter que ces modifications ont été adoptées à l'unanimité. Dans sa communication successive, la Commission a pu regretter cette modification en disant que « le Conseil a remplacé le principe selon lequel il incombait à l'organisme du secteur public fixant le tarif de réutilisation des informations de prouver que les tarifs étaient orientés en fonction des coûts par des orientations en matière de calcul des coûts. Bien que ce deuxième aspect ait son utilité, il aurait été préférable de conserver également le principe de la charge de la preuve incombant aux organismes du secteur public, en intégrant par ailleurs l'amendement 24 du Parlement », communication du 25 mai 2003 de la Commission et du Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des informations du secteur public, SEC 2003/607final

393. Le projet de loi sur la société de l'information, présenté le 18 juin 2001, prévoyait que la convention de mise à disposition des données publiques pouvait prévoir en dehors d'une redevance une rémunération tenant compte des ressources tirées de l'exploitation commerciale.

pas sur la portée de cette exigence. En fait, il s'agit de savoir dans quelle mesure les prix doivent être définis en fonction des coûts : les dispositions de l'article 15 imposent-elles une stricte adéquation entre les prix et les coûts ou exigent-elles que les prix et les coûts évoluent dans un rapport raisonnable de proportionnalité ? La seconde question est relative au caractère dissymétrique de la rédaction. La faculté laissée aux organismes publics de tenir compte des coûts de production et de collecte de l'information ne rend-t-elle pas possible l'adoption d'autres modes de tarification ? En d'autres termes, les organismes publics fournisseurs d'information pourraient-ils déroger au principe de fixation des prix en fonction des coûts ?

- La portée de l'expression « prise en compte des coûts »

**184.** Pour établir la portée de l'exigence de prise en compte des coûts inscrite dans la loi du 17 juillet 1978, il faut d'abord définir la notion de prise en compte des coûts puis déterminer le rapport entre les prix et les coûts qu'elle implique. Enfin, il conviendra d'envisager les implications de la notion sur la tarification applicable par les producteurs publics d'informations.

**185. La délimitation de la notion de « prise en compte des coûts : Une exigence minimale.** - Parce que la directive 2003/98 et l'ordonnance du 6 juin 2005 puisent abondamment dans ses principes pour former leurs solutions, c'est du côté du droit de la concurrence, voire de certaines réglementations sectorielles qu'il faut regarder pour connaître le contenu de l'expression employée par le législateur.

L'autorité garante du respect des règles de concurrence a eu l'occasion de se prononcer sur le principe de la prise en compte des coûts. Dans un avis 01-A-01 du 16 mars 2001 *relatif à la tarification réclamée par France Télécom pour les communications au départ de son réseau*<sup>394</sup>, le Conseil opère une distinction entre le principe d'orientation des tarifs vers les coûts et l'idée de prise en compte des coûts. Dans cet avis, le principe d'orientation des prix vers les coûts est associé à la présence d'une infrastructure essentielle<sup>395</sup> : « Le Conseil rappelle (...) que le droit de la concurrence exige que certains prix pratiqués par une entreprise en position dominante soient strictement orientés vers les coûts : il s'agit des prix afférents à l'utilisation d'une infrastructure essentielle, non duplicable à un coût raisonnable

394. Cons. conc., avis, 01-A-01 du 16 mars 2001 *portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers*, préc.

395. Cette association n'était pas nouvelle puisque le Conseil l'avait déjà opéré dans sa décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 *concernant les pratiques mises en œuvre dans l'exploitation de l'hélistation de Saint-Crescent-le-Viel à Narbonne*, Rec. Lamy n° 700, note V.SELINSKY. Confirmée par CA Paris, 9 septembre 1997, *relatif à un recours formé par la société Héli-Inter assistance*, BOCC, 7 octobre 1997

et indispensable à l'activité des entreprises qui demandent de l'utiliser»<sup>396</sup>. L'exigence de prise en compte des coûts s'impose alors, par défaut, lorsque le principe d'orientation des prix vers les coûts tel qu'il est compris par le Conseil de la concurrence en tant que stricte orientation des prix vers les coûts, ne peut être mis en œuvre.

En l'espèce, il s'agissait de savoir si les tarifs pratiqués par France télécom au départ de son réseau vers des réseaux tiers devaient être orientés vers les coûts. Les tarifs analysés n'étant pas relatifs à l'interconnexion, le Conseil répond négativement à cette interrogation tout en soulignant que la tarification n'échappe pas à une certaine régulation dans la mesure où elle devra prendre en compte les coûts pour être établie. Cette prise en compte des coûts constitue « une précaution indispensable pour s'assurer de la conformité de ses tarifs au droit de la concurrence ». En effet, elle permet d'éviter d'une part, la pratique des prix prédateurs puisque les tarifs ne peuvent pas être inférieurs aux coûts et d'autre part, la pratique des prix excessifs, c'est-à-dire des prix disproportionnés par rapport à la valeur du service. Si l'on met de côté l'association faite par le Conseil entre le principe d'orientation des prix vers les coûts et la présence d'une infrastructure essentielle, il convient de noter la différence de degré existant entre le principe d'orientation des prix vers les coûts et l'idée de prise en compte des coûts qui semble moins contraignante pour l'opérateur en position dominante. La prise en compte des coûts constitue le minimum de discipline que doit respecter une entreprise en position dominante dans l'établissement de la tarification d'une prestation pour assurer sa conformité avec les exigences du droit de la concurrence.

Par la suite la position du Conseil a évolué dans la mesure où l'association entre le principe d'orientation des prix vers les coûts et la théorie des infrastructures essentielles a été abandonnée. D'abord, la Cour d'appel de Paris est venue sanctionner le Conseil pour avoir enjoint une société en position dominante de proposer une offre d'accès à son infrastructure orientée vers les coûts, la Cour estimant que la tarification de l'offre d'accès devait seulement respecter les principes de non-discrimination, de transparence et de prise en compte des coûts<sup>397</sup>. Ensuite, sans équivoque possible, c'est le Conseil de la concurrence lui-même qui va dissocier le principe d'orientation des tarifs vers les coûts de la théorie des facilités essentielles. Dans son rapport public pour 2002<sup>398</sup>, on peut lire que le principe d'orientation des tarifs vers les coûts n'est pas inscrit dans la doctrine des infrastructures essentielles. Il

---

396. *Ibid.*

397. Cour d'appel de Paris, 21 mai 2002, *relatif au recours formé par la SA Télédiffusion de France (TDF) contre la décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Antalis*, préc. A la lecture de cette décision on peut quand même s'interroger sur la portée de l'affirmation selon laquelle l'association entre le principe d'orientation vers les coûts et la théorie des infrastructures essentielles serait abandonnée puisque la Cour d'appel souligne qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle n'était pas avérée et qu'il s'agissait d'une procédure d'urgence.

398. Conseil de la concurrence, rapport d'activité pour 2002, Etude Thématique consacrée aux injonctions d'orientation des prix vers les coûts, préc.

s'agit seulement d'une méthode de régulation des tarifs qui est spécifiquement associée à l'existence d'une réglementation sectorielle et qui peut difficilement être imposée par le droit de la concurrence à lui tout seul<sup>399</sup>. Ainsi le principe d'orientation des prix vers les coûts ne peut-il être appliqué que si une réglementation sectorielle le prévoit explicitement. Par défaut, le droit de la concurrence, que l'accès à une ressource essentielle soit en cause ou pas, ne pourrait imposer qu'une obligation de prise en considération des coûts dans l'établissement de la tarification. Aussi, non seulement l'existence du principe d'orientation des prix vers les coûts ne semble pas pouvoir être déduite des règles générales du droit de la concurrence mais elle ne résulte pas non plus, implicitement, de l'existence d'une réglementation sectorielle qui aurait pour finalité de développer certains marchés. En effet, certaines réglementations sectorielles, on pense ici plus particulièrement aux lois relatives à la libéralisation du secteur électrique et gazier, n'ont pas consacré ce principe. L'établissement des tarifs répond alors aux règles de transparence, d'objectivité et de non-discrimination. Parce qu'il est particulièrement contraignant pour les entreprises qui y sont soumises, le principe d'orientation des prix vers les coûts semble devoir résulter, uniquement, de la volonté explicite du législateur.

En conséquence, l'exigence de prise en compte des coûts et l'orientation des prix vers les coûts ne sont pas assimilables. L'obligation de prise en compte des coûts représente le minimum de régulation qui peut être appliqué à une tarification pour garantir sa conformité au droit de la concurrence. C'est donc, nous semble-t-il, ce principe qui s'appliquera par défaut à la tarification de l'accès aux informations publiques. Deux arguments militent en effet en faveur de cette interprétation. En premier lieu, le législateur n'a pas clairement manifesté sa volonté d'établir une stricte orientation des prix en fonction des coûts de revient de la mise à disposition de l'information et plus largement de la diffusion d'un produit informationnel. En second lieu, il convient de rappeler que le contenu normatif de la directive est assez lâche, c'est une *réglementation a minima* qu'elle établit. Dans ce contexte, il est douteux que le législateur ait eu l'intention d'appliquer une régulation très contraignante du prix des données publiques.

Toutefois, dans des cas très limités, à vrai dire - pour l'heure - il en existe qu'un seul, l'autorité garante du respect de la concurrence ou la juridiction administrative en faisant application du droit de la concurrence pourraient imposer un prix d'accès aux informations publiques orientées vers les coûts si tant est que l'entreprise en cause soit régie par une réglementation sectorielle le prévoyant expressément. On rappellera à cet égard que le Conseil de la concurrence, confirmé par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation avait imposé à France Télécom de fournir les données de l'annuaire téléphonique à un prix orienté vers les

---

399. v. dans ce sens, J-Y. CHEROT, « L'accès aux données publiques à des fins commerciales : les apports et les limites du droit de la concurrence. », *Transparence et secret, colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, La documentation française, Paris, 2004, p. 306

coûts en s'inspirant, à propos de cette activité, des méthodes de facturation applicables en matière d'interconnexion<sup>400</sup>.

**186. Le rapport entre les prix et les coûts impliqué par l'exigence de prise en compte des coûts.** - La prise en compte des coûts constitue, en dehors de toute réglementation sectorielle, une exigence traditionnelle du droit de la concurrence pour assurer la conformité des prix pratiqués par des entreprises en position dominante au respect de ses principes. C'est donc du côté des règles du droit de la concurrence qu'il faut rechercher la portée de l'exigence de prise en compte des coûts. Que l'on regarde les contentieux où étaient mis en cause le caractère excessif d'une prestation rendue par une entreprise en position dominante ou la pratique décisionnaire des autorités garantes de la concurrence, l'exigence de prise en compte des coûts induit un rapport de proportionnalité entre la redevance réclamée par l'opérateur dominant et les coûts effectifs encourus pour réaliser une prestation particulière.

Si l'on se réfère à l'affaire UBC, il ressort de l'arrêt rendu par la Cour de justice, à propos notamment du caractère excessif des prix pratiqués par l'entreprise en position dominante, que pour se prononcer sur un tel grief il convient, particulièrement, « d'apprécier la disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé »<sup>401</sup>. De la même manière, si l'on fait état de l'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris à propos d'une injonction d'orientation des prix vers les coûts rendue par le Conseil de la concurrence<sup>402</sup>, on constate que la Cour remplace ce principe par l'exigence de prise en considération des coûts qu'elle définit explicitement comme une obligation de proportionnalité entre le prix de l'accès à l'infrastructure et la valeur réelle du service. Aussi, faut-il considérer que l'exigence de prise en compte des coûts est moins contraignante que le principe d'orientation des tarifs vers les coûts en tant qu'elle n'implique qu'une relation de proportionnalité entre le prix et la valeur du service.

**187. Les implications de la notion de prise en compte des coûts sur la tarification exigible par les fournisseurs d'informations : l'existence d'une marge commerciale.** - Il

400. Cons. conc., déc. n° 98-D-60 du 29 septembre 1998, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone*, BOCC du 8 février 1999, p. 43 ; CA, Paris, 29 juin 1999 *relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone*, BOCC, 3 juillet 1999, p. 447.

401. CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company & United Brands Continental BV c. Commission des communautés européennes*, aff. C- 27/76, Rec. p. 207

402. Cour d'appel de Paris, 21 mai 2002, *relatif au recours formé par la SA Télédiffusion de France (TDF) contre la décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Antalis*, préc.

convient de noter dès à présent que ce choix en faveur de la prise en compte des coûts offre aux entreprises, en l'occurrence aux organismes publics fournisseurs d'information, une marge de manœuvre plus importante dans l'établissement de la redevance d'accès à informations et bases de données. En effet, pour être considérée comme étant conformes au droit de la concurrence, il faudra seulement qu'elle entretienne un rapport raisonnable avec les coûts encourus pour la réalisation de cette prestation. Cette liberté suscite une interrogation. Admettre que les redevances ne sont reliées aux coûts qu'au travers un rapport de proportionnalité, c'est admettre, mécaniquement, la possibilité pour les opérateurs public d'intégrer, en sus de certains coûts, une marge commerciale. Or, cette marge bénéficiaire est tout à fait indépendante de la rémunération raisonnable du capital auquel fait référence l'article 15 de la loi. C'est donc une double marge que les opérateurs publics pourront retirer, compte tenu de la portée de l'exigence de prise en compte des coûts, de la fourniture de leurs ensembles informationnels ; la première dépendant des coûts, la seconde reposant sur les dispositions de la loi.

Dans l'avis précité du Conseil de la concurrence sur la tarification pratiquée par France Télécom<sup>403</sup>, le Conseil notait qu'il devait être laissé à France Télécom, en dehors de la marge relative à la rémunération du capital, la possibilité « d'intégrer dans ses tarifs de détail une marge commerciale raisonnable ». Ce caractère raisonnable ne s'appréciant que par rapport aux coûts effectivement supportés par l'opérateur, il s'ensuit deux questions. La première concerne l'évaluation des coûts. L'appréciation des coûts de collecte et de production de l'information est délicate et à cette difficulté se rajoute, à l'heure actuelle, l'absence de moyens permettant de mesurer avec précision les coûts dans la sphère publique, surtout pour les services publics administratifs<sup>404</sup>. Dès lors, l'estimation du rapport raisonnable serait grossière parce que fondée sur une évaluation des coûts elle-même approximative, risquant par là de conduire à une tarification excessive ? La seconde question concerne le cumul des marges. Dans quelle mesure la possibilité laissée aux organismes publics de retirer une double marge de la fourniture de l'information est-elle justifiée ? Nous tenterons de répondre à cette seconde question après avoir apporté quelques éléments de réponse à la première.

Il est certain qu'en l'absence d'une comptabilité analytique, la volonté de l'organisme public d'intégrer une marge bénéficiaire dépendante des coûts risque d'aboutir à une tarification excessive parce que l'évaluation de ces coûts est elle-même approximative. En tout cas, le caractère raisonnable liant les coûts et la marge sera d'autant plus difficile à apprécier.

403. Cons. conc., 01-A-01 du 16 mars 2001 *portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers*, préc.

404. Le décret n°2004-1246 du 22 novembre 2004 modifiant le décret n° 81-505 du 12 mai 1981 relatif à l'Institut géographique national (*JO* du 24 novembre 2004 p.19876) impose à l'Institut de tenir une comptabilité analytique. La Circulaire du 20 mars 1998, *relative à l'activité éditoriale de l'administration et des établissements publics de l'Etat*, préc. Avait aussi recommandé la mise en œuvre d'une telle comptabilité.



Toutefois, dans l'autre sens, dans le cas où l'organisme public ne manifesterait pas la volonté de l'intégrer, une telle marge pourrait finalement être considérée comme une marge d'erreur admissible dans l'établissement de la tarification en raison du caractère approximatif de l'évaluation des coûts. En attendant que des méthodes relativement fiables d'évaluation des coûts soient adoptées dans la sphère publique, il semble cependant préférable de limiter, pour éviter tout grief lié à des pratiques anticoncurrentielles, l'intégration d'une telle marge bénéficiaire aux organismes publics pouvant justifier réellement de leurs coûts de production et de diffusion de l'information. Quoi qu'il en soit, la directive a quand même prévu un garde fou avec l'établissement d'un plafond tarifaire mais qui lui aussi sera dépendant d'une précise évaluation des coûts (v. *infra*).

En conclusion, pour les organismes publics fournisseurs de données publiques, l'expression « prendre en compte les coûts » implique principalement que les tarifs devront être proportionnés aux coûts encourus pour la délivrance de la prestation. À cette obligation se rajoutent les exigences traditionnelles de transparence et d'objectivité dans la fixation des tarifs qui sont par ailleurs expressément visées par la loi (v. *Infra*). La loi n'impose donc pas aux producteurs de données publiques d'orienter strictement leurs tarifs vers les coûts, ce qui leur laisse une plus grande marge de manœuvre dans l'établissement de la tarification puisque l'exigence de proportionnalité est moins contraignante et qu'elle leur laisse la possibilité, en sus de la rémunération du capital, de déterminer une marge bénéficiaire dépendante des coûts. Finalement, la loi n'impose pas plus d'obligations aux organismes publics que ce que le droit de la concurrence, en dehors de tout cadre réglementaire, aurait pu leur imposer.

#### - La portée de la rédaction dissymétrique de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978

**188. Interprétation.** - La seconde question est relative à la forme de la rédaction. On remarquera que l'article 15 distingue les coûts de mise à disposition qui semblent toujours devoir être imputés par les organismes publics et les autres coûts pour lesquels une faculté est laissée aux producteurs ou détenteurs d'informations. Il dit que l'administration « tient compte des coûts de mise à disposition » et, de l'autre côté, qu'elle peut « tenir compte des coûts de collecte et de production ». Cette rédaction dissymétrique peut donner lieu à deux interprétations différentes qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre.

**189. Choix de la politique de tarification.** - La première, la plus immédiate, c'est celle de laisser à l'administration le choix d'une politique tarifaire. Si la récupération des coûts de mise à disposition leur semble imposée, les organismes publics disposent en revanche, en fonction de leur besoin, de la faculté de répercuter les coûts de collecte et de

production de l'information. *Grosso modo*, cette rédaction recouvre deux méthodes de facturation différentes : la politique des coûts marginaux de mise à disposition et la politique des coûts totaux (voir *infra*). Ainsi, selon cette lecture, les organismes publics seraient tout à fait libres de pratiquer la politique tarifaire qu'ils retiennent sauf à tenir compte des coûts marginaux.

**190. Faculté de pratiquer une tarification dissociée des coûts.** - La seconde interprétation est plus insidieuse. Dans le silence du texte, la faculté de prendre en compte les coûts de production, n'ouvre-t-elle pas la voie à d'autres formes de rémunération étrangères aux coûts de production ? Une rémunération calculée sur le chiffre d'affaires réalisé par le co-contractant de l'administration par exemple. En d'autres mots, dire que les organismes fournisseurs de données publiques peuvent tenir compte des coûts de production et de collecte de l'information, cela ne reviendrait-il à leur donner la possibilité de pratiquer une politique tarifaire étrangère aux coûts, en tout cas pour la part de tarification extérieure aux coûts de diffusion et aux coûts qui y sont associés ?

La question mérite d'être posée pour trois raisons. D'abord parce que la précédente tentative de réglementation du domaine de l'information publique avait conduit très explicitement à mettre en place ce type de tarification. Le projet de loi sur la société de l'information prévoyait en effet que la convention liant le producteur d'informations au rediffuseur pouvait comprendre « outre la redevance (...), une rémunération qui tient compte des ressources tirées de l'exploitation commerciale ». Ensuite, parce que ce mode de rémunération, en soi, n'est pas contraire au droit de la concurrence. Sur ce point, le Conseil de la concurrence, à l'occasion de l'avis rendu à propos du projet de loi sur la société de l'information<sup>405</sup> a dit que ce type de rémunération n'était critiquable qu'en tant qu'il permettrait, parce qu'étranger aux coûts, de fixer des tarifs excessifs ou trop bas. Enfin, parce que ce mode de rémunération est couramment employé dans la pratique et que les dispositions de la loi n'entendent pas fondamentalement la modifier. On fera ainsi état des pratiques de la direction des journaux officiels qui subordonnent la délivrance de la base de donnée contenant les informations du BODACC au versement d'une redevance comprenant d'une part, l'acquittement des frais de mise à disposition et d'autre part, une participation égale à 25% du chiffre d'affaires réalisé par le rediffuseur sur les produits intégrant les contenus de cette base de données. Pour répondre à cette question, il faut faire état de deux considérations.

En premier lieu, il convient de dire que si la loi fixe des orientations en matière tarifaire en indiquant que les organismes publics devraient fixer leurs tarifs au regard des coûts, rien ne les empêche d'établir une tarification qui y soit étrangère. L'exigence de prise

---

405. Cons. conc., avis n° 01-A-05, du 26 avril 2001, *Relatif à une demande d'avis du Gouvernement concernant le projet de loi sur la société de l'information*

en compte des coûts rappelée par la loi, à la différence du principe d'orientation des tarifs vers les coûts initialement prévus, n'est pas sanctionnée. Si l'on met de côté les coûts de diffusion, rien ne contraint les organismes publics à prendre en considération les coûts de production ou de collecte de l'information pour les remplacer par une autre forme de rémunération.

En second lieu, si l'on se réfère à l'objet de la législation, du moins tel qu'il ressort de la directive, ce mode de rémunération semble difficilement compatible avec l'exigence de développement du marché. D'ailleurs, il présente de nombreuses difficultés du point de vue du droit de la concurrence car il est très éloigné des coûts et dépend uniquement des résultats commerciaux du co-contractant de l'administration. Ceux-ci peuvent évidemment être nettement supérieurs aux coûts encourus par les organismes publics pour produire ou collecter l'information. Or, la directive comme la loi admettent que le droit de la concurrence, du moins certains principes qui y sont issus, doivent permettre, autant que faire se peut, de réguler les tarifs d'accès aux bases de données publiques. En conséquence, si l'on tient compte de l'objet de la loi et de la volonté d'éviter, notamment, l'établissement de tarifs d'accès excessifs, cette forme de tarification devrait être prohibée.

Quoi qu'il en soit, en dernier ressort, même si elle était adoptée, cette forme de tarification devrait d'une manière indirecte être reliée aux coûts. La loi établit en effet un plafond qui permet de limiter les ressources tirées de la fourniture de l'information. Or, ce plafond tarifaire est composé du total formé par les coûts de collecte, de production et de mise à disposition de l'information. Dès lors, bien qu'il puisse directement être lié aux résultats de son co-contractant, le niveau de la tarification sera de toutes les façons limité par un mécanisme prenant en compte les coûts.

## 2. La pertinence d'une tarification d'accès aux informations publiques dépendante des coûts

**191. Fixation des prix en fonction de la demande.** - Puisque la tarification des redevances d'accès aux bases de données publiques, pour assurer leur conformité globale au droit de la concurrence, à l'instar de solutions déjà éprouvées dans le cadre de la libéralisation des réseaux d'utilité publique, dépend des coûts de production, nous voudrions poser la question de l'adéquation de cette solution compte tenu de la nature de l'information, de son économie et de la structure de coûts impliquée par sa production. N'eût-il pas été envisageable, au lieu d'établir une tarification variant en fonction des coûts de production, de la déterminer en fonction de la demande et plus précisément de la valeur de l'information pour le bénéficiaire de la diffusion ?

Cette interrogation repose sur un constat : l'économie de l'information répond à des lois tout à fait particulières impliquant une structure de coûts originale. Dans leur ouvrage

consacré à l'économie de l'information, CARL SHAPIRO et HAL R. VARIAN<sup>406</sup> mettent en avant l'idée que l'information, les produits informationnels en fait, doit être facturée en fonction de leur valeur pour le consommateur et non pas en fonction de son coût de production. Pour arriver à cette conclusion, ils se fondent sur l'idée suivante : l'information est coûteuse à produire mais peu coûteuse à reproduire. « En termes économiques, cela signifie que la production des biens informationnels nécessite des coûts fixes élevés mais un coût marginal faible (...) cette structure de coûts a des conséquences importantes et multiples. Par exemple, il est impossible de fixer le prix d'un tel produit en se basant sur le coût de production »<sup>407</sup>. Ils en concluent donc que le prix doit être fonction de la valeur du bien pour le consommateur et non pas fonction du coût de production<sup>408</sup>. Qu'en est-il des données et bases de données produites par les organismes publics et fournies à des fins de rediffusion ? Cette analyse peut-elle réellement leur être transposée ?

Pour envisager l'éventuelle application de cette analyse aux bases de données produites par l'administration, il convient d'abord de lever une incertitude. Les auteurs constatent l'impossibilité de fixer le prix en fonction des coûts au regard du produit final réalisé, c'est-à-dire celui qui sera diffusé à un consommateur final. Dans ce contexte, il est évident que le prix de ce bien ou service ne pourra intégrer la totalité des coûts encourus par l'organisme public pour le produire. Envisageons le cas d'une carte géographique sur support papier réalisée par L'INSTITUT GÉOGRAPHIQUE NATIONAL. Son prix, sauf à être inaccessible, ne peut en aucun cas dépendre des coûts de production qui sont exorbitants par rapport aux coûts engendrés par sa reproduction<sup>409</sup>. Or, lorsque l'on parle d'accès aux bases de données, on se situe sur le marché intermédiaire de commercialisation qui n'est pas destiné à la consommation finale. On est en présence non pas d'un contenu finalisé intégrant des informations du secteur public mais, justement, de l'ensemble des informations qui seront utilisées pour réaliser un produit ou un service particulier destiné au consommateur final. En d'autres termes, l'analyse précédemment énoncée concerne la relation entre le producteur et le consommateur final et non la relation entre le fournisseur et le distributeur. Doit-on alors, dans le cadre de cette relation entre l'organisme public, fournisseur d'informations, et son rediffuseur privé, envisager de modifier les précédentes conclusions et établir le prix d'accès en fonction des coûts ? Nous le pensons pas. Il importe peu en réalité que l'on se situe sur un marché de la

406. SHAPIRO (C.) et VARIAN (H.R.), *Economie de l'information*, De Boeck, 1999

407. *Ibid.*

408. Cette structure de coût se rapproche d'ailleurs de celle qui se rencontre dans les industries de réseaux qui sont elles aussi marquées par l'importance des coûts fixes attachés à la réalisation et l'entretien des *infrastructures* et la faiblesse des coûts variables attachés aux services. V. N. CURIEN, *Economie des réseaux*, coll. Repères, La découverte, 2005

409. D'un point de vue économique, le « bien information » est spécifique. Son coût d'élaboration peut être très élevé par rapport à son coût de diffusion qui est pratiquement nul. v. MAGAN DE BORNIER, préc., l'auteur souligne que « cette caractéristique a pour conséquence une certaine illusion de la gratuité de l'information et explique d'ailleurs en partie la croyance qu'il s'agirait d'un bien public ».

consommation finale ou sur un marché intermédiaire, ce facteur étant tout à fait indépendant des coûts engendrés pour la production ou la reproduction de l'information. La reproduction d'une base de données comportant, par exemple, plusieurs millions d'adresses, sera de toutes les manières sans commune mesure avec les coûts que sa production aura engendrés<sup>410</sup>. Aussi, compte tenu de la faiblesse des coûts de reproductions permis par les technologies de l'information, pensons-nous qu'il est possible d'établir la tarification de l'information fournie par un organisme public en fonction de sa valeur pour le co-contractant de l'administration. En tout cas, il convient d'envisager cette possibilité parce qu'elle est plus conforme aux caractères du bien en cause et qu'elle permet de ne pas tenir compte des coûts qui sont au demeurant difficiles à évaluer. D'autant plus que la directive ne comporte aucune prescription obligeant les organismes publics à adopter une comptabilité analytique.

Toutefois, la mise en œuvre d'une telle méthode d'établissement des tarifs se révèle illusoire à la réflexion. Elle présente, en effet, de nombreuses difficultés d'application. Un parallèle s'impose ici avec les industries de réseaux qui comportent d'ailleurs une structure de coût très proche de la production et la diffusion de l'information. Dans les secteurs où une régulation sectorielle a été mise en œuvre, jamais, à notre connaissance, la tarification des infrastructures de réseaux n'a été établie en fonction de la demande. Des deux méthodes de régulation des tarifs existantes, les méthodes fondées sur la demande - « *usage-based rules* » - et celle fondée sur les coûts - « *cost-based rules* », c'est toujours la seconde qui, à notre connaissance, selon des modalités variables, a été retenue. Dans le domaine des communications électroniques, le choix de la méthode de régulation des tarifs vers les coûts a été appliquée en raison, essentiellement, de sa plus grande facilité de mise en œuvre. Il a pu être indiqué, à propos des tarifs d'interconnexion, que « les méthodes basées sur la demande ne sont pas utilisées car elles nécessitent de disposer d'informations économiques difficiles à connaître telles que les fonctions de la demande, les élasticités à la demande (...) les méthodes fondées sur la demande sont donc difficiles à implanter, ce serait une raison de leur préférer les méthodes comptables »<sup>411</sup>. Figurons-nous, alors que le secteur des communications électroniques est relativement bien connu, en tout cas bien délimité, les difficultés d'application d'une telle méthode à un secteur d'activité complètement diffus, en ce sens qu'il existe de très nombreux fournisseurs d'informations, soumis à des contraintes très différentes et pour lesquels la demande est d'autant plus difficile à connaître et surtout dans

410. On rappellera à cet égard que la Cour d'appel de Paris dans « l'affaire Lécitel » avait évalué le coût technique de la reproduction du fichier d'adresses de France Télécom à un niveau très inférieur du prix réclamé par l'opérateur public. (CA, Paris, 29 juin 1999 *relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone*, BOCC, 3 juillet 1999, p. 447)

411. GIRARDI (B.), « Régulation des tarifs d'interconnexion : analyse en vue de déterminer son impact sur les systèmes comptables des entreprises de télécoms. », préc.

lequel la connaissance de l'offre – quoiqu'elle s'affermisse – est incertaine<sup>412</sup>. Ces méthodes fondées sur la demande devraient être appliquées fournisseur par fournisseur, organisme public par organisme public, ce qui, si ce n'est la définition du principe d'établissement des tarifs en fonction de la demande, empêcherait la mise en oeuvre de règles globales de tarification.

### *B. La détermination des coûts pertinents*

**192. Coûts pertinents et politique de tarification.** - L'établissement des redevances d'accès aux ensembles informationnels constitués par les organismes du secteur public devant prendre en compte les coûts, chaque organisme devra décider quels coûts imputer aux tarifs d'accès car ce choix n'est pas imposé par la loi<sup>413</sup>. Sauf pour les coûts de mise à disposition, il est laissé à la discrétion du producteur d'informations. Lors de l'élaboration du texte communautaire, deux méthodes de facturation des coûts se sont dégagées : la méthode du coût marginal qui conduit à facturer au bénéficiaire de la communication les seuls coûts de mise à disposition ; la méthode des coûts totaux qui permet à l'organisme fournisseur de répercuter les coûts de production et de collecte de l'information. Malgré les préconisations de la directive<sup>414</sup> ou les opinions émises par la doctrine, la loi n'opte pas clairement pour l'une de ces deux méthodes. Au contraire, elle les reçoit également en indiquant que les organismes publics doivent tenir compte des coûts de mise à disposition tout en leur laissant la faculté d'imputer certains coûts de production, parmi lesquels la collecte de l'information. Ainsi, les organismes publics producteurs d'informations sont-ils autorisés à pratiquer concurremment la politique du coût marginal et celle des coûts totaux. Il n'existera donc pas de politique tarifaire globale applicable à l'ensemble des producteurs d'informations. À côté de ces méthodes, qui représentent, en quelque sorte, les deux extrêmes sur l'échelle des politiques tarifaires pouvant être adoptées par les producteurs d'informations, on peut aussi ajouter, parce que la loi n'est pas impérative sur ce point, la facturation au coût incrémental qui ne conduit à prendre en considération que les coûts engendrés par l'activité de fourniture de

412. La directive 2003/98/CE et la l'ordonnance du 6 juin 2005, ont adopté des mesures destinées à faciliter la connaissance des gisements d'informations publiques (v. *infra*)

413. Ce choix ne peut pas non plus être imposé par le droit de la concurrence à lui seul, sur ce point voir J-Y. CHEROT, « La problématique de la tarification dans les licences d'accès aux bases de données du secteur public », préc.

414. Le considérant 14 de la directive 2003/98/CE, du 17 novembre 2003, préc., indiquait que « le plafond tarifaire fixé par la directive est sans préjudice du droit pour les Etats membres ou les organismes du secteur public d'appliquer des tarifs inférieurs voire de pratiquer la gratuité totale et les Etats membres devraient inciter lesdits organismes à proposer les documents à des prix qui n'excèdent pas les coûts marginaux de reproduction et de diffusion ».

l'information. En réalité ce sont donc, au moins, trois modèles de référence aux coûts qui peuvent être retenus – concomitamment - par les organismes producteurs. Que faut-il penser de ce droit d'option laissé par le législateur ?

**193. Des politiques de tarification adaptables aux informations publiques mises à disposition.** - Cette faculté, en réalité, est bienvenue, et il faut rendre grâce à la loi de ne pas avoir imposé indistinctement une politique de tarification. En effet, on peut constater que les pratiques tarifaires usitées par les producteurs d'informations sont très variables. Elles dépendent très largement de la nature des produits informationnels, de l'objet de leur mise à disposition, du contexte de la production ou plus largement de la destination de l'information et même de la nécessité d'équilibrer leur budget. En conséquence, la détermination des coûts est donc intimement dépendante de la base de données en cause et de la fonction sociale à laquelle peut répondre la diffusion des informations qu'elle contient. Lorsque les organismes publics font le choix d'une politique tarifaire, ils doivent souvent prendre en compte d'autres considérations que l'avantage financier du co-contractant, car la plus grande diffusion de l'information, par ricochet, peut permettre de répondre à une exigence particulière de l'action publique. La faculté accordée par le législateur leur laisse donc la possibilité de moduler leur politique tarifaire en fonction des impératifs qu'ils doivent satisfaire. Trop de facteurs, parmi lesquels, la nature de l'information, l'objet de son utilisation ou la satisfaction indirecte de l'intérêt général par une plus large diffusion, peuvent orienter dans tel ou tel sens la méthode de facturation<sup>415</sup>.

En conséquence, le choix entre ces différents modes de facturation sera très largement tributaire des contraintes et obligations pesant sur l'action de l'organisme public. Cependant, dans l'esprit du texte communautaire, la politique tarifaire ne peut pas être uniquement établie en considération des impératifs de l'action publique ou de la nécessité d'assurer l'équilibre budgétaire. Ces facteurs, aussi puissant soit-ils, doivent être conciliés avec la logique de développement du marché immanente de la directive et qui n'est pas prise en compte par la loi.

Au terme de la loi, il n'existe pas de politique tarifaire applicable à l'ensemble des organismes publics producteurs d'informations, c'est pourquoi nous étudierons successivement les principales méthodes de référence aux coûts pouvant être employées : la

---

415. Il en va ainsi, par exemple, des politiques tarifaires retenues par l'INSEE. La fourniture du fichier SIRENE ou des bases de données macroéconomiques implique, outre la facturation des coûts de mise à disposition, la facturation des frais de collecte de l'information et la perception d'une redevance pour droits d'auteurs. En revanche, pour la communication de certaines bases de données comme celle de l'inventaire communal, seuls les frais de mise à disposition sont comptabilisés. Quant aux principaux indicateurs économiques, ils sont mis à disposition gratuitement. Dans le même sens, il eût été inconcevable d'imposer une politique des coûts totaux relativement à la diffusion de la norme juridique. C'est pourquoi les bases de données de législation sont mises à disposition au coût marginal.

méthode des coûts marginaux (1), puis celle des coûts totaux (2), en finissant par celle des coûts incrémentaux (3).

## 1. La politique du coût marginal

**194. Coût marginal, contrainte budgétaire et développement des marchés.** - Le coût marginal se définit comme le supplément de coût qui doit être supporté pour obtenir une unité supplémentaire de produit, il ne comprend que les coûts variables<sup>416</sup>.

En appliquant cette définition au cas de la mise à disposition de l'information ou de la délivrance de services informationnels, il s'avère que cette méthode de référence aux coûts tendrait seulement à couvrir les frais de reproduction et de diffusion ainsi que les frais de gestion induits par le traitement de la demande à l'exclusion des coûts fixes inhérents à la production de l'information, c'est-à-dire, *grosso modo*, l'ensemble des coûts variables engendrés par la cession d'un ensemble informationnel. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 qui, dans son énoncé non exhaustif, dispose que l'administration « tient compte des coûts de mise à disposition, notamment, le cas échéant du coût d'un traitement permettant de les rendre anonymes ». Toutefois, s'agissant d'informations, c'est-à-dire de biens publics ou semi-publics, elle ne permettrait pas aux organismes fournisseurs d'informations de retirer un revenu substantiel de la cession des licences de réutilisation des données publiques. En effet, la théorie économique enseigne que la caractéristique commune des prestations portant sur des biens publics ou semi-publics « est que – même lorsqu'on parvient à identifier leurs consommateurs – leur coût est indépendant de la demande, donc leur coût marginal est nul (radio, télévision) ou pratiquement nul (coût de l'édition d'un exemplaire supplémentaire par l'INSEE) »<sup>417</sup>. En d'autres mots, la couverture des coûts variables – si tant est qu'elle puisse être effective – ne permet en aucun cas aux organismes publics qui recherchent des financements externes de trouver dans la cession de leurs ensembles informationnels une source de revenus permettant de contribuer à l'équilibre budgétaire. Par contre, évidemment, la seule prise en compte des coûts marginaux est profitable à l'accès des entreprises privées aux informations détenues par le secteur public.

C'est essentiellement pour cette raison, parce qu'elle est incompatible avec les contraintes budgétaires pesant sur certains organismes producteurs, que cette politique, quoiqu'elle ait été largement préconisée, n'a été généralisée ni par la directive, ni par la loi (a). Cependant, en raison des différents impératifs de l'action publique ainsi que du contexte

416. LECAILLON (J.), in *Dictionnaire de sciences économiques*, PUF 2001

417. BERNARD (P.), in *Dictionnaire de sciences économiques*, préc. Cette difficulté se trouve accentuée chez les opérateurs publics qui sont soumis au principe de l'équilibre budgétaire.



particulier de la production de certains ensembles informationnels, cette méthode de facturation des coûts trouve quand même un large domaine d'application (b).

#### *a. Les arguments favorables à la politique de tarification au coût marginal*

**195. Coût marginal et accessibilité économique aux informations publiques.** - Au vu de la définition précédente, on perçoit immédiatement les avantages que présente la politique de tarification au coût marginal pour le marché. Dans un environnement numérique, les coûts de reproduction et de diffusion de l'information sont très faibles voire nuls, aussi l'adoption d'une telle politique de tarification favoriserait-elle l'accès au marché et par voie de conséquence la concurrence. Bien qu'elle ne figure pas dans le corps de la directive, cette politique a toujours eu la préférence de la Commission européenne<sup>418</sup> ainsi que celle de différents auteurs. Leurs arguments respectifs se fondent sur deux considérations de nature différente. Pour la première, la tarification au coût marginal participerait à l'amélioration du bien être collectif ; pour la seconde, elle jouerait comme une règle d'équité profitable au consommateur qui n'aurait pas à acquitter un prix pour l'acquisition d'informations qu'il a déjà financé en tant que contribuable.

**196. Politique du coût marginal et développement des marchés intégrant des contenus issus du secteur public.** - La politique du coût marginal serait seule à même d'assurer à terme le développement du marché de l'information. La Commission européenne l'a maintes fois souligné : « la plupart des analyses – basées sur une approche sectorielle de modélisation économique et/ou empirique – aboutissent à la conclusion que la méthode du coût minimum apporte les plus grands avantages à la société dans son ensemble. Une étude effectuée sur plusieurs bases de données gérées par les organismes de service public montre que faire payer une redevance équivalant au coût marginal de reproduction et de diffusion est de loin la solution la plus économique et la plus prometteuse en termes de prospérité (...). Elle serait en particulier profitable aux PME en phase de démarrage ». Et certains auteurs partagent aussi cette opinion<sup>419</sup>. De surcroît, cette politique, au-delà de son effet bénéfique

418. La commission, même dans le projet de directive, ne l'a pas préconisée. Seul le Parlement européen, plus exactement le rapport émis par M. VAN VELZEN, prévoyait la modification des principes tarifaires établis par la directive en ce sens : « *Lorsque des redevances sont prélevées, le total des recettes provenant des autorisations de consultation et de réutilisation de ces informations ne doit pas dépasser leur coût de reproduction et de diffusion.* » (Rapport A5-0025/2003 de la commission de l'industrie, du commerce de la recherche et de l'énergie, sur la proposition du Parlement Européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public.)

419. BRUGUIERE (J-M), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », *Légipresse* septembre 2005, n°224, p.53

pour l'essor de la concurrence, aurait aussi pour mérite d'améliorer la situation des finances publiques : « Une étude prend particulièrement en considération les effets potentiels sur les recettes fiscales et souligne que l'accroissement de l'activité économique résultant de la diminution des redevances perçues pour la réutilisation des informations du secteur public serait globalement bénéfique pour les finances publiques »<sup>420</sup>. Ce dernier constat n'a cependant pas convaincu les services et organismes publics qui se voient directement affecter les revenus relatifs à la cession des licences de réutilisation, l'effet globalement bénéfique sur les finances publiques étant trop éloigné de leurs préoccupations budgétaires immédiates.

Les performances de ce modèle de tarification sont d'ailleurs accentuées par la réussite du modèle américain qui a longtemps représenté l'exemple au sein duquel les instances communautaires ont puisé pour bâtir une politique de la réutilisation des informations du secteur public en Europe<sup>421</sup>. L'essor de l'exploitation des contenus émanant du secteur public aux Etats-Unis serait dû, en partie, à une politique de tarification favorable au secteur privé. À tel point qu'elle a pu être analysée comme « une aide significative accordée au secteur privé »<sup>422</sup>. Sans remettre en cause ces conclusions, il faut quand même les relativiser. Les principes directeurs de la politique américaine sont eux aussi battus en brèche par des considérations pratiques, matérielles. De nombreuses affaires ont illustré la volonté de certains organismes publics de facturer la fourniture de l'information aux coûts totaux en raison des contraintes budgétaires auxquelles ils sont confrontés<sup>423</sup>. En outre, il faut encore souligner que la circulaire A-130 sur la gestion des ressources fédérales d'information permet au bureau du budget « *d'exiger l'utilisation d'analyse coûts-bénéfices pour décider des informations qu'elles doivent collecter, de la façon dont elles doivent les traiter et les mettre à la disposition du*

420. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, préc. Plusieurs études ont au demeurant mis en avant l'impact macroéconomique que pourrait avoir une large ouverture des fonds publics informationnels. Dans le domaine de l'information géographique, il a été souligné que la perception d'importantes redevances par l'IGN pour la communication de ses données conduisait à ralentir le développement du marché. (préc.)

421. MONJAL (P-Y), « La directive européenne sur les données publiques », préc. L'auteur souligne plus particulièrement que l'exploitation des données publiques aux Etats-Unis a constitué un élément « *non pas déterminant, mais un élément important d'enrichissement de l'économie américaine.* »

422. Rapport du commissariat général au plan, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, préc.

423. Aux Etats-Unis aussi, certains organismes publics ont été amenés à tarifier la mise à disposition de l'information au-delà du coût marginal. Souvent c'est pour les mêmes raisons d'ailleurs qu'en Europe. Ainsi, M.GELLMAN notait-il que « le fond du débat ne porte pas sur la politique mais sur l'argent. Les ressources publiques sont limitées et l'administration ne peut vraisemblablement pas fournir toute information, sur n'importe quel support, à tous les usagers, et gratuitement. Il en sera toujours ainsi, mais le déficit du budget des Etats-Unis fait ressortir, avec encore plus d'acuité à l'heure actuelle, cette pénible réalité qui s'imposera pour les années à venir. Les nouvelles technologies peuvent offrir des options intéressantes, mais la limitation des ressources restera ». (R. GELLMAN, « Les trois piliers de la politique de diffusion de l'information publique aux Etats-Unis », *RFAP* 1994, n°72. v. aussi, relatant certains litiges aux Etats-Unis, MAISL (H.), « L'utilisation commerciale des données administratives : l'exemple américain », *revue droit de l'informatique et des télécoms* 1988/4, p.22

public »<sup>424</sup>. Ce qui peut évidemment conduire les organismes publics, au terme de cette analyse, à réduire le champ des données à collecter lors de leurs missions, ce qui n'est pas acceptable.

Quoi qu'il en soit, il reste que, compte tenu de la faiblesse des coûts d'accès aux bases de données publiques, cette politique semble être la plus favorable au marché.

**197. La politique du coût marginal et la double imposition.** - L'argument est ici difficilement contestable, cette politique a été préconisée parce qu'elle éviterait, à la différence de la politique qui tend à recouvrir les coûts, de faire payer au consommateur final les coûts de production de l'information qu'il a déjà financés en tant que contribuable.

La doctrine l'a signalé à plusieurs reprises et M. SHOETTL a pu affirmer qu'il n'était pas « question de facturer à l'utilisateur du service d'information public le coût d'obtention ou de mise en forme des données primaires, c'est-à-dire des opérations qui sont réalisées en tout état de cause, car nécessaires à l'activité courante du service public dont est chargé l'administration concernée. Ce serait le faire payer deux fois en tant que contribuable et en tant qu'utilisateur »<sup>425</sup>. Et la circulaire du 14 février 1994 le rappelait : « le principe général est que les coûts de collecte et de production des données ne sont pas à prendre en compte lorsqu'ils ont déjà été pris en charge par la collectivité au titre de ses tâches ordinaires. » Le moyen tiré de la facturation à un rediffuseur d'opérations assumées pour satisfaire des obligations de service public a d'ailleurs aussi été retenu par le Conseil d'Etat au contentieux<sup>426</sup>.

424. BARMAN (S.), « L'économie de l'information, une évolution des approches », *L'économie informationnelle*, préc. p. 87 M. RONAI « Données publiques et deniers publics aux Etats-Unis », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, dossier n° 32, éd. A jour, 1996, p. 112

425. SHOETTL (J-E), « L'exploitation des gisements de données administratifs » ; v. en ce sens aussi J-M. BRUGUIERE, *les données publiques et le droit*, préc. Il est vrai que sur le plan des principes, la possibilité pour l'administration de récupérer tout ou partie des coûts de productions d'opérations qui sont de toutes les manières réalisées par elle dans le cadre de ses activités d'intérêt général est difficilement admissible. Toutefois, il faut opérer certaines distinctions car de nombreux opérateurs publics comptent aussi sur des recettes commerciales pour financer des obligations d'intérêt général. Aussi, cet argument ne vaut-il que dans l'hypothèse où l'activité de collecte et de production de l'information est entièrement financée sur des fonds publics. Autrement, lorsque ces coûts sont assumés spécialement pour satisfaire la demande des opérateurs privés, par une collecte supplémentaire d'informations par exemple, il n'y aucune objection à ce qu'ils leur soient directement imputés.

426. Dans un arrêt en date du 2 avril 2003 (Société CEGEDIM, *DA* 2003, comm. M. BAZEX et S. BLAZY), le Conseil d'Etat, avant dire droit, a demandé au ministre de l'économie et des finances qu'il lui communique l'ensemble des informations relatives aux charges de gestion du répertoire SIRENE pour déterminer l'imputabilité des coûts induits par certaines opérations réalisées sur la base. La contestation émanait de la société CEGEDIM qui reprochait à l'INSEE de lui facturer certaines opérations dont les frais de gestion de la base. Or, il n'était pas possible de déterminer si les coûts de cette opération devaient être imputés à l'activité du service public qu'il incombe à l'INSEE ou au service rendu aux usagers. Mais finalement, la Haute assemblée a jugé que les frais contestés par le requérant n'étaient pas imputable au service public. (CE, 24 juillet 2006, préc.)

Cette argumentation met en réalité l'accent sur la difficulté qu'il y a, lorsque qu'une politique de recouvrement des coûts est adoptée, à déterminer les coûts pertinents relativement à la prestation de fourniture d'un ensemble informationnel (ou d'un produit à valeur ajoutée), lorsqu'un grand nombre de ces coûts est partagé avec une activité de service public. Elle met en exergue, l'épineux problème de la séparabilité des coûts. Il en va ainsi des coûts fixes consentis pour la production d'une base de données qui va répondre à plusieurs usages particuliers. La détermination des coûts pertinents suppose alors qu'il ne soit pas tenu compte des frais consentis par les organismes publics pour la constitution d'ensembles informationnels qu'ils doivent de toutes les façons assumer dans le cadre de leurs obligations. Toutefois, l'opération de désagrégation des coûts est très complexe dans la pratique, même en présence d'instruments comptables pertinents dans la mesure où ils supposent des choix arbitraires. Le choix de la politique du coût marginal permettrait alors d'éviter cette difficulté puisqu'elle n'intégrerait que les coûts qui sont strictement en rapport avec la prestation de fourniture de l'information. La prise en compte des seuls frais de mise à disposition et des coûts induits par la fourniture aurait une autre conséquence pratique. Cette politique n'emporte aucun risque de voir établir une tarification anticoncurrentielle, du moins s'agissant des prix excessifs.

***b. Une politique tarifaire envisageable pour certains producteurs et certains modes de diffusion***

**198.** -Si la politique du coût marginal n'a pas été généralisée, il reste que dans la pratique elle se révèle particulièrement adaptée à la situation de certains producteurs publics ainsi que pour certaines bases de données dont la destination implique la fourniture de l'information à un prix minimal.

**199. La politique du coût marginal et la production dérivée de données publiques.**- Comme l'a souligné la doctrine, il eut été possible d'imposer la politique du coût marginal aux organismes publics pour lesquels la production de l'information se présente comme une activité dérivée du service public. Principalement, pour une raison pratique : les coûts de production de l'information, lorsqu'ils sont compris dans une activité qui n'a pas précisément pour objet de la produire, sont très difficiles à évaluer. Il s'agit en effet, pour l'essentiel, de coûts qui sont partagés avec les activités courantes de l'organisme public et qui sont largement financés sur fonds publics. S'il était possible de les calculer précisément, se poserait encore une question : quelle part des coûts de production les organismes publics devraient-ils imputer aux usagers ? Outre-manche, mais il s'agissait uniquement de la mise à disposition des données publiques pour un usage citoyen, les mesures d'application du Freedom of Information act de 2000 prévoyaient la mise à disposition de l'information dérivée de l'activité des organismes publics moyennant l'acquittement de frais physiques

(duplication, copie, frais de communication) et des coûts induits par la satisfaction de la demande (coûts informatiques et coûts de personnel.) La facturation des « prescribed costs » a été, du moins pour les demandes qui n'excèdent pas un certain plafond tarifaire, abandonnée, car elle était difficile à appliquer<sup>427</sup>.

De plus, contrairement aux arguments invoqués en faveur de la politique des coûts totaux (voir *infra*), la fourniture d'ensembles informationnels réalisés à l'occasion d'une mission de service public au coût marginal n'affecterait que dans une moindre mesure le budget de ces organismes. On ne voit pas en quoi une obligation de diffusion au coût marginal conduirait à affecter la collecte et la production d'une information qui est de toute manière consubstantielle aux obligations d'intérêt général imparties à l'organisme en cause. En d'autres termes, l'obligation de fournir des données au coût marginal n'affecterait pas, sauf cas particulier, la teneur de la collecte et de la production d'informations qui est très largement, sinon exclusivement, financée sur fonds publics. Prenons l'exemple des communes qui collectent les informations sur le fichier électoral à l'occasion des inscriptions sur les listes électorales. Evoquons encore le cas des préfectures qui réalisent le fichier des cartes grises à l'occasion des immatriculations des véhicules automobiles ou encore celui du ministère de l'équipement qui collecte des informations sur les individus à l'occasion de la délivrance d'une autorisation d'urbanisme. Compte tenu des conditions particulières de production de l'information, il nous semble qu'il eût été possible d'imposer le principe de fourniture au coût marginal. Ce n'est pourtant pas la solution qui a été retenue par la loi, ce qui posera d'épineux problèmes pour la détermination des coûts pertinents si la méthode du recouvrement des coûts est adoptée<sup>428</sup> (voir *infra*).

## **200. La politique du coût marginal et la destination de certaines bases de données publiques. - La politique du coût marginal peut aussi être justifiée au regard de la destination**

427. Toutefois, l'exposé quelque peu abstrait de ces arguments sur les vertus et défauts comparés des modèles de tarification est franchement dépassé par la pratique. En effet, sans que la logique suivie par les organismes publics soit toujours tout à fait claire, il convient de constater que la plupart des opérateurs publics pratiquent cumulativement la méthode de facturation au coût marginal et au coût total. En réalité, il semblerait que la méthode de facturation soit largement dépendante de la nature ou de la destination des bases de données en cause. Prenons l'exemple de l'INSEE, parce que c'est le plus clair, quoique la politique menée par l'IGN s'en rapproche tout à fait. Les bases de données diffusées par l'INSEE sont soumises à plusieurs régimes. La fourniture de la base de données SIRENE, on l'a entre aperçu, suppose l'acquittement des frais de mise à disposition ainsi qu'une participation aux coûts de collecte. En revanche, la fourniture des différentes bases de données relatives à l'inventaire est uniquement soumise au paiement des frais de mise à disposition ainsi qu'à la perception d'une redevance de rediffusion. Il en va de même pour la rediffusion de la base de données de l'inventaire communal.

428. En outre, si tant est que l'équilibre budgétaire de l'un de ces organismes en serait affecté, le recouvrement des coûts marginaux de mise à disposition de l'information pourrait parfaitement s'agrémenter de la perception d'une marge bénéficiaire représentant la valeur des droits de propriété intellectuelle grevant, éventuellement, les ensembles informationnels ainsi constitués. La perception d'une telle marge permettrait d'éviter la mise en place d'une participation directe de l'utilisateur aux frais fixes qui ont largement été acquittés par la collectivité.

de certains ensembles informationnels. En effet, dans certaines hypothèses, des impératifs sociaux exigent une très large diffusion de l'information. En conséquence, le prix des données doit être fixé à un niveau tel qu'il permette de répondre à ces exigences.

La politique du coût marginal sera par exemple tout à fait adaptée à la fourniture des bases de données juridiques à des éditeurs privés. On peut d'ailleurs constater que c'est cette politique qui est retenue par le décret du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par Internet<sup>429</sup>.

Cependant, la frontière entre les données répondant incontestablement à une fonction sociale importante et devant de ce fait être fournies aux seuls coûts de mise à disposition et certaines autres bases de données dont on pourrait penser qu'elles doivent aussi être soumises au même régime financier n'est pas facile à tracer. On retrouve ici toutes les difficultés (de définition) suscitées par la notion de données essentielles développée dans le projet de loi sur la société de l'information et abandonnée par la suite, eu égard à sa difficulté de mise en œuvre<sup>430</sup>.

L'exemple de la politique de journaux officiels est assez éclairant à cet égard. En effet, si aucun problème ne se pose pour la fourniture des données juridiques, la pratique suivie par la direction des journaux officiels relativement aux bulletins officiels est très pragmatique. Deux exemples contradictoires permettront d'éclairer le propos. Ils concernent respectivement le Bulletin officiel des annonces relatives aux marchés publics (BOAMP) et le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC). En première approximation, on pourrait imaginer que s'agissant, pour le BOAMP, de l'exercice d'une obligation de publicité et pour le BODACC, d'une obligation légale à la charge des entreprises permettant notamment aux tiers de faire valoir leurs droits, qu'une plus grande diffusion de l'information serait de nature à mieux satisfaire ces impératifs et justifierait une politique de prix minimale, égale aux coûts de mise à disposition. Ce n'est pourtant pas la pratique qui est suivie. En effet, si le BOAMP est fourni aux seuls coûts de mise à disposition, la fourniture du BODACC suppose outre l'acquittement des frais de mise à disposition le versement d'une rémunération égale à 25% du chiffre d'affaires réalisé par le co-contractant pour la commercialisation de produits intégrant ces informations. Rien, *a priori*, ne saurait justifier une telle politique. En tout cas les arguments de principe militeraient pour une diffusion aux coûts minimaux car l'objet de ces publications est somme toute très proche. Ce sont donc essentiellement des arguments d'opportunité qui justifient cette discrimination : le marché

---

429. préc.

430. L'article 15 du projet de loi sur la société de l'information indiquait que « constituent des données publiques essentielles : 1) l'ensemble des actes et décisions pris par l'Etat ou un de ses établissements publics administratifs, qui sont soumis à une obligation de publication en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que des documents qui y sont annexés ; 2) Les informations sur l'organisation et le fonctionnement des services publics de nature à faciliter les démarches des usagers ; 3) Les rapports et études sur les missions, l'organisation et le fonctionnement des services publics qui sont communicables à toute personne en application du titre Ier de la présente loi.

représenté par l'information légale des entreprises est très dynamique et assez lucratif. La perception d'une rémunération sise sur le chiffre d'affaires du rediffuseur permet alors à l'organisme public de bénéficier de cette dynamique. D'ailleurs, la considération de marchés plus ou moins importants semble être le fil conducteur de la politique suivie par certains organismes publics. Il n'existe pas de politique de diffusion établie et suivie avec constance ; elle varie selon les bases en questions. Ainsi, l'INSEE fournit aussi des bases de données aux coûts de mise à disposition sans que l'on comprenne vraiment la raison de ses choix (voir *supra*).

## 2. La politique de recouvrement des coûts

**201. Recouvrement des coûts et budgets publics.** - Le coût complet, encore appelé plein coût, est un coût total moyen : « c'est le prix de revient d'une unité de produit auquel on ajoutera une marge nette de profit pour déterminer le prix de vente ». Le prix de revient d'un bien ou d'un service résulte de la somme des coûts fixes et variables en courte période<sup>431</sup>.

Il résulte de cette définition que la politique des coûts totaux, encore qualifiée de méthode de recouvrement des coûts, permet aux organismes publics de répercuter, lors de la fourniture de l'information à un opérateur privé en vue de sa rediffusion ou lors de la fourniture d'un service d'information à un consommateur final, tout ou partie des coûts relatifs à l'élaboration et la mise à disposition de l'information. En d'autres mots, en dehors des frais de mise à disposition, ce sont l'ensemble des frais - fixes et variables - inhérents à la production et la diffusion de l'information qui se trouve alors comptabilisés. Ainsi, l'article 15, al. 2 de la loi du 17 juillet 1978 autorise les organismes publics à prendre en compte les coûts de collecte et de production de l'information et inclut dans l'assiette de la redevance une marge raisonnable de ses investissements qui vient s'ajouter à la marge commerciale qu'elle peut éventuellement percevoir. Il va de soi que l'adoption d'une telle méthode de facturation des coûts contribue à assurer, à la différence de la politique du coût marginal, l'équilibre budgétaire des différents organismes producteurs d'informations parce qu'elle leur permet non seulement de recouvrer les coûts consentis pour la production de l'information mais aussi d'obtenir une marge bénéficiaire substantielle. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Commission lors de l'élaboration de la directive n'a pas entendu modifier les pratiques qui allaient dans ce sens. Celle-ci avait bien souligné qu'elle tenait compte du fait « que certains organismes publics comptent sur des recettes provenant de la vente de leurs informations pour financer leur activité »<sup>432</sup>. Toutefois, une telle politique se heurte évidemment à la

431. LECAILLON (J.), in *Dictionnaire de sciences économiques*, préc.

432. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2002, concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, préc.

volonté affichée de développer le marché. Mécaniquement, les coûts d'accès aux biens informationnels détenus par les organismes publics, donc au marché, seront beaucoup plus restrictifs pour les entreprises n'ayant pas une large surface financière. Sans compter sur les risques de tarification excessive qu'une telle politique de détermination des prix pourrait conduire et sur les difficultés pratiques que sa mise en œuvre suppose.

En conséquence, si la politique du recouvrement des coûts figure dans le texte de la loi c'est essentiellement parce qu'elle permet de tenir compte, à la différence de la méthode du coût marginal, de la réalité technique et des contraintes économiques auxquelles sont soumis certains opérateurs publics (a), sa mise en œuvre suscite cependant un certain nombre de questions (b).

***a. La politique de recouvrement des coûts : une méthode tenant compte de la réalité technique et des contraintes économiques pesant sur certains organismes producteurs***

**202.** - Si, indistinctement appliqué, le choix de cette politique du coût marginal n'a pas remporté l'adhésion<sup>433</sup>, c'est parce qu'il ne reflétait qu'imparfaitement la réalité technique et économique de certains producteurs publics. Il est vrai que l'adoption d'une politique de tarification au coût marginal aurait fortement affecté la situation patrimoniale des organismes publics pour lesquels la collecte de l'information repose sur l'entretien et le renouvellement d'un réseau dont le seul objet est affecté à la production de l'information. La participation des utilisateurs aux frais de structure n'est pas particulièrement critiquable, car leur contribution au financement à la création de l'information participe à l'amélioration de la qualité du service qui, *in fine*, leur bénéficie. D'ailleurs, de ce point de vue, la politique de financement du service par l'utilisateur qui semble s'être imposée en France<sup>434</sup> pour des organismes comme l'IGN, l'INPI, l'INSEE ou MÉTÉO FRANCE est tout à fait comparable à la politique menée en Grande-Bretagne pour des organismes similaires. La part prise par

---

433. Ce choix avait été défendu au sein de l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE), organisme chargé de préparer la transposition de la directive.

434. Cependant cette politique n'est pas générale. Certaines bases de données ou produits ou services d'information diffusés sur le marché sont cédés au coût marginal, sans que ces choix ne s'expliquent véritablement. Ainsi, la direction des journaux officiels cède la base de données du BOAMP au coût marginal et celle du BODACC moyennant la perception d'une participation au chiffre d'affaires réalisé par le rediffuseur. La politique tarifaire de l'IGN est en revanche plus claire puisque sont diffusés aux coûts techniques de mise à disposition l'ensemble des bases de données ou des produits qui sont entièrement financés sur fonds publics, pour les autres, une participation de l'utilisateur aux coûts fixes est réclamée selon des modalités variables (v.*supra*).



l'utilisateur lors du financement des prestations rendues par l'ORDONNANCE SURVEY<sup>435</sup> ou les COMPANIES' HOUSES est très importante, sinon prépondérante.

En outre, cette politique de prix semble tout à fait inévitable pour des organismes publics qui produisent un bien dont le coût marginal est nul et qui sont aussi soumis à la contrainte de l'équilibre budgétaire, qui induit un coût marginal insuffisant pour satisfaire cette contrainte<sup>436</sup>. Dans ce cas, l'appel aux revenus externes sera d'autant plus nécessaire que de nos jours les ressources étatiques sont de plus en plus maigres.

Aussi, au sein du secteur public<sup>437</sup>, la politique du coût marginal a-t-elle été rejetée essentiellement pour des raisons budgétaires : « un tel choix eut été dangereux pour l'économie du secteur public français, car il aurait fait peser la majorité des coûts sur l'opérateur public qui participe à la première diffusion (...) cette méthode de calcul aurait eu pour effet de réduire la sphère d'intervention du secteur public sur des données qui, compte tenu de l'importance de l'investissement de production et l'absence de rentabilité directe, n'auraient pu être produites par le secteur privé »<sup>438</sup>. Les recettes tirées de la mise à disposition de l'information permettent, du moins dans certains secteurs d'activité, de financer une partie des obligations de service public ou de financer les investissements relatifs au renouvellement et à l'entretien des infrastructures nécessaires à la collecte et la production de l'information.

Cependant, cet argument doit aussi être relativisé. Il ne vaut en effet que pour les organismes dont l'objet de la mission est de produire et de diffuser de l'information. Lorsque la production de l'information apparaît comme un moyen du service public, on ne voit pas très bien en quoi, quels investissements, il s'agirait de couvrir et surtout pourquoi des organismes publics qui collectent des informations pour leurs propres besoins cesseraient de les collecter parce qu'ils sont obligés de les fournir au coût marginal. Cet argument ne vaut donc que pour les organismes publics dont le budget dépend des recettes tirées de la mise à

435. L'organisme chargé de collecter et de diffuser l'information géographique au Royaume-Uni.

436. BERNARD (P.), in *Dictionnaire de sciences économiques*, préc.

437. Il faut aussi souligner que la politique du coût marginal a été rejetée par le secteur privé mais, on le comprendra, pour des raisons de pure opportunité. Cette affirmation peut paraître surprenante, mais elle est tout à fait compréhensible. La mise à disposition de l'information au coût marginal eut affecté les intérêts des producteurs déjà présents sur le marché. Les prix élevés réclamés par les opérateurs publics pour la fourniture de l'information jouent aujourd'hui comme une barrière à l'entrée assurant aux producteurs ayant une large surface financière des marges importantes et difficilement contestables. Bref, cette politique favorise les entreprises de grande taille (il n'est qu'à constater que les rediffuseurs de l'INSEE ou plus généralement les entreprises qui sont licenciées sont souvent des filiales d'entreprises de taille mondiale). Dans certains domaines, on pense ici au secteur des données relatives aux entreprises, le marché est parfaitement structuré. La généralisation d'une politique de tarification au coût marginal eut bouleversé, par la multiplication des acteurs, la structure de certains secteurs en conduisant à une baisse des prix et, par conséquent, des bénéfices réalisés par les entreprises déjà présentes sur ces marchés.

438. HOVINE (A.), « La directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public : présentation et préfiguration des incidences de la transposition en droit français. », *Gaz., Pal.*, mars 2004, p. 755

disposition de l'information mais uniquement pour les producteurs institutionnels de données publiques qui comptaient déjà sur des recettes commerciales pour financer leurs activités. Toutefois, parce que la loi ne distingue pas les politiques tarifaires selon le contexte de la production, se poseront des difficultés inhérentes à la détermination des coûts pertinents.

### *b. La difficulté de détermination des coûts pertinents*

**203.-** En supposant que l'organisme public retienne la politique des coûts totaux, conformément aux exigences du droit de la concurrence, il faut que ces coûts soient pertinents. C'est-à-dire qu'il s'agisse de coûts inhérents à la constitution d'un ensemble informationnel, à l'exclusion des frais qui sont étrangers à la production de la base de données ou de l'information publique en cause<sup>439</sup>. En d'autres mots, l'ensemble des coûts qui sont incontestablement rattachés à l'exercice des obligations de service public ne devraient pas être pris en compte.

Les difficultés relatives à la détermination des coûts pertinents concernent également les organismes publics pour lesquels l'activité de production de l'information se présente comme un produit joint de leurs obligations, et ceux pour qui elle en représente l'objet. En effet, dans la discrimination entre les frais qui doivent de toutes les façons être assumés par l'organisme public au titre de ses tâches ordinaires et les coûts spécifiques attachés à la constitution de la base de données est très délicate à opérer puisque de toutes les manières il existe un certain nombre de coûts commun à l'activité de service public et à l'activité de fourniture d'informations : c'est le cas de la collecte, qui sauf opérations supplémentaires, est réalisée dans le cadre des obligations de service public. La difficulté à déterminer les coûts pertinents est encore accentuée par l'absence d'instruments comptables permettant de garantir la vérité des coûts. Toutefois, compte tenu du fait que certains organismes publics comptent en partie sur leurs recettes commerciales pour financer leur activité, la détermination des coûts pertinents pourra être plus lâche. Ou plutôt, il est possible d'admettre une participation des opérateurs privés à des coûts fixes ou variables qui doivent normalement être assumés par la collectivité publique. De fait, l'exigence relative à la pertinence des coûts perd alors de sa force. Elle demeure en revanche intacte pour les activités qui sont entièrement financées par des budgets publics.

---

439. CHEROT (J-Y), « La problématique de la tarification dans les licences d'accès aux bases de données du secteur public », préc.

**204.-** On illustrera la difficulté de détermination des coûts pertinents à travers l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat à propos du dernier litige qui a opposé l'INSEE à la société CEGEDIM<sup>440</sup>. La question de la détermination de certains coûts s'est posée au contentieux pour la base de données SIRENE. En l'espèce, le requérant reprochait à la redevance réclamée par l'Etat, pour la mise à disposition des informations, d'intégrer des « frais de gestion » de la base qui devaient de toutes les façons être pris en compte par le service public au titre de ses obligations d'intérêt général. Les frais d'amélioration de la base « dont l'objet est notamment d'expurger de la base de données SIRENE les entreprises et établissements qui ont cessé leur activité » étaient-ils imputables « au service rendu aux rediffuseurs auprès desquels est commercialisée la base de données SIRENE » ou au « service public qui incombe à l'INSEE » ? Après avoir rendu un arrêt avant dire droit au terme duquel il ordonnait au ministre de l'économie de communiquer les documents comptables lui permettant de se prononcer sur la question, le Conseil d'Etat a dit « qu'il résulte de l'instruction que le coût d'amélioration du répertoire SIRENE ne comprend pas celui, plus de quatre fois supérieur, de l'activité statistique et de tenue du répertoire national d'identification des entreprises (...) qu'il y a lieu, en effet, de distinguer dans le contenu du répertoire, d'une part, les renseignements d'identification énoncés à l'article 4 du décret du 14 mars 1973 et, d'autre part, les renseignements de l'article 5, qui sont également portés au répertoire, mais dont la mise à jour n'est pas requise ; que l'INSEE peut, par la suite, prendre en compte, pour déterminer le montant de la redevance demandée aux rediffuseurs, le coût des opérations d'amélioration de la base de données SIRENE ». La motivation retenue peut paraître peu compréhensible. On ne voit pas bien pourquoi le Conseil d'Etat évalue le montant de la redevance par rapport à l'activité statistique globale. Ce n'est pas tant par rapport à l'activité générale de l'INSEE en matière de statistique, qui dépasse de beaucoup les coûts de constitution de répertoire SIRENE, que par rapport aux seuls coûts de collecte de production du répertoire SIRENE et de leur imputabilité aux obligations de service public impartis à l'INSEE que l'on peut évaluer le rapport entre la redevance et les coûts. La suite de la motivation est cependant un peu plus convaincante, bien qu'elle soit assez laconique. A la lecture des conclusions du Commissaire du gouvernement, il ressort que l'INSEE, apparemment pour les besoins des rediffuseurs, opère des tâches spécifiques d'actualisation de l'information. Cependant, il ne résulte pas explicitement des conclusions rendues par Mlle VEROT, que ces activités seraient uniquement exposées pour les besoins des rediffuseurs. En fait, elles sont exposées à titre principal pour les besoins des rediffuseurs ; il n'est pas certain, donc, qu'elles ne puissent pas non plus être employées pour les besoins du service public. Ces différents coûts n'étaient donc pas nettement séparés. En revanche, elle a considéré que l'actualisation des codes APE était nécessaire à l'accomplissement des obligations de l'INSEE.

---

440. CE, 24 juillet 2006, *Société CEGEDIM*, préc.

### 3. La politique des coûts incrémentaux

**205. - La notion de coût incrémental.** - « Les coûts incrémentaux se définissent par les coûts supplémentaires induits pour la production d'un autre bien, par rapport à un portefeuille de biens déjà existants, alors que le coût marginal est le coût de la production d'une unité supplémentaire d'un bien par rapport aux autres unités déjà produites. Les coûts incrémentaux (...) ne prennent en compte que les coûts fixes directement liés au service demandé, et non une contribution à l'ensemble des coûts fixes»<sup>441</sup>.

L'apparition de cette méthodologie de partage des coûts est étroitement liée à la notion d'orientation des prix vers les coûts nécessaire pour permettre l'accès à des réseaux d'utilité publique dans les secteurs libéralisés, notamment dans le domaine des communications électroniques. La réglementation du secteur des télécommunications a ainsi fixé comme principe que les tarifs d'interconnexion aux infrastructures de réseau des opérateurs historiques devaient être orientés vers les coûts supportés pour la fourniture du service. Dans ce contexte, la notion de coût incrémental permet de déterminer la nature des coûts à retenir pour fixer le prix d'accès au réseau.

Aujourd'hui cependant, il semblerait que ce mode de partage des coûts doive connaître une plus grande extension en étant appliqué à des secteurs d'activité qui ne sont pas concernés par les politiques de libéralisation, notamment dans toutes les hypothèses où un organisme public détenant un monopole d'exploitation prolonge son activité sur le marché. La récente décision du Conseil de la concurrence relative aux activités d'une régie départementale de transports maritimes en témoigne d'ailleurs puisque, pour évaluer les coûts pertinents supportés par une entreprise chargée d'obligation de service public mais ayant aussi une activité concurrentielle, dans le contexte d'un contentieux mettant en cause le caractère prédatore des prix pratiqués sur le secteur concurrentiel par l'opérateur public, il a été fait référence à la notion de coût incrémental. Pour le Conseil, « le concept de coût pertinent à prendre en compte afin d'évaluer si le prix des prestations offertes en concurrence est abusif est celui de coût incrémental, c'est-à-dire le coût que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas d'activité concurrentielle. En revanche, les coûts que l'entreprise est obligée d'engager pour assurer la mission de service public qui lui est confiée, et qu'elle serait obligée d'engager même si elle n'offrait pas de prestation en concurrence n'ont pas à être pris en compte dans les coûts pertinents de l'activité concurrentielle»<sup>442</sup>.

441. Conseil de la concurrence, rapport d'activité pour 2002, étude thématique, l'orientation des prix vers les coûts, préc.

442. Cons. conc., déc. n° 04-D-79 du 23 décembre 2004, *relative à des pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)*. S. DESTOURS, *Les pratiques tarifaires des régies : l'affaire de la régie vendéenne comme modèle*, Revue Lamy de la concurrence, février 2005, p. 51. Cette décision s'inspire d'ailleurs de la méthodologie utilisée par la commission pour la détermination des coûts

La référence à la notion de coût incrémental se déploie donc dans deux directions: *Ex ante*, pour l'accès à une infrastructure essentielle – du moins dans les domaines où une réglementation sectorielle est présente lorsque cette méthodologie de partage des coûts est retenue<sup>443</sup> - d'une part, c'est le corollaire du principe d'orientation des prix vers les coûts ; *ex post*, pour évaluer au contentieux le niveau des prix pratiqués par un opérateur public dans le secteur concurrentiel, d'autre part. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la notion de coût incrémental, *grosso modo*, suppose pour la fixation du prix d'accès à une infrastructure essentielle ou l'évaluation du caractère prédateur d'un prix pratiqué sur le marché dérivé par un opérateur public, l'exclusion de l'ensemble des coûts qui sont de toutes les manières assumés par l'organisme public dans le cadre de ses activités de service public.

Ainsi, la notion de coût incrémental prend en compte les coûts variables et les coûts fixes qui sont directement rattachables à l'activité supplémentaire de production de bien ou de services sur le marché concurrentiel. Comme l'a souligné la commission dans sa décision relative à la poste allemande<sup>444</sup>, seuls doivent être pris en compte les coûts additionnels, c'est-à-dire ceux des coûts qui découlent uniquement de la fourniture du service. En revanche, suivant la méthodologie établie par les autorités chargées de veiller au respect des règles de concurrence, les coûts fixes communs, c'est-à-dire ceux qui ne dépendent pas de la seule fourniture du service supplémentaire, ne sont pas pris en compte, car ils devraient de toutes les manières être assumés par l'entreprise pour ses activités de service public. De fait, le coût incrémental est supérieur au coût marginal qui n'intègre que les coûts variables.

Même si la doctrine des autorités chargées de veiller au respect des règles de la concurrence n'est pas tout à fait fixée et que la question de l'imputation de certains coûts suscite certaines interrogations notamment quant à la possibilité de tenir compte de certains coûts fixes<sup>445</sup>, on peut s'interroger sur l'opportunité ou l'utilité de transposer cette méthodologie de partage des coûts dans le secteur de l'information publique.

---

pertinents lorsqu'une pratique prédatrice est reprochée à un organisme public bénéficiant d'un domaine réservé et agissant dans le secteur concurrentiel. Voir, Commission, Décision du 20 mars 2001, *relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE* (Aff., COMP/ 35.141 – *Deutsche Post AG*), JOCE, L 125/27 du 5 mai 2001, comm. L.IDOT, rev. Europe 2001, comm. 228

443. En effet, selon le Conseil de la concurrence, le principe d'orientation des prix vers les coûts et les méthodologies de comptabilisation des coûts subséquentes sont utiles dans le cadre des processus de libéralisation en tant qu'elles accompagnent l'ouverture à la concurrence. En revanche, le principe d'orientation des prix vers les coûts n'est pas inscrit dans la doctrine des *infrastructures essentielles*. Conseil de la concurrence, rapport d'activité pour 2002, préc.

444. Commission, Décision du 20 mars 2001, *relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE* (Aff., COMP/ 35.141 – *Deutsche Post AG*), préc.

445. La doctrine (BARTHELEMY (C.), « Coûts incriminaux et subventions croisées : une méthode d'analyse qui participe du rééquilibrage entre la libre concurrence et le service public. », *RJEP* n°621 p.225 ; DESTOURS (S.), préc. ; RONZANO (A.), *liste de diffusion du CREDA*) s'est interrogée, à propos de l'affaire des pratiques tarifaires de la régie vendéenne, sur l'exclusion par le Conseil de la concurrence de certains coûts fixes. En l'occurrence, le prix de location d'un des navires de la flotte alors même qu'il représentait près du tiers des coûts totaux. M. BARTHELEMY a particulièrement souligné le fait que la taille du navire en question

**206. L'application de la méthode du coût incrémental pour la fourniture de l'annuaire téléphonique.** - Dans sa décision n° 02-D-41 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de France Télécom par la Cour d'appel de Paris<sup>446</sup>, le Conseil de la concurrence était saisi par deux entreprises qui soutenaient que l'opérateur dominant n'avait pas respecté l'injonction d'orientation des prix vers les coûts qui lui avait été faite de fournir la liste consolidée de l'annuaire. Pour apprécier le respect de l'injonction, le Conseil de la concurrence s'est appuyé sur les principes dégagés par l'A.R.T dans cette matière, alors même que cela sortait du champ d'application du dispositif réglementaire. En effet, pour apprécier les coûts pertinents à retenir, le Conseil emploie la méthode des coûts incrémentaux<sup>447</sup>.

Le Conseil souligne particulièrement que France Télécom « ne peut fonctionner, pour les besoins de son activité de service téléphonique, sans établir un fichier commercial de ses abonnés, dont l'annuaire n'est qu'un produit dérivé » et qu'en conséquence : « le coût technique d'établissement d'un tel produit est le coût incrémental (...); que le coût incrémental est celui de l'incrément, c'est-à-dire des opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire, le fichier commercial étant supposé réalisé (...) les coûts fixes communs qui ne dépendent pas de la seule fourniture de la liste consolidée et qui seraient de

---

excédait les besoins du service public du service public en hiver et que le conseil de la concurrence aurait pu intégrer les coûts d'opportunité à l'analyse des coûts incrémentaux : « dès lors que l'analyse des coûts incrémentaux repose sur la recherche de l'efficacité collective, il est dommage que la décision l'écarte par principe au motif que l'autorité de la concurrence n'a pas à apprécier la gestion de la régie. On aurait pu imaginer que le Conseil de la concurrence invitât l'expert à examiner l'utilisation qui aurait pu être faite de la vedette pendant la période d'été. Il n'est pas exclu qu'elle eût pu être employée ailleurs y compris pour d'autres activités de service public auxquelles ses caractéristiques particulières qui rendent ses coûts plus élevés que ceux des bateaux concurrents seraient adaptés (...) au total ces chiffres montrent que la solution aurait pu être inversée si le Conseil de la concurrence avait réintégré ces divers éléments dans le coût incrémental ». Toutefois, comme le signale l'auteur, une récente décision avant dire droit du Conseil de la concurrence semble marquer la volonté de l'autorité garante du respect des règles du marché d'aller plus loin dans l'analyse des coûts fixes. Dans sa décision n° 05-D-11 du 16 mars 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire et dans celui du transport des personnes sur la route de Paris-Londres. Le Conseil a dit que l'instruction au fond devait s'attacher à « vérifier si le nombre de rames mises en service excède ou non ce qui serait nécessaire à une couverture optimale des charges fixes liées à l'utilisation du tunnel et de l'infrastructure ferroviaire ». De plus, il a aussi indiqué qu'il conviendrait de vérifier si les rames sont spécifiques et ne pourraient être réaffectées de façon profitable sur les autres lignes de la SNCF. M.BARTHELEMY souligne que « le Conseil a accepté de descendre dans l'analyse des coûts fixes, de façon à ne retenir que ceux qui, au terme d'une optimisation que l'opérateur éventuellement dominant n'a pas nécessairement réalisée, doivent effectivement être considérés comme communs. Il a ainsi intégré la question de l'évaluation des coûts d'opportunité dans l'évaluation des coûts fixes d'acquisition des trains (...) il ne paraît donc pas exclure que certains coûts fixes ne soient pas communs ».

446. Cons. conc., déc. n° 02-D-41, *relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt* du 29 juin 1999, *BOCC*, 30 septembre 2002, p. 718, comm V.SELINSKI, rec. Lamy n°896

447. En revanche, et contrairement aux prétentions des plaignants, le Conseil de la concurrence a rejeté la méthode du coût marginal parce que les termes de l'injonction visaient les coûts techniques nécessaires pour répondre à la demande.

toute manière supportés si France Télécom ne fournissait pas cette prestation ont été exclus de ces coûts incrémentaux».

L'instruction menée sur la base d'une expertise demandée par le Conseil a conduit à isoler, parmi les opérations de collecte de l'information, celles qui sont spécifiquement réalisées pour la constitution de l'annuaire et qui ne seraient pas effectuées si cette obligation de service public n'était pas imposée à l'opérateur<sup>448</sup>. Et c'est uniquement à partir de ces opérations – parmi lesquelles la collecte d'informations que la constitution du fichier commercial n'imposait pas - supplémentaires qu'a été évalué le prix de mise à disposition de l'annuaire. Ce faisant, le coût de constitution de l'annuaire a été évalué à un montant plus de dix fois inférieur au prix de mise à disposition proposé par l'opérateur dominant. En principe, cette méthodologie pourrait parfaitement être appliquée, *ex ante*, à des organismes publics qui produisent de l'information dans le cadre de leurs obligations.

**207. L'application de la méthode du coût incrémental pour la fourniture de l'information publique.** - Dans l'affaire précédemment rappelée l'utilisation de la méthode du coût incrémental pour déterminer le prix de mise à disposition de la base de données annuaires s'explique par la présence d'une réglementation sectorielle qui établissait le principe d'orientation des prix vers les coûts et d'une pratique qui, pour d'autres aspects de l'activité de l'opérateur dominant, s'était déjà orientée vers cette méthodologie. Cela ne signifie cependant pas que cette méthode ne peut pas être employée dans des secteurs d'activité où ce type de réglementation n'existerait pas. Le cadre réglementaire relatif à la réutilisation des informations du secteur public n'imposant pas de méthode particulière de facturation des coûts, la méthodologie du coût incrémental peut parfaitement y être appliquée. Même si, lorsque les bases de données publiques se présentent comme des infrastructures essentielles, cette méthode n'est pas obligée et même si, la loi n'impose pas une stricte orientation des prix vers les coûts, mais uniquement la prise en compte des coûts lors de l'établissement de la redevance, il reste que cette méthode de partage des coûts appliquée à la fourniture de l'information ou à la détermination du prix d'un produit à valeur ajoutée sur le marché concurrentiel peut être transposée. De plus, il semblerait qu'elle cumule, du moins en première approximation, les avantages des méthodes des coûts totaux et des coûts marginaux analysées plus haut ; elle semble en effet réaliser un équilibre entre les exigences du financement des organismes publics et les besoins du marché.

La méthode du coût incrémental, à l'instar de la politique du coût marginal, permet d'éviter que l'utilisateur final ait à financer les coûts de production de l'information qui ont déjà été pris en charge par la collectivité. Ainsi, l'ensemble des coûts de production reliés à la

448. Cons. conc., déc. n°03-D-43 du 12 septembre 2003 *relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999*, BOCC, 30 septembre 2002, p. 718, comm. V. SELINSKI, rec. Lamy n°928

poursuite d'une mission de service public seraient uniquement imputables à l'organisme public et par-delà à la collectivité, pas à l'utilisateur. À ce titre, il faut souligner que certains opérateurs publics, sans explicitement se rattacher à la politique du coût incrémental, ont mis en place une tarification qui tient compte de la présence d'un financement public. L'IGN opère ainsi une distinction entre les produits qui sont totalement financés par des subventions de service public et qui sont mis à disposition au coût marginal et les produits qui sont partiellement financés par des dotations budgétaires, la différence étant alors acquittée par l'utilisateur<sup>449</sup>. Du côté des organismes publics, à l'instar des coûts totaux, la politique du coût incrémental autorise la comptabilisation de toutes les opérations supplémentaires réalisées pour répondre à la demande de fourniture de l'information. Cette méthode permet, par exemple, d'assurer le financement des frais de collecte supplémentaires par l'utilisateur.

Toutefois, on comprendra que la référence à la méthode du coût incrémental ne sera réellement significative que si l'organisme public fournisseur d'informations ne se contente pas de livrer le fichier constitué dans le cadre de sa mission de service public. En l'absence d'opérations additionnelles, non-imputables aux obligations de service public, le coût incrémental sera très proche, parfois même confondu, avec les coûts variables de mise à disposition de l'information. L'absence de participation aux coûts fixes qu'elle implique est gênante dans un secteur où l'économie de la production est particulière puisqu'elle suppose des coûts fixes (attachés à la mission de service public) importants et des coûts variables nuls ou quasi nuls. Dans cette hypothèse, mais uniquement – pensons-nous – pour les organismes publics disposant d'un réseau de collecte important et dont l'objet principal, sinon exclusif, est la collecte de l'information, se pose la question du financement des infrastructures et des investissements réalisés sur le réseau. L'absence de participation aux coûts fixes de gestion du réseau de collecte nous conduit à la problématique évoquée plus haut : celle de l'équilibre économique des organismes publics. Certes le problème ne devrait pas se poser lorsqu'ils perçoivent des droits de reproduction sur l'information qui sont autrement plus importants que la participation aux coûts fixes et qui pourraient utilement venir couvrir certains coûts de gestion ou des dépenses d'investissement (cependant leur intégration par le législateur au sein

---

449. MARTHE-BISMUTH (N.), « La diffusion et la tarification des produits de l'IGN », intervention au colloque du GFII du 27 janvier 2006. La tarification des produits de l'IGN varie en fonction de la nature des produits mais aussi de la nature du financement qui a permis de les constituer. Ainsi, la tarification des produits grands publics, destinés donc à des usagers finals, parce qu'ils sont intégralement financés par des subventions de service public, sont mis à disposition aux coûts de diffusion auxquels sont ajoutés des frais généraux et des frais de commercialisation. D'une manière similaire, mais cette fois en vue d'une exploitation commerciale, les données et activités essentielles portées par le décret statutaire, font aussi l'objet d'une mise à disposition aux frais de diffusion. On peut encore penser que cette politique se justifie parce que ces activités sont intégralement financées par des dotations de service public. En revanche, « les produits à caractère commercial issus de l'exploitation et de la valorisation de fonds subventionnés ou non » sont fournis moyennant l'acquiescement : des coûts de production ; des coûts de diffusion ; d'une redevance ; des frais généraux et frais de commercialisation ainsi que d'une éventuelle marge bénéficiaire. Enfin, le prix de mise à disposition du RGE est tout à fait particulier. La redevance est calculée en fonction des coûts de productions qui restent à financer et qui ne sont pas pris en charge par des dotations budgétaires. Ainsi, l'utilisateur contribue au financement des coûts qui ne sont pas pris en charge par l'Etat.



de la rémunération des investissements peut constituer une limite à leur perception). Mais dans ce cas, somme toute assez limité, où des organismes publics disposant d'un réseau de collecte important ne percevraient pas de rémunération étrangère aux coûts de mise à disposition de l'information, se poserait la question de la participation aux coûts fixes supportés par l'opérateur. Toutes choses égales d'ailleurs, mais le raisonnement est largement transposable pour des organismes comme Météo France ou l'IGN qui disposent d'infrastructures de réseau réclamant de lourds investissements, le Conseil de la concurrence avait souligné dans un avis relatif à l'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité<sup>450</sup> « qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux pourrait être de nature à entraver les investissements des réseaux et donc à freiner le développement de la concurrence » et que l'absence de couverture des charges qu'ils supportent en tant que gestionnaire de réseau pourrait les empêcher d'exercer leurs missions ainsi que d'accorder l'accès aux réseaux à « *des conditions qui inciteraient à les soupçonner d'abus de position dominante* ». En conséquence, il faudrait alors prévoir une participation raisonnable aux coûts supportés par l'organisme public pour la gestion du réseau.

Aussi, convient-il de souligner que la politique du coût incrémental en tant qu'elle exclut la couverture des coûts fixes peut être difficile à appliquer pour les organismes publics gérant une infrastructure de collecte importante ou plus généralement pour les fournisseurs qui comptent sur leurs recettes commerciales pour financer une partie de leur activité. Dans cette hypothèse, et seulement si aucun autre financement n'est possible, une participation raisonnable aux coûts fixes supportés pour la gestion du réseau pourrait être mise en œuvre. Dans cette perspective, il serait d'ailleurs possible de s'inspirer de certains principes fixés dans le domaine des télécommunications. Le Conseil de la concurrence, dans sa décision 03-D-43 a souligné que, lors du calcul, des coûts d'interconnexion suppose aussi la couverture de certains coûts communs : « les coûts communs concernés s'entendent donc comme les coûts communs pertinents pour l'interconnexion qui ne pourraient pas être couverts si les tarifs étaient orientés vers les coûts incrémentaux stricto sensu, avec, pour conséquence, la non couverture de la totalité des coûts comptables. Ils correspondent donc à une contrainte budgétaire »<sup>451</sup>.

En revanche, toute participation aux coûts fixes – sous réserve bien sûr de situations particulières - devrait être exclue pour les organismes dont l'objet n'est pas de collecter de l'information, où les coûts des infrastructures sont partagés à travers de très nombreuses activités étrangères à la production des données. Pensons par exemple à une préfecture qui délivre les cartes grises, à une mairie qui produit le fichier électoral ou qui collecte des informations relatives aux demandes de permis de construire. Les coûts fixes sont répartis à

450. Cons. conc., Avis n°02-A-05 du 18 avril 2002, relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, *non publié*

451. Cons. conc., déc. n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, *relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 2000*, préc.

travers de très nombreuses activités et il sera difficile de déterminer les coûts induits par l'activité de mise à disposition de l'information ou de collecte supplémentaire, si elle existe. Il nous semble, par souci de simplicité, exclure une telle participation. En outre, ces « infrastructures » sont essentiellement financées par la collectivité et leur financement par l'utilisateur est difficilement admissible. De plus, il faudrait rapprocher ce cas de celui des organismes qui ne font que centraliser de l'information produite par d'autres. Il en va ainsi, par exemple, de la direction des journaux officiels qui ne supporte pas à proprement parler des frais de production de l'information.

Enfin, il faut dire que la politique du coût incrémental semble être particulièrement compatible avec les dispositions de la loi et de la directive. D'une part, parce qu'elle permet de réaliser un équilibre entre les exigences du développement du marché et les besoins de financement du service public sous réserve d'analyses particulières à certains secteurs ; d'autre part parce que l'application de cette méthode de partage des coûts, sous réserve de la perception de droits privatifs par l'organisme public, permet de respecter le plafond institué par la directive et emporte peu de risques pour qu'une telle tarification soit anticoncurrentielle.

## §2. La détermination de la marge bénéficiaire

**208. Rémunération de l'investissement.** - La directive, puis la loi, ont prévu que les organismes publics pouvaient intégrer, en plus de la facturation de certains coûts de production ou de reproduction de l'information, au sein de la redevance de mise à disposition, « une rémunération raisonnable » de leurs investissements. Si en substance la lettre de la directive est semblable, les dispositions législatives précisent en outre que l'administration peut « 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 ». Ainsi, sans que soit explicitement précisé sa composition, la perception des droits de propriété intellectuelle constituera un élément de la « rémunération raisonnable » prévue par la loi. Les textes ne sont pas plus prolixes que cela, ils suscitent par conséquent un certain nombre d'interrogations. On sait que le terme de rémunération raisonnable de l'investissement recouvre en réalité la faculté pour les organismes producteurs d'informations de percevoir une marge bénéficiaire pour la mise à disposition de l'information puisqu'il s'agit d'un élément de rémunération déconnecté des coûts. C'est de cette manière que la notion de rémunération raisonnable des investissements est comprise dans le cadre de

certaines réglementations sectorielles<sup>452</sup> et c'est aussi de cette manière que la proposition de directive l'entendait puisqu'elle employait l'expression significative de « marge bénéficiaire satisfaisante »<sup>453</sup>. Si la perception d'une marge bénéficiaire à l'occasion de la cession de licences d'utilisation n'est pas critiquable, il reste que la loi ne la justifie pas. Cette justification était, à nos yeux, d'autant plus nécessaire qu'en réalité c'est, compte tenu du rapport impliqué entre les prix et la notion de prise en compte des coûts, une double marge qui peut être perçue par les producteurs d'informations. La première en rapport avec les coûts et la seconde dont on sait seulement qu'elle peut comporter la facturation de droits de propriété intellectuelle. L'éventuelle perception de ces deux marges accentue les risques d'une tarification anticoncurrentielle. On aborde alors la seconde interrogation, celle de la nature de la marge bénéficiaire. La facturation de droits de propriété intellectuelle mise à part nous ignorons sa nature. Est-ce une participation aux frais d'infrastructure ? Est-ce une rémunération sise sur le chiffre d'affaires du rediffuseur ? Vraisemblablement, tous ces types de rémunération du capital sont également admissibles, il faudra alors les explorer et savoir dans quelle mesure ils peuvent revêtir un caractère « raisonnable ».

Aussi, successivement, traiterons-nous la question de la justification de la marge bénéficiaire (A) puis celle de sa nature (B).

### *A. Les justifications de la marge bénéficiaire*

**209.-** Les interrogations relatives à l'intégration d'une marge bénéficiaire ne sont évidemment pas nouvelles, elles sont inhérentes à tous les modes de tarification des infrastructures de réseaux ainsi qu'aux analyses concurrentielles qui font référence aux coûts<sup>454</sup>. En conséquence, parce que la loi et la directive sont silencieuses sur ce point, c'est du côté des réglementations sectorielles ou des analyses concurrentielles qu'il conviendra de rechercher les justifications de l'existence d'une marge bénéficiaire (1). Toutefois, ces explications n'étant pas toujours adaptées à la situations de tous les organismes publics. Aussi conviendra-t-il de regarder du côté de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de redevance pour service rendu qui peut désormais s'agrémenter de la perception d'une marge bénéficiaire (2).

452. Dans sa décision n° 01-A-01 du 16 mars 2001, *portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers*, le Conseil de la concurrence notait que la rémunération du capital prévue par la loi constituait une marge pour l'opérateur délivrant l'accès à son *infrastructure*. V. aussi en ce sens le rapport du Conseil de la concurrence pour 2002, Etudes thématiques, préc.

453. préc. On peut aussi retrouver l'expression de « rendement satisfaisant de l'investissement ».

454. Conseil de la concurrence, rapport d'activité pour l'année 2002, préc.

# 1. Les justifications de l'intégration d'une marge bénéficiaire raisonnable au sein de la tarification de l'accès à une ressource essentielle telles quelles ressortent des réglementations sectorielles et des analyses concurrentielles

Après avoir exposé ces justifications (a), il faudra s'interroger sur leur valeur pour le secteur de l'information publique (b).

## *a. Les justifications*

**210. Marge bénéficiaire et ouverture du marché.** - Le système tarifaire établi par la directive et repris par la loi est une tarification de type « cost plus », déjà employée dans le secteur des communications électroniques ou le secteur électrique, dans lequel l'opérateur peut recouvrer systématiquement ses coûts et percevoir une marge bénéficiaire correspondant à la rémunération du capital. Le but de cette forme de tarification est d'une part, de restreindre les revenus perçus par l'opérateur détenteur de la ressource essentielle, lors de l'accès, au niveau des coûts totaux dans le but de susciter la concurrence sur les marchés aval et d'autre part, pour le fournisseur de l'accès, de permettre d'équilibrer son budget. Dans le cadre de cette réglementation des prix, qui n'est destinée qu'à donner des orientations au détenteur de la ressource, la rémunération de l'investissement représente un facteur incitatif. La rémunération du capital a en effet pour objet d'assurer la bonne gestion de la ressource essentielle ainsi que de garantir le développement de nouvelles infrastructures. En résumé, tel que cela résulte de justifications théoriques apportées à ce type de tarification, une réglementation de type « cost plus » permettrait d'assurer le développement du marché en garantissant l'équilibre budgétaire du monopole tout en l'incitant à entretenir et développer les infrastructures existantes. En effet, « si les charges d'accès sont fixées à un niveau trop bas, l'opérateur historique n'est plus incité à entretenir ses infrastructures et à investir régulièrement pour moderniser son réseau. On risque alors d'assister à une détérioration de la qualité des infrastructures qui se répercutera sur la qualité du service final »<sup>455</sup>.

Ces justifications se retrouvent aussi dans la pratique consultative de l'autorité garante de la concurrence. Le Conseil de la concurrence à propos du secteur des communications électroniques ou de l'électricité a souvent souligné cette nécessité : la tarification de l'accès à un réseau d'utilité publique doit être fixée à niveau tel qu'elle incite son détenteur à continuer

---

455. PENARD (T.), « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires » *RIDE*, n°2 2002, p. 293

d'assurer les investissements nécessaires à son développement et son entretien car, par ricochet, elle contribue à l'ouverture du marché.

Dans son avis 02-A-05 rendu à propos des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution de l'électricité<sup>456</sup>, le Conseil de la concurrence observait « qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux pourrait être de nature à entraver les investissements des réseaux et donc à freiner le développement de la concurrence ». De plus, en dehors du développement des marchés connexes ou avals, une faible rémunération du détenteur d'un réseau pourrait aussi affecter directement la qualité des obligations de service public qu'il est tenu d'assurer. A cet égard, toujours dans le même avis, le Conseil soulignait que « s'agissant de monopoles investis par le II de l'article 2 de la loi du 10 février 2000 des missions de service public de développement et d'exploitation des réseaux, afin de permettre une desserte rationnelle du territoire national, l'interconnexion avec les pays voisins (...) les gestionnaires de réseaux pourraient être empêchés d'accomplir ces missions par la non couverture de leurs charges (...) »<sup>457</sup> Même si dans cet avis la rémunération du capital n'est pas expressément visée, il est indubitable qu'elle participe, en tant qu'elle est destinée à couvrir les frais d'investissements et d'entretien et non les charges d'accès au réseau, à la rémunération équitable du gestionnaire de l'infrastructure.

Mais de manière plus explicite encore, dans son avis rendu à propos de la tarification de France Télécom vers les réseaux tiers, le Conseil de la concurrence va souligner l'importance d'une correcte rémunération du capital investi par le gestionnaire de réseau pour le développement du marché en indiquant qu'il était possible à l'opérateur historique, en sus de la rémunération du capital prévue par la loi et fixé par l'autorité de régulation, de percevoir une marge commerciale raisonnable dépendante des coûts : « une application trop stricte du concept d'orientation des coûts qui ne laisserait, par exemple, comme marge à France Télécom qu'une rémunération du capital, à un taux fixé chaque année par l'ART, risquerait de contraindre artificiellement la marge des opérateurs entrants et de décourager de nouvelles entrées. La possibilité doit être laissée à France Télécom d'intégrer dans ses tarifs de détail une marge commerciale raisonnable. »<sup>458</sup> Ainsi, à suivre les avis émis par le Conseil de la concurrence, l'intégration d'une rémunération raisonnable du capital permettrait d'une part, d'assurer la correcte ouverture du marché puisque le gestionnaire de réseau n'aurait plus de raisons de s'opposer à l'accès à son infrastructure par des pratiques tarifaires discriminatoire ou excessives et d'autre part, d'assurer la qualité des obligations de service public qui lui sont imparties. Parallèlement, l'intégration d'une marge bénéficiaire fonction de la rémunération du capital aurait pour effet d'inciter le détenteur du bien rare à investir<sup>459</sup>.

456. préc.

457. *ibid.*

458. préc.

459. LORENZI (J-E), « Les apports récents de la théorie économique à l'analyse des réseaux d'utilité publique », in *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, coll. ISUPE, éd. ASPE Europe, 1996

En outre, il ressort de la pratique du Conseil de la concurrence que l'intégration d'une marge commerciale additionnée à la marge inhérente à la rémunération du capital n'est pas incompatible en tant que telle avec l'exigence d'ouverture du marché ; elle tendrait même à le favoriser, à condition toutefois qu'elle soit raisonnable.

En conclusion, l'inclusion d'une marge bénéficiaire dépendante du capital investi est justifiée dans la mesure où elle constitue une garantie de l'ouverture du marché parce qu'elle participe d'une juste rémunération du détenteur ou du propriétaire du bien rare. De plus, elle représente un facteur puissant d'incitation à l'investissement qui garanti la qualité des services rendus par l'entreprise en position dominante<sup>460</sup>. L'intégration d'une marge bénéficiaire qu'elle soit commerciale ou qu'elle constitue une rémunération du capital est donc destinée à préserver l'équilibre économique global du détenteur de l'infrastructure essentielle et cela dans la perspective d'assurer le développement du marché.

***b. La valeur de ces justifications pour l'élaboration de la tarification de l'accès aux informations publiques***

**211. Adéquation.** - En retenant l'idée selon laquelle la rémunération des investissements aurait pour objet direct de garantir l'entretien des infrastructures existantes et le développement d'infrastructures nouvelles, on s'interrogera sur l'adéquation de ces justifications dans le cas des organismes publics producteurs d'informations.

Il convient d'abord de préciser que les investissements effectués par les organismes publics pour l'entretien et le renouvellement de leurs infrastructures ne sont pas réalisés sur les bases de données elles-mêmes, c'est-à-dire le bien sur lequel pèse l'obligation d'accès, mais sur les instruments de collecte de production et de traitement de l'information, dont on a verra pour certains d'entre-eux qu'ils représentaient aussi des infrastructures non duplicables. C'est le cas, par exemple, du réseau d'observation météorologique qui comporte des satellites, des radars et autres calculateurs, du réseau géodésique pour l'information géographique, d'instruments de captation sur le réseau routier ou de serveurs et autres ordinateurs pour ce qui concerne les activités qui ne mettent pas en œuvre des investissements aussi spécifiques ; c'est le cas pour la majorité des producteurs publics d'information. Cette particularité ne change cependant rien à l'analyse puisque le bon entretien, voire le renouvellement de ces infrastructures garantit, in fine, une certaine qualité à l'information. Cependant, compte tenu du caractère hétérogène du secteur public et des différentes conditions de production de l'information, la transposition de cette justification n'est pas toujours aisée et l'on peut

---

460. Dans la pratique cependant cette méthode de rémunération du capital n'est pas facile à mettre en œuvre et présente un certain nombre de difficultés d'application. v. Lorenzi p. 441.

s'interroger sur la possibilité laissée par la réglementation à certains organismes publics de percevoir une rémunération de l'investissement réalisé.

Il va de soi que l'inclusion d'une juste rémunération de l'investissement est tout à fait justifiée pour les organismes dont l'objet exclusif est de produire et de diffuser de l'information. En effet, les investissements qu'ils peuvent réaliser pour renouveler ou entretenir les infrastructures de collecte et de production ont alors, à l'instar des industries de réseau, un objet tout à fait spécifique, finalisé à la production d'un bien ou d'un service particulier. Dans le secteur électrique, ce sera le transport et la distribution de courant, dans le domaine des communications électroniques le transport des signaux, pour certains organismes publics la collecte et la diffusion de l'information. Or l'ouverture des marchés avais permise par l'obligation d'accès peut potentiellement affecter la teneur et l'ampleur de ces investissements réalisés par les producteurs d'information qui comptaient sur des recettes commerciales pour les financer. En conséquence, les justifications apportées à la rémunération du capital investi pour les industries de réseau nous semblent tout à fait opératoires dans cette hypothèse particulière. De plus, dans ces circonstances, il sera d'autant plus simple de déterminer le montant de ces investissements et la part qui pourra être recouvrée lors de la cession d'un bien informationnel.

## **212. Production d'information à titre dérivé et rémunération des investissements.**

- Qu'en est-il des organismes producteurs d'informations pour lesquels cette activité ne constitue qu'un sous-produit de leurs obligations ? Ou pour ceux qui ne font que recueillir et diffuser l'information produite par d'autres ? Peut-on admettre une rémunération des investissements réalisés à propos de biens qui sont affectés à toutes sortes d'usages étrangers à la production de l'information réutilisable ? Deux questions se trouvent alors posées : les investissements réalisés par un organisme public dans un but autre que la production ou la collecte de l'information réutilisable, quoiqu'ils y participent, peuvent-ils être financés – du moins en partie - par les opérateurs privés qui demandent accès à cette information ? Ensuite, et dans l'affirmative, comment peut-on déterminer la part d'investissements qui pourra être recouverte par le prix d'accès à un ensemble informationnel ? La loi et la directive n'envisagent pas cette hypothèse.

Dans le silence des textes on pourrait penser qu'il ne faudrait pas établir de distinction là où la loi ne la fait pas et mettre sur un pied d'égalité le cas des investissements réalisés par les organismes publics dans le but de produire de l'information et ceux pour lesquels la production d'informations ne constitue qu'une activité dérivée. En admettant que la loi n'entendait pas poser cette distinction, il demeure un délicat problème de partage. Pour le cas d'un organisme public dont une seule fraction de l'activité est destinée à produire de l'information, il conviendra d'abord d'évaluer le montant du capital investi à propos des infrastructures destinées au traitement de l'information puis de déterminer, au sein de ces activités, la part occupée spécifiquement par le traitement particulier de l'information qui pourra être rediffusée. Prenons l'exemple d'une commune ou d'une préfecture qui collectent

respectivement des informations sur les permis de construire et sur les véhicules automobiles. À moins que leur matériel informatique soit exclusivement affecté à la collecte et au traitement de l'information, en suivant la loi, ce sera une participation à l'ensemble des investissements réalisés pour l'acquisition de ces matériels qui pourra être réclamée lors d'une demande de réutilisation de ces informations.

En dehors de cette question pratique, au demeurant bien délicate à résoudre, il reste que, sur le plan des principes, la justification apportée à la rémunération des investissements pour les industries de réseau et qui par truchement - puisqu'elle puise dans des solutions déjà éprouvées dans d'autres secteurs - est rapportée par la directive, ne nous semble pas opératoire ici. La rémunération du capital est destinée à garantir la continuité des investissements dans l'infrastructure de réseau dans un contexte d'ouverture à la concurrence des marchés avals et d'imposition d'un principe d'accès à une infrastructure monopolisée. Dans le cas des organismes publics qui produisent ou collectent de l'information à titre dérivé, nous sommes en présence d'investissements qui sont peu ou pas affectés par l'ouverture des marchés avals ou la mise en œuvre d'un principe d'accès à l'information qu'il détiennent. L'équilibre économique de ces activités n'en est pas dépendant et d'autant moins si ces organismes n'interviennent pas sur le marché. En effet, on ne voit pas pourquoi ces organismes cesseront d'investir dans des moyens matériels destinés, entre autres, à produire de l'information, dès lors qu'il leur sera imposé de communiquer une partie des informations collectées ou produites grâce à ces moyens matériels. La relation entre les investissements réalisés et l'ouverture du marché est ici tout à fait indirecte parce que la collecte et la production d'information ne sont que le support d'autres prestations. En d'autre mot, dans cette hypothèse, une rémunération sise sur l'ensemble du capital investi pour l'acquisition d'infrastructures qui ne sont pas exclusivement affectées à la collecte d'une information réutilisable ne serait pas justifiée pour l'opérateur privé. En tout cas, les justifications issues des analyses concurrentielles ou autres réglementations sectorielles nous semblent moins pertinentes eu égard aux conditions spécifiques de production de l'information. La solution la plus équilibrée pour l'opérateur privé qui n'a pas à financer les investissements qui doivent de toutes les façons être assurés par les organismes publics pour accomplir leurs activités consisterait alors à ne considérer qu'une fraction de ces investissements, seulement le problème du partage est toujours présent et la détermination du taux de participation à l'investissement demeure. Dès lors, et si l'on rejette malgré le texte, compte tenu essentiellement des difficultés de sa mise en œuvre, une rémunération de l'investissement, il reste que les organismes publics pour lesquels la production d'information représente une activité dérivée pourront quand même percevoir une marge bénéficiaire puisque l'orientation des prix vers les coûts n'est pas stricte mais seulement proportionnelle aux coûts encourus pour la mise à disposition de l'information. Ainsi, lorsque la production et la collecte de l'information s'envisagent comme une activité dérivée des obligations de service public, il conviendrait de limiter la marge de l'opérateur à la marge commerciale, à l'exclusion d'une marge dépendante de l'investissement.



## 2. Les justifications d'une marge bénéficiaire au sein de la redevance de mise à disposition des données publiques telles qu'elles ressortent de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux redevances pour service rendu

**213. Redevances pour service rendu et marge bénéficiaire.** - Telle qu'elle a été élaborée et précisée par le Conseil d'Etat dans le cadre de la mise à disposition des données publiques, puis étendue à l'ensemble de l'activité administrative, par l'arrêt du 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*<sup>461</sup>, la jurisprudence relative aux redevances pour service rendu est en adéquation avec les dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la tarification de l'accès à l'information publique : elles se recoupent mutuellement. En effet, la loi et la jurisprudence prévoient également la possibilité pour les organismes publics de percevoir, à l'occasion de la communication de données publiques, une redevance qui répercute les coûts du service rendu tout en s'agrémentant d'une marge bénéficiaire<sup>462</sup>. Une telle construction ayant déjà été éprouvée à propos de la communication des données de l'INSEE, on pourrait même penser, en renversant la perspective, que c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a inspiré la rédaction de ces dispositions législatives, notamment celles concernant la prise en compte de la valeur des droits de propriété intellectuelle au titre de la rémunération de l'investissement. En raison de cette proximité, il faudra observer les justifications apportées par le juge administratif à la perception d'une marge bénéficiaire et chercher à savoir si elles peuvent constituer une justification valable à la rémunération de l'investissement visé par la loi.

**214. Le dépassement du coût du service rendu et l'avantage économique retiré par l'utilisateur de la prestation.** - Les premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat, particulièrement les arrêts *SOCIÉTÉ DIRECT MAIL promotion* et *CEGEDIM*, sont avares d'explications. Le Conseil d'Etat y admettait seulement, en raison de la présence de droit de propriété intellectuelle, que le montant de la redevance pouvait dépasser le coût du service rendu sans vraiment l'expliquer. Les motivations de la haute juridiction n'ayant pas été explicitées, on aurait pu penser que l'assouplissement du principe d'adéquation de la

461. CE, 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, concl. J.-C. DENYS, *RFDA* 2007, p. 1269

462. « Les tarifs fixés par l'arrêté attaqué, en incluant des droits relevant de la propriété intellectuelle, peuvent conduire l'INSEE à faire des profits, notamment au cas où le volume du marché sur lequel opèrent les rediffuseurs vient à s'accroître », CE, 24 juillet 2006, *Société CEGEDIM*.

redevance aux coûts de revient était limité à l'hypothèse où l'existence de droits de propriété intellectuelle pouvait être avérée . Cependant, la Haute juridiction va donner une lecture un peu plus ample de ces décisions, et notamment de l'arrêt du 10 juillet 1996, le rapport public de 2003 relatif aux redevances avancera ainsi une justification générale à l'intégration même de droits de propriété intellectuelle dans la redevance pour service rendu<sup>463</sup>. Rapprochant les redevances pour service rendu des redevances domaniales, les auteurs du rapport affirment que « le Conseil d'Etat (dans l'arrêt société direct mail promotion) admet (...) que des droits privatifs puissent être réclamés, au titre des redevances pour service rendu, à l'occasion de la communication des données publiques élaborées. Mais sa réponse est circonscrite au cas où la communication des données est faite à des tiers « en vue de leur commercialisation »<sup>464</sup>. Le lien ainsi opéré entre les éléments entrant dans le montant de la redevance et l'utilisation qui est faite du service rendu tranche avec la jurisprudence traditionnelle. « Il signifie simplement que la facturation des droits en cause est liée à l'avantage financier que le bénéficiaire de la communication devrait tirer de l'exploitation commerciale qu'il compte faire des données. » En d'autres termes, c'est la valeur du service pour le bénéficiaire qui justifie que la tarification, par le truchement de droit de propriété intellectuelle, dépasse le coût du service rendu.

C'est cette même motivation qui sera avancée pour justifier l'extension de la jurisprudence SOCIÉTÉ DIRECT MAIL PROMOTION à l'activité des autres services publics. « Une redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service (...) et, par conséquent, doit correspondre à la valeur de la prestation ou du service ; que, si l'objet du paiement que l'administration peut réclamer à ce titre est en principe de couvrir les charges du service public, il n'en résulte pas nécessairement que le montant de la redevance ne puisse excéder le coût de la prestation fournie ; qu'il s'ensuit que 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 »<sup>465</sup>.

Au terme de cette décision, la possibilité pour l'administration de réclamer une redevance intégrant des éléments de rémunération étrangers aux coûts repose fondamentalement sur l'utilité économique que l'utilisateur du service en retirera. Dès lors, par exemple, que la prestation de l'administration (mise à disposition des moyens du service public comme les données publiques ou du matériel médical) permet l'exercice d'une activité

463. Dont il faut dire, au regard du droit de propriété intellectuelle, que l'existence de ces droits est plus que douteuse. Voir sur cet aspect, le titre deux de la deuxième partie de cette étude.

464. La référence à la commercialisation était trop limitée, elle aurait conduit à contrarier les pratiques de mise à disposition de l'information, qui ont lieu alors que l'entreprise n'entend pas commercialiser l'information. La référence à la valeur du service permet dès lors de pallier cet inconvénient.

465. CE, 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, préc.*

économique, la collectivité se trouve autorisée à participer à cet avantage et, cela, quand bien même les coûts de revient de sa prestation seraient peu élevés, parfois même sans rapport avec les bénéfices économiques que l'utilisateur en retire. En réalité, à travers la motivation retenue par le juge administratif, on voit apparaître la justification suivante : l'administration peut faire des profits si les usagers en font aussi. C'est bien là le sens de cette évolution jurisprudentielle et du rapprochement des redevances de service rendu et des redevances domaniales, pour lesquelles il est admis depuis bien longtemps que le calcul du montant de la redevance intègre l'avantage retiré par l'occupant du domaine public.

**215. Valeur de cette justification pour la mise à disposition de l'information publique.** - La justification tirée de l'utilité économique du service peut, par sa généralité, justifier la perception d'une marge bénéficiaire par l'administration à l'occasion de la communication des données publiques à des fins de réutilisation, qu'elle soit commerciale ou pas. L'invocation de l'avantage procuré à l'utilisateur pourrait ainsi, plus facilement que les justifications issues des analyses concurrentielles, expliquer que les organismes du secteur public, qui procèdent à la communication des données publiques au titre d'une activité dérivée, puissent percevoir une marge bénéficiaire à l'occasion de la mise à disposition de données publiques.

Cependant, ce rôle explicatif ne doit pas faire perdre de vue une difficulté. De la lecture de l'arrêt du Conseil d'Etat, il ressort que le montant de la redevance peut-être composé pour l'essentiel d'un élément de rémunération complètement déconnecté des coûts. En effet, admettre que le montant de la redevance correspond à la valeur du service, qui peut être elle-même déterminée par rapport à l'avantage retiré par l'utilisateur ou la perception de droit de propriété intellectuelle, c'est accepter, de manière mécanique, que le montant de la redevance soit composé, de manière éminente, par la marge bénéficiaire, notamment lorsque les coûts de la prestation sont sans rapport avec les bénéfices retirés par l'utilisateur. On s'écarte alors des dispositions de l'article 15 de la loi, qui évoquent la rémunération raisonnable des investissements. Cela ne retire rien à la valeur justificative du bénéfice, elle nous fait seulement douter de l'aptitude de la jurisprudence du Conseil d'Etat à s'articuler avec les dispositions législatives.

### *B. La nature de la marge bénéficiaire*

**216. Les formes de la marge bénéficiaire.** - La tarification de type « cost plus » mise en place par la loi du 17 juillet 1978 se définit comme « un contrat par lequel une entreprise obtient un transfert égal à son coût tel qu'il est constaté ex post majoré d'une marge

additionnelle dont le montant est décidé *ex ante*»<sup>466</sup>. Dans les secteurs soumis à une régulation sectorielle, tel que les communications électroniques, la marge bénéficiaire correspond à un taux de rémunération du capital fixé selon des modalités particulières par l'autorité de régulation<sup>467</sup>. Une telle solution n'est pas retenue par la directive et la loi, sauf à dire qu'une part de cette marge pouvait être constituée par la facturation de droits de propriété intellectuelle, qui ne le précise pas plus que cela. En conséquence, puisqu'elle n'en impose ni n'en prévoit, la loi admet toutes les formes de rémunération de l'investissement.

Au regard de la pratique et des dispositions de la loi, trois formes de rémunération des investissements, au demeurant non exclusives les unes des autres, pourraient être retenues par les organismes publics : la marge additionnelle pourrait être égale à la valeur des droits de propriété intellectuelle (1) ; elle pourrait aussi correspondre au coût du capital investi (2) ; elle pourrait enfin être calculée en fonction des résultats d'exploitation des co-contractants de l'administration (3).

### 1. Les redevances de propriété intellectuelle comme facteur de rémunération de l'investissement

**217. Montant des droits de propriété intellectuelle et les coûts.** - Il convient d'évaluer ici l'aptitude des redevances de propriété intellectuelle à constituer un facteur de rémunération des investissements consentis par les opérateurs publics pour la production, la collecte et le traitement de l'information. Cette question se pose en raison de deux considérations. Si, sur le plan des principes, la solution retenue par la loi est recevable et peut même se prévaloir d'une certaine cohérence puisque le droit d'auteur et plus encore le droit des bases de données – c'est son objet - peuvent être envisagés comme des éléments de rémunération de l'investissement (v. partie II), c'est au plan des modalités d'application que les dispositions législatives sont plus critiquables. En effet, était-il vraiment raisonnable d'intégrer au sein de la rémunération de l'investissement un tel élément alors qu'il représente souvent la part la plus importante de la rémunération des opérateurs publics à l'occasion de la mise à disposition de leurs ensembles informationnels<sup>468</sup>. On rappellera à cet égard, qu'au

466. CURIEN (N.), *Economie des réseaux*, préc.

467. ARCEP, déc. n° 05-0988 du 8 novembre 2005, *fixant le taux de rémunération du capital employé pour évaluer les tarifs de dégroupage de la boucle locale de France Télécom pour les années 2006 et 2007*. Le taux calculé par l'autorité de régulation tient compte du coût moyen pondéré des capitaux de l'opérateur et de celui que supporterait un investisseur dans les activités de communication électronique en France. Cette méthode d'évaluation pose quelques difficultés notamment quant à la détermination des coûts d'investissements. L'autorité prend aussi en compte, conformément aux dispositions législatives, le risque de l'investissement.

468. « Concernant la propriété intellectuelle, le fait d'intégrer la rémunération des investissements liés à elle est une solution subtile au problème de son évaluation: au lieu de chercher à faire entrer *la propriété intellectuelle elle-même* dans la rémunération de l'administration, l'ordonnance ne permet en réalité que de tenir compte des investissements ayant permis de la constituer; l'évaluation de la propriété intellectuelle peut être un

contentieux, les pratiques de prix excessifs reprochées aux opérateurs publics avaient pour commune origine la perception de redevances pour droits privatifs exorbitantes par rapport aux coûts de la prestation. Les affaires l'annuaire téléphonique et du répertoire SIRENE ont en effet bien montré que c'était uniquement le montant des droits de propriété intellectuelle qui était stigmatisé par le droit de la concurrence. Aussi, semble-t-il, sauf si le législateur entendait limiter la perception de droits de propriété intellectuelle, qu'il y ait une certaine contradiction à considérer les redevances pour droits de propriété intellectuelle seulement comme un élément de rémunération de l'investissement.

**218. Lectures contradictoires.-** Revenons d'abord sur les dispositions de la loi. Le texte de l'article 15 dit que l'administration peut 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 ». On peut faire deux lectures de ce texte : soit le législateur a voulu limiter et inciter les organismes publics à limiter la perception des droits de propriété intellectuelle ; ainsi ils ne représentent qu'une partie de la rémunération des investissements.<sup>469</sup> Soit, le législateur n'a pas vraiment pris la mesure du problème laissant persister une contradiction latente dans les textes.

Si l'on admet que l'inclusion des redevances de droits de propriété intellectuelle au sein de la rémunération raisonnable de l'investissement a pour objet de limiter le montant des redevances perçues au titre des droits de propriété intellectuelle, il faudrait que les organismes publics veillent à ce que le montant des droits de propriété intellectuelle réclamés soit strictement proportionnel, soit au montant des investissements réalisés, soit - lorsque ce calcul n'est pas possible - aux coûts. Autrement, le prix d'accès pourrait tomber sur le coup de la sanction des prix excessifs. La nécessité de relier le montant de la redevance à l'investissement, qui est impliquée par les textes, est d'autant plus importante que le calcul des droits d'auteur et même des droits *sui generis* ignorent cette notion. En effet, en théorie, les redevances pour droit de propriété intellectuelle sont calculées proportionnellement aux recettes provenant de la cession de l'ensemble informationnel par le rediffuseur<sup>470</sup>. L'article

---

casse-tête (parce qu'en l'occurrence il n'y aura pas de prix de marché pour indiquer sa valeur), alors que celle des investissements repose sur l'observation de coûts passés, donc d'éléments objectifs » (J. MAGNAN DE BORNIER, « Quelques remarques sur l'économie de la réutilisation des informations émanant du secteur public », *préc.*)

469. v. CE, 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM*, *Rec.* p. 280 C.E., 29 juillet 2002, *société CEGEDIM*, *CfEG* 2003, n° 594, p. 16 note S. NICINSKI, *AjDA* 2002, p.16 ; comm. M.BAZEX et S.BLAZY *DA* 2002, comm. 176 ; n° Cons. conc. déc. n° 01-D-78 du 6 décembre 2001, *relative à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation du répertoire SIRENE*, *BOCC*, 28 février 2002, p. 183. Cas. Com. 4 décembre 2001, *SA France Télécom c. SA Lectiel*, *Bull. civ. IV*, n°193, p. 184, comm. M. MALAURY-VIGNAL, *Contrats-concurrence-consommation*, 2002, comm. 46 ; comm. C. CARON, *Communication-commerce électronique*, 2002, comm. 38

470. GAUBIAC (Y.), « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur. », in, *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 163

L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle, pour le droit d'auteur, dit que « *la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit emporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ». En outre, dans un certain nombre de circonstances, parmi lesquelles l'impossibilité de déterminer la base de calcul de la participation proportionnelle ou l'absence de moyens de contrôler l'application de la participation, il est possible d'opter pour une participation de nature forfaitaire. La pratique des organismes publics est d'ailleurs plus ou moins conforme à ces prescriptions. Ainsi, par exemple, la tarification de l'IGN pour la reproduction de fonds cartographiques est fonction, pour chaque ouvrage vendu par le rediffuseur, d'un pourcentage sur le prix de vente de l'ouvrage, lui-même dépendant de l'échelle de la carte et de la part prise par la cartographie de l'IGN au sein de cet ouvrage<sup>471</sup>. De la même manière, le calcul des redevances pour droits de propriété intellectuelle réclamées par l'INSEE est proportionnel au nombre d'unités documentaires rediffusées par l'opérateur privé. Cependant, ici, le taux – dont on ignore le calcul et c'est ici que le plus grand empirisme prévaut – est appliqué à une assiette différente puisque ce n'est plus le prix de vente qui est en cause mais le nombre d'unités rediffusées<sup>472</sup>.

La participation forfaitaire et proportionnelle ne dépend donc pas des investissements et les redevances de propriété intellectuelle ne représentent pas des éléments de rémunération de l'investissement très pratiques à manier parce qu'ils n'en dépendent justement pas. Quand au droit des bases de données, quoique son objet réside dans la protection des investissements, son mode de calcul ne dépend pas non plus des investissements réalisés par le producteur, mais plus vraisemblablement du nombre d'unités documentaires diffusées. Ainsi la rémunération du titulaire des droits de propriété intellectuelle est le plus souvent totalement étrangère à l'investissement réalisé, ce qui est tout à fait logique eu égard à l'objet des droits de propriété intellectuelle.

En dehors même du fait que le calcul du montant des droits d'auteur ou du droit *sui generis* ne s'apprécie pas par rapport aux coûts se rajoute cette considération : l'assiette et le produit de ces droits sont fixées de manière discrétionnaire, en fonction de l'idée que le détenteur d'un fonds informationnel se fait de son œuvre ou de son utilité. En pratique, l'empirisme l'emporte donc résolument. Mme MALLET-POUJOL faisait ainsi remarquer que « s'agissant de la banque de données elle-même, œuvre collective, le producteur a la maîtrise de ses choix de tarification. Il apprécie lui-même le montant auquel il peut prétendre en tant qu'auteur d'une œuvre collective pour la rétribution de ses droits patrimoniaux »<sup>473</sup>. Le droit

471. Bases de calcul des droits de reproduction des fonds cartographiques IGN au 1er avril 2003, disponibles sur le site [www.ign.fr](http://www.ign.fr)

472. Arrêté du 10 octobre 2000 *relatif à la mise à disposition du public, pour un usage de rediffusion, des bases de données électroniques de l'institut national de la statistique et des études économiques*, préc.

473. Enfin, il faut dire encore que le droit de propriété intellectuelle, pour le droit d'auteur ne vient sanctionner le montant du prix que s'il est défavorable à l'auteur et qu'il n'existe pas de moyens.

de la propriété intellectuelle n'a pas mis en place d'instrument de contrôle permettant d'évaluer le caractère éventuellement disproportionnée, sauf lorsque le montant des redevances est défavorable à l'auteur, ce qui est tout à fait décevant dans le cas où c'est le titulaire du droit lui-même qui procède à l'exploitation. Confronté à la difficulté d'évaluer le montant des droits de propriété intellectuelle perçus par l'Etat à l'occasion de la communication des données du fichier SIRENE, le Conseil d'Etat, sur la base du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, a dit qu'elle ne le conduisait pas à réaliser des profits d'un montant « manifestement disproportionné »<sup>474</sup>. En somme, le calcul du montant du droit d'auteur pose, en lui-même de redoutables problèmes, qui ont souvent justifié une régulation par le droit de la concurrence.

En conséquence, les deux éléments additionnés, le fait que le calcul des redevances soit étranger aux investissements réalisés et qu'il soit affecté d'un certain empirisme, peuvent faire douter de l'aptitude des droits de propriété intellectuelle à constituer un élément de rémunération des investissements propre à éviter le grief de prix excessif. Pour faire en sorte que les prescriptions du droit de la concurrence soient respectées, il conviendrait, une fois calculés l'assiette et le taux de participation, dans le cas où la participation serait proportionnelle, ou la participation forfaitaire, que les organismes publics déterminent le montant définitif de la participation en fonction du montant de l'investissement réalisé. Lorsque ce ne serait pas possible, le montant de la participation pourrait être déterminé par rapport aux coûts de production de manière à ce que le montant des droits de propriété intellectuelle évolue dans un rapport de proportionnalité raisonnable<sup>475</sup> avec les coûts liés aux

474. D'une manière plus générale, le montant de la rémunération due au titre des droits de propriété est très difficile à contrôler. Cette difficulté a été soulignée par plusieurs commissaires du gouvernement sur les affaires que le Conseil d'Etat a connu à propos des bases de données de l'INSSE. Mlle VEROT, dans ses conclusions sur l'arrêt du 24 juillet 2006, CEGDIM, (*RJEP/CJEG*, n°642, mai 2007, chr. B. du MARAIS, *Concurrences*, janvier 2007, p.175) soulignait ainsi que le Conseil d'Etat, depuis qu'il avait rompu avec le principe du plafonnement de la redevance pour service rendu en matière devait quand même contrôler le caractère manifestement disproportionné de la redevance pour service rendu intégrant un droit de propriété intellectuelle. « La redevance pour services rendus classique est plafonnée en valeur absolue, alors que la redevance pour droits de propriété intellectuelle ne peut être plafonnée puisqu'elle représente un proportion, un pourcentage de la valeur que les usagers retirent de l'exploitation de ces droits. Dans la mesure où votre décision Société Direct Mail promotion a admis de contrôler le caractère manifestement disproportionné de cette redevance, il vous faudra donc déterminer quelle est la marge raisonnable que l'administration peut s'octroyer. Le droit de la propriété intellectuelle ne fournira aucune aide pour ce faire (...) Il exige en principe une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaire réalisé grâce au droit d'auteur cédé ou concédé, mais il ne fixe pas un pourcentage de cette rémunération ». Dans cette affaire, et cela illustrera d'ailleurs la difficulté d'évaluer la rémunération de l'investissement au regard du montant des droits de propriété intellectuelle, le Conseil d'Etat a estimé, alors qu'il était reproché à la redevance perçue par l'INSEE de ne pas être proportionnelle aux coûts encourus par l'organisme public et après avoir dit que le montant de la redevance n'était pas anticoncurriel en tant qu'il « n'empêchait pas les rediffuseurs d'exercer leur activité, « que ces droits relevant de la propriété intellectuelle et artistique, ne doivent pas conduire l'opérateur public à réaliser de profits d'un montant manifestement excessif ; qu'il ressort de l'instruction que les montants de bénéfices que la perception par l'INSEE de la redevance dont les tarifs sont contestés, pourrait lui permettre de réaliser, seraient, au niveau où ces tarifs ont été fixés par l'arrêté attaqué, manifestement disproportionnés ».

475. Sur l'évaluation du caractère raisonnable de la disproportion v. le titre III de la partie 2

investissements. Concrètement, cela impliquerait pour l'organisme public qui constaterait une disproportion manifeste entre le montant des investissements et le montant de la rémunération due au titre des droits de propriété intellectuelle, de réviser le taux et/ou l'assiette de la redevance, si elle est calculée de manière proportionnelle ou le montant de la participation forfaitaire.

Maintenant, si la limitation des droits de propriété intellectuelle perçus par les organismes publics à l'occasion de la fourniture des ensembles informationnels n'était pas dans l'intention du législateur, on ne peut que constater la contradiction des textes qui incluent un élément substantiel de rémunération au sein de la rétribution des investissements. Quoi qu'il en soit, les effets d'une telle disposition pourraient être palliés par le mécanisme de plafonnement mis en place par la loi (cf. *infra*).

## 2. Le taux de rémunération déterminé par l'organisme public producteur comme mode de rémunération de l'investissement

**219. Rémunération des investissements et coûts du capital.-** Face aux incertitudes entourant le calcul des droits de propriété intellectuelle et la difficulté à les appréhender comme un facteur de rémunération de l'investissement, n'eût-il pas été préférable, à l'instar de certains secteurs soumis à une réglementation sectorielle, d'établir une rémunération des investissements directement reliée aux coûts des capitaux engagés ?

Dans le domaine des communications électroniques, la rémunération de l'investissement prend ainsi la forme d'un taux de rémunération du capital fixé par l'autorité de régulation sectorielle. Ce taux calculé en fonction du coût du capital, prend aussi en compte le risque spécifique de l'investissement conformément aux prescriptions de la réglementation sectorielle.<sup>476</sup> Une telle forme de rémunération des investissements pourrait-elle être appliquée par les organismes publics dans le silence des textes ? Bien sûr il ne s'agit pas d'appliquer cette solution dans ses implications institutionnelles, la CADA ne s'étant vue attribuer aucune compétence dans ce sens, elle ne peut jouer le rôle de l'ARCEP ou du CRE. D'ailleurs, à l'absence d'attributions confiées à l'autorité de régulation, s'ajoute une impossibilité pratique, matérielle : comment établir ce taux pour une kyrielle d'organismes soumis à des contraintes économiques ou budgétaires très différentes ? À la différence des secteurs soumis à une réglementation sectorielle, le secteur de l'information publique, si tant

476. v. par exemple, déc. n°05-0988 de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 8 novembre 2005 fixant le taux de rémunération du capital employé pour évaluer les tarifs de dégroupage de la boucle locale de France Télécom pour les années 2006-2007



est que l'on puisse le circonscrire, recoupe – *grosso modo* – l'ensemble du secteur public. Il faudrait donc, pour chaque organisme, calculer des taux spécifiques, ce qui implique une collecte d'information très importante. Si du point de vue des modalités, la solution retenue par le législateur – laisser chaque organisme public déterminer la rémunération raisonnable de l'investissement – est réaliste, du point de vue des principes, un tel mode de rémunération des investissements pourrait parfaitement être adopté par les fournisseurs d'informations. En tout cas, dans le silence de la loi, rien ne l'empêche. Une telle solution présenterait l'intérêt de lier la rémunération de l'investissement au coût du capital effectivement engagé pour les réaliser.

**220. Illustration.** - Pour l'heure, à notre connaissance, les organismes publics n'emploient pas cette méthode de rémunération de l'investissement. Toutefois il convient de faire état des pratiques des instituts de météorologie nationaux qui usent d'un mode de rémunération des capitaux qui s'en rapproche.

Ces pratiques se dégagent d'une décision d'exemption de la Commission des communautés prise conformément à l'article 85, §3 (81) du TCE relativement à la constitution d'un groupement d'intérêt économique par les instituts de météorologie nationale (Ecomet).<sup>477</sup> Ce groupement a plusieurs objets : certains relèvent des missions de service public imparties aux instituts de météorologie; d'autres, ont trait aux activités commerciales des différents services de météorologie. Concernant ces dernières activités, le groupement devait définir, pour la fourniture de données ou de services aux opérateurs privés ou au consommateur final, « des lignes directrices relatives aux tarifs de l'ensemble des articles (...) afin d'assurer une contribution aux coûts de l'infrastructure ». En d'autres mots, les tarifs des licences devaient englober une partie des coûts encourus par les services de météorologie pour financer leur infrastructure de telle sorte que le prix de leurs services ou produits permette « d'atteindre l'objectif de pourcentage pour la contribution minimale aux coûts d'infrastructure » ; ce pourcentage minimal était fixé à 3%. Ainsi, le prix des licences englobe une contribution aux frais d'infrastructure, définie globalement *ex ante* par l'opérateur fournisseur. Il faut souligner à ce stade que les coûts d'infrastructure ne sont pas réduits à l'investissement puisque qu'en dehors des coûts du capital ou des coûts de développement liés à ces infrastructures, ce sont aussi et surtout des coûts de fonctionnement qui sont couverts par la contribution spécifique réclamée pour la cession de produit à valeur ajoutée ou d'ensembles informationnels.

Le principe de la participation des opérateurs privés aux frais d'infrastructure étant fixé, encore faut-il en évaluer le montant. Celui-ci se calcule au regard des coûts de production des biens informationnels cédés. Après avoir déterminé le coût total de production d'un

477. Communication faite conformément à l'article 19, §3 du règlement du Conseil n°17 concernant l'affaire n°IV/34.563, *Ecomet*, préc.

produit, chaque organisme fournisseur peut décider du pourcentage de ce coût qu'il récupérera par ses activités commerciales. Ce mécanisme spécifique permet la couverture de certains coûts fixes ainsi que des coûts du capital engagé par des recettes commerciales. Si l'on exclut les coûts fixes tels qu'ils sont retenus dans l'exemple précédant, on remarquera qu'il implique une adéquation certaine entre les coûts du capital et les sommes perçues au titre de la rémunération du capital, puisque c'est un rapport de proportionnalité qui régit leurs relations. En fait, cette méthode se rapprocherait des taux de rémunération du capital fixés par les autorités de régulation.

**221. Application.** - On pourrait envisager la transposition d'un tel mécanisme à l'ensemble des opérateurs fournisseurs de données publiques, du moins ceux pour lesquels la réalité de l'investissement est incontestable. En excluant la couverture des coûts fixes du raisonnement, encore que l'on pourrait l'envisager si la politique tarifaire suivie ne conduit pas à la récupération des coûts fixes, ce mécanisme pourrait parfaitement être transposable à l'ensemble des opérateurs fournisseurs d'informations. Il leur suffirait alors de déterminer le coût du capital engagé pour la réalisation des investissements et déterminer le pourcentage de ce coût qu'ils pourront récupérer à travers leurs activités commerciales. Ce montant global fixé, il ne restera plus alors aux opérateurs qu'à diviser la somme totale qui doit être récupérée grâce à l'attribution de licences et la diviser par le nombre de bénéficiaire pour déterminer la contribution de chaque licencié. Simple dans son énoncé, cette méthode présente l'avantage de la prévisibilité et elle assure en outre une stricte adéquation entre le coût des investissements et leur rétribution. Toutefois, elle présente quelques difficultés pratiques. En effet, elle suppose, autant que faire se peut, une exacte évaluation du coût des investissements. Or, comme le faisait remarquer la commission dans la précédente affaire, une telle évaluation suppose des instruments de comptabilité analytique dont tous les organismes ne bénéficient pas encore. Dès lors, il faudra se contenter d'une évaluation approximative du coût des investissements. En outre, et c'est sûrement le principal grief qui pourrait être formulé à l'encontre de ce mécanisme, rien ne permet d'encadrer la liberté pour l'organisme public dans la fixation des taux, faisant par là courir le risque d'une tarification excessive.

En conséquence, cette méthode de rémunération du capital, si elle présente d'indéniables avantages notamment celui de ne pas être dépendante des recettes réalisées par les opérateurs privés lors de la commercialisation de produits intégrant des données publiques, ne prévient pas contre les risques inhérents aux pratiques tarifaires anticoncurrentielles.

### 3. Les résultats financiers du co-contractant comme référence pour la rémunération des investissements

**222. Un choix possible à condition d'être aménagé.** - À côté des redevances de propriété intellectuelles et du taux de rémunération des capitaux engagés, il existe une troisième forme de rémunération des investissements pour les organismes publics fournisseurs d'information : une participation aux résultats financiers du bénéficiaire d'une licence de mise à disposition de l'information. Techniquement, cette rémunération de l'investissement prend la forme d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par l'opérateur privé pour la diffusion de produits informationnels intégrant des contenus issus du secteur public. Cette forme de rémunération est, nous l'avons déjà aperçue, employée par certains organismes publics, même si l'on ne sait pas exactement s'il s'agit d'une rémunération de l'investissement. *A priori*, l'adoption de ce type de rémunération de l'investissement se heurte à plusieurs objections. En premier lieu, il conduit les organismes publics à bénéficier indirectement des résultats commerciaux de son co-contractant dans lesquels ils ne prennent aucune part. En second lieu, cette forme de rémunération est totalement étrangère aux coûts des investissements réalisés par les organismes publics. L'adéquation entre les résultats financiers du co-contractant et les investissements réalisés par l'organisme public est inexistante. En résumé, ce mécanisme ne présente aucune aptitude à appréhender les investissements. Toutefois, il pourrait être aménagé. En effet, il serait possible aux organismes publics de déterminer en amont le montant des coûts d'investissements, puis de définir un pourcentage de ces coûts qui devrait être couvert par une participation au chiffre d'affaires du co-contractant. Cependant, on retrouve alors, dans ses grandes lignes, le mécanisme de rémunération décrit précédemment et qui suppose une détermination *a priori* des coûts d'investissements qui devraient être recouverts à l'occasion de l'activité commerciale des organismes public fournisseurs de l'information.

En conclusion, des trois types de rémunération de l'investissement décrit, il semblerait que ce soit le second – qui implique en amont le calcul des coûts d'investissement et la définition d'un taux de recouvrement – qui soit le plus conforme à l'exigence de rémunération raisonnable inscrite dans la loi. Cette conclusion repose sur deux constats, déterminants à nos yeux : c'est le seul mécanisme qui soit assis sur les coûts de l'investissement ; c'est le seul mécanisme qui assure une certaine prévisibilité. La rémunération par la voie des droits de propriété intellectuelle est soit assise sur les recettes commerciales du co-contractant soit déterminée empiriquement par le producteur. Quant à la dernière, elle est fondée sur le chiffre d'affaires réalisé par le co-contractant de l'administration. Cependant, la rémunération de l'investissement par la voie des propriétés intellectuelles pourrait être aménagée de telle sorte qu'elle prenne en compte le coût des investissements. Cela supposerait une définition *a priori* des coûts des investissements, la détermination d'un taux de recouvrement de ces coûts et le calcul des redevances de propriété intellectuelle en fonction de ces impératifs.

## Conclusion du Chapitre Premier

**223.-** Face aux nombreuses difficultés et incertitudes qui entourent l'application des dispositions législatives relatives à la tarification, il se peut que le plafonnement de la tarification soit l'instrument le plus efficace pour assurer globalement la conformité au droit de la concurrence du prix de mise à disposition. On le rappelle, la loi dit que le produit total des redevances, « évalué sur une période comptable appropriée en fonction de l'amortissement des investissements, ne dépasse pas le total formé, d'une part, des coûts de collecte de production et de mise à disposition des informations et, d'autre part le cas échéant, de la rémunération définie au présent aliéna (rémunération raisonnable des investissements dont le montant des droits de propriété intellectuelle) » Couplée au principe de non discrimination, l'établissement d'un tel plafond pourrait permettre aux administration de fixer un coût de production pour telle ou tel ensemble informationnel qui n'encourrait pas de critique du point de vue du droit de la concurrence. Il suffirait d'établir un rapport entre le plafond total des redevance et l'ensemble des acheteur.

Cependant, il n'est pas certain que cette solution soit réellement praticable. En effet, « si l'administration veut, comme l'impose la nouvelle réglementation, vendre des informations à un prix n'excédant pas le coût unitaire total de production, et qui en même temps serait identique pour tous les acheteurs, elle devrait être capable d'anticiper très précisément la quantité qu'elle vendra, et ce sur une période suffisamment longue pour qu'on puisse considérer que les coûts fixes ont été amortis la plus possible. La référence à la période comptable appropriée dans les textes (...) est bien sûr liée au problème de l'amortissement, mais cette référence ne permet nullement de résoudre la question posée ici, c'est-à-dire, celle de la possibilité, dans le cadre de la tarification, de calculer à l'avance quel sera le coût moyen d'une unité produite »<sup>478</sup>. L'aptitude du plafond à servir d'instrument permettant la détermination *a priori* d'un prix de mise à disposition qui ne soient pas anticoncurrentiel est donc loin d'être avérée. Il n'est pas non plus certain qu'il puisse jouer le rôle d'un instrument de contrôle efficace *a posteriori*. En tout cas, il semble qu'il ne pourra saisir la tarification pratiquée que d'une manière assez lâche. En premier lieu, les éléments constitutifs de ce plafonnement sont ceux là même pour lesquels il peut exister des difficultés d'évaluation. La loi française intègre au plafond la rémunération de l'investissement et la part des droits de propriété intellectuelle, dont on a dit qu'elle n'était pas facile à appréhender. En second lieu, elle suppose une connaissance assez fine des coûts encourus par l'administration, ce qui n'est pas toujours le cas. En troisième lieu, l'application du plafond pose aussi la question de la séparabilité des coûts. En somme, le plafond ne saisi pas strictement les prix de mise à disposition dont l'évaluation pourra s'agrémenter d'une part plus ou moins importante

---

478. MAGNAN de BORNIER (J.), « Quelques remarques sur l'économie de la réutilisation e informations émanant du secteur public », préc.

d'indétermination. Sa seule fonction, en réalité, était de limiter les bénéfices retirés par l'administration de la mise à disposition de l'information. C'est ce qu'énonçait clairement la proposition de directive en disant que « la seule restriction imposée est la fixation d'un plafond lorsque les organismes publics tirent des bénéfices excessifs de l'exploitation des informations qu'ils détiennent ». Aussi, la marge de manœuvre des organismes publics dans l'établissement des redevances pour service rendu relatives à la mise à disposition des données publiques est-elle très importante, dans la limite d'un comportement anticoncurrentiel. Il faut s'y résoudre. Néanmoins, préférant conclure sur une lecture moins pessimiste des dispositions relatives à la tarification de l'accès aux informations publiques, on pourra dire qu'elles ont au moins le mérite d'exister, ce qui n'était pas envisageable il y a une dizaine d'années, et que, sur leur base, au cas par cas, des réflexions nouvelles pourront s'engager.

## Section II

### Les autres modalités d'accès aux informations publiques

**224.-** En dehors de la question tarifaire, trois types de règles encadrent la mise à disposition de l'information publique. Les premières concernent la demande de réutilisation. La formulation d'une telle demande suppose une certaine connaissance de l'offre du secteur public, c'est-à-dire, en fait, des bases de données qui sont communicables et des conditions de leur réutilisation. Aussi bien, le législateur communautaire a-t-il mis en place des règles destinées à éclairer la personne intéressée par l'exploitation de telles données (§1). Indépendamment de ces dispositions, les organismes publics n'ayant pas toujours manifesté par le passé beaucoup de sollicitude à répondre aux demandes du secteur privé, la directive a harmonisé leur régime procédural. Désormais, l'autorité publique est obligée de formuler une réponse à une requête tendant à la mise à disposition des informations publiques dans un délai relativement court (§2). Enfin, on évoquera une question plus technique, mais qui peut avoir une grande importance du point de vue de la réutilisation : celle du format des supports sur lesquels l'administration peut communiquer l'information publique au réutilisateur (§3).

#### § 1 LA CONNAISSANCE DE L'OFFRE DES ORGANISMES PUBLICS

**225. Connaissance des informations réutilisables et la transparence des conditions d'accès.** – La directive 2003/98/CE dissociait nettement les règles relatives à la transparence des conditions d'accès aux fonds informationnels<sup>479</sup> du secteur public des dispositions destinées à faciliter la connaissance des informations exploitables<sup>480</sup>. La transposition du texte communautaire a conduit à une distribution particulière de ces prescriptions qui ont été parfois regroupées - c'est le cas de l'article 17 qui traite du répertoire et de certaines règles

479. L'article 9 de la directive qui portait le titre de dispositions pratiques prévoyait que « les Etats membres veillent à ce que des dispositions pratiques soient adoptées pour faciliter la recherche de documents disponibles à des fins de réutilisation, telles que des listes, consultables de préférence en ligne, des principaux documents et des portails liés à des listes de ressources décentralisées ».

480. « Les conditions et les redevances types applicables en matière de réutilisation de documents détenus par les organismes du secteur public sont fixées à l'avance et publiées, dans la mesure du possible et s'il y a lieu sous forme électronique. Sur demande, l'organisme du secteur public indique la base de calcul utilisée pour la redevance publiée. L'organisme du secteur public indique également quels facteurs seront pris en compte dans le calcul des redevances pour les cas atypiques. Les organismes du secteur public veillent à ce que les demandeurs soient informés des voies de recours dont ils disposent pour contester des décisions ou des pratiques qui les concernent ».

relatives à la transparence<sup>481</sup> - parfois ventilées autour de certaines dispositions - l'article 16 relatif aux licences prévoit les conditions de leur publication. Pour notre part, revenant à la répartition du texte communautaire, on distinguera les dispositions de la loi relatives à la transparence de l'offre d'accès (A) et celles, à vocation plus pratique, qui ont pour but d'affermir la connaissance des fonds informationnels, facilitant par là leur réutilisation (B).

## A. La transparence de l'offre d'accès à l'information publique

**226.-** Destinée à garantir une certaine égalité de traitement entre les opérateurs désireux d'investir les marchés de l'information (2), la loi impose, aux organismes publics détenteurs d'information, la publication de plusieurs informations (1).

### *1. L'obligation de publier le montant de la redevance et les conditions de réutilisation de l'information publique*

**227. -** L'expression du principe de transparence de l'offre résulte de deux dispositions de la loi du 17 juillet 1978, la dernière est contenue dans son décret d'application.

La première concerne la publication préalable des licences de réutilisation de l'information ; L'article 16 al. 3 prévoit que « les administrations qui élaborent ou détiennent des documents contenant des informations publiques pouvant être réutilisées dans les conditions prévues au présent article sont tenues de mettre préalablement des licences types, le cas échéant par voie électronique à la disposition des personnes intéressées par la réutilisation de ces informations »<sup>482</sup>.

481. Le législateur national a très certainement été sensible à la proximité existant entre ces deux séries d'obligations puisqu'il les a unies sous le signe de la transparence. Le rapport au Président de la République précédant l'ordonnance du 6 juin 2005 précisait à cet égard que « les administrations sont au surplus astreintes à la transparence quant au mode de calcul des redevances, quant aux principales informations susceptibles de réutilisation, qui figurent dans un répertoire *had hoc* et quant à d'éventuels détenteurs de droits de propriété intellectuelle » (Rapport au Président de la République relatif à 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, *JO* du 7 juin 2005, p. 10021). Elles étaient en revanche plus ou moins imbriquées dans les deux considérants qui leur étaient respectivement consacrés.

482. L'objet de cette publication n'est pas uniquement d'assurer la transparence de l'offre proposée par les organismes publics mais aussi de faciliter la réutilisation de l'information voir sur ce point J-M. BRUGUIERE, préc. Pour l'auteur, l'obligation de publication des licences permettrait, à l'instar de ce qui existe déjà en Grande-Bretagne, un accès immédiat aux gisements d'information.

La seconde porte sur la publication des conditions juridiques et tarifaires de réutilisation des informations. L'article 17 al. 2 de la loi du 17 juillet 1978 dit que « les conditions de réutilisation des informations publiques, ainsi que les bases de calcul retenues pour la fixation du montant des redevances, sont communiquées par les administrations qui ont produit ou qui détiennent ces informations, à toute personne qui en fait la demande ».

Enfin, l'article 38 du décret du 31 décembre 2005<sup>483</sup> impose plus précisément une obligation de publication des conditions de réutilisation ainsi que du montant des redevances ; en revanche, les bases de calcul de la redevance ne sont pas soumises à cette prescription, elles pourront cependant être communiquées à toute personne qui en fait la demande.

En résumé, outre la mise à disposition des licences, la réglementation impose aux organismes publics une obligation de publication des tarifs et des conditions générales de réutilisation de leurs fonds informationnels. Par contre, ils n'ont aucune obligation d'établir et de publier les bases de calcul du prix, l'obligation de communication inscrite dans la loi n'impliquant pas une obligation d'établissement.

Dans la pratique, certains organismes publics ayant procédé, avant même l'adoption de cette réglementation, à une telle publicité, il est possible de détailler un peu plus le contenu de cette obligation<sup>484</sup>. En plus, leur objet étant relativement similaire, il est aussi possible d'observer le contenu des règles de transparence tarifaires posées par l'article L. 441-6 du Code de commerce afin d'envisager l'étendue et le contenu de l'obligation de publicité imposée par la loi.

Il résulte de cette observation que l'obligation inscrite dans la loi comporte deux éléments : la communication des conditions juridiques de la réutilisation ; la communication des bases de calcul de la redevance, qui se rapprochent du « barème des prix unitaire » visé par le Code de commerce. Si le second aspect de l'obligation n'appelle pas de larges commentaires puisqu'il impose aux organismes publics l'établissement d'une méthode de calcul des tarifs de réutilisation et la publication du prix des informations, le premier comporte différents aspects. Les organismes publics devront ainsi faire figurer l'ensemble des conditions de réutilisation de leurs fichiers. Parmi ces conditions, on retrouve des dispositions relatives aux obligations respectives des fournisseurs et de l'acheteur, les modalités de mise à disposition des fichiers, les modalités de règlement, les conditions de résiliation de la licence ou encore les règles relatives à la responsabilité.

---

483. préc.

484. C'est le cas, en règle générale, des diffuseurs d'informations publics institutionnels tels que l'IGN, l'INSEE etc.



## 2. La finalité de l'obligation de publicité

**228. Transparence de l'offre et fonctionnement du marché.** - A l'instar des règles de transparence tarifaire inscrites à l'article L. 441-6 du Code de commerce qui imposent la publication des conditions générales de vente et la communication des barèmes de prix, elles sont destinées à garantir l'accès des entreprises aux informations nécessaires à la négociation<sup>485</sup>. Cet ensemble de dispositions permet ainsi à une entreprise de connaître à l'avance les principales conditions économiques et juridiques d'exploitation de l'information. Auparavant, ces conditions, le plus souvent, résultaient d'une négociation cas par cas avec les administrations concernées. Comme le dit la directive, cette connaissance préalable « est particulièrement important pour les PME, qui n'ont peut-être pas l'habitude des relations avec les organismes publics ».

Plus fondamentalement, au-delà de cette fonction, ces règles de transparence qui interviennent à propos d'offres qui ne faisait le plus souvent l'objet d'aucune publicité, représente une condition de développement du marché, car elle facilite l'accès aux entreprises désireuses d'exploiter des contenus issus du secteur public. C'est de cette manière que la Commission européenne les envisage, leur portée dépasse alors la garantie du bon fonctionnement des marchés : elles en accompagnent le développement. L'obligation de publication des conditions générales de vente et des prix « permet de créer un environnement plus prévisible qui rend la prise de décision en matière d'investissement et de planification plus aisées pour ceux qui réutilisent l'information »<sup>486</sup>. Plus explicitement, ces prescriptions destinées à *accroître* « la clarté et l'accessibilité publique des conditions de réutilisation des documents du secteur public » constituent, selon le texte communautaire, « une condition préalable du développement d'un marché de l'information à l'échelle communautaire »<sup>487</sup>.

---

485. La question ne se pose plus aujourd'hui puisque la loi spéciale déroge à la loi générale mais, dans le cas où le législateur n'aurait pas imposé ces dispositions relatives à la publication des conditions juridiques et économiques de l'offre de réutilisation, on aurait pu se demandé si les dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce qui impose la communication des prix et des barèmes n'aurait pas pu être appliqué aux personnes publiques. En effet, les dispositions du livre quatrième du Code de commerce relatives aux prix et à la concurrence sont, sans restrictions, applicables aux personnes publiques comme le dit l'article L. 410-1. Or, le champ d'application de l'article L. 441-6 n'exclut pas non plus les personnes publiques puisqu'il prévoit que « tout producteur, prestataire de service grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur ou demandeur de prestation de service pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, ses conditions générales de vente ». À l'évidence, la qualité d'acheteur et de producteur pourraient très bien être recouverte par l'organisme public fournisseur d'information et l'entreprise qui en demande la réutilisation quand bien même concurrencerait-elle l'organisme public en cause qui serait intervenu sur le marché, car la loi n'exclut pas de l'obligation de communication le concurrent acheteur.

486. Proposition de directive, *préc.*

487. *Ibid.*

**229.-** Transparence de l'offre et pratiques discriminatoires.- Ces règles expressions du principe de transparence permettent d'assurer, autant que faire se peut, l'effectivité des règles de concurrence. La publication des conditions et prix des licences de réutilisation de l'information garantissent une égalité de traitement entre les différents co-contractants de l'administration, elle préserve ainsi la liberté d'accès au marché. Elle permet notamment d'éviter l'établissement de conditions juridiques ou tarifaire d'accès aux ressources détenues par les organismes publics discriminatoires. Ainsi, la transparence constitue une garantie du principe de non-discrimination du fournisseur à l'égard des réutilisateurs qui se trouvent dans des situations similaires. La proposition de directive émise par la Commission le soulignait, en indiquant qu'une « telle transparence garantit que les règles appliquées sont pré-établies et objectives et ne risquent pas de contredire les principes de base en matière de concurrence »<sup>488</sup>. Quant à l'article 38 du décret du 31 décembre 2005, il lie explicitement la publication du montant et des conditions des licences de réutilisation au rappel du principe de non-discrimination »<sup>489</sup>.

Cela dit, la prohibition des pratiques discriminatoires n'empêche pas d'établir des conditions juridiques et économiques d'accès aux ensembles informationnels différenciées selon la catégorie d'utilisateurs. Ainsi, les conditions juridiques et tarifaires de la réutilisation peuvent varier en fonction du type de réutilisation envisagée. La directive l'admet elle-même puisqu'elle indique que « les conditions de réutilisation des devraient être non discriminatoires pour les catégories comparables de réutilisation. Ainsi elles ne doivent pas empêcher les organismes du secteur public d'échanger des informations gratuitement dans le cadre de leurs missions de service public, alors que la réutilisation de ces mêmes documents est payante pour d'autres parties. Il devrait également être possible d'adopter une politique de tarification différencié pour le réutilisation commerciale et non commerciale »<sup>490</sup>.

## B. Les répertoires de documents administratifs

**230.-** « Les administrations qui produisent ou qui détiennent des informations publiques tiennent à la disposition des usagers un répertoire de principaux documents dans lesquels ces informations figurent »

488. Proposition de directive du 5 juin 2002, du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation des documents du secteur public, préc.

489. *“Les conditions de réutilisation des informations publiques sont équitables, proportionnées et non discriminatoires pour des catégories comparables de réutilisation Ces conditions, ainsi que le montant des redevances liées aux licences types prévues à l'article 16 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée, sont fixées à l'avance et publiées, le cas échéant, sous forme électronique. »*

490. Considérant 19

L'article 17 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 impose aux organismes publics détenteurs d'informations publiques de mettre en place un répertoire recensant les documents dans lesquels figurent les informations publiques susceptibles de réutilisation. Quel en est l'utilité (1), la portée (2) et le contenu (3) ?

### *1. L'utilité des répertoires*

**231. Connaissance des fonds informationnels.** - La connaissance des ressources informationnelles des administrations est en France, comme dans d'autres pays de l'Union européenne, très imprécise ; M. SHOETTL affirmait, en 1994, que ce stock d'informations n'était connu « ni avec précision, ni même approximativement »<sup>491</sup>. Ce constat peut encore être appliqué à la situation actuelle<sup>492</sup>. Bien sûr, les grandes bases de données publiques ou certains grands fichiers (fiscaux, immatriculation, sécurité sociale, propriétés industrielles, registre du commerce) sont relativement bien cernés, mais, dans l'ensemble, il est peu d'information, de renseignement, sur les autres productions informationnelles des personnes publiques. Or, on le comprend assez aisément, l'absence de méta-données, c'est-à-dire d'information sur l'information, s'accorde mal avec la création d'un marché européen de l'information. Comment serait-il possible d'inciter et de favoriser l'exploitation des données publiques, alors que les opérateurs économiques ne savent même pas quelles informations sont produites par le secteur public ? D'ailleurs, en Grande-Bretagne<sup>493</sup> ou aux Etats-Unis, pays qui ont mis en œuvre des politiques de réutilisation des données publiques très actives, de telles ressources documentaires existent. Aussi bien, quoiqu'elle ait seulement une portée pratique, la création de listes ou de bases de données répertoriant les principales ressources informationnelles détenues par les organismes du secteur public est très importante pour le développement des marchés de l'information ; elle est destinée à faciliter la recherche des documents disponibles et, par là, leur réutilisation. Dès lors, l'existence de tels répertoires devient une condition de réalisation du potentiel des nouveaux produits d'information ; à défaut de les instituer, certaines entreprises, les plus petites, « se trouveraient confrontées à

491. SHOETTL (J-E.), « Entretiens avec J-E. Schoettl », préc.

492. V. en ce sens aussi, la communication relative à la réutilisation et l'exploitation commerciale des données du secteur public du 28 mai 2003 (préc.) qui disait que « a côté des entraves liées aux règles relatives à l'exploitation des informations émanant du secteur public, il existe un certain nombre de questions pratiques qui rendent cette exploitation particulièrement difficile au niveau européen, il n'est pas toujours facile de trouver quelles informations et quelles bases de données sont accessibles, ni de localiser les sources d'information du secteur public qui existent. Il n'existe pas de répertoire général au niveau européen ni même au niveau national, indiquant quels sont les moyens d'information détenus par le secteur public ».

493. TULLO (C.), « La politique du gouvernement britannique : l'accès à l'information officielle et les données publiques en Grande Bretagne », *Colloque diffusion des données publiques organisé par le GFII*, Paris, 25 mars 2005. On notera qu'en France, le Forum des droits sur l'Internet avait préconisé la constitution d'un tel répertoire.

un obstacle car elles ne disposent généralement pas de moyens de déterminer quelle information est disponible dans quel pays »<sup>494</sup>.

## *2. La portée de l'obligation imposée par la loi*

**232. Une obligation minimale.** - Malgré l'intérêt pratique évident que peut revêtir la constitution de telles ressources d'informations, la proposition de directive ne l'imposait pas ; en fait, aucune disposition n'y était consacrée. C'est sous l'impulsion du Parlement européen que cette obligation sera prescrite. Cela s'explique sans doute par le fait qu'à l'origine la Commission entendait établir un répertoire unique, regroupant, pour l'ensemble de la communauté européenne, toutes les ressources informationnelles du secteur public, ou une grande partie d'entre elles. Il ne fait pas de doute que, pour favoriser l'exploitation transfrontalière de données, c'était la meilleure solution<sup>495</sup>. Cette politique s'est cependant heurtée à des difficultés de mise en oeuvre, notamment au niveau des collectivités territoriales<sup>496</sup>. Par conséquent, la directive a seulement incité les Etats membres à adopter des dispositions pratiques pour faciliter « la recherche de documents disponibles à des fins de réutilisation, telles que des listes, consultables de préférence en ligne, des principaux documents et des portails liés à des listes de ressources décentralisés ». Ainsi, le texte communautaire n'impose pas aux Etats membres la constitution d'un répertoire général mais, au minimum, la réalisation de listes propres à chacun des organismes publics détenteurs de ressources informationnelles et des portails Internet qui permettraient de renvoyer à ces différentes listes.

Une telle disposition, même si elle implique une certaine fragmentation de l'information disponible, constitue néanmoins un bon point de départ. Une fois le lourd travail de recensement des ressources informationnelles effectué, il pourra peut-être, lors de

---

494. Rapport du 29 janvier 2003 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, Commission de l'industrie, du commerce extérieur de la recherche et de la l'énergie, W.G. van VELZEN, Final A5-0025/2003.

495. Le livre vert sur l'information émanant du secteur public (préc.) avait orienté la réflexion sur l'établissement de méta-données (information sur l'information disponible) au niveau européen pour aider les citoyens et les entreprises européennes à trouver leur chemin dans l'information du secteur public disponible à travers l'Europe.

496. L'avis du Comité des régions sur le livre vert (préc.) indiquait à cet égard que « des mesures visant à élaborer des annuaires de ressources d'informations pourraient être utiles, mais il pourrait s'avérer difficile de créer des annuaires types pour ce qui est des collectivités locales et régionales, étant donné que les différents types de collectivités infranationales ont des responsabilités différentes et détiennent donc différents types d'informations. Il n'existe aucune unité type de collectivité infranationale dans l'Union européenne. La flexibilité et les meilleures pratiques seront des facteurs clés de l'ouverture de l'information publique détenue par les collectivités locales et régionales ».

l'évaluation de la directive, être imposé aux Etats membres des solutions plus ambitieuses, notamment la mise en place de répertoires ou de portails Internet à vocation nationale, voire communautaire. On est cependant loin d'une telle réalisation.

**233. Répertoire et recensement des documents administratifs.** - Quoique tout à fait conforme à la directive, le législateur national a choisi une voie minimaliste de transposition : seule la publication, la diffusion ou la mise à disposition d'un répertoire par les organismes du secteur public détenteurs de données publiques est prescrite. On rappellera que l'article 17 al. 1 se contente de dire, très sommairement, que « les administrations qui produisent ou détiennent des informations publiques, tiennent à la disposition des usagers des répertoires des principaux documents dans lesquels ces informations figurent ». La réalisation du répertoire suppose un travail de recensement préalable qui peut être assez long et difficile<sup>497</sup>. Pour certains organismes, il ne s'impose pas vraiment, nombre de diffuseurs publics institutionnels mettant d'ores et déjà à disposition une telle information<sup>498</sup> ; il suffira qu'ils les regroupent. Pour d'autres, tout, ou presque tout, reste à faire.

A ce propos, la CADA a rendu plusieurs conseils à travers lesquels elle guide les collectivités et leur rappelle leurs obligations. « Afin de faciliter la réutilisation des informations publiques, l'article 17 de la loi du 17 juillet 1978 impose (...) aux administrations qui produisent ou détiennent des informations publiques de tenir à la disposition des usagers un répertoire des principaux documents dans lesquels ces informations figurent. Les autorités qui disposent d'un site Internet doivent mettre ce répertoire en ligne. A ce jour, il n'existe pas de circulaire d'application ni de guide établissant une typologie des documents devant être répertoriés. Au surplus, une telle liste est susceptible de varier d'une catégorie de collectivité à l'autre. L'établissement de ce répertoire est une obligation pour toute autorité entrant dans le champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978, sans considération de la taille, la directive ne permettant pas, par exemple, l'exclusion des collectivités territoriales de petite taille. La circonstance que celles-ci n'entendent pas soumettre l'utilisation de telles informations à des conditions particulières de réutilisation dans le cadre d'une licence ne les dispense pas d'avantage d'établir ce répertoire»<sup>499</sup>.

Pour conclure, on peut signaler que la récente politique de valorisation des actifs publics, qui a été mise en œuvre par la circulaire du 18 avril 2007 pourrait favoriser une telle

497. Le Groupement français de l'information en ligne soulignait qu'en mars 2007, soit près de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, très peu de collectivités publiques avaient mis en place ce répertoire.

498. Ainsi, sur le site Internet de l'INSEE, on peut prendre connaissance de l'ensemble des ressources informationnelles disponibles et de leurs conditions d'exploitation. Tous les diffuseurs publics institutionnels n'avaient pas adopté une politique aussi transparente avant même l'ordonnance du 6 juin 2005. En fait, certains d'entre eux n'ont pas encore modifié leurs pratiques.

499. CADA, avis n°20061361 du 27 avril 2006, *Maire de Chatou*, rapport d'activité pour l'année 2006, p. 190.

typologie puisqu'elle prévoit un recensement dans d'assez bref délais des actifs publics immatériels pouvant faire l'objet d'une valorisation économique<sup>500</sup>. Cependant, elle ne concerne que les services de l'Etat.

**234. Interrogations.** - Le principe de constitution acquis, il faut dire que la formule de transposition retenue soulève deux interrogations qui concourent également à douter de l'aptitude de ces répertoires à remplir la fonction de connaissance qui leur était assignée.

En premier lieu, on remarquera que le législateur national n'a pas imposé la constitution de portails Internet (de moteurs de recherche) permettant de fédérer les ressources d'informations décentralisées. En dehors même du fait qu'une telle obligation était prévue par la directive, cette carence est loin de faciliter la réutilisation. En effet, en l'absence de répertoire unique ou d'outils permettant de réunir ces informations éparses, l'information sur les informations réutilisables demeurera fragmentée et donc difficile d'accès. Or, la loi n'impose ni l'un, ni l'autre. Si tous les Etats de l'Union faisaient ce choix, la connaissance des gisements publics serait loin d'être améliorée, cette information demeurant très éparpillée.

En second lieu, il faut constater que la loi et son décret d'application n'imposent pas à l'administration de constituer un répertoire exhaustif. La circulaire du 29 mai 2006 relative à l'application de la loi du 17 juillet 1978 aux services de l'Etat le confirme d'ailleurs : « L'ordonnance n'a pas entendu donner un caractère exhaustif à ce répertoire »<sup>501</sup>. Cela signifie donc que chaque organisme public bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer celles des informations qui doivent y figurer ou pas ; cette liberté dont disposent les personnes publiques ne nous incite pas à penser que la connaissance des gisements de données publiques sera foncièrement améliorée<sup>502</sup>. Pour les services de l'Etat, le pouvoir réglementaire a quand même essayé de diriger l'exercice de ce choix. Tout en corroborant l'opinion exprimée plus haut, il indique que « Les administrations disposent (donc) d'une marge de manœuvre pour définir les documents qui doivent y figurer, en tenant notamment compte de l'intérêt que pourrait présenter la réutilisation ». Ainsi, pour déterminer quels documents devraient figurer ou pas dans ces listes de ressources, les organismes publics devraient prendre en compte l'intérêt de la réutilisation. Ce critère de l'intérêt de la réutilisation ne nous semble pas très pertinent car il revient à laisser à l'administration le soin de déterminer qu'elles seraient les informations les plus intéressantes pour le marché. Dans certains cas, cela peut être justifié<sup>503</sup>, mais une telle marge d'appréciation nous semble trop ample. Il reste que ce

500. Circulaire du 18 avril 2007, *relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat*, JO du 27 avril 2007, p. 7490

501. Circulaire 51/56 SG du 29 mai 2006, *Portant réforme des dispositions régissant l'accès aux documents administratifs et institution d'un droit de réutilisation des informations publiques*, préc.

502. Il faut cependant reconnaître, au moins pour la France, que bien des informations publiques sont connues.

503. Certains documents, certainement très riches en informations, correspondent sûrement à des recherches trop spécifiques pour faire l'objet d'une mention au sein d'un tel répertoire. Le rapport MANDELKEN (préc.)

n'est pas le seul critère qui pourrait conduire l'administration à décider d'informer le répertoire de l'existence de tel ou tel document. On pourrait en citer un autre, le fait que l'administration a réutilisé ou transmis à des fins de réutilisation des informations, simplement parce que la loi l'oblige à mettre à disposition les informations qu'elle utilise elle-même dans le prolongement de sa mission de service public ou qu'elle fournit à un opérateur privé. Il serait malvenu que la mention de ces ressources informationnelles ne figure pas dans un tel répertoire. Quoi qu'il en soit, pour l'essentiel, il appartiendra à l'administration de juger quelles informations devraient figurer sur le répertoire.

La CADA, durant l'année 2006, s'est exprimée à plusieurs reprises sur les caractéristiques et les fonctions du répertoire. L'autorité administrative a dit très explicitement, généralisant par là à toutes les administrations les dispositions de la circulaire évoquée au dessus, que les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 « ne confèrent pas un caractère exhaustif à ce répertoire et laissent ainsi le soin à chaque collectivité d'une marge d'appréciation. Le but n'est donc pas de dresser une liste complète des documents existants. A cet égard, on peut relever que les communes sont déjà dotées de nombreux registres qui en facilitent l'identification et que certaines catégories de documents qu'elles adoptent (budgets, comptes, plan local d'urbanisme) sont, par nature, connues des utilisateurs potentiels et ne nécessitent pas d'identification particulière. Le but est donc plutôt, en fonction des informations publiques qui sont susceptibles de présenter un intérêt pour des réutilisateurs et en tenant compte des répertoires existants, de faciliter, par nature des informations publiques, l'identification des documents lorsqu'elle peut poser problème ». En fait, la CADA semble assigner au répertoire, à raison de l'intérêt que pourrait présenter la réutilisation, une fonction de signalisation des documents qui ne sont pas connus par ailleurs.

### *3. Le contenu des répertoires*

**235. Mentions obligatoires.** - Si la réglementation laisse une marge de liberté assez large aux organismes publics pour déterminer ceux des documents qui devront figurer dans ce répertoire, elle détaille en revanche les informations qui devront être révélées pour chacun d'entre eux.

L'article 36 du décret du 30 décembre 2005 dispose que « le répertoire prévu à l'article 17 de la loi du 17 juillet 1978 susvisé précise, pour chacun des documents recensés, son titre exact, son objet, sa date de création, les conditions de sa réutilisation et, le cas échéant, la date et l'objet de ses mises à jour. Lorsque l'autorité administrative dispose d'un site Internet, elle

---

prenait l'exemple des rapports d'activité que les chefs de service déconcentrés doivent remplir lors de la prise de leur poste et lorsqu'ils le quittent.

rend ce répertoire accessible en ligne ». Globalement, cette information est satisfaisante, on peut seulement regretter que les organismes publics ne soient pas contraints d'indiquer le format de mise à disposition de l'information et la description des informations, qui peuvent être très importantes pour le réutilisateur<sup>504</sup>.

## §2 - LA PROCEDURE DE MISE A DISPOSITION

**236. Une procédure s'appuyant sur les modalités de communication des documents administratif.** - En dehors de quelques règles de fond, la directive 2003/98/CE prescrit aussi des obligations de nature procédurale qui entourent le traitement de la demande de réutilisation par l'administration. Peu de règles concernent le demandeur. Lorsque la réutilisation nécessite l'obtention d'une licence, celui-ci doit seulement préciser l'objet de la réutilisation envisagée<sup>505</sup>. En revanche, l'autorité détentrice des données est soumise à de nombreuses obligations ; elles concernent, principalement, les délais de réponse à une demande de réutilisation (A) et la mention des voies et délais de recours en cas de décision négative (B). Ce régime n'a pas fait l'objet d'une transposition spécifique, la procédure applicable à la demande de réutilisation étant commune avec celle de la demande d'accès aux documents administratifs.

### A. Les délais de réponse aux demandes de réutilisation

**237.-** La directive, qui avait établi des délais *had hoc* pour les Etats membres dans lesquels aucune limite de temps n'était prévue pour la communication des documents administratifs, exigeait seulement des Etats membres où de telles règles existaient que le délai de réponse aux demandes de réutilisation soit raisonnable et corresponde « au délai de réponse applicable aux demandes d'accès aux documents conformément aux règles d'accès en vigueur ». Par conséquent, à deux aménagements près, ce sont des articles 17 à 19 du décret du 30 décembre 2005<sup>506</sup>, consacrés aux demandes d'avis relatives à la communication des documents administratifs, qui sont pertinents. À la lecture de ces dispositions, on peut

504. Forum des droits sur l'Internet, *Quelle politique de diffusion des données publiques*, préc., p. 29.

505. Article 37 al. 1 du décret du 30 décembre 2005, préc., « La demande de réutilisation précise l'objet et la destination, commerciale ou non, de la réutilisation envisagée ».

506. 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 application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, JO du 31 décembre 2005, p. 20827



distinguer deux délais aux termes desquels l'autorité détentrice des données répond aux demandes de réutilisation. Dans la première hypothèse, le délai est exclusif de l'intervention de la CADA (1) dans l'autre non (2). Après avoir exposé ces délais, on évaluera leur compatibilité avec les exigences du marché (3).

### *1. Les délais de réponse à une demande de réutilisation hors intervention de la CADA*

**238.** - Au terme de l'article 17 du décret précité, le silence gardé pendant plus d'un mois par l'autorité saisie d'une demande de communication de documents administratifs vaut refus. Dès lors, l'administration ne dispose que d'un délai d'un mois pour répondre à une demande de réutilisation des documents du secteur public, ce qui peut être relativement court eu égard à la complexité de la demande formulée ou aux charges de travail pesant sur l'organisme public. En conséquence, le décret a aménagé ce délai en donnant un temps de traitement supplémentaire à l'administration. L'article 37 de ce texte prévoit ainsi que « le délai mentionné au premier alinéa de l'article 17 peut être prorogé, à titre exceptionnel, d'un mois par décision motivée de l'autorité saisie en raison du nombre de demandes qui lui sont adressées et de la complexité de celles-ci ». Il n'est pas de remarques particulières à faire sur cette dernière disposition, elle avait été prévue par la directive elle-même, le délai initial de trois semaines ayant paru trop court à nombre d'États pour pouvoir correctement traiter les demandes<sup>507</sup>. Aussi, le délai de droit commun de traitement des demandes de réutilisation est-il d'un mois ; il est de deux mois dans les circonstances exceptionnelles décrites par l'article 37. Il convient de noter que ce délai est identique, que la demande d'accès et de licence soient associées ou qu'elles soient complètement dissociées, le réutilisateur demandant dans ce cas une licence quelque temps après avoir obtenu l'accès aux documents administratifs<sup>508</sup>.

507. Conseil de l'Union européenne, 31 juillet 2002, examen par le groupe télécommunication de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, doc. n° 11095/02.

508. Article 37 al. 2 dit en effet que la demande de licence « peut être présentée, soit en même temps que la demande d'accès au document, soit ultérieurement ».

## *2. Le délai de réponse aux demandes de réutilisation incluant le temps d'intervention de la CADA*

**239.** - Le délai de réponse aux demandes de réutilisation des informations publiques peut être notablement accru dans l'hypothèse où la CADA serait amenée à se prononcer, en vertu de ses nouvelles compétences, sur le refus de l'administration d'autoriser la réutilisation. Dans ce cas, l'intéressé dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus ou de l'expiration du délai d'un mois fixé par l'article 17 al. 1<sup>er</sup>, voire deux mois, si on est dans l'hypothèse de l'article 37 al 2, pour saisir la CADA. La saisine, quoique peu formelle, doit répondre aux exigences fixées par l'article 17. Une fois la demande enregistrée, l'autorité administrative indépendante dispose d'un délai d'un mois pour notifier son avis à l'intéressé et à l'autorité mise en cause. Cette dernière bénéficie alors d'un nouveau mois pour indiquer les suites qu'elle entend donner à l'avis de la commission ; le silence gardé par l'autorité administrative pendant deux mois à compter de l'enregistrement de la demande d'avis auprès de la CADA, c'est-à-dire un mois après s'être vue notifier l'avis de la Commission, vaudrait confirmation du refus initial. Ainsi, dans le meilleur des cas, c'est-à-dire lorsque suite à l'avis de la CADA l'autorité administrative consentirait à autoriser la réutilisation, le délai d'obtention des informations publiques se trouve porté à cinq mois, voire six mois, si l'administration avait mis deux mois pour répondre à la demande initiale conformément aux dispositions de l'article 37 al. 2. Dans le cas où, à la suite de cette procédure, l'administration persisterait dans son refus, le demandeur serait autorisé à saisir la juridiction administrative.

## *3. La compatibilité des délais de réponse aux demandes de réutilisation avec les exigences du marché*

**240. Délais et exploitation des contenus informationnels.** - La longueur des délais de mise à disposition des données, notamment dans l'hypothèse où la CADA serait amenée à se prononcer, a été contestée dans les milieux professionnels, certains organismes les jugeant trop longs pour la vie des affaires ou trop peu conformes aux préconisations de la directive qui établissait un délai de vingt jours.

Cependant, on l'a dit, en dehors du cas où la CADA interviendrait, le délai est tout à fait compatible aux exigences du texte communautaire, qui ne l'imposait que pour les Etats dans lesquels de telles dispositions n'existaient pas. Pour les autres Etats membres, la directive ne prévoyait rien de plus que de lier le délai de traitement des demandes de réutilisation au délai de traitement des demandes d'accès aux documents administratifs.

En outre, on doit l'analyser comme le temps de réponse à une demande initiale de réutilisation et pas comme le temps qui est laissé à l'administration pour fournir les données lorsque leur nature, ou les fonctions qu'elles poursuivent, nécessite une mise à disposition hebdomadaire ou mensuelle. Autrement dit, la directive ne réglemente, *grosso modo*, que le délai de la première mise à disposition de l'information et ne préjuge en rien de la fréquence de la fourniture de l'information qui suivra ; celle-ci dépendra des caractéristiques des données en cause. Le considérant n°12 du texte communautaire permet de préciser dans ce sens l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions des articles 17 à 19 du décret du 30 décembre 2005. « Après acceptation d'une demande de réutilisation, les organismes du secteur public devraient mettre les documents à disposition dans un délai permettant d'exploiter pleinement leur potentiel économique. Cela est particulièrement important pour le contenu dynamique de l'information (par exemple, informations sur la circulation), dont la valeur économique dépend de la mise à disposition immédiate et d'une mise à jour régulière. Lorsqu'une licence est utilisée, la mise à disposition des documents en temps voulu peut faire partie intégrante des conditions prévues par la licence ».

La CADA a eu récemment à connaître une affaire qui impliquait l'obligation pour l'administration de transmettre dans de très brefs délais des informations au réutilisateur. En l'occurrence, il s'agissait de résultats d'examen dont on comprend bien que la diffusion n'a d'intérêt commercial que si elle suit de près leur publication. L'autorité administrative, indiquant les contraintes qui résultent pour l'administration de la réutilisation, a dit que la communication des résultats d'examen « doit être réalisée au moment même où les résultats sont rendus publics. En effet, si les données font l'objet d'une diffusion publique et sont librement accessibles à toute personne intéressée, leur réutilisation commerciale par la société France examen suppose qu'elle puisse y accéder dès ce moment »<sup>509</sup>.

Ainsi compris, les délais d'un ou de deux mois ne sont pas vraiment compromettant pour l'activité d'une entreprise sur le marché, bien au contraire. Nous pensons qu'une telle conclusion s'impose aussi dans l'hypothèse où la CADA serait conduite à intervenir, le délai étant alors porté à cinq ou six mois. En effet, en contrepartie du rallongement du délai, un contentieux aura pu être évité grâce à la médiation de l'instance de conciliation. On devrait encore juger ce dernier délai à l'aune du temps que peuvent prendre les négociations avec les organismes publics qui sont partiellement ou totalement exclus du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 ; ou avec les organismes publics qui détiennent des données écartées de cette réglementation. En bref, dans ces occurrences, l'opérateur privé se retrouve exactement dans la situation antérieure à la transposition de la directive 2003/98/CE relative à la réutilisation des informations du secteur public, dont on n'a pas dit qu'elle favorisait véritablement le dynamisme du marché ni l'exploitation des contenus. Aussi bien, ne faut-il pas juger trop sévèrement ces délais. Juridiquement, ils sont compatibles avec les exigences de

---

509. CADA, Avis du 29 juin 2006, *Société France Examen*, préc.

la directive ; économiquement, avec celles du marché. Encore une fois, c'est principalement le fait que de tels délais de traitement ne soient pas prévus pour l'ensemble des données publiques qui est véritablement préjudiciable pour le développement de certains marchés.

## **B - L'indication des délais et voies de recours et la motivation des décisions négatives**

**241.**-La directive 2003/98/CE imposait aux Etats membres que leurs organismes publics, en cas de décision négative, motivent leurs décisions et indiquent les voies et délais de recours pour les contester. « En cas de décision négative, les organismes du secteur public communiquent au demandeur les raisons du refus fondé sur les dispositions applicables du système d'accès en vigueur dans l'Etat membre concerné ou sur les dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive, notamment l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2, points a), b) et c), ou l'article 3. En cas de décision négative fondée sur l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, point b), l'organisme du secteur public fait mention de la personne physique ou morale titulaire des droits, si elle est connue, ou, à défaut, du donneur de licence auprès duquel a été obtenu le document en question. Toute décision négative fait mention des voies et des délais de recours dont dispose le demandeur pour contester cette décision ».

Ces dispositions n'avaient pas forcément à être transposés<sup>510</sup>. L'article R-421-5<sup>511</sup> du Code de justice administrative imposait déjà aux autorités administratives l'obligation de faire mention des voies et délais de recours sous peine d'inopposabilité des délais de recours contentieux. Quant à la motivation, la loi du 11 juillet 1979 l'imposait aux administrations à l'égard des décisions négatives individuelles. L'ordonnance du 6 juin 2005 a pourtant inséré une nouvelle disposition dans la loi du 17 juillet 1978 qui rappelle ces obligations aux collectivités publiques<sup>512</sup> ; aussi bien pour l'accès aux documents administratifs que pour la réutilisation. L'article 25 de ce texte prévoit désormais que « toute décision de refus d'accès aux documents administratifs ou décision défavorable en matière de réutilisation d'informations publiques est notifiée au demandeur sous la forme d'une décision écrite motivée comportant l'indication des voies et délais de recours ».

510. KATZ (D.) chr. législative *JCP éd. A*, 1218, 2004, p. 423.

511. « Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ».

512. DELAUNAY (B.), « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques », préc. L'auteur souligne qu'il s'agit d'un rappel très opportun puisque les collectivités publiques, dans le cadre de l'accès aux documents administratifs, ne respectaient pas véritablement cette obligation.

L'application de ces dispositions n'est pas particulièrement problématique dans l'hypothèse où la décision négative en matière de réutilisation (refus de licence) ou d'accès intervient de manière explicite. Mais la loi du 17 juillet 1978 fait aussi produire des effets au silence gardé par l'administration sur une demande d'accès ou de réutilisation. *Quid* de l'indication des voies et délais de recours et de l'obligation de motivation en cas de décision implicite de rejet. Dans ce cas, l'obligation de motivation va se trouver très fortement atténuée ; l'administration n'a pas à motiver une décision implicite de rejet dans le cas où une décision explicite aurait dû intervenir<sup>513</sup>. Cependant, l'intervention de la CADA lui permettrait, à défaut de les avoir obtenues directement de l'administration, d'en prendre connaissance<sup>514</sup>. En revanche, la mention des délais et voies de recours n'est pas remise en cause par l'intervention d'une décision implicite de rejet. En vertu de l'article 19 de la loi du 12 avril 2000 et de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 6 juin 2001<sup>515</sup>, l'administration a l'obligation d'accuser de réception la demande de l'administré, tendant en l'occurrence à l'accès ou la réutilisation, en indiquant notamment « *si la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet ou à une décision implicite d'acceptation. Dans le premier cas, l'accusé de réception mentionne les délais et voies de recours à l'encontre de la décision* ».

### § 3 - LES MODALITES TECHNIQUES DE MISE A DISPOSITION

**242.** - Les modalités techniques de mise à disposition varient de beaucoup selon que l'on regarde du côté de la directive (A) qui n'imposait pratiquement rien ou de la loi du 17 juillet 1978 (B) qui, parce qu'elle reconnaît un droit à la réutilisation et en raison de certains aspects propres au droit d'accès aux documents administratifs, est plus contraignante pour les organismes détenteurs d'informations publiques.

513. Article 5 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public*, JO du 12 juillet 1979, p. 1711.

514. Il faut quand même noter une exception à l'absence de motivation du refus implicite. En matière environnementale, la directive du 28 janvier 2003 impose la motivation d'office du refus. Après avoir été condamnée par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 26 juin 2003, *Commission des communautés européennes c. France*, aff. C-233/00) la France a dû préciser que les dispositions de l'article 5 de la loi du 11 juillet 1979 ne s'appliquaient pas.

515. Décret n°2001-492 du 6 juin 2001, *pris pour l'application du chapitre II du titre II de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives*, JO du 10 juin 2001, p. 9246.

## A. Les modalités techniques de mise à disposition dans la directive 2003/98/CE

**243.** - L'étude des modalités de mise à disposition ne concerne pas la transmission ou la communication des données proprement dites car la directive ne saisit pas ces questions. Elle ne se préoccupe en fait que du format de données. Et, en cette matière, elle ne prescrit pratiquement rien. Si elle préconise l'usage du format électronique, elle ne l'impose pas (1). Elle met aussi en place des gardes fous, destinés à préserver l'administration contre un surcroît de travail occasionné par les demandes de mise à disposition (2).

### *1. Les formats des documents mis à disposition*

**244. Document numériques et documents stockés sur d'autres supports.** - Au terme de l'article 5 de la directive, tous les documents du secteur public, qu'ils soient stockés sous forme numérique ou sur un support papier, sont potentiellement réutilisables : « les organismes du secteur public mettent leurs documents à la disposition du public dans tout format ou toute langue préexistante, si possible et s'il y a lieu sous forme électronique ». Ce faisant, le législateur communautaire n'impose ni la numérisation des documents ni, lorsque les documents existent dans cette forme, l'utilisation de formats électroniques spécifiques.

**245. L'usage des documents numériques privilégié.** - L'usage des documents électroniques est privilégié par la directive parce qu'il favorise la réutilisation ; la transmission de documents volumineux et l'exploitation des données est évidemment facilitée par l'emploi de documents numérisés. En bref, il simplifie la réutilisation et contribue à diminuer les coûts liés aux opérations qui y sont afférentes pour l'administration et le réutilisateur. Pourtant, alors qu'il se situe dans le droit fil de l'objectif de cette réglementation, l'emploi du format numérique n'a pas été imposé. Cela s'explique par le fait qu'il existe encore de nombreux documents qui n'ont pas fait l'objet d'une numérisation<sup>516</sup>. Or, obliger la réutilisation de documents électroniques aurait très certainement conduit les autorités communautaires à imposer aux administrations de procéder à une numérisation de leurs fonds informationnels pour éviter un refus de transmission fondé précisément sur le fait que les données n'étaient pas numérisées. Une telle obligation aurait été disproportionnée par rapport à l'objet de la

---

516. « Le transfert électronique est le mode de transmission préconisé mais, dans la mesure où un grand nombre de documents n'existent encore que sur papier et que tous n'ont pas accès aux outils de la société de l'information ni ne disposent de capacité nécessaire pour les utiliser, la transmission papier n'est pas exclue ».

directive. C'est donc bien la mise à disposition des documents dans tous les formats disponibles qui permet en réalité de donner la plus grande extension à la réutilisation<sup>517</sup>.

**246. L'absence d'harmonisation des formats des documents numériques.** - C'est toujours dans le but de faciliter la réutilisation que la directive n'a pas procédé à l'harmonisation des formats numériques, le considérant 13 indiquant à ce propos que les possibilités de réutilisations seraient améliorées si la nécessité de rendre des fichiers électroniques mutuellement compatibles était réduite. Par conséquent, l'autorité détentrice des documents peut les mettre à disposition dans le ou les formats électroniques qu'elle utilise. Elle n'a aucune obligation d'employer un format électronique spécifique.

On soulignera cependant que cette question a été discutée lors de l'adoption de la directive, le considérant 13 en porte encore la trace puisqu'il incite les organismes du secteur public à mettre leurs documents à disposition « dans un format qui, dans la mesure du possible et s'il y a lieu, n'est pas lié à l'utilisation d'un logiciel spécifique »<sup>518</sup>. En effet, la communication de documents électroniques sous un format numérique particulier peut poser un certain nombre de difficultés parce que les autorités utilisent des formats de fichiers liés à un logiciel spécifique. Or, pour exploiter les informations, l'utilisation de ce logiciel particulier peut être obligé. Dès lors, la politique des autorités publiques en matière de réutilisation des informations du secteur public pourrait entraîner des distorsions sur le marché puisque celui qui veut avoir accès aux données publiques devrait, éventuellement, changer de logiciel. Le problème est épineux et il n'a pas de réponse évidente.

Le Parlement européen avait préconisé une solution relativement simple : l'utilisation de formats de fichiers ouverts. Il s'agit de formats de fichiers dont les spécifications techniques ont été rendues publiques et qui peuvent être librement mis en œuvre par les concepteurs de logiciels. Celui qui réutilise le document dispose ainsi d'une liberté de choix et il peut, s'il le souhaite, faire développer son propre logiciel de traitement. Cependant, la mise en œuvre générale d'une telle solution pourrait poser des problèmes dans certains secteurs, soit parce que les formats de fichiers ouverts ne sont pas suffisamment développés pour certains types de données, soit parce que les formats de fichiers fermés dominent actuellement le marché, de sorte que l'utilisation exclusive de formats ouverts entraînerait une surcharge de travail pour tous les utilisateurs, soit parce que les formats de fichiers ouverts ont été définis en fonction des exigences du service public qui ne correspondent pas à celles des réutilisateurs. Par exemple, en matière de diffusion de l'information géographique, le Comité national de l'information géographique avait établi une norme unique de format d'échange de

517. Ainsi, le considérant n° 13 admet que « les possibilités de réutilisation peuvent être améliorées en réduisant la nécessité de numériser des documents sur papier ».

518. C'est le Parlement européen qui avait essayé, sans succès, de modifier de la sorte l'article 4 de la proposition de directive.

données. Seulement, en pratique, il est apparu que ce format non propriétaire ne convenait pas aux diverses entreprises qui continuent de demander la communication des données sous l'un des principaux formats existants<sup>519</sup>. Compte tenu de ces difficultés la démarche purement incitative adoptée par la directive ne peut être qu'approuvée<sup>520</sup>, même si pour certains types de données, nous pensons aux informations alphanumériques, une telle solution ne représente pas un progrès.

## ***2. La protection de l'organisme public contre les demandes engendrant des efforts disproportionnés***

**247.** - En autorisant la transmission des documents dans tous les formats possibles, la directive crée des situations dans lesquelles les organismes publics peuvent être confrontés à une surcharge de travail ; que l'on pense seulement à la communication de fichiers volumineux qui ne seraient pas numérisés. C'est pourquoi, elle ne leur fait aucune obligation « *de créer ou d'adapter des documents pour répondre à la demande ni de fournir des extraits de documents, lorsque cela entraîne des efforts disproportionnés dépassant le simple stade de la manipulation* ». Si l'on peut parfaitement concevoir que l'administration n'ait pas d'obligation de constituer de nouveaux documents pour satisfaire des demandes particulières, les cas de l'adaptation des documents (a) ou de l'extraction doivent être ultérieurement précisés (b).

### **a. L'hypothèse de l'adaptation des documents**

**248. Notion d'adaptation.** - L'adaptation du document consiste, selon les précisions apportées par la proposition de directive, à transposer des documents dans un autre format ou dans une autre langue. Sur le fondement de la directive, il ne peut donc être exigé d'une administration qu'elle procède à la modification du format électronique pour en assurer la compatibilité avec le logiciel du réutilisateur. Il n'est pas non plus possible d'imposer à l'organisme public, qui se verrait adresser une demande de réutilisation par une entreprise qui n'est pas ressortissante de son Etat membre, de procéder à la traduction des documents.

519. Le Forum des droits sur l'Internet, *Quelle politique de diffusion des données publiques*, préc. p. 31.

520. Dans le même sens, le rapport du forum des droits sur l'Internet estimait « qu'afin de faciliter la compatibilité et la réutilisation des données par les acteurs privés, les producteurs et détenteurs doivent mettre à disposition leurs données, si possible sous format électronique. Néanmoins, aucun format ne doit être imposé à l'administration. De même, l'administration ne peut imposer un format de diffusion qui serait très peu utilisé ».



Celle-ci demeure à la charge de celui qui bénéficie de la mise à disposition. Mais la proposition de directive, à travers la notion de transposition, visait aussi l'anonymisation de l'information, plus précisément encore, l'occultation de certaines données. Or, dans cette hypothèse, elle semblait imposer l'obligation d'adapter le document : « la nécessité d'adapter un document ne peut exister que dans le cas où une partie du document n'est pas librement accessible (il peut se révéler nécessaire de séparer cette partie du reste du document pour permettre la réutilisation des parties librement accessibles ». Cette précision est très intéressante puisque le fait que le document ne soit pas partiellement accessible, pour des considérations liées, par exemple, à la protection des données personnelles, ne devait pas empêcher la réutilisation, l'administration se voyant imposer une obligation d'occultation des données. Cependant, on n'a plus retrouvé trace d'une telle prescription dans les documents successifs, la volonté d'ouverture affichée par la Commission dans cette proposition ayant été quelque peu émoussée par la suite.

## b. L'hypothèse de l'extraction

**249. Extraction et bases de données.** - La notion d'extraction est un peu plus facile à saisir. On peut d'ailleurs établir un parallèle avec le droit des bases de données. Il s'agirait pour l'administration de sélectionner puis de dégager un certain nombre d'informations d'un ensemble informationnel existant, puis de transmettre le résultat de cette recherche au demandeur. Dans le cas où une base de données électronique existerait, une telle opération n'est pas, à notre connaissance, bien complexe à réaliser. De nombreux organismes diffusant des données publiques y recourent fréquemment d'ailleurs. En revanche, dans le cas où l'information ne serait pas centralisée au sein de l'organisme public ou, étant regroupée dans un même ensemble, ne serait pas numérisée, une telle opération peut être très complexe. Aussi, la directive a-t-elle prévu de permettre aux organismes publics de ne pas procéder à de telles tâches dès lors qu'elles entraîneraient des efforts disproportionnés dépassant de simples efforts de manipulation. Le considérant 13 précise ainsi que les personnes publiques « devraient réserver un accueil favorable aux demandes d'extraits de documents existants lorsque la satisfaction de telles demandes se limite à la simple manipulation. Ils ne devraient, toutefois, pas être tenus de fournir un extrait de document lorsque cela nécessite un effort disproportionné ». Cela laisse une grande marge de manœuvre à l'administration pour dire s'il y a un effort disproportionné ou pas. Ce qui peut limiter la réutilisation des données publiques dans le cas d'une demande d'extraction.

## B - Les modalités techniques de mise à disposition dans la loi du 17 juillet 1978

Tout en permettant l'accès aux documents dans un format électronique sans toutefois l'imposer (1), la loi ne prévoit pas de garanties spécifiques pour préserver les organismes publics contre des demandes impliquant un effort disproportionné (2).

### *1. Le format numérique dans la loi du 17 juillet 1978*

**250. Modalité habituelle de communication dans le cadre du régime de l'accès aux documents administratifs.** - La transposition de l'article 5 de la directive a été facilitée par l'évolution de la loi du 17 juillet 1978 qui admet, comme on l'a dit, la communication de documents sous forme électronique. En conséquence, ce sont les dispositions du décret du 30 décembre 2005 consacrées aux modalités de communication des documents administratifs qui ont accueilli cette exigence. En fait, le dernier alinéa de l'article 37<sup>521</sup> de ce texte opère simplement un renvoi aux dispositions de l'article 34. Ce dernier article dit que « lorsqu'un document est détenu par l'une des autorités mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 susvisée sur un support électronique et que le demandeur souhaite obtenir copie sur un support identique ou compatible avec celui utilisé par cette autorité, celle-ci indique au demandeur les caractéristiques techniques de ce support. Elle lui indique également si le document peut être transmis par voie électronique ». Indiquant les implications de cette règle en matière de réutilisation, dans l'affaire des résultats d'examen<sup>522</sup>, la CADA a estimé que « la communication (des informations publiques) doit consister, conformément aux termes de la demande, en l'envoi à la société d'une copie du support électronique utilisé par l'administration, et cette dernière ne saurait se contenter d'inviter la société à copier cette liste à partir du site Internet sur lequel elle sera rendue publique ». Ces dispositions vont substantiellement plus loin que celles préconisées par la directive qui n'imposaient pas une obligation d'information de la part des organismes publics. Le législateur national n'est cependant pas allé plus loin ; il n'a pas procédé à une harmonisation des formats d'information.

521. « Les dispositions de l'article 34 sont applicables lorsque l'information publique est détenue par l'autorité saisie sur un support électronique ».

522. CADA, Avis du 29 juin 2006, *Société France Examen*, préc

***2. L'absence de garanties justifiant un refus de réutilisation fondé sur des efforts disproportionnés.***

**251. Droit de réutilisation et refus de mise à disposition en raison d'un effort disproportionné.** - Les dispositions de la directive destinées à protéger l'administration contre un surcroît de travail lié aux demandes de réutilisation n'ont pas été transposées par l'ordonnance du 6 juin 2005. Il y a une raison à cela, il semble que ces exigences soient en contradiction avec la reconnaissance d'un droit à la réutilisation. Comment serait-il possible de concilier l'obligation de mise à disposition des données, qui pèse sur l'administration au titre de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, avec la possibilité de refuser la communication dans le cas où elle nécessiterait des efforts disproportionnés ? Peut-on considérer que ce surcroît d'efforts puisse constituer une raison légitime qui pourrait justifier un refus de mise à disposition des données ? Le droit de réutilisation n'en serait-il pas trop affecté ? Il serait en effet très simple pour les personnes publiques de se réfugier derrière l'argument selon lequel la transmission de l'information implique des efforts disproportionnés pour en refuser la communication. De plus, les organismes publics, au titre de l'article 15 de la loi, peuvent parfaitement inclure dans la redevance de réutilisation des coûts liés à la mise à disposition de l'information. En conséquence, nous ne pensons pas, alors que, en outre, la numérisation des données publiques est assez avancée, que l'importance de l'effort nécessité par la transmission de l'information constitue un motif légitime pour refuser la réutilisation des données.

**252. Le traitement d'usage courant.** - Il convient encore de signaler que, sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, les administrations ne peuvent pas refuser de communiquer un ensemble d'informations résultant d'un traitement d'usage courant. Autrement dit, elles peuvent être soumises à l'obligation d'extraire tel ou tel ensemble d'informations intéressant le réutilisateur au sein d'un document qu'elles détiennent ou qu'elles produisent. L'administration peut ainsi être tenue de communiquer les résultats d'un traitement qui conduirait à extraire d'une base de données uniquement quelques unes des informations quelle contient<sup>523</sup>. Il n'est cependant pas possible d'exiger de l'administration qu'elle produise un document qui excéderait un tel traitement. « L'autorité administrative n'est ainsi tenue, lorsqu'elle se trouve saisie d'une demande tendant à la communication d'un document n'existant pas en tant que tel, ni de faire des recherches en vue de collecter l'ensemble des éléments éventuellement détenus, ni d'établir un nouveau document en vue de procurer les renseignements ou l'information souhaités »<sup>524</sup>.

523. CADA, Conseil n°20072196, du 7 juin 2007, *Directeur du centre hospitalier et régional du centre universitaire de Tours*.

524. *Ibid.*

## Conclusion de la section II

**253.** Les différentes règles et procédures encadrant la relation entre le fournisseur de l'information publique et le demandeur constituent, à bien des égards, l'apport le plus concret, le moins fuyant, de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive 2003/98/CE. En effet, auparavant, l'accès aux données publiques dépendait d'une négociation cas par cas avec le détenteur des données. Cette situation n'était pas très satisfaisante, notamment parce que l'opérateur qui désirait exploiter certaines données n'avait aucune connaissance des conditions, financières et juridiques, d'un tel engagement avec l'administration. Bref, Cette absence de visibilité couplée à l'aléa inhérent à de telles négociations était handicapante pour l'investissement. En balisant le processus d'accès aux ensembles informationnels du secteur public par des délais, des procédures et des exigences en terme de transparence, la loi éclaire et sécurise quelque peu l'accès à l'information publique.

## Conclusion du chapitre I

**253 bis.-** Quelles conclusions peut-on tirer de cette analyse des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 qui gouvernent l'accès aux informations publiques ? En premier lieu, d'un point de vue quantitatif, au regard du nombre de règles qui sont consacrées à l'accès à l'information publique, on peut affirmer qu'il s'agit de l'aspect essentiel du régime juridique de la réutilisation. D'un point de vue qualitatif, le bilan est cependant plus mitigé. Certes, on vient de le dire, les règles et procédures d'accès peuvent jouer un rôle important en facilitant l'engagement de certains opérateurs sur le marché, mais la question de la tarification de l'accès n'a pas véritablement connu d'avancée décisive alors qu'il s'agit là, compte tenu de la position des opérateurs publics - détenteurs (souvent) exclusifs d'une information qui ne connaît pas de substituts et qui par ailleurs interviennent sur les marchés aval - un élément essentiel de l'ouverture des marchés. Le législateur n'ayant pas vraiment fait de choix, une ample marge de manoeuvre est laissée aux administrations pour déterminer, en fonction de leurs besoins (peut-on en effet supposer qu'elles adopteraient spontanément un comportement favorable à la réutilisation et à l'ouverture des marchés alors qu'elles sont par ailleurs appelées à s'autofinancer?), leur politique de tarification. Ce constat établi, il ne reste plus qu'à dire que la détermination des politiques de tarification pour leur mise en oeuvre présente de nombreuses difficultés qui dépendent du contexte général (difficulté à évaluer les coûts en raison de l'absence d'outils de comptabilité analytique, difficulté à répartir les coûts entre les activités qui relèvent du service public et les autres) ou qui découlent de certains choix du législateur (intégration de la rémunération de la propriété intellectuelle comme facteur de rémunération de l'investissement raisonnable alors que leur valeur est tout à fait indépendante des coûts).



## Chapitre 2

### Les modalités d'usage de l'information publique

**254. Apports de l'ordonnance du 6 juin 2005.** - Se focalisant sur les principes et règles entourant l'accès aux ensembles informationnels du secteur public, la directive 2003/98/CE n'avait pas procédé à la réglementation des conditions d'utilisation ou d'exploitation des informations publiques par le réutilisateur. L'ordonnance du 6 juin 2005 a en revanche prévu quelques dispositions destinées à encadrer l'emploi des informations par le réutilisateur ; en fait, elle a imposé des conditions d'utilisation des données. Même si ces règles, par rapport à celles qui gouvernent l'accès, sont peu nombreuses et que leur portée est relativement indéterminée, elles ont revêtu une grande importance aux yeux du législateur national puisque c'est principalement leur violation qu'il a décidé de sanctionner pénalement. Trois dispositions législatives sont en cause. Tout d'abord, l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978 exige du réutilisateur, dans l'hypothèse où la réutilisation ne donnerait pas lieu à l'octroi d'une licence, qu'il respecte certaines conditions générales d'usage des informations publiques (section 1). A côté de ces dispositions, l'article 13 de l'ordonnance du 6 juin 2005 a aménagé un régime spécifique de protection des données personnelles qui subordonne l'utilisation des données accédées à un certain nombre de conditions<sup>525</sup> (section 2). Enfin, dans l'hypothèse où la mise à disposition des données donnerait lieu à tarification, l'article 16 impose à la personne publique qu'elle octroie une licence de réutilisation qui peut elle-même prévoir, mais de manière plus détaillée, un certain nombre de conditions d'utilisation des données (section 3).

---

525. Elles peuvent aussi bien être présentées comme des conditions de réutilisation, que comme une limite à l'exercice du droit de réutilisation.



## Section I

### Les conditions de réutilisation de l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978

**255. Conditions générales et conditions particulières d'utilisation de l'information publique.** - L'article 12 de la loi du 17 juillet 1978 dispose que « sauf accord de l'administration, la réutilisation des informations publiques est soumise à la condition que ces dernières 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 ».

La lecture de cette disposition, qui n'a pas été l'objet d'importants commentaires, soulève de nombreuses questions. Quelles sont, par exemple, le fondement et la portée de la condition de non-altération, ou de celle de non-dénaturation ? Et ces conditions sont-elles compatibles avec les exigences des réutilisateurs qui combinent des données entre elles, suppriment certaines informations qui ne sont pas utiles pour la réalisation d'un produit particulier ou en modifient la représentation ? Que dire de l'obligation de mentionner les sources ? Quelle est l'utilité de cette obligation ? Quant à l'accord formulé par l'administration, doit-il être formalisé ? On peut encore s'interroger sur les risques qu'encourrait la personne publique dans le cas où la diffusion de données modifiées suite à son autorisation causerait un préjudice à l'utilisateur final ?

Évidemment, ces questions se posent parce que la loi et son décret d'application n'apportent aucune précision relativement à cette obligation dont il est difficile de déterminer la fonction, car la réglementation de l'usage de l'information n'a pas vraiment préoccupé le législateur communautaire ou animé la réflexion sur la commercialisation des données publiques qui étaient focalisées sur la réglementation de l'accès aux sources d'informations. Aussi bien, pour essayer de déterminer le contenu des conditions d'usage mises à la charge du réutilisateur par l'article 12 (§1) dégagerons-nous la fonction et le fondement de ces dispositions (§2).



## § 1 - LA FONCTION ET LE FONDEMENT DES OBLIGATIONS DE L'ARTICLE 12

Les obligations de l'article 12 ont un objet bien précis : encadrer l'exploitation des données de manière à garantir la diffusion sur le marché de données d'une grande qualité (A). Le fondement de cette obligation, en revanche, est plus ambigu (B).

### A - La préservation de la qualité des données publiques

Il résulte de la description de la genèse de cette disposition, que la réglementation de la réutilisation est une préoccupation majeure de l'administration française (1) qui s'est toujours souciée de préserver la qualité des données publiques exploitées par le secteur privé (2).

#### *1. Une préoccupation majeure de l'administration*

Ce n'est pas la directive qui imposait aux Etats membres de mettre en place une réglementation générale de la réutilisation (a). Celle-ci découle en fait plus directement de certaines propositions émises par le gouvernement (b) et de la pratique contractuelle des diffuseurs institutionnels de données publiques (c).

#### **a. L'absence de réglementation de la réutilisation dans la directive 2003/98/CE**

**256. L'évocation des règles d'usage.** - La directive de réutilisation, on l'a dit, ne réglemente pas la réutilisation mais la mise à disposition aux fins d'exploitation ou d'usage des données issues du secteur public<sup>526</sup>. Il est donc difficile de trouver une disposition consacrée à la régulation de l'emploi de l'information par le secteur privé. On notera

---

526. On peut cependant retrouver trace d'une telle réflexion dans le livre vert sur la société de l'information, préc. On notera aussi que l'avis du Comité des régions sur la communication du 23 octobre 2001, (préc.), incitait à la mise en œuvre de règles d'utilisation très proches de celles qui ont finalement été retenues par le législateur national : il préconisait que « La directive comporte des dispositions imposant des conditions pour l'utilisation par les entreprises commerciales des informations du secteur public. Il s'agit notamment de l'obligation pour ces entreprises de préserver la qualité et l'actualité de ces informations, de les utiliser correctement et de ne pas donner lieu à des erreurs d'interprétation. Il faut veiller à ce que les informations conservent leur authenticité et que leur source soit dûment indiquée lors de leur utilisation ».

cependant qu'elle fait deux allusions aux conditions de réutilisation. L'article 8, §1, consacré aux licences de réutilisation, dit que « les organismes du secteur public peuvent autoriser la réutilisation des documents sans condition ou peuvent imposer des conditions, le cas échéant par le biais d'une licence réglant des questions pertinentes ». La lecture de ces dispositions peut être complétée par le considérant 15 qui les précise: la licence peut traiter « de questions telles que la responsabilité, la bonne utilisation des documents, la garantie de non-modification et l'indication de la source ».

Ainsi, la directive évoquait bien, quoique de manière discrète, la réglementation de la réutilisation dans des termes très proches de ceux qui ont finalement été retenus par le législateur national. Et l'on pourrait penser que celui-ci s'en est inspiré. En réalité, il n'en est rien ; il semblerait au contraire que ce soient certaines administrations nationales qui aient imposé une référence au contenu des licences alors que la proposition de directive ne prévoyait aucune disposition en ce sens, puisqu'elle ne réglementait pas leur contenu mais entendait seulement en faciliter la connaissance<sup>527</sup>. Sans retracer précisément la genèse de cette disposition, on soulignera que la proposition de directive sera, sur ce point, bouleversée par le Conseil de l'Union, donc par les administrations nationales, qui retiendra une formulation proche de celle qui sera finalement adoptée<sup>528</sup>. On remarquera enfin, à la lecture

527. Dans le droit fil de la communication, la proposition de directive n'envisage la question de licences qu'au titre des dispositions qui sont destinées à faciliter la réutilisation des contenus informationnels du secteur public. Une fois de plus, la Commission s'intéresse d'abord à des aspects pratiques. L'article 10 de la proposition intitulée « faciliter la réutilisation » dit que « les états membres veillent à ce que des accords de licences types pour l'exploitation commerciale des informations émanant du secteur public soient proposés et utilisables sous forme électronique ». La justification sous cet article n'évoque pas la question des droits d'auteurs : « les Etats membres doivent veiller à ce que des accords de licences types soient proposés et utilisables en ligne pour l'exploitation commerciale des informations du secteur public. Il n'est pas prévu pour autant de créer un modèle européen pour ces licences en ligne. Il appartient aux Etats membres de déterminer à quel niveau d'administration il convient de mettre en place ces licences types. Dans la pratique, chaque organisme du secteur public proposant des informations sous licence pourrait disposer de sa propre licence en ligne, mais une certaine uniformisation faciliterait la tâche aux réutilisateurs qui doivent traiter avec plusieurs organismes publics ».

528. C'est le Conseil des ministres qui va donner sa configuration à l'article de la directive consacré aux licences de réutilisation puisqu'il va réécrire l'article 10 (document doc. n° 12761/02 du 7 octobre 2002). Au terme de cette rédaction, les licences apparaissent plus directement comme des conditions à part entière de réutilisation. La nouvelle rédaction apporte aussi des renseignements sur le contenu potentiel de ces licences. « Public sector bodies may impose conditions on the re-use of document through a license, dealing with issues such as liability and the proper use of documents These conditions shall not unnecessarily restrict possibilities for re-use and shall not be used to restrict competition. Member state shall ensure that standard license agreements for the re-use on public sector documents, witch can be adapted to meet particular license applications, are available in digital format and can be processed electronically. Member state shall encourage all public sector bodies to use the standard license agreement ». Cet article sera encore modifié par la suite (document doc. n° 11093/02 du 4 novembre 2002). « Les organismes du secteur public peuvent autoriser la réutilisation des documents sans condition ou peuvent imposer des conditions, le cas échéant par le biais d'une licence réglant des questions telles que la responsabilité et la bonne utilisation des documents. Ces conditions ne limitent pas indûment les possibilités de réutilisation et ne sont pas utilisées pour restreindre la concurrence. Dans les Etats membres où des licences sont utilisées, les Etats membres veillent à ce que des accords types pour la réutilisation de documents du secteur public, qui peuvent être adaptés à des demandes de licences particulières, soient proposés et utilisables sous forme électronique. Les Etats

de certains documents du Conseil que la France a contribué à préciser le contenu de ces dispositions de la directive, il faut dire qu'à travers le projet de loi sur la société de l'information, elle avait déjà eu l'occasion d'imposer de telles obligations.

### **b. Les propositions de réglementation du commerce des données publiques et la préservation de la qualité des informations publiques**

**257. Préservation de la qualité des données publiques par le secteur privé.** - Le projet de loi sur la société de l'information<sup>529</sup> avait prévu, dans une formulation proche de celle qui a été retenue par la loi du 17 juillet 1978<sup>530</sup>, de subordonner la réutilisation à la préservation de l'intégrité des données ainsi qu'à la mention de leur source. Très probablement d'ailleurs, c'est ce texte qui a inspiré les rédacteurs de l'ordonnance du 6 juin 2005. Cela dit, le gouvernement de l'époque ne s'était pas lui non plus étendu sur les raisons qui justifiaient ces dispositions. Pour en savoir un peu plus, il faut par conséquent remonter aux sources de ce projet de loi. Et la lecture du rapport MANDELKERN<sup>531</sup>, qui a précédé ce texte, nous apprend alors que les obligations relatives à la mise à jour de l'information ou sa non altération doivent être reliées à la problématique de la qualité de l'information circulant sur le marché. En fait, il s'agit de conditions qui sont précisément destinées à garantir que la qualité du traitement et de la diffusion des données publiques par les acteurs du secteur marchand soit au moins égale à celle que les opérateurs publics s'imposent à eux-mêmes lors de la production des informations et de leur éventuelle rediffusion.

« Les sites diffusant des données publiques se devraient d'être des références en matière de qualité, pour défendre le crédit de la puissance publique qui est attaché aux données, pour assurer la qualité des produits dérivés ou des activités qui en dépendent (...) En conséquence, les sites, publics ou privés, diffusant des données publiques, doivent en premier lieu garantir d'excellentes conditions de mise à jour, tant en fréquence qu'en rapidité. Ces conditions pourraient faire l'objet de clauses obligatoires dans les licences de rediffusion par

---

membres encouragent tous les organismes du secteur public à utiliser les accords de licences types ». Il était prévu de l'accompagner du considérant qui portera, finalement, le numéro 17.

529. En fait, le projet de loi sur la société de l'information n'est pas le premier document qui évoque une réglementation de l'usage des données communiquées. On peut la faire remonter à la circulaire du 14 février 1994, qui subordonnait l'usage pour rediffusion à la mise en place de « conditions d'exploitation conformes à l'intérêt général (par exemple : prohibition de toute simplification excessive ou de toute déformation) ».

530. « L'utilisation des données est libre, à condition qu'elles ne subissent pas d'altération et que leur source soit mentionnée ».

531. Commissariat général du plan, Diffusion des données publiques et révolution numérique, Rapport de l'atelier présidé par D. MANDELKERN préc. p. 105.

des opérateurs privés et dans les textes régissant la diffusion directe par les diffuseurs institutionnels. En deuxième lieu, des prescriptions techniques applicables aux sites diffusant des données publiques pourraient en garantir la fiabilité et l'intégrité. »<sup>532</sup> En allant plus loin, le rapport analysait l'attribution de la licence de réutilisation comme un moyen de sélection, de labellisation, des acteurs du marché les plus « sérieux ». « Ainsi, l'octroi de licence de rediffusion à des rediffuseurs privés de données publiques (...) constituerait un gage de qualité décerné par la puissance publique. Il sanctionnerait le respect des conditions concernant notamment la qualité des données »<sup>533</sup>.

**258.** - Les contributions du gouvernement aux documents de consultation émanant de la commission européenne à propos de l'exploitation de l'information du secteur public. - L'idée selon laquelle, pour garantir la qualité du traitement et de la diffusion des données publiques sur le marché, il faudrait subordonner la mise à disposition de l'information à une exigence de compétence, se retrouve aussi dans deux documents émanant directement du gouvernement. Il s'agit de réponses aux consultations lancées par la Commission sur la réutilisation des informations issues du secteur public. La réponse au livre vert sur l'information du secteur public se situe dans le droit fil du rapport MANDELKERN : « Le Gouvernement français entend se montrer vigilant quant à la qualité des informations publiques dont il assure ou autorise la diffusion (mise à jour, fiabilité, intégrité). Cette garantie pourrait du reste donner lieu à la mise en place d'un système de labellisation. Dans cette optique, il paraît également justifié que les administrations se réservent le droit de soumettre leur accord pour des rediffusion de données publiques à certaines garanties quant aux capacités du rediffuseur à contrôler la fiabilité et la mise à jour des données.»<sup>534</sup> L'autre contribution du gouvernement français est tout aussi claire. « Il importe que les administrations puissent se réserver pour la rediffusion le droit de conditionner leur accord aux capacités du rediffuseur. Celui-ci doit pouvoir garantir la qualité de l'information publique en veillant aux conditions de diffusion de l'information afin de s'assurer de l'égalité de traitement des usagers, de l'intégrité et de la fiabilité des données diffusées.»<sup>535</sup>

À ce stade, il est possible d'établir, sans contestation, un lien entre les obligations qui ont été mises à la charge des réutilisateurs au titre de l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978 et l'exigence de qualité des données publiques exploitées par le secteur privé.

---

532. Préc. p. 105.

533. Préc.

534. Réponse du Gouvernement français au livre vert sur la société de l'information [ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/content/docs/gp\\_comments.gouv-fr.pdf](ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/content/docs/gp_comments.gouv-fr.pdf)

535. Contribution des autorités française à la consultation publique organisée par la Commission relative à l'exploitation des informations du secteur public, ([ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/econtent/docs/des\\_autorites\\_francais.pdf](ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/econtent/docs/des_autorites_francais.pdf)).

**259. Justification du pouvoir de sanction.** - Au regard des précédents développements, on peut aussi dire les raisons pour lesquelles les rédacteurs de l'ordonnance du 6 juin 2005 ont jugé nécessaire de mettre en place des sanctions à l'égard des réutilisateurs qui ne respecteraient pas les conditions fixées à l'article 12. Auparavant, l'administration décidait discrétionnairement des entreprises auxquelles elle fournissait des données, elle pouvait notamment en refuser la mise à disposition lorsqu'elle estimait que celles-ci ne disposaient pas de compétences techniques ou d'une capacité financière suffisante pour assurer un traitement de l'information qui satisfasse ses exigences de qualité. Cette situation a été remise en cause par la consécration d'un droit à la réutilisation. Au regard de la loi, et sauf à prouver l'incapacité du réutilisateur à traiter correctement des informations publiques, il ne sera pas possible à l'administration de procéder au choix des éventuels réutilisateurs. Dès lors, la sanction, lourde, qui pèse sur eux, peut être analysée comme un moyen de discipliner, voire de moraliser, l'usage de l'information publique. Et celle-ci est d'autant plus justifiée dans l'hypothèse où il ne serait pas conclu de licence de réutilisation prévoyant par exemple des contrôles sur l'activité du réutilisateur ; la présence d'un tel contrôle, en sus des sanctions contractuelles, diminuerait l'utilité ou même l'opportunité de la sanction pénale.

## *2. La pratique du commerce des données publiques et la préservation de la qualité des informations*

**260. Antériorité.** - Bien qu'on n'en détienne pas la preuve, puisque nos sources ne remontent pas à une date antérieure au projet de loi sur la société de l'information, cela est très probable : les organismes publics subordonnaient déjà l'exploitation des données par leurs co-contractants à un certain nombre de conditions qui devaient garantir la qualité et la fiabilité de leurs traitements sur les données publiques. Quoi qu'il en soit, les documents contractuels postérieurs à cette date sont tout à fait explicites à cet égard. Nombres de stipulations contractuelles sont précisément destinées à préserver l'intégrité des données traitées par le co-contractant de l'administration, d'autres concernent la fréquence de mise à jour, d'autres encore l'indication des sources. Outre ces obligations, l'administration contractante se réserve le droit de procéder à des contrôles pour s'assurer du respect de ces dernières obligations. Bien qu'elle ne soit pas isolée<sup>536</sup>, c'est la licence de rediffusion des

---

536. Le contrat type de licence de réutilisation des données juridiques consacre plusieurs stipulations à la qualité des données. « 1) La rediffusion du texte doit respecter l'intégrité des données, c'est-à-dire qu'elle doit être opérée dans des conditions qui n'en altèrent ni le sens, ni la portée, ni l'application ; 2) la source des données doit être précisément mentionnée (...) ; 3) les données sont ajoutées aux mises à jour et la date de la dernière mise à jour est expressément indiquée. »

données issues du répertoire SIRENE qui est la plus éclairante. Les conditions générales de commercialisation de ces informations prévoient en effet que « l'INSEE accordera une telle licence à des entreprises agréées par lui en fonction des garanties que celles-ci s'obligent à respecter concernant notamment la qualité de la rediffusion des informations INSEE et des contrôles de qualité et de bonne exécution du contrat qu'elles s'engagent à appliquer et laisser exécuter par tout mandataire indépendant désigné par lui ». Pour souligner un peu plus l'importance que l'administration attache à la qualité de l'information, dans le même document, il est encore précisé que « ces conditions sur lesquelles s'engagent le client constituent une condition essentielle et déterminante de la présente convention ».

## B - Le fondement incertain des obligations de l'article 12

**261. Fondements alternatifs.** - S'il est certain que les obligations de l'article 12 ont pour vocation de préserver la qualité de l'information diffusée, le contenu et la portée de certaines d'entre elles sont loin d'être clairs. Une réflexion sur leur fondement s'impose donc ne serait-ce que pour mieux les définir, si ce n'est, au moins, les circonscrire. En fait, il est deux fondements possibles aux obligations imposées par la loi au réutilisateur, qui sont au demeurant mêlés. On pourrait penser que les obligations relatives à l'intégrité de l'information ou à la mention des sources entretiennent une filiation avec les droits de propriété intellectuelle que l'administration a invoqué pour protéger le contenu de ses données (1). Mais, il ne s'agirait pas là d'un lien technique car la loi du 17 juillet 1978 doit être interprétée de manière autonome. On pourrait aussi estimer que les rédacteurs de l'ordonnance ont été sensibles aux dommages - pour l'administration et les utilisateurs finals - qui résulteraient d'un mésusage des données collectées et produites dans le cadre d'une activité de service public. Ce serait donc en considération de l'intérêt général, qui impliquerait en l'occurrence une moralisation de l'usage des données publiques, que ces conditions ont été imposées (2).

### *1. Les droits de propriété intellectuelle comme fondement des conditions de réutilisation relatives à l'intégrité de l'information et à la mention de la source*

**262. Filiation.** - Nous soulevons l'hypothèse selon laquelle les droits de propriété intellectuelle, plus particulièrement le droit d'auteur, constitueraient le fondement des obligations relatives à l'intégrité des données et à la mention de la source pour deux raisons. En premier lieu, parce que les organismes publics ont souvent sollicité le droit de la propriété intellectuelle pour imposer des obligations comparables à celles de l'article 12 à leur co-

contractant au sein des licences de rediffusion, qui sont souvent des contrats de concession de droits de propriété intellectuelle<sup>537</sup>. En second lieu, parce que l'auteur d'une œuvre de l'esprit<sup>538</sup> jouit en particulier d'un droit de paternité et du droit au respect de son œuvre, prérogatives qui peuvent être rapprochées des obligations de mention de la source et du respect de l'intégrité des données de l'article 12. En effet, le droit à la paternité implique notamment l'obligation de faire figurer le nom de l'auteur ou du promoteur de l'œuvre lorsqu'elle est portée à la connaissance du public. On pourrait transposer sans difficulté cette justification au cas des bases de données diffusées par le secteur public ; l'administration, créatrice des contenus informationnels, exigerait ainsi des réutilisateurs qu'ils mentionnent la source des données pour rappeler, notamment aux utilisateurs finaux, qu'elle est à l'origine de la création des données. Cela permettrait d'éviter que ceux-ci ne s'approprient indûment le travail réalisé dans le cadre du service public. Quant au respect de l'intégrité de l'œuvre, on remarquera qu'il implique selon des formules jurisprudentielles très variables, l'absence d'altération, de déformation, de dénaturation de l'œuvre dans sa forme ou dans son esprit. Cette proximité sémantique laisse à penser que le législateur s'est inspiré des concepts du droit de la propriété intellectuelle pour bâtir une protection des données publiques transmises au réutilisateur.

**263.** - Malgré ces éléments de rapprochement, il est difficile, voire impossible, de considérer le droit d'auteur comme fondement des exigences d'intégrité et de mention des sources imposées par l'article 12. On objectera ainsi aux précédents arguments que les obligations législatives portent sur l'information publique, pas sur des œuvres de l'esprit, et que, dès lors, le droit d'auteur n'a pas vocation à s'appliquer<sup>539</sup>. En dépit de sa force, cette affirmation ne conduit cependant pas à remettre complètement en cause l'idée développée plus haut, même si elle contribue à la relativiser fortement. On le verra, le terme d'information publique ainsi que celui de document administratif recèlent des ambiguïtés. Que penser du cas dans lequel le document serait une base de données et son contenu des œuvres à part entière ? Doit-on considérer que les fonds de carte de l'IGN ou les photographies aériennes qu'elle diffuse sont seulement des informations ? En fait, il faut être attentif au fait que, derrière le vocable d'information publique, il n'y a pas toujours, en raison

---

537. L'article 5 de l'arrêté du 10 octobre 2000 relatif à la mise à disposition du public, pour usage de rediffusion, des bases de données électroniques de l'Institut national de la statistique et des études économiques (JO du 14 novembre 2000, p. 17959), est très clair, il dit en effet que « la rediffusion commerciale d'une base de données est subordonnée, sauf cas particulier, à la signature d'une licence, c'est-à-dire d'un acte écrit par lequel l'INSEE, titulaire des droits sur la base, autorise le licencié à exploiter celle-ci pour son propre compte et sous son nom. En contre partie, celui-ci s'engage, notamment, à assurer l'intégrité des données et à en mentionner la source ».

538. Article L. 121-1 du CPI.

539. BRUGUIERE (J-M), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.

de la variété des productions informationnelles du secteur public, de simples données mais plus largement des contenus informationnels qui peuvent parfois donner prise au droit d'auteur. Aussi bien, pour complètement récuser la filiation entre le droit d'auteur et les obligations de l'article 12, il faut dire que celles-ci s'intègrent dans une législation particulière, animée d'une logique et d'une dynamique qui lui est propre et qui n'est pas forcément compatible avec les exigences imposées par le code de la propriété intellectuelle. Autrement dit, s'il n'est pas impossible que le législateur se soit inspiré des exigences du droit d'auteur, s'il n'est pas non plus impossible de réfléchir au contenu de ces obligations au regard des exigences du droit d'auteur, fondamentalement, elles pourront être interprétées d'une manière distincte du droit de la propriété intellectuelle, en intégrant par exemple des considérations liées à l'intérêt général.

Bien qu'il existe une filiation de nature intellectuelle entre les prérogatives du droit moral et les obligations de l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978, il n'est pas possible de dire que le droit d'auteur constitue le fondement des obligations figurant à l'article 12 de la loi. Le législateur s'en est peut être inspiré. Toutefois, les atteintes considérées comme constituant une altération ou une dénaturation d'une œuvre de l'esprit nourriront la réflexion sur la nature des actions qui pourront être qualifiées comme telles dans l'application de l'article 12 de la loi

## *2. L'intérêt général comme fondement des conditions de réutilisation relatives à l'intégrité de l'information, à la mention de la source et à l'actualité des données*

**264. Dommages et responsabilité.** - Même si l'intérêt général n'est autre chose que la reconnaissance par les autorités publiques de ce qu'elles considèrent comme tel, et qu'il est par conséquent difficile de l'identifier en dehors de la volonté exprimée par celles-ci, il s'avère que la réutilisation des informations publiques suppose que les organismes, qui ont la charge de collecter ou de diffuser des données pour les besoins de leurs activités de service public, se préoccupent, pour des raisons d'intérêt général, du sort des informations qu'ils transmettent aux réutilisateurs. En quoi, dès lors, l'intérêt général pourrait-il commander des obligations telles que celles que le législateur a posé ? En fait, il est deux raisons totalement liées, mais que nous distinguerons pour les besoins de l'exposé : à défaut d'imposer des conditions d'utilisation des données, l'exploitation de l'information sur le marché pourrait causer des préjudices aux utilisateurs finaux alors que cette information est collectées dans le cadre du service public (a) et, *in fine*, engager la responsabilité de l'administration (b).



### a. L'exploitation des informations publiques : une activité dommageable

**265. Conditions d'utilisation, sanctions et prévention des risques liés à l'exploitation de l'information.**- C'est une question qui a été peu explorée, elle n'a d'ailleurs pas fait, à notre connaissance, l'objet de nombreux litiges, mais il faut dire que l'activité de production et de diffusion de l'information publique est potentiellement génératrice de dommages. Ainsi, les données produites dans l'intérêt général affecteraient, pour la satisfaction d'intérêts particuliers, la situation des utilisateurs finaux, voire d'une partie de la collectivité. Ce serait donc pour éviter autant que possible leur survenance que le législateur a décidé d'imposer et de sanctionner sévèrement les conditions relatives à la qualité et la fiabilité des informations publiques.

**266. Illustrations.** - Peu d'éléments sont à notre disposition pour vérifier cette affirmation, mais songeons un instant aux préjudices que leur exploitation peut occasionner. Prenons d'abord l'exemple d'une base de données sur les marchés publics qui, parce qu'elle n'a pas été mise à jour à temps, a empêché un candidat de soumissionner ; ou, en raison d'une erreur dans le traitement de certaines données, lui a interdit de proposer une offre conforme aux exigences de l'organisme public. Dans le domaine de l'information légale, l'INPI a été condamné pour avoir délivré une information inexacte ; l'organisme public avait imputé la qualité de directeur général d'une société à une personne qui n'avait jamais occupé cette fonction, alors même que le véritable directeur général avait fait l'objet d'une mise en examen, et que la nouvelle avait été relayée par la presse locale en donnant le nom de la mauvaise personne<sup>540</sup>. On peut, dans ce domaine encore, citer le cas d'une société privée exploitant des données publiques qui avait diffusé l'information selon laquelle une entreprise était en état de redressement judiciaire, bien qu'elle ne le fût pas<sup>541</sup>. On peut facilement imaginer les conséquences de la diffusion d'une telle information qui dégrade l'image de l'entreprise qui en est victime auprès de ses partenaires ou, plus radicalement, compromet la conclusion de certaines affaires<sup>542</sup>. Mais la diffusion de données erronées ou non actuelles

540. TGI de Bar le Duc, 16 janvier 1997, *Me Lahure c. INPI*, DIT 1998/4, note I. GAVANON, p. 32

541. TGI Romans, *BIL c. Charrel Plastiques*, DIT 1998/4 note I. Gavanon, p. 32

542. La Cour de cassation a jugé que les erreurs figurant dans l'annuaire papier de France Télécom, en l'occurrence la mention d'une spécialisation d'avocat erronée par rapport à celle effectivement exercée, avait causé « un dommage imminent qu'il lui appartenait (la Cour d'appel de Paris) de prévenir » par diverses mesures d'urgence. France Télécom et la société ODA, en l'espèce, se sont vues condamner, dans un délai de dix jours et à peine d'astreinte, à occulter de façon permanente les pages ou les parties de pages d'annuaire faisant mention de spécialisations d'avocat erronées et procéder, après consultation du Conseil de l'ordre des avocats, à la rectification des erreurs commises. Sans avoir donné lieu, du moins à notre connaissance, à un quelconque préjudice, il y a quelques années Légifrance avait, suite à une réforme

peut causer des dommages bien plus graves encore, notamment lorsque la collecte et la diffusion des données dans le cadre du service public répondent à des besoins liés à la sécurité des personnes. *Quid* de la mauvaise diffusion de données hydrographiques pour la navigation maritime ? Quelles seraient les conséquences de la signalisation tardive, ou contradictoire, d'un accident autoroutier ? Quant aux préjudices que causeraient des informations géographiques inexactes intégrées à des systèmes de navigation embarqués sur les véhicules automobiles, il n'est pas besoin de les souligner.

Ces risques, de nature très variable, étant signalés, on remarquera que les pouvoirs publics n'ont jamais vraiment associé l'exigence de qualité d'information aux dangers induits par la diffusion d'une information inexacte ou obsolète. Une telle association s'impose toutefois puisque, hormis l'erreur de la machine, l'obligation de traiter des données publiques conformément à certains impératifs diminue considérablement l'éventualité de tels dommages. On retrouve quand même l'argument de la protection des utilisateurs finaux associé aux exigences de fiabilité et d'actualité de l'information dans certaines conventions conclues entre les organismes publics et des rediffuseurs privés. Ainsi, s'agissant de l'obligation d'abonnement aux mises à jour de la base de données SIRENE, l'arrêté du 10 octobre 2000<sup>543</sup> dit qu'elle est imposée « pour éviter la mise sur le marché d'informations obsolètes de nature à porter préjudice aux utilisateurs finals ».

## b. L'exploitation de l'information publique par le réutilisateur et la responsabilité de l'administration

**267. Conditions d'utilisation et responsabilités de l'administration.** - En réalité, c'est moins à travers les préjudices que l'exploitation commerciale d'une information issue du secteur public pourrait causer aux utilisateurs finals, qu'en considération des responsabilités de l'administration en matière de diffusion ainsi que, c'est lié, d'un éventuel engagement de sa responsabilité pour avoir fourni, sans en contrôler l'usage, des données potentiellement préjudiciables, que le législateur a imposé de telles conditions d'utilisation. En dehors d'une licence de réutilisation, et de tout système de contrôle de la fiabilité des données qui est généralement prévu par les conventions liant les administrations à un réutilisateur, il est certain que la personne publique qui aurait communiqué des informations à un opérateur privé sans veiller à en garantir la fiabilité du traitement pourrait voir sa responsabilité

---

législative qui avait été mal interprétée par les rédacteurs du contenu du site, supprimé une partie de l'article 1384 du Code civil. (GROUTEL (H.), « Perdu sur le Web », *Responsabilité civile et assurances*, janvier 2001, p. 1).

543. Préc.

engagée pour faute si l'exploitation de ces données était préjudiciable aux personnes ou aux biens.

Cet argument avait été invoqué très tôt par certains organismes publics. Ainsi, dans l'affaire Météo, pour refuser de délivrer l'information demandée par l'opérateur privé, l'administration avait dit que la fourniture de ces données « risquerait de conduire à des confusions quant aux responsabilités en cause dans la diffusion d'informations touchant au premier chef la sécurité. Un tel service pourrait en effet être utilisé par les usagers d'aéronefs, alors que l'administration responsable de la fiabilité des messages établis à leur intention, la DMN, ne contrôlerait ni la disponibilité, ni surtout la conformité aux règles des informations fournies. Elle risquerait cependant d'être mise en cause puisqu'elle aurait donné son aval à la rediffusion par vos soins »<sup>544</sup>. Ce à quoi la Cour d'appel répondit qu'il lui suffisait de mettre en place des réserves contractuelles destinées à préserver la qualité de l'information. Quoi qu'il en soit, l'argumentation développée par l'administration dans cet arrêt permet de bien illustrer le lien existant entre la fourniture de l'information à un organisme privé et la responsabilité de l'administration. Cette dernière qui produit et parfois diffuse des informations dans l'intérêt général doit veiller à ce que les données communiquées à l'exploitant privé ne viennent pas contrarier l'exercice de ses obligations de service public et, plus largement, préjudicier aux individus.

Pour garantir la qualité du traitement de l'information, dans l'ancien contexte réglementaire, la personne publique mettait en œuvre des réserves contractuelles ainsi que des contrôles sur la qualité des traitements réalisés par son cocontractant (v. *infra*). De tels mécanismes ne suffisaient plus, dès lors qu'il a été décidé que l'exercice du droit de réutilisation serait indépendant de l'octroi d'une licence. Pour préserver la fiabilité du traitement des données publiques, il fallait alors établir des conditions d'utilisation qui fussent assez générales pour embrasser la majorité des situations. Ainsi, en imposant des conditions d'usage des données produites à l'occasion d'une mission de service public, les pouvoirs publics continuaient d'être garants de la qualité de ces informations au profit de la collectivité<sup>545</sup> tout en transférant la responsabilité d'un mésusage des données sur le réutilisateur<sup>546</sup>.

544. Cour d'appel de Paris, 18 mars 1993, *Société du journal téléphonique c. Ministère de l'Équipement, du Logement, des Transports et de l'Espace, Direction de la météorologie nationale*, note M. BAZEX *AJDA* 1993, p. 652 ; note. L. Idot, *CJEG* octobre 1993, p. 448, On rappellera qu'à cet argument, le juge avait répondu que l'administration avait la possibilité de satisfaire aux impératifs de sécurité par des réserves contractuelles.

545. Les exigences relatives à la qualité de l'information permettent en outre d'éviter à l'administration que sa responsabilité soit trop facilement recherchée dans l'hypothèse où la diffusion d'une information aurait porté préjudice à un utilisateur. L'existence de conditions d'utilisation à la charge du réutilisateur impose que l'on recherche d'abord l'éventuel manquement de celui-ci avant de savoir si c'étaient les données fournies par l'administration qui étaient défectueuses.

546. Sauf à prouver, bien sûr, que le mauvais traitement ou la défaillance provenait du service public.

**268. Pratique consultative de la CADA.** - Dans un récent avis, la CADA a eu l'occasion de se prononcer sur l'objet des dispositions de l'article 12. Il faut le signaler pour deux raisons. En premier lieu, parce que l'argumentation de l'administration détentrice de l'information était très similaire à celle développée par la DMN pour refuser la fourniture des données météorologiques. Puis, parce que la commission confirme bien l'idée selon laquelle les dispositions de l'article 12 sont destinées à préserver l'intérêt général que les personnes publiques prennent en charge dans l'exercice de leur activité.

Une direction régionale du ministère de l'environnement et du développement durable mettait à disposition sur son site Internet des cartes géographiques de synthèse présentant pour chaque département un certain nombre d'informations que le ministère a en charge de collecter et de diffuser. La réutilisation de ces données était subordonnée à l'octroi d'une licence qui prévoyait des conditions d'utilisation tellement restrictives, qu'elles empêchaient l'exploitation des données puisque la rediffusion des données se trouvait prohibée. Or, l'administration justifiait cette restriction de la manière suivante « la licence litigieuse a été élaborée dans le seul but de prévenir une altération ou une dénaturation du sens des informations figurant sur les cartes qui serait de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». La Commission ne souscrivit pas à cette analyse. Pour elle, d'autres moyens de préserver l'intérêt général mis en avant par la collectivité publique existaient sans qu'elle dût porter atteinte au droit de réutilisation : le respect des conditions générales de l'article 12. « La commission considère, toutefois, que le respect des préoccupations d'intérêt général, sur lesquelles se fondent les restrictions apportées par la licence DIREN à la réutilisation des données en cause, est garanti par les termes de l'article 12 de la loi (...) S'agissant des documents en cause, la commission estime qu'un rappel de ces dispositions, éventuellement assorti de leur commentaire ou de leur explication, ainsi que – notamment dans le cas de documents particulièrement complexes – de la définition des modalités pratiques qui permettront à l'administration de s'assurer que le sens des données publiques ne serait pas altéré (...), suffirait à atteindre l'objectif poursuivi, alors que les restrictions apportées, par la licence contestée, à la possibilité de réutilisation des documents cartographiques élaborés par la DIREN Pays-de-Loire pour le compte de tiers et de diffusion des produits ainsi obtenus, sont disproportionnés au regard du motif d'intérêt général invoqué et ne trouvent aucun fondement juridique. » On notera que la CADA précise la portée des obligations de l'article 12, puisqu'elle autorise la personne publique à accompagner le rappel de ces dispositions d'explications ou de commentaires adaptés à la nature des informations<sup>547</sup>.

Au-delà des considérations relatives à la responsabilité, on retrouve ici ou là des arguments qui expliquent ces conditions d'usage de l'information autrement. M. BRUGUIÈRE a interprété cette limite comme « un simple rappel de la sensibilité de certains gisements publics d'information ou comme la volonté de sensibiliser les usagers aux grands efforts des

547. Circulaire du 27 octobre 2006, mise à disposition des informations publiques à caractère technique sur les sites Internet : conséquences de l'avis de la CADA en date du 16 mars 2006, *non publiée*

grands services publics d'information »<sup>548</sup>. Le rapport MANDELKERN, tout comme l'arrêté précité, soulignait que la diffusion de données de qualité permettait « de défendre le crédit de la puissance publique attachée aux données ». Cette protection de l'image de marque du secteur public rejoint l'idée selon laquelle celui-ci, par des stipulations contractuelles spécifiques ou des obligations telles qu'il les a imposées à l'article 12, devrait continuer à garantir la qualité des informations produites en son sein et exploitées à d'autres fins. Par conséquent, l'imposition de conditions d'usage permettrait à la fois de préserver la collectivité contre la diffusion de données erronées et potentiellement préjudiciables, mais aussi de protéger l'image du service public auprès des administrés.

**269. Obligation de mention de la source.** - On peut rajouter, pour finir, une remarque sur l'obligation d'indication de la source qui ne peut pas être interprétée tout à fait de la même manière. Si cette obligation constitue, auprès des utilisateurs finals, un gage de fiabilité, elle empêche que le réutilisateur ne s'approprie indûment le travail réalisé par les organismes publics. Cette exigence se retrouve fréquemment dans les contrats de diffusion de bases de données et on peut sans aménagement particulier lui rapporter l'explication qui a été donnée à leur propos : « *Cette prescription dépasse largement une simple perspective de droit d'auteur. Elle assure la préservation de la création intellectuelle, fût-elle ou non protégée. Elle garantit une éthique dans la réutilisation des travaux d'autrui, consacrant un droit à la paternité, fût-elle institutionnelle. Elle participe de la déontologie minimale que l'on est en droit d'attendre lors de l'exploitation de toute création intellectuelle.* »<sup>549</sup> Déontologie qui se trouve notablement renforcée lorsqu'il s'agit de données créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général et plus encore lorsque des nécessités publiques sont en jeu.

## § 2 -LE CONTENU DES OBLIGATIONS DE L'ARTICLE 12

Pour étudier le contenu des obligations de l'article 12, on distinguera l'obligation de mise à jour et l'obligation de mention de la source (A) ; puis, on abordera la question des obligations de non-altération et de non-dénaturation qui concernent l'intégrité des données (B).

548. On objectera cependant que les conditions d'usage figurant à l'article 12 ne concerneront pas les grands diffuseurs de données publiques qui concluront des licences de réutilisation.

549. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc., n° 739, p. 616.

## A. L'obligation de mise à jour et l'obligation de mention de la source

**270. Justifications.** - La raison d'être de cette obligation de mise à jour n'est pas difficile à saisir, elle permet de garantir que des informations obsolètes ne circulent pas sur le marché. C'est là une obligation incontournable. Formulée par la loi de manière abstraite, elle implique du réutilisateur qu'il s'adresse régulièrement à l'autorité qui lui a délivré l'information pour qu'elle lui fournisse des mises à jour de ses données<sup>550</sup>. Quant à savoir la périodicité des mises à jour, tout dépend de la nature des données en cause ; il n'est pas de réponse unique à cette question. On illustrera cette affirmation par quelques exemples. Si l'on peut admettre que des bases de données du BODACC ou du BOAMP peuvent être mises à jour par le réutilisateur dans les trois jours qui suivent la fourniture<sup>551</sup>, l'instantanéité ou la quasi instantanéité sera de mise pour l'information routière, et des délais assez bref seront requis pour la mise à jour de données météorologiques<sup>552</sup>. En sens inverse, une carte géographique ou le plan des zones inondables subiront des mises à jour plus lentes. Autrement dit, tout est affaire d'espèce, d'appréciation *in concreto*. Il n'est pas douteux que les réutilisateurs, qui exploitent les données publiques pour commercialiser des produits d'information à valeur ajoutée, n'auront pas vraiment de réticences à respecter cette obligation puisque c'est la qualité de leurs services qui en serait affectée dans le cas contraire. Même si elle ne découle pas directement de la loi, l'obligation de mise à jour pourrait aussi impliquer<sup>553</sup> des réutilisateurs qu'ils indiquent explicitement la date et la périodicité de mise à jour des informations qu'ils diffusent sur le marché ainsi que, éventuellement, les risques d'erreur pour chaque donnée. Cela permettrait à l'utilisateur final de porter une appréciation, en fonction de la date à laquelle il consulte le service, sur la validité des informations qui lui sont communiquées.

L'obligation de mention de la source n'appelle pas non plus beaucoup de commentaires. Elle suppose que le réutilisateur, sur chacun des produits ou services intégrant des informations publiques, indique par une mention particulière l'origine de l'information. Comme pour les informations relatives à la mise à jour, cette mention devra être accessible à

---

550. La circulaire du ministère de l'environnement du 27 octobre 2007, relative à la mise à disposition des informations publiques à caractère technique sur les sites Internet, adoptée à la suite de l'avis de la CADA, indique à cet égard que « les données mises à disposition sont mises à jour par leur producteur dès qu'une modification le justifie. L'utilisateur est invité à se reporter régulièrement au site Internet de la source, afin de s'assurer de la validité de la version dont il dispose ».

551. Cette information est issue des contrats liant les journaux officiels à certains rediffuseurs. On notera encore que la licence relative à la rediffusion du répertoire SIRENE donne un délai de 30 jours au réutilisateur pour mettre à jour sa base de données à compter de la réception des informations.

552. Les licences de réutilisation de certains organismes publics révèlent qu'ils imposent une obligation d'abonnement aux mises à jour, le cocontractant conservant le choix de la périodicité.

553. On retrouve une telle obligation dans certaines conventions.

l'écran pour tout utilisateur de données, mais aussi sur les emballages des produits tels que les CD-ROM, qui seraient diffusés par un réutilisateur.

## B. L'obligation de respecter l'intégrité des informations publiques

**271. Indétermination.** - L'exacte interprétation des conditions relatives à la non-altération et à l'absence de dénaturation, c'est-à-dire au respect de l'intégrité des données transmises par l'organisme public au réutilisateur, est difficile à déterminer car le contenu de ces obligations, qui n'a pas été défini par le législateur, est fuyant. Cela est très regrettable car la violation de ces obligations est assortie, rappelons le, d'une sanction pénale. Dès lors, il convient, au moins, de les délimiter. En quoi consiste la dénaturation d'une information publique et son altération ? La lecture de la loi, des textes et propositions qui l'ont précédée ainsi que de la directive ne nous renseignent pas du tout. Par conséquent, comme on l'a indiqué plus haut, il faudra se tourner vers le droit de la propriété intellectuelle, en fait le droit d'auteur, qui prohibe, au titre du respect de l'auteur sur son œuvre, toute dénaturation et autre altération d'une œuvre de l'esprit. Toutefois, la référence au droit de la propriété intellectuelle, hormis les cas où les organismes publics pourraient effectivement s'en prévaloir, n'est qu'illustrative car les atteintes à l'intégrité d'une œuvre réprimées par le droit d'auteur sont difficilement compatibles avec le droit de réutilisation des données publiques. Ainsi, après avoir circonscrit le contenu des obligations législatives au regard du droit d'auteur (1), on essaiera de déterminer leur portée au regard de l'intérêt général qu'elles sont destinées à préserver et de la réutilisation qu'elles ne sauraient empêcher (2). On s'interrogera ensuite sur la faculté que la loi reconnaît à l'administration de donner son accord à l'altération des informations (3).

### *1. Le contenu de l'obligation d'intégrité*

**272. Pluralité des atteintes à l'intégrité.** - Le droit d'auteur distingue généralement deux types d'atteintes à une œuvre de l'esprit<sup>554</sup> : l'atteinte à la forme de l'œuvre ou à son intégrité, et l'atteinte à l'esprit de l'œuvre. La première forme d'atteinte porte sur la matière de l'œuvre elle-même. « Le cessionnaire, le propriétaire de l'objet matériel dans lequel s'incorpore éventuellement l'œuvre, et, au-delà, les tiers doivent s'interdire toute suppression,

554. LUCAS (A.) et LUCAS (H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, 2006.

adjonction ou modification »<sup>555</sup>. Ainsi, la suppression, l'adjonction et la modification d'une œuvre constituent les manifestations concrètes de l'atteinte à l'intégrité qui sont généralement réprimés par le droit de la propriété intellectuelle. Nous en donnerons quelques exemples. La suppression de certaines parties d'un livre, d'un dessin, d'une photographie, l'adjonction de couleurs, le recadrage d'une photographie, voire des retouches ou encore une reproduction de mauvaise qualité, constituent des atteintes à la forme d'une œuvre de l'esprit. Quant au second type d'atteinte, qui concerne l'esprit de la création, il est fort différent du premier, quoiqu'il y soit parfois attaché. Pour MM. LUCAS, il est nécessaire de savoir si la modification d'une œuvre est compatible avec l'esprit d'une œuvre dès lors qu'elle « est très minime ou apparemment justifiée »<sup>556</sup>. Mais l'affectation de l'esprit d'une œuvre peut aussi bien être sanctionnée pour elle-même, indépendamment de toute modification de l'œuvre. Ce sera le cas, par exemple, de l'utilisation d'une œuvre en dehors de son contexte. L'utilisation de photographies illustrant des événements dramatiques associées à des légendes humoristiques sur un site Internet satirique<sup>557</sup> ; la publication d'extraits d'un ouvrage déformant la pensée de l'auteur, ou encore l'utilisation de liens hypertexte « par des rapprochements intempestifs susceptibles d'affecter l'image que l'auteur entend donner à son œuvre ». Cela étant dit, le droit au respect de l'œuvre pris à travers les atteintes relatives à son intégrité connaît des limites qui s'apprécient à l'aune de la nature de l'œuvre. Le droit d'auteur s'étant étendu, on l'a vu, à des créations à propos desquelles on peut discuter de l'originalité, de manière mécanique, le droit au respect de l'œuvre « sera moins impérieux lorsque l'originalité sera faible, voire douteuse »<sup>558</sup>. Autrement dit, les modifications et autres suppressions ne seront pas forcément considérées comme des atteintes à l'intégrité de l'œuvre. Il en va ainsi pour les œuvres à caractère technique, utilitaires ou pratiques, tel est le cas des logiciels<sup>559</sup>.

Ces éléments nous permettent dès lors de préciser le contenu des obligations relatives à l'intégrité des informations publiques mises à disposition à des fins de réutilisation. Ainsi, l'obligation de non-altération pourrait être assimilée au respect de l'intégrité de l'œuvre, le réutilisateur étant notamment empêché de modifier l'information qui lui est transmise. Il ne pourrait pas non plus supprimer certaines données, procéder au recadrage d'une photographie, modifier la représentation d'un plan, changer l'échelle d'une carte géographique, modifier le format des données ou ajouter des données à l'information qui lui ont été communiquées. Les manifestations des atteintes à l'obligation de non-dénaturation, que l'on peut rapprocher des atteintes à l'œuvre de l'esprit, consisteraient pour le réutilisateur à présenter les données publiques dans un contexte tout à fait décalé par rapport à celui qui

555. *Ibid.*, n°487, p. 372.

556. *Ibid.*, n°489, p. 373.

557. THIEBAULT (J.) ET BERKROUBER (B.), « AFP : des flux d'informations et des technologies en expansion. » *Expertises*, avril 2004, p. 130.

558. LUCAS (A.) et LUCAS (H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc. n°494, p. 380.

559. *ibid.*



eût convenu aux informations en cause ou à modifier la teneur de certaines informations textuelles, par exemple.

**273. Incompatibilité.** - Le rapprochement des obligations figurant à l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978 et les règles relatives au respect de l'œuvre ne peut cependant aller plus loin. Il ne peut servir qu'à fixer des repères, car on sent bien qu'une interprétation de ces règles à l'aune du droit d'auteur serait tout à fait déceptive en matière de réutilisation, et cela en dehors même du fait que les bases de données publiques sont le plus souvent des créations à vocation utilitaire. En effet, la finalité du droit de réutilisation, sa définition même, peut impliquer une modification des contenus informationnels issus du secteur public. M. BRUGUIÈRE le notait très clairement en disant que « la réutilisation entraînera aussi des modifications importantes pour le gisement public d'information source et il peut apparaître dans ces conditions quelque peu artificiel de soumettre la réutilisation à une condition de non altération »<sup>560</sup>. L'auteur imputait cette difficulté, et nous le suivront volontiers sur ce point, au fait que la réglementation de la réutilisation avait été envisagée en considérant les données publiques comme un ensemble homogène « sans prendre en compte la spécificité de certaines d'entre elles »<sup>561</sup>. Dès lors, il importe de savoir dans quelle mesure de telles altérations seront admissibles sans porter atteinte à l'article 12. Il nous semble en effet peu probable que le législateur ait à la fois consacré un droit à la réutilisation, dont il savait bien la portée, et des obligations qui s'opposeraient directement à sa mise en œuvre.

## *2. La portée de l'obligation d'intégrité*

**274. La portée de l'obligation de non-altération.** - La modification des contenus informationnels par le réutilisateur. - C'est une réalité incontestable, la création de produits et de services d'information nouveaux implique la modification des contenus informationnels issus du secteur public. Ce n'est certes pas une situation obligée, mais elle est trop fréquente pour ne pas la prendre en compte ; elle participe même de l'essence de la réutilisation et de l'objet de la directive. On voit mal en effet comment il pourrait y avoir réutilisation au sens de la loi et, subséquemment, création de nouveaux produits ou services d'information en l'absence de telles modifications. D'ailleurs, nombre de licences de rediffusion, antérieures à la réglementation de la réutilisation, prévoient la possibilité pour le co-contractant du secteur public de modifier les contenus qui lui sont transmis. L'INSEE autorise la distribution par son cocontractant de produits génériques qui impliquent l'altération du fichier source qu'il

---

560. BRUGUIÈRE (J-M.), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.

561. *ibid.*

s'est vu communiqué. Il peut, par exemple, mettre à jour des fichiers de ses propres clients, vérifier la validité des informations qu'ils contiennent et reproduire tout ou partie des informations de la base de données pour créer un service d'information particulier. Certains documents contractuels vont même jusqu'à exiger du cocontractant qu'il apporte une valeur ajoutée à l'information qui lui est transmise, qu'il procède à l'adjonction de données ou à leur combinaison avec d'autres informations. Par exemple, comment pourrait-on créer des produits ou des services de géolocalisation si ce n'est par le couplage, donc l'adjonction et la combinaison, d'informations provenant de sources différentes ? En outre, même si les conventions à notre disposition n'en font pas état, on ne voit pas pourquoi, parmi les informations transmises par les organismes publics, seule une catégorie spécifique de données ne pourrait pas faire l'objet d'une exploitation. Au titre de la transmission du répertoire SIRENE, l'INSEE communique ainsi un nombre important d'informations sur l'identification des entreprises. Il n'est pas interdit de penser que certaines de ces informations qui n'auraient pas d'utilité pour le service qu'il est envisagé de créer pourraient ne pas y figurer. Ainsi, certaines informations pourraient être occultées pour être regroupées avec d'autres données. Le ministère de l'environnement, autorise le réutilisateur de ses cartes à « changer le format informatique et adapter les données et métadonnées pour les intégrer à son propre système d'information ou les mettre à disposition. Il peut agréger les informations, ajouter ou supprimer des attributs, sélectionner une partie du territoire, et réaliser une généralisation géographique »<sup>562</sup>. On peut bien voir, à travers les précédentes constatations, que l'obligation de non altération interprétée *in abstracto* pourrait contrarier l'exercice même du droit de réutilisation. C'est pourquoi, il faut l'interpréter en conservant à l'esprit la finalité du texte. D'un autre côté, cette appréciation doit aussi reposer sur les considérations d'intérêt général qui sont à la base des obligations de l'article 12. L'altération de certaines données et leur diffusion sur le marché pourrait entraîner de fâcheux résultats, qui contrarieraient sans nul doute l'intérêt général que les organismes publics sont tenus de préserver. Mais cela dépend de la nature des données et plus encore des besoins auxquels elles répondent. Songeons aux conséquences d'une mauvaise signalisation de tel ou tel obstacle pour les cartes maritimes ou géographiques, voire la mauvaise reproduction d'un texte juridique. Elles ne sont certainement pas comparables à la suppression de la mention de l'adresse d'une entreprise dans un produit informationnel qui ne prévoit pas d'y faire référence. Enfin, il est d'autres situations où l'hésitation est permise. Doit-on permettre au réutilisateur d'adopter un mode particulier de représentation de données géographiques ? Peut-il modifier le graphisme de plans qui lui sont transmis ? Tout dépendra de la nature des données et de leurs fonctions.

**275. Contrôle de proportionnalité.** - Il résulte de ces observations que la portée de l'obligation d'intégrité ne peut s'apprécier objectivement, non seulement parce qu'elle porte

562. Circulaire du 27 octobre 2006, *mise à disposition des informations publiques à caractère technique sur les sites Internet : conséquences de l'avis de la CADA en date du 16 mars 2006*, préc.

sur des informations qui répondent à des fonctions très différentes, mais aussi parce que, dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978, elle doit être mesurée à l'aune de deux impératifs contradictoires. Le droit de réutilisation suppose en effet, dans un grand nombre d'hypothèses, une modification du corpus informationnel ou des données qui sont transmises par l'organisme public. D'un autre côté, l'intérêt général, dont on a dit qu'il constituait le fondement de l'article 12, exige nécessairement qu'il ne soit pas porté atteinte au contenu des données, ce qui contrarierait ou compromettrait sa sauvegarde. Aussi, faut-il déterminer au cas par cas des équilibres particuliers qui feront prévaloir le droit de réutilisation, lorsque la modification du contenu informationnel n'affecte pas outre mesure l'intérêt général et lorsque la réutilisation des données serait impossible sans lui porter une atteinte grave. En bref, l'appréciation de l'altération des données procéderait d'un test qui mette constamment en balance l'objet du droit de réutilisation et la préservation de l'intérêt général. Par conséquent, il n'est pas possible de déterminer objectivement la portée de l'obligation de non-altération, elle ne peut résulter que d'une appréciation *in concreto* qui tienne compte de la nature de l'information, des intérêts publics en cause et de la nature de l'exploitation envisagée par le réutilisateur.

Il semble d'ailleurs que la loi elle-même consacre un tel test à son article 16, à propos des restrictions que les personnes publiques peuvent apporter dans l'intérêt général aux conditions de réutilisation des données qu'elle détermine dans les licences de réutilisation. Et il n'est pas raison de penser que les conditions de l'article 12 doivent s'appliquer de manière différente à celles fixées par les licences qui, bien souvent, n'ont d'autre utilité que de rappeler les conditions de l'article 12 ou de les préciser (v. *infra*).

**276. La portée de l'obligation de non-dénaturation.** - S'il est vrai que l'on peut rapporter les remarques précédentes à propos de l'obligation de non-dénaturation, il nous semble tout de même que l'appréciation de cette atteinte peut prendre un tour plus objectif parce qu'elle porte plus directement sur le sens de l'information. Soit parce que les données ont été modifiées de telle façon qu'elles n'expriment plus le même message. Tel est le cas de la modification portant sur les chiffres d'un bilan d'entreprise ou de son chiffre d'affaires, qui donnerait lieu à une interprétation complètement erronée de sa viabilité ou de ses capacités de remboursement. Soit parce que leur présentation s'inscrit dans un contexte qui contribue à en modifier la signification.

### *3. La dérogation à l'obligation d'intégrité*

**277. Portée.** - Compte tenu des précédents développements, on voit mal pourquoi l'administration donnerait son accord pour laisser à l'opérateur privé la possibilité d'altérer

ou de modifier le sens des données qu'il a l'intention de réutiliser. En premier lieu, parce qu'une telle dérogation ne pourrait intervenir que dans l'hypothèse où l'altération serait contraire à l'intérêt général, autrement le test de proportionnalité suffirait à s'assurer de la validité. En second lieu, en conséquence, parce que l'administration engagerait très certainement sa responsabilité en autorisant une altération ou une dénaturation des données contraire à l'intérêt général. Il ne semble donc pas que ce soit dans ce cas qu'un tel accord doive intervenir, mais bien dans l'hypothèse où une altération serait possible indépendamment de l'accord de l'administration. Cette possibilité permettrait à l'administration de juger, *a priori*, de l'importance des traitements que le réutilisateur entend faire sur l'information, de leur finalité, et de leur compatibilité avec l'intérêt général. L'autorisation de l'administration constituerait une garantie pour le réutilisateur, qui pourrait exploiter paisiblement les données en cause, et pour l'administration qui aura veillé à la compatibilité de l'altération avec l'intérêt général que ces conditions sont censées servir.

## Section II

### Les conditions de réutilisation de l'article 13 de la loi du 17 juillet 1978

**278. Un régime spécifique de protection des données à caractère personnel à propos de la réutilisation de l'information publique.** - Si la directive 2003/98/CE se contentait d'affirmer que sa mise en œuvre devait se réaliser « dans le respect total des principes relatifs à la protection des données à caractère personnel », sans envisager les articulations ou les écueils que l'application simultanée de ces deux corps législatifs pouvait entraîner, la loi du 17 juillet 1978 et son décret d'application vont sensiblement plus loin puisque, comme l'affirme le rapport au Président de la république, c'est un véritable « embryon de régime juridique » qu'ils créent<sup>563</sup>. L'article 13 du texte de la loi, tout en rappelant l'applicabilité de la loi informatique et libertés à la réutilisation des informations publiques, intègre en effet des dispositions de la loi du 6 janvier 1978<sup>564</sup> ou consacre des solutions exposées par la CNIL pour assurer une certaine conciliation entre la protection des données à caractère personnel et la réutilisation des informations publiques. Il pose ainsi des

563. V. en ce sens aussi, CNIL, dél. n° 2005-094 du 19 mai 2005, *délibération portant avis sur le projet d'ordonnance relatif à la réutilisation des informations publiques et modifiant la loi 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*.

564. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés* modifiée par la loi du 6 août 2004, *JO* du 7 janvier 1978, p. 227

conditions particulières d'utilisation des informations publiques qualifiables de données à caractère personnel<sup>565</sup> pour garantir le respect des principes issus de la loi informatique et libertés dans le cadre de l'application des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation des informations publiques.

**279. Obligation juridique de communiquer les informations publiques et protection des données personnelles ou l'exigence d'un régime spécial de protection des données personnelles.** - En n'affectant en aucune manière le régime de la protection des données personnelles, tel qu'il résulte de la directive 95/46/CE<sup>566</sup> et des mesures nationales prises pour sa transposition, la directive 2003/98/CE n'a pas évoqué le problème de coordination que peut susciter l'application concomitante de ces deux réglementations. Bien qu'elle ne concerne pas toutes les informations du secteur public, la difficulté est réelle. La protection des données personnelles subordonne la réutilisation à la réunion de plusieurs conditions de fond et de forme. Les exigences de la protection des données personnelles, notamment à travers le principe de finalité du traitement, qui prohibe tout usage des données à des fins incompatibles de celles qui en ont commandé la collecte, peuvent ainsi directement s'opposer à la réutilisation des informations du secteur public. Autrement dit, la protection des données personnelles peut conduire à rendre inaccessibles et donc non exploitables certaines informations publiques, notamment lorsque les données collectées par le service public n'ont aucune vocation à être divulguées<sup>567</sup>. En renonçant à concilier les exigences de la protection des données personnelles avec le régime de la réutilisation, le texte communautaire laissait le soin aux Etats et leurs organismes publics de l'opérer<sup>568</sup>.

En France, la nature de cette conciliation va être déterminée par la mise en œuvre d'un droit de réutilisation au sein même de la loi du 17 juillet 1978. Celui-ci avait en effet été modifié pour prendre en compte une difficulté d'articulation - déjà - avec la loi informatique et libertés. La loi du 12 avril 2000 avait en effet étendu le droit d'accès aux documents

565. On notera cependant qu'à certains égards, les conditions de réutilisation de l'information publique, qui ont trait au respect du droit des données personnelles, pourraient aussi s'interpréter comme des limites à la réutilisation.

566. Le considérant 21 du texte communautaire prévoit que « La présente directive devrait être mise en œuvre et appliquée dans le respect total des principes relatifs à la protection des données à caractère personnel, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ».

567. V. la deuxième partie sur les effets de la loi informatique et libertés et plus particulièrement le principe de finalité sur la commercialisation des données publiques.

568. Le groupe article 29 a toutefois émis quelques lignes directrices à l'adresse des Etats membres et de leurs organismes publics pour opérer, au cas par cas, cette conciliation. Article 29 Groupe de protection des données, avis n°7/2003 du 12 décembre 2003 sur la réutilisation des informations émanant du secteur public et la protection des données à caractère personnel : trouver le juste milieu, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2003/wp83\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2003/wp83_fr.pdf)

comportant des « informations nominatives » incluses dans un fichier informatique. Auparavant, un tel accès était régi par la loi du 6 janvier 1978, ce qui avait pour effet de rendre inaccessibles des informations qui, non incluses dans un fichier, auraient été librement accessibles sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978. Désormais, l'article 29-1 de la loi informatique et libertés prévoit « que les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application au bénéfice des tiers, des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978. En conséquence, ne peut être regardé comme tiers non autorisé au sens de l'article 34 le titulaire d'un droit d'accès aux documents administratifs ou aux archives publiques exercé conformément aux lois du 17 juillet 1978 et du 3 janvier 1979 ». Il résulte de la combinaison de ces dispositions que l'accès aux documents administratifs, qu'ils contiennent des données personnelles au sens de la loi du 6 janvier 1978 ou non, est régi, principalement, par la loi du 17 juillet 1978.

C'est alors que se pose le problème d'articulation avec le droit de réutilisation. La réutilisation au sens de la loi informatique et libertés est un traitement de données à caractère personnel soumis, en tant que tel, à l'ensemble de ses exigences qu'elle prescrit. Comment les faire respecter dès lors que l'on consacre un droit à la réutilisation, à l'exploitation, des informations contenues dans les documents librement accessibles au titre de la loi du 17 juillet 1978 ? Dans certains cas, la difficulté est réglée par la loi du 17 juillet 1978 elle-même au titre des exceptions qu'elle admet pour la protection du secret de la vie privée. La CNIL a pu souligner que ne sont pas communicables au tiers sur le fondement de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 les données personnelles telles que « l'âge, la situation familiale, la situation matrimoniale et patrimoniale, l'adresse personnelle, le numéro de téléphone, les numéros d'immatriculation des véhicules »<sup>569</sup>. Mais pour les autres informations telles que « l'adresse administrative, un indice de rémunération, une liste de commerçants », le problème reste entier. A cet égard, la consécration d'un droit de réutilisation, lié à l'information accessible, ne pouvait pas ignorer la loi informatique et libertés. Et une telle conciliation ne pouvait pas se faire sur la base d'une interprétation générale de la loi. Plusieurs difficultés se posaient à cet égard. Il existe une tension évidente entre le principe de finalité du traitement et le droit de réutilisation, le principe de finalité du traitement pouvant s'opposer à une utilisation commerciale d'une information publique. Cependant, le droit de réutilisation peut s'analyser aussi comme une « obligation légale » au sens de l'article 7 al. 2 de la loi informatique et libertés, justifiant la divulgation des données contenues dans les documents communicables<sup>570</sup>. Aussi, comme l'avait souligné la CNIL, lors de son avis sur le projet d'ordonnance relatif à la réutilisation des informations du secteur public<sup>571</sup>, l'ordonnance

569. CNIL, dél. n°01-018, du 5 mai 2001, *Délibération portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information*

570. v. Article 29 Groupe de protection des données, avis n°7/2003 *préc.*

571. CNIL, dél. n°2005-094 du 19 mai 2005, *Délibération portant avis sur le projet d'ordonnance relatif à la réutilisation des informations publiques et modifiant la loi 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*

devait mettre en place un régime spécifique de protection de données personnelles pour les documents susceptibles de faire l'objet d'une réutilisation. L'exercice du droit de réutilisation se trouve donc conditionné, voire empêché, par les dispositions de l'article 13 de la loi du 17 juillet 1978.

**280. Dispositif législatif.** - « La réutilisation d'informations publiques comportant des données à caractère personnel est subordonnée au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Les informations publiques comportant des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation soit lorsque la personne intéressée y a consenti, soit si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes ou, à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet »

La lecture de l'article 13 de la loi du 17 juillet 1978 nous apprend que, dans le but de préserver les droits et libertés protégés par la loi du 6 janvier 1978, la réutilisation des informations publiques est, en dehors même de la référence à l'application générale de la loi informatique et libertés figurant à l'article 13 al. 1<sup>er</sup> (§3), spécialement subordonnée à deux conditions alternatives : l'obligation de recueillir le consentement de la personne concernée par le traitement (§1) ou l'anonymisation des données personnelles (§2).

## §1. CONSENTEMENT A LA REUTILISATION

L'analyse de la condition de consentement à la réutilisation et de sa portée dans la loi du 17 juillet 1978 (B) suppose, d'abord, que l'on rappelle sa signification dans la loi du 6 janvier 1978 (A).

### A. Le consentement au traitement dans la loi du 6 janvier 1978

Le principe du consentement au traitement, qui n'était pas originellement prévu par la loi informatique et libertés, est directement issu de la directive 95/46/CE. Bien que sa consécration tende, *prima facie*, à renforcer la protection des individus (1), il est assorti d'importantes exceptions qui en amoindrissent la portée (2).

#### 1. L'exigence de consentement au traitement

**281. Condition de licéité du traitement.** - Hormis pour les traitements portant sur des données sensibles, la loi du 6 janvier 1978 n'imposait pas de manière générale une exigence de consentement préalable au traitement. La faculté d'opposition était de principe, le recueil du consentement l'exception. Sans supprimer la faculté d'opposition qui s'est d'ailleurs trouvée renforcée, la loi du 6 août 2004 a consacré, au titre des conditions de licéité d'un traitement de données à caractère personnel<sup>572</sup>, le principe du consentement préalable. L'article 7 de ce texte prévoit ainsi qu'« un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ». Par conséquent, un traitement, cela vaut évidemment pour la cession d'informations consentie par un organisme du secteur public ou par un organisme de droit privé, ne peut avoir lieu que si la personne concernée par le traitement a, indubitablement, donné son consentement<sup>573</sup>. L'exploitation des données par le réutilisateur est ainsi suspendu au recueil du consentement.

**282. Mise en œuvre.** - En pratique, cela suppose que la cession des données n'ait lieu qu'après le recueil du consentement par le responsable du traitement. Toutefois, la loi ne donne pas vraiment d'indications sur la forme que doit revêtir le consentement. S'il est certain qu'il doit être obtenu de manière « claire et probante », l'exigence d'un écrit n'est pas obligée. Cette affirmation découle de l'observation d'une différence rédactionnelle. La formulation neutre de l'article 7 ne permet pas de préjuger de la forme du consentement. En revanche, le consentement visé à l'article 8, à propos des traitements sensibles, doit être formulé de manière exprès. Or, cette locution a été interprétée comme impliquant un écrit. En fait, la loi est relativement peu exigeante quant à la forme du consentement, ce qui évidemment peut faciliter la manière de le recueillir et léser les personnes concernées par le traitement.

De plus, tout comme l'exercice du droit d'opposition, l'expression du consentement exige qu'une obligation d'information soit mise à la charge du responsable du traitement. De façon à ce que le consentement soit éclairé. Cependant, en cas de collecte indirecte de l'information, c'est-à-dire de collecte auprès d'un tiers, c'est encore l'hypothèse de la mise à disposition de données publiques, l'obligation d'information tombe lorsqu'elle se révèle impossible ou « exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche ». Dès lors, c'est l'exigence même de consentement qui se trouve altérée. Mais, elle l'est encore plus au regard des exceptions qui accompagnent sa reconnaissance.

572. La directive et la loi à sa suite font donc du principe du consentement une garantie essentielle de la protection des données personnelles, v., M.GENTOT, « La protection des données personnelles à la croisée des chemins », <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport3/chapitre1.pdf>

573. On remarquera incidemment que la doctrine formulée par la CNIL à propos des fichiers publics et même de certains fichiers privés qui exige que l'information sur les finalités du traitement et la possibilité de s'opposer à la cession commerciale lors de la collecte des données personnelles contribuent à rapprocher le droit d'opposition du principe du consentement.



## *2. Les exceptions à l'exigence de consentement au traitement*

**283. Pertinence des exceptions à l'exigence du consentement par rapport à la réutilisation.** - Une fois le principe du consentement posé, la loi l'assortit d'un grand nombre de dérogations qui permettent la mise en œuvre d'un traitement sans recueillir explicitement le consentement de la personne concernée.

Cinq dérogations sont prévues par la loi du 6 janvier 1978. Certaines procèdent de nécessités objectives, les autres d'une mise en balance d'intérêts. Le traitement peut être légitimé lorsqu'il tend à satisfaire une « obligation légale incombant au responsable du traitement » ; s'il est nécessaire à « la sauvegarde de la vie de la personne concernée » ; s'il est nécessaire à « l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable du traitement » ou son destinataire ; s'il est nécessaire « à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci » et, enfin, lorsqu'il est nécessaire à « la réalisation d'un intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ». Si l'on écarte la deuxième dérogation, relative à la sauvegarde de la vie de la personne concernée par le traitement, ainsi que la quatrième, qui implique que l'individu soit partie à une convention, ces exceptions n'ayant pas vraiment de pertinence, s'agissant de la cession d'un ensemble informationnel du secteur public, les trois autres dérogations pouvaient effectivement dispenser un organisme public de requérir le consentement de la personne concernée par le traitement.

Il faudrait commencer par la dernière puisque c'est elle qui, par son indétermination même<sup>574</sup>, peut avoir la portée la plus large. En effet, les dispositions de l'article 7<sup>5</sup> impliquent une mise en balance des intérêts du maître du traitement avec le principe du respect du droit à la vie privée. Or, ni la notion d'intérêt légitime, ni le principe du respect du droit à la vie privée ne sont vraiment définis. Certes, la directive 95/46/CE dans son considérant 30 indiquait que les activités légitimes de gestion courante des entreprises pouvaient entraîner la communication de données personnelles. De la même manière, elle considérait que la finalité de prospection commerciale pouvait constituer une activité légitime. Mais ces précisions n'apportent pas de réponse à la question de savoir de quelle manière peut être réalisé l'équilibre entre la protection des données personnelles et un traitement tenu pour légitime. Très certainement, lorsqu'un intérêt légitime à la communication ou à la cession des données à caractère personnel est reconnu, il faudra l'articuler avec les dispositions protectrices des droits individuels, notamment le droit d'opposition, voire de recourir à certains procédés techniques comme l'anonymisation pour

574. RIGAUX (F.), « La libre circulation des données et la protection de la vie privée dans l'espace européen », <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport2/chapitr8.pdf>

protéger les personnes concernées par les traitements. Au-delà de ces remarques, il est difficile d'aller, car, à notre connaissance, la notion n'a pas fait l'objet de plus de précisions. La CNIL et les tribunaux ne se sont pas encore prononcés. Quoi qu'il en soit, interprétée largement, une telle disposition risque de ruiner l'exigence de consentement<sup>575</sup>.

Les deux autres cas de traitements qui intéressent directement les organismes publics cédant des données personnelles peuvent être étudiés ensemble puisqu'ils concernent l'hypothèse dans laquelle le traitement serait légitimé par l'existence d'une obligation légale ou une mission de service public. Ces exceptions logiques au principe du consentement au traitement peuvent trouver à s'appliquer dans le cas de la cession de données publiques. Notamment lorsque la communication des données est explicitement prévue par un texte ou qu'elle correspond à une mission de service public – service public d'information – imputable à un organisme public. Dans ces cas, l'exigence du consentement au traitement ne sera pas requise. Dès maintenant, on peut souligner que si la loi du 17 juillet 1978 n'avait pas repris à son compte l'exigence de consentement, celle-ci, selon toute vraisemblance, n'aurait eu aucune portée sur la réutilisation des informations publiques, puisque le droit à réutilisation aurait pu être interprété comme une obligation légale mettant en échec l'obligation de consentement.

En définitive, la consécration de l'exigence de consentement au traitement n'a pas une portée très importante. Compte tenu des exceptions qui l'entourent et de ses conditions de mise en œuvre, il semblerait que cette garantie soit beaucoup moins protectrice que le principe de finalité<sup>576</sup> ou même la faculté d'opposition. D'ailleurs, on indiquera, à la suite de certains auteurs, que c'est une directive qui essaye d'assurer une conciliation entre la

575. FRAYSSINET (J.), « Le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel : constantes et nouveautés », *Communication commerce électronique*, 2002, chr. 1.

576. Il convient sans doute d'appliquer le principe du consentement en liaison avec le principe de finalité, il ne semble pas que ces deux conditions de licéité du traitement doivent s'exclure, eu égard, notamment, à l'importance du principe de finalité et à la relativité de l'exigence du consentement. En d'autres termes, dire que les informations publiques peuvent faire l'objet d'une réutilisation, dès lors que le consentement de l'intéressé aura été obtenu, n'est pas exact, sauf à rappeler que l'éventuelle réutilisation doit d'abord s'accorder au principe de finalité. Autrement dit, au regard de la loi informatique et libertés, la condition du consentement ne saurait justifier à elle seule la réutilisation, que si cette dernière s'avère possible au regard du principe de finalité. Car, c'est le principe de finalité qui précède et qui dépasse la condition du consentement. Réfléchissant sur l'influence des critères de légitimité des traitements de données à caractère personnel inscrits dans l'article 7 de la loi du 6 janvier 1978, Mme MALLET-POUJOL s'interrogeait sur le fait de savoir si leur satisfaction — dont le consentement préalable au traitement — suffisait à elle seule à légitimer un traitement. Elle considère que non : « Il est clair que cet article (article 7) ne se comprend que conjugué avec les autres. Le seul consentement de la personne ne légitime pas un traitement dont la méthode et la finalité ne seraient pas licites, a fortiori pour des données sensibles, pas plus que le contrat ou l'exécution d'une mission d'intérêt public ne légitimerait n'importe quel fichier (...) le raisonnement sur la légitimité du traitement doit essentiellement être mené au regard de sa finalité » (MALLET-POUJOL (N.), « La réforme de la loi informatique et libertés », *RFAP* janvier-mars 1999, p.40) Par conséquent, il convient de lire la référence de l'article 13 al. 2 au principe du consentement préalable avec les dispositions de l'article 13 al. 1er qui fait implicitement référence au principe de finalité.

circulation des données personnelles sur le marché et la protection des droits des individus qui la consacre<sup>577</sup>. Cela est tout de même paradoxal. En effet, appliquée rigoureusement, l'exigence de consentement constitue un véritable verrou pour l'exploitation et la circulation de l'information sur le marché. Aussi, comme l'indique M. GENTOT, la reconnaissance d'un principe de consentement participe d'une certaine contractualisation des relations entre le responsable du traitement et la personne concernée qui est très éloignée des préoccupations originelles du législateur de 1978. Pour expliquer la faible place faite au principe du consentement dans la loi informatique et libertés, alors même qu'il constitue traditionnellement un verrou protégeant la vie privée, M. GENTOT avance l'idée selon laquelle son absence des dispositions de la loi de 1978 s'expliquerait par le fait que « *le traitement des données à caractère personnel excède très largement le seul registre de la protection de la vie privée et touche aux fonctions même de l'Etat de droit. Le citoyen ne peut pas consentir à un amoindrissement des garanties qui lui sont reconnues par l'Etat de droit, c'est-à-dire par le contrat social qui le fonde* ». Or, telle ne semble pas être la philosophie de la directive communautaire qui se focalise plus spécifiquement sur la protection de la vie privée.

## B. Le consentement à la réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978

**284. Interprétation autonome.** - Même s'il entretient une filiation avec le consentement de la loi du 6 janvier 1978, le consentement de l'article 13 al. 2 doit être lu et appliqué de façon indépendante par rapport, notamment, aux dispositions de l'article 7 de la loi informatique et libertés. On l'a dit, si l'on considérait qu'il s'agissait simplement d'un renvoi, c'est l'exigence même de consentement qui s'effacerait, puisqu'elle tomberait sous le coup de l'exception de l'article 7-1, la mise à disposition de l'information constituant indubitablement une obligation légale pour la personne détentrice des données. Une telle consécration du consentement au traitement n'est d'ailleurs pas une nouveauté, le législateur l'ayant reconnue, ici ou là, dans le cadre de réglementations particulières, notamment les communications électroniques. S'agissant d'une exigence autonome, qui a toutefois le même objet que le principe sus-évoqué, il faut considérer sa portée (1) et les conditions de sa mise en œuvre (2) car ni la loi, ni le décret du 30 décembre 2005 n'en font véritablement état.

---

577. Les considérants 3 et l'article 1er du texte communautaire sont assez édifiants. On peut lire dans le second que « Les Etats membres assurent, conformément aux dispositions de la présente directive, la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Les Etats membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre Etats membres pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1 ».

## *1. La portée du consentement à la réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978*

**285. Une exigence rigoureuse dans son principe.** - À première vue, la portée de l'exigence de consentement est très importante ; à la différence de la loi du 6 janvier 1978, elle n'est entourée d'aucune exception. De fait, le recueil du consentement des personnes concernées par une réutilisation de leurs données personnelles devra être systématique. Une telle rigueur, bien sûr, est préjudiciable à l'exploitation commerciale de l'information publique. Premièrement, parce que les personnes concernées par la mise à disposition des données les concernant ne seront pas forcément favorables à ce qu'elles soient exploitées. Secondement, parce que dans l'hypothèse où une majorité de personnes y consentirait, il suffirait que l'ensemble informationnel soit privé d'une petite quantité d'informations pour que l'exploitation perde l'essentiel de son intérêt économique. Cela dit, à notre avis, le texte est clair et n'admet pas d'autres interprétations. Dès lors, l'exigence du consentement devrait constituer un obstacle réel à la réutilisation des informations publiques.

**286. Une exigence à la portée pratique relativement réduite.** - Néanmoins, en élargissant un peu la perspective, il faut encore une fois réfléchir sur le champ d'application de l'exigence de consentement. Et, de ce point de vue, il fait peu de doute que la portée de cette exigence est moins importante qu'il n'y paraît puisqu'elle ne concernera effectivement qu'un nombre relativement restreint de bases de données publiques.

Il convient d'abord d'excepter toutes les informations produites dans le cadre d'un service public industriel et commercial, qui seront soumises au droit commun. L'exploitation des données publiques qu'elles contiennent sera plus certainement conditionnée par le principe de finalité du traitement. Ensuite, c'est très important, il conviendra aussi d'exclure tous les ensembles informationnels qui, en vertu d'une disposition législative ou réglementaire doivent faire l'objet d'une communication ou d'une mise à disposition. Il s'agit de l'ensemble des bases de données publiques accessibles au public (v. partie II). Cette exception à l'exigence de consentement recouvre potentiellement les bases de données publiques les plus importantes, celles qui sont produites par les diffuseurs publics institutionnels, dont la communication et l'exploitation des informations a été reconnue de longue date. Ainsi, les bases de données de l'INSEE, de l'INPI ou le fichier électoral tomberont sous le coup de cette exception, qui ne fait d'ailleurs que consacrer la pratique consultative de la CNIL. On peut encore rajouter, on l'a dit, que certaines données personnelles sont exclues du champ d'application du droit de réutilisation en raison de l'exception à la communication que la loi du 17 juillet 1978 consacre au titre de la protection de la vie privée. Si l'on rajoute à cela l'exception d'anonymisation, on peut dire que le consentement ne devrait être requis que de manière résiduelle.

## *2. L'expression du consentement à la réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978*

**287. Le contenu et les conditions d'expression du consentement** - La loi et son décret d'application ne disent rien de la manière ou du moment dont le consentement à la réutilisation doit être exprimé. Aussi faut-il considérer que la forme d'expression du consentement, ainsi que l'information de la personne concernée, devrait suivre ou s'inspirer des prescriptions de la loi informatique et libertés. Il appartiendrait à la personne publique qui collecte les données, voire au réutilisateur, d'obtenir le consentement des personnes concernées par une éventuelle réutilisation.

La CNIL, saisie pour avis sur le projet d'ordonnance relative à la réutilisation des information publique, avait toutefois indiqué des exigences plus strictes et plus lourdes à mettre en œuvre : « le recueil préalable du consentement de l'intéressé à la réutilisation de ses informations ne saurait être envisagé que dans la mesure où ce consentement serait réellement libre et éclairé. À cet effet, la personne devrait être précisément informée de l'objet de la réutilisation envisagée et des conséquences de son acceptation (...) le projet de décret qui sera pris en application de l'ordonnance devrait comporter les termes suivants : le consentement libre et éclairé doit être recueilli sur une finalité de réutilisation clairement déterminée ».

Même si la loi et le décret n'ont pas repris ces avis, on peut sans doute penser que le consentement devra revêtir les deux caractères indiqués par la CNIL. C'est-à-dire qu'il devra être éclairé par une information préalable de la personne intéressée et qu'il ne devra être conditionné d'aucune façon, par exemple être lié à l'attribution d'un droit. En fait, ce ne sont là que les corollaires de l'expression du consentement qui sont aussi valables dans le cadre de la loi informatique et libertés. La Commission indique aussi que la personne devra être informée sur « l'objet de la réutilisation » et ses « conséquences », c'est-à-dire, au fond, la finalité de la réutilisation. En dehors du fait que la CNIL, mais cette exigence n'est pas explicitement reprise par la loi, impose une obligation de précision pour éviter les usages multiples de l'information, la mention de l'objet et des conséquences de la réutilisation pose la question du moment dans lequel le consentement doit intervenir. Si c'est lors de la collecte de l'information par la personne publique, une telle précision est difficile à connaître sauf pour des exploitations qui ont déjà lieu. Aussi, faut-il admettre que le recueil du consentement doit se faire par la personne publique une fois que la réutilisation a été accordée. Ce système est évidemment lourd, lent et coûteux à mettre en œuvre. On pourrait cependant, en s'inspirant des dispositions de la loi informatique et libertés, admettre que ce soit le réutilisateur qui procède à cette information<sup>578</sup>. Dans ce cas la connaissance du ou des traitements serait très

578. L'article 32 de la loi informatique et libertés prévoit en effet que, lorsque la collecte d'informations n'a pas été réalisée auprès de la personne concernée - c'est toujours le cas en matière de commercialisation des données publiques ou de réutilisation, puisque l'information qui se trouve collectée par le service public est

précise, mais le système d'information tout aussi difficile à mettre en œuvre. La loi, ne prévoyant rien, autorise ces deux possibilités qui présentent autant de difficultés pratiques dans leur mise en œuvre.

Dans une récente délibération à rendre à propos de la réutilisation des données cadastrales, la CNIL, semble-t-il, fait peser cette obligation d'obtention du consentement sur le réutilisateur de l'information publique<sup>579</sup>. Elle ne subordonne la délivrance des données par la personne publique qu'à la condition que celle-ci informe le demandeur des conditions d'utilisation des données. La CADA semble aussi faire peser le recueil du consentement sur le réutilisateur. Une telle exigence restreint les possibilités d'exploiter l'information.

## §2 - L'ANONYMISATION

**288. Principe de l'anonymisation.** - Il n'est rien à dire sur l'aptitude de ce procédé à assurer la compatibilité entre la réutilisation et le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978, puisque la CNIL a très souvent validé cette technique qui permet d'occulter les données personnelles des ensembles informationnels qui n'auraient, autrement, pas pu faire l'objet d'une utilisation nouvelle, parce que contraire avec la finalité du traitement initialement définie<sup>580</sup>. On remarquera seulement que cette technique n'est pas toujours pertinente, notamment lorsque l'ensemble informationnel est uniquement constitué de données personnelles et que ce sont précisément ces informations qui sont recherchées par le réutilisateur.

**289. Conditions de mise en œuvre.** - Les conditions dans lesquelles la loi et, surtout, son décret d'application décrivent la mise en œuvre de l'anonymisation peuvent, si elles sont appliquées rigoureusement, empêcher la réutilisation de certains ensembles informationnels. En effet, l'article 40 du décret du 30 décembre 2005 dit que « lorsque la réutilisation n'est possible qu'après anonymisation des données à caractère personnel, l'autorité détentrice y procède sous réserve que cette opération n'entraîne pas des efforts disproportionnés ». Cela signifie simplement que l'autorité détentrice des données peut, à condition de justifier de

---

obtenue par celui qui entend l'exploiter par simple communication - « le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à cette dernière les informations énumérées au I dès l'enregistrement des données ou, si une communication des données à des tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication des données ». Il faut souligner que pour la réutilisation, cette obligation est indépendante de l'obligation d'obtenir le consentement de la personne concernée par le traitement.

579. Délibération n° 04-074 du 21 septembre 2004 *portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données personnelles mis en œuvre par les communes aux fins de consultation de données issues de la matrice cadastrale, modifiée par la délibération n° 2007-190 du 10 juillet 2007.*

580. v. *infra*, partie II.

l'existence d'un « effort disproportionné » dont on ne sait rien au regard du texte, refuser la réutilisation. C'est cette lecture négative qui a souvent été avancée par la doctrine ou au sein des milieux professionnels <sup>581</sup>, cependant on remarquera, et il nous semble que cela a été perdu de vue, qu'en réalité l'article 40 impose une véritable obligation d'anonymisation à l'administration. Il dit, on y insiste, que l'administration « y *procède* ». Aussi, la perspective se trouve-t-elle renversée. Loin de constituer un alibi sur lequel l'administration pourrait s'appuyer pour refuser la communication des données, la prévision des efforts disproportionnés ne devrait pouvoir être utilement invoquée que dans des situations résiduelles dans lesquelles l'administration se trouve devant d'importantes difficultés pour mettre en œuvre l'anonymisation.

La question se pose alors de savoir en quoi peuvent consister ces efforts disproportionnés qui pourraient mettre en échec la réutilisation. À défaut de toute précision apportée par les textes, il est difficile de les deviner. L'appréciation de ces « efforts » se fera *in concreto*, au cas par cas, en fonction des contraintes techniques, matérielles, financières, qu'induit l'anonymisation de l'information pour l'administration et, éventuellement, sous le contrôle du juge. Cependant, l'argument financier, qui consisterait à dire que l'anonymisation entraîne des charges financières exorbitantes pour l'administration ne devrait pas prospérer. En tout cas, il ne devrait pas être pris en compte en tant qu'élément permettant de justifier d'un effort proportionné. En effet, l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit explicitement que les organismes publics producteurs d'informations publiques peuvent répercuter sur les réutilisateurs les coûts engendrés par l'anonymisation des données.

## **290. Le contournement de l'anonymisation par voie législative ou réglementaire. -**

Le législateur a prévu qu'à défaut d'anonymisation, la réutilisation serait possible si elle était reconnue par un texte de nature législative ou réglementaire. Cette disposition est bienvenue. Elle permet en premier lieu de couvrir la situation des organismes publics qui, se trouvant dans le champ d'application de la loi, procèdent depuis de nombreuses années à la réutilisation de leurs données, parce qu'un texte de nature réglementaire les autorise à diffuser ou à publier telles ou telles données ou ensemble informationnel. En fait, on peut même penser que cette disposition a pu être inspirée par la pratique de la CNIL qui ne s'est jamais opposée à la mise à disposition d'ensembles informationnels, dès lors que le service public avait plus ou moins directement pour objet de les diffuser ou de les publier. En second lieu, elle permet la prise en compte de situations dans lesquelles la mise en œuvre de l'anonymisation serait tout à fait décevante et ferait perdre sa valeur économique à une base de données. Enfin, quoiqu'elle soit rattachée à l'anonymisation, elle permet de sortir de

---

581. BATTISTI (M.), « Diffusion et réutilisation des données publiques : un nouveau marché à haut potentiel », *Documentaliste – Sciences de l'information*, 2006 n° 1.

l'alternative un peu rigide entre, d'une part, le principe du consentement et, d'autre part, l'anonymisation.

La mise en œuvre de cette exception est relativement souple. Le législateur n'a pas suivi les préconisations de la CNIL qui estimait que les dérogations au principe de protection des données personnelles devaient relever du seul niveau législatif<sup>582</sup>. Eût-il vraiment été nécessaire d'adopter une disposition législative pour autoriser une collectivité territoriale à procéder à la réutilisation ou à autoriser la réutilisation d'un ensemble informationnel particulier ? En outre, la définition de ces textes après avis de la CNIL devrait quand même assurer leur conformité aux prescriptions de la loi informatique et libertés.

### §3 - LA REGLE DE RENVOI AUX DISPOSITIONS DE LA LOI DU 6 JANVIER 1978 : L'ARTICLE 13 AL. 1<sup>ER</sup> DE LA LOI DU 17 JUILLET 1978

#### **291. Soumission du traitement du réutilisateur à la loi informatique et libertés. -**

La portée de l'article 13 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978, qui rappelle que la réutilisation de l'information publique est subordonnée au respect de la loi du 6 janvier 1978, est, à certains points de vue, clairement délimitable. Parce qu'au sens de cette législation, la réutilisation n'est qu'un traitement de données à caractère personnel, toutes les formalités préalables au traitement devront être accomplies auprès de la CNIL par la personne publique qui fournit l'information mais aussi (surtout) par la personne privée qui désirerait exploiter de telles données<sup>583</sup>. Bref, la réutilisation doit respecter les dispositions du chapitre IV de la loi informatique et libertés. En outre, l'organisme public et le réutilisateur éventuel se trouvent aussi soumis aux dispositions de l'article V de cette même loi, qui impose des obligations particulières aux responsables des traitements de données personnelles. L'obtention du consentement ou l'anonymisation des données ne dispense pas le traitement mis en œuvre par le réutilisateur du respect des exigences de la loi informatique et libertés.

**292. Difficulté d'interprétation. -** D'un point de vue matériel, l'articulation entre les dispositions de l'article 13 al. 1<sup>er</sup>, qui peuvent se comprendre comme un renvoi à la loi du 6 janvier 1978, et celles de l'article 13 al 2 n'est cependant pas facile à établir. En fait, c'est seulement pour ce qui concerne le principe du consentement préalable que certaines interrogations se posent. On a dit que l'exigence de consentement était, du point de vue de son régime juridique, complètement autonome de celle qui figure à l'article 7 de la loi

582. CNIL, dél. n°2005-094 du 19 mai 2005, *délibération portant avis sur le projet d'ordonnance relatif à la réutilisation des informations publiques et modifiant la loi 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*, préc.

583. *Ibid.*



informatique et libertés. Il n'en demeure pas moins qu'une telle indépendance est assez gênante, du moins intellectuellement. Elle signifie simplement que la licéité de la réutilisation est uniquement appréciée au regard du consentement préalable et pas du principe de finalité du traitement. Or, c'est le principe de finalité qui constitue le critère principal de la licéité d'un traitement et que, de plus, dans le cadre de la loi du 6 janvier 1978, le consentement préalable n'est pas réellement autonome par rapport au principe de finalité. C'est l'analyse au regard de ce principe qui est capitale. Autrement dit, au regard de la loi informatique et libertés, la condition du consentement ne saurait justifier à elle seule la réutilisation que si cette dernière s'avère possible au regard du principe de finalité. Car, c'est le principe de finalité qui précède et qui dépasse la condition du consentement. Réfléchissant sur l'influence des critères de légitimité des traitements de données à caractère personnel inscrit dans l'article 7 de la loi du 6 janvier 1978, Mme MALLET-POUJOL s'interrogeait sur le fait de savoir si leur satisfaction – dont le consentement préalable au traitement – suffisait à elle seule à légitimer un traitement. Elle considère que non : « Il est clair que cet article (article 7) ne se comprend que conjugué avec les autres. Le seul consentement de la personne ne légitime pas un traitement dont la méthode et la finalité ne seraient pas licites, à fortiori pour des données sensibles, pas plus que le contrat ou l'exécution d'une mission d'intérêt public ne légitimerait n'importe quel fichier (...) le raisonnement sur la légitimité du traitement doit essentiellement être mené au regard de sa finalité »<sup>584</sup>.

Dès lors, doit-on considérer que l'application de l'article 13 al. 2 de la loi du 17 juillet 1978, pour ce qui concerne la condition de consentement, doive s'appuyer sur le principe de finalité?

Trois arguments, d'inégale valeur, nous permettent d'affirmer que, dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978, la légitimité de la réutilisation s'appréciera uniquement au regard du principe du consentement. On pourra d'abord dire que pour le législateur ou la CNIL, ce cadre réglementaire constituait bien un régime juridique spécial, distinct de la loi du 6 janvier 1978. Ensuite, on pourra faire le constat suivant lequel, dans d'autres situations, on pense ici aux communications électroniques, le principe du consentement a été mis en œuvre sans que cela nécessite vraiment le détour d'une analyse par le principe de finalité. Mais ces hypothèses étaient très différentes, les données personnelles et les types d'usage de l'information précisément identifiés, ce qui est loin d'être le cas de la réutilisation des données publiques. En réalité, il n'est qu'un seul argument qui permette d'écarter définitivement toute possibilité de recours à une analyse sur la finalité du traitement. La loi du 17 juillet 1978 prévoit un droit à la réutilisation, qui se définit comme un usage des données étranger aux raisons pour lesquelles elles ont été collectées dans le cadre du service public. En conséquence, par principe, l'exercice du droit de réutilisation implique que des données personnelles puissent être utilisées dans un but autre que celui pour la satisfaction duquel elles ont été collectées et

---

584. MALLET-POUJOL (N.), « La réforme de la loi informatique et libertés », *préc.*

traitées à l'origine. Comment dès lors concilier le principe de finalité du traitement, qui permet d'écarter un usage de données incompatible avec la finalité de départ avec le droit de réutilisation, qui postule justement un usager étranger à la finalité initiale du traitement ? Pour permettre à la réutilisation de se réaliser, il fallait alors écarter le principe de finalité du traitement. Autrement, il eût été trop contraignant et aurait pu empêcher dans un très grand nombre d'hypothèses la réutilisation. Si tant est que ce soient les seules, on comprend mieux les raisons qui ont conduit le législateur à mettre en place un embryon de régime juridique relatif à la protection des données personnelles dans le cadre du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 relatif à la réutilisation des informations publiques.

L'article 13 al. 1 doit donc se comprendre comme un renvoi aux règles de formes établies par la loi du 6 janvier 1978, ainsi que l'indique la CNIL. Quant aux règles de fond, celles qui permettent d'assurer la compatibilité entre la loi informatique et libertés et la loi du 17 juillet 1978, elles sont visées par l'article 13 al. 2 de ce même texte.

## Section III

### Les licences de réutilisation

**293. Licences de réutilisation et redevances.** - La loi du 17 juillet 1978, suivant en cela les préconisations de la directive<sup>585</sup>, n'impose pas aux organismes publics d'établir des licences de réutilisation pour formaliser leurs relations avec le réutilisateur et fixer les conditions d'usage ou de circulation de l'information communiquée. La conclusion d'une licence de réutilisation est purement facultative et, dans le cas où elle ne serait pas exigée, les conditions générales de réutilisation de l'article 12 s'appliqueraient. La licence de réutilisation est requise par la loi dès lors que la mise à disposition des informations publiques donne lieu à perception d'une redevance. Aussi, on peut penser, du moins pour les organismes publics pour lesquels la mise à disposition des informations qu'ils détiennent constitue une source importante de financement, que ces licences serviront couramment à fixer des conditions d'utilisation des informations publiques différentes de celles que la loi impose et variant à raison des données en cause ou de la nature de leur utilisation. A cet égard, il faut dire, en vérité, que la loi ne change rien à la pratique des administrations qui mettent depuis longtemps des données publiques à disposition du secteur privé, car le commerce des données

---

585. Le considérant 17 de ce texte prévoyait que la réutilisation pouvait avoir lieu sans qu'une licence soit délivrée alors que dans d'autres cas, lorsqu'il se serait agi de subordonner la réutilisation à certaines conditions, une licence aurait pu être imposée. De fait, le texte communautaire distinguait deux situations, le cas dans lequel, en dehors d'une licence, la réutilisation aurait eu lieu sans condition et le cas où, en présence d'une licence, la réutilisation aurait été soumise à des conditions. En revanche, la loi du 17 juillet 1978 subordonne toujours la réutilisation à des conditions de réutilisation qu'elles résultent, en l'absence de licence, de l'article 12 ou qu'elles découlent directement d'une licence.

publiques s'est toujours appuyé sur des conventions dénommées « contrat de licence ». La loi ne fait donc qu'accueillir et confirmer la pratique contractuelle de ces organismes publics, tout en établissant une discrimination entre les données soumises à tarification et les autres. On voit alors se dessiner un régime juridique de la réutilisation différant selon que la fourniture de l'information publique donne lieu ou pas à la perception d'une redevance pour service rendu

Cela étant dit, le texte législatif et son décret d'application sont fort peu prolixes sur la question des licences. Sauf à transposer exactement les dispositions de la directive et poser quelques repères relativement à leur contenu, on ignore à peu près tout de leur régime juridique. Par conséquent, après avoir étudié les dispositions que la loi consacre aux licences de réutilisation (sous-section 1), au regard de la pratique contractuelle de certains organismes publics, on essaiera de définir les principaux traits de leur régime juridique (sous-section 2).

## SOUS-SECTION 1

### LES LICENCES DE REUTILISATION DANS LA LOI DU 17 JUILLET 1978

**294. Plan.** – L'étude des dispositions législatives consacrées aux licences de réutilisation appelle trois développements. En premier lieu, il conviendra de s'interroger sur la raison d'être, l'objet, de l'association spécifique prévue par l'article 16 de la loi du 17 juillet 1978 entre, d'une part, les licences de réutilisation et, d'autre part, la perception d'une redevance. (§1). En second lieu, il faudra examiner la réglementation du contenu des contrats de licence établie par la loi du 17 juillet 1978 qui, bien qu'elle soit assez lâche, laissant par là une grande liberté aux organismes publics et le soin de définir, en fonction des contraintes qui pèsent sur leur activité, les obligations que les contrats de licence devront comporter, elle comprend un certain nombre de dispositions qu'il convient d'évoquer. Elle souligne notamment l'importance des règles de concurrence. Enfin, c'est la principale innovation voulue par le législateur communautaire, des dispositions pratiques sont destinées à faciliter l'usage et la connaissance de telles conventions (§3).

## §1 - L'objet des licences de réutilisation

**295. Licences et redevances pour service rendu.** - L'article 16 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978 dispose que « lorsqu'elle est soumise au paiement d'une redevance, la réutilisation d'informations publiques donne lieu à la délivrance d'une licence ». En associant la perception d'une rémunération contre la communication des informations à l'octroi d'une redevance, la loi confère un objet supplémentaire aux licences de réutilisation. En effet, au-delà de la formalisation des relations entre l'administration et le réutilisateur, l'établissement

d'une licence est, pour l'organisme public détenteur des fonds informationnels, une condition d'obtention d'une rémunération. L'article 16 al. 1<sup>er</sup> est assez clair et le commentaire que la CADA en a fait est tout aussi explicite : « le rôle principal » de la conclusion d'une licence « est de permettre à l'autorité de percevoir une redevance »<sup>586</sup>. Les conséquences de la liaison entre, d'une part, la perception d'une redevance et, d'autre part, la conclusion d'une licence sont assez radicales pour l'administration : elle ne pourrait pas réclamer le paiement d'un prix pour la communication des données si elle ne pouvait pas proposer une licence de réutilisation. « Le fait que l'administration ne serait pas en mesure de faire payer une redevance, faute de texte l'instituant ou de licence type en définissant les conditions, ne saurait faire obstacle au droit de réutilisation institué par la loi. Cette réutilisation sera, en pareil cas, gratuit. »<sup>587</sup>

La signification et la portée de l'article 16 al. 1 circonscrit, il convient d'évoquer deux questions. La première consiste à savoir si les organismes publics peuvent conclure une licence de réutilisation dans l'hypothèse où ils n'entendraient pas subordonner la réutilisation au paiement d'une redevance (A). La seconde porte sur les raisons qui ont conduit le législateur à poser une telle condition (B).

### *A. La possibilité de conclure des licences de réutilisation en dehors de la perception d'une redevance*

**296.** - La rédaction sibylline de l'article 16 al. 1 ainsi que la présence, à l'article 12, de conditions générales de réutilisation pourraient laisser à penser qu'une licence n'est requise que dans le cas où l'administration déciderait de percevoir une rémunération pour la communication des informations publiques. C'est ainsi, en tout cas, que certains auteurs ont interprété les dispositions de l'article 16. « La formalisation des relations contractuelles, dans l'article 16, est subordonnée à l'existence d'une redevance. L'on ne comprend pas pourquoi la mise à disposition gratuite des données ne passerait pas également par l'octroi d'une licence »<sup>588</sup>. Cependant, la lecture du texte de la loi ne nous permet pas de souscrire à cet avis qui peut d'ailleurs aussi être mis en cause au regard de textes plus récents ou de la pratique administrative. En effet, l'article 16 ne fait qu'obliger les organismes publics à recourir à une licence lorsqu'ils subordonnent la communication de l'information à une tarification, il n'est pas possible d'en déduire qu'ils ne peuvent pas conclure une licence dans le cas où la mise à

586. CADA, rapport d'activité pour l'année 2005, p. 57.

587. Circulaire du 29 mai 2006, n°5156/SG *portant réforme des dispositions régissant l'accès aux documents administratifs et l'institution d'un droit de réutilisation des informations publiques*, préc.

588. BRUGUIERE (J-M.), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.

disposition serait gratuite. Rien ne l'interdit explicitement. Et l'on ne voit pas pourquoi la loi procéderait ainsi, alors que de telles licences seraient destinées à préciser pour certaines catégories d'information leurs conditions d'usage de manière plus exhaustive et plus adaptée à leur nature. La circulaire précitée confirme ce point de vue en disant qu'il n'est pas interdit à l'administration d'utiliser également des licences en cas de mise à disposition gracieuse. Cependant, la portée des conditions de réutilisation qu'une telle licence comporterait semble être relativement limitée au point que, eu égard à l'interprétation qu'a pu en faire la CADA, on peut douter de leur utilité. En effet, la circulaire du 29 mai 2006 assigne à ces licences une fonction relativement restreinte puisqu'elles ne pourraient servir qu'à rappeler et, éventuellement, préciser les conditions de l'article 12<sup>589</sup>.

*Quid* dès lors des administrations qui possèdent des droits de propriété intellectuelle sur les contenus ; ne pourraient-elles pas s'en prévaloir pour lier plus directement les conditions d'utilisation de l'information à l'exercice de leurs droits ? Il ne le semble pas. Et quand bien même cela serait possible, serait-ce vraiment utile ? Les prérogatives que l'administration revendiquerait au titre de la propriété intellectuelle devraient de toutes les façons être conciliées avec les exigences de la réutilisation. Autrement dit, elle aurait une portée beaucoup plus faible que celle que l'on pourrait leur attribuer par ailleurs. De plus, on le rappelle, les conditions de l'article 12 ont précisément été mises en œuvre pour garantir, indépendamment du droit de la propriété intellectuelle, la protection de l'intégrité des contenus informationnels du secteur public dans le contexte particulier de la réutilisation. Dans l'avis précité<sup>590</sup> de la CADA, relatif à la mise à disposition par le ministère de l'écologie de cartes réalisées par le ministère de l'environnement, l'administration avait effectivement revendiqué un droit d'auteur pour établir des conditions de réutilisation assez restrictives, or la commission a considéré en définitive que celles de l'article 12 leur étaient substituables. C'est à l'aune de cette décision que l'on peut aussi relativiser l'intérêt pour les administrations de conclure une licence de réutilisation lorsqu'elles entendent mettre l'information publique gratuitement à disposition. L'autorité administrative a en effet estimé que le rappel des dispositions de l'article 12, assorti « de leur commentaire, de la définition des modalités pratiques qui permettront à l'administration de s'assurer que le sens des données publiques réutilisées ne soit pas altéré et que les sources et la date de leur mise à jour seront mentionnées, suffirait à atteindre l'objectif poursuivi », indépendamment du recours à une licence de réutilisation. En bref, le rôle de la licence étant assez limité dans le cas où aucune redevance n'est perçue par l'administration, il lui suffirait de porter à la connaissance des réutilisateurs, lors de la communication des données, cet ensemble d'informations.

---

589. Circulaire 5156/SG préc.

590. CADA, avis u 16 mars 2006, n° 20060771, Direction régionale de l'environnement des Pays-de-Loire, préc.

*B. Les justifications de l'obligation de conclure une licence pour la perception d'une redevance*

**297. Conjectures.** - Les raisons qui ont conduit le législateur à subordonner la perception d'une redevance à l'octroi d'une licence ne sont pas explicites ; en fait, elles n'ont jamais été évoquées. Par conséquent, nous ne proposerons que des conjectures.

En associant la tarification de l'information à la licence de réutilisation, le législateur a peut-être eu l'intention de consacrer la pratique des organismes publics qui ont toujours conclu des licences, c'est-à-dire des conventions qui fixaient, à la fois, le prix et les conditions d'exploitation des données. Il n'est pas impossible que ce fut là l'intention du législateur.

Une seconde explication repose sur cette considération. La loi peut avoir établi une ligne de partage entre les administrations pour lesquelles la réutilisation des données publiques constitue une source importante de revenus et celles pour lesquelles les bénéfices escomptés par la mise à disposition de leurs données ne seraient pas très importants. Il s'avère en effet que la subordination de la perception d'une redevance et l'établissement d'une licence est relativement contraignante pour les organismes publics. Cela leur impose de précisément identifier le gisement des données, de déterminer les conditions d'exploitation particulières à telle ou telle information. Si l'on exclut le fait qu'une telle condition serait imposée pour limiter la possibilité de percevoir une rémunération de la communication des données, cette circonstance nous conduit à penser que, lorsque l'administration est amenée à percevoir un prix, qui peut parfois être important, un formalisme plus poussé profitable au réutilisateur est exigé de celle-ci qui devra en ce cas prévoir avec plus de précisions les conditions de réutilisation des données. Etait-il nécessaire de mettre en oeuvre un tel formalisme pour toutes les administrations, ce qui peut se révéler coûteux, alors qu'elles ne retireraient pas les mêmes bénéfices de la réutilisation ? En outre, faut-il rappeler que la réutilisation vise aussi une forme d'usage non commercial ? Dès lors, devait-on imposer à tous les organismes publics de mettre en place des licences ?

La liaison entre les licences de réutilisation et la perception d'une redevance, c'est-à-dire, au fond, entre le régime général de la réutilisation fixé à l'article 12 et le régime particulier qui peut découler de la mise en place d'une redevance, a été mis en place pour tenir compte de l'hétérogénéité des situations dans lesquelles se trouvent les organismes publics susceptibles de communiquer leurs informations à des fins de réutilisation. Il ne fallait pas imposer des charges excessives aux administrations qui ne pourraient retirer de la réutilisation d'importants bénéfices tout en maintenant la pratique des autres organismes publics.

## §2 - Le contenu des licences de réutilisation

**298. Réglementation minimale.** - Les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 et de son décret d'application, relatives au contenu de réutilisation de l'information publique peuvent être présentées comme des règles destinées à encadrer le pouvoir de chaque administration dans la détermination, notamment, des conditions de réutilisation. Pour l'essentiel, l'article 16 al. 2 de la loi du 17 juillet 1978, borne le pouvoir de chaque organisme public en établissant qu'un principe de proportionnalité doit présider à la rédaction des stipulations restreignant l'usage des données et en rappelant l'incidence des règles du droit de la concurrence. La « licence fixe les conditions de réutilisation des informations publiques. Ces conditions ne peuvent apporter de restrictions à la réutilisation que pour des motifs d'intérêt général et de manière proportionnée. Elles ne peuvent avoir pour objet ou effet de restreindre la concurrence ». On évoquera par conséquent les principes gouvernant la détermination du contenu des conventions : d'une part, le principe de proportionnalité et, d'autre part, le respect des règles de concurrence. Le détail des clauses pouvant figurer dans ces contrats ne sera pas abordé ici, on se reportera dans les développements relatifs au régime général des licences de réutilisation.

### *A. Les restrictions à la réutilisation et le principe de proportionnalité*

**299. Conditions de réutilisation et intérêt général.** - On a déjà évoqué cette question à propos des conditions d'altération de l'information en affirmant que l'on devait interpréter le contenu et la portée de l'exigence d'intégrité à l'aune du droit de réutilisation qui postulait, pour le réutilisateur, la possibilité d'accéder et d'exploiter un contenu informationnel, et de l'intérêt général qui pouvait commander que l'administration prenne des mesures de sauvegardes destinées à préserver la qualité de l'information, sans pour autant empêcher l'exercice du droit de réutilisation. Les remarques précédentes seront donc simplement rappelées ici. L'alinéa 2 de l'article 16 dispose en effet que la « licence fixe les conditions de réutilisation des informations publiques. Ces conditions ne peuvent apporter de restrictions à la réutilisation que pour des motifs d'intérêt général et de façon proportionnée ». Cela signifie simplement que si l'organisme public définit des conditions relatives à l'intégrité des informations, il doit les déterminer de manière à ce que la préservation des intérêts généraux, dont il a la charge, n'affecte pas outre mesure la réutilisation, de telle sorte qu'elle soit complètement empêchée par exemple. La CADA a pu estimer que les conditions de réutilisation, fixées par le ministère de l'écologie dans ses licences, qui étaient de nature à restreindre ou faire obstacle à la réutilisation des informations publiques demandées, étaient disproportionnées par rapport aux motifs d'intérêt général invoqués par l'administration ; en

l'occurrence, il s'agissait précisément de prévenir l'altération et la dénaturation de l'information<sup>591</sup>. Ainsi, la loi impose aux organismes publics, qui doivent garantir pour des raisons d'intérêt général la qualité des données, de préalablement procéder à un test de proportionnalité qui mette à confrontation la nature des restrictions qu'elles comptent adopter et le droit de réutilisation, qui ne pourrait être remis en cause que dans des situations exceptionnelles, l'organisme public devant rechercher les restrictions qui soient le moins attentatoires possible pour la réutilisation.

### *B. Les conditions de réutilisation et le respect du droit de la concurrence*

**300. Conditions de réutilisation et discriminations abusives.** - L'article 16 al. 2 procède à un rappel général ; les conditions de réutilisation fixées dans les licences ne doivent pas contrarier le droit de la concurrence en empêchant certains opérateurs d'accéder aux ressources détenues par les organismes publics, ou en opérant des discriminations entre les entreprises qui se trouveraient dans une situation comparable. Il semble d'ailleurs que ce soit plus particulièrement le grief de discrimination qui soit visé par ces dispositions, puisque l'article 38 du décret, qui transpose l'article 10 al. 1 de la directive<sup>592</sup>, dit que « les conditions de réutilisation des informations publiques sont équitables, proportionnées et non-discriminatoires pour des catégories comparables de réutilisation »<sup>593</sup>. On remarquera immédiatement que l'appréciation de l'existence d'une discrimination s'apprécie à raison de la forme de réutilisation. Cela signifie bien sûr que la réutilisation commerciale ne saurait être soumise aux mêmes conditions que la réutilisation non commerciale, mais cela implique aussi d'opérer des distinctions à l'intérieur de la catégorie « réutilisation commerciale ». Il ne nous semble pas possible de traiter de la même manière, notamment d'un point de vue tarifaire et aussi au plan des modifications qui pourraient être apportées aux données, une réutilisation qui aurait pour but la création et la diffusion d'un nouveau produit d'information sur le marché et une réutilisation qui tendrait à l'usage des données publiques aux fins de constitution d'une base de données clients ou de prospects. Aussi, les organismes publics

591. CADA, avis, 16 mars 2006, *Parcelles et Polygones SARL*, préc.

592. Cet article était exclusivement consacré à la prévention des pratiques discriminatoires. « Toute condition applicable en matière de réutilisation est non-discriminatoire pour des catégories comparables de réutilisation. »

593. Le principe de non-discrimination est accompagné, pour garantir son effectivité, d'une certaine transparence. Le décret, conformément à la directive, prévoit en effet à l'article 10 al. 2, que les « conditions (de réutilisation), ainsi que le montant des redevances liées aux licences types prévues à l'article 16 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée, sont fixés à l'avance et publiés, le cas échéant, sous forme électronique » (v. *supra*).



doivent-ils veiller à adapter leurs licences en fonction des types de réutilisation pour ne pas tomber sous le coup du grief de non-discrimination. Pour le reste, la loi et la directive ne disent rien de plus et renvoient à l'application du droit de la concurrence. La question de la discrimination tarifaire étant abordée dans la seconde partie de cette étude, nous nous limiterons à faire quelques rappels.

La notion de discrimination renvoie, en droit de la concurrence, à l'idée de rupture d'égalité des chances dans la concurrence. Elle peut viser, dans le cas de la réutilisation, deux situations déterminées. Le fait pour l'organisme public d'établir des conditions d'exploitation de l'information publique telles, que les réutilisateurs ne puissent pas proposer une offre comparable à la sienne sur le marché, par exemple en mettant en place des conditions d'utilisation très restrictives. Elle peut concerner le fait, pour l'organisme public, qu'il ne serait pas en situation de concurrence avec les opérateurs auxquels il délivre l'information à des conditions privilégiées certains d'entre eux.

L'ordonnance du 6 juin 2005, à la suite de la directive 2003/98, adopte des règles relatives aux accords d'exclusivité<sup>594</sup>. La loi ne fait que consacrer des principes habituels en disant, à l'article 14, que « la réutilisation des informations publiques ne peut faire l'objet d'un accord d'exclusivité à un tiers, sauf si un tel droit est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public. Le bien fondé de l'octroi d'un droit d'exclusivité fait l'objet d'un réexamen périodique tout les trois ans ». La loi du 17 juillet 1978, renvoi donc largement au droit de la concurrence pour l'appréciation de tels accords. Il est utile de préciser que l'article 39 du décret d'application institue une procédure particulière de renouvellement des droits d'exclusivité "L'autorité qui a accordé un droit d'exclusivité en application de l'article 14 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée procède au réexamen de son bien-fondé avant tout renouvellement de celui-ci. Le titulaire du droit d'exclusivité est informé de ce réexamen un mois au moins avant l'échéance de ce droit. Le renouvellement d'un droit d'exclusivité ne peut résulter que d'une décision explicite et motivée".

### §3 - Les dispositions pratiques relatives aux licences de réutilisation

**301. Faciliter la conclusion des licences réutilisation.** - Le législateur communautaire, qui n'avait pas évoqué la question du contenu des licences de réutilisation, avait prévu de mettre en place des dispositions pratiques destinées à faciliter la connaissance

594. De tels accords peuvent bien sûr, s'ils ne sont pas aménagés, empêcher la réutilisation. Ainsi, le décret du 31 mai 1996 qui réformait le service public des bases de données juridiques concédait la diffusion externe des données juridiques tout en obligeant le concessionnaire à délivrer des licences pour la réutilisation des données qu'il diffusait. C'est notamment pour cette raison que le Conseil d'Etat valida ce décret. (CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, Rec. p. 491, concl. J-D. COMBEXELLES *AJDA* 1998, P. 362, note B. JORION *D. jur.* 1988, p. 594 ; note B. NOUEL, *AJDA* 1998, p. 369)

des licences et simplifier la manière de les conclure. Suivant en cela l'exemple de pratiques existantes dans certains pays de l'Union européenne, la proposition de directive prévoyait seulement la mise en place d'accords ou de licences types, éventuellement disponibles sur le site Internet de l'organisme public, voire mieux, des licences « click & use » qui, comme leur nom l'indique, peuvent être souscrites en ligne. L'article 10 al. 2 de la directive avalisait cette proposition de la Commission européenne et, à sa suite, l'article 16 al. 3 de la loi du 17 juillet 1978 dispose que : « les administrations qui élaborent ou qui détiennent des documents contenant des informations publiques pouvant être réutilisées dans les conditions prévues au présent article sont tenues de mettre préalablement des licences types, le cas échéant par voie électronique, à la disposition des personnes intéressées ».

Ces dispositions n'appellent pas beaucoup de commentaires, si ce n'est qu'elles imposent aux organismes de porter à la connaissance des réutilisateurs ces licences, ce qui n'est pas bien contraignant. En revanche, cela leur impose une charge importante, définir, quelque fois au cas par cas, des conditions de réutilisation particulières. On soulèvera cependant une interrogation. La proposition de directive soulignait que ces licences devaient faire l'objet d'une certaine uniformisation pour faciliter la tâche des réutilisateurs, tout en laissant la possibilité aux organismes publics de mettre en place leur propre licence. En bref, le législateur communautaire incite ici à une certaine standardisation des contrats, notamment parce qu'elle faciliterait la création de produits européens d'information. Cette question a été évoquée par la doctrine. « Cette standardisation contractuelle pose la question fondamentale de l'existence d'un droit commun de la diffusion des données publique. Peut-on envisager un contrat type pour la diffusion des données aussi différentes que des données météorologiques, juridiques, statistiques ? Doit-on au contraire reconnaître la spécificité de certaines données et l'impossibilité de réduire la mise à disposition de la richesse à une figure contractuelle ? »<sup>595</sup> Nous ne croyons pas que les licences de réutilisation puissent être standardisées en raisons de deux considérations. La première, évidemment, est relative à la nature des données en cause et la nature de leur utilisation. Ces facteurs appelleront très certainement la mise en place de conditions d'exploitation spécifiques. À notre avis, au sein d'un même organisme public, plusieurs licences peuvent exister en fonction de la catégorie d'information concernée. La pratique, non-modifiée à la suite de l'ordonnance du 6 juin 2005, en témoigne. Ensuite, parce que les conditions imposées par la loi de respecter certains principes appellent à l'adaptation des figures contractuelles à raison de la nature de la réutilisation. Il faudrait, à cet égard aussi, tenir compte de la nature des droits dont disposent les administrations sur leurs informations. Trop de paramètres sont à prendre en compte pour admettre que les licences de réutilisation puissent être uniformisées au sein même d'un organisme public.

---

595. BRUGUIERE (J.-M.), « L'exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc.

## SOUS- SECTION 2

### LE REGIME GENERAL DES LICENCES RELATIVES A LA REUTILISATION DE L'INFORMATION PUBLIQUE

**302. Intérêt d'une étude générale sur les contrats relatifs à la mise à disposition des données publiques.** - Une réflexion plus générale sur les licences de réutilisation et, plus globalement, sur les conventions relatives à la mise à disposition des données publiques est utile pour plusieurs raisons. En premier lieu, la loi du 17 juillet 1978 et son décret d'application, on l'a vu, s'avèrent très sommaires à cet égard <sup>596</sup>. Ils ne déterminent pas le contenu des licences ; ils ne suggèrent ni n'indiquent le régime qui leur serait applicable. Or, ces contrats, eu égard à la pratique contractuelle antérieure à l'avènement de la loi, peuvent poser des conditions d'usage de l'information différentes et, quelquefois, beaucoup plus importantes que celles prévues par le texte législatif. Autrement dit, à condition de ne pas limiter indûment les possibilités de réutilisation, les licences peuvent comporter des obligations spécifiques à la charge du réutilisateur ou de l'administration. Relatives à l'usage de l'information, ces obligations conditionnent leur de circulation sur le marché. Aussi, une analyse plus générale des licences permettra-t-elle d'avoir un aperçu des obligations que les licences de réutilisation pourraient mettre à la charge des réutilisateurs. Mais, aussi, en sens contraire, celles qui pourraient être exigées des organismes publics qui mettent à disposition des informations publiques dans le cadre du régime de la réutilisation et que la loi n'évoque pas. En second lieu, l'étude des conventions sur lesquelles le commerce des informations publiques permettra de dégager les principaux éléments de leur régime juridique. Elles mettront en lumière notamment le fait que ces contrats sont souvent relatifs à l'exploitation de droits de propriété intellectuelle que l'administration revendique, à tort ou à raison, sur son fond informationnel et dont il conviendra de concilier l'existence ou l'exercice avec les dispositions de la loi. En troisième lieu, cette étude permettra, au regard la pratique contractuelle, de mettre en perspective certaines des solutions relatives à l'usage de l'information retenues par le législateur. En dernier lieu, au regard du champ relativement limité de l'application de la loi, et l'on déborde là de la stricte optique du régime de la réutilisation fixé par le législateur, il s'avère que les licences de rediffusion ou d'usage des fonds informationnels du secteur public ont constitué et, là où la loi ne s'applique pas, continueront de constituer, le socle sur lequel repose le commerce des données publiques. Or,

596. L'article 41 du décret du 30 décembre 2005, impose un contenu contractuel minimal aux administrations : « Les clauses de licences délivrées par les autorités mentionnées à l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 susvisée doivent porter au moins sur les informations faisant l'objet de la réutilisation, leur source et leur date de mise à disposition, le caractère commercial ou non de leur réutilisation, ainsi que les droits et obligations du licencié, dont le montant de la redevance et les modalités de son paiement ».

la question de leur nature (§1), de leur qualification (§2) ou de leur régime juridique n'a jamais vraiment été évoquée (§3).

## §1- La nature des licences

**303. Interrogation.** - Alors qu'elles ont constitué le support essentiel du commerce des données publiques, la question de la nature des conventions conclues pour les personnes publiques n'a jamais été posée. Peut-être est-ce parce que la réponse est évidente ? Lorsqu'ils communiquent des données au secteur privé ou qu'ils distribuent des produits d'information sur le marché ou auprès d'utilisateurs finals, les organismes publics agissent en dehors, au-delà, de leurs obligations de service public, sans user, en apparence, de prérogatives de puissance publique. Cette affirmation, néanmoins, ne tient pas compte de certains éléments issus de l'observation de la pratique contractuelle et qui, s'ils ne sont pas à eux seuls décisifs, justifient que l'on poursuive un peu plus en avant l'investigation. Certaines des clauses figurant dans les contrats révèlent en effet que des organismes publics situent leur activité de mise à disposition de l'information dans le giron du service public ; or, l'intention des parties n'est jamais indifférente à la qualification du contrat. Outre ce fait, il semblerait aussi que certaines clauses portent la marque de l'inégalité ou plutôt «la marque administrative»<sup>597</sup>. Pour cette raison, on cherchera à déterminer la nature de ces conventions. Deux conventions, qui peuvent au demeurant s'analyser comme des licences de réutilisation au sens de la loi du 17 juillet 1978, retiendront notre attention : la licence de rediffusion<sup>598</sup>, qui conduit à la fourniture d'un ensemble informationnel en vue de la création et la distribution de produits et services d'informations (A) ; la licence d'usage final, qui, comme son nom l'indique, permet seulement au cocontractant d'utiliser les données ou le produit d'information pour ses propres besoins (B).

### A. La nature des licences de rediffusion

597. Concl. RIVET sur CE, 21 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Rec. p. 1109 cité par de LAUBADERE (A.), DELVOLVE (P.) ET MODERNE (F.), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, 2ème ed. T.I, p. 226, n° 174.

598. Au vue de la multiplicité des appellations retenues par la pratique, le choix du terme de licences de rediffusion est tout à fait arbitraire. Ce contrat porte en effet bien d'autres noms. Il est aussi désigné sous le terme de licence de distribution, de commercialisation ou de réutilisation.

**304. Méthode.** - Pour essayer de déterminer la nature administrative ou de droit commun des contrats de rediffusion, on confrontera les clauses qui se retrouvent dans ces conventions aux critères qui sont traditionnellement requis par la jurisprudence administrative pour reconnaître les contrats administratifs<sup>599</sup>. Il s'agit du critère tiré de la relation du contrat avec le service (1) et du critère de la clause exorbitante (2).

## 1. Les licences de rediffusion et le critère lié de la relation du contrat avec le service public

Après avoir rappelé la signification de ce critère (a), on évaluera la possibilité pour certaines conventions de rediffusion de recevoir la qualification de contrat administratif (b).

### a. Le critère de l'objet du service public

**305. Signification.** – Le critère du contrat administratif tiré de la relation entre ce contrat et le service public, encore qualifié de critère de lié à l'objet du service public, permet d'identifier un contrat administratif lorsque la convention, selon les différentes formules jurisprudentielles ou doctrinales « participe », est « associée », entretient « un lien », un « un lien privilégié » avec le service public. Autrement dit, la seule « relation » entre le service public et un contrat peut le rendre administratif. L'idée de relation entre le contrat et le service public étant quand même relativement indéterminée, la question, nécessaire, que cet énoncé appelle est de savoir à quelle condition ce lien sera jugé suffisant pour que le contrat soit regardé comme ayant pour objet le service public?<sup>600</sup> Tout lien, en effet, ne fait pas l'affaire ; celui-ci doit être « suffisamment fort » ou établir une relation suffisamment étroite

599. Insistons sur le fait que la présence de droits de propriété intellectuelle (les conventions se présentant alors comme des contrats d'exploitation de tels droits), sauf dans une hypothèse particulière que nous étudierons, sont complètement indifférents à cet exercice. Ils n'empêchent pas la reconnaissance d'un contrat administratif qui dépend uniquement des critères que l'on évoquera. D'ailleurs, les différents relatifs aux droits de propriété intellectuelle, lorsqu'ils mettent en cause des contrats administratifs, relèvent de la compétence de la juridiction administrative (TC, 6 janvier 1975 *Préfet de Paris/Cour d'appel de Paris c. Ofrateme/ Jahan et autres*, Rec. p. 790). Commentant cette décision, Mme BLAIZOT-HAZARD admettait la conclusion suivante : « les litiges relatifs à la propriété littéraire et artistique ne ressortent pas exclusivement de la compétence de l'ordre judiciaire. En la matière, comme dans beaucoup d'autres, s'appliquent les règles générales de la répartition des compétences juridictionnelles : le caractère administratif ou de droit privé des contrats, la responsabilité administrative ou non » (BLAIZOT-HAZARD (C.), *Les droits de propriété Intellectuels des personnes publiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1991). En revanche, la considération des droits de propriété intellectuelle est tout à fait déterminante au stade de la qualification.

600. LAUBADÈRE (A.), DELVOLVÉ (P.) ET MODERNE (F.), *Traité des contrats administratifs*, préc.

pour emporter la qualification du contrat<sup>601</sup>. Pour les auteurs du traité des contrats administratifs, la jurisprudence administrative a répondu à cette interrogation en dégageant les deux principaux caractères de cette relation : Celle-ci doit être directe et suffisamment précise, étroite. Ces deux caractères ne sont cependant pas vraiment définis ; leur rôle est principalement fonctionnel, ce sont des repères dans l'interprétation de la relation entre le contrat et le service. L'exigence d'un lien direct permet ainsi d'éliminer les contrats dont l'objet est de procurer au service public les moyens de fonctionner, comme les contrats de fourniture qui n'entretiennent qu'une relation indirecte avec le service public<sup>602</sup> ; quant au second caractère, il permet de souligner que l'exigence d'un lien direct n'est pas toujours suffisante pour retenir la qualification de contrat administratif<sup>603</sup>. La présentation de ces caractères contribue assez peu, en réalité, à préciser la relation entre le service et le contrat, mais, au-delà, dans leur définition, il ne semble pas possible d'aller. Aussi, l'appréciation du lien, notamment à travers le second caractère unissant le service public au contrat, est-elle marquée par un certain empirisme, un certain aléa et, donc, pour son interprétation, une certaine subjectivité. Cela étant, la relation entre le contrat et l'objet du service public peut revêtir plusieurs formes.

### 306. Les différentes formes de relations entre le contrat et le service public<sup>604</sup>. –

Plusieurs manières de concourir au service public ont été admises par la jurisprudence. Le contrat peut, tout d'abord, selon la formule retenue par l'arrêt *Epoux Bertin*<sup>605</sup>, confier au cocontractant « l'exécution même » du service public. Il peut, ensuite, sans en opérer un transfert de la charge, faire participer le cocontractant à son exécution. Le contrat peut aussi constituer le moyen de l'exécution d'un service public ou, selon l'expression employée par la jurisprudence, « une modalité d'exécution du service public »<sup>606</sup>. Enfin, mais cette modalité d'association au service public est apparue plus récemment, le contrat peut avoir pour objet

601. RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, préc.

602. CE, Sect., 11 mai 1956, *Société des transports Gondrand*, Rec. p. 202 ; voir, dans ce sens aussi, R. CHAPUS qui distingue plus particulièrement les contrats relatifs à l'organisation et à l'exécution du service public des contrats conclus pour satisfaire les besoins du service public, in *Droit administratif général*, T.I, préc. p. 548, n° 733.

603. « A vrai dire cependant, cette exigence d'un lien assez précis, d'une relation qui ne soit point trop lâche avec le service public intéresse surtout une des modalités (...) des contrats relatifs aux services publics, à savoir ceux dans lesquels la relation consiste en une participation du cocontractant au fonctionnement du service public ; pratiquement en effet, c'est principalement dans cette variété de contrats que l'insuffisance de précision du lien avec le service public est susceptible de faire écarter la qualification administrative. » LAUBADÈRE (A.), DELVOLVÉ (P.) ET MODERNE (F.), *Traité des contrats administratifs*, préc. p. 192, n° 134.

604. Tous les auteurs n'opèrent pas les distinctions qui seront présentées.

605. CE., Sect., 10 avril 1956, *Epoux Bertin*, Rec. p. 167, *GAJA*, n° 79, p. 509.

606. CE, Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimourds*, Rec. p. 168

l'organisation du service public<sup>607</sup>. Parmi ces différentes modalités du critère lié à l'objet du service, la première est la plus simple à présenter et à identifier ; elle n'appelle pas, au demeurant, beaucoup de commentaires. On est en présence d'un contrat qui, à l'image, par exemple, de la concession de service public, délègue au cocontractant l'exécution d'un service public, dans sa totalité ou pour partie<sup>608</sup>. Les contrats qui associent le cocontractant au service public en le faisant participer à son fonctionnement mais sans en lui confier l'exécution sont plus difficiles à reconnaître. La doctrine admet qu'ils regroupent les conventions relatives aux agents contractuels des services publics<sup>609</sup>, dont il n'est pas douteux qu'elles fassent participer ou collaborer à l'exécution du service public, mais elles ne nous intéresseront pas ici. D'une manière plus disparate et plus empirique, il est aussi généralement considéré que certains contrats peuvent occasionnellement faire participer au service public des cocontractant apportant à l'administration un concours, en lui fournissant un service ou bien un apport matériel, qui se présente d'une telle manière que l'on peut se demander s'il n'implique pas une participation au service public. La qualification de tels contrats est malaisée car il n'est jamais facile de dire si la relation entre le contrat et le service public est suffisamment directe et précise pour admettre la présence d'un contrat administratif. La doctrine notait à cet égard que la distinction entre la simple collaboration, insuffisante par elle-même, et la participation au fonctionnement du service était tenue. « Il en résulte que la qualification du rôle joué par le cocontractant (collaborateur ou participant) est largement question d'espèce sans que la solution même de la question d'espèce se plie à l'utilisation d'un critère aisément décelable. Il en résulte aussi que la confrontation des décisions jurisprudentielles laisse parfois l'impression de contradictions entre telle et telle solution sans fournir le moyen de l'expliquer. »<sup>610</sup> Les contrats constituant le moyen ou une modalité d'exécution du service public illustre une situation quelque peu différente des précédentes. Le cocontractant n'est plus ici associé au service public car « il apparaît d'abord comme bénéficiaire ou usager du service public dont l'administration assure le fonctionnement ; mais le contrat est manifestement l'instrument, le moyen ou la modalité d'exécution d'un service public et c'est à ce titre qu'il est considéré comme ayant pour objet le service public »<sup>611</sup>

En conclusion, il résulte de ces rappels que la nature administrative ou de droit commun d'une convention n'est pas facile à établir car les critères dégagés à cet effet – lorsqu'ils existent - ne sont pas eux-mêmes parfaitement déterminés. Si l'on met de côté le contrat qui confie l'exécution d'un service public, dans les autres hypothèses, notamment

607. CE. 14 janvier 1998, *Syndicat national du personnel des affaires sanitaires et sociales FO, PA*, 1998, n° 151, p. 20

608. CE., 4 juillet 1969, *Trouvé*, Rec. p. 360

609. CE., 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, Rec. p. 432, concl. Chardeau.

610. LAUBADÈRE (A.), DELVOLVÉ (P.) ET MODERNE (F.), *Traité des contrats administratifs*, préc. p. 203, n° 147

611. *ibidem*.

celles où le cocontractant participe au service public, la jurisprudence est marquée par un certain empirisme et ses solutions sont controversables. L'identification de la nature des conventions est donc tributaire de ces incertitudes ; le travail d'interprétation, en dehors de toute indication législative ou de tout appui jurisprudentiel, comme c'est le cas des contrats de fourniture de l'information, présente ainsi d'incontestables limites.

***b. Les licences de rediffusion des données publiques au regard du critère de l'objet du service***

**307. Interprétation.** – L'application du critère du service public, en dehors des difficultés plus haut évoquées, doit être précédée d'une vérification : l'existence d'un service public qui puisse être mise en relation avec le contrat. La vérification de l'existence du service public, à notre avis, ne suffit pas. Il faut aussi déterminer sa consistance ou, dit autrement, la portée, l'ampleur, la teneur des missions de service public confiées à l'administration. Or, à défaut de précisions textuelles, les contours même de la mission de service public sont souvent incertains, ce qui, évidemment, complique le « diagnostic »<sup>612</sup>. À cette deuxième difficulté dans l'interprétation de la nature des conventions, s'en rajoute une troisième qui gît dans les contrats de fourniture de l'information eux-mêmes : ils sont loin d'être explicites sur la question de savoir s'ils admettent le concours du cocontractant à l'exécution d'un service public ou pas. Il convient par conséquent d'entamer ce travail d'interprétation en gardant à l'esprit ces trois limites inhérentes, à la relation entre le contrat et le service, à l'existence et la consistance du service public, au caractère souvent lacunaire des contrats.

Deux conventions seront présentées ici : « La convention de licence 2 dite de distribution RNCS, immatriculations, modifications et radiations » conclue par l'Institut national de la propriété intellectuelle, son concessionnaire et un cocontractant du secteur privé et, plus classiquement, la « licence (R2a) de rediffusion de la base de données SIRENE (produits d'extraction de mise à jour et de rapprochement des fichiers) »<sup>613</sup>. Ces deux contrats ont le même objet : transférer et délimiter l'étendue des prérogatives conférées par la personne publique sur les données communiquées.

**- L'exemple de la licence de distribution RNCS.**

612. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, T.I, préc

613. Disponible sur le site Web de l'INSEE.



**308 Contenu du contrat.-** L'objet de cette convention est de « déterminer les conditions dans lesquelles l'INPI consent au cocontractant (...) une licence de fourniture et de droit d'utilisation des informations relatives aux immatriculations, modifications et radiations au Registre National du Commerce et des Sociétés. » Outre la fourniture de l'information, le contrat a donc pour objet de conférer certaines prérogatives sur les données communiquées, notamment un droit d'usage et de distribution. Voilà tout ce que prévoit la convention. Rien n'est donc dit d'une participation du cocontractant à la mission de service public de l'institut. Les autres clauses contractuelles ne donnent pas plus de renseignements sur une telle participation. On notera néanmoins qu'une disposition, c'est la seule, y fait expressément référence. Au titre de la concertation et du contrôle des activités du cocontractant, il est prévu que *« l'INPI et le licencié se concerteront en vue de favoriser la mise en œuvre de la mission de service public à laquelle participe la présente Licence par l'amélioration de l'offre d'informations à valeur ajoutée, cause déterminante de la présente convention. »* La dernière clause du contrat, quant à elle, semble plutôt être marquée du sceau de la puissance publique, puisque la phraséologie usitée rappelle celle qui est employée pour définir le régime des conventions d'occupation du domaine public ; elle dit en effet que la licence *« n'opère aucun transfert de droit. Elle constitue une simple autorisation, précaire, modifiable et révocable en fonction des besoins de la mission de service public. »* Elle sera étudiée plus tard (voir *infra*).

Enfin, signalons encore, mais c'est là référence la plus fournie à la mission de service public, le contenu du préambule du contrat. Après avoir rappelé que l'INPI a pour mission de tenir et de diffuser le Registre national du commerce et des sociétés (RNCS), il est indiqué *« qu'afin de répondre pleinement à cette mission de diffusion dans des conditions de respect des principes de nécessité du service public, notamment des obligations d'égalité des droits, d'exhaustivité, de continuité et d'évolutivité et de neutralité, l'INPI a convenu d'une délégation de service public avec le Concessionnaire. C'est dans le même but que l'INPI a prévu de faire une mise à disposition des informations de ce gisement dans le cadre de licences, soit pour un usage interne soit pour distribution. »*<sup>614</sup> Sans nécessairement l'analyser, cette référence à la mission de service public appelle deux observations. Sur la forme d'abord, le préambule d'un contrat contient des informations essentielles pour découvrir les raisons qui ont amené les parties à contracter, en cas de doute sur la portée de certaines clauses, l'intention des parties prime<sup>615</sup> ; la référence à la mission de service public au sein du préambule peut donc être déterminante si elle n'est pas démentie par les stipulations contractuelles. Sur le fond ensuite, du point de vue de l'organisme public, la convention a été conclue afin de répondre à la mission de service public de diffusion des informations du RNCS ; le contrat semblerait ainsi constituer le moyen de l'exécution de cette mission. Il convient dès lors d'examiner cette dernière.

614. Souligné par nous.

615. Conformément aux dispositions de l'article 1156 du Code civil, *« On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »*

**309. Mission de service public de l'INPI-** Les missions de l'Institut national de la propriété intellectuelle sont définies, de façon non exhaustive semble-t-il, aux l'articles L. 411-1 du CPI et R.411-1 du même code. En matière documentaire, l'article L. 411-1 met à la charge de l'INPI, l'obligation : *« de centraliser et de diffuser toute information nécessaire pour la protection des innovations et l'enregistrement des entreprises (...) »* plus particulièrement, *« il centralise le registre du commerce et des sociétés, le répertoire des métiers et le bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ; il assure la diffusion des informations techniques, commerciales financières contenues dans les titres de propriété industrielle et instruments centralisés de publicité légale. »*<sup>616</sup> L'article R. 411-1 ne précise pas plus que cela les attributions de l'institut en matière de diffusion des informations issues des instruments de publicité légale, il ne les évoque même pas puisqu'il ne traite que des missions relatives à l'administration et la centralisation de la publicité légale : *« la tenue du registre national du commerce et des sociétés et du répertoire central des métiers ; la conservation du dépôt des actes constitutifs et modificatifs des sociétés déposés dans les greffes des tribunaux de commerce et des tribunaux civils en tenant lieu ; la centralisation, la conservation et la mise à disposition du public de toute documentation juridique concernant la propriété industrielle ; la gestion du bulletin officiel de la propriété industrielle. »*<sup>617</sup>

616. Les dispositions concernant la diffusion des informations contenues dans les instruments d'information légale résultent de l'article 31 de la loi 90-1052 du 26 novembre 1990 *relative à la propriété industrielle* (JO, 28 novembre 1990, p.14624). Auparavant, telle qu'elle résultait de la loi 51-444 du 19 avril 1951 *créant un Institut national de la propriété industrielle* (JO, 10 avril 1951, p. 3964), il n'était pas possible de déduire de la loi l'existence d'un service public de diffusion de l'information légale car la diffusion de cette information ne faisait pas partie des attributions de l'institut.

617. On notera, à titre incident, que le décret de 1951 (Décret 51-1469, du 22 décembre 1951) a été complété en 1986 (Décret 86-347 du 10 mars 1986 *relatif à l'institut national de la propriété intellectuelle*, JO, 13 mars 1986, p. 3860) par un dernier alinéa qui autorise l'institut *« pour l'exploitation de son fonds documentaire »* à constituer *« des banques de données, le cas échéant, en liaison avec d'autres fichiers ou registres. Il peut à cette fin constituer des sociétés filiales ou prendre des participations financières. »* La diversification des activités de l'établissement public en matière documentaire et l'exploitation marchande de ses bases de données se trouve ainsi consacrée. Notons seulement que, pour le pouvoir réglementaire, la constitution des bases de données n'est pas liée à la mission de diffusion de l'information mais une activité marchande, ce qui s'explique puisqu'en 1986 elle ne faisait pas encore partie des attributions de l'INPI... Compte tenu de ces indices, il semblerait que l'activité de diffusion de l'information et de constitution de bases de données se soit développée, dans un premier temps, en dehors des textes. Voir en ce sens l'article de J. DRAGNE, *« L'organisation de l'information légale sur les entreprises : le poids des contingences historiques, l'impact des techniques nouvelles. »*, *JCP* 1993 éd. E., 387. Selon l'auteur, les activités de l'INPI se seraient modifiées avec l'essor de la télématique et la constitution de banques de données. Avant cette date, la mission de service public de l'INPI se limitait à centraliser et donner accès à son registre ; il mettait en œuvre une publicité quérable de l'information légale. La diffusion proprement dite de ces données (publicité portable), du moins une partie d'entre-elles, était assurée par le BODACC. La comparaison avec la direction du journal officiel qui a toujours été chargée de la diffusion du BODACC est, à ce titre éclairante (v. L'article 1er du décret n°67-238 du 23 mars 1967, dispose qu'*« il est institué un bulletin annexe au journal officiel de la République française sous le titre de bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. »* JO, 24 mars 1967, p. 2879)

En conclusion, sans toutefois trop la définir, et, en cela, elle reste relativement indéterminée, les textes reconnaissent bien à l'institut de la propriété intellectuelle une mission de diffusion des données contenues dans le RNCS<sup>618</sup>.

### **310. Le lien entre le contrat et l'objet de la mission de service public de l'INPI. -**

En admettant que la mission de diffusion des données contenues dans le registre du commerce et des sociétés est bien une mission de service public qui consiste, après la constitution d'une base de données, à diffuser par voie télématique les informations qu'elle contient<sup>619</sup>, il convient de se demander en quoi le contrat dénommé licence de distribution participe de cette mission. Nous n'envisagerons cependant pas les trois déclinaisons, ou modalités, à travers lesquelles le contrat peut participer à une mission de service public telle qu'elles ont été systématisées par la doctrine. En effet, il ne fait pas de doute que les licences de distribution ou d'usage ne contribuent pas à confier au cocontractant la charge, « l'exécution même », d'un service public. Celui-ci est plus sûrement assuré par le concessionnaire auquel se trouve déléguées les activités de constitution des bases de données et de diffusion de l'information qu'elles contiennent. Reste alors deux possibilités. La convention de distribution de l'information pourrait faire participer le cocontractant à l'exercice de la mission de service public, puisqu'il est lui-même amené à diffuser de l'information légale. C'est ce que peut laisser supposer la lecture d'une disposition déjà citée du contrat (voir *supra*) qui indique que la licence « *contribue à la mise en œuvre de la mission de service public* ». Mais la convention peut encore constituer pour l'organisme public une modalité, un moyen, d'exécuter sa mission de service public. Ainsi que le dit le préambule du contrat, c'est afin de répondre sa mission de diffusion que l'institut a contracté (voir *supra*). Aussi, essayerons-nous de déterminer en quoi la convention soit, participe à l'exécution d'un service public, soit constitue une modalité de cette exécution.

**311. La licence de distribution et la participation au service public. –** Ce n'est que parce qu'elle autorise le cocontractant à distribuer ou diffuser l'information – on rappellera, à cet égard, qu'elle lui confère un droit de distribution qui se comprend comme « *la mise à disposition d'informations auprès de toute personne par voie électronique, en ligne ou sur*

618. Toute la difficulté provient du fait que cette mission de diffusion, qui est généralement partagée par plusieurs organismes publics, est ambiguë, délicate à délimiter. Le comportement des personnes publiques et le caractère homogénéisant des techniques modernes de diffusion n'est pas étranger à cet état de fait. Très généralement, les administrations ont eu tendance à confondre la diffusion des données publiques qui correspondait à leur mission à une exploitation commerciale de celles-ci, sans que l'on puisse toujours exactement rattacher l'activité informationnelle à l'une ou à l'autre. V. sur ces points, G.GOURDET, « *Statut juridique de l'information et économie de marché* », in *Immatériel : nouveaux concepts*, Paris, Economica 2001, p...

619. Un tel caractère a été reconnu par la jurisprudence dans un litige mettant en cause la responsabilité de l'INPI en raison de la diffusion sur son serveur Euridile d'une information périmée. Toutefois, le juge a considéré qu'une telle activité constituait une service public à caractère industriel et commercial. TGI, Bar-le-Duc, 16 janvier 1997, *Lahure c. INPI*, D. *affaires*, 1997, p. 317.

*support* » – que l'on peut envisager sa participation au service public de diffusion de l'information légale. L'exercice par le cocontractant d'un droit d'usage, dont il est précisé qu'il s'agit seulement d'un droit d'usage interne de l'information, exclut en revanche tout rapprochement avec la mission exposée en préambule du contrat. En quoi, dès lors, la distribution de l'information par le cocontractant contribue-t-elle au service public de diffusion de l'information légale ?

On peut évidemment estimer que la diffusion de l'information par le cocontractant amplifie ou plus qualitativement, améliore, la diffusion d'information à laquelle procède l'organisme public. En ce sens, elle participerait à l'intérêt public. Mais, il est difficile de considérer qu'elle participe au fonctionnement du service public ; le lien entre la diffusion de l'information par le cocontractant et le service public, en application du critère dégagé par la doctrine, n'est en effet qu'indirect. L'exigence d'un lien direct, on l'a dit, permet d'écarter de la catégorie des contrats administratifs toutes les conventions qui associent le cocontractant que d'une façon lâche au service public. Or, la distance entre la mission de service public et l'activité de distribution d'information découle du constat suivant lequel cette dernière activité est mise en oeuvre par le cocontractant de l'administration sur le marché dans le cadre de ses activités commerciales.<sup>620</sup> Le contrat le confirme d'ailleurs, puisqu'il précise que *« la présente catégorie de licences a pour but d'apporter sur le marché une offre enrichie des informations fournies. Elle est donc subordonnée, expressément, à la mise en œuvre par le licencié d'un traitement ayant pour finalité d'apporter une valeur ajoutée à l'information objet de la licence. Le simple transfert des informations fournies, même partiel, ne satisfait pas à l'exigence de valeur ajoutée. »*<sup>621</sup> Sans s'arrêter à la mention du marché, qui est par elle-même assez allusive, on aurait pu penser que le simple transfert des informations fournies satisfait la participation au service public. À rebours, c'est la prohibition de réaliser la diffusion selon les modalités du service public qui est fermement rappelée. L'exigence de valeur ajoutée constitue même la « cause déterminante », toujours selon la convention, de l'engagement de la personne publique. On ne voit plus alors très bien en quoi ce contrat qui oblige le contractant à apporter sur le marché une offre d'information à valeur ajoutée participerait d'une mission de service public ; l'exploitation de l'information sera réalisée à son seul profit, pour les seuls besoins de son activité. Certes de surcroît, l'intérêt général pourrait en tirer bénéfice, mais le lien est alors trop distant pour que la convention reçoive la qualification de contrat administratif.

620. Dans un tout autre domaine, le Conseil d'Etat a jugé que le contrat conclu entre un centre hospitalier et une SCP de médecins pour l'usage, dans le cadre de son activité libérale, d'un *« appareil d'imagerie par résonance magnétique dont est copropriétaire le centre hospitalier, ne fait pas participer la SCP de médecins à l'exécution du service public. »*, (CE, 30 mars 2005, req. n° 262964) En transposant cette argumentation à notre cas, on peut dire que la fourniture de l'information par une personne publique à une personne privée pour les besoins de son activité ne l'a fait pas participer au service public.

621. Souligné par nous. On verra plus loin aussi que l'exigence d'un apport de valeur ajoutée conduit à écarter la qualification de contrat de distribution.

Un raisonnement par analogie permettrait de confirmer cet examen. L'exigence d'un lien direct entre le service public et le contrat permet, notamment, d'exclure de la catégorie des contrats administratifs les conventions de fourniture de biens ou de services au profit de la personne publique. Ne peut-on pas considérer ici que la situation est simplement inversée, puisque c'est la personne publique qui fournit un bien (ou un service) à une personne privée pour les seuls besoins de son activité sur le marché ?

À notre avis, bien que cette analyse ne soit pas dénuée de tout empirisme et qu'elle est plus ressentie que véritablement prouvée, mais là est la limite des critères issus de la jurisprudence, la diffusion par le cocontractant de l'information à valeur ajoutée, ne constitue pas une activité pouvant être regardée comme participant au service public. En vérité, par la prise en considération de la valeur ajoutée, le contrat aménage la coexistence sur le marché de deux offres concurrentes, celles de l'INPI et de son concessionnaire et celle du licencié qui doit réaliser d'autres produits d'information que ceux diffusés par l'établissement public sur le marché. On peut rapprocher cette affirmation du commentaire suivant. *« D'une manière générale, un principe est unanimement admis : les divers intervenants (sur marché de l'information légale sur les entreprises) sont tenus d'une obligation de neutralité. Ils doivent se limiter à la diffusion d'informations brutes et se garder de toute appréciation, analyse (...) autant de prestations qui ne peuvent qu'être laissées à l'initiative et à la responsabilité des opérateurs privés. »* Ce principe, néanmoins, *« est loin de rendre compte de toutes les incertitudes auxquelles les gestionnaires des instruments de diffusion de l'information peuvent se trouver confrontés, en ce qui concerne la détermination des limites à ne pas dépasser, entre le domaine qui est le leur (...) et celui qui doit ressortir de l'initiative privée. »*<sup>622</sup>

Ainsi au sein du contrat de distribution de l'INPI, bien qu'elle soit largement affirmée, il ne semble pas que le cocontractant participe à une mission de service public. L'application de ce critère conduit donc à exclure la qualification de contrat administratif, quand est-il de l'autre ?

**312. La licence de distribution comme moyen d'exécution du service public par la personne publique** – La question se pose ici de savoir si la personne publique, lorsqu'elle conclue un contrat qui a pour objet la communication d'informations qu'elle détient, exécute le service public de diffusion. Autrement dit, assure-t-elle par ce moyen le fonctionnement du service public ?

Pour y répondre, il faut revenir sur les obligations de l'INPI en matière de diffusion de l'information. Celles-ci sont définies de manière tellement large qu'elles pourraient englober la fourniture d'une base de données à une entreprise qui serait par suite chargée de la rediffuser pour son propre compte ; l'article L. 411-1 du CPI dispose, lapidairement, que l'institut *« diffuse l'information contenue dans les instruments d'information légale »*. Il n'est

622. DRAGNE (J.), « L'organisation de l'information légale sur les entreprises : le poids des contingences historiques, l'impact des techniques nouvelles. », *préc.*

cependant pas possible d'en rester là, l'assimilation entre la diffusion de l'information et la fourniture d'un ensemble informationnel en vue de sa rediffusion n'étant pas convaincante. Pour pousser un peu plus loin l'analyse, il faudrait connaître les contours de la notion de moyen d'exécution du service public. Or, celle-ci s'avère difficile à identifier. Dès lors, sans pouvoir véritablement déceler à travers les formulations laconiques du tribunal des conflits ou du Conseil d'Etat l'essence de ce qui peut être considéré comme une modalité d'exécution du service public<sup>623</sup>, car, en réalité, tout est affaire d'espèces, on s'appuiera sur les hypothèses dans lesquelles, le plus souvent, de tels contrats se sont vus reconnaître une nature administrative. Deux types de contrats sont principalement concernés<sup>624</sup> : les contrats conclus avec les usagers du service public et les contrats d'interventionnisme économique. Nous n'envisagerons que la première occurrence ; les contrats relatifs à la diffusion des données publiques, bien qu'ils puissent participer d'un soutien au secteur privé, ne peuvent pas être assimilés aux contrats d'interventionnisme économique. Parce qu'il est exceptionnel qu'un usager d'un service public administratif se trouve dans une situation contractuelle, se pose déjà la question de la situation du cocontractant vis-à-vis du service ; s'agit-il d'un usager ou non<sup>625</sup> ? Très sûrement, peuvent être considérées comme telles, les personnes bénéficiant d'une communication ponctuelle d'informations du registre national du commerce et des sociétés<sup>626</sup> ; la réponse est plus incertaine pour les entreprises auxquelles se trouve communiquée l'intégralité ou une partie de la base de données regroupant toutes ces données. Sauf à ce que cette obligation soit précisément prévue par les textes, la prestation accomplie par l'organisme public semble ici excéder ce que ses missions exigent nécessairement de telle sorte que les bénéficiaires de la communication pourraient apparaître comme des tiers au service. En outre, dans l'hypothèse où l'on admettrait qu'il s'agit bien d'usager du service, il faudrait encore déterminer le caractère du service public géré. Or, si l'INPI gère un service public administratif, il n'est pas sûr que l'activité de fourniture de l'information à des entreprises en vue de leur rediffusion puisse ainsi être comprise. On l'a dit<sup>627</sup>, la communication ponctuelle d'information à des particuliers a été analysée comme un service

623. On notera que le Conseil d'Etat et le tribunal des conflits emploient rarement l'expression, ils usent plus sûrement de la locution suivante « contrat dont l'objet constitue l'exécution même d'un service public » (TC, 28 septembre 1998, *Société des grands moulins italiens de Venise*)

624. RICHER (L.), *Droits des contrats administratifs, préc.* L'auteur note cependant que si ces contrats « sont susceptibles en théorie d'être qualifiés de contrats administratifs par application du critère de la modalité d'exécution du service public. Le caractère attractif du critère du service public envisagé sous cette forme reste néanmoins à l'état de potentialité. » p. 100, n° 127

625. Même si, lorsqu'elle entre en ligne de compte, c'est dans le cas où elle produit le plus d'effet, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une relation unissant un SPIC à un usager, la recherche de la qualité du cocontractant n'est pas étrangère à la jurisprudence. V. par exemple, TC, 5 juillet 1999, *Union des groupement d'achats publics* (UGAP)

626. Cela est d'ailleurs prévu par le titre V du décret 84-406 du 30 mai 1984, *relatif au registre du commerce et des sociétés*, JO, 31 mai 1984, p. 1699

627. Voir note n° 38.

public à caractère industriel et commercial, en raison notamment du mode de financement de cette activité, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement à propos de la fourniture de données publiques en vue de leur exploitation sur le marché, les mêmes considérations jouant aussi. On se trouverait quand même reportés vers le droit privé.

En considérant les remarques précédentes comme tout à fait indifférentes et en persistant dans l'idée que le contrat constitue une modalité d'exécution d'un service public à caractère administratif, il faudrait encore savoir si l'usage fait par le cocontractant de l'information communiquée pour les besoins de son activité peut avoir une influence sur la qualification du contrat ; en d'autres termes, si la mission de service public se trouve accomplie, seulement et complètement, par l'acte de diffusion de l'information<sup>628</sup>. L'usage purement marchand de l'information est-il vraiment neutre à cet égard ? Ne vient-il pas troubler l'analyse de la nature du contrat ? Bien que l'on ne puisse pas évaluer complètement la portée de sa décision, dans un arrêt récent, la chambre civile de la Cour de cassation a refusé de reconnaître un caractère administratif à la convention, alors même que le requérant soutenait qu'il s'agissait d'un contrat constituant le moyen de l'exécution d'un service public, par laquelle l'Etat accordait une aide financière à une entreprise au motif, notamment, que la société « *poursuivait de son activité commerciale personnelle et investissait en fonds propres.* » La considération de l'activité du cocontractant, du but par lui poursuivi, a conduit, semble-t-il, à récuser au contrat un caractère administratif. En tout état de cause, ce facteur a été pris en compte par la juridiction.

**313.** - Même s'il n'est pas possible d'apporter une réponse tout à fait définitive à la question de savoir si les conventions de fourniture des données publiques constituent un moyen d'exécution du service public, il est plusieurs éléments importants qui plaideraient en sens contraire. Et, dans l'affirmative, il faudrait encore déterminer la nature du service public géré pour connaître le régime juridique du contrat.

Les conclusions établies à propos de la convention de distribution de l'INPI sont, en principe, généralisables à l'ensemble des organismes publics fournissant des données publiques. La situation est en effet le plus souvent identique. On se trouve en présence d'une personne publique qui produit des données dans le cadre de sa mission, qui les utilise, à des fins de diffusion ou pas, pour les besoins de cette mission, et qui les transmet à des entreprises du secteur privé pour les besoins propres de leurs activités.

---

628. Dans un arrêt récent, la chambre civile de la Cour de cassation, sans que l'on puisse véritablement évaluer la portée de cette décision (et quoi qu'il s'agisse d'un contrat ayant un objet interventionniste) a qualifié de contrat privé la convention par laquelle l'Etat accordait une aide financière à une entreprise, au motif, notamment, que la société « *poursuivait le développement de son activité commerciale personnelle et investissait des fonds propres.* » Cas. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2005, bull. 2005 I n° 47 p. 37

- L'exemple de la licence de rediffusion de la base de données SIRENE

**314.** - Sans nous arrêter aux observations précédemment évoquées à propos des licences de rediffusions consenties par l'INSEE et qui peuvent tout à fait lui être transposées, l'examen de cette licence permettra d'insister sur un autre aspect que l'on retrouve fréquemment au sein de ces conventions mais qui n'apparaissait pas précédemment puisque la protection des informations était réalisée par le jeu du contrat : la présence de droits de propriété intellectuelle. On fera état du contenu de la convention, des éléments qui rapprocheraient cette licence d'un contrat de droit privé puis de l'influence des droits de propriété intellectuelle sur la nature de la licence.

**315. Contenu de la convention de rediffusion de la base de données SIRENE.** - À maints égards, la licence de rediffusion de la base de données SIRENE est plus facile à appréhender. D'abord parce que l'activité de diffusion de l'information du cocontractant n'est pas associée, du moins par les parties, à la mission de service public qu'il incombe à l'INSEE de satisfaire. Au contraire, le contrat place l'activité même de fourniture d'informations au cocontractant dans le cadre de l'exploitation de droits de propriété intellectuelle de l'Etat sur les bases de données produites par l'INSEE, ce qui n'apparaissait à aucun moment dans la précédente convention. Le préambule rappelle ainsi que *« la base de données SIRENE est un ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises ayant fait l'objet de traitements spécifiques. Elle constitue par le choix et l'organisation des informations, une création intellectuelle dont l'INSEE est seul titulaire des droits d'auteur (...) c'est dans ce contexte, et en raison des droits privatifs détenus par l'INSEE, qu'une utilisation des données SIRENE ne peut être justifiée que si, au préalable, elle a été autorisée par l'INSEE expressément et limitativement (...) celui-ci concède à toute entreprise ou organisme en faisant la demande le droit non exclusif de rediffuser auprès d'utilisateurs finals, à titre gracieux ou onéreux, les données SIRENE sous certaines formes et conditions. »* L'objet de la licence se situe, ensuite, dans la continuité cet exposé préalable. Sans faire mention de la fourniture ou de la diffusion de l'information, il délimite les droits concédés par l'Etat au rediffuseur : *« La présente licence définit la nature et l'étendue des droits concédés par l'INSEE au licencié pour l'usage de la base de données SIRENE (...) L'INSEE ne concède au licencié aucun droits autres que ceux expressément visés à l'article 3 et se réserve, notamment, l'intégralité des droits de traduction d'adaptation, d'arrangement et de toute autre transformation de la base de données... »* Nulle mention ici d'une quelconque mission de service public qui serait dévolue au cocontractant de l'INSEE dans le cadre de la rediffusion de l'information ou dont le contrat servirait à la concrétisation. Nulle mention non plus d'une telle mission au sein des clauses contractuelles. L'article 3 précise en revanche la nature et l'étendue des droits qui sont concédés au rediffuseur pour réaliser son activité.



**316. La licence INSEE, un contrat de droit privé ?** - L'absence de toute référence, même implicite, à une mission de service public qui reviendrait au cocontractant d'accomplir ainsi que, dans l'autre sens, la présence de certaines clauses contractuelles qui permettent de rapprocher cette convention d'un contrat de concession de droit de propriété intellectuelle, en l'occurrence de droit d'auteur ou de droit du producteur des bases de données, ne conduisent pas forcément, malgré la volonté affichée par les parties, à l'identification d'un contrat de droit privé. L'effet qualificatif de l'objet de service public du contrat s'impose objectivement à elles ; il en peut être éludé<sup>629</sup>. On pourrait alors très bien reproduire ici les analyses développées précédemment à propos de la convention de l'INPI, parce que l'objet du contrat est identique et parce que, du moins à travers les premiers textes, il semblait que la diffusion de l'information constituât un service public<sup>630</sup>. La licence de rediffusion apparaîtrait, peut-être, alors comme un contrat administratif principalement parce qu'elle pourrait constituer un moyen pour l'Etat de satisfaire le service public de la diffusion du répertoire SIRENE. Mais tel n'est pas notre but ici, on déjà dit les difficultés de cette question ; on insistera seulement sur les particularités de cette dernière convention qui peuvent, un peu plus encore, la rapprocher d'un contrat de droit privé.

D'abord, il convient de signaler un élément qui, même s'il n'a qu'une valeur indicative, révèle cependant la perception que se fait l'Etat lui-même de cette activité de mise à disposition de l'information. Les conditions générales de commercialisation qualifient de « contrat d'entreprise » la convention par laquelle l'INSEE communique certaines informations issues de la base de données SIRENE ; il situe donc son activité dans le contexte du droit commun. Cette lecture est d'ailleurs confirmée par d'autres dispositions figurant dans les conditions générales de commercialisation<sup>631</sup>. Mais, en dehors même du contrat, certains textes réglementant la rediffusion de l'information sembleraient placer l'activité du cocontractant sur le marché, sans être, peu ou prou, liée au service public. Il faut rappeler ici l'article 5 de l'arrêté du 10 octobre 2000 relatif à la mise à disposition, pour un usage de

629. De LAUBADERE et alii, *Traité des contrats administratifs*, préc. p. 188 n° 132

630. L'arrêté du 13 mai 1987 *relatif au traitement informatisé du système national d'identification et du répertoire des entreprises et établissements créé par le décret 73-314 du 14 mars 1973 modifié*, (JO, 19 mai 1987, p. 5478), consacre une partie de ses dispositions au « service public d'information sur les entreprises, organismes publics et leurs établissements » et subordonne la diffusion de l'information par le cocontractant à la conclusion d'une convention. Le service public, qui a en fait été créé par l'article 14 du décret 73-314 du 14 mars 1973, *portant création d'un système national d'identification et d'un répertoire des entreprises et de leurs établissements* (JO, 21 mars 1973, p. 3042) consiste justement dans la communication des renseignements contenus dans le fichier SIRENE. À l'instar de l'INPI, on peut se demander si les conventions ne sont pas un moyen pour l'INSEE de s'acquitter de cette mission de service public.

631. L'article 2-6 précise que l'INSEE, donc l'Etat, titulaire de droit de propriété intellectuelle pourra « selon les règles du droit commun, mettre en jeu la responsabilité contractuelle de ses clients ou engager toute action en concurrence déloyale ou parasitaire contre les auteurs de manquements aux dispositions considérées. »

rediffusion, des bases de données électroniques de l'INSEE qui réglementent la rediffusion<sup>632</sup>.  
*« La rediffusion commerciale d'une base de données est subordonnée, sauf cas particulier, à la signature d'une licence, c'est-à-dire d'un acte écrit par lequel l'INSEE, titulaire des droits sur la base, autorise le licencié à exploiter celle-ci pour son propre compte et en son nom. »*

Tous ces éléments, on en conviendra, ne sont cependant pas décisifs si l'on raisonne dans la perspective du critère de l'objet du service public. Il est un argument qui, en revanche, est plus insidieux.

**317. L'influence des droits de propriété intellectuelle sur la nature du contrat. - A priori**, le fait que l'objet du contrat porte sur l'exercice de droits de propriété intellectuelle, en l'occurrence, la concession d'un certain nombre de prérogatives grevant l'ensemble informationnel communiqué, ne devrait pas avoir d'influence sur sa nature, celle-ci devant être déterminée par la présence de clauses exorbitante ou son rattachement au service public. Pourtant, dans ce dernier cas, la nature administrative du contrat pourrait être contestée en considération du fait, largement ignoré par ailleurs, que les droits de propriété intellectuelle font partie du domaine privé mobilier des personnes publiques<sup>633</sup>. Or, de jurisprudence constante, les conventions conclues à propos d'un bien du domaine privé ne sont pas administratives<sup>634</sup>. Cette affirmation n'est pas vraie lorsqu'il est possible d'identifier au sein du contrat une clause exorbitante. Aussi est-elle valable quand la nature du contrat est envisagée par rapport à la relation entre la convention et l'objet du service public. En conséquence, les conventions conclues par les personnes publiques relatives à l'exploitation de leurs droits de propriété intellectuelle pourraient, dans cette hypothèse au demeurant assez limitée, se voir reconnaître un caractère de droit privé.

**318. Conclusion.** - Notre but étant moins de déterminer la nature juridique des conventions de mise à disposition des données publiques, qu'à travers les exemples de deux licences, mais il en est d'autres<sup>635</sup>, de dégager les différents éléments pouvant faire pencher la balance dans le sens du contrat administratif ou du contrat de droit commun, on peut dire que, si ce n'est dans des cas exceptionnels, le bénéficiaire de la communication des données publiques ne participe pas à l'exécution d'un service public lorsqu'il exploite l'information

632. Arrêté du 10 octobre 2000 *relatif à la mise à disposition du public, pour un usage de rediffusion, des bases de données électroniques de l'Institut national de la statistique et des études économiques*, JO n° 263, 14 novembre 2000, p. 17959.

633. BLAIZOT-HAZARD (C.), Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, *préc.* V. aussi, même auteur, *Jurisclasseur* Propriété intellectuelle, Fasc. 410, « les droits sur les créations nouvelles des personnes publiques font partie, en tant que biens meubles de leurs domaines privés. »

634. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, *préc.* p. 539, n° 723

635. Les licences émises par la direction des journaux officiels à propos de la rediffusion du BODACC et du BOAMP pourraient se rapprocher des celles qui ont été évoquées précédemment.

pour les besoins de son activité. Une telle convention pourrait recevoir la qualification de contrat administratif lorsqu'elle constitue le moyen de l'exécution d'un service public, encore qu'une telle analyse dépende largement de l'étendue de la mission et qu'il n'est pas du tout avéré que la fourniture de données publiques constitue un service public à caractère administratif. Elle pourrait, en plus, être contestée lorsque ces contrats ont pour objet, c'est souvent le cas, l'exploitation de droits de propriété intellectuelle en tant qu'ils constituent des biens du domaine privé de l'Etat. Au total, au regard de la difficile application du critère du service public qui dans aucune de ses modalités ne va de soi, l'affirmation selon laquelle les licences de rediffusion des données publiques auraient un caractère administratif est, dans cette occurrence, pour le moins fragile. Pour notre part, pour toutes les raisons invoquées plus haut, nous y voyons principalement des contrats de droit commun.

## 2. Les licences de rediffusion et le critère de la clause exorbitante

**319. Influence des clauses exorbitantes sur la nature de la convention.** - Comme la majorité des conventions, parce que les clauses exorbitantes dépendent, plus encore que le critère du service public, de la volonté des parties<sup>636</sup>, les contrats relatifs à la commercialisation des données publiques peuvent être administratifs par la seule présence de telles stipulations. Dès lors, le travail qui nous occupera sera de reconnaître au sein des licences d'usage ou de rediffusion de l'information publique les clauses qui peuvent revêtir cette qualification. Deux difficultés accompagnent cette recherche et limitent par là même son objet, qui se résume à l'identification au sein de quelques contrats, de clauses sortant de l'orbite du droit commun (elle s'apparente en fait à un sondage). La première est inhérente à la notion de clause exorbitante : protéiforme, elle repose aussi sur des critères de reconnaissance évolutifs ; la seconde concerne les conventions elles-mêmes, qui sont peu disponibles. Cela étant, les indications fournies par cette recherche permettront d'illustrer certaines des obligations des plus caractéristiques que les personnes publiques mettent à la charge de leur cocontractant dans le cadre de la commercialisation des données publiques, ainsi que d'expliquer certaines des obligations que le législateur a imposé aux réutilisateurs dans la loi du 17 juillet 1978. Parmi les stipulations contenues dans les licences d'usage ou de rediffusion de l'information, il est, en première approximation, trois types de clauses, fort récurrentes, qui pourraient s'apparenter à des clauses exorbitantes. Les premières d'entre elles organisent un contrôle, les contrats évoquent un « droit d'audit », de la personne publique sur les activités et la comptabilité de son cocontractant liées à la diffusion de

636. La doctrine considère généralement que les clauses exorbitantes n'ont pas seulement un fondement subjectif. La volonté des parties, si elle joue son rôle, n'est pas isolée ; elle s'accompagne d'un fondement plus objectif. « Les clauses exorbitantes constituent des données de droit public ; les questions que soulèvent leur interprétation et leur application sont des questions de droit public » préc., p. 212 n°159.

l'information. D'autres aménagent, toujours au bénéfice du fournisseur d'information, mais plus sporadiquement, un pouvoir de modification unilatérale du contrat. Enfin, invariablement, on trouve des clauses de résiliation unilatérale du contrat. On présentera successivement le contenu des clauses organisant un contrôle de la personne publique, un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale du contrat, en essayant d'y déceler un caractère exorbitant (b) après avoir délimité les contours de la notion de clause exorbitante (a).

### *a. La notion de clause exorbitante*

**320. Identifications.** - Parce que leur appréciation n'échappe pas à une certaine subjectivité<sup>637</sup>, il n'existe pas de critère univoque ni, par conséquent, de définition précise de la clause exorbitante ; de fait, on se contera de présenter les différents types ou catégories de clauses exorbitantes et les critères qui les sous-tendent tels qu'ils ont été dégagés par la doctrine.

Trois, voire quatre, formes de clauses exorbitantes seront évoquées. En premier lieu, pourrait être considérée comme telle, la stipulation qui met en jeu une prérogative exorbitante. Autrement dit, celle qui confère à la personne publique ou à son cocontractant des prérogatives de puissance publique. Elle apparaît, en second lieu, comme une clause impossible, illicite ou inhabituelle dans un contrat civil. La clause exorbitante a encore été envisagée, en troisième lieu, comme une clause qui est « *spécifique du droit public* ». Enfin, ce peut être une clause qui fait simplement référence à un texte qui est lui-même exorbitant ou à un contrat-type défini.

**321. Clause exorbitante et prérogative de puissance publique.** – La clause exorbitante peut révéler l'usage par la personne publique, à son profit ou au profit de son cocontractant, de prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire de pouvoirs qui ne sont pas à la disposition de simples particuliers.

La personne publique contractante peut, par exemple, recourir à des privilèges d'exécution ignorés du régime de l'exécution des contrats privés. Les modifications et autres résiliations unilatérales du contrat en font partie. Cependant, le lien entre ces pouvoirs d'action unilatérale et le contrat administratif n'est pas systématique car ces prérogatives ne sont pas totalement inconnues du droit privé<sup>638</sup>. Dans ce cas, ce sera leur mise en œuvre selon des

637. RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, *préc.* p. 89. À propos du caractère imprévisible décisions relatives à l'identification des clauses exorbitantes, voir notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 18 février 1992, *Cie la Mondiale c. Ville de Roubaix* par lequel celle-ci ne reconnut pas le caractère exorbitant d'une garantie, mise en œuvre par l'exercice du pouvoir fiscal, dans un contrat d'emprunt souscrit par une commune auprès d'une banque.

638. Il est ainsi possible de distinguer le pouvoir de résiliation unilatérale du droit public qui peut intervenir en dehors même d'une faute du cocontractant (Cas. civ. 1er., 28 mars 2006, *SNCF, AJDA* 2006, p. 1460) ou

procédures elles-mêmes exorbitantes du droit commun qui seront déterminantes. En d'autres mots, c'est principalement dans leur modalité d'exercice que le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale indique, très certainement, la présence d'une clause exorbitante<sup>639</sup>. Se rattachent également à cette forme de clause exorbitante les dispositions du contrat qui aménagent au profit de l'administration « *le droit d'intervenir unilatéralement dans les affaires du cocontractant ou encore dans la structure de son entreprise* » ou qui lui permettent d'exercer un contrôle ou une surveillance sur ses activités. Néanmoins, encore une fois, l'exercice d'un pouvoir de contrôle sur les activités du cocontractant n'étant pas inconnu du droit privé, celui-ci ne se présentera comme la manifestation d'une prérogative exorbitante que lorsqu'il excède « *par son degré ou ses modalités celui qui est susceptible de se retrouver dans un contrat entre particulier, ce qui est une question d'espèce et souvent de nuance.* »<sup>640</sup> Ces dispositions sont ainsi parfois considérées comme exorbitantes et d'autres fois pas.

**322. La clause exorbitante comme clause illicite, impossible ou inhabituelle dans un de droit privé.** - La clause exorbitante peut répondre à chacun de ces trois critères. Après avoir simplement défini les deux premières nous nous attarderons sur la troisième qui les dépasse et les synthétise. La clause exorbitante peut être d'abord reconnue parce qu'elle serait illicite dans des contrats de droit privé. Selon une définition désormais classique, il s'agit d'une clause « *ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* »<sup>641</sup> La plupart des auteurs souligne à l'égard de cette conception qu'elle est trop restrictive en raison de la grande portée du principe de liberté contractuelle en droit privé. La clause impossible, très proche de la première, serait celle qui mettrait en œuvre un régime inconnu de droit privé. Ce sont des clauses qui seraient en droit privé « hors de la portée des parties »<sup>642</sup>. Enfin, la clause inhabituelle, inusuelle, constitue un élargissement de l'idée de la clause impossible ou inhabituelle. En effet, c'est bien le caractère

---

selon des modalités qui lui sont propres, on parle à cet égard de « résiliation d'office », et la résiliation de « plein droit » admise par le droit civil, « *prononcée pour des causes déterminées ou encore prévue dans des conditions qui ne la rendrait pas nécessairement illicite en droit civil* ». La Cour de cassation a pu jugé que la « *clause d'un contrat conférant à une personne publique le droit de résilier de plein droit, même sans mise en demeure préalable, en cas de manquement de son cocontractant à l'une de ses obligations n'est pas une clause exorbitante du droit commun* » (Civ. 1ère, 24 mars 1987, Bull. n° 110) cité par L. Richer in Droit des contrats administratifs, préc. p. 88. Aussi, pourra être considérée comme exorbitante du droit commun, la clause qui permet l'exercice d'un pouvoir de résiliation en dehors de toute faute du cocontractant, bref lorsque son exercice du point de vue de la forme et du fond est discrétionnaire.

639. DE LAUBADERE et alii, *Traité des contrats administratifs*, préc., p. 219

640. *Ibid.*

641. CE., Sect., 15 février 1935, Société française de construction mécanique, Rec. p. 201, cité par De LAUBADERE et alii, traité des contrats administratifs, préc. V. dans le même sens, R. CHAPUS, Droit administratif général.

642. CHAPUS (R.), préc. p. 541, n° 725. Il en va ainsi, par exemple, d'une clause autorisant l'administration à agir d'office pour le règlement des litige ou octroyant une exonération fiscale.

inhabituel des clauses illicites ou impossibles qui permet de reconnaître un contrat administratif. Sans être directement appliquée par le juge, selon la doctrine la plus autorisée, le caractère inhabituel des clauses joue comme un standard qui permettrait de reconnaître le caractère exorbitant d'une stipulation contractuelle lorsque celle-ci s'éloignerait d'un modèle idéal de relations privées. M. RICHER fait ainsi valoir que « *dans le cas où est utilisé le critère des clauses exorbitantes du droit commun, la qualification du contrat repose sur le constat d'une incompatibilité entre une stipulation du contrat et la représentation que se fait le juge des relations normales de droit privé.* »<sup>643</sup> Ainsi, la clause inhabituelle n'est pas seulement la clause qui serait rare dans les relations privées mais qui serait anormale ou insolite par ce qu'elle est à contre-courant des principes juridiques qui régissent les relations privées<sup>644</sup>. Cette analyse permet aussi d'englober, dans la catégorie des clauses inusuelles, celles des stipulations emportant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Aussi, la considération du caractère inhabituel de stipulations contractuelles par rapport à un certain modèle de relations privées, apprécié dans l'état actuel des relations entre les parties privées, peut-elle jouer comme un instrument d'identification, même s'il est peu précis, des clauses exorbitantes.

**323. La clause exorbitante en tant que « clause spécifique du droit public ».** – S'il est vrai que le caractère inhabituel de la ou des clauses qu'il contient permet, dans la très grande majorité de cas, de reconnaître un contrat administratif, les auteurs du traité des contrats administratifs ont mis en avant l'idée qu'il existerait des stipulations qui, sans pouvoir être analysées comme des clauses inhabituelles, permettraient quand même d'imprimer au contrat un caractère administratif. Le caractère exorbitant de ces clauses, qui ne pourraient se rattacher aux précédentes catégories, serait révélé par les considérations ou les buts qui ont commandé leur rédaction. « *Apparaîtra à ce point de vue exorbitante la clause qui ne peut avoir été inspirée que par des considérations d'intérêt général insusceptibles de se rencontrer dans les relations contractuelles entre particuliers. L'insertion de telles clauses prouve en effet que la considération qui a animé le contrat est cette poursuite d'intérêt généraux qui sert précisément de fondement aux règles spéciales des contrats*

643. RICHER (L.) *Droit des contrats administratifs*, préc. p. 86. Cette conception emporte une conséquence importante. L'idée de normalité ou de modèle idéal des relations privé étant évolutif, il faut bien admettre le caractère normal, et par conséquent non exorbitant, d'une clause qui serait employée couramment dans les relations privées. À cet égard, M. Richer signale que la jurisprudence du Conseil d'Etat, en peu de temps, a notablement évolué vis-à-vis de la référence du contrat à un cahier des charges. Si, dans un premier temps la simple référence à celui-ci suffisait à donner un caractère administratif au contrat (CE, sect., 17 novembre 1967, *Roudier de la Braille*, Rec., p. 428), dans un second temps cette solution n'a pu s'appliquer que dans la mesure où le contrat lui-même comportait certaines clauses exorbitantes (CE., 2 octobre 1981, *Commune de Borce*, Rec.p. 654). « *Cette solution peut s'expliquer par une prise de conscience de la fréquence de la référence à des documents-type en droit privé.* »

644. DE LAUBADERE et alii, *Traité des contrats administratifs*, préc. p. 225, n° 273

*administratifs.* » <sup>645</sup> Cette analyse délivre, à la fois, un critère de synthèse mais aussi un critère complémentaire.

**324. Clause exorbitante et référence à des sources extérieures.** – On ne s’attardera pas sur ce dernier critère. Il permet de découvrir des clauses exorbitantes lorsque les stipulations contractuelles font référence, par exemple, à un cahier des charges de l’administration qui contient lui-même des clauses exorbitantes<sup>646</sup>. Il en va pareillement pour la référence à un texte édictant des règles elles-mêmes exorbitantes. Enfin, il est possible de faire état d’un troisième genre de référence ; la référence à un document ou contrat-type. Celle-ci ne sera valable, et emporter la qualification du contrat, que si elle ne contredit pas la nature de la convention. Pour conclure sur cet aspect, il faut souligner que ces solutions sont réversibles, la référence à des règles de droit commun peut faire de la convention un contrat de droit privé.

C’est armés de cette grille de lecture et principalement du critère de la clause inusuelle que nous rechercherons d’éventuelles clauses exorbitantes, dont l’appréciation n’échappe au demeurant pas à une certaine subjectivité, au sein des licences d’usage ou de rediffusion des données publiques.

#### ***b. Les conventions de fourniture de l’information au regard du critère de la clause exorbitante***

**325.** - On l’a déjà annoncé, trois types de clauses, d’ailleurs fort récurrentes dans les conventions de fourniture de l’information, pourraient s’apparenter à des clauses exorbitantes. Les premières d’entre-elles organisent un contrôle, les contrats évoquent un « droit d’audit », de la personne publique sur les activités et la comptabilité de son cocontractant liées à la diffusion de l’information. D’autres aménagent, toujours au bénéfice du fournisseur d’information, mais plus sporadiquement, un pouvoir de modification unilatérale du contrat. Enfin, invariablement, on trouve des clauses de résiliation unilatérale du contrat. On les présentera successivement en essayant d’y déceler un caractère exorbitant.

#### **- - Le pouvoir de contrôle**

---

645. *Ibid.* p. 226, n° 174

646. La solution est désormais constante, v. pour une application Cas. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2006, *SNCF, préc.* Le renvoi à un cahier des charges n’est pas, en tant que tel, considéré comme une clause exorbitante ; il convient d’analyser son contenu pour vérifier s’il contient des clauses exorbitantes.

**326. Droit d'audit et exercice des droits de propriété intellectuelle.-** L'institution d'une ou de plusieurs stipulations organisant, ou plus sommairement, se contentant de prévoir, au profit du fournisseur d'information, un droit de contrôle sur les activités liées à l'exploitation et la distribution de l'information par son cocontractant ou son sous-traitant est très fréquente, sinon invariable, dans les contrats relatifs à la commercialisation des données publiques. On la retrouve dans les licences de l'INPI, de l'INSEE et de la direction des journaux officiels, notamment<sup>647</sup>. Toutefois, parce qu'elle est très détaillée, et qu'elle envisage les raisons du contrôle, c'est sur la base de la licence de rediffusion du fichier SIRENE que l'on appuiera la réflexion. Celle-ci prévoit et aménage ce qu'elle qualifie de « droit d'audit » ; il est dit que « l'INSEE pourra s'assurer du respect des dispositions de la présente licence par le licencié en procédant ou faisant procéder aux contrôles décrits en annexe 4. Ceux-ci auront lieu à la date choisie par l'INSEE. Le licencié sera informé deux semaines à l'avance par lettre recommandée avec avis de réception (...) Le licencié mettra à la disposition de l'INSEE, ou de l'organisme choisi par ce dernier, l'ensemble des éléments comptables, financiers et techniques permettant d'effectuer ces contrôles dans les meilleures conditions ». Les raisons du contrôle, du moins telles que les conçoit l'Etat, sont exposées au sein des conditions générales de commercialisation attachées à ce contrat. Elles sont envisagées au titre des droits privatifs détenus par l'Etat sur le fichier commercialisé. « L'INSEE étant propriétaire de droits privatifs sur les produits SIRENE, il importe que le bénéficiaire de ces produits indique à ses propres clients la source des données (...) Pour les mêmes raisons, il est expressément convenu que l'INSEE effectuera des contrôles de qualité des informations dont la rediffusion est autorisée par l'INSEE ; de même l'INSEE effectuera tout contrôle des limites octroyées quant à l'utilisation du fichier ». Ainsi reliés à l'exploitation de droits privatifs sur la création de l'Etat, ces contrôles n'ont rien d'exorbitant. Ils poursuivent en réalité un double objectif. Contrôler le respect par le cocontractant des stipulations destinées à garantir la qualité et, par conséquent, l'absence d'altération de l'information communiquée ; ce qui permet de préserver le fournisseur, la chaîne de distribution de l'information étant longue, d'éventuelles actions en responsabilité dirigées à son encontre. Son second rôle est d'informer le fournisseur sur l'usage qui est fait de l'information pour savoir, notamment, s'il perçoit bien les redevances auxquelles il a droit. Or, à ces deux points de vue, le droit d'audit est tout à fait courant dans le droit commun. C'est même un trait caractéristique de certains contrats informatiques. M. VIVANT en a d'ailleurs souligné la double origine : « Sur le contrôle et l'information ouverts au producteur, précisons qu'il s'agit de permettre à celui-ci d'avoir une

647. Les autres conventions sont en effet moins loquaces. La licence de distribution du RNCS stipule, au titre d'une disposition consacrée à la concertation et au contrôle que l'on a déjà signalé, que « L'INPI pourra faire procéder à tout contrôle et toute vérification du respect des clauses de la présente convention par l'un de ses agents qui sera soumis aux obligations de confidentialité d'usage ». De son côté, la licence pour la rediffusion des annonces du BODACC prévoit que « les journaux officiels se réservent le droit d'exercer ou de faire exercer des contrôles pour s'assurer du respect par le licencié de l'ensemble des dispositions du présent contrat, notamment les conditions de rediffusion des données et de l'intégralité du pourcentage déclaré par le licencié aux journaux officiels ».



exacte idée de l'utilisation de sa base et d'apprécier s'il perçoit les redevances auxquelles il a effectivement droit. C'est ainsi que la plupart des serveurs donnent au producteur toutes les informations statistiques sur la consultation de leur base, certains donnent périodiquement la liste des clients qui ont interrogé la base. »<sup>648</sup>

Peut-on maintenant, comme il a été suggéré plus haut, voir dans les modalités du contrôle la marque de la puissance publique ? Celui-ci est-il organisé de telle manière qu'il laisserait supposer la présence d'une clause exorbitante du droit commun ? C'est douteux. On peut lire que, si le contrôle peut être directement exercé par le fournisseur de l'information, l'autre partie au contrat sera informée à l'avance de la date du contrôle<sup>649</sup>. Il n'y a là aucun caractère discrétionnaire.

En conséquence, il ne semble pas, par le fait même que ce type de stipulation est banale en droit privé ? que l'on puisse y voir une clause exorbitante.

#### - - Le pouvoir de modification unilatérale du contrat

**327. Organisation de l'exercice du pouvoir de modification unilatéral.** - Pour une personne publique, en principe, le pouvoir de modification unilatérale d'une convention existe en dehors même des stipulations contractuelles<sup>650</sup> ; c'est une règle générale des contrats administratifs. En conséquence, le fait que les licences de fourniture de l'information contiennent rarement de telles clauses ne laisse pas supposer qu'elles ne puissent en user.

Comment dès lors se présente ce pouvoir de modification unilatérale dans les contrats où il est expressément visé ? Au sein des conditions générales de commercialisation du fichier SIRENE, la clause de modification unilatérale est ainsi rédigée : l'institut « se réserve le droit de modifier certaines dispositions du contrat conclu avec ses clients, s'il juge cette modification nécessaire à l'amélioration du service ». En dehors de celle-ci, une autre circonstance peut être à l'origine de l'exercice de cette prérogative : « la modification de disposition du droit applicable à ce contrat ». La stipulation indique par la suite les modalités d'exercice du droit de modification ; les clients de l'institut devront être avertis dans un délai de trente jour. Enfin, et c'est là une disposition importante, l'exercice par le fournisseur de

648. VIVANT et *alii*, VIVANT (M.), , Droit de l'informatique et des réseaux, Lamy 2004, n° 2245. V. aussi, BENSSOUSSAN (A) et DELAVAL (D.), *Bases de données : Guide juridique pratique*, Coll. NTD, éd A. Jour 1995, p. 58. Reste peut-être une ultime objection à cette analyse qui ne tendrait à voir dans la clause de contrôle, en tant, seulement, qu'elle est destinée à préserver une certaine qualité de l'information, une stipulation de droit commun. La personne publique ne poursuit-elle pas là l'intérêt général à voir une information de bonne qualité circuler sur le marché ? C'est tout à fait possible, mais cette motivation ne ressort pas explicitement des conventions de réutilisation. En tout cas, elle n'est pas exprimée de telle manière que l'on pourrait y déceler la marque de la puissance publique.

649. Ces dispositions sont tout à fait comparables à celles qui figurent au sein d'autres licences de réutilisation de l'information, notamment celles issues de la direction des journaux officiels.

650. CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains régionaux*, Rec. p. 33.

son droit de modifier unilatéralement le contrat ouvre au profit de son cocontractant un droit à résiliation de la convention, « de plein droit ». Que faut-il penser d'une telle clause ? Peut-on la qualifier de clause exorbitante en tant qu'elle actionne un pouvoir de modification unilatérale ? Pour répondre à la question, il faut d'abord observer que le pouvoir de modification unilatérale, au sein des contrats publics, n'est pas totalement discrétionnaire et ne peut intervenir qu'en cas de changement de circonstances. Or, les prévisions contractuelles aménagent bien les conditions de l'information du cocontractant tout en subordonnant l'exercice de tels changements à la survenance de certaines circonstances. On peut ainsi penser que l'amélioration du service soit liée, par exemple, à des évolutions techniques. Jusque-là, il n'y rien qui puisse nous conduire à écarter la qualification de clause exorbitante. En revanche, à cet égard, la possibilité pour le cocontractant de résilier le contrat de « plein droit » est plus gênante. En effet, en droit public, à titre principal, le pouvoir de modification unilatérale du contrat ouvre droit à une compensation pécuniaire au profit du cocontractant. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exercice de cette prérogative modifie profondément le contrat, qu'elle en bouleverse l'économie, qu'elle peut être fautive et entraîner une résiliation juridictionnelle - et non pas de « plein droit » - du contrat aux torts de la personne publique. C'est d'ailleurs la seule voie qui est ouverte au cocontractant de l'administration qui a usé de ses prérogatives exorbitantes<sup>651</sup>. Aussi, la stipulation qui prévoit la possibilité pour le cocontractant de résilier « de plein droit » le contrat en cas de modifications destinées, notamment, à améliorer le service, ne peut-elle pas se rattacher aux conséquences entourant l'exercice par l'administration de son pouvoir de modification unilatérale, parce que son emploi n'aurait pu qu'entraîner l'ouverture d'un droit à indemnisation, au pire une résiliation juridictionnelle. Par là, nous semble-t-il, l'exercice de cette prérogative étant étrangère au droit des contrats publics et plus généralement au pouvoir de réorganisation du service public, la clause qui la porte ne peut être qualifiée d'exorbitante. On remarquera, en outre, que cette disposition, telle qu'elle est rédigée, n'est pas foncièrement inégalitaire puisqu'elle ouvre la possibilité au cocontractant de résilier le contrat. Tout au contraire, le choix d'attacher à la modification unilatérale des conséquences inconnues au droit public constitue un indice de la volonté de la personne publique de se soumettre, pour la fourniture de l'information, à un régime de droit privé.

**328. Déséquilibre contractuel et conventions liées à l'informatique.** - Il va de soi qu'une telle clause reste quand même déséquilibrée, mais toutes les clauses déséquilibrées ne sont pas la manifestation de clauses exorbitantes. L'explication du déséquilibre doit donc être recherchée ailleurs. Et c'est encore une fois au sein de ce qu'il est appelé les « contrats informatiques », qui ont charrié une pratique contractuelle très particulière, que gît l'explication. Ce type de stipulation est en effet prévu de manière récurrente dans les conventions unissant les diffuseurs d'information à leurs usagers, qu'ils soient professionnels

651. DE LAUBADERE et alii, *Traité des contrats administratifs, préc.*, p. 632-633 n° 1421.

ou pas. Plusieurs auteurs les ont identifiés. Mme CHOISY soulignait déjà, dans sa monographie dédiée aux contrats sur les bases de données, que le serveur, c'est-à-dire l'organisme chargé de diffuser l'information, se réservait le droit « de faire toute modification qu'il juge nécessaire pour l'amélioration du service »<sup>652</sup>. MM. VIVANT et le STANC, de leur côté, indiquent que si les serveurs « sont unanimes à prévoir pour eux une faculté de modifier unilatéralement les services qu'ils offrent »<sup>653</sup>, c'est essentiellement pour prendre en compte le caractère évolutif de leurs prestations, le progrès technique pouvant, dans ce domaine plus qu'ailleurs, modifier le contenu du service. Quant à Mme MALLET-POUJOL, elle signale « une pratique des différents protagonistes à la commercialisation des banques de données à se réserver la possibilité de modifier unilatéralement l'objet de leur prestation »<sup>654</sup>. Bref, ces clauses sont habituelles en droit privé, quoique leur validité ne soit pas toujours exactement admise<sup>655</sup>.

**329.** - En conclusion, la clause prévoyant la possibilité pour l'Etat de procéder à une modification unilatérale des prestations objet de la convention ne nous semble pas être une clause exorbitante du droit commun. D'une part, parce que les conséquences qui sont attachées à son exercice sont inconnues du droit des contrats publics, d'autre part, parce que, en application du critère de la clause inhabituelle en droit privé, il ressort que, loin d'être inusuelle, cette clause est tout à fait courante. Enfin, parce qu'elle n'est pas fondamentalement inégalitaire<sup>656</sup>.

652. CHOISY (M-G), *Banques de données, aspects contractuels*, Agence de l'informatique, 1983, p. 25. Cet auteur évoquait encore le contenu de la modification et ses modalités d'exercices, en tout point semblables par ailleurs à celles qui sont prévues par la licence de rediffusion étudiée, « le serveur a la possibilité de modifier les prix, les moyens d'accès au service, (...) la liste des banques de données, voire leur contenu même. Le serveur a cependant l'obligation d'informer les clients des modifications prévues et des conséquences de ces changements par lettre avec préavis, en général, d'un mois, ou par message apparaissant sur le terminal ».

653. VIVANT (M.), le STANC (C.) et alii, *Droit de l'informatique et des réseaux*, préc.n° 2887.

654. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc.p. 313, n° 349.

655. L'existence d'une telle clause en droit privé étant comme cela suffisamment établie, il convient d'évoquer la question de sa validité. Ces mêmes auteurs l'ont mise en doute, soit parce qu'elle rendrait indéterminé l'objet du contrat (CHOISY (M-G), *Banques de données, aspects contractuels*, préc.), soit parce qu'elles se heurteraient à la prohibition des clauses potestatives (MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc.) Pour sortir de l'impasse, certaines solutions ont été proposées. Il a ainsi été fait valoir que, pour rétablir l'équilibre contractuel altéré par la possibilité laissée au débiteur de l'obligation de modifier unilatéralement sa prestation, l'autre partie, en contre point, bénéficiât d'un droit de résiliation unilatéral. Au pouvoir de modification unilatérale devrait alors répondre le droit de résiliation ; la licence de l'INSEE se situe dans cette perspective. D'autres ont dit que ces clauses pouvaient être assimilées à des clauses d'adaptation qui seraient licites ou non selon le caractère essentiel de l'objet de l'adaptation (VIVANT (M.), le STANC (C.) et alii, *Droit de l'informatique et des réseaux*, préc.) Autant de questions qui pourraient se reposer à propos de la validité de telles clauses, lorsqu'elles sont insérées dans les licences de fourniture de l'information consenties par des personnes publiques, car les prérogatives qu'elles détiennent au titre du service public et de son organisation ne doivent pas troubler l'analyse de leurs relations contractuelles lorsqu'elles agissent comme de simples particuliers.

656. Cependant, il n'est pas possible de faire d'un cas une généralité. Les résultats de cet examen ne valent que pour les contrats dans lesquels de telles clauses figureraient. Dans d'autres cas, le diagnostic est plus simple, certaines licences prévoyant par exemple que la modification interviendra par avenant disqualifie

- Le pouvoir de résiliation unilatérale

**330. Difficultés d'identification.** - Les licences de rediffusion ou celles qui sont simplement relatives à l'usage de données publiques prévoient, dans la très grande majorité des cas, des clauses de résiliation ou de résolution du contrat. Les difficultés posées par leur interprétation, dans le but d'en déterminer le caractère exorbitant du droit commun, sont très différentes de celles évoquées précédemment. En effet, le droit privé et le droit public admettent également la validité de telles stipulations. Les clauses résolutoires en droit civil peuvent ainsi parfaitement être actionnées de plein droit par l'un des cocontractant en l'absence même d'intervention juridictionnelle<sup>657</sup>. Par conséquent, la prévision d'une telle stipulation au sein d'un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée ne lui imprime pas forcément le caractère d'une clause exorbitante. La question qui se pose alors est de savoir comment identifier au sein de ces stipulations celles qui ont un caractère exorbitant du droit privé. Un second problème d'identification se greffe à celui-ci ; les clauses, lorsqu'elles existent, prévoient la résiliation unilatérale uniquement comme une sanction aux manquements du cocontractant. Autrement dit, les mentions contractuelles ne sont pas des manifestations de l'exercice par les personnes publiques contractantes d'un pouvoir de résiliation sans faute, qui prendrait sa source dans l'intérêt général et qui donnerait par là un caractère administratif à la convention<sup>658</sup>. De ce fait, l'appréciation du caractère de ces clauses est peu évidente.

**331. Examen.** - On peut mentionner deux types de clauses au sein des licences de rediffusion des données publiques. Les premières prévoient, outre un pouvoir de résiliation unilatérale au profit de la personne publique, un identique pouvoir au profit de son cocontractant en cas de manquement de la partie publique. La licence de rediffusion de l'INSEE dit par exemple que « chaque contrat particulier sera en outre résolu de plein droit (...) à la demande de l'une ou l'autre partie, en cas d'inexécution des obligations contractuelles ou légales de l'autre partie ». De façon très similaire, les licences de rediffusion émises par la direction des journaux officiels disposent que « la résiliation du contrat sera acquise de plein droit aux torts et griefs de la partie défaillante si bon semble à l'autre partie, sans préjudice de tous dommages et intérêts ». L'égalité qui anime ces stipulations exclut évidemment tout caractère exorbitant et ce d'autant plus que, au sein des contrats administratifs, la résiliation de plein droit n'existe pas au profit du cocontractant de l'administration. En effet, « les sanctions des obligations de l'administration ne sont jamais

---

évidemment la reconnaissance de clauses exorbitantes. Dans d'autres encore, il est plus difficile car on se heurte à la vacuité de la convention.

657. MALAURY (P.), AYNES (L.) ET STOEFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Defrénois, 2004, p. 432, n°886.

658. V. TC, 5 juillet 1999, *UGAP*, Rec. p. 465.

prononcées que par le juge du contrat à la suite du recours du cocontractant »<sup>659</sup>. Il est dès lors possible d'affirmer que ces clauses ne sont pas exorbitantes pour les raisons que nous avons dites.

D'autres clauses organisent l'exercice du pouvoir de résiliation de manière telle qu'il est difficilement possible de le distinguer des mêmes clauses figurant dans des contrats de droit privé. C'est le cas de la stipulation qui prévoit la possibilité pour la personne publique de résilier le contrat de plein droit, après mise en demeure préalable, en cas de violation de certaines obligations essentielles de la convention.

Le problème se pose cependant de manière encore plus aiguë pour d'autres clauses, qui peuvent d'ailleurs se retrouver au sein des mêmes conventions, qui permettent à la personne publique sans formalité préalable de résilier le contrat. Or, l'on sait que l'absence de formalité peut constituer la marque d'une clause exorbitante (v. *supra*). Dans toutes les conventions étudiées, il n'y en a qu'une seule, et encore n'est-ce qu'au sein des conditions générales de commercialisation, qui permette à l'organisme public de résilier la licence sans procéder à une mise en demeure préalable, pour violation des conditions d'usage de l'information ou manquement aux dispositions relatives au contrôle. L'article 9 des conditions générales de commercialisation du fichier SIRENE prévoit que « nonobstant les dispositions particulières contenues dans chaque contrat particulier concernant la durée de ce contrat, celui-ci sera résolu de plein droit à la demande de l'INSEE, sans préavis (...) en cas d'utilisation abusive ou non autorisée des informations transmises par l'INSEE », puis, plus loin, on peut lire encore que « le non respect des dispositions relatives au contrôle de la qualité constitue aussi un motif de résolution de plein droit du contrat sans préavis ». Cette modalité d'exécution, malgré son caractère déséquilibré, ne nous semble pas pouvoir être qualifiée de clause exorbitante car, une fois de plus, de telles stipulations sont tout à fait admises en droit privé<sup>660</sup>.

Peut-on alors, par surcroît, déceler dans ces dispositions un but d'intérêt général ? Il ne semble pas non plus. Ces clauses sont destinées à sanctionner un manquement grave aux obligations contractuelles principales souscrites par le licencié, elles visent, on l'a dit, un manquement aux conditions d'usage de l'information et au contrôle de qualité. Cependant, la

659. De LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.) ET DELVOLLE (P.), *Traité des contrats administratifs*, T.II, LGDJ, Paris, 1984, p. 206, n° 1001.

660. « Certes une partie de la doctrine demeure réservée sur le maniement de cette notion de clause exorbitante du droit commun, laquelle semble en réalité recouvrir deux hypothèses, celle de la clause totalement dérogatoire au droit civil ou au droit commercial, celle de la clause inhabituelle ou que l'on trouve très rarement dans les relations contractuelles normales. Mais, s'agissant plus spécifiquement de la clause de résiliation unilatérale du contrat sans mise en demeure préalable ou après une simple mise en demeure, l'évolution de la jurisprudence a été, sans conteste, vers une « banalisation » d'une telle clause, cette dernière pouvant ainsi se trouver indifféremment dans un contrat de droit privé ou dans un contrat de droit public. » concl. J. MICHEL sous, CAA Douai, 5 mai 2004, *Société Normat AJDA* 2004, p.1821. La Cour de cassation considère en effet que, si une clause résolutoire n'est valablement acquise au créancier qu'en cas d'une mise en demeure préalable restée sans effet, la convention peut dispenser, à condition que celle-ci soit expresse et non équivoque, d'y recourir. v. Cas. civ. 1ère, 3 février 2004, Bull. civ. I, n° 27.

violation des conditions d'usage de l'information peut reposer, mieux que sur l'intérêt général, sur les droits du détenteur de l'information<sup>661</sup>. Reste alors l'autre aspect, la violation des obligations relatives au respect du contrôle de qualité de l'information. La nécessité de garantir une certaine qualité à l'information diffusée pourrait très bien participer de l'intérêt général. Pour se prononcer, il convient ici encore de faire des distinctions, peut-être trop subtiles pour être vraiment opératoires. Ce contrôle, on le rappelle, présente deux aspects : il permet à l'organisme public de s'assurer qu'il perçoit bien les redevances auxquelles il a droit ; il assure la vérification de l'utilisation du fichier et de la qualité des traitements réalisés sur l'information. Or, ces trois formes de contrôle peuvent encore être rattachées à l'exercice de ses droits privatifs, soit au contrôle des obligations contractuelles. Si finalité d'intérêt général il y a, on ne peut la déceler qu'en second lieu derrière les exigences relatives à la qualité de l'information.

On peut dire que la notion de clause exorbitante, pas plus, et peut être moins encore, que la notion d'objet du service public, ne permet de conférer aux licences de rediffusion et d'usage de l'information le caractère de contrats administratifs. Il est certes vrai que la subjectivité de l'appréciation, que certaines de ces clauses implique, ouvre la voie à une telle reconnaissance, mais, à notre avis, ce serait quand même forcer l'interprétation des licences de rediffusion de l'information, car il ne semble pas que les parties ait eu l'intention de se soumettre à un régime de droit public. Au contraire, l'étude des clauses qui pouvaient s'apparenter à des clauses exorbitantes a révélé que les obligations particulières étaient inhérentes à l'exercice par les personnes publiques de droit de propriété intellectuelle.

### *B. La nature des licences d'usage final*

**332. Objet.** - Ces contrats n'ont pour autre objet que d'autoriser le cocontractant à faire un usage « interne », « personnel », des données ou de la base qui lui est communiquée. À la différence des précédentes conventions, l'organisme fournisseur n'autorise pas une

---

661. Le contrat de l'INSEE lie d'ailleurs ces deux aspects.

rediffusion des informations des données fournies<sup>662</sup>, mais n'accorde seulement qu'un droit d'usage sur celles-ci<sup>663</sup>.

Pour illustrer ce propos, on fera état d'un modèle de licence d'usage émis par l'INSEE. Ce document définissait et encadrait particulièrement les conditions d'utilisation du fichier transmis ; « Le fichier est réservé à l'usage exclusif du licencié. Le licencié peut utiliser les adresses pour ses besoins propres y compris les opérations de publipostage et de mise en ligne à usage interne mais à l'exclusion de toute opération donnant lieu à paiement de la part de personnes extérieures à l'entité juridique qu'il représente. Il s'interdit d'utiliser les données pour constituer des produits ou études vendues à l'extérieur »<sup>664</sup>. Ces licences peuvent d'ailleurs être rapprochées des conventions liant un organisme public et un utilisateur final qui entendrait accéder non plus à un ensemble d'informations pour en faire un usage interne, plus précisément une exploitation interne, mais à une information ou un produit d'information pour en faire un usage personnel, principalement à des fins de connaissance. Il en va ainsi, par exemple, des cartes géographiques, d'une prévision météorologique ou d'un bilan d'entreprise. L'économie juridique de l'opération est très similaire ; le plus souvent les organismes publics se prévalent d'un droit de propriété intellectuelle et prohibent toute rediffusion à des tiers de l'information ou des produits d'information ainsi communiqués.

Cela dit, peut-on considérer que les licences d'utilisation finale sont des contrats administratifs ? Pour le déterminer, on reportera ici les éléments de réponse précédemment dégagés à propos des licences de rediffusion. Les conventions d'usage de l'information se distinguent des précédentes en ce qu'elles ne prévoient pas de rediffusion, par conséquent, à plus forte raison encore que pour les conventions de rediffusion, pour lesquelles on pouvait prétendre qu'elles satisfaisaient au moins l'intérêt général (dans l'hypothèse où le cocontractant serait amené à rediffuser l'information), elles n'impliquent en aucune façon la participation du cocontractant à l'exécution d'une mission de service public. Elles ne comportent pas non plus de clauses telles qu'elles puissent être qualifiées d'exorbitantes.

---

662. L'article 2 de l'arrêté du 12 mars 2002 relatif au prix de cession pour usage final par l'Institut national de la statistique et des études économiques des produits issus de la base de données SIRENE, (JO, 16 avril 2002, p. 6665) explicite très clairement l'objet de telles licences, « les informations contenues dans les produits informationnels visés à l'article 1er sont communiquées par l'INSEE à des tiers dans le cadre de licences d'usage final. Le tiers bénéficiaire ne peut utiliser ces informations que pour des besoins propres, internes à l'entité juridique qu'il représente ; il ne peut donc, en particulier, les mettre à disposition d'autres tiers, gratuitement ou contre paiement, sous quelque forme et selon quelque modalité que ce soit, sans la signature préalable d'une convention particulière avec l'INSEE ».

663. Les conditions générales d'usage des adresses de l'annuaire téléphonique (Wanadoo data) mises en œuvre pour la réalisation de campagne marketing indiquent que « le présent contrat a pour objet de définir les conditions auxquelles le client s'engage à respecter le droit personnel d'utilisation du fichier fourni par Wanadoo data à partir de sa base de données ».

664. Cité par H.MAISL et J.HUET in *Droit de l'informatique et des télécoms*, LGDJ, 1989, p. 599. On pourrait encore citer la licence d'usage des produits issus du recensement de la population destinée notamment aux collectivités territoriales pour l'accomplissement « d'études relevant de sa mission de création d'équipement publics ». Cette convention a pour objet de concéder un droit d'usage sur les données du recensement au cocontractant. L'IGN aussi délivre de telles licences.

**333. Conclusion.** - Bien que cette conclusion ne puisse pas être définitive, il semble quand même, parce que ces conventions se montrent réfractaires à l'application des critères jurisprudentiels dégagés pour la reconnaissance d'un contrat administratif, que les licences de réutilisation ou d'usage des données publiques relèvent principalement du droit privé, plus exactement des conventions relatives à la concession de droit de propriété intellectuelle, ou aux « contrats informatiques ». L'étude du critère du service public a montré qu'il est très peu probable pour une telle convention de recevoir la qualification de contrat administratif ; soit parce que le service public n'est pas en cause, soit qu'il s'agit d'un service public à caractère industriel et commercial. Celui de la clause exorbitante n'a pas été plus performant. Les dispositions contractuelles qui pouvaient s'en approcher ne pouvaient revêtir ce caractère. Cependant, l'interprétation du critère du service public étant emprunt de subjectivité, l'insertion d'une clause exorbitante dépendant de la volonté des parties, il est impossible de dire si de telles conventions ne pourraient se voir qualifier de contrats administratifs ; il reste que notre sentiment est qu'elles n'en présentent pas les attributs.

## §2 - La qualification des licences

**334. Intérêt et objet de la recherche.** - L'intérêt de la qualification des licences d'usage et de réutilisation des données publiques réside dans la considération suivante : la qualification permet de prévoir le régime juridique applicable en cas de litige ainsi que les obligations et responsabilités à assumer par les parties. Elle est d'autant plus utile dans le cas des conventions conclues à propos de la mise à disposition de données publiques que la question n'a jamais vraiment été envisagée ; les parties ne l'opèrent pas naturellement non plus. Cela dit, notre démarche n'a pas vocation à l'exhaustivité. En présentant des solutions dégagées en droit privé pour des conventions similaires, parfois identiques, à celles qui nous occupent, on dégagera quelques pistes de réflexion pour répondre à la question de savoir quelle qualification peuvent recevoir les licences de rediffusion (A) ou les licences d'usage (B).

### *A. La qualification des licences de rediffusion*

**335. Appellations et objet des licences de rediffusion.** - Les conventions unissant les administrations détentrices des fonds informationnels et les entreprises du secteur privé qui les exploitent ont reçu de multiples appellations auxquelles il ne faut pas attacher une trop grande importance car, le plus souvent, elles n'ont aucune résonance juridique. Il est question, fréquemment, de « licence de rediffusion », de « licence de réutilisation » ou encore de « licence de commercialisation », voire « de licence de distribution ». Si la dénomination



des conventions est empirique, la lecture de ces contrats révèle que les parties attachent un soin plus minutieux à préciser leur objet<sup>665</sup>. Invariablement, l'objet de la licence est relatif à l'exploitation de certains droits grevant les données ou, mais c'est plus sporadique, le corpus informationnel dans son ensemble. Ainsi, différentes licences, selon des formules très variables, indiquent que « le présent contrat définit la nature et l'étendue des droits concédés (...) pour l'usage du fichier... » ou que « la convention a pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles » il est consenti au cocontractant « une licence de fourniture et de droit d'utilisation des informations ». Par conséquent, pour les parties à la licence, il semblerait que les contrats de rediffusion aient pour objet la transmission de certaines prérogatives destinées à assurer l'exploitation de l'information. Autrement dit, ce qui est dû par la personne publique qui communique les données, la chose objet de l'obligation, ce sont des droits<sup>666</sup>. Cela n'a rien d'étonnant. Le commerce de l'information ne peut se faire si le cocontractant de l'administration n'a aucune maîtrise juridique, aussi minime soit-elle, des contenus qui lui sont fournis ; celui-ci doit se faire attribuer des prérogatives qui dépassent la simple possibilité d'utiliser le corpus informationnel communiqué. Comment pourrait-il, en cas contraire, exploiter et commercialiser ces informations et les produits qui les intègrent ? Différents auteurs ont avancé l'idée selon laquelle les contrats se situant en amont de l'utilisation finale de produits ou services d'information sont « fréquemment des relatifs à l'exploitation de droits »<sup>667</sup>. Il en va par exemple ainsi du contrat relatif à la distribution des bases de données qui suppose souvent « un accord sur les droits qui peuvent couvrir la base »<sup>668</sup>. Toutefois, bien que leur objet réside dans l'exploitation de droits, la qualification de ces contrats ne peut être envisagée de façon univoque. En effet, les prérogatives conférées par l'organisme public peuvent très bien se concevoir dans une perspective de droit d'auteur ou de droit du producteur de bases de données, mais ce n'est pas toujours le cas. Qu'en sera-t-il de la qualification du contrat lorsqu'il n'est pas possible de revendiquer l'existence d'un droit privatif sur les informations fournies ? L'absence ou la présence de droits de propriété intellectuelle grevant le corpus informationnel a nécessairement une incidence sur la qualification des licences de réutilisation. C'est pourquoi, on distinguera la question de la

665. S'agissant de contrats d'adhésion, c'est l'organisme public qui fixe en général l'objet de la licence.

666. TERRE (F.), SIMLER (P.) ET LEQUETTE (Y.), Les obligations, Précis, Dalloz 2002, p. 271, n° 266. Les auteurs distinguent l'objet de l'obligation, ce qui est dû par le débiteur, c'est-à-dire la prestation et l'objet de la prestation.

667. MONTERO (E.), *La responsabilité du fait des bases de données*, Presse Universitaire de Namur, 1999 p. 330 n° 159. Mme MALLET-POUJOL, qui s'attache spécialement à qualifier les conventions liant le fournisseur d'information au producteur d'une base de données, occurrence qui est identique à la nôtre, elle estime que « le contrat producteur/fournisseur de données ressemble fort à un contrat d'édition des données, cession du droit d'exploitation des données par la banque ». MALLET-POUJOL, *La commercialisation des bases de données*, préc., n° 426, p. 366.

668. VIVANT (M.), LE STANC (C.) et alii, *Droit de l'informatique et des réseaux*, préc. n° 2241. Dans le même sens, MALLET-POUJOL, *La commercialisation des bases de données*, préc. n° 415 p. 360.

qualification des licences de rediffusion selon que les informations fournies donnent prise (1) ou pas (2) à une protection privative.

### 1. La qualification des licences de rediffusion en présence d'une protection privative

**336. Les qualifications envisageables.** – La qualification des licences de rediffusion sera recherchée en contemplation de celles qui ont généralement été évoquées en droit privé à propos de contrats conclus sur les bases de données : on envisagera la qualification des licences de rediffusion par rapport à la vente (a), au louage de chose (b), au louage d'ouvrage (c) et enfin, au regard d'une figure contractuelle particulière, le contrat d'édition (d).

#### *a. Les licences de rediffusion et la vente*

**337. Absence d'aliénation.** - L'analyse de la licence de rediffusion de données publiques en une vente, en l'occurrence la cession de certains droits grevant le corpus informationnel, est difficilement défendable. La raison qui l'explique est simple, le caractère essentiel de la vente, tel qu'il résulte de l'article 1582 du Code civil, réside dans le transfert, immédiat ou futur, de la propriété de la chose vendue, or, les licences de rediffusion des données publiques n'emportent pas cession définitive des droits grevant le corpus informationnel. L'organisme public fournisseur d'information, lorsque les données publiques sont le siège d'un droit privatif, n'aliène en aucune manière ses droits de propriété intellectuelle ; il concède seulement un droit d'utilisation et un droit d'exploitation sur l'information fournie. En fait, il s'agit uniquement d'un démembrement de son monopole d'exploitation.

En s'évadant de raisonnements privatistes, il serait encore possible de contester la qualification de vente en considération de la nature même des données publiques et des obligations de l'administration à leur égard. La question qui se pose alors est de savoir si les prérogatives dont disposent les personnes publiques pour exploiter les données publiques sont aliénables ? Peut-on imaginer que les organismes publics s'en départissent, à titre définitif ? Ce n'est pas envisageable ; l'intérêt général qui s'attache à l'usage de l'information pour l'accomplissement de certaines obligations de service public s'y opposerait nécessairement ; il ferait échec, à la fois, à l'aliénation de droits et à une éventuelle dépossession.

Pour toutes ces raisons, l'hypothèse de la vente, qui est d'ailleurs très généralement rejetée pour d'autres créations informationnelles, doit être écartée pour qualifier les licences

de rediffusion des données publiques<sup>669</sup>. Ces arguments valent à plus forte raison dans le cas où l'organisme public ne disposerait pas de droits privatifs sur l'information puisqu'il ne pourrait pas aliéner les droits dont il ne dispose pas (v. *infra*).

### *b. Les licences de rediffusion et le louage de choses*

**338. Les éléments caractéristiques du bail.** - Aux termes de l'article 1709 du Code civil, « le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Il est marqué par la présence de deux éléments essentiels<sup>670</sup> : la jouissance et le paiement du loyer.

**339. Jouissance.** - Le contrat de bail confère fondamentalement sur une chose un droit de jouissance, soit le droit d'en retirer tous les avantages dont l'exercice ne diminue pas la valeur. Cela implique, pour le preneur, le droit d'user de la chose et d'en tirer tous les fruits. Ces deux caractères se retrouvent constamment au sein des licences de rediffusion des informations publiques<sup>671</sup>. Le bénéficiaire d'une telle licence se voit en effet conférer des prérogatives qui dépassent la simple possibilité de prendre connaissance ou d'utiliser les informations transmises puisqu'il peut aussi, sous des formes déterminées, les commercialiser. C'est pourquoi, dans une occurrence proche de la nôtre, en règle générale, les licences ou sous-licences d'exploitation d'une base de données sont assimilées à un louage de choses incorporelles<sup>672</sup>. Il devrait en être de même pour l'exploitation du contenu informationnel d'une base de données lorsque celui-ci est protégeable, car rien ne s'oppose à la lecture qui tendrait à analyser les licences de rediffusion comme une concession du droit d'utiliser et d'exploiter les droits privatifs – droit d'auteur ou droit du producteur des bases de données - grevant le corpus informationnel. Une objection pourrait cependant être soulevée. La lecture des conventions de rediffusion des données publiques montre que, très

669. Il faut cependant réserver l'hypothèse dans laquelle l'administration réaliserait un travail à façon au profit d'un opérateur privé et lui céderait l'ensemble des droits attachés à sa création. Une telle convention serait susceptible de recevoir la qualification de vente.

670. MALAURIE (P.), AYNES (L.) ET GAUTIER (P-Y), *Droit des contrats spéciaux*, 14<sup>ème</sup> éd., Cujas, p. 387 n°614.

671. L'exploitation des données publiques, d'un point de vue économique, suppose en effet pour le cocontractant de l'administration, d'une part, la possibilité d'user de l'information transmise en vue de son exploitation technique ; d'autre part, la possibilité de céder certains produits d'information sur le marché, c'est là l'exploitation commerciale.

672. M. MONTERO, *La responsabilité du fait des bases de données*, préc. p. 328 n°157.

généralement, le droit de consentir une sous-licence est expressément prohibé par l'administration. Cette circonstance suffit-elle à écarter la qualification de contrat de bail ? En réalité, la possibilité de consentir une sous-licence, selon les termes de l'article 1717 du Code civil, peut être supprimée par le contrat. Aussi, ne s'agit-il pas là d'une caractéristique dirimante. Bien que les organismes publics diffuseurs d'information n'en n'aient, à notre connaissance, jamais indiqué les raisons, il semblerait que la prohibition de la sous-location soit constamment prévue par l'administration afin d'éviter les conséquences d'un trop grand rayonnement de la diffusion de l'information à laquelle elle procède. Elle permet de prévenir le risque d'altération et de dénaturation des données par des opérateurs sur l'activité desquels elle ne pourrait pas directement exercer de contrôle. Mais il y a aussi, sûrement, un motif d'ordre économique derrière cette limitation. La possibilité laissée au licencié de consentir une licence réduirait très certainement le nombre de cocontractants de l'administration et donc le nombre de redevances pour rediffusion qu'elle perçoit à l'occasion de la communication des ensembles informationnels.

**340. Mode de paiement.** – Le bail est un contrat à titre onéreux. Le prix est généralement acquitté sous forme de loyers, mais le paiement forfaitaire est aussi envisageable. Le fait que les ensembles informationnels mis à disposition par les organismes publics soient acquis contre un paiement forfaitaire ou sous forme de redevance ne pose pas de difficultés du point de vue de l'identification du contrat.

En conclusion, il semblerait que la licence de rediffusion de données publiques, en tant qu'elle autorise le cocontractant à exploiter certains droits grevant le contenu informationnel d'une base de données, peut être qualifiée, à l'instar d'autres conventions relatives aux droits de propriété intellectuelle, de contrat de location ou plutôt de concession<sup>673</sup>. Cette analyse se trouve confirmée par la confrontation de la licence de rediffusion à d'autres éléments clés du contrat de location<sup>674</sup>. Cette qualification, pour la

673. MM. LUCAS et LUCAS, préc.

674. Le bail est par nature un contrat à exécution successive. Cela implique un élément de durée. L'article 1709 interdit la conclusion d'un bail perpétuel, mais n'impose pas aux parties de préciser la durée de leur accord. Elles peuvent la fixer par contrat, dès lors il n'y aura pas de difficultés. Au cas contraire, si la durée est implicitement déterminée, il faudra rechercher l'intention des parties. Si elle ne l'est même pas implicitement, le contrat sera résilié unilatéralement moyennant un préavis. À notre connaissance, avec une très grande constance, la durée de l'octroi de droits d'exploitation sur les ensembles informationnels constitués par les organismes publics dans le cadre de leur mission de service public est fixée à l'avance par la licence qui prévoit aussi les modalités de son renouvellement et les conditions de sa résiliation : il s'agit bien de contrat à exécution successive. Ce caractère confirme donc l'analyse faite précédemment à travers la jouissance. Le fait que la personne publique ne se trouve dépossédée ni des droits, ni des informations, et que le licencié ne bénéficie pas d'une mise en possession exclusive ne saurait mettre en échec cette qualification, car l'absence de dépossession du bailleur n'avait certainement pas été prévue par le législateur (MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc.n° 398, p. 346). Quant à la mise en possession exclusive, autre élément caractéristique du bail qui pourrait s'opposer à une telle qualification des

personne publique, soucieuse du respect de l'intégrité des données transmises, a l'avantage, par exemple, de faire peser sur le licencié une obligation d'entretien de la chose louée en état de servir à l'usage pour laquelle elle a été louée (art. 1719 du Code civil).

### *c. Les licences de rediffusion et le louage d'ouvrage*

**341. Caractères.** - Le contrat d'entreprise se définit comme la convention par laquelle « une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant une rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître d'ouvrage), sans la représenter »<sup>675</sup>. L'objet du contrat d'entreprise réside donc dans la prestation de travail que l'une des parties s'engage à accomplir au profit de l'autre. La différence avec le bail est alors très nette ; le bailleur n'ayant d'obligation que celle de permettre au locataire la jouissance d'un bien, il ne réalise aucun travail. En l'occurrence, l'objet de l'obligation principale du fournisseur, c'est-à-dire la transmission de droits privatifs, exclut par lui-même l'idée de prestation. Autrement dit, l'organisme public détenteur des données n'a aucun travail à réaliser ; il lui suffit seulement de concéder la jouissance de ses droits. Par là, la qualification de contrat d'entreprise devrait être écartée.

**342. Prestations accessoires.** - Toutefois, au sein des licences de rediffusion des données publiques, la concession de droits sur le corpus informationnel s'accompagne aussi de prestations de travail qui entrent dans l'objet du contrat, ce qui en fait un contrat complexe. Dès lors, il convient d'apprécier l'influence de ces prestations sur la qualification de ces conventions. Ces dernières prévoient, outre la fourniture de l'information, qui déjà pourrait être comprise comme une prestation de travail, une obligation d'abonnement aux mises à jours ; quelquefois, ces mises à jour sont quotidiennes ou hebdomadaires. Bref, elles se succèdent à une fréquence telle que l'on peut se demander, après d'autres auteurs qui avaient soulevé l'interrogation à d'autres propos<sup>676</sup>, si elles ne constituent pas un travail au sens où il faut entendre cette expression dans le contrat d'entreprise. Il est certain que la fourniture du corpus informationnel, tout au moins sa mise à disposition ainsi que les mises à

---

licences d'exploitation des données publiques, puisque le bénéficiaire de la licence ne jouit pas à titre exclusif du bien, il s'avère qu'il ne s'agit pas là d'un élément essentiel du contrat de bail ; l'absence de mise en possession exclusive n'est pas prohibée par le Code civil.

675. MALAURY (P.), AYNES (L.) ET GAUTIER (P-Y), *Contrats spéciaux*, préc. n°708, p.457.

676. MALLEY-POUJOL (N.), la commercialisation des banques de données, préc à propos du contrat liant le producteur d'une base de données et l'utilisateur.

jour, constituent une prestation de travail. Le fait que ces prestations soient en quelque sorte standardisées, qu'elles préexistent à la relation contractuelle ne change rien à l'analyse ; de très nombreuses conventions relatives à des services présentant de telles caractéristiques s'étant vues qualifiées de contrat d'entreprise<sup>677</sup>. En revanche, un autre élément, propre cette fois-ci à la conception des bases de données publiques pourrait troubler l'assimilation de la mise à jour à une prestation de travail. L'origine du travail, le fait que les mises à jour soient réalisées dans le cadre d'obligations de service public a-t-elle une influence sur l'identification même d'une prestation de travail ? Il ne semble pas. La circonstance, que les organismes publics mettent à jour ces informations pour d'autres finalités et, qu'ensuite, ils les emploient pour répondre à d'autres activités, importe peu et n'enlève rien en réalité à la prestation réalisée. L'origine de la prestation n'est pas un élément d'identification du contrat d'entreprise. Ainsi, puisque le contrat mêle des éléments du contrat de location et des éléments du contrat d'entreprise, comme beaucoup d'autres conventions d'ailleurs, il convient de déterminer laquelle de la prestation de travail ou de la concession des droits est accessoire par rapport à l'autre<sup>678</sup>. L'obligation principale du fournisseur d'information résidant dans la concession de droits privatifs sur les données, la mise à jour de l'information, qui peut certes avoir une très grande importance pour les deux parties au plan économique, n'est qu'accessoire. C'est la possibilité d'exploiter l'information sur le marché qui importe en premier lieu pour le cocontractant de l'administration ; c'est-à-dire, juridiquement, la possibilité d'user de certaines prérogatives sur les données fournies et mises à jour. Autrement, l'exploitation commerciale des données fournies par la personne publique ne serait pas possible. Aussi, les prestations de mise à jour ne font-elles qu'accompagner, bien qu'elles soient absolument nécessaires, la jouissance de certains droits privatifs<sup>679</sup>.

#### *d. Les licences de rediffusion des données publiques et le contrat d'édition*

677. Voir en ce sens MONTERO (E.), *La responsabilité civile du fait des bases de données*, préc. n° 185, p. 370 ; MALAURY (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P-Y.), *Contrats spéciaux*, préc. n°619, p.389, qui prennent les exemples des contrats d'abonnements téléphoniques ou d'Internet, le service préexistant bien à la relation contractuelle et aux spécifications du cocontractant.

678. « Le contrat complexe a généralement la nature de son élément principal. Le juge applique alors la règle *accessorium sequitur principalem* », MALAURY (P.), AYNES (L.) ET GAUTIER (P-Y), *Contrats spéciaux*, préc n° 12, p. 30.

679. Il reste quand même une place — résiduelle — pour le contrat d'entreprise. L'usage des données publiques par certaines administrations a conduit à mettre en place des services au profit des entreprises qui se présentent comme une prestation de travail. Les fournisseurs publics d'information procèdent souvent à des prestations portant sur l'actualisation et la mise en conformité de fichiers de certains clients. C'est l'exemple de la prestation dite de « Sirenage » pratiquée par l'INSEE et qui consiste à comparer deux fichiers. Dans ce cas, la qualification de contrat d'entreprise fait peu de doute. Il en va pareillement pour la réalisation d'un travail à façon au profit du client ou encore de la conception d'un corpus informationnel *ad hoc* (voire *infra*). Mais dans ce cas, il ne s'agit pas de licences de rediffusion.

**343.** L'idée de rapprocher le contrat d'édition avec la licence de réutilisation des données publiques n'est pas sans pertinence ; elle a d'ailleurs été évoquée, sans être développée plus que cela, par certains auteurs. Mme MALLET-POUJOL a pu ainsi soutenir, dans une occurrence identique à la notre, que « *le contrat producteur/fournisseur de données ressemblerait fort à un contrat d'édition des données* »<sup>680</sup>. C'est à partir de cette affirmation que nous chercherons en quoi les licences de réutilisation des données peuvent être rapprochées du contrat d'édition.

**344. Droit d'auteur et droit du producteur des bases de données.** - Le contrat d'édition est une convention qui a pour objet l'exploitation de droits d'auteurs ; il emporte la cession, quelle que soit son étendue, des droits d'exploitation attachés au droit d'auteur. L'article L.132-1 du Code de la propriété intellectuelle définit le contrat d'édition comme « *le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayant droits cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». Déjà, cette définition permet de circonscrire le champ d'intervention de ce contrat, puisqu'il porte sur le droit d'auteur et non sur les droits du producteur de base de données qui, on le verra, ne peuvent pas s'apparenter au droit d'auteur. Par conséquent, lorsque la personne publique ne pourrait disposer que du droit *sui generis* en raison de l'absence d'originalité des données qu'elle fournit – et ce sera souvent le cas – la figure du contrat d'édition devrait être écartée au profit du contrat de location<sup>681</sup>.

**345. Caractères.** - Cela étant précisé, trois éléments particuliers permettent de singulariser ce contrat dont l'objet réside dans le « *droit de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires d'une œuvre* »<sup>682</sup>. En premier lieu, il est marqué par l'existence d'une cession, plus ou moins étendue, des droits d'exploitation de l'auteur. En second lieu, cette cession a pour objet, principalement, le droit de reproduction de l'œuvre. C'est une exigence minimale qui, si elle n'était pas réalisée, ne permettrait pas de qualifier la convention de contrat d'édition. Enfin, le contrat d'édition fait naître à la charge de l'éditeur une obligation d'exploiter. Ce critère permet de distinguer le contrat d'édition de la cession pure et simple du droit d'exploitation de l'œuvre, qui n'entraîne aucune obligation similaire.

680. *Ibid*, n° 426, p. 367.

681. L'affirmation, que l'on retrouve notamment au sein de la licence de rediffusion consentie par l'INSEE, selon laquelle l'Etat disposerait à la fois de droits d'auteur et du droit des bases de données, rend plus complexe la qualification du contrat puisqu'on ne sait pas exactement de quels droits relèvent les prérogatives qui sont cédées.

682. LUCAS (A.) ET LUCAS (H.), *Traité du droit de la propriété littéraire et artistique*, préc. n° 554, p. 447.

**346. Appréciation.** - Il faut reconnaître au vu de ces critères distinctifs qu'ils sont souvent vérifiés par les licences de rediffusion des données publiques. En effet, celles-ci ouvrent nécessairement le droit au cocontractant de l'administration de reproduire le corpus informationnel. Elles se caractérisent bien par une cession dont l'ampleur, au demeurant, est assez importante puisque, en dehors du droit de reproduction, c'est aussi, nécessairement, le droit de représentation qui permet la communication des données qui est cédé. Le troisième caractère se retrouve aussi. Les licences de réutilisation des données publiques sont accompagnées, très fréquemment, d'une obligation d'exploitation, l'absence d'exploitation constituant une cause de résiliation du contrat. En pratique, on trouve d'ailleurs, que ce soit dans l'édition traditionnelle ou numérique, des conventions qualifiées de contrat d'édition. L'Institut géographique national, par exemple, assure l'exploitation de ses fonds cartographiques, dont la protection par le droit d'auteur n'est pas discutable, à travers de tels contrats. Aussi, faut-il convenir que cette figure juridique peut servir de support à l'exploitation par une personne publique de son fond informationnel. Il reste que, si l'économie de l'opération juridique est sensiblement identique à propos des données publiques ou d'une œuvre littéraire *lato sensu*, des différences ponctuelles peuvent apparaître entre ces conventions. Ces éléments d'extranéité ne sont toutefois pas décisifs au point de mettre en cause la qualification du contrat. Ils s'expliquent notamment par le fait que la personne publique, cessionnaire du droit d'auteur, se trouve dans une position force relativement plus importante que celle d'un auteur face à un éditeur et que, plus fondamentalement, c'est une logique d'affaires qui gouverne les relations entre les parties. Deux facteurs de différenciation peuvent être relevés. Le premier tient à la durée de la cession ; elle se trouve consentie pour une période très brève, beaucoup plus courte en tout cas que la période légale de protection admise en droit de la propriété intellectuelle. La seconde porte sur l'absence d'exclusivité, le producteur public pouvant consentir la reproduction de tout ou partie d'un fond informationnel à plusieurs éditeurs ou producteurs de services d'information.

Les conséquences qui s'attachent à la reconnaissance d'un contrat d'édition sont importantes. Celui-ci sera soumis à l'ensemble des règles générales qui commandent la formation des contrats relatifs aux droits d'auteurs (L. 131-1 et suivant du Code de la propriété intellectuelle) ainsi qu'aux règles particulières applicables au contrat d'édition, qui sont empruntées d'un grand formalisme. La portée de la cession devra ainsi être strictement limitée aux modes d'exploitation, à la destination, à la durée et au périmètre géographique convenu. À défaut, la transmission ne pourra se réaliser. Quant à la rémunération, elle suivra les règles fixées à l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle. En outre, pèse sur la cession, un principe d'interprétation restrictive.

**347. Conclusion.** – Ce rapide aperçu nous permet seulement d'affirmer que la recherche sur la qualification des licences de rediffusion pourrait s'orienter vers l'examen du contrat de location ou du contrat d'édition. Quelle que soit la figure contractuelle envisagée,



le démembrement des droits de propriété intellectuelle qu'elle suppose est relativement restreint – usage et commercialisation - au point qu'il est possible de l'appréhender comme une concession de droits d'exploitation. La cession pure et simple des droits grevant les corpus informationnels réalisés par les personnes publiques n'est en revanche pas envisageable, sauf dans des cas limités.

## 2. La qualification des licences de rediffusion en l'absence d'une protection privative

**348. Justification.** - Comme la protection privative des données publiques est soumise à un indubitable aléa et qu'il est peu probable, malgré le caractère compréhensif de certaines solutions jurisprudentielles, que tous les corpus informationnels puissent accéder à la protection du droit d'auteur ou du droit du producteur des bases de données<sup>683</sup>, même s'il n'a encore jamais été exactement fait application à propos d'informations issues du secteur public du droit *sui generis*, on peut raisonnablement penser, compte tenu de l'interprétation qu'en a faite la Cour de justice, qu'elle ne sera ni facile ni évidente. Cela, bien sûr, d'un strict point de vue juridique ; les solutions d'opportunité ne manquant pas dans ce domaine, au contraire. Nombre d'informations du secteur public échappant donc à l'emprise des droits privatifs, la question de la qualification des contrats assurant leur circulation se trouve renouvelée<sup>684</sup>.

Avant d'aborder cette délicate interrogation (b) nous présenterons certaines thèses qui, bien qu'ayant été exposées à d'autres propos, pourraient recevoir ici une utile transposition ou, au moins, éclairer la réflexion (a).

683. v. *infra* Partie II.

684. Évidemment, cette interrogation se pose parce que nous récusons l'analyse selon laquelle il suffirait à une chose d'être un bien au sens économique pour accéder juridiquement à ce statut ; donc à la protection des droits de propriété intellectuelle, et plus généralement à toute autre forme de propriété. L'argument de la sécurité juridique, brandi à l'appui de cette thèse, ne nous semble pas décisif (voir en ce sens E. MONTERO), la circulation des données ayant été assurée depuis près de vingt ans sans que, entre autres difficultés, l'on connaisse vraiment la qualification et le régime des conventions qui la permette et sans que cela compromette l'essor d'une activité économique. En sens contraire, et nous nous rallions à ces opinions, d'autres auteurs ont soutenu que la corrélation entre les valeurs économiques et les biens qui en sont la traduction juridique ne pouvait être parfaite, parce que ces créations intellectuelles ne peuvent être un bien sans protection privative. (V. en ce sens, MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc. ; LUCAS (A.) et *alii*, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, préc. n° 471 p. 271 qui sans poser l'équation « bien égale appropriation » estime qu'il appartient uniquement au juriste de dire « *quand la chose matérielle ou immatérielle du stade de la valeur passe à celui de bien* » contra MONTERO (E.), *La responsabilité civile du fait des bases de données*, préc. n° 166, p. 344). Il est vrai cependant que ces différentes définitions du bien sont inévitablement rattachées à la notion de propriété, ce qui pour les biens informationnels en général et les données publiques en particulier n'est pas vraiment satisfaisant car ces « choses », souvent purement factuelles, se prêtent mal à une analyse en terme de propriété, ne serait-ce que de propriété intellectuelle (la protection juridique des bases de données en témoigne) bien qu'il s'agisse là du moule le plus accueillant.

*a. L'analyse doctrinale des contrats liant les producteurs aux utilisateurs de bases de données*

**349. Controverse.** - La qualification juridique des conventions relatives à l'utilisation finale d'une base de données, c'est-à-dire celles qui lient l'utilisateur au producteur ou au distributeur de la base, a donné prise à des lectures divergentes tant l'objet en cause est difficile à saisir. Bon nombre d'auteurs y voient un contrat *sui generis* qui présente toutefois des éléments caractéristiques du contrat d'entreprise ; pour d'autres, en revanche, il s'agirait d'un contrat qui a pour objet de transférer un droit d'usage sur l'information.

**350. Contrats d'entreprise.** - Les arguments invoqués par les tenants de la thèse, selon laquelle le contrat liant l'utilisateur au producteur d'une base de données serait un contrat d'entreprise reposent, pour l'essentiel, sur deux considérations. En premier lieu, l'objet de ce contrat, à la différence des conventions qui se situent en amont de la distribution finale, serait limité à la communication de l'information. Le fournisseur ne rechercherait pas « à transférer tout ou partie des droits d'auteur dont peuvent être investies les données ou la base »<sup>685</sup>. De ce fait, en second lieu, la qualification ne devrait pas dépendre de l'existence de droits privatifs ; l'économie de l'opération étant identique en leur présence ou en leur absence, car elle vise substantiellement à conférer un pouvoir de fait à l'utilisateur<sup>686</sup>. Dès lors, c'est la figure du contrat d'entreprise qui s'impose nécessairement puisque la fourniture de l'information et sa mise à jour peut s'analyser comme une prestation de travail. Le fait que celle-ci soit standardisée, ou préexiste au contrat, a cependant conduit certains auteurs à préférer voir dans ces conventions un contrat innomé<sup>687</sup>.

**351. Le contrat d'usage.** – Il s'agit d'un contrat innomé. Il a été dégagé par Mme MALLET-POUJOL qui, contrairement à la précédente thèse, distingue la qualification du contrat utilisateur selon que la base de données est protégée ou pas par un droit privatif. Dans le cas où l'ensemble informationnel serait l'objet de droits privatifs, l'auteur à recours au moule du louage de choses. Celui-ci peut se révéler de deux façons, soit par la concession de droits patrimoniaux, qui permettrait, outre la prise de connaissance de l'information, son exploitation ; soit « *un simple louage de choses, affirmation d'un droit d'usage d'une œuvre*

685. LUCAS (A.) et alii, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, préc. n°84I, p. 568.

686. En ce sens, MONTERO (E.), *La responsabilité civile du fait des bases de données*, préc.p. 345, n° 166.

687. *Ibid*, n°186, p. 371. L'auteur opère une distinction entre les bases de données diffusées en lignes, qui peuvent être fournies par la médiation d'un contrat d'entreprise, et les bases de données fournies dans la grande distribution pour lesquelles il recourt à la figure du contrat de location ou du contrat d'usage.

*de l'esprit* »<sup>688</sup>. Sans mettre en cause les droits d'exploitation, il autoriserait simplement l'utilisateur à prendre connaissance de l'information. Dans le cas où, maintenant, la base de données ne pourrait faire l'objet d'une protection privative, elle plaide en faveur de la reconnaissance d'un contrat « d'usage » distinct du louage de choses ou de la concession de droits de propriété intellectuelle ; « *la fourniture d'informations peut consister en un droit d'usage concédé par le producteur et non un contrat d'entreprise pour une prestation de service quelconque* »<sup>689</sup>. Ce droit d'usage reposerait sur les dispositions de l'article 1127 du Code civil qui dit que « *le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose elle-même, l'objet du contrat* ». Aussi, le détenteur d'une base de données ou des informations qui en sont issues pourrait bénéficier d'un droit d'usage, quand bien même la base ne serait pas protégée par un droit privatif. Reste alors deux questions : quel est le fondement de la rétribution de la concession d'un droit d'usage ? « Quel pouvoir sur la base de données, autre qu'un droit de propriété, expliquerait cette maîtrise par le producteur de l'usage de cette chose inappropriable ? »<sup>690</sup> La réponse à la première interrogation repose sur la considération du travail fourni et des investissements consentis par le producteur de l'information. Quant à la seconde, le pouvoir du producteur prendrait aussi sa source dans la prestation qu'il a accomplie.

### ***b. La qualification des licences de réutilisation des données publiques***

**352.** Les thèses ci-dessus exposées permettent d'éclairer l'analyse des licences de rediffusion des données publiques. Il est constant, en effet, que l'objet de ces conventions réside dans la transmission de droits permettant au cocontractant de l'administration d'user et d'exploiter les contenus informationnels transmis. Par conséquent, cette considération valide l'idée selon laquelle leur qualification ne peut être recherchée indépendamment d'une éventuelle protection privative grevant le corpus informationnel, car ce qui importe au bénéficiaire de la licence c'est précisément d'acquérir une certaine maîtrise juridique des contenus communiqués. Une seconde conséquence, que l'on a déjà mise en relief à propos de la qualification de ces licences lorsqu'elles se trouvent protégées par un droit privatif, s'attache à ce constat<sup>691</sup> : l'inaptitude du contrat d'entreprise à traduire l'opération juridique réalisée par les parties. Bien que, il faut l'admettre, la mise à jour et la fourniture de l'information constitue des obligations importantes pour l'administration, ce n'est pas là

688. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc., n° 406, p. 351.

689. *ibid.*, n° 409, p. 356.

690. *ibid.*

691. *v. supra.*

l'aspect essentiel. Dès lors, en l'absence de droits privatifs grevant le corpus informationnel, on se trouve reporté vers la seconde thèse : les licences de réutilisation des données publiques seraient l'expression d'un droit d'usage sur l'information.

Cette analyse n'est cependant pas facilement transposable au cas de l'information publique. Pour que cela soit, il faut admettre que l'usage dépasse la simple possibilité de prendre connaissance du contenu informationnel, qu'il comprenne aussi l'exploitation. Deux arguments plaident en ce sens. D'abord, la nature de l'information qui autorise dans le même temps un simple usage qu'une exploitation. Ensuite, l'opinion même de l'auteur qui a développé l'argumentation plus haut succinctement résumée : « l'absence d'appropriation de la banque de données permettant son usage par tous ne permet pas d'envisager de restrictions de principe à son exploitation par un tiers. L'exploitation serait alors considérée comme un usage particulier, un mode de jouissance de la banque de données »<sup>692</sup>. L'auteur, d'ailleurs, avait envisagé en ces termes la question de la qualification du contrat de fourniture de données auquel s'apparente les licences de réutilisation des données publiques : en l'absence de protection privative, « le droit d'usage (...) supposera une exploitation plus conséquente »<sup>693</sup> de l'information que dans les contrats liant le producteur d'une base de données à l'utilisateur final.

Rien ne s'oppose véritablement à ce que cette analyse soit reconduite à propos des ensembles informationnels réalisés par les opérateurs publics, dans le cadre de l'exercice de leur mission et pour la protection desquels, ils ne pourraient revendiquer le bénéfice d'un droit de propriété intellectuelle. Ceux-ci se contenteraient de transférer un droit d'usage sur l'information transmise qui comprendrait l'exploitation et dont le contrat permettrait la régulation.

**353. Incidence de la création d'un droit de réutilisation.** - Une telle analyse se trouverait confirmée, et notablement renforcée, par l'existence d'un droit de réutilisation des informations publiques, qui peut se comprendre comme un droit à l'usage, à l'utilisation de l'information communiquée sur la base du dispositif législatif prévu par la loi du 17 juillet 1978. Il semble que l'on trouve là, parce que c'est la loi qui le consacre, un fondement très solide au droit d'usage et d'exploitation de l'information exercé par le bénéficiaire de la communication des données publiques, sans passer par la construction précédemment évoquée qui essaie justement de pallier la vacuité de la réglementation. Rattacher le droit d'usage et d'exploitation de l'information au droit de réutilisation permet ainsi de faire l'économie d'une analyse en terme de droit bien qui n'est pas forcément la plus adaptée, quoi qu'elle soit admissible, à la question de l'exploitation des données publiques. En outre, le droit de réutilisation, par une sorte de réflexion, permettrait de renseigner un peu plus, sans

692. MALLET-POUJOL, *La commercialisation des banques de données*, préc., n°412, p. 356.

693. *ibid.*, n°426, p. 367.

que l'on puisse véritablement établir son fondement, sur les prérogatives exercées par le producteur des données publiques. L'administration disposerait au moins de droits identiques à ceux qu'elle consent aux bénéficiaires de la transmission des données publiques, c'est-à-dire un droit d'usage et un droit d'exploitation. Cela permettrait d'expliquer pourquoi, sans contrat, certains opérateurs pourraient exploiter les informations publiques transmises.

**354.** -Néanmoins, il ne faut pas exagérer la portée de ces observations. En premier lieu, elles ne valent que pour les informations qui sont soumises à l'application de la loi, pour les autres on se reportera alors sur l'analyse développée plus haut. En second lieu, il n'est pas certain que le droit de réutilisation soit la source exclusive des droits d'usage et d'exploitation des données publiques. En effet, la loi est bâtie de telle sorte qu'elle permet de préserver la politique des diffuseurs institutionnels de données publiques qui revendiquent, à tort ou à raison, le plus souvent, des droits de propriété intellectuelle sur leur création. Dans ce cas, et il n'est pas raison de penser que ces pratiques seront bouleversées, les droits d'usage et d'exploitation auraient un fondement alternatif. Ils pourraient prendre leur source dans les droits de propriété intellectuelle ou le droit de réutilisation. Toutefois, au vu du silence de la loi, et de son caractère supplétif, il conviendrait mieux de rattacher ces droits à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, lorsque leur existence est établie. En revanche, l'apport de la loi est considérable lorsque aucune protection privative ne peut être invoquée ou quand l'information est transmise en dehors de toute convention d'exploitation des informations par le bénéficiaire de la communication, le droit d'usage de l'information trouvant alors un fondement certain.

Dès lors, sous toutes ces réserves, que l'on envisage la transposition de l'analyse menée en termes de droit des biens aux cas des données publiques, ou que l'on adhère à la thèse selon laquelle les droits d'usage sur l'information trouvent leur fondement dans le droit de réutilisation reconnu par la loi, lectures qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais totalement complémentaires, il faut considérer qu'en l'absence de protection privative les licences de rediffusion des données publiques sont des contrats innomés ou *sui generis*.

### ***B. La qualification des licences d'usage final***

**355. Distinctions.** - D'un point de vue juridique, ces conventions se distinguent nettement des licences de rediffusion parce qu'elles n'emportent pas la possibilité d'exploiter les données sur le marché ; celles-ci peuvent en revanche faire l'objet d'un usage. D'un point de vue factuel, il est possible d'opérer une distinction entre deux licences d'usage final. Les premières interviennent au stade ultime de la distribution d'un produit ou service

d'information. Elles lient un opérateur public ou privé à un utilisateur final qui ferait de l'information fournie un usage aux fins de connaissance. Tel est le cas de la diffusion de la fiche d'identité d'une entreprise ou d'un bilan comptable par la base de données « Euridile » produite par l'INPI. Chacun peut y accéder à partir du réseau. Les secondes se situent plus directement dans la perspective de la réutilisation. En effet, elles lient l'administration productrice de l'information à un exploitant qui n'accéderait pas à l'information en vue d'élaborer des produits ou services d'information qu'il distribuerait sur le marché, mais qui entendrait l'utiliser pour les besoins de son activité. Bien qu'elles soient juridiquement proches des premières puisqu'elles n'impliquent que l'usage de l'information, c'est plus particulièrement la qualification des licences liant l'administration détentrice du fond informationnel qu'on recherchera (1) après avoir présenté ces conventions (2).

## 1. Présentation des licences d'usage liant l'administration détentrice du fond informationnel à un usager final

**356. Caractéristiques.** - Ces conventions présentent deux traits caractéristiques. Elles ne permettent pas une exploitation commerciale ou même la diffusion à titre gratuit de l'information communiquée par l'organisme public fournisseur ; en cela, elles constituent bien des licences d'usage final. L'utilisation qu'elles permettent ne se limite cependant pas à la seule prise de connaissance des données transmises. Le bénéficiaire de la licence est en effet couramment autorisé à les employer pour les besoins de son activité. Quelques illustrations permettront d'éclairer ce propos.

**357. Illustrations.** - Les fichiers d'adresses, tels que l'annuaire téléphonique ou la base de données SIRENE, sont notamment recherchés pour la réalisation de campagnes de marketing ou la constitution d'une base de données interne à une entreprise. Autrement dit, les informations fournies font l'objet d'une utilisation économique. France Télécom consentait ainsi des licences d'usage des adresses extraites de l'annuaire téléphonique, pour un usage unique ou multiple, aux fins de réalisation de campagnes publicitaires. La licence de droit d'usage d'un des services mis en place par l'ancien exploitant public prévoyait ainsi que « Le service marketis permet à l'utilisateur d'accéder aux listes ci-dessus définies et de les transférer sur son propre équipement terminal. France Télécom est titulaire des droits d'auteur sur les annuaires officiels et sur le service marketis. À ce titre, France Télécom accorde à l'utilisateur un droit personnel, incessible et non exclusif du service marketis et des informations qu'il contient. Ce droit d'usage permet à l'utilisateur : d'accéder aux listes figurant dans le service marketis ; de sélectionner les informations fournies par le service selon les critères qu'il aura retenus ; de transférer les listes d'informations qui résultent de la

sélection opérée sur son propre équipement terminal, aux fins exclusives de réaliser des opérations de publicité directe ou de mettre à jour des fichiers déjà existants »<sup>694</sup>.

Dans un tout autre contexte, l'IGN ou l'INSEE consentent des licences d'usage de certaines de leurs bases de données à des collectivités territoriales aux fins d'accomplissement de leurs missions de service public. La licence consentie par l'IGN pour la « *concession de droits d'utilisation des bases de données* », permet aux collectivités territoriales d'employer les informations qu'elle contient pour « l'accomplissement de l'objet social ou de la mission de service public dont est investi le licencié, à l'exclusion de toute utilisation du fichier à des fins autres que celles relevant d'activités d'intérêt général exécutées dans le cadre de sa compétence fonctionnelle ou territoriale, et d'activités de diffusion de données cartographiques ou géolocalisées nécessaires à l'exercice de ses missions ou imposées par la législation ». Dans cette perspective, les produits de la base ou la base elle-même peuvent être remis à des organismes qui se trouvent concrètement chargés de ces missions. En outre, selon la portée de ces obligations, la représentation et la diffusion de certaines de ces données peut être autorisée pour un usage documentaire ou professionnel.

## 2. Qualification des licences d'usage liant l'administration détentrice du fond informationnel à un usager final

Pour déterminer la qualification (b) des licences d'utilisation, on s'appuiera sur les avis exprimé à propos des licences d'usage final (a) relatives au stade ultime de la distribution d'un bien informationnel, les analyses émises par la doctrine privatiste étant aisément transposables au cas qui nous occupe.

### *a. Les thèses de la doctrine en droit privé à propos de la qualification de licence d'usage final*

694. Cité par Cons. Conc. déc. n° 98-D-60 du 29 septembre 1998 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone*, BOCC, 8 février 1999, p. 3. Les conditions générales de vente mises en place par la Société Wanadoo Data - qui est désormais chargée de la mise à disposition des fichiers d'adresse issus de l'annuaire - prévoit également qu'au terme la licence d'usage elle consent « un droit personnel, incessible et non transférable (...) de reproduire le fichier commandé sur le traitement désigné et uniquement sur ce traitement ». Plus loin, on peut lire que « l'utilisation des informations n'est possible que dans le cadre d'une licence de droit d'usage et que sur la réalisation de campagnes publicitaires propres au client à l'exclusion de toute autre utilisation ».

**358. Contrat d'entreprise.** - Si l'on réserve la qualification de contrat de vente qui n'a pas la faveur de la doctrine<sup>695</sup>, la réflexion s'est principalement focalisée sur trois types de conventions : le louage de choses, des contrats gravitant dans l'orbite du droit de la propriété intellectuelle et le louage d'ouvrage. Dans bien des cas, c'est cette dernière figure contractuelle qui a été retenue.

Généralement, la considération selon laquelle l'objet principal et caractéristique de ce contrat réside dans la mise à disposition du fond documentaire, indépendamment de toute considération inhérente à la maîtrise juridique de l'information communiquée, justifie ce choix<sup>696</sup>. La prestation de travail caractéristique du contrat d'entreprise réside alors dans la fourniture de l'information, fut-elle standardisée, et/ou dans la prestation de mise à jour de la base. D'autres auteurs ont préféré y voir un contrat innomé ou *sui generis*. En proposant une qualification dépendant de la protection de la base de données par un droit de propriété intellectuelle, Mme MALLET-POUJOL a retenu qu'en l'absence de protection privative cette convention ne pouvait se fondre dans un moule contractuel particulier. La « licence usager » serait alors l'expression d'un droit d'usage sur la base de données tel que nous l'avons précédemment dit<sup>697</sup>. Enfin, une place particulière doit être faite au louage de chose car, selon les cas, les qualifications ci-dessus évoquées ne sont pas exclusives. Ainsi, cette figure contractuelle a-t-elle été retenue, sous la forme particulière de la concession de droits patrimoniaux d'auteurs en présence d'une protection privative. Selon d'autres analyses, et pour d'autres raisons, le contrat de bail a été évoqué dans l'hypothèse où le contrat d'accès à une base de données se présenterait comme une opération relative à un produit et non pas à une prestation de service ; c'est notamment le cas des bases de données peu évolutives, dont le stock d'informations est relativement figé.

---

695. La figure de la vente ne doit pas être exclue de façon catégorique, cependant elle est rare, s'agissant de l'accès à une base de données ou à un produit d'information. Elle peut se concevoir lorsque le producteur cède l'ensemble des droits patrimoniaux dont il dispose sur l'ensemble informationnel.

696. v. *supra*. Certains auteurs opèrent des distinctions à raison du mode de commercialisation de la base de données. Ainsi, M. MONTERO distingue les bases de données, les bases de données de grande distribution et les bases de données accessibles en ligne. Les premières, reproduites ou reproductibles à un grand nombre d'exemplaires, sont destinées à être commercialisées par l'intermédiaire d'un support matériel ou par téléchargement. Dans le second cas, c'est la base elle-même qui est mise à disposition et non ses exemplaires. Cette différence factuelle induit des qualifications variées. Pour les premières, il retient principalement la qualification de contrat *sui generis* et sporadiquement la qualification de louage de choses. Pour les autres, c'est principalement la qualification de louage d'ouvrage qui a la préférence de l'auteur et, plus exceptionnellement, celle de louage de choses. Il est intéressant de noter que dans le cas des bases de données publiques, majoritairement, c'est le deuxième mode de commercialisation qui est pratiqué par les opérateurs publics, ce qui, sous réserve d'analyses particulières, permet d'insister sur le louage de choses ou d'ouvrage.

697. V. *sur* *supra*.



### *b. Les qualifications retenues*

**359.** Alors même que les organismes publics se prévalent au sein des conventions ou des conditions générales de vente d'une protection privative, ou qu'ils estiment transférer un droit d'usage sur les informations communiquées, qu'il importe peu à l'utilisateur de se voir investi de droits patrimoniaux issus de la propriété intellectuelle. En effet - et nous nous rallions là au courant doctrinal majoritaire - dans son essence, le contrat liant l'utilisateur final au producteur de la base de données ou de produits d'information « *ne vise pas l'exploitation des droits, mais l'utilisation du bien qu'est la base de données* »<sup>698</sup> et plus généralement du produit d'information. Ce qui compte pour l'utilisateur c'est d'abord d'exercer un pouvoir de fait sur les contenus informationnels qui lui sont transmis. Ce pouvoir se concrétise dans la prise de connaissance des données transmises ou leur emploi dans le cadre de son activité, à l'exclusion de toute exploitation commerciale qui conduirait à la production et la distribution de produits ou services élaborés à partir de ces données. Il est donc assez étendu, puisqu'il ne se limite pas à la simple prise de connaissance des informations. Bref, il importe peu aux utilisateurs d'acquérir une maîtrise juridique de la base de données ou des produits ou services d'informations qui sont fournis par la personne publique. Par conséquent, l'objet de ces conventions réside, et seulement, dans la possibilité d'utiliser les biens informationnels mis à disposition par les organismes publics. Aussi, la qualification du contrat ne devrait-elle pas varier à raison de la présence ou de l'absence de droits de propriété intellectuelle.

Cela étant dit, au sein des figures contractuelles à disposition, c'est principalement le contrat d'entreprise qui devrait pouvoir accueillir les licences d'usage des données publiques. La prestation de travail gît ici dans la fourniture de l'information, le travail de collecte et de mise à jour des données. Il s'agit certes d'un travail standardisé et préexistant au contrat, mais ces considérations n'ont pas empêché la doctrine de recourir à cette figure juridique pour qualifier le contrat liant l'utilisateur d'une base de données produite par des entreprises privées. Toutefois, cette qualification n'est peut-être pas exclusive. Un tel contrat pourrait également se présenter comme une simple mise à disposition d'un produit informationnel préconstitué. Ainsi, lorsque l'objet du contrat d'accès à une base de données se présente plus comme un produit qu'un simple service, on pourrait admettre l'existence d'un louage de choses<sup>699</sup>.

**360. Précisions.** - Il convient de préciser toutefois, que certains éléments particuliers pourrait troubler l'analyse plus haut exposée. A la différence des données accessibles en ligne,

698. MONTERO (E.), *La responsabilité civile du fait des bases de données*, préc. n° 159, p. 331.

699. *ibid*, n° 167 p. 347.

qui se situent au stade de la distribution finale d'un produit ou service d'information, ici, c'est l'ensemble de la base qui est transférée à titre définitif à l'utilisateur. Il en va ainsi de la communication par l'IGN des bases de données cartographiques ou de la fourniture par l'INSEE des produits informationnels issus du recensement de la population ou encore des bases de données macroéconomiques. Cette circonstance peut influencer la qualification de la convention. Un autre élément peut aussi agir sur la recherche d'une figure juridique appropriée pour accueillir ces contrats ; c'est le fait que les bases ainsi communiquées s'apparentent plus à un produit qu'à un service. Ces deux considérations plaideraient en faveur de la reconnaissance d'un contrat de location dans l'hypothèse relativement rare où l'utilisateur obtiendrait un droit de jouissance temporaire, mais plus généralement il faut se reporter sur la figure du contrat *sui generis*, le caractère irrévocable de la communication excluant généralement le contrat de bail. Par contre, le cas de la « location d'adresses » et des services qui peuvent y être assimilés, comme la vérification et la mise à jour par rapport à une base de données publiques d'un fichier appartenant au client, est tout à fait particulier. Ici, c'est le service procuré par la personne publique à l'entreprise privée qui domine. Celui-ci repose sur la sélection d'adresses et leur fourniture, à la rigueur le client ne peut jamais avoir connaissance des données lorsqu'elles sont transmises à un prestataire de service pour effectuer des opérations de marketing. Ces considérations plaideraient plutôt pour la reconnaissance d'un contrat d'entreprise.

**361. Conclusion.** - Les contrats sur les données publiques sont susceptibles de faire l'objet de nombreuses qualifications. À cet égard, une ligne de partage essentielle permet de différencier les licences conclues pour la fourniture des ensembles informationnels à des fins d'exploitation et les conventions liant l'organisme public à un utilisateur final, pour l'accès à une base de données ou un produit d'information. Cette distinction s'explique à raison de l'objet des conventions, le transfert de droit dans le premier cas, l'utilisation de la base de données ou du produit d'information dans le second.

Au sein du premier ensemble, la qualification des contrats assurant le transmission de prérogatives sur les corpus informationnels détenus par les organismes publics dépend, parce que c'est là l'objet des conventions, de la présence d'une protection privative. Dans l'affirmative, ce sont les contrats de location - expression de la concession de droits de propriété intellectuelle – et le contrat d'édition qui se sont révélés être les plus accueillants. En l'absence de protection privative, il convient d'envisager un contrat innomé expression d'un droit d'usage sur l'information ou du droit de réutilisation des données publiques consacré par la loi du 17 juillet 1978, modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005.

Au sein du second ensemble, parce que les licences ne tendent à conférer qu'un pouvoir de fait sur la base ou les produits d'information communiqués, la présence de droits de propriété intellectuelle est indifférente. Les licences d'usage peuvent se voir attribuer la qualification de contrat d'entreprise pour les bases de données accessibles en ligne. En

revanche, les bases de données mises à dispositions hors ligne se rapprochent de la figure du contrat de bail, voire, plus certainement, du contrat innomé.

### §3- Le régime des licences

**362. Délimitation.** - Comme le régime juridique des contrats relatifs au commerce des données publiques relève en grande partie des régimes applicables à telle ou telle figure contractuelle, dont on a dit qu'elle pouvait accueillir les licences de rediffusion ou d'usage, on s'attachera, dans les développements qui suivent, à en dégager les éléments les plus saillants. En fait, on insistera exclusivement sur les conséquences qui découlent de la fourniture de l'information par l'administration et de son contenu. En effet, d'une manière générale, les contrats relatifs à la mise à disposition de l'information ne préservent pas de fautes, de défaillances ou de négligences des différentes parties au contrat. Celles-ci appellent naturellement réparation. Et, il n'est pas vraiment de spécificité dans le traitement de ces questions à propos des contrats relatifs aux données publiques, dès lors que la puissance publique se trouve exclue lorsqu'elle délivre, en vue de leur exploitation, des données publiques à son contractant.

Pour apprécier les responsabilités inhérentes à la fourniture des données, on envisagera successivement les obligations de la personne publique (A) et celles qui sont exigibles de son cocontractant (B), principalement à propos du contrat de rediffusion, qui se caractérise par l'importance des obligations mises à la charge du cocontractant de l'administration en vue de préserver la qualité de l'information divulguée.

#### *A. Les obligations du fournisseur des données publiques*

Pour circonscrire la responsabilité des fournisseurs de données publiques, il convient d'abord exposer le contenu des obligations qu'ils supportent (1). Cet exercice n'étant pas toujours concluant, il sera complété par l'analyse de la nature des obligations (2). Enfin, il faudra signaler le sort des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (3).

## 1. Le contenu des obligations du fournisseur de données publiques

**363.** Si l'on excepte la transmission de droits qui n'a de réalité que dans le cas d'une licence de rediffusion - et pour l'étude de laquelle on renverra au régime juridique général des conventions qui la porte - les obligations de l'administration sont substantiellement identiques dans le cas d'une licence d'usage ou de rediffusion : elle doit fournir ou communiquer (a) des données d'une certaine qualité (b).

### *a. La fourniture des données*

**364. Obligation principale.** - L'obligation de mise à disposition ou de fourniture de l'information par la personne publique n'appelle pas de larges commentaires. Dans les conventions d'usage, il s'agit là de l'obligation principale ; elle est tout aussi importante dans les conventions de rediffusion, car le transfert des droits ne peut s'envisager sans communication des ensembles informationnels sur lesquels ils portent. Pour la doctrine, en droit privé, la nature de l'obligation de mise à disposition des données, dans le cadre d'une convention liant l'utilisateur d'une base de données à un producteur, est de résultat. Il est certain que la personne publique, qui dans le cadre d'un contrat de rediffusion s'engage à fournir un *quantum* d'informations dont elle dispose à une certaine date, pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée sans preuve d'une faute par le destinataire des données.

### *b. La qualité des données*

**365.** Dans le cas des rapports entre le producteur d'une base de données et un utilisateur final, la doctrine, en droit privé, distingue en vérité deux obligations portant sur le contenu de l'information communiquée<sup>700</sup>. La première tient à la licéité de l'information ; ce qui recouvre, *grosso modo*, la conformité de la base, plus précisément celle du corpus informationnel, aux dispositions légales et réglementaires qui en commandent la constitution et le suivi. La seconde tient à la qualité, d'autres auteurs préfèrent parler d'exactitude, des

700. Voir en ce sens, SABATER-BONO (L.), « Banques de données : la responsabilité des informations », *Expertises* n°98 septembre 1987, p. 309 ; MALLET-POUJOL (N.), La commercialisation des banques de données, préc. p.380 n°447 ; MONTERO (E.), La responsabilité du fait des bases de données, préc. p.142 n°55 et suivants.

données. Seule cette dernière obligation nous intéressera<sup>701</sup>. En conséquence, il convient de limiter l'étude des obligations de l'administration qui fournit des données ou bien l'accès à une base de données ainsi qu'à tout autre produit d'information aux obligations portant sur la qualité de l'information. Les lignes suivantes nous conduiront à présenter les opinions largement concordantes des auteurs qui ont exploré cette question en droit privé à propos de la relation entre le producteur d'une base de données et un utilisateur final avant d'en envisager la transposition au cas de la fourniture d'information par le secteur public. Cet exercice doit prendre en compte l'influence des conditions et du régime juridique de la production de l'information au sein du secteur public ; celui-ci est sensiblement différent et peu comparable à la même activité opérée par une entreprise.

**366. L'opinion de la doctrine privatiste.** - Très généralement trois conditions sont retenues comme concourant à garantir la qualité du contenu d'une base ou d'une banque de données : l'exactitude des informations, leur actualité et l'exhaustivité de la base ; elles feront l'objet de développements successifs.

**367. L'exactitude de l'information.** - L'origine de l'inexactitude de l'information contenue dans une base de données peut avoir deux sources. Il peut s'agir d'une erreur d'ordre intellectuel en raison de négligences qui sont directement imputables à l'intervention humaine ; il peut aussi s'agir d'un défaut d'ordre technique inhérent au processus de traitement ou à la transmission des données, la tendance à l'automatisation dans la fabrication des bases de données renforce évidemment la possibilité pour de telles erreurs de survenir<sup>702</sup>.

D'un point de vue intellectuel, l'exactitude se comprend comme la conformité de l'information fournie à la réalité. Pour illustrer les contours de l'obligation d'exactitude de l'information, la plupart des auteurs font référence à la jurisprudence en matière de fourniture de renseignements défectueux<sup>703</sup> ou à la responsabilité des auteurs de publications. Au terme de cette jurisprudence, la responsabilité pour faute du fournisseur

701. En effet, il est douteux, même si l'hypothèse n'est pas à exclure, que les personnes publiques, lorsqu'elles constituent un corpus informationnel pour les besoins de leurs obligations de service public ou qu'elles le rediffusent, ne respectent pas les prescriptions relatives à la protection des données personnelles ou au droit de propriété intellectuelle des tiers grevant le contenu informationnel. v. *infra* Partie II.

702. MONTERO (E.), *La responsabilité du fait des bases de données*, préc. p. 138 n° 52.

703. v. en ce sens VIVANT (M.) et *alii* ainsi que MALLET-POUJOL (N.) *contra* MONTERO (E.), *préc.*, Toutefois, suivant un raisonnement différent, cet auteur, quant à la nature de la responsabilité et à la nature des obligations, arrive à des conclusions assez identiques de celles des auteurs qui ont opéré la transposition des solutions plus anciennes tout en tenant compte de l'originalité des bases de données en tant que vecteur de diffusion de l'information : à la production d'une base de données s'attache, plus que la faute, la notion de risque ; les diverses obligations qui pèsent sur le fournisseur de l'information devraient être appréciées comme des obligations de résultat. Voir, *infra*.

d'information est retenue pour avoir délivré ou publié des informations inexactes ; mais il ne s'agit là que d'une illustration du principe selon lequel toute activité de fourniture d'information, quelque soit le domaine dans lequel elle intervient, est génératrice de responsabilité<sup>704</sup>.

Plusieurs critères ont été dégagés par la doctrine pour apprécier l'inexactitude de l'information. Celle-ci peut d'abord résulter de sa fausseté. Le plus souvent, une défaillance humaine est à l'origine d'une telle inexactitude. Ainsi en va-t-il d'une information publiée au sein du journal officiel qui a induit en erreur un contribuable<sup>705</sup>. Il peut aussi s'agir d'une erreur volontaire. Tel est le cas de la banque qui fournit sciemment des indications inexactes sur la solvabilité de l'un de ses clients<sup>706</sup>, ou de l'agence de renseignement qui s'est contentée de fournir des renseignements favorables en omettant ceux qui étaient défavorables<sup>707</sup>. L'inexactitude peut ensuite résulter de ce que l'information est incomplète. Ce caractère se révèle en pratique malaisé à cerner. S'il n'y pas vraiment de difficulté à retenir la responsabilité d'un office d'annonces chargé de publier sur les pages jaunes de l'annuaire les coordonnées d'un client pour lequel il a tronqué l'inscription du numéro de téléphone<sup>708</sup>, dans le cas des bases de données se pose la question de savoir par rapport à quoi il faut apprécier le caractère complet de l'information. Il a été souligné qu'en la matière, la complétude était difficile à concevoir ; « Doit-on parler d'informations complètes dans l'absolu ou au regard de la description du corpus de la banque de données et des limites méthodologiques de la composition d'une telle banque ? » Troisième facteur qui peut être à l'origine de l'inexactitude : la partialité de l'information. À cet égard, il a été dit que « la partialité peut découler de l'information incomplète. Elle peut aussi découler d'une information ambiguë ». En outre « *sans être ni incomplète ni ambiguë, l'information peut être partielle en elle-même, la partialité provenant de l'émetteur même de l'information. C'est l'objectivité et la neutralité de la banque de données qui sont alors en cause* »<sup>709</sup>. Enfin, il faut mentionner l'ambiguïté de l'information communiquée. Celle-ci peut être volontaire ou involontaire. Dans le cas des bases de données, le problème se pose avec une acuité particulière, puisque le recours aux résumés et autres abstracts favorise ce type d'inexactitude.

D'un point de vue matériel, l'inexactitude de l'information est directement à relier au processus documentaire de traitement des données et aux conditions de leur transmission. Le traitement de l'information, qui dans le cas des bases de données est très largement

704. HUET (J.), « La responsabilité du fait de l'information (réflexions suscitées par le développement de l'informatique) », *RTD civ.* 1988, p. 355.

705. CE, 22 juillet 1949, *Aubery*, D. 1950 jur., note WALINE, p. 27.

706. Cas. com., 15 janvier 1980, D. 1980, IR 381, obs. VASSEUR.

707. Cas. com., 1er mars 1982, Gaz. Pal., 1982, II, p. 250, obs. CHABAS

708. Cas. com., 9 mai 1990, *ODA c. Leroux*, bull. 1990 IV n° 142 p. 95; DIT 1991/2 p.39, note DUPUIS-TOUBOUL et C. COSCAS

709. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc.p. 377, p. 442.

automatisé, peut évidemment produire des erreurs qui ont un impact sur la qualité de l'information prise dans ses différents caractères. L'activité de production de la base de données ou la constitution d'un corpus informationnel se distingue alors très nettement de la fourniture d'un renseignement ou même de la diffusion d'une publication. L'automatisation qui accompagne le processus de production d'un corpus informationnel ou une base de données multiplie les possibilités d'apparition d'erreurs statistiquement inévitables. Ces erreurs peuvent aussi couramment prendre leur source dans la transmission ou le transport de l'information sur le réseau.

**368. L'actualité de l'information.** - C'est, pour la définir, la conformité de l'information dans la durée ; elle implique l'actualisation, la mise à jour des données fournies. La responsabilité en raison de la délivrance d'une information périmée a déjà été admise dans le domaine du renseignement commercial<sup>710</sup>, mais les décisions intervenues dans cette matière n'apportent pas de réponse à la question de savoir à partir de quand il faut considérer qu'une information est périmée<sup>711</sup>.

Les auteurs semblent toutefois avoir adopté un concept de péremption propre aux bases de données<sup>712</sup>. Ainsi, MM. VIVANT et le STANC évoquent les difficultés liées au rythme d'actualisation d'une base de données. Le problème, une fois encore, gît dans la difficulté à dégager des critères d'évaluation du rythme d'actualisation. La doctrine évoque à cet égard un « délai raisonnable » qui tiendrait compte des contraintes techniques mais aussi de la nature de l'information fournie. Le délai raisonnable d'actualisation d'une base de données boursière devant être autrement plus bref que celui d'une base de données iconographique. Le critère du délai raisonnable doit donc être apprécié « base par base ».

**369. L'exhaustivité.** - L'exhaustivité d'une base de données est, en quelque sorte, le pendant de la complétude de l'information plus haut évoquée. Par certains de ces aspects, cette obligation est un peu plus déterminée que les précédentes. En effet, l'exhaustivité ne peut être exigée que des bases de données qui ont vocation à l'être. Dans le cas des bases de données publiques, et les auteurs citent souvent des exemples de bases de données ou de fonds informationnels constitués en raison d'une prescription légale particulière par un organisme public, cette obligation sera, le plus souvent, de mise. Pour les bases de données sélectives, en revanche, le contenu de l'exigence d'exhaustivité sera apprécié, principalement, par rapport à l'image que le producteur donne du corpus informationnel<sup>713</sup>.

710. Cas. com., 30 janvier 1974, *D. S.*, 1974, p. 428, note. R. TENDLER cité par MONTERO, *op. cit.*, p. 105, n° 39.

711. VIVANT (M.) et *alii*, *Droit de l'informatique et des réseaux*, préc., n° 2885 ; dans le même sens MALLET-POUJOL (N.), *op. cit.*, p. 378, n° 444.

712. *ibid.*

713. VIVANT (M.) et *alii*, *Droit de l'informatique et des réseaux*, préc., n° 2885.

**370.-** L'exigence de qualité de l'information : l'influence des conditions et du régime de la production des données et bases de données publiques. - Pour les corpus informationnels constitués par le secteur public, l'obligation de qualité de l'information peut être appréciée globalement, indépendamment de la circonstance de la fourniture de l'information. On sait qu'il existe une distinction à faire entre la fourniture d'un corpus informationnel en vue de son exploitation, par un producteur de bases de données par exemple, et la diffusion sur le marché d'un produit d'information ou d'une base de données, cette dichotomie n'a cependant pas lieu d'être reconduite à propos de l'étude de la qualité de l'information, bien que des différences ponctuelles puissent apparaître. Ce sont en effet les conditions même de la production de l'information au sein du secteur public qui semblent déterminantes à cet égard. Nous chercherons particulièrement à savoir si les éléments d'appréciation de la qualité de l'information, à travers tous ses attributs, peuvent être identiques à ceux qui ont été précédemment évoqués.

**371. L'exactitude de l'information.** - Pertinence, complétude, partialité, ambiguïté... Ces quatre défauts, que peut présenter une information et plus largement un corpus informationnel, peuvent difficilement être appréciés de la même manière que précédemment parce que les éléments qui serviront de référence à cet examen, dans le cas des données publiques, sont différents. La constitution des corpus informationnels par les organismes du secteur public est en effet soumise à une série de contraintes et d'obligations qui la rendent peu comparable avec la situation d'un opérateur privé.

En premier lieu, en tout cas pour les bases de données publiques le plus fréquemment diffusées, les informations seront collectées dans le cadre de l'accomplissement d'une mission de service public qui est commandée par les impératifs que l'on sait. Cette circonstance n'est évidemment pas neutre, elle contribue à apporter un certain nombre de garanties au plan de la production de l'information voire de sa collecte<sup>714</sup>, mais l'affirmation sera ici à nuancer.

En deuxième lieu, dans la mesure où ce sont des informations sur les personnes physiques qui sont collectées, un certain nombre de sanctions pénales entourent la délivrance d'informations fausses ou erronées<sup>715</sup>. Autrement dit, la véracité des données communiquées,

714. Plusieurs auteurs se sont attachés à souligner la « fiabilité » des données publiques. “The value of such information derives from characteristics inherent to this having been gathered by a public authority. A priori, the information is complete (all citizens targeted by the legislation in question being required to provide it), reliable (sanctions are envisaged for anyone giving false information) and inexpensive (civil services functions on a non-profit basis)”, POULLET (Y.), «A Study on Comparative Law and European Law» *in Toward a Legal Framework for a diffusion Policy Data held by the Public Sector*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995 p.1.

715. GASNAULT (J.), « Comment le droit pénal sanctionne-t-il la fausseté des informations. », *Rev. Brises*, n° 12 novembre 1988, p. 126. L'auteur indique que la majorité des *infractions* relatives à l'utilisation abusive des informations est destinée à sanctionner la fourniture d'information à l'Etat par des particuliers.



sujette à sanctions, est dans une ample mesure également garantie. En troisième lieu, ce sont les textes mêmes qui déterminent, directement ou indirectement, fréquemment, le contenu de l'information à collecter par les personnes publiques<sup>716</sup>. Cela permet, d'avoir *à priori* une connaissance de l'étendue du corpus informationnel de la base de données et de la teneur des informations qu'elle contient. En quatrième lieu, dans les conventions de réutilisation, les personnes publiques attachent un soin particulier à voir leur cocontractant respecter la qualité de l'information qu'ils délivrent par la mise en place de « contrôle qualité ». En d'autres mots, l'administration impose par la voie du contrat des obligations relatives à la qualité des données qui sont particulièrement importantes et dont on peut penser qu'elle les respecte elle-même.

La prise en compte de ces considérations ne peut être indifférente dans l'appréciation des obligations attachées à la qualité des données communiquées par l'administration. La complétude de l'information pourra ainsi être évaluée par rapport aux textes qui décrivent la teneur des informations contenues dans les répertoires. Les limites méthodologiques de la constitution d'un corpus d'informations seront ainsi plus simples à définir. La fausseté de l'information ne résultera que rarement d'une erreur volontaire, sauf si elle provient de la personne même qui remplit un formulaire. Mais dans ce cas, on peut se demander si la faute constitue le mécanisme juridique adéquat pour saisir les défaillances de l'administration, alors qu'elle aurait usé de tous les moyens pour garantir la véracité de la collecte d'information. La partialité de la collecte et du traitement des données est aussi à exclure, s'agissant d'une mission de service public qui est justement soumise à un principe d'égalité et d'impartialité. Quant à l'ambiguïté, comme pour la complétude, on pourra toujours se référer aux textes qui, en règle générale, détaillent le contenu des informations à collecter. En dehors de l'appréciation de ces défauts, qui par certains aspects se trouve facilitée, il résulte de ces observations, compte tenu des contraintes qui pèsent sur l'activité des organismes publics et des moyens dont ils disposent, que les obligations liées à l'exactitude de l'information sont beaucoup plus intenses à leur égard. En effet, même si le service public n'est pas forcément en cause dans la relation entre le fournisseur de données et son bénéficiaire, il gouverne les conditions de production des informations du secteur public. En conséquence, le bénéficiaire de la fourniture de l'information pourrait légitimement s'attendre à un niveau de qualité des données plus élevé que s'il avait contracté avec un fournisseur issu du secteur privé<sup>717</sup>.

716. Les textes fixent en effet un certain nombre d'exigences que les personnes publiques qui procèdent à la collecte de l'information ne peuvent ignorer. Ils fixent quelquefois dans le détail la teneur de l'information à collecter. Aussi, lorsqu'ils existent et qu'ils sont pertinents, c'est en contemplation de ces dispositions que l'obligation de complétude pourra être appréciée.

717. En l'absence de garantie contractuelle offerte par les fournisseurs de données publiques, on peut aussi se demander si le bénéficiaire d'une licence de rediffusion voire d'usage ne bénéficie pas des garanties légales attachées à telle ou telle figure contractuelle. Ainsi, dans le cas où la convention le liant à la personne publique pourrait être qualifiée de louage de choses, le licencié pourrait bénéficier de la garantie des vices cachés. Sur ces points, voir, N. MALLET-POUJOL, *préc.* p. 407 et suivants.

Toutefois, il convient quand même de réserver l'hypothèse d'une défaillance d'ordre technique qui serait à l'origine d'une inexactitude. Évidemment, dans ce cas, le régime juridique de la production des corpus informationnels ou des bases de données compte peu. La survenance d'erreur au sein d'un processus automatisé, même si, à la source même, les informations sont collectées par voie numérique, est inévitable.

**372. L'actualité.** - La question de l'actualité et de l'actualisation des fonds documentaires des personnes publiques présente moins d'originalité. Celle-ci s'apprécie principalement en fonction de la nature de l'information et aussi des conditions de collecte des données par les organismes publics. La prise en compte du mode de collecte est nécessaire car elle allongera inévitablement le temps d'actualisation de la base et, par là, l'appréciation de la péremption des informations. La notion de mode de collecte renvoie à deux idées. D'une part, à la distinction entre un mode de collecte traditionnel par voie de formulaire papier et la télétransmission ; d'autre part, au constat suivant lequel tous les organismes qui détiennent des fonds informationnels ne sont pas forcément chargés de la collecte de l'information ; celle-ci, comme dans le cas de l'INPI, est effectuée par les greffes des tribunaux de commerce, il en va de même pour l'INSEE. Il faudra, selon les circonstances, tenir compte cumulativement de ces deux facteurs pour estimer le délai d'actualisation. Cela étant précisé, l'idée de délai raisonnable d'actualisation ne peut que s'apprécier au cas par cas.

**373. L'exhaustivité.** - On retrouve ici une obligation qui peut, le plus souvent, être exigée d'une base de données publique. Les principes qui gouvernent la constitution des corpus informationnels, notamment le principe d'égalité de la collecte, postulent l'exhaustivité. Ainsi, on peut légitimement s'attendre à ce qu'une base de données sur les brevets les comporte tous ; de même pour le recensement des entreprises et de leurs établissements. Cela ne signifie pas que les données communiquées à des fins d'exploitation comprennent la totalité du corpus. Le cocontractant de l'administration peut seulement en rechercher une partie ; cependant, pour cette partie, toutes les informations devront s'y trouver. Dans le cas des bases de données publiques qui ont le plus souvent vocation à l'exhaustivité, celle-ci peut donc, aussi, être appréciée de manière relative.

En définitive, le contexte particulier de la production des données publiques a une double influence sur les obligations de l'administration relatives à la qualité de l'information. Celles-ci sont beaucoup plus intenses que celles qui peuvent être exigées d'un opérateur privé. Ensuite, il s'avère qu'il existe des éléments d'appréciation autrement plus importants pour estimer la faute du fournisseur de données, bien que certaines d'entre elles soient diffuses. Par conséquent, la preuve d'une faute d'une personne publique, en relation à la qualité de l'information, sera dans certains cas plus facile à rapporter. Cette première approche peut être complétée par une analyse du contenu des obligations du fournisseur des données.

## 2. La nature des obligations du fournisseur des données publiques

**374. Justifications.** - L'interrogation sur la nature des obligations dues par le fournisseur d'information n'est pas, comme l'étude du contenu des obligations, spécifique à la question de la commercialisation des données publiques. L'exposé et l'application des abondants développements que la doctrine a consacré à cette recherche dans le domaine des bases de données permettra seulement d'apporter un éclairage complémentaire et, à notre avis, largement concordant à la conclusion que nous formulions plus haut, à savoir que les obligations de l'administration dans ce domaine semblent devoir être appréciées de manière plus stricte qu'à propos d'un fournisseur d'information issu du secteur privé.

Rappelons que le principal intérêt de la distinction entre l'obligation de moyen et l'obligation de résultat réside dans la charge de la preuve. Dans ce dernier cas, la faute est présumée. Le bénéficiaire de la fourniture d'information n'aura qu'à prouver qu'une obligation contenue dans le contrat n'a pas été exécutée. Dans le cas de l'obligation de moyen, la faute doit être prouvée. Si en règle générale, la doctrine plaide en faveur d'une obligation de moyens (a), s'agissant de la fourniture de l'information, plusieurs auteurs ont évoqué la possibilité pour le fournisseur des données d'être débiteur d'une obligation de résultat (b). Nous présenterons les arguments à l'appui des deux thèses tout en envisageant leur application pour la commercialisation des données publiques.

### *a. Les arguments en faveur de l'obligation de moyens*

**375. L'existence d'un aléa.** - Parmi les facteurs qui ont été présentés par la doctrine comme permettant de distinguer une obligation de moyens de résultats, il y a l'aléa. Le risque encouru par le fournisseur d'information dans l'exécution de sa prestation déterminerait une obligation de moyens. Ce premier argument est contestable dans le cas de la fourniture de l'information en général. Il a été dit que son appréciation était marquée par la subjectivité, bien que, cela est indiscutable, l'automatisation de la production de l'information par le secteur public, à toutes les étapes, emporte une part de risque. Toutefois, dans le cas des productions informationnelles du secteur public, l'aléa n'est pas admissible s'agissant, par exemple, de l'exhaustivité de la base de données, de l'actualité même des informations quelquefois. En tout cas pour les bases de données très évolutives ou pour celles qui ont un lien avec la sécurité publique, comme c'est le cas des données sur le trafic autoroutier. À cet égard, d'ailleurs, il a pu être dit que les contrats mettant en jeu l'intégrité de l'homme génèrent une obligation de résultat.

**376. Forme de mise à disposition.** - Un autre facteur qui a été avancé est relatif à l'activité du cocontractant dans l'exécution du contrat. Lorsqu'elle existe, celle-ci génère une simple obligation de moyens. Cela est vrai dans le cas où l'organisme public commercialiserait une base de données accessible en ligne et pour l'interrogation de laquelle l'utilisateur mettrait en œuvre « sa propre stratégie d'interrogation ». Cela n'est plus vrai pour les licences de rediffusion. Au mieux, le cocontractant de l'administration délimite le champ des données qui lui sont fournies, pour le reste, il se trouve totalement tributaire de la fourniture et ne joue aucun rôle si ce n'est celui de télécharger la base.

**377. Mise à jour.** - L'actualisation constante du corpus informationnel est-elle, comme cela a été dit à propos de la distribution finale des bases de données, génératrice d'une obligation de moyens ? Il est difficile d'admettre la thèse d'une obligation de moyens, sauf en raison de défaillances techniques. En effet, de toutes les manières, les informations collectées par les organismes publics doivent être actualisées pour les besoins de leurs obligations de service public. De plus, le fait pour certains organismes publics d'imposer à leurs cocontractants non seulement des obligations de mise à jour mais aussi des délais de mise à jour à compter de la réception de l'information fournie pour les bases de données les plus évolutives, comme celle de la direction des journaux officiels, plaiderait en faveur d'une obligation de résultat. Certes, cette position est à nuancer, l'obligation de résultat ne s'imposant que pour les bases de données faisant l'objet d'actualisations quotidiennes, voire horaires, mais elles sont assez fréquentes dans le secteur public.

On le voit, la réalité d'une obligation de moyens n'est pas évidente à déceler dans le cas de la commercialisation des bases de données publiques. Tout dépend de la nature et de la finalité de la fourniture de l'information (à des fins d'usage final ou de rediffusion) ainsi que de la présence de clauses au sein des conventions imposant certaines obligations particulières aux bénéficiaires de la communication. Toutefois, il faut noter que d'autres arguments, plus importants nous semble-t-il que ceux qui ont été invoqués dans le cas des bases de données privées, seraient favorables à l'obligation de résultat. On l'a dit, les conditions et le régime de la production des données publiques sont à cet égard déterminants.

### *b. Les arguments en faveur de l'obligation de résultat*

**378.** Deux arguments en faveur de l'obligation de résultat sont généralement avancés. Il s'agit, d'une part, d'une considération pratique : l'obligation de résultat serait plus favorable à la victime qui n'aurait pas à prouver la faute. En effet, compte tenu de la technicité de la matière et du risque qu'empporte l'automatisation de l'information, la victime

du dommage se trouverait dépourvue de toute réparation dans le cas où elle ne pourrait prouver la faute<sup>718</sup>. Certains auteurs, de manière très prospective, ont été favorables à l'avènement d'une obligation générale de sécurité informatique. Toutefois, dans le cas des bases de données publiques, il convient d'évaluer la portée pratique de cette affirmation. Il est certain que l'analyse est transposable dans le cas où l'administration diffuserait auprès d'un utilisateur final des produits d'informations, celui-ci n'ayant aucun moyen de vérification de l'information transmise. Pour le bénéficiaire d'une licence de rediffusion, la question se pose dans des termes un peu différents. Il s'agit là d'un cocontractant qui sera chargé et qui dispose des moyens pour effectuer la vérification des informations transmises, du moins, s'il ne peut pas contrôler la valeur intrinsèque des données, il mettra en place des procédures de vérification qui permettront d'éviter certaines erreurs. En outre, il est très peu probable que ce contractant, sauf dans des cas extrêmes (absence de fourniture de l'information, dépassement des délais de mises à jour), engage la responsabilité contractuelle de son contractant pour des défauts qu'il aurait constaté en l'absence d'une mise en cause de sa propre responsabilité par l'un de ses clients auquel il aura diffusé un produit d'information intégrant des données publiques.

D'un point de vue plus juridique, l'automatisation de la production de l'information, les risques emportés par son transport et plus généralement la technicité des moyens, influent sur la reconnaissance d'une obligation de résultat.

Un dernier argument peut être avancé pour justifier une appréciation plus stricte des obligations de l'administration lors de la fourniture de l'information. On a vu que la défaillance pouvait être propre à l'activité de service public. Or, comme l'activité de service public se trouvera généralement distincte de l'activité de fourniture de données, il ne sera pas possible au cocontractant de rechercher la responsabilité de service, car, précisément, le service public n'est pas en jeu.

Pour conclure, nous nous rallierons à la thèse de l'obligation de résultat. Il nous semble en effet que d'importants arguments militent pour sa reconnaissance dans le cas de la fourniture de l'information publique. Cependant, compte tenu de la variété des situations rencontrées dans ce domaine, à la suite de Mme MALLET-POUJOL, nous dirons qu'il doit s'agir là d'une obligation minimale, c'est-à-dire d'une obligation qui varie suivant la manière dont elle a été organisée par le contrat. En d'autres mots, l'appréciation de l'ampleur de l'obligation de résultat sera appréhendée en fonction de l'étendue des obligations auxquelles s'engage les cocontractants.

---

718. HUET (J.), « La responsabilité du fait de l'information (réflexions suscitées par le développement de l'informatique) », préc.

### *c. Le sort des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*

**379.** Certains auteurs l'ont mis en évidence<sup>719</sup>, mais cela n'est pas, une fois de plus, propre au commerce de l'information publique, les organismes du secteur public insèrent dans les licences d'exploitation ou d'usage des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ainsi que des stipulations destinées à moduler, à la baisse, l'étendue des obligations. La licence de rediffusion INSEE stipule, par exemple, que « la base de données SIRENE étant réalisée à partir du répertoire des entreprises et des établissements qui enregistrent les déclarations faites auprès des centres de formalité des entreprises par les entreprises elles-mêmes, la responsabilité de l'INSEE ne saurait être engagée en cas d'erreur ou d'omission dans ces déclarations ». La licence d'usage de l'IGN prévoit, de son côté, que « la responsabilité de l'IGN est limitée à la mise à disposition de fichiers et à leur conformité aux spécifications techniques annoncées. L'IGN ne pourra donc être tenue pour responsable d'un dommage tant à l'égard du licencié que des tiers qu'en cas de faute démontrée de sa part dans l'exécution des obligations découlant pour lui de la licence. Sauf faute lourde de sa part, la responsabilité constatée de l'IGN à l'égard du licencié ou du tiers ne pourra être mise en œuvre pour un montant excédant deux fois le prix acquitté par le licencié ». Il résulte de ces dispositions que ces organismes publics, mais en règle générale ces clauses se retrouvent très couramment<sup>720</sup>, tendent à se protéger des conséquences dommageables liées à la qualité de l'information. On notera à ce propos que la convention de l'INSEE tend à associer les omissions ou les erreurs aux déclarations même des entreprises, ce qui pose encore une fois la question de savoir si la faute est le mécanisme juridique adéquat pour rechercher la responsabilité d'un organisme qui traite des millions d'informations établies à partir de données collectées par d'autres, et que l'IGN limite sa responsabilité, au titre de clause pénale, à l'activité de fourniture de l'information et n'admet, du point de vue de la qualité, que la contrariété des données aux spécifications techniques, ce qui est aisément vérifiable.

Dès lors, se pose la question de connaître la validité des clauses destinées à l'allègement des obligations ou des stipulations limitatives ou exonératoires de responsabilité.

### **380. La validité des clauses allégeant les obligations du fournisseur d'information.**

- Par principe, les parties sont libres d'aménager comme elles l'entendent leur accord. Aussi sont-elles en droit de délimiter avec plus ou moins d'intensité le domaine des engagements assumés<sup>721</sup>. La loi ne déterminant pas le contenu des licences de réutilisation ou d'usage des données publiques, il faut donc admettre que ces clauses sont valables. Reste la question de

719. BRUGUIERE, (J-M), *Les données publiques et le droit*, préc.p. 195 n°384.

720. Même si les contrats ne sont pas toujours très clairs sur ces points, il faut quand même noter que certains fournisseurs de données publiques n'insèrent pas de telles clauses dans leurs conventions.

721. TERRE (F.), SIMLER (P.) ET LIQUETTE (Y.), *Les obligations*, préc., p. 591, n°609.

savoir si de telles clauses ne conduisent pas à écarter une obligation essentielle à la convention. C'est la limite assignée par la jurisprudence à la validité de telles stipulations. La garantie du contenu - qui n'est notoirement pas garantie dans les contrats relatifs à l'exploitation des données publiques - de l'information constitue-t-elle une obligation essentielle ? D'une manière générale, plusieurs auteurs se sont prononcés en ce sens : pour M. HUET « la fourniture de l'information ne saurait se concevoir sans aucune garantie du contenu. Même une clause limitant simplement l'engagement du fournisseur est susceptible d'être déclarée sans effet sur le fondement d'une faute lourde ou d'une inexécution totale du contrat si la mauvaise qualité de l'information lui fait perdre tout intérêt, ou pire encore, produit des effets contraires à ceux que l'on pouvait attendre »<sup>722</sup>. De la même manière Mme MALLET-POUJOL a affirmé qu'il « est constant que l'exactitude de l'information nous paraît être une obligation essentielle et intrinsèque à la prestation de fourniture de l'information et que toute clause limitant (...) cette obligation est nulle »<sup>723</sup>.

Qu'en est-il du commerce des données publiques ? Faut-il distinguer le cas des licences d'exploitation, dont l'objet porte sur le transfert de droit et les licences d'usage, occurrence identique à celles sur lesquelles les auteurs cités se sont appuyés pour formuler leurs conclusions ? Nous ne le pensons pas. Bien que la fourniture des données ne constitue pas l'objet du contrat de réutilisation des données publiques, il n'en demeure pas moins que leur exactitude et leur transmission constituent une obligation essentielle de ces conventions. Cette affirmation est renforcée par une considération plusieurs fois signalée : l'administration accorde une très grande importance à la préservation d'une certaine qualité de l'information par son cocontractant ; il serait douteux, dès lors, qu'elle ne représente pas une obligation fondamentale. En dehors de l'exactitude, lorsque c'est le cas, nous pensons que l'exhaustivité de la base, compte tenu du mode de production des bases de données publiques, constitue aussi une obligation essentielle du contrat, cette remarque est aussi valable pour l'actualisation du fond informationnel. En effet, comme on l'a déjà dit, l'exhaustivité et l'actualisation constante des fonds informationnels des organismes publics prennent leur source dans les principes mêmes qui commandent l'exercice d'une mission de service public, ici l'égalité et la continuité. Certes, le service public n'est pas en jeu lorsque les organismes publics fournissent des données, cependant, par voie de nécessité, ces conditions particulières de production influent directement sur les attributs des biens informationnels réalisés par les organismes publics.

**381. La validité des clauses relatives à la réparation.** - Les clauses limitatives ou exonératoires de réparation sont valables si elles ne sont pas expressément prohibées.

722. HUET (J.), « La responsabilité dans la fourniture d'informations inexacts : droit à indemnisation pour le destinataire et droit à rectification pour le tiers concerné. », préc.

723. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des bases de données*, préc.

Lorsqu'elles sont valables, elles ne sont efficaces que si le débiteur commet une faute légère ou ordinaire. En effet, il n'est pas possible par la voie de clauses de non responsabilité de s'exonérer du dol ou d'une faute intentionnelle, généralement assimilée à la faute lourde. Même si l'appréciation de la faute lourde est difficile à sanctionner, il résulte de la jurisprudence une assimilation de l'inexécution d'une obligation essentielle ou fondamentale du contrat à la faute lourde, de telle sorte que celui-ci est privé de son intérêt pour l'une des parties<sup>724</sup>. Une clause de non responsabilité tenant à la qualité de l'information pourrait donc être stigmatisée sur ce fondement.

### *B. Les obligations du bénéficiaire de la fourniture des données publiques*

Le paiement du prix mis à part<sup>725</sup>, dans le cadre des licences de rediffusion des données publiques, il ressort que l'administration attache un soin particulier à exiger de son cocontractant le respect de la qualité des données transmises (1) et le respect des conditions d'usage de l'information (2).

#### **1. Les obligations relatives à la qualité de l'information**

**382.** En règle générale, les contrats soulignent particulièrement, sans que l'on puisse vraiment identifier une obligation particulière, la nécessité pour le bénéficiaire de la licence d'assurer une qualité satisfaisante au traitement de l'information qui lui est délivrée ainsi qu'à son service<sup>726</sup>. Plus particulièrement, l'on s'attardera sur des obligations qui se retrouvent avec une grande récurrence dans les conventions relatives à l'exploitation des données

724. TERRE (F.), SIMLER (P.) ET LIQUETTE (Y.), *Les obligations, préc.*, p. 598, n° 615.

725. Nous n'étudierons pas ce point, puisqu'il n'y a là aucune spécificité propre aux contrats relatifs aux données publiques.

726. La licence de l'INPI prévoit que « le droit d'usage et de distribution est en outre consenti au regard des garanties de sécurité et de qualité dans le traitement de l'information que présente le licencié. Il s'engage à prendre toute précaution pour assurer à ses clients une parfaite loyauté et transparence des informations qu'il distribue, ainsi que la sécurité de la fiabilité de celles-ci par la mise en place de procédure de contrôle qualitatif approprié, ce qui constitue une cause déterminante de la présente convention ». On peut en savoir un peu plus sur les mesures que doit prendre le licencié pour garantir la qualité des données à travers le détail des contrôles qualités exercés par l'INSEE sur son cocontractant. Il s'agit, parmi bien d'autres éléments tels que la vérification des procédures de traitement de l'information, du contrôle du système informatique utilisé pour le traitement des données. Celui-ci doit disposer de moyens nécessaires pour éviter l'intrusion de tiers et l'altération des données.



publiques : il s'agit des obligations relatives aux mises à jour de l'information et des obligations relatives à la mention de l'origine des données.

**383. Les obligations relatives aux mises à jour.** - Si, en règle générale, dans les licences de réutilisation, la fréquence de la mise à jour est choisie par le cocontractant de l'administration pour les besoins de son activité, il a par contre l'obligation de procéder aux mises à jour du corpus informationnel qui lui est fourni. L'importance de cette disposition n'a pas besoin d'être trop soulignée, comme l'indique la licence de rediffusion de l'INSEE, elle permet d'éviter que des informations obsolètes soient diffusées sur le marché. Par là, elle permet aussi, autant que faire se peut, de contrarier la recherche d'une éventuelle responsabilité du fournisseur d'informations à l'égard des tiers, du moins pour ce qui concerne le grief d'obsolescence des données. Cependant, certaines dispositions contractuelles, en raison de la mobilité du corpus informationnel communiqué, sont beaucoup plus exigeantes que cela. Il est parfois imposé au cocontractant un délai de mise à jour à compter de la réception de l'information. La direction des journaux officiels, qui délivre de manière hebdomadaire les données relatives aux BODACC ou au BOAMP, exige ainsi du licencié qu'il insère « tout ou partie des données qui lui sont fournies par les Journaux officiels dans les produits et/ou services qu'il propose, dans la limite des droits qui lui sont consentis (...) dans un délai maximum de trois jours courant à compter de leur réception ». Une telle prévision se comprend aisément en raison de la fréquence des livraisons et de la volatilité des informations délivrées.

**384. Les obligations relatives à la mention d'origine des données.** - Il s'agit là d'une obligation récurrente qui n'est d'ailleurs pas propre à l'exploitation des données publiques, mais qui semble revêtir une importance telle pour les producteurs publics qu'elle a été reprise par l'ordonnance du 6 juin 2005. Les produits informationnels réalisés par les cocontractants de l'administration sur la base des données par elle communiquées doivent porter, *a minima*, la référence à la source des données. Quelquefois aussi, les contrats prévoient l'obligation pour le licencié de faire figurer la mention de la protection de la base de données publiques ou encore la périodicité des mises à jour et la date de la mise à jour. Si ces dernières informations participent d'un souci d'information de l'utilisateur du produit final qui lui permet d'attribuer plus ou moins de crédit à une donnée communiquée, tel n'est pas le cas de la mention de la source. Lorsque la base de données est protégée par un droit de propriété intellectuelle, plus spécialement par le droit d'auteur, cette obligation peut se rattacher à l'exercice du droit de paternité de l'auteur<sup>727</sup>. Cependant, il a justement été indiqué qu'une telle obligation dépassait largement le cadre de la propriété intellectuelle. Et il est vrai qu'en

727. À cet égard, les conditions de commercialisation du fichier SIRENE rattache exactement la mention de la source de l'information à la titularité de droit de propriété intellectuelle.

pratique, elle est requise de tous les opérateurs publics, que leurs données soient éligibles à la protection ou pas. Il a pu ainsi être fait valoir qu'une telle prescription assure la préservation d'une création intellectuelle indépendamment de sa protection<sup>728</sup>.

## 2. Les obligations relatives à l'usage de l'information

**385. Les obligations relatives à l'usage de l'information : le cas des licences d'exploitation.** - On l'a dit, les licences d'exploitation autorisent le cocontractant de l'administration à faire une exploitation commerciale, c'est-à-dire à rediffuser à des tiers sous forme de produits d'information les données qui lui ont été communiquées. Toutefois, les possibilités d'exploitation ne sont pas illimitées ; elles sont très strictement délimitées par le contrat. Une fois encore, ce sera la licence de rediffusion de l'INSEE qui permettra d'éclairer ce propos. Cette convention indique que le droit de rediffusion de la base de données SIRENE est conféré « *dans le cadre de la commercialisation de produits conformes aux produits génériques* » visés par la licence. Elle précise par la suite la conformation des produits qui peuvent être distribués sur le marché par le bénéficiaire de la licence. Autrement dit, le droit de diffusion est limité à certaines formes ou types de produits. En faisant une lecture de cette disposition à l'aune de la propriété intellectuelle, il serait possible de faire un parallèle entre cette stipulation et la prévision des modes d'exploitation et de destination de l'œuvre dans les contrats d'exploitation de droits d'auteur. Le producteur de la création informationnelle, en l'occurrence l'Etat, serait ainsi amené à préciser l'étendue de l'exploitation consentie au cocontractant – ici l'exploitation de certains produits d'information bien définis – ainsi que la finalité de cette exploitation : un usage commercial. D'autres conventions ne contiennent pas de telles dispositions. Ainsi la licence INPI se limite à préciser la finalité de l'octroi d'un droit d'exploitation : la réalisation de produits d'information à valeur ajoutée sur le marché. En l'espèce, une analyse en terme de propriété intellectuelle ne serait pas possible. Quoi qu'il en soit, il résulte de ces observations que de telles clauses sont destinées à réguler ou orienter plus ou moins précisément l'usage qui sera fait de l'information communiquée sur le marché.

En allant vers l'aval, c'est-à-dire l'utilisateur final des produits d'information réalisés par le cocontractant du fournisseur d'information publique, on retrouve dans les contrats d'exploitation des stipulations qui ont pour finalité d'encadrer l'usage des données communiquées à l'utilisateur final. La licence de fourniture du BOAMP prévoit par exemple que « le licencié insérera dans les contrats le liant avec ses clients une clause interdisant expressément à ces derniers de dupliquer, de céder ou de mettre à disposition tout ou partie

728. MALLET-POUJOL (N.), préc., p. 616, n° 739.

du fichier BOAMP, à quelques conditions que ce soit, au bénéfice de tiers ». Par une telle clause, le fournisseur de l'information essaie de réguler et de limiter l'usage qui pourrait être fait des données que son licencié communique. Il aménage le secret autour de la communication de ses informations de manière à limiter les risques d'appropriation illégitime.

**386. Les obligations relatives à l'usage de l'information : le cas des licences d'usage.** - Les obligations des bénéficiaires des licences que nous avons qualifié d'usage étendu précédemment sont très variables. Elles dépendent largement de la nature de l'information en cause et de la qualité des titulaires de la licence. L'INSEE concède ainsi des licences d'usage des données issues du recensement aux collectivités locales. Au terme de ces conventions, il appartient à ces dernières d'utiliser l'information dans le cadre de leur mission de service public, plus précisément pour « *des études relevant de sa mission de création d'équipements* ». De manière assez similaire que précédemment, il est interdit au bénéficiaire du droit d'usage de communiquer les informations à des tiers. Certaines licences de l'IGN, notamment la licence standard ou serveur, permettent une mise à disposition de l'information à des tiers. Mais, il s'agit là de tiers qui sont habilités à recevoir l'information. C'est le cas des concessionnaires ou prestataires de service d'une collectivité locale qui utiliseront, pour le compte de la collectivité, l'information communiquée ou des services d'un organisme de droit public. Cette diffusion, purement interne, n'implique pas la possibilité de reproduire l'information. Des clauses qui l'interdisent expressément sont d'ailleurs prévues. L'analyse de telles dispositions est similaire à celle que l'on a faite précédemment ; il s'agit pour le producteur de la création informationnelle d'éviter le pillage des données qu'elle contient ou des utilisations non autorisées.

Quant aux licences d'utilisation finale proprement dites, elles comportent également des limitations d'usage de l'information fournie. On retrouve ainsi l'interdiction de communication de l'information aux tiers, le rappel des dispositions relatives à la protection des bases de données qui prohibent l'extraction qualitativement ou quantitativement substantielle, ainsi que des dispositions destinées à interdire une éventuelle commercialisation des informations<sup>729</sup>.

## CONCLUSION DE LA SECTION II

729. Pour un exposé très exhaustif de ces obligations qui ne présente pas vraiment de spécificité, s'agissant d'une base de données produite et diffusée sur le marché par un préc., p. 608 et suivant.

**387.** Alors qu'elles ont longtemps servi de support à la circulation des données publiques sur le marché, l'interprétation des licences de rediffusion et d'usage n'a pas fait l'objet d'une attention particulière ; la loi du 17 juillet 1978, du reste, les ignore assez largement quoique sous le vocable de licence de réutilisation ce sont bien ces deux formes de convention qui peuvent prendre place. La résistance de ces conventions à l'application des critères traditionnels de reconnaissance du contrat administratif les font entrer, essentiellement, dans l'orbite des contrats de droit privé. Dès lors, sous réserve d'analyses particulières applicables à telle ou telle convention, c'est le droit commun qui gouvernera les rapports contractuels entre les organismes publics fournisseurs d'information et leurs cocontractants issus du secteur privé, même dans le cadre de l'application de la loi du 17 juillet 1978. Ces conventions peuvent se couler dans différents moules contractuels selon leurs caractéristiques propres. Pour les licences de rediffusion, nous avons identifié dans le contrat de bail et le contrat d'édition les figures contractuelles qui semblent les plus adéquates pour les recevoir, dans le cas où les corpus informationnels qu'elles portent seraient soumis à une protection privative. Dans la négative, c'est la figure du contrat *sui generis*, expression d'un droit d'usage sur l'information (pour les données sur lesquelles le droit de réutilisation serait inapplicable) ou du droit de réutilisation consacré par la loi du 17 juillet 1978, qui serait privilégiée. Quant aux licences d'usage, en raison de leur objet, elles relèveront du contrat d'entreprise, voire du bail. Enfin, du point de vue du régime juridique, nous avons vu que l'importance accordée par l'administration au maintien par son cocontractant d'une certaine qualité de l'information communiquée trouvait son pendant dans l'obligation du fournisseur de données publiques de transmettre une information d'une grande qualité, sous réserve d'engager sa propre responsabilité.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**388.** -Certaines des modalités ou des conditions d'usage des informations publiques définies, presque exclusivement, par le gouvernement français lors de la transposition de la directive, sont probablement le reflet d'une préoccupation constante des administrations qui traditionnellement diffusent de l'information publique : éviter que les contenus informationnels produits dans le cadre du service public, une fois commercialisées, ne soient altérés ou dégradés. Il en va ainsi des conditions fixées à l'article 12, des licences de réutilisation, de certaines clauses que l'on retrouve dans ces conventions et aussi des sanctions, très lourdes, pesant sur le réutilisateur qui contreviendrait aux prescriptions législatives afférentes à l'usage des informations publiques. Cette préoccupation, largement ignorée par la directive, méritait d'être prise en compte; elle participe de l'intérêt général, cela ne fait pas de doute. Mais peut être eut-il fallu définir un peu plus précisément les nouvelles notions introduites par la loi et expliquer leur raison d'être. Leur manque d'élaboration nuit inmanquablement à leur application. Et une définition trop ample de certaines d'être elles risque de limiter la réutilisation. D'autres conditions de réutilisations procèdent du rapprochement des lois du 17 juillet 1978 et du 6 janvier 1978. Si l'interprétation du régime spécial de protection des données personnelles pourra faire au regard de la loi informatique et libertés, certain des choix réalisés par le gouvernement, comme celui de surborner la réutilisation à l'anonymisation de l'information à condition qu'elle ne suscite pas d'effort disproportionnés, devront être éprouvés par la pratique, ou susciter quelques litiges, pour savoir si une telle conditions constitue un obstacle ou une limite à la réutilisation. Quoi qu'il en soit, d'une façon générale, le législateur est peu entré dans le détail.

**389.-** La circonstance selon laquelle les modalités de réutilisation ont été couplées par le législateur à la question de la tarification nous incite à réfléchir sur la nature du régime juridique de la réutilisation. En encadrant l'accès et l'usage des informations publiques, la loi du 17 juillet 1978 a mis en place un régime juridique de la réutilisation qui varie selon que l'administration perçoit ou pas une redevance à l'occasion de la communication des informations publiques. Sauf à considérer la procédure commune de mise à disposition, on peut ainsi nettement distinguer un régime de réutilisation pour les données gratuites et un régime de la réutilisation pour les données payantes, qui se trouvent être aussi le plus souvent celles qui sont exploitées par le secteur public sur le marché.

Si l'administration ne perçoit pas de redevances, le régime est très libéral. Il est seulement subordonné au respect des conditions d'usage fixées par les articles 12 et, éventuellement, à celles de l'article 13 ainsi que, dans ce cas, aux exigences de la loi informatique et libertés.

Si l'administration perçoit une redevance, celle-ci doit considérer certaines directives en matière tarifaire et mettre en place une ou des licences contenant des conditions particulières de réutilisation différant plus ou moins de celles fixées par l'article 12 et qui ne se trouvent d'ailleurs pas sanctionnées par la loi. Il est évident que seul ce second régime intéresse les organismes publics qui retirent d'importantes recettes de la mise à disposition d'ensembles informationnels. Autrement dit, c'est là le principal régime de commerce des données publiques. Or, il s'avère que la pratique lui est d'ores et déjà conforme. En liant la perception de redevances et l'établissement d'une redevance, le législateur n'a fait qu'avaliser la pratique des organismes publics qui depuis de longues années perçoivent des redevances sur le fondement de contrats de licence qui sont relatifs à la propriété intellectuelle notamment. En disant que les licences peuvent définir des conditions particulières de commercialisation, la loi ne fait qu'accueillir la pratique des organismes publics qui, pendant des années, ont essayé à travers des constructions contractuelles de définir leur relation avec les réutilisations et de préserver la qualité du traitement des données. De ce point de vue, ce que le législateur semble réglementer, ne fait que consacrer de solutions déjà acquises.



## Chapitre III

### Le contrôle de la réutilisation

**390.** - La transposition de la directive 98/2003/CE a conduit de nombreux Etats à confier, à des autorités existantes ou des organismes nouvellement créés, la charge d'examiner les contestations auxquelles l'accès et l'usage des données publiques peut donner lieu et, d'une manière plus large, d'assurer un contrôle de la réutilisation. L'initiative est bienvenue lorsque l'on pense aux difficultés d'interprétation et d'application que les dispositions issues de la directive, qui ne sont pas mieux élaborées ailleurs, pourront susciter dans la pratique. Ainsi, pour prendre quelques exemples : un commissaire, aux importants pouvoirs, statuant sur la requête des réutilisateurs, a été mis en place dans chaque ministère en Irlande<sup>730</sup>. Au Royaume-Uni ce sont par contre deux organismes publics qui peuvent, selon l'origine de l'information, proposer des recommandations pour résoudre les litiges opposant les réutilisateurs aux détenteurs des fonds informationnels<sup>731</sup>. Quant à la Belgique, elle a confié ces missions à une institution nouvelle : la commission fédérale de la réutilisation<sup>732</sup>. En France, le choix de cette autorité a très largement été déterminé par volonté de transposer la directive 2003/98/CE dans la loi du 17 juillet 1978. Cela était déjà prévu par le projet de loi sur la société de l'information<sup>733</sup>, c'est la Commission d'accès aux documents administratifs

730. Un recours a été institué auprès d'un commissaire, désigné par chaque ministre compétent, en Irlande pour examiner les contestations émanant des réutilisateurs à l'égard des décisions des organismes publics défavorables en matière de réutilisation, dans les hypothèses, notamment, où la réutilisation ne serait pas autorisée ou qu'elle serait proposé à un prix excessif ou soumise à des conditions exorbitantes. Cette autorité dispose d'un véritable pouvoir de décision, elle peut modifier les décisions de l'administration. Elle est d'ailleurs dotée d'importants pouvoirs d'injonctions dont l'exercice effectif est garanti par un mécanisme de sanctions.

731. Après épuisement de procédures de contestations internes à l'administration, deux organismes peuvent être saisis, l'office of Public sector information ou l'advisory pannel on Public sector information lorsque la contestation concerne certains organismes publics particulièrement impliqués dans la diffusion d'information comme le HMSO. Ces organismes ne disposent que d'un pouvoir de recommandation.

732. En Belgique, une Commission fédérale de la réutilisation a été mise en place par la loi du 7 mars 2006. Elle est « compétente pour connaître des recours à l'encontre d'une décision de mise à disposition des documents administratifs, en cas de refus d'exécuter une décision, ou en raison de toute autre difficulté qui est rencontrée dans l'exercice des droits que confère la présente loi ».

733. « Les contestations auxquelles peut donner lieu l'élaboration ou l'application de la convention, notamment en ce qui concerne son contenu financier, sont portées devant le Président de la commission mentionnée à l'article 5 (CADA) ou devant un membre de la commission qu'il désigne. » Notons, c'est très intéressant,



qui a été désignée, en vertu de l'article 20, pour veiller à l'application « du chapitre II (de la loi) relatif à la réutilisation des informations publiques ». L'autorité administrative indépendante a, par conséquent, vu sa composition (section 2) et ses attributions notablement modifiées (section 1). De plus, le législateur a institué un relais de la CADA auprès des organismes concernés par l'application des dispositions de la loi relatives à la réutilisation (section 3).

## Section 1

### Les attributions de la CADA

**391. Une autorité de régulation des marchés de l'information ?** - La question des pouvoirs attribués aux autorités administratives indépendantes est cruciale : elle permet « de doser la puissance que le législateur est prêt à leur fournir afin que leur action soit efficace »<sup>734</sup>. Par voie de réflexion, l'observation de ces compétences permet donc, en raison de leur ampleur, de leur réelle adéquation aux missions de l'autorité ou encore par vertu de leurs modalités d'exercice, de circonscrire le ou les rôles que les pouvoirs publics ont entendu faire jouer à une autorité administrative, ainsi que la profondeur de son intervention dans son domaine d'activité. C'est pourquoi, l'analyse des prérogatives de la CADA en matière de réutilisation sera présentée dans le but de connaître sa véritable fonction. Et, d'emblée, on peut affirmer, contrairement à certaines opinions, que la CADA n'est pas une nouvelle autorité de marché, bien que ses avis puissent avoir un certain impact économique<sup>735</sup>. Au mieux, il s'agit d'une instance de médiation, d'expertise, qui, par son interprétation de la loi, jouera, comme en matière d'accès aux documents administratifs, essentiellement un rôle pédagogique. Nous essayerons de démontrer l'exactitude de cette opinion à travers l'analyse

---

que c'est la CADA elle-même qui est à l'origine de sa désignation dans ce texte en tant qu'instance de médiation relative à la mise à disposition et à la réutilisation des données publiques, alors que le rapport MANDELKERN, à l'origine de ces dispositions au sein de ce projet de loi, n'envisageait pas d'y avoir recours. En effet, l'exposé des motifs précise que « les litiges relatifs à l'élaboration ou à l'application de telles conventions seront soumis au président de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ou au membre de la commission désigné par lui. Sur ce point, le texte suit l'avis exprimé par la CADA, laquelle souhaitait que l'instance de médiation ayant à connaître des différends sur la mise à disposition des données publiques lui soit rattachée ».

734. M-A. FRISON-ROCHE, in A.N., rapport n° 3166, sur les autorités administratives indépendantes, T. II, p. 76.

735. On peut comparer l'évolution de la CADA à celle de la CNIL. Cette dernière, créée pour protéger les personnes à travers l'application de la loi du 6 janvier 1978, a vu, de manière informelle, son rôle évoluer en raison de la marchandisation de l'information personnelle. De fait, aujourd'hui, ses décisions ont une influence sur ces marchés. On peut en dire autant de la CADA, mais la cause de sa mutation est ailleurs, elle résulte directement de la loi.

du pouvoir consultatif (§1) et du pouvoir de sanction (§2) accordé à la CADA par l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>736</sup>.

## §1- LES ATTRIBUTIONS CONSULTATIVES DE LA CADA

**392. Pouvoirs et exercice des compétences.** - Chargée, au titre de l'article 23 de la loi du 17 juillet 1978, de veiller à l'application du chapitre II de ladite loi relative à la réutilisation des informations publiques, la CADA dispose d'un pouvoir consultatif : « *elle émet des avis lorsqu'elle est saisie par une personne à qui est opposée (...) une décision défavorable en matière de réutilisation d'informations publiques* ». Cette capacité à émettre des avis en matière de réutilisation ne constitue que l'extension du pouvoir dont disposait déjà l'autorité en matière d'accès aux documents administratifs, avec lequel, d'ailleurs, il peut être couplé le droit de réutilisation et d'accès interagissant entre eux<sup>737</sup>. Important pour l'interprétation de la loi du 17 juillet 1978, ce pouvoir minimal<sup>738</sup> n'est pas univoque en ce sens qu'il peut répondre à différentes fonctions (A). Mais les conditions de son exercice enferment l'autorité dans une interprétation formelle de la règle (B), peu compatible avec les analyses économiques que suppose l'application de certaines dispositions législatives, et qui vient s'ajouter au fait que la loi elle-même a très largement ignoré les préoccupations économiques qui étaient à la base de la directive en inscrivant sa transposition dans le sillage d'un texte relatif aux libertés publiques<sup>739</sup>.

### A. Un pouvoir non-univoque

La capacité reconnue par le législateur à la CADA d'émettre des avis et des conseils peut répondre à deux fonctions qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre, une fonction d'expertise ou de conseil (1) et, mais c'est là une conséquence très indirecte de l'attribution d'un pouvoir consultatif, une fonction de médiation (2).

736. Préc.

737. Par exemple, dans l'hypothèse où elle considère qu'il n'est pas communicable avec la réutilisation.

738. Selon le Conseil d'Etat, « le pouvoir minimum confié aux autorités administratives indépendantes est celui d'émettre un avis, de formuler des propositions ou des recommandations. » (Rapport d'activité pour l'année 2000, La documentation française, 2001., p. 308).

739. Cela dit, cette analyse peut être renversée. L'interprétation formelle d'un tel texte peut au contraire favoriser l'accès à certains ensembles informationnels. Le droit d'accès est compris de manière très large par la CADA, le droit à la réutilisation, qui découle du premier, aussi. Depuis le début de l'application de la loi, la Commission a fait preuve d'un certain libéralisme.

## *1. La fonction d'expertise*

**393. Interprétation de la loi.** - Les administrations qui s'interrogent sur le caractère communicable d'un document, sur son caractère réutilisable, ou bien lorsqu'elles souhaitent élaborer des licences de réutilisation ou en fixer le prix, ont la faculté, en dehors de toute contestation, de demander conseil à la Commission. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, un bon nombre d'interventions de la CADA en matière de réutilisation correspond d'ailleurs à des demandes de conseil émanant des collectivités territoriales ou d'autorités déconcentrées. La Commission a pu apporter ainsi d'utiles précisions à l'application de la loi<sup>740</sup>.

L'exercice par la Commission de ce pouvoir d'expertise permet, en dehors de l'interprétation de la loi, à l'éclaircissement de laquelle il contribue indéniablement, d'assurer la diffusion, au sein même de l'administration, d'une information sur l'application de la loi et sa portée. Elle permet de propager une certaine « culture » de la réutilisation. À cet égard, on pourrait rapporter aux missions de réutilisation confiées à la CADA, l'opinion que l'autorité formulait à l'égard des conseils portant sur le droit d'accès. « La Commission est, depuis l'origine, convaincue que le développement du droit d'accès passe d'avantage par l'évolution des esprits sur le secret administratif que par l'édiction de textes supplémentaires (...) Les réponses aux demandes de conseil permettent non seulement de résoudre des difficultés d'interprétation de la loi, mais également de promouvoir au plus tôt la meilleure application possible des dispositions légales, en intervenant au cœur des services appelés à satisfaire les demandes d'accès. Ces conseils permettent d'établir un lien permanent avec les administrations, qui sont ainsi renseignées sur l'application de la loi avant même d'être saisies de diverses demandes de communication »<sup>741</sup>. Cette fonction d'expertise permet de concrétiser l'autorité morale, la magistrature d'influence, de la Commission à laquelle la fonction de médiation contribue également.

## *2. La fonction de médiation*

**394. Une fonction impliquée.** - À la différence d'autres autorités administratives, la CADA ne dispose ni d'un pouvoir de règlement des différends, ni d'un véritable pouvoir de médiation. Cependant, ses avis peuvent répondre à un besoin de médiation et, très concrètement, ils peuvent permettre de concilier ou de rapprocher les points de vue de

740. Elle a indiqué dans plusieurs conseils en quoi pouvait consister une information publique. Elle a aussi précisé la notion de réutilisation et les modalités d'exercice du droit de réutilisation.

741. CADA, 5ème rapport d'activité, la documentation française 1988

l'administration et des réutilisateurs. Ce n'est donc pas juridiquement, les avis n'ayant pas de caractère décisoire, mais eu égard aux effets qu'ils peuvent exercer sur les comportements, que l'on identifie, une fonction de médiation à propos de la pratique consultative de la CADA<sup>742</sup>. D'ailleurs, contrairement à la fonction d'expertise, la fonction de médiation, s'inscrit généralement dans le cadre d'une contestation et les avis émis par la Commission à l'initiative des réutilisateurs joueront, dès lors, le même rôle que ceux qu'elle prononce en matière d'accès, c'est-à-dire arbitrer entre deux lectures contradictoires de la loi. Le refus d'octroi de licences, l'imposition de prix élevés, ou la subordination de la réutilisation à des conditions très restrictives, pourront ainsi donner lieu à des avis.

Pour mesurer l'influence que peuvent exercer les interventions de la Commission sur le comportement des administrations, on peut signaler le cas du ministère de l'environnement qui, suite à un avis de la CADA qui reprochait aux conditions de réutilisation inscrites dans les licences qu'il avait élaboré d'être beaucoup trop restrictives par rapport aux exigences législatives, a adopté une circulaire relative à la rediffusion de ses données en tenant compte de l'avis de la Commission<sup>743</sup>. Toutefois, ce pouvoir est quand même limité, juridiquement non contraignant, l'administration peut toujours faire fi des avis de la CADA. Ce n'est donc qu'à travers son autorité morale qu'elle peut influencer des comportements. Et l'on peut penser que, dans l'hypothèse où, en matière de réutilisation, l'avis de la CADA irait à l'encontre de certains intérêts de l'administration, celle-ci ne les suivrait pas. Dans ce cas on se retrouverait dans une situation peu différente de celle qui précédait l'adoption de la loi, il faudrait, pour avoir accès aux données recourir au juge, au juge administratif en l'occurrence puisque l'avis de la CADA est obligatoire à cet égard, ce qui va bien sûr à l'encontre de la volonté affichée par les autorités communautaires de faciliter la réutilisation. Il faut dire que de ce point de vue la France n'est pas isolée, au Royaume-Uni aussi, alors la politique du gouvernement britannique est jugée plus favorable au marché, les autorités chargés du contrôle de la réutilisation, qui n'interviennent qu'après épuisement des recours administratifs, ne détiennent qu'un maigre pouvoir de recommandation.

Pour conclure, on soulignera cependant que les attributions consultatives de la CADA, que l'on a lié à une fonction pédagogique, ou de diffusion d'une certaine culture de la réutilisation, ne peuvent aujourd'hui avoir la portée que l'on peut espérer qu'elles aient pour deux raisons. En premier lieu, la connaissance des prises de position de la CADA est partielle, le site Internet ne comporte qu'une sélection d'avis. Cela peut être très préjudiciable pour les

742. Il ne faut pas oublier non plus que, du point de vue du droit administratif, l'intervention de la CADA est un recours administratif préalable obligatoire. Or, la doctrine analyse ce type de recours comme un préliminaire ou une instance de conciliation précédant un éventuel contentieux. v., R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9ème éd. n°498, p. 362.

743. CADA, avis du 16 mars 2006, n°20060771, *Direction régionale de l'environnement des Pays-de-Loire*, rapport public pour l'année 2006, p. 163.

acteurs économiques ou les administrations elles-mêmes<sup>744</sup>. En second lieu, la motivation des avis sera certainement appelée à évoluer car elle contribue, aussi bien pour l'administration que le réutilisateur, à la connaissance de la règle qui, on l'a dit, n'est pas toujours très claire.

## **B. Les conditions d'exercice des attributions consultatives et le formalisme de l'interprétation de la loi du 17 juillet 1978**

**395. Conditions d'exercice des attributions consultatives.** - Nous voudrions ici développer le propos suivant : les conditions d'exercice des prérogatives de la CADA, qu'il s'agisse pour elle d'émettre des avis ou des conseils, sont très restrictives et ne lui permettent pas véritablement d'aller au-delà d'une interprétation formelle des dispositions législatives. Cette forme d'interprétation, dans certains cas, n'est pas du tout problématique. Par exemple, pour la détermination des documents qui sont communicables ou des informations qui sont réutilisables ; nombre d'avis ou de conseils émis par la CADA en témoignent dès à présent sans prêter le flanc à la critique. D'ailleurs, dans d'autres cependant, elle peut s'avérer plus contestable, notamment lorsqu'il s'agit de faire application, comme le prévoit la loi, du droit de la concurrence. En fait, les conditions de l'intervention de la CADA sont trop restrictives pour permettre une application du droit de la concurrence qui ne soit pas emprunte de formalisme, expurgée, au moins en partie, de l'analyse économique qui en fait la spécificité. Deux remarques peuvent être formulées pour argumenter cette affirmation, elles portent sur le délai de réponse de la CADA aux demandes et sur les pouvoirs d'injonction dont elle dispose pour se faire communiquer des informations nécessaires à l'instruction de la demande.

**396. Délais et pouvoir d'injonction.** - Envisageons les modalités d'intervention de la CADA au regard des analyses concurrentielles, que nécessite, dans certaines hypothèses, l'application de la loi. En matière de prix, nul n'en disconvient, le recours à l'expertise du droit de la concurrence demeure fondamental. Peut-on vraiment penser que l'appréciation du caractère excessif ou prédateur des prix pratiqués par l'administration peut être pertinente alors que la CADA ne dispose que d'un mois pour statuer ? En pratique, il est vrai que ce délai est rallongé de quelques semaines<sup>745</sup>, mais la question demeure entière. Sans nul doute, dans

744. Un des avis les plus importants rendu à ce jour en matière de réutilisation ne figurait pas, par exemple, sur le site de l'autorité.

745. « Le délai de traitement moyen reste supérieur au délai d'un mois imparti à la CADA par le décret du 28 avril 1998, avec même une dégradation par rapport aux quatre années précédentes. Pourtant, la commission tient deux séances par mois, tout au long de l'année, de façon à ce que toutes les affaires puissent être examinées au plus tard trois semaines à compter de l'enregistrement. » (CADA, rapport d'activité pour 2004, La documentation française, p. 20).

un grand nombre de cas, le problème ne se posera même pas puisque l'administration autorisera gratuitement la réutilisation, mais dans les autres, il nous semble que le délai est trop court pour ne pas donner lieu à une interprétation assez formelle de la règle.

En plus du délai relativement court imparti à la CADA pour se prononcer, il faut aussi rajouter le fait que les administrations ont du mal, sinon refusent, de communiquer les documents nécessaires à l'appréciation de pratiques contraires aux dispositions de la loi. Certes, l'article 18 al. 1 du décret du 30 septembre 2005 rappelle que l'administration concernée est obligée de communiquer à la CADA ces informations et l'article 18 al. 3 permet aux membres de la Commission « *de procéder à toute enquête sur place nécessaire à l'accomplissement de sa mission.* » Mais, de l'aveu même de l'autorité indépendante, l'administration mise en cause se refuse souvent de lui transmettre les pièces nécessaires à la formulation de son jugement en matière d'accès. Pourquoi en irait-il autrement en matière de réutilisation, alors que le président de la Commission ne dispose pas de pouvoir pour sanctionner les administrations récalcitrantes ? « Une des difficultés que rencontre la Commission et le juge pour se prononcer sur la légalité d'un refus de communication de documents administratifs est le silence de l'administration qui ne prend pas le temps d'expliquer sa décision ni même de leur communiquer les documents en litige. En pareil cas et compte tenu des délais très brefs qui lui sont impartis, la CADA préjuge souvent du caractère communicable du document »<sup>746</sup>. Quelle serait la signification d'un prix dont le montant serait préjugé excessif ? Faudrait-il alors systématiquement condamner l'administration dont on pense qu'elle a pratiqué un prix qui semblerait élevé, par rapport à des éléments d'appréciation incomplets, ou parce que le temps de l'analyse a été trop court pour en juger correctement ? Et les parties mécontentes de la solution rendue s'en remettraient certainement au juge administratif et finalement au Conseil d'Etat qui pourrait faire appel à l'expertise du Conseil de la concurrence. Ce qui évidemment rallongerait inconsidérément la procédure. On peut ainsi mesurer le décalage qui existe entre les modalités d'interventions et les pouvoirs de la CADA, adaptés à la réglementation de l'accès, et les exigences de l'interprétation de règles issues du droit de la concurrence insérée par l'ordonnance du 6 juin 2005. Quant aux contrôles sur place qui pourraient utilement venir pallier le refus de l'administration de fournir les informations qu'elle requiert, ils sont peu employés faute de moyens. Un auteur a même dit que la CADA n'y avait jamais procédé<sup>747</sup>. En résumé, le délai d'un mois et l'absence de moyens pour contraindre l'administration à communiquer les informations nécessaires à son intervention, obligent l'autorité administrative à interpréter de manière assez formelle le texte législatif. Cela étant dit, l'analyse précédente peut être renversée, le formalisme de l'interprétation d'un texte de liberté publique, pourrait au contraire favoriser le réutilisateur.

746. CADA, rapport d'activité pour 2005, La documentation française, p. 50.

747. DELAUNAY (B.), « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques. », préc.

**397. Motivation.** – Dans les cas, relativement rares encore, où la Commission a été conduite à se prononcer en matière de prix de la réutilisation, la motivation des avis ou conseils s’est avérée assez formelle, ce qui ne permet pas exactement de comprendre sa position et de renseigner sur l’application de la loi.

Une affaire a opposé l’Institut géographique national à un réutilisateur<sup>748</sup> qui prétendait que l’organisme public pratiquait des prix excessifs pour la mise à disposition de photographies numériques. « En l’espèce, la commission constate qu’aucun refus de vente de photographies aériennes n’a été opposé à Monsieur F. et qu’il ne ressort d’aucun élément du dossier que le prix de vente fixé pour les photographies numériques revêtirait un caractère excessif qui ferait obstacle à ce que ces photographies soient regardées comme faisant l’objet d’une diffusion publique. Dans ces conditions, le demandeur ne peut être regardé comme ayant fait l’objet d’un refus de communication d’un document administratif au sens de l’article 20 précité. En outre, la commission relève que cette diffusion se fait dans des conditions identiques quelle que soit l’utilisation que l’acheteur de la photographie aérienne souhaite en faire et ne comporte aucune restriction quant aux utilisations possibles. Elle considère dès lors que Monsieur F. ne justifie pas avoir fait l’objet d’une décision défavorable en matière de réutilisation d’informations publiques au sens du même article 20 ». En dehors du fait que la Commission relève justement que le demandeur n’a pas fait l’objet d’une discrimination, au vu de cette motivation, il n’apparaît pas clairement pourquoi elle a considéré que le prix n’était pas excessif. On aurait aimé en savoir un peu plus, par exemple sur la position du demandeur. Était-ce un concurrent potentiel de l’IGN ou simplement un utilisateur final ? Certes, l’application de la loi du 17 juillet 1978, en tant qu’elle consacre un principe de mise à disposition de l’information, n’oblige pas nécessairement de recourir à une analyse des marchés, toutefois, la considération selon laquelle le demandeur est un concurrent réel ou potentiel de l’organisme public producteur ne peut être indifférente à l’analyse d’un prix excessif. Et quels étaient les éléments entrant dans la constitution du prix pratiqué par l’IGN ? Peut-être est-ce alors le fait que ces données fassent l’objet d’une « diffusion publique » qui a eu une influence ? Quoi qu’il en soit, les « éléments du dossier » dont la CADA fait état n’auraient-ils pas pu être révélés pour éclairer sa décision ?

## §2- LES ATTRIBUTIONS REPRESSIVES DE LA CADA

**398. Attributions nouvelles.** - L’ordonnance du 6 juin 2005 permet à la Commission de prononcer des sanctions en rapport avec ses nouvelles attributions. Indubitablement,

748. CADA, avis n° 20071023 du 3 mai 2007, *Directeur national de l’Institut géographique national*.

l'octroi de ce moyen de coercition trouble l'analyse plus haut développée selon laquelle l'autorité administrative ne serait, au mieux, qu'une instance de médiation qui exerce un rôle pédagogique en matière de réutilisation. En contemplation de ce pouvoir, qui d'une manière générale peut se comprendre comme un outil de régulation, observerait-on une mutation de la CADA ? Deviendrait-elle une instance de régulation comparable à la CNIL et, même mieux, aux autorités de marché ? Nous persistons à croire que non. Pour essayer de le prouver, nous étudierons le régime (C) et la procédure (D) de la sanction après avoir évoqué les justifications (A) et le caractère asymétrique (B) des sanctions de l'article 18 de la loi du 17 juillet 1978.

## A. Les justifications du pouvoir de sanction attribué à la CADA

**399.** Pourquoi l'article 18 de la loi du 17 juillet 1978 met-il en place des sanctions spécifiques en relation à la réutilisation, alors que, à notre connaissance, jamais la question de l'octroi d'un tel pouvoir n'a été posée par la doctrine ou au gré des interventions des pouvoirs publics dans le cadre de la réflexion sur la commercialisation des données publiques. Il s'agit là d'une véritable nouveauté dont on a peine à découvrir les raisons d'être, puisque le législateur n'en a rien dit, ou presque. Pour essayer de les découvrir, il convient d'abord de rappeler les incriminations établies par la loi ; elles permettent de connaître les comportements que le législateur a voulu réprimer ou prévenir (1). Par là, on essaiera de remonter aux raisons qui ont poussé le gouvernement à attribuer un tel pouvoir à la CADA (2).

### 1. Les comportements réprimés

**400. Les comportement incriminés.** - L'article 18 de la loi du 17 juillet 1978 sanctionne de diverses amendes pénales le fait, pour « *toute personne réutilisant des informations publiques* », de violer les conditions de réutilisation prévue à l'article 12 de la loi ou celles qui sont fixées par une licence de réutilisation ainsi que de réutiliser les informations publiques en violation de l'obligation d'obtenir une licence. Deux comportements distincts sont donc incriminés. En premier lieu, le fait de méconnaître, volontairement ou involontairement, les conditions de réutilisation imposées par la loi ou la licence de réutilisation ; en second lieu, le fait de détourner le régime de l'accès aux documents administratifs.

**401. Violation des conditions de réutilisation.** - On peut préciser un peu plus les agissements qui pourraient être sanctionnés dans le premier cas. En référence à l'article 12 de la loi, ce serait le fait pour le réutilisateur « d'altérer » les informations publiques, d'en



« dénaturer le sens » ou de pas en mentionner la source. Toutes ces notions, on le verra, comportent, sauf pour la dernière, un haut degré d'indétermination qui s'accorde mal avec le caractère pénal de la sanction que la CADA peut désormais infliger. Plus généralement, lorsqu'une licence est octroyée, c'est l'ensemble des obligations qu'elle met à la charge du réutilisateur, qui pourront être sanctionnées en vertu de ces dispositions. Mais, là encore, la loi est imprécise. Quelles sont ces obligations ? Très certainement les obligations qui se retrouvent souvent dans les licences de rediffusion et qui sont relatives à l'altération ou la dénaturation des données, voire des sources. Mais, en irait-il de même pour l'obligation de payer le prix, de ne pas respecter les modalités de paiement prévues par la loi ? On n'en sait rien. Quoi qu'il en soit, pour l'heure, les deux types de comportements réprimés nous offrent des pistes de réflexion pour découvrir les raisons qui ont poussé le gouvernement à établir des sanctions à caractère pénal.

## *2. Les raisons supposées de la sanction*

**402. Prévention.** - Commençons par le comportement qui consisterait à accéder à l'information publique en vertu du régime de l'accès et de procéder à son exploitation, alors que la mise à disposition de ces données à des fins de réutilisation supposait le paiement d'une redevance et l'octroi d'une licence. C'est l'hypothèse tant redoutée, et qui à elle seule a justifié le rattachement du régime de la réutilisation à celui de l'accès, du détournement du droit d'accès où le régime de l'accès serait instrumentalisé dans le but d'obtenir la mise à disposition des données, son utilisation se faisant au mépris des prescriptions législatives relatives à la réutilisation. Face à ce risque, la sanction se comprend assez simplement. Elle permet de prévenir ou de dissuader l'éventuel exploitant d'user des modalités d'accès aux documents pour obtenir la mise à disposition de données à des fins de réutilisation. Au fond, la sanction permet ici d'assurer une stricte séparation entre les régimes de l'accès et de la réutilisation. Le rapport au Président de la république précédant l'ordonnance du 6 juin 2005 précisait ainsi que « le pouvoir de sanction garantit en particulier le respect du principe de séparation des régimes de l'accès aux documents administratifs et de la réutilisation des informations »<sup>749</sup>.

## **403. Sanctions, responsabilité et qualité de traitement des informations publiques.**

- Quant à la sanction du premier type de comportement, qui concrétise la situation dans laquelle le réutilisateur, se situant dans le régime de la réutilisation, ne respecterait pas les conditions de réutilisation fixées par l'article 12 ou la licence, elle est principalement destinée

---

749. Préc.

à garantir une qualité du traitement et de la rediffusion des données par l'exploitant privé telle qu'elle ne puisse causer de dommages, ou, en tout cas, les réduire fortement<sup>750</sup>. Dès lors, la sanction de ces obligations peut être expliquée. Auparavant, alors que l'administration détentrice de l'information pouvait décider par son propre mouvement de contracter avec les opérateurs qu'elle jugeait aptes à satisfaire ses exigences de qualité, l'exercice d'un tel pouvoir de coercition ne s'imposait pas. Mais, depuis qu'il existe un droit de réutilisation, il devient plus difficile à l'organisme public de refuser de délivrer ses informations pour cette raison, sa marge de manœuvre est beaucoup moins ample. La sanction se trouve dès lors justifiée, essentiellement à titre préventif, dans la mesure où sa connaissance dissuadera les opérateurs les moins sérieux d'accéder aux données publiques. Cependant, l'administration a toujours la possibilité de mettre en place, à travers la licence, des contrôles de qualité permettant de réduire ce risque.

En conclusion, le pouvoir de sanction de la CADA s'exerce dans deux directions différentes. Il permet de sauvegarder la séparation du régime de l'accès aux documents administratifs et de la réutilisation ; il permet d'assurer une certaine qualité à l'information diffusée sur le marché. Cependant, il ne permet pas de se prémunir contre les errements des administrations qui refuseraient de mettre à disposition l'information, alors que c'est là un problème récurrent. D'autres Etats ont aussi prévu de sanctions à l'encontre des organismes publics et non, comme en France, uniquement contre les réutilisateurs<sup>751</sup>.

## B. Le caractère asymétrique des sanctions

**404. La sanction des comportements des réutilisateurs.** – La doctrine l'a remarqué<sup>752</sup>, les sanctions prononçables par la CADA sont exclusivement destinées à réprimer

750. Sur l'analyse complète de la relation entre les obligations imposées au réutilisateurs et les risques que fait courir l'activité de traitement de l'information v. *infra* titre IV

751. On ne retrouve pas un pareil pouvoir de sanction dans d'autres pays de l'Union européenne, qui ont été conduits à créer (ou adapter) des autorités chargées de se prononcer sur les difficultés relatives à la réutilisation. En Belgique, la loi du 7 mars 2007 met en place une commission de réutilisation des documents administratifs qui, à la différence de la CADA, bénéficie d'un véritable pouvoir de décision s'imposant à l'administration. Toutefois, il faut quand même signaler que dans le cas où un réutilisateur ne respecterait pas les conditions de la licence, l'administration « peut, à tout moment et de manière unilatérale, mettre fin à la licence, sans donner droit à un quelconque dédommagement, si le demandeur ne respecte pas une ou plusieurs conditions de la licence ». La seule sanction qui peut être infligée par les pouvoirs publics est le retrait de la licence lorsque les conditions de réutilisation n'ont pas été respectées. En Irlande, il a été institué un recours de type « recours hiérarchique » auprès d'un commissaire nommé par le ministre concerné par les données en cause. Celui-ci aussi détient un véritable pouvoir de décision ainsi que des pouvoirs d'investigation très importants, toute obstruction à l'exercice de ses fonctions étant pénalement sanctionnée.

752. BRUGUIERE (J-M), « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », préc. ; TABAKA (B.), « De l'accès à la réutilisation : le nouveau régime applicable aux données publiques », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, Juillet-août 2005, p. 46

les comportements des réutilisateurs d'informations publiques. La lecture combinée, d'une part, de l'article 22 de la loi du 17 juillet 1978 qui dit que « la Commission, lorsqu'elle est saisie par une administration mentionnée à l'article 1<sup>er</sup>, peut, au terme d'une procédure contradictoire, infliger à l'auteur d'une infraction aux prescriptions du chapitre II les sanctions prévues par l'article 18 » et, d'autre part, de l'article 18 al. 1 qui dispose que « toute personne réutilisant des informations publiques en violation des prescriptions mentionnées aux deuxième et troisième alinéas du présent article est passible d'une amende prononcée par la commission », nous amène à souscrire à cette analyse. On y ajoutera cependant que, même s'il semblerait que les sanctions aient pour premier objet la prévention des errements des opérateurs du secteur privé, les personnes publiques, qui pour l'élaboration de produits informationnels seraient dans l'obligation de conclure des licences de réutilisation avec d'autres détenteurs de données publiques, n'y échapperaient pas dans le cas où elles violeraient les conditions de réutilisation de l'information ; la locution de « toute personne » figurant à l'article 18 al. 1<sup>er</sup> ne nous autorisant pas à faire la distinction entre ces deux réutilisateurs potentiels.

**405. Critiques.** - Cela dit, ces dispositions, rapportées à l'économie générale de la loi, ont été critiquées par certains commentateurs de l'ordonnance en tant qu'elles seraient favorables aux administrations détentrices des données. En effet, alors que la loi est censée favoriser la mise à disposition des données publiques à des fins d'exploitation commerciale notamment, le législateur n'a pas prévu de sanctions à l'encontre du producteur, les décisions négatives en matière de réutilisation pouvant seulement faire l'objet d'un avis. Bref, aucun mécanisme contraignant n'est prévu contre les administrations qui s'opposeraient aux demandes de réutilisation. « On peut juste regretter que les mesures, que la CADA peut mettre en œuvre, ne s'adressent qu'aux réutilisateurs et en aucun cas aux producteurs qui peuvent avoir, dans certaines situations, quelques réticences à ne pas procéder à une mise à disposition. »<sup>753</sup> Il nous semble que cette critique est fondée, car la reconnaissance d'un droit à la réutilisation est en elle-même insuffisante. Que penser, par exemple, de la situation dans laquelle l'autorité détentrice se contenterait de répondre par un silence à la demande de réutilisation et que, à la suite de l'intervention de la CADA, elle persisterait dans son mutisme ? Le recours contentieux serait alors inévitable ; et cela ne changerait pas de beaucoup la situation des entreprises par rapport à l'état antérieur du droit. Ainsi, les producteurs et les réutilisateurs ne sont pas à égalité face au pouvoir de contrainte de la Commission.

**406. Discussion.** - Ce constat nous amène à nous interroger sur les raisons qui ont conduit le législateur à procéder ainsi. Si l'on adopte une lecture économique de la

---

753. BRUGUIERE (J-M), préc.

problématique de la commercialisation des données publiques, dominée par la perspective du droit de la concurrence, voire de la régulation des réseaux, la puissance des détenteurs des données publiques aurait dû être contrebalancée par la mise en place d'un cadre législatif propre à assurer le développement de nouveaux acteurs du marché, en imposant des charges plus importantes à l'opérateur dominant qu'aux nouveaux entrants. Dans ce contexte, le caractère asymétrique des règles et des contraintes éventuelles eussent pesé principalement sur les opérateurs publics. Mais, ce n'est certainement pas une telle perspective de régulation des principaux marchés de l'information publique qui a animé le gouvernement lors de la rédaction de l'ordonnance. Au contraire, face à la contrainte, ce sont les réutilisateurs qui sont seuls visés ; cela ne veut pas dire qu'ils ne devaient pas l'être, mais qu'ils ne devaient sans doute pas être les seuls.

Ceci étant précisé, on peut trouver des raisons valables au choix du législateur. La première, récurrente dans la réflexion sur la commercialisation des données publiques, est relative à la différence de situations juridiques et matérielles des administrations face à l'information publique. La mise en place d'une régulation, telle qu'elle existe sur les marchés anciennement monopolisés, n'est possible que parce que l'on a affaire à un secteur d'activité homogène, soumis à des conditions techniques et réglementaires, tout à fait comparable. La CADA, quant à elle, opère une régulation horizontale pour des administrations dont l'activité de production informationnelle est soumise à des contraintes juridiques ou techniques très différentes et à des obligations en matière de service public qui sont très variées. En outre, le rapport entre les administrations productrices et le marché est fort différent. Certains organismes publics, qui le plus souvent diffusent de grands ensembles informationnels, ont d'ores et déjà investi le marché et y occupent une place importante puisque, nous l'avons vu, ils sont à la source des données exploitables. C'est principalement pour ceux-ci qu'une telle forme de régulation et des sanctions en cas de refus de mise à disposition eussent été justifiées, mais encore eut-il fallu les identifier et reconnaître leur situation particulière. En revanche, pour des producteurs tels que les services déconcentrés, les ministères ou les collectivités locales qui n'interviennent même pas sur le marché et dont on ne sait pas à vrai dire si le potentiel des données qu'elles détiennent est très important, sauf pour l'information géographique, le régime de la réutilisation est convenable. Il eut été assez inéquitable d'imposer des charges excessives à ces organismes publics, alors que le bénéfice qu'ils peuvent tirer de l'exploitation des données s'avère très maigre. En fait, c'est la généralité de la loi qui est critiquable, son refus de faire un cas particulier des diffuseurs publics institutionnels, que le rapport MANDELKERN isolait opportunément, conduit à traiter, du point de vue juridique, de la même manière des situations de fait et de droit qui auraient appelé des solutions plus contrastées. La difficulté à saisir l'intention poursuivie par le législateur et le constat du décalage entre la problématique économique de la commercialisation et son traitement par la réglementation vient de là.

## C. Le régime des sanctions

**407. -** À l'image du régime des sanctions établi pour d'autres autorités administratives indépendantes, la CADA peut prononcer deux catégories de sanctions, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre. La première est d'ordre pécuniaire (1) ; la seconde a une portée fonctionnelle ou professionnelle (2)<sup>754</sup>.

### *1. Les sanctions pécuniaires*

**408. Différenciation.** - Introduit par l'ordonnance du 6 juin 2005, l'article 18 de la loi du 17 juillet 1978 impose de distinguer les sanctions pécuniaires selon qu'elles concernent la réutilisation commerciale ou non commerciale de l'information publique.

Dans ce dernier cas, la violation des règles sanctionnées par la loi est punie de peines contraventionnelles. « Le montant maximum de l'amende est égal à celui prévu par l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de 5<sup>ème</sup> classe lorsque des informations publiques ont été réutilisées à des fins non commerciales en méconnaissance des dispositions de l'article 12 ou des conditions de réutilisation prévues par une licence délivrée à cet effet ou en violation de l'obligation d'obtention d'une licence. » Ainsi, l'amende que la CADA peut prononcer à l'encontre d'une personne qui aurait utilisé des informations publiques à des fins non commerciales en infraction aux dispositions législatives pertinentes ne peut excéder 3000 euros ; elle peut, semble-t-il, être modulée par la Commission à raison de l'importance ou de la gravité du manquement, la loi parlant de montant maximum.

Quant à la violation des infractions établies par la loi qui aurait lieu à l'occasion de l'exploitation commerciale des informations publiques, elle se trouve sanctionnée de manière autrement plus lourde. Ce sont en effet des peines de nature délictuelle, modulables en fonction de la gravité du manquement, qui menace l'opérateur défaillant. « Lorsque les informations publiques ont été réutilisées à des fins commerciales en méconnaissance des dispositions de l'article 12 ou des conditions de réutilisation prévues par une licence délivrée à cet effet ou en violation de l'obligation d'obtention d'une licence, le montant de l'amende est proportionné à la gravité du manquement commis et aux avantages tirés de ce manquement. Pour l'application du troisième alinéa » L'article 18 al. 4 précise que « le montant de l'amende prononcée pour sanctionner un premier manquement ne peut excéder 150000 euros. En cas de manquement réitéré dans les cinq années à compter de la date à laquelle la

---

754. Sur ordre de la Commission, ces sanctions peuvent éventuellement faire l'objet d'une publication aux frais de la personne qui les subit conformément aux dispositions de l'article 18 al. 6 de la loi du 17 juillet 1978 et de l'article 26 du décret du 30 décembre 2005

sanction précédemment prononcée est devenue définitive, il ne peut excéder 300000 euros ou, s'agissant d'une entreprise, 5% du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos dans la limite de 300000 euros ». Il convient de souligner que, selon toute vraisemblance, le gouvernement n'a fait que reprendre et appliquer aux infractions visées par l'article 18 al. 3 de la loi du 17 juillet 1978, les sanctions de l'article 47 de la loi informatique et libertés qui répriment le comportement d'une personne qui, traitant des données personnelles en infraction de la loi du 6 janvier 1978, ne se serait pas conformée à une mise en demeure préalablement prononcée par la CNIL. La rédaction de l'article 18 al. 3 ainsi que, pour partie, celle de l'alinéa 2, sont identiques aux alinéas 1<sup>er</sup>, 2<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> de l'article 47 de la loi CNIL.

## *2. Les sanctions à caractère professionnel*

**409. Prohibition d'utilisation.-** « La Commission mentionnée au chapitre III peut, à la place ou en sus de l'amende, interdire à l'auteur d'une infraction la réutilisation d'informations publiques pendant une durée maximale de deux ans. Cette durée peut-être portée à cinq ans en cas de récidive dans les cinq ans suivant le premier manquement. » Les sanctions à caractère professionnel de l'article 18 al. 5 entraînent l'interdiction, à titre temporaire, d'utiliser des informations publiques. Par conséquent, s'agissant d'une entreprise qui exploiterait exclusivement des données publiques ou pour laquelle ces informations constituent une matière première nécessaire à la réalisation de ses prestations, une telle sanction, quoique limitée dans le temps, pourrait aboutir à la cessation d'activité. De ce point de vue, cette sanction apparaît, aussi bien pour la réutilisation commerciale que non commerciale, autrement plus contraignante que les sanctions pécuniaires.

## **D. La procédure de sanction**

**410.** Au regard des exigences qui sont applicables aux autres autorités administratives indépendantes dans l'exercice de compétences quasi-juridictionnelles, l'exercice par la Commission de son nouveau pouvoir de sanction a supposé la mise en place d'une procédure conforme aux prescriptions de la convention européenne des droits de l'Homme tant du point de vue de l'instruction (1) que du jugement (2).

### *1. L'instruction*

**411. Les différentes phases de l'instruction.** - À titre liminaire, il convient de remarquer une fois encore que, pour l'instruction et le jugement, sur bien des points, la procédure applicable au prononcé de sanctions par la CADA<sup>755</sup> est tout à fait identique à celle existant devant la CNIL, lorsqu'elle est appelée à formuler des sanctions administratives<sup>756</sup>. Une fois saisie par une administration – la commission ne peut pas s'autosaisir – le président de la CADA désigne un rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire<sup>757</sup>. Celui-ci est nommé parmi les collaborateurs de la Commission qui sont visés à l'article 6 du décret du 30 décembre 2005. Il peut s'agir du rapport général de l'autorité, du rapporteur général adjoint, ou encore des autres rapporteurs, voire des chargés de mission. Ainsi, conformément aux exigences du principe d'impartialité, le rapporteur ne peut être désigné parmi les membres du collège qui sera chargé du jugement de l'affaire. Toutefois, dans le souci d'éviter les conflits d'intérêts et d'affermir encore plus l'impartialité de la procédure, le président ne peut désigner aux fins d'instruction un rapporteur « s'il détient un intérêt direct ou indirect dans les faits qui sont dénoncés, exerce une des fonctions ou une activité professionnelle ou détient un mandat auprès de l'autorité, qui a saisi la commission, ou de la personne mise en cause ». Ces règles d'incompatibilité valent aussi bien pour le passé récent, puisque le rapporteur ne pourrait être chargé d'instruire l'affaire « s'il a, au cours des trois années précédant la saisine de la commission, détenu un intérêt direct ou indirect dans les faits qui sont dénoncés, exercé des fonctions ou une activité professionnelle ou détenu un mandat auprès de l'autorité qui a saisi la commission ou de la personne mise en cause ».

Une fois désigné, le rapporteur, aidé dans cette tâche par les services de la commission, procède à toutes les diligences utiles à l'instruction de l'affaire<sup>758</sup> et, au terme de ces investigations, notifie les griefs à la personne mise en cause par l'administration. Cette notification doit indiquer les dispositions sur lesquelles se fonde la poursuite ainsi que les sanctions encourues. La personne mise en cause bénéficie alors, dans le respect du principe du contradictoire, d'un délai d'un mois pour présenter ses observations<sup>759</sup>. À l'issue de ce délai, le rapporteur établit un rapport et y annexe les documents sur lesquels il fonde ses conclusions. Ce rapport est aussi notifié à la personne mise en cause ; la notification du rapport clôt la phase d'instruction.

755. La procédure applicable au prononcé de sanctions figure aux articles 20 à 26 du décret du 30 décembre 2005.

756. On pourra comparer la procédure applicable devant la CADA, notamment, aux articles 74 et 78 du décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005, *pris pour l'application de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004*, JO du 22 octobre 2005, p. 16769.

757. Article 20 du décret du 30 décembre 2005, préc.

758. Article 21 du décret du 30 décembre 2005, préc.

759. Ce délai est de deux mois si la personne ne réside pas en France métropolitaine.

## 2. *Le jugement*

**412. Composition.** - La composition du collège chargé du jugement est particulière. Comme pour d'autres autorités administratives indépendantes, les exigences du principe d'impartialité ont imposé que le collège chargé du jugement soit distinct du collège exerçant des attributions consultatives. Le collège spécialisé dans le prononcé des sanctions pénales est restreint ; il est composé de cinq membres. Présidé par le président de la commission, on y retrouve, outre les magistrats, de la personnalité qualifiée en matière de prix et de concurrence et de celle compétente en matière de données personnelles. Les parlementaires ne font notamment pas partie de cette formation fonctionnellement spécialisée. Par ailleurs, une série d'incompatibilités destinées à éviter tout conflit d'intérêts dans le chef des membres de la formation de jugement ont été élaborées ; elles sont identiques à celles précédemment exposées à propos du rapporteur.

**413. Déroulement.** - La personne mise en cause doit être avertie, au moins un mois à l'avance, de la date de la séance et de son ordre du jour, elle a la possibilité d'y être entendue elle-même ou son représentant. Lors de la séance, le rapporteur, qui ne peut pas assister au délibéré, formule ses observations orales sur l'affaire. La commission peut aussi entendre les arguments en défense présentés par la personne mise en cause ou son représentant ou tout autre personne dont elle estime l'audition utile. La décision de la commission doit être suffisamment motivée. Elle doit énoncer les considérations de fait et de droit sur lesquelles elle est fondée. Elle doit aussi indiquer les voies et délais de recours. Même si la loi ne le précise pas, il est vraisemblable que les sanctions prononcées par la CADA relèvent du plein contentieux<sup>760</sup>.

## Section 2

### La composition de la CADA

**414.** À l'aune de ses nouvelles attributions, la CADA a vu sa composition renouvelée (§1). Il ne s'agit cependant pas d'un bouleversement puisque la représentation du secteur privé, pourtant largement réclamée, a été écartée (§2).

---

760. v. rapport de la CADA pour l'année 2005.



## §1- LA COMPOSITION RENOUVELEE DE LA CADA

**415. Composition du collège.** - La CADA comprend un collège de onze membres qui, sauf indications expresses, exerce l'ensemble des attributions que la loi lui confie. L'ordonnance du 6 juin 2005 a quelque peu renouvelé la composition traditionnelle de l'institution, puisque l'article 23 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit désormais la présence, outre les trois membres issus des hautes juridictions<sup>761</sup>, les deux parlementaires, le représentant des collectivités locales, le professeur de l'enseignement supérieur et la personnalité spécialiste en matière d'archives, qui ont toujours fait partie de l'autorité<sup>762</sup>, d'une « personnalité qualifiée en matière de protection à caractère personnel », d'une « personnalité qualifiée en matière de concurrence » ainsi que d'une « personnalité qualifiée en matière de diffusion publique d'information », cette dernière se substituant au directeur de la documentation française (A). De plus, à l'image d'une pratique éprouvée auprès d'autres autorités administratives, un commissaire du gouvernement siège auprès de la commission (B).

### A. L'adéquation de la composition aux nouvelles missions de la CADA

**416. L'internalisation d'expertises nécessaires à l'application de la loi.** - Le renouvellement de la composition de la CADA doit évidemment être reliée aux attributions qu'elle s'est vue confiée en matière de réutilisation des informations publiques. Autrement dit, la présence de ces personnalités nouvelles n'est que la conséquence du développement des missions de la CADA, dont l'exercice nécessite une expertise particulière en matière de concurrence, de protection des données personnelles ou de diffusion de l'information. Plus fondamentalement, l'internalisation de compétences spéciales en matière de droit des données personnelles, de droit de la concurrence et, à un moindre égard, de diffusion publique, n'est que le reflet de l'intégration au sein de la loi du 17 juillet 1978 d'un régime particulier de protection des données personnelles ou de principes du droit de la concurrence, qui est lui-même tributaire du choix de lier l'accès et la réutilisation de l'information publique.

761. Il s'agit d'un membre du conseil d'Etat, qui assume la présidence et qui est nommé par le vice-président du Conseil d'Etat, d'un magistrat de la Cour de cassation et d'un magistrat de la Cour des comptes, qui sont respectivement nommés par le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes.

762. Décret n°78-1136 du 6 décembre 1978 *relatif à la commission d'accès aux documents administratifs*, JO du 7 décembre 1978, p. 4094.

**417. Originalité de la solution.** - Même si elle n'est pas tout à fait nouvelle<sup>763</sup>, une telle solution est originale ; elle mérite d'être soulignée.

En s'évadant de considérations strictement liées à la réutilisation des informations publiques, la formule adoptée par le gouvernement permet d'illustrer un mode particulier de coexistence entre différentes autorités administratives indépendantes ayant des champs d'interventions qui se recoupent partiellement. Et, *a priori*, elle semble faciliter leur relation, la CNIL et le Conseil de la concurrence participant directement à la CADA.

Du point de vue de la réutilisation des données publiques, ce choix du législateur peut sans doute s'expliquer pour deux raisons. Il permet tout d'abord de faire l'économie d'une fusion entre la CNIL et la CADA dont le coût institutionnel eut été trop important par rapport à celui que les pouvoirs publics étaient prêts à assumer dans le cadre de la transposition de la directive 2003/98/CE. « La fusion avec la CADA a pu être envisagée sur le modèle de ce qui est fait dans certains pays (Royaume-Uni par exemple) mais a été écartée par le législateur (...) au profit d'une désignation d'un membre de la CADA par le président de la CNIL »<sup>764</sup>. Mais il est une seconde explication qui découle directement de la décision de conserver sa spécificité au régime de l'accès aux documents administratifs : il fallait éviter de mettre en œuvre un processus, formalisé ou pas, d'interrégulation. En effet, on aurait très bien pu imaginer, comme cela existe d'ailleurs dans d'autres secteurs d'activité, une interrégulation entre les différentes autorités administratives indépendantes qui auraient pu, ponctuellement, connaître des difficultés relatives à la réutilisation des données publiques relevant de leur champ d'action. Le Conseil de la concurrence a déjà réclamé l'expertise de la CNIL lorsque certaines affaires supposaient une analyse sur la base de la loi du 6 janvier 1978. Ainsi, chaque fois que se serait posée une question de réutilisation impliquant une analyse des pratiques tarifaires, la CADA aurait pu saisir le Conseil de la concurrence, ou la CNIL dans le cas où la réponse aurait postulé le recours au droit des données personnelles. Bref, au lieu d'internaliser des compétences, celles-ci auraient pu être cherchées ailleurs. Mais, il eut été difficile, en vérité, de pratiquer cette solution. L'explication repose non pas tant sur le fait que la loi du 17 juillet 1978 incorpore des dispositions qui lui étaient naguère étrangères, mais sur la considération du délai très bref, un mois, dans lequel la CADA est tenue de se prononcer. Que l'on songe seulement au temps que nécessiterait la saisine, parfois concomitante, de ces deux autorités administratives et qu'on la mette en rapport avec l'observation suivant laquelle, actuellement, la Commission ne peut, faute de moyens, répondre dans ce délai, et l'on comprendra pourquoi le législateur a fait le choix d'internaliser les expertises en matière de concurrence et de protection des données personnelles. En réalité, il semblerait que cette solution s'imposait dès lors que le législateur avait décidé de transposer la directive de

763. Les participations croisées au sein des autorités administratives indépendantes existent notamment auprès des organismes chargés de la régulation financière, voir, Etude réalisée par M-A. FRISON-ROCHE, A.N., rapport n° 3166, sur les autorités administratives indépendantes, T. II, p. 36.

764. *Ibid.* p. 32.

réutilisation au sein de la loi sur l'accès. Le temps de réponse à la demande d'accès ne devant pas être bouleversé, additionné au fait que l'accès et la réutilisation ont partie liée, a contraint le gouvernement à internaliser des compétences dont la CADA ne bénéficiait pas. Cette solution est très cohérente. En tout cas, c'est la plus efficace au regard du choix effectué par le législateur.

## **B. La présence d'un commissaire du gouvernement auprès de la CADA**

**418. Présence récurrente.** - La présence d'un commissaire du Gouvernement auprès de la CADA constitue aussi une innovation. Celui-ci, désigné par le Premier ministre, assiste aux délibérations et y présente ses observations orales. Il ne peut, en revanche, assister aux délibérations relatives au prononcé de sanction, ce qui se comprend aisément puisque cette procédure est principalement dirigée contre les réutilisateurs et pas contre les autorités administratives. Son rôle est ainsi très limité, notamment lorsqu'on le compare à celui qu'il exerce au sein de la CNIL, mais il est vrai que les pouvoirs de cette dernière sont autrement plus importants. Sa présence permet à l'autorité administrative de connaître le point de vue du gouvernement sur telle ou telle affaire qu'elle traite, notamment en fait de réutilisation, car la matière peut se révéler beaucoup plus sensible pour les intérêts de l'administration que ne l'est l'accès aux documents administratifs. L'évolution de la CADA peut ainsi être comparée à celles d'autres autorités administratives qui ont vu apparaître au sein de leur composition, à l'occasion de leur création ou de modifications substantielles de leurs attributions, la figure de ce commissaire.

## **§2- L'ABSENCE DE REPRESENTATION DU SECTEUR PRIVE**

**419.** Alors que certains rapports et certains auteurs avaient préconisé une modification de la composition de la CADA telle quelle eût admis, si ce n'est une composition paritaire, une représentation du secteur privé (A), le gouvernement, sans s'en expliquer, a rejeté cette solution. Nous essayerons d'en supposer les raisons (B).

### **A. L'intérêt de la représentation du secteur privé**

**420. Une représentation largement préconisée.** - Si l'on met de côté le texte du projet de loi sur la société de l'information qui prévoyait déjà d'instituer la CADA, plus exactement son président, comme l'autorité de médiation chargée de résoudre les difficultés liées à la mise à disposition et la réutilisation des données publiques, il n'est à notre

connaissance aucune proposition antérieure à l'adoption de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui écartait la représentation du secteur privé.

Le rapport MANDELKERN, quoi qu'il n'envisageait pas d'instituer la CADA en tant qu'instance de régulation, recommandait la création « d'une instance de médiation compétente pour l'ensemble des acteurs de la diffusion des données publiques, y compris les diffuseurs institutionnels »<sup>765</sup>. Cette commission devait comprendre « des représentants des diffuseurs publics, des éditeurs privés, et des utilisateurs ». Le rapport ORY-LAVOLLÉE, relatif aux contenus numériques culturels, préconisait aussi la création d'une instance de concertation comprenant « les entreprises réutilisant les contenus (...), les directions ou établissements détenteurs de ces derniers et les administrations »<sup>766</sup>. Dans le sillage de ces propositions, le forum des droits sur l'Internet envisageait la création d'une Commission d'accès et de diffusion des données publiques qui aurait été composée, outre des membres traditionnels de la CADA, « de représentants des producteurs et détenteurs des données publiques, des acteurs privés du secteur et des utilisateurs finaux »<sup>767</sup>. Signalons enfin les vues ambitieuses de M. MAISL, qui souhaitait la création d'une commission de la régulation de l'information administrative. Semblable à la précédente proposition, cette commission devait « avoir une composition originale faisant place, à côté des représentants de l'administration, à ceux des acteurs privés et des utilisateurs »<sup>768</sup>. En résumé, que la CADA constituât ou pas la source d'une nouvelle instance de médiation ou de régulation, ces différentes contributions, de manière unanime, envisageaient une composition faisant place au secteur privé.

S'il n'est pas suffisant de faire état de ces projets, il faut aussi rappeler une réalisation qui, se situant plus particulièrement dans le fil des propositions du rapport MANDELKERN, admet la représentation du secteur privé au sein d'une instance chargée d'assurer la régulation de l'usage de certaines données publiques. Le décret du 7 août 2002, relatif au service public de création du droit par l'Internet<sup>769</sup>, met en place un comité qui comprend la direction des journaux officiels, les représentants des autres producteurs de banques de données juridiques, telles que les juridictions, un représentant des banques privées concurrentes et des représentants des utilisateurs<sup>770</sup>. Cet organisme, placé auprès du premier

765. Commissariat général du plan, Diffusion des données publiques et révolution numérique, Rapport de l'atelier présidé par Dieudonné MANDELKERN, préc. p. 103.

766. ORY-LAVOLLEE (B.), *La diffusion numérique du patrimoine culturel : dimension de la politique culturelle*, préc.

767. Forum des droits sur l'Internet, « Quelle politique de diffusion des données publiques », préc., p. 51.

768. MAISL (H.), « Du document administratif à la donnée publique », IFSA/CADA, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, La documentation française 2005, p.279.

769. Décret du 7 août 2002, *relatif au service public de diffusion du droit par l'Internet*, JO du 9 août 2002, p.13655.

770. LAPRADE (B-M.), « Le service public de diffusion du droit par Internet », IFSA/CADA, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, préc. p. 321.

ministre, peut notamment être saisi de « tout différend auquel donnerait lieu l'usage des licences de réutilisation » des données juridiques ; il se prononce aussi sur l'octroi de telles licences.

**421. L'utilité de la représentation du secteur privé.** - La présence de représentants du secteur privé permettait, dans l'esprit des initiateurs de ces propositions, d'apporter un éclairage particulier, nécessairement différent du point de vue des détenteurs des fonds informationnels, sur les conditions d'utilisation et d'accès aux contenus du secteur public. Sans constituer un organe de nature corporatiste, une instance de médiation ou de régulation, composée de représentants du secteur privé, voire des utilisateurs finaux, consentait très certainement une meilleure prise en compte de leurs intérêts tout en favorisant, dans un secteur d'activité peu homogène, une « remontée » d'information utile à l'interprétation et l'application de la règle, par la description du contexte économique et juridique dans lequel elle s'inscrit. En même temps, une telle composition eût facilité l'observation par les acteurs du secteur privé des décisions ou des interprétations formulées par l'instance de régulation. Mais ce n'est pas cette voie qui a été suivie par le législateur.

## B. Les raisons supposées du choix du gouvernement

Il est évidemment difficile, en l'absence de tout élément d'interprétation, de déterminer les raisons pour lesquelles le législateur a écarté de la composition de la CADA les représentants du secteur privé. Sans tomber dans la divination, deux explications peuvent quand même être dégagées.

**422. Hétérogénéité des données publiques et éclatement des compétences.**- Tout d'abord, la représentation du secteur privé eut été problématique dans un secteur d'activité qui, en réalité, est très loin d'être homogène<sup>771</sup>. Si l'on admet qu'il n'existe pas un seul marché de l'information publique qui soit semblable à un autre pour des raisons techniques, économiques et réglementaires, quels représentants du secteur privé eut-il fallu nommer au sein de cette autorité ? Une personnalité spécialisée dans l'information géographique, mais

---

771. Il est certainement plus facile de faire une représentation au secteur privé au sein d'autorités administratives indépendantes qui sont chargées, comme l'autorité des marchés financiers, l'ARCEP ou le CRE, d'une régulation verticale, c'est-à-dire d'un secteur d'activités à part entière. Néanmoins, la CNIL, chargée d'assurer une régulation horizontale, admet la représentation de personnalités qualifiées en matière de données personnelles qui peuvent faire partie du secteur privé. Ce sont en fait l'originalité de la mission de la CNIL et l'homogénéité du droit des données personnelles (il relève d'une logique de droits fondamentaux) par-delà les considérations techniques, économiques et juridiques, qui permettent une telle représentation.

qui ignore tout des spécificités de l'information statistique ? Ou l'exploitant de données météorologiques mais qui n'a aucune connaissance dans le domaine de l'information légale ? Ce fractionnement des compétences rend bien sûr difficile la constitution d'une représentation suffisamment restreinte pour être compatible avec le fonctionnement d'une institution comme la CADA, sauf à augmenter de manière inconsiderée la taille du collège.

Cette difficulté avait bien été envisagée par le rapport du Forum des droits sur l'Internet qui proposait de mettre en œuvre, sur le modèle du comité de diffusion du droit par l'Internet, à côté de la CADA, organisme central qui aurait été compétent pour tous les secteurs ne nécessitant pas de régulation spéciale, des comités de données publiques bénéficiant des mêmes compétences que la CADA dans des domaines particuliers. « Chaque secteur de diffusion des données publiques connaît de nombreuses spécificités en raison d'acteurs très différents, de l'absence de représentants uniques en matière de données publiques et du caractère complexe des enjeux. Les auditions menées par le groupe de travail ont ainsi montré que certains secteurs nécessitaient une régulation spécifique, notamment en raison de l'importance des litiges ou des enjeux en cause. Tel est le cas du domaine juridique, du domaine économique, du domaine statistique, du domaine géographique et du domaine culturel ». Cette solution était excellente, elle supposait cependant une réflexion et des débats, notamment pour déterminer les modalités d'intervention et les compétences de ces organismes ainsi que leurs rapports avec la CADA, bien plus considérables que ceux qui ont été consacrés à la réutilisation des données publiques depuis l'adoption de la directive. La mise en œuvre d'une telle architecture recelait cependant deux inconvénients majeurs. Son coût institutionnel, par la multiplication d'instances de médiation, aurait été assez important ; beaucoup plus important que celui que le législateur, probablement, avait l'intention d'assumer à l'occasion de la transposition de la directive. En outre, dans la mesure où, comme le prévoyait le rapport du Forum des droits, ces comités auraient bénéficié des mêmes compétences que la CADA dans des secteurs particuliers, l'interprétation uniforme de la loi, secteur par secteur, n'aurait pas été favorisée.

**423. Dualité des compétences de la CADA.** - La seconde raison, qui fait suite à celle de l'éclatement des compétences au sein du secteur privé, est relative à la dualité des missions de la CADA. Celle-ci, chargée au titre de l'article 23 de la loi du 17 juillet 1978 d'appliquer les dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques, doit aussi, comme par le passé, se prononcer sur le respect de la liberté d'accès aux documents administratifs. Or, pour l'exercice de cette compétence, qui peut totalement être dissociée de la question de la réutilisation, la présence de représentants du secteur privé n'est pas vraiment utile, elle paraît même un peu inconvenante. La liberté d'accès concerne les relations entre l'administration et les citoyens, il s'agit même d'une liberté publique et ce sont, sans doute, les magistrats présents ainsi que certains représentants de l'administration qui sont les mieux placés pour interpréter la loi. Peut-être d'ailleurs, il s'agit là d'une ultime supputation, que le gouvernement ne voulait justement pas que les avis des représentants du secteur privé

interfèrent sur l'interprétation du droit d'accès lorsque ces derniers se seraient prononcés sur la réutilisation, notamment parce que l'accès et la réutilisation sont fortement liés ?

## Section 3

### Le relais de la CADA

**425.** Sur le modèle du correspondant informatique et libertés établi par la loi du 6 août 2004, l'article 24 de l'ordonnance du 6 juin 2005 a donné naissance à un correspondant données publiques, c'est-à-dire à une personne responsable, au sein de chaque administration, « *de l'accès aux documents et des questions relatives à la réutilisation des informations publiques* ». On verra les conditions de nomination (§1) et les compétences (§2) de cette personne qui complète utilement le rôle de la CADA en matière de réutilisation.

#### §1 - LES CONDITIONS DE NOMINATION DU CORRESPONDANT DONNEES PUBLIQUES

**426. Les organismes concernés.** - les organismes publics détenteurs de données publiques ne sont pas dans l'obligation de procéder à la désignation du correspondant, seuls les principaux d'entre eux y sont astreints par l'article 42 du décret du 30 décembre 2005. En effet, cette disposition prévoit que « les ministres et les préfets désignent pour les services placés sous leur autorité une personne responsable de l'accès aux documents administratifs et des questions relatives à la réutilisation des informations publiques ». À côté des services de l'Etat, sont également tenus de désigner un tel correspondant, sans que l'on sache quelle autorité sera chargée de le nommer, « les communes de plus de dix mille habitants ou plus, les départements, les régions et la collectivité territoriale de Corse ; les établissements publics nationaux et locaux qui emploient au moins deux cents agents ; les établissements publics de coopération intercommunale regroupant une population de dix mille habitants ou plus ; les autres personnes de droit public et les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public qui emploie au moins deux cents agents ».

**427. Une procédure peu encadrée.** - Vraisemblablement, le mode de désignation est tout à fait discrétionnaire, la loi ne prévoyant aucune prescription destinée à encadrer le pouvoir de nomination des autorités qui en sont chargées. Toutefois, l'article 43 du décret soumet la désignation de la personne responsable de l'accès aux documents administratifs et des questions relatives à la réutilisation des informations publiques à un certain formalisme, puisqu'elle doit être portée à la connaissance du public et de la commission d'accès aux

documents administratifs dans les quinze jours. Par ailleurs, « *la désignation fait l'objet d'une publication, selon le cas, dans un des bulletins, recueils ou registres mentionnés aux articles 29 à 32* », voire sur un site Internet lorsque les autorités en cause en disposent. Cette information doit mentionner « *les noms, prénoms, profession, coordonnées professionnelles de la personne responsable ainsi que la désignation et les coordonnées de l'autorité qui l'a désignée* ».

## §2- LES ATTRIBUTIONS DU CORRESPONDANT DONNEES PUBLIQUES

**428. Dualité des attributions.** - Le correspondant « données publiques » est chargé de deux fonctions. En premier lieu, il est tenu de réceptionner « *les demandes d'accès aux documents administratifs et de licence de réutilisation des informations publiques que les éventuelles réclamations et de veiller à leur instruction* ». En second lieu, il doit assurer la liaison entre l'autorité auprès de laquelle il est désigné et la commission d'accès aux documents administratifs<sup>772</sup>. Enfin, de manière facultative, il peut être chargé « *d'établir un bilan annuel des demandes d'accès aux documents administratifs et de licence de réutilisation des informations publiques qu'elle présente à l'autorité qui l'a désignée et dont elle adresse copie à la commission d'accès aux documents administratifs* ».

L'institution du correspondant données publiques, en matière de réutilisation, facilitera très certainement<sup>773</sup> les relations entre les réutilisateurs potentiels et les administrations détentrices de données<sup>774</sup> ; il est plus facile de s'adresser à un interlocuteur unique qui a une connaissance précise de la question et des gisements disponible qu'à une administration dans sa généralité. Dans sa tâche, elle sera très probablement chargée d'assurer le recensement des ensembles informationnels des organismes publics et ainsi contribuer, à travers les registres, à leur connaissance. En outre, dans son rôle de liaison avec la CADA et le commissaire du Gouvernement, elle pourra assurer une remontée d'informations utiles ou nécessaires à l'application de la loi.

772. La circulaire du 29 mai 2006 (préc.) ajoute en outre que cette personne a également pour vocation à être le correspondant du commissaire du Gouvernement auprès de la CADA.

773. Peu d'organismes publics ont, à ce jour, désigné un tel correspondant.

774. Le rapport de la CADA pour 2005 indique que « La commission fonde beaucoup d'espoir sur cette mesure. En effet, les administrés ne savent pas toujours à qui s'adresser et le délai que leur demande met à atteindre la personne compétente est une première source de retard dans la communication des documents. De plus, cette personne qui connaîtra la loi pourra veiller à ce que, selon les cas, les documents communicables soient transmis sans délai ou les motifs de refus de communication expliqués aux demandeurs ». On voit comment la CADA insiste sur le rôle du correspondant en matière d'accès, alors que son institution avait été suggérée par le Forum des droits sur l'Internet pour améliorer les rapports entre le réutilisateur d'informations publiques et les organismes publics détenteurs.



## CONCLUSION DU CHAPITRE III

**429.** En conclusion, on peut dire qu'au regard de ses fonctions, de ses pouvoirs et de sa composition, la CADA ne constitue sûrement pas une instance de régulation telle qu'elle avait été proposée par certains rapports ou réclamée par les milieux professionnels. Qu'on pense seulement au pouvoir le plus effectif, le plus efficace dont elle dispose, le pouvoir de sanction, il ne peut s'exercer qu'à l'encontre du réutilisateur et pas de l'administration. Dans ce sens encore, il convient de souligner la faiblesse de son pouvoir de recommandation. Si le législateur entendait dans cette matière instaurer une logique de régulation, à n'en pas douter, d'autres solutions se seraient imposées. En réalité, le gouvernement n'a fait qu'aménager (a minima) les compétences de l'autorité administrative indépendante pour les adapter aux exigences de la réutilisation et résoudre certaines difficultés suscitées par le rapprochement des deux lois. Au fond, c'est le rôle traditionnel de la CADA qui a été prolongé à la question de la réutilisation.

Si elles ne permettront pas forcément de régler des différends entre secteur public et privé à propos de l'accès à certaines bases de données, ses attributions se révèlent assez utiles pour informer les administrations de l'existence de cette obligation nouvelle et éclairer l'interprétation du texte de la loi. Cependant, l'exercice même de cette fonction d'interprétation de la loi suscite l'interrogation. Dotée de peu de moyens, devant répondre dans des délais très brefs à des demandes qui parfois recèlent des difficultés importantes ou qui relèvent d'une technicité particulière, notamment lorsque le droit de la concurrence ou les dispositions tarifaires de la loi sont en jeu, il n'est pas certain que l'expertise délivrée par la CADA aille au-delà d'une figure imposée, emprunte de formalisme. La critique est sévère, on en convient, mais c'est la conséquence inévitable d'une volonté législative qui, tout en assurant la correcte transposition de la directive d'un point de vue juridique, n'entendait pas bouleverser les pratiques en place des diffuseurs publics d'information institutionnels. A ce jour d'ailleurs, trois ans après la transposition de la directive, la CADA est peu intervenue en matière de réutilisation, et sûrement pas à l'égard des gisements d'information publique les plus importants, pour lesquels d'ailleurs des difficultés d'accès ou de tarification se posent encore. Il est vrai toutefois que l'interprétation libérale de la loi, à laquelle elle procède dans ces décisions, dans le droit fil de l'interprétation qu'elle a pu donner au droit d'accès aux documents, donne une assez grande extension au droit de réutilisation. De plus, son rôle est particulièrement adapté aux situations dans lesquelles la réutilisation se situe dans le prolongement de l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs.

## CONCLUSION DU TITRE SECOND

**430.** En encadrant l'accès et l'usage des informations publiques, la loi du 17 juillet 1978 a mis en place un régime juridique de la réutilisation qui varie selon que l'administration perçoit ou pas une redevance à l'occasion de la communication des informations publiques. Sauf à considérer la procédure commune de mise à disposition, on peut ainsi nettement distinguer un régime de réutilisation pour les données gratuites et un régime de la réutilisation pour les données payantes, qui se trouvent être aussi le plus souvent celles qui sont exploitées par le secteur public sur le marché.

Si l'administration ne perçoit pas de redevance, le régime est très libéral. Il est seulement subordonné au respect des conditions d'usage fixées par les articles 12 et, éventuellement, à celles de l'article 13 ainsi que, dans ce cas, aux exigences de la loi informatique et libertés.

Si l'administration perçoit une redevance, celle-ci doit considérer certaines directives en matière tarifaire et mettre en place une ou des licences contenant des conditions particulières de réutilisation différant plus ou moins de celles fixées par l'article 12 et qui ne se trouvent d'ailleurs pas sanctionnées par la loi. Il est évident que seul ce second régime intéresse les organismes publics qui retirent d'importantes recettes de la mise à disposition d'ensembles informationnels. Autrement dit, c'est là le principal régime de commerce des données publiques. Or, il s'avère que la pratique lui est d'ores et déjà conforme. En liant la perception de redevances et l'établissement d'une redevance, le législateur n'a fait qu'avaliser la pratique des organismes publics qui, depuis de longues années, perçoivent des redevances sur le fondement de contrats de licence qui sont relatifs à la propriété intellectuelle. En disant que les licences peuvent définir des conditions particulières de commercialisation, la loi ne fait qu'accueillir la pratique des organismes publics qui, pendant des années, ont essayé à travers des constructions contractuelles de définir leur relation avec les réutilisations et de préserver la qualité du traitement des données. De ce point de vue, ce que le législateur semble réglementer ne fait que consacrer de solutions déjà acquises. Et que le texte de loi, en lui même, aura bien du mal à régir, eu égard à son indétermination.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

**431.** La consécration par la loi du 17 juillet 1978 d'un droit de réutilisation de l'information publique, dont le régime juridique est partiellement commun avec celui de l'accès aux documents administratifs, constitue, du point de vue des principes, une incontestable avancée. En effet, par rapport à la situation antérieure, le secteur privé dispose, au moins dans certains cas, d'une prérogative à opposer à l'administration détentrice des fonds informationnels, dont l'exercice est encadré par une procédure et des délais contraignants. Pour faciliter l'exercice de cette prérogative, la loi, à la suite de la directive, met aussi en place des règles destinées à garantir la connaissance et la transparence de l'offre du service public. En la réglementant, elle accompagne ainsi la rencontre entre le détenteur du fond informationnel et celui qui désire y avoir accès. De plus, sur la base du texte législatif, les difficultés rencontrées pour la mise en œuvre du droit de réutilisation peuvent être aplanies, dans des délais assez courts, par l'intervention de la CADA. Par sa médiation, et l'interprétation libérale qu'elle fait de la loi du 17 juillet 1978, elle peut faciliter l'exercice du droit de réutilisation des informations publiques. Enfin, allant au-delà des prescriptions de la directive, l'ordonnance du 6 juin 2005 a instauré quelques règles de réutilisation dont le respect est garanti par d'importantes sanctions.

Ce sont là les principaux apports de l'ordonnance du 6 juin 2005. Ils ne sont pas négligeables, mais il ne faut pas exagérer la portée de ces dispositions et leur faculté à saisir complètement le commerce des données publiques. Outre le fait qu'elles ne concernent l'information que pour autant qu'elle soit produite dans le cadre d'un service public à caractère administratif, il s'avère que d'importantes questions, pour celles mêmes des données auquel le régime de la réutilisation est applicable, n'ont pas été complètement élucidées par la loi du 17 juillet 1978 ni même vraiment abordées. En fait, à un certain point de vue, la loi ne fait qu'ébaucher une esquisse de réglementation. En traçant les lignes directrices, elle laisse en conséquence une ample latitude de manœuvre aux administrations devant l'appliquer. La question de la tarification et le contenu des licences de réutilisation est à cet égard exemplaire. Or, c'était à propos de la question de la tarification et des conditions d'usage de l'information que cette réglementation était attendue. Certes, elle en appelle souvent au respect de certains principes du droit de la concurrence, comme le principe de non-discrimination, pour assurer le respect de plusieurs de ses dispositions, mais sera-ce suffisant pour atteindre l'objectif tracé par la directive communautaire ? Au regard de la faiblesse du dispositif normatif institué, de l'absence de volonté législative clairement favorable à la réutilisation, on peut légitimement en douter.

Et ce n'est pas là le seul problème. La lecture de la loi et du régime de la réutilisation en particulier s'avère très (trop) complexe. Elle pose ainsi beaucoup de questions qui devront encore faire l'objet d'une interprétation. Ce qui prolongera encore un peu plus l'incertitude. La portée de la référence à la notion de service public dans la définition de la réutilisation risque de limiter l'application du régime de la réutilisation. L'échange d'information au sein des organismes du secteur public n'est souvent pas autre chose qu'un rapport commercial, devra-t-on leur appliquer le régime de la commercialisation ? S'il semble qu'ils ne puissent pas faire échec à la réutilisation, comment concilier leur exercice avec les exigences de l'article 16 de la loi ? Quant à la question tarifaire, elle est suspendue aux précisions réglementaires ou jurisprudentielles à venir et bornée par la jurisprudence très favorable aux deniers publics du Conseil d'Etat. Très certainement, toutes ces interrogations proviennent du fait que le législateur a entendu mettre en place une réglementation qui embrasse la totalité des informations publiques sans focaliser l'attention sur la problématique proprement industrielle, qui concerne en réalité une minorité d'organismes publics, dont les productions informationnelles avaient été identifiées comme étant les plus importantes pour le marché par la Commission européenne. Ce faisant, en résolvant d'un même coup un problème inhérent à la loi du 17 juillet 1978 et la question du commerce des données publiques, il a mis en place une réglementation très (trop) générale qui élude quelque peu les enjeux proprement économiques du sujet. En définitive, on se trouve en présence d'un régime juridique au champ d'application restreint et dont les règles ont une portée relativement indéterminée. C'est un régime en pointillés qui nous fait douter de la possibilité pour le droit de réutilisation de jouer comme un levier pour satisfaire l'objectif, toujours vivace, poursuivi par la Commission européenne : le développement des marchés de l'information.

Mais le régime juridique du commerce des données publiques puise ses sources en dehors du régime législatif, parce que nombre d'informations sont écartées de son champ d'intervention et parce que nombre de questions doivent être interprétées à l'aune de disciplines avec lesquelles il doit être concilié.



## SECONDE PARTIE

---

### LES REGLES GENERALES APPLICABLES AU COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES

**432. Dialectique normative** – L'avènement d'un cadre réglementaire saisissant le commerce des données publiques ne permet pas à lui seul de clarifier totalement le droit applicable à cette pratique. Trois raisons principales sont à l'origine de ce constat. La loi ne régit pas tout le commerce des données publiques puisqu'elle n'est applicable qu'à certaines informations, *grosso modo*, toutes celles qui sont produites à l'occasion d'un service public administratif. A elle seule, cette raison suffirait à justifier une étude spécifique sur les règles qui, en dehors du texte législatif, vont permettre de régir la commercialisation des données publiques ou autoriser l'accès à des ensembles informationnels du secteur public. Mais la considération d'un champ de données évoluant au-delà de l'emprise législative n'est pas isolée. La deuxième raison tient à la considération suivante : la commercialisation des données publiques suppose l'existence de règles que la directive 2003/98/CE n'avait pas vocation à modifier ou même interpréter. Ainsi, le texte communautaire soulignait clairement que ses dispositions devaient être mises en œuvre et appliquées « dans le respect total des principes relatifs à la protection des données à caractère personnel, conformément à la directive 95/46/CE ». Quant à la protection des données publiques par des droits de propriété intellectuelle, il disait que « la présente directive n'affecte pas l'existence ou la titularité de droits de propriété intellectuelle par des organismes du secteur public, de même qu'elle ne restreint en aucune manière l'exercice de ces droits en dehors des limites qu'elle fixe ». Deux législations qui ont une influence importante tant sur l'accès aux données que sur leur modalités de commercialisation devaient ainsi être interprétées et conciliées par le législateur national, lors de la transposition de la directive, en relation avec le régime de la réutilisation de l'information publique qu'il établissait. Or, si ce travail a été réalisé pour le droit des données personnelles puisqu'il a été créé un embryon de régime juridique spécial applicable au cas de la réutilisation, la problématique de la protection des ensembles informationnels du secteur public par les droits de propriété intellectuelle a évolué à part. L'avènement du régime juridique de la réutilisation ne l'a pas du tout affecté. Alors que précisément, la loi considère que les droits de propriété intellectuelle comme un facteur de rémunération de l'administration à l'occasion de la communication des données publiques, l'application du droit d'auteur ou du droit du producteur de bases de données publiques aux personnes publiques pose encore de nombreuses questions, tant du point de vue de leur existence et de leur application. En outre, ils se trouvent au cœur d'une importante actualité, d'ailleurs partiellement commandé par la question de la commercialisation de données publiques, et qui peut influencer la pratique. Enfin, et c'est là la troisième raison, dans le cas de figure où la loi serait complètement applicable, elle laisse quand même la place à l'intervention du droit de la concurrence. Certes, dans cette occurrence, le droit de la concurrence a peut-être perdu le rôle de premier plan qu'il a pu avoir dans l'ouverture des marchés de l'information du secteur public, cependant l'adoption de la loi, même si elle rappelle les exigences du principe de discrimination ou qu'elle établit des règles en matières tarifaire (d'ailleurs assez lâches) ne peut mettre en échec d'éventuelles pratiques d'éviction. Aussi, ce sont ces trois corps de règles qui viendront saisir tantôt dans son intégralité, tantôt certains de ses aspects en compléments de

la loi, voire comme référence intellectuelle pour l'application de la loi du 17 juillet 1978, la pratique de la commercialisation des données publiques.

**433.-** Le droit de la concurrence, le droit des données personnelles, le droit de la propriété intellectuelle et leur impact sur la pratique de la commercialisation des données publiques. – L'étude de ces trois législations s'impose naturellement. D'abord parce que avec leurs méthodes, leur principes, ces corps de règles sont indifféremment applicables à toutes les données publiques, par delà leur diversité. Le droit de la concurrence saisi l'activité économique, indépendamment du de la qualité du producteur et du régime juridique, de la destination, ou de l'objet de l'information. Le droit de la propriété intellectuelle appréhende indifféremment, l'investissement, ou la création intellectuelle. La loi informatique et libertés, les traitements de données à caractère personnel en général. Ensuite, mais c'est seulement une conséquence des constatation précédentes, parce qu'elles ont de multiples rôles à jouer dans l'application de la loi du 17 juillet 1978 et/ou plus directement sur la pratique, en la saisissant dans les hypothèses où la loi serait inapplicable. D'ailleurs, historiquement, c'est autour de ces trois grand corps de règles (auquel on peut rajouter la loi sur l'accès aux documents administratifs) que la réflexion sur le régime juridique sur la commercialisation des données publiques à commencé à se construire. Faut-il rappeler que le droit de la concurrence, à travers la théorie des infrastructures essentielles notamment, à jouer un rôle fondamental dans l'ouverture de certains fonds informationnels du secteur public ? Le droit de la concurrence a contribué, bien que d'autres voies aient pu être sollicitées, à une analyse en termes économiques des problèmes de création et de régulation des nouveaux marchés nés de la commercialisation des données publiques, non seulement en France, mais dans plusieurs pays d'Europe<sup>775</sup>. Quant aux droits de propriété intellectuelle, leur existence ou leur conditions d'exercice conditionne sur bien des aspects la pratique de la commercialisation des données publiques. Il permettent notamment d'établir sur des bases particulières les redevances réclamées pour la communication de l'information publique ; ils peuvent constituer un verrou à l'accès au marché aussi. Le droit des données personnelles quant à lui pose une limite à la marchandisation des données eu égard à la protection de valeurs fondamentales, impliquant la recherche d'un difficile équilibre entre les intérêts du marché et la protection individus.

**434. Plan.** – Comment ces différents corps de règles appréhendent t-il la commercialisation ? Le droit des données personnelles, peut empêcher la mise à disposition de données publiques au secteur privé, voire l'usage sur le marché de cette même information

---

775. v. pour le Royaume-Uni, l'important rapport de l'Office of Fair Trading (*The Commercial Use of Public Sector Information*, décembre 2006, [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/consumer\\_protection/oft861.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/consumer_protection/oft861.pdf)) sur les pratiques anticoncurrentielles des organismes détenteurs de données publiques sur les marchés de l'information.



par le secteur public. Il a un effet immédiat sur l'accessibilité des données. Mais le droit des données personnelles n'empêche pas toujours les données de circuler. Dès lors, les droits de propriété intellectuelle entrent en jeu. Comme la loi informatique et liberté, il peuvent avoir une influence sur la disponibilité de l'information. En effet, leur titulaire dispose de la faculté d'autoriser ou pas l'utilisation de sa création. Ainsi, il peuvent aussi, de manière plus subjective, s'opposer à la circulation des données sur le marché. Il ont cependant une autre influence, dans le cas où leur titulaire autoriserait l'utilisation de sa création, ils permettent de fixer un prix et des conditions de mise à disposition particulières. Ils peuvent donc jouer un double rôle : empêcher l'accès à un ensemble informationnel et fixer les conditions dans lesquels une base de données et un produit informationnel écoulé sur le marché de la consommation finale pourraient circuler. Le droit de la concurrence intervient alors. Confronté à un refus d'accès à un ensemble informationnel ou à des pratiques d'évictions sur les marchés de la consommation finale, il pourrait ouvrir l'accès au marché à un opérateur privé, en tout cas lorsque le refus n'est pas lié à loi informatique et liberté, ou sanctionner les pratiques condamnables sur les marchés aval, en contrôler les modalités de commercialisation. Ces trois corps de règles saisissent ainsi tour à tour, la disponibilité, l'accès, la circulation de l'information, c'est-à-dire les principales phases de la commercialisation des données. Mais cette évolution n'est pas toujours linéaire car toutes les données publiques ne contiennent pas de données personnelles, sur d'autres les droits de propriété intellectuelle ne s'appliquent pas ou ne sont pas revendiqués, d'autres fois c'est l'inverse. Par conséquent, trois développements respectifs seront consacrés à ces trois législations, on gardera cependant à l'esprit que leur application peut s'imbriquer étroitement ou être autonome.

**Titre premier : Le droit des données personnelles et le commerce des données publiques**

**Titre second : Les droits de propriété intellectuelle et le commerce des données publiques**

**Titre troisième : Le droit de la concurrence et le commerce des données publiques**

## Titre premier

# Le droit des données personnelles et le commerce des données publiques

**435. La commercialisation des données publiques comme traitement de données à caractère personnel.** - Le droit des données personnelles tel qu'il résulte des dispositions de la loi du 6 janvier 1978<sup>776</sup> saisit naturellement, quoique indirectement, la pratique de la commercialisation des données publiques. Cette affirmation repose sur une simple observation : ce que l'on nomme commercialisation des données publiques n'est rien de plus qu'un « traitement de données à caractère personnel »<sup>777</sup> au sens de la loi informatique et libertés. En effet, et c'est là l'expression d'une évidence, l'activité administrative suppose la collecte et l'emploi de multiples données à caractère personnel, c'est-à-dire d'informations relatives à une personne physique « *identifiée ou qui peut être identifiée* »<sup>778</sup>. Par conséquent, nombre de données publiques qui ont vocation à circuler sur le marché sont des données à caractère personnel. Cela ne signifie cependant pas que toutes les données publiques relèvent de cette qualification ; dans une mesure que l'on ne saurait déterminer, certaines d'entre-elles

776. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés* modifiée par la loi du 6 août 2004, préc.

777. Le champ d'application de cette loi est précisément circonscrit par la conjonction des notions de traitement et de données à caractère personnel ; elles sont définies ci-après.

778. La notion de données à caractère personnel, issue de la convention du Conseil de l'Europe et adoptée par la directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995, *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* (JOCE, L. 281 du 23 novembre 1995, p.31), s'est substituée à la notion de donnée nominative originellement consacrée par la loi française, à la suite de la transposition de ce texte par la loi n° 2001-801 du 6 août 2004, *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi 78-17 du 6 janvier 1978* (JO du 7 août 2004, p.14063). Selon les termes de l'article 2 al. 2 de la loi du 6 janvier 1978, il s'agit de « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou tout autre personne ». La notion de données personnelles est donc très extensive puisqu'elle vise aussi bien les données qui permettent d'établir avec la personne un lien direct — c'est le cas d'une adresse suivant un annuaire ou de la plaque d'immatriculation d'un véhicule automobile (CNIL, dél. n° 83-35 du 7 juin 1983, *relative au fichier central des automobiles*) - qu'un lien indirect, par la mise en relation de diverses informations. On notera encore que le format des données importe peu ; les données textuelles, le son ou les images peuvent également contribuer à l'identification des personnes physiques (CNIL, 17ème rapport d'activité, La documentation française 1997, p. 87.)

y échappent. C'est par exemple le cas de l'information météorologique ou géographique<sup>779</sup>. La notion de traitement, de son côté, recouvre les activités qui, d'un point de vue strictement matériel, sont impliquées par la cession des données publiques puisqu'elle vise, notamment, « la consultation, l'utilisation, la communication par transmission diffusion ou tout autre forme de mise à disposition »<sup>780</sup>. Aussi, et quelle que soit leur nature juridique<sup>781</sup>, toutes les formes de mise à disposition des données personnelles issues du secteur public sont-elles appréhendées par la loi, de la consultation d'une base de données à la fourniture d'un ensemble informationnel sur support physique ou par téléchargement<sup>782</sup>.

L'application de la loi informatique et liberté ne soulevant guère de difficultés<sup>783</sup>, il conviendra d'évoquer dans ces lignes d'introduction son incidence sur la pratique de la commercialisation des données publiques. Celle-ci peut être observée au regard des deux grandes polarités autour desquelles se structure le dispositif normatif mis en place en 1978 : La réglementation du traitement des données personnelles, d'une part ; la reconnaissance de prérogatives individuelles permettant aux personnes concernées par le traitement de contrôler le respect de la législation, d'autre part.

779. Il convient de nuancer l'affirmation. Elle n'est valable que dans la mesure où ces données ne se trouvent pas appareillées à des informations à caractère personnel. La CNIL a ainsi été amenée à se prononcer, sur le fondement de l'article 25-5 de la loi du 6 janvier 1978, sur le référentiel à grande échelle mis en œuvre par l'Institut géographique national. Ce dernier doit en effet intégrer une base de données adresses issue de la base de données constituée par la Poste ainsi que les données cadastrales fournies par la direction générale des impôts et qui comportent des données personnelles. (CNIL, dél. n°2006-091 du 6 avril 2006, *portant autorisation de mise en œuvre par l'Institut géographique national d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « référentiel à grande échelle » à partir d'un système d'information géographique*).

780. La notion de traitement, elle aussi largement appréhendée, est définie à l'article 2 al. 3 de la loi du 6 janvier 1978 comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données (à caractère personnel), quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement, l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction. »

781. La loi informatique et libertés ne saisit le traitement qu'à travers sa matérialité ; elle est indifférente à la nature juridique de la transaction. Ainsi, elle appréhende aussi bien la location que la vente d'une base de données. (CNIL, 10ème rapport d'activité, La documentation française 1990, p. 9)

782. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données*, préc. p. 139, n°138.

783. Traitant plus généralement de la commercialisation d'informations, mais le propos est parfaitement transposable au commerce des données publiques, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) a affirmé que « les transactions commerciales sur des informations nominatives doivent respecter la législation informatique et libertés dans son intégralité. » CNIL, *Dix ans d'informatique et de libertés*, Litec, 1988, p. 29. Plus spécifiquement, on peut aussi faire état de l'avis n°7/3003 *sur la réutilisation des informations émanant du secteur public et la protection des données à caractère personnel*, du groupe article 29 (il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée établi en vertu des dispositions de l'article 29 de la directive 95/46/CE), dans lequel on peut lire que « la directive sur la protection des données est entièrement d'application lorsque les informations à caractère personnel, selon les termes de la directive, font l'objet d'une demande de réutilisation ». préc.

**436. L'incidence des règles relatives à la réglementation des traitements sur le commerce des données publiques.** - Les dispositions matérielles de la loi informatique et libertés qui réglementent le traitement des données à caractère personnel, au premier rang desquelles figure le principe de finalité du traitement, permettent de définir le périmètre des données personnelles commercialisables par le secteur public. Leur application, qui résulte de la recherche d'un compromis entre la nécessité de respecter la vie privée et celle de satisfaire un besoin économique<sup>784</sup>, ne conduit cependant pas, mécaniquement<sup>785</sup>, à une délimitation *a priori* du domaine des données personnelles accessibles ou commercialisables. Celle-ci s'apparente en fait à une casuistique<sup>786</sup>.

Pour saisir cela précisément, il faut rappeler que la loi du 6 janvier 1978 n'a pas pour objet d'empêcher l'usage de l'informatique, mais de l'accompagner<sup>787</sup> de manière à ce que son emploi, qui peut apporter dans tous les domaines de l'activité humaine des bénéfices à la collectivité, n'affecte pas fondamentalement la protection de la vie privée et des libertés individuelles. En conséquence, les principes réglementant les traitements de données personnelles n'interdisent-ils pas systématiquement le commerce des données publiques<sup>788</sup>, ainsi qu'en témoignent plusieurs délibérations de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL). Cependant, lorsque la tension entre la préservation des droits et libertés et l'usage marchand de données est trop vivace, ils peuvent s'avérer suffisamment contraignants pour l'empêcher. Autrement dit, la loi informatique et libertés entoure les données personnelles du secteur public d'une présomption de confidentialité qui sans interdire toute commercialisation peut la compromettre<sup>789</sup>. En cela, elle constitue moins un obstacle qu'une limite (contingente) à la commercialisation des données personnelles, justifiée par la

784. Le quatrième rapport de la CNIL (1982-1983) soulignait, à propos de la cession des listes d'abonnés au téléphone par l'administration des PTT, que « *la cession commerciale ou la location de listes d'adresses est une pratique courante... la loi informatique et libertés ne s'oppose pas à ces pratiques pour peu que les informations aient été obtenues par des moyens licites et que certaines garanties aient été prises* », p. 90. Dans le rapport pour l'année 1998, la commission indiquait « *qu'il serait vain de combattre une tendance aussi irréversible que celle de la commercialisation des données, par une interdiction générale de l'utilisation des données rendues publiques à des fins de prospection commerciale.* », p.49

785. RAAB (C.-D.), « Privacy Issues as Limits to Acces », in *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2004, p. 23

786. Voir en ce sens l'avis n° 3/99 du groupe article 29 du 3 mai 1999 concernant *l'information émanant du secteur public et la protection des données à caractère personnel, contribution à l'étude initiée par le livre vert de la Commission européenne intitulé « l'information émanant du secteur public : une ressource clef pour l'Europe COM(1998)585*, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/1999\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/1999_fr.htm), dans lequel on peut lire qu'il « *n'existe pas une seule catégorie de données à caractère personnel destinée à être rendue publique qui devrait être traitée uniformément du point de vue de la protection des données* » p.5.

787. FRAYSSINET (J.), *Informatique fichiers et libertés*, Litec 1992, p. 6, n° 5.

788. À cet égard, il suffira d'observer que la marchandisation des données personnelles du secteur public a prospéré malgré les exigences de ce texte. v., CNIL, 19ème rapport d'activité, La documentation française, 1999, p. 49.

789. GAUDRAT (P.), *La commercialisation des données publiques*, préc.

préservation de certaines valeurs jugées fondamentales. Elle se distingue alors d'autres législations qui, comme la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs<sup>790</sup> ou celle du 7 juin 1951 relative au secret de la statistique<sup>791</sup>, organisent un secret absolu autour de certaines informations prohibant alors toute accessibilité à ces données, à quelques fins que ce soit<sup>792</sup>. Mais comme ces législations, quoique d'une différente façon, elle participe de la détermination des données commercialisables.

Cela étant dit, les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relatives à la réglementation des traitements ont une autre incidence. Au-delà de la question de l'accessibilité des données personnelles détenues par le secteur public, elles contribuent aussi à définir certaines modalités de leur circulation sur le marché. La loi comporte à cet égard un certain nombre de règles, représentant autant de conditions de fond et de forme, qui doivent être respectées par la personne publique ou l'organisme privé exploitant des données personnelles issues du secteur public. Il en va ainsi, par exemple, de l'obligation de déclaration de traitement, des différentes obligations afférentes à la qualité des données, de la durée de la conservation des données, de leurs conditions de conservation, de l'obligation d'information ou de la réglementation des flux transfrontières de données. Toutes ces dispositions contribuent à réglementer, eu égard à l'objet de la protection des données personnelles, les transactions commerciales sur l'information publique. Ce ne sont évidemment pas les seules, mais les autres relèvent d'autres matières.

**437. L'incidence des prérogatives individuelles sur le commerce des données publiques.** - En dehors des règles et principes plus haut évoqués, la loi informatique et libertés a reconnu un certain nombre de prérogatives aux individus leur permettant d'exercer un contrôle sur les données détenues et exploitées par l'administration ou par des tiers dans le but veiller à la défense de leurs droits et libertés. Ces prérogatives individuelles qui participent de l'idée selon laquelle, au-delà de la confidentialité des données, chacun doit pouvoir concourir à la maîtrise « du développement de l'informatique en contrôlant et en critiquant

790. Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, préc.

791. Loi n° 51-711 du 7 juin 1951, *sur l'obligation et la coordination et le secret en matière de statistique*, modifiée par l'ordonnance 2004-280 du 25 mars 2004, *JO* du 8 juin 1951, p. 6013

792. En dehors de la façon dont elle participe à la délimitation des données qui sont commercialisables, la loi informatique et libertés se distingue à d'autres points de vue de ces législations. D'abord, par sa généralité d'application et même l'extrême extension de son champ d'application ; celui-ci n'est pas borné par la notion de documents administratifs, qui n'embrasse pas forcément toutes les données publiques. Ensuite, en raison de la variété des droits qu'elle entend préserver. La loi du 6 janvier 1978 ne se cantonne pas à la protection de la vie privée mais plus largement à celle des libertés individuelles ou publiques. Cela dit, la loi du 17 juillet 1978, préserve aussi certains des secrets publics qui ne sont pas visés par la loi informatique et libertés et elle en préserve aussi certains qui sont couverts par la loi informatique et libertés. Par conséquent, la délimitation exacte de l'étendue des données accessibles ou commercialisables ne peut résulter que de la conjonction de ces différentes législations. La portée de la loi relative à l'accès aux documents administratifs sur l'accessibilité des données publiques est étudiée dans la deuxième partie de ce travail.

les traitements »<sup>793</sup>, permettent aux personnes concernées par le traitement tantôt d'accéder aux informations détenues, tantôt d'en demander la rectification, tantôt de s'y opposer. Elles impliquent corrélativement un certain nombre d'obligations à la charge du maître du traitement automatisé. De fait, bien qu'elles soient centrées sur l'individu et non le traitement, dans le contexte de la commercialisation des données publiques, elles peuvent s'analyser comme des conditions de circulation de l'information personnelle sur le marché qui doivent être respectées par les personnes publiques ou privées qui y procéderaient. Il convient cependant de noter que le droit d'opposition au traitement a une portée plus large. En effet, parce qu'il permet aux personnes concernées par un traitement de données à caractère personnel de s'y opposer, il contribue aussi, alors même qu'il n'y aurait pas d'objection de principe à la circulation d'une base de données personnelles détenues par le secteur public sur le marché, à exclure certaines informations du champ des données commercialisables. On comprendra aisément que ce n'est que par réflexion qu'il peut produire cet effet, participant de fait de manière résiduelle, parce que plus ponctuelle, à la détermination du champ des données personnelles circulant sur le marché. On pourrait en dire autant du principe du consentement préalable au traitement institué par la loi du 6 août 2004 qui, bien qu'il soit visé au titre des conditions de licéité du traitement, participe de l'expression d'une prérogative individuelle.

**438. Principe de finalité du traitement comme limite principale à la disponibilité des données personnelles détenues par le secteur public.** – Si la loi informatique et libertés a une double incidence sur le commerce des données personnelles du secteur public en tant qu'elle permet de délimiter le champ des informations accessibles et qu'elle détermine, eu égard à son objet, certaines des modalités de leur circulation sur le marché, les développements qui suivront ne traiteront pas de l'impact des règles de forme instituées par la loi du 6 janvier 1978 sur les conditions de la commercialisation des données publiques. Ils se focalisent exclusivement sur la question de la disponibilité des données personnelles pour le marché. À cela, il y a deux raisons. D'abord, parce que la question de l'accessibilité aux données personnelles est fondamentale pour les personnes publiques et privées qui désirent exploiter des gisements de telles informations sur le marché. Ensuite, parce que l'application des différentes dispositions relatives à l'usage des données personnelles n'est pas particulièrement problématique<sup>794</sup> ; en tout cas, elle présente peu ou pas de spécificités dans

793. LUCAS (A.), *Droit de l'informatique*, PUF, 1987, p. 108, n°95.

794. L'objet de l'étude étant ainsi délimité, il convient d'indiquer que les éléments de la réglementation générale de la loi informatique et libertés mis en relation avec la pratique de la commercialisation des données publiques que nous exposerons ci-après devront être articulés avec le régime spécial de protection des données personnelles institué dans le cadre de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques (Ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005, *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques*, préc.) En effet, bien qu'il reprenne à grands traits les exigences de la loi informatique et libertés et la doctrine de la CNIL, ce régime, qui présente au demeurant certaines particularités, est applicable aux seules

le contexte de la commercialisation des données publiques, elle a abondamment été traitée par ailleurs. Cela dit, l'étude de la question de la disponibilité des données publiques sera uniquement centrée sur le principe de finalité du traitement qui est tout à fait capital à cet égard. Les prérogatives reconnues par la loi aux personnes concernées par le traitement ne viennent en effet limiter l'accessibilité aux données personnelles du secteur public que de manière résiduelle.

**439. Le jeu du principe de finalité du traitement.** - L'exigence de finalité, visée à l'article 6 de la loi informatique et libertés au titre des conditions de licéité du traitement, joue un rôle primordial pour la détermination du champ des données personnelles commercialisables par le secteur public. Son importance, dans le contexte de la commercialisation des données publiques, repose sur la considération de la place qu'elle occupe dans l'interprétation et l'application de la loi du 6 janvier 1978 : en peu de mots, c'est un principe essentiel au respect des libertés publiques. Véritable critère d'utilisation des informations personnelles<sup>795</sup>, il permet de rechercher un point d'équilibre entre les usages de l'information personnelle et le respect des droits et libertés protégés par la loi<sup>796</sup>. C'est donc principalement par rapport à cette exigence<sup>797</sup> que sera appréciée la licéité d'un traitement de

---

« informations publiques » et pas à l'ensemble des informations qui peuvent être regroupées autour du vocable de « données publiques ».

795. « *Le critère essentiel d'un régime de gestion de données nominatives se trouve dans le principe de finalité : c'est, en définitive, dans l'utilisation qui sera faite d'une donnée qu'apparaîtra un danger éventuel pour la vie privée.* », CNIL, 5<sup>ème</sup> rapport d'activité, La documentation française 1985, p. 71.

796. CNIL, *Vingt délibérations commentées*, La documentation française, 1998, p. 60.

797. À côté de celui-ci, la loi informatique et libertés a pourtant prévu d'autres conditions de licéité, mais leur application n'apporte pas de réponse déterminante à la question précédemment évoquée. En effet, ni le principe de consentement préalable au traitement (Le principe du consentement préalable à un traitement de données à caractère personnel est visé à l'article 7 de la loi informatique et libertés : « *un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes : 1- Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ; 2- La sauvegarde de la vie de la personne concernée ; 3- L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable du traitement ; 4- L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ; 5- La réalisation d'un intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée* »), ni la réglementation spéciale des données sensibles (le régime spécifique de protection des données sensibles repose sur l'idée selon laquelle le traitement de certaines informations personnelles emporterait d'importants dangers pour la protection des droits et libertés des individus eu égard à la nature des informations en cause. Ce régime spécial de protection repose sur le principe fixé à l'article 8 de la loi : l'interdiction de collecter et de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, « directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci. » Il est bien sûr assorti d'exceptions puisque de tels traitements peuvent s'avérer nécessaires) ne permettent de saisir l'interrogation sur la disponibilité des données publiques dans toute son étendue. Parce qu'il repose sur la manifestation de volonté de la personne concernée par le traitement, l'effet du principe du consentement — v. *supra* — est trop résiduel pour permettre de résoudre la question de savoir si telle ou telle base de données est accessible au secteur privé. En d'autres mots, l'absence ou le défaut d'expression du consentement n'empêche pas la diffusion d'un ensemble informationnel contenant des

données personnelles et, par voie de transitivity, la licéité de la mise à disposition de données publiques. La CNIL, d'ailleurs, ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme que le principe de finalité « vient limiter les cessions commerciales de fichiers envisagées par leurs détenteurs pour les rentabiliser »<sup>798</sup>.

En effet, le principe de finalité, qui est pénalement sanctionné<sup>799</sup>, impose une exigence de compatibilité entre deux traitements portant sur les mêmes données nominatives ; l'article 6-2 de la loi informatique et libertés prévoyant explicitement que les données personnelles « sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ». Dès lors, puisque les personnes publiques collectent l'information à des fins bien déterminées, qui sont le plus fréquemment étrangères à toute idée d'une quelconque valorisation économique, c'est l'appréciation de la compatibilité entre, d'une part, la finalité du premier traitement réalisé dans le cadre du service public<sup>800</sup> et, d'autre part, celui tendant à la communication des données personnelles, qui sera au cœur de la réflexion sur la mise à disposition des données personnelles du secteur public sur le marché.

Ainsi, le respect du principe de finalité implique, cas par cas, qu'il soit procédé à un test qui permette, par l'appréciation des différents droits et intérêts en cause, de trancher la question de la compatibilité et, par là, pour partie du moins, celle de la licéité de la divulgation des données personnelles du secteur public. L'application du principe de finalité supposant la mise en œuvre d'une balance de droits et d'intérêts qui est largement contingente aux éléments de faits et de droit propres à chaque espèce, il s'avère difficile, à sa

---

données personnelles sur le marché, il exclut seulement la communication de certaines informations qu'elle contient. Par ailleurs, ce principe est émaillé de tellement d'exceptions que sa véritable portée demeure incertaine. Quant à la réglementation spéciale des données sensibles, elle peut effectivement constituer un obstacle à la circulation de l'information sur le marché. Toutefois, elle ne concerne qu'un nombre limité de données publiques ; celles qui « font apparaître (...) les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou la vie sexuelle ». En outre, ce régime particulier de protection admet plusieurs exceptions à l'interdiction de traitement qui, lues à la lumière du principe de finalité, pourraient justifier la communication de certaines informations. Autrement dit, l'évaluation de la disponibilité de telles informations suppose avant tout l'application du principe de finalité du traitement. Ainsi, l'avis n° 7/99 préc., précise que « si des données sensibles à caractère personnel font l'objet d'une demande de réutilisation, l'organe du secteur public devra, en plus de l'évaluation portant prioritairement sur la compatibilité, examiner minutieusement si l'une des exceptions justifiées est d'application ». Ce qui signifie encore que c'est bien le principe de finalité qui représente la condition principale d'évaluation de la disponibilité des données sensibles.

798. CNIL, 6ème rapport d'activité, La documentation française 1986, p. 53

799. Le détournement de finalité, c'est-à-dire l'utilisation de données à caractère personnel dans un but étranger à la finalité du traitement, constitue l'un des éléments majeurs de la protection des données personnelles parce que le détournement de finalité représente la menace la plus grave pour les libertés protégées par la loi informatique et libertés. Sanctionné par l'article 226-1 du Code pénal, et bien qu'elle soit constamment évoquée par la CNIL, ces dispositions n'ont pas souvent été appliquées.

800. Un traitement de données personnelles peut cependant revêtir plusieurs finalités, dont la communication des données à des tiers.



seule observation, de dégager une réponse globale à l'interrogation sur la disponibilité des données publiques. Au mieux, serait-il possible de relever les différents éléments qui interviennent pour l'évaluation de la finalité et de systématiser la démarche pour résoudre la question précédemment posée. Mais ce travail a déjà été réalisé<sup>801</sup>.

Pour essayer d'appréhender la façon dont le principe de finalité peut limiter la commercialisation des données publiques, on s'appuiera alors sur les délibérations de la CNIL. En plus de vingt ans de pratique, l'autorité administrative a forgé une doctrine très claire relativement à l'usage qui peut-être fait par des tiers, ou par l'administration elle-même, des données personnelles détenues par le secteur public ; et, bien que la loi du 6 août 2004 modifie quelque peu son mode d'intervention à l'adresse des traitements mis en œuvre par les organismes du service public, cet espace d'intelligence dégagé autour du principe de finalité ne devrait pas être fondamentalement altéré<sup>802</sup>.

**440. Plan.** - La jurisprudence de la Commission peut ainsi se résumer : lorsque la communication des données personnelles est prévue par un texte, qu'elle répond à un intérêt général ou qu'elle est attachée à la nature, à la fonction ou à la destination de l'information, il n'y a pas de réelles difficultés à admettre sa disponibilité, l'exigence de compatibilité se trouvant, par là, satisfaite. Dans son rapport d'activité, pour l'année 1994, la Commission pouvait ainsi affirmer que « la diffusion sur support informatique ou par voie télématique, des données personnelles détenues par le secteur public ne pose pas de problèmes particuliers lorsque la communication de ces données résulte d'une obligation légale de publicité ou relève de l'intérêt général »<sup>803</sup>. Cela ne signifie pas que la communication de telles données à des fins d'exploitation commerciale sera systématiquement admissible au regard du principe de

801. Le groupe article 29 au sein de l'avis n°7/99 (*préc.*) a procédé à un tel recensement. Même si le propos est relatif à l'articulation entre la protection des données personnelles établie par la directive 95/46/CE et la directive 2003/98/CE sur la réutilisation des informations du secteur public, il est parfaitement transposable ici puisque les dispositions de la directive 2003/98/CE n'affectent en rien la protection des données personnelles.

802. Mme MALLET-POUJOL exprimait la crainte que la compréhension de la problématique informatique et libertés ne s'atrophie à la faveur des contrôles *a posteriori* mis en œuvre par la loi du 6 août 2004 (MALLET-POUJOL (N.), La réforme de la loi informatique et libertés, *RFAP*, n° 80, 1999, p. 59). En effet, auparavant, pour des raisons qui sont d'ailleurs discutables, les traitements du secteur public étaient soumis, parce que supposés plus attentatoires aux libertés fondamentales, à une autorisation. Cette procédure (ex article 15) supposait l'intervention de la CNIL qui émettait un avis à propos de la création du traitement. C'est essentiellement à l'occasion de cette procédure que la Commission a forgé sa doctrine à propos de l'usage des données du secteur public, notamment dans les années 1980. Il n'est pas de raisons pour que les nouvelles dispositions législatives, qui ne prévoient plus, sauf exceptions, qu'un contrôle *a posteriori* de l'autorité administrative (art. 22), bouleversent cette jurisprudence qui a constamment été affirmée.

803. CNIL, rapport d'activité pour l'année 1994, La documentation française, p. 31. V. dans le même sens l'avis n°7/99 du groupe article 29, (*précité*, p. 7) qui fait état d'une considération très proche puisqu'il est dit qu'« une distinction doit être opérée entre une demande spécifique de divulgation d'informations et l'utilisation d'informations de certains registres publics. De toute évidence, l'évaluation par l'organe du secteur public de la finalité de la réutilisation spécifique ne s'applique qu'au cas de demandes spécifiques. »

finalité ni que les individus seront privés de toutes les garanties que la loi leur reconnaît ; cela signifie seulement que le principe de finalité n'empêche pas la divulgation de telles informations parce que ces données personnelles ont vocation à être communiquées, la transmission de l'information pouvant même apparaître comme l'une des finalités du traitement mis en œuvre dans le cadre du service public. Ainsi, lorsque les données personnelles du secteur public sont appelées à être communiquées, le principe de finalité n'a que peu d'incidence sur l'accessibilité aux données<sup>804</sup> ; la limite qu'il impose à la communication des données personnelles est relative (chapitre I). En revanche, il constitue une limite réelle à l'accessibilité des données personnelles qui n'ont pas vocation à sortir de l'univers administratif (chapitre II). Soit parce qu'aucune obligation de publicité s'y attache ; soit parce qu'aucun texte n'a prévu la possibilité de les mettre à disposition.

---

804. Dans son avis n°7/99 portant sur l'articulation entre la directive relative à la réutilisation des données publiques et celle relative à la protection des données personnelles, le groupe article 29 indique que l'évaluation de la compatibilité entre le traitement premier réalisé dans le cadre du service public et celui tendant à la communication des données personnelles à des fins de réutilisation n'a lieu d'être que dans l'hypothèse où « les organismes publics se trouveraient en présence d'une demande spécifique de réutilisation » et pas dans les cas dans lesquels l'information « est déjà accessible publiquement, notamment les informations des registres publics. » Dans le même ordre d'idées, elle indique aussi que « il est des cas où les administrations publiques sont tenues, par la loi, non seulement de collecter des données à caractère personnel mais également de les divulguer à des parties tierces (...) la directive autorise la collecte et la divulgation de ces données (...) dans l'intérêt public ».



## Chapitre 1

---

### L'incidence du principe de finalité du traitement à l'égard des données personnelles de gestion du service public

**441. Le principe de finalité du traitement, un verrou à la disponibilité des données de gestion du service public.** - Le principe de finalité du traitement et les exigences qui en découlent s'opposent assez fermement à la mise à disposition, à quelques fins que ce soit<sup>805</sup>, des données personnelles collectées et traitées par un organisme public pour satisfaire les besoins impliqués par la gestion de son activité<sup>806</sup>. Au regard de la doctrine de la CNIL, les demandes d'utilisation de telles données sont appréciées très restrictivement ; leur examen aboutit, le plus souvent, au constat d'une incompatibilité entre le but dans lequel l'information est collectée par le service public et leur communication. L'interprétation rigoureuse du principe de finalité permet ainsi d'éviter que les bases de données de service public soient progressivement détournées de leurs finalités et n'affectent, par là, la vie privée ou les autres droits et libertés protégés par la loi. Cependant, certaines conciliations demeurent possibles ; la présence d'un intérêt général permet, par exemple, d'apprécier les demandes de communication de telles données avec plus de souplesse. Mais, à notre connaissance, ces solutions ne valent qu'exceptionnellement lorsque le but de la demande de fourniture gît dans l'exploitation commerciale des données. Par conséquent, l'accès aux données de gestion du service public semble largement compromis lorsque les personnes publiques ou privées entendent céder des données personnelles collectées et traitées pour les besoins de la gestion du service public, sauf, bien sûr, à procéder à leur anonymisation.

Nous présenterons dès lors le principe de confidentialité des données de gestion du service public (section 1) puis ses limites (section 2).

---

805. L'obstacle représenté par le principe de finalité est d'autant plus important que ce sont, en règle générale, non seulement la cession à des fins d'exploitation commerciale qui se trouve prohibée mais aussi toute forme de divulgation au profit d'un autre organisme du secteur public qui entendrait employer les données transmises aux fins de gestion de son activité. Cela signifie aussi que les organismes publics ne peuvent céder à d'autres organismes publics les données collectées pour les besoins de leurs missions de service public à des fins d'exploitation commerciale. L'hypothèse n'est pas d'école, certains organismes publics diffusant des produits informationnels intégrant des données issues d'autres collectivités publiques.

806. La Commission n'emploie pas toujours la locution de « données de gestion ». Elle utilise aussi celle de données du service public. Nous avons choisi celle de données de gestion car elle permet de bien marquer la différence avec les autres données qui, tout en étant employées à des fins de service public, peuvent faire l'objet d'une cession.

## Section 1

# Le principe de confidentialité des données personnelles de gestion

**442.** L'affirmation d'un principe de confidentialité des données personnelles traitées pour les besoins du service public repose sur l'observation de la pratique de la CNIL qui refuse de manière constante que les données servant à la gestion du service public soient employées à d'autres fins. Pour dénier toute possibilité d'utilisation de ces données, celle-ci, au terme d'une analyse globale, prend particulièrement en compte trois éléments : La finalité de la collecte et du traitement des données personnelles (§1) ; la qualité des destinataires de l'information, qui dérive du principe de finalité (§2) et le fait que les personnes concernées par le traitement constituent une « clientèle captive » (§3).

## §1. LE PRINCIPE DE FINALITE DU TRAITEMENT ET LA CONFIDENTIALITE DES DONNEES PERSONNELLES DE GESTION

**443. Détermination de la finalité première du traitement.** - Dans la mise en œuvre de la balance de droits et d'intérêts que suppose l'appréciation de la licéité d'un traitement relatif à la communication de données personnelles, la finalité du traitement premier joue un rôle primordial : C'est par rapport à cet élément que sera évaluée la possibilité d'utiliser, à d'autres fins, les données personnelles traitées pour les besoins de la gestion du service public. Pour déterminer la finalité du traitement réalisé dans le cadre du service public, la Commission prend en compte les textes, lorsqu'ils réglementent spécialement la collecte et le traitement des données de gestion du service public; les termes de la déclaration de traitement émise par l'administration et, surtout, les missions dévolues à l'organisme public. En effet, c'est principalement au regard des obligations de service public (ainsi que des règles régissant son fonctionnement) que se déduit la finalité du premier traitement. Par voie de transitivité, tout autre traitement devra, directement ou indirectement pouvoir se rattacher aux missions de l'organisme public, pour être compatible avec la finalité du premier traitement.

Dans le cas des fichiers de gestion, cet examen aboutit, le plus souvent, à délimiter très strictement la finalité du premier traitement car les fichiers relatifs à la gestion du service public, sauf dispositions réglementaires ou obligations particulières, n'ont pas vocation à être communiqués, à quelques fins que ce soit. Dès lors, les demandes de transmission ou d'utilisation de ces données à des fins étrangères à la mission de service public ont été rejetées. Quelques exemples permettront d'illustrer ce propos.

**444. Affirmation du principe de confidentialité des données de gestion du service public.** - Les fichiers de gestion du personnel et, surtout, celui des abonnés d'EDF-GDF, présentent des caractéristiques telles qu'ils sont très recherchés : ils sont régulièrement mis à jour ; ils sont exhaustifs – le fichier des abonnés revêt un caractère national – et les informations qu'ils contiennent sont particulièrement fiables. Face aux sollicitations émanant du secteur public et privé, l'établissement public déposa une demande de conseil auprès de la CNIL pour savoir si, et dans quelles conditions, il pouvait favorablement répondre à ces demandes d'accès<sup>807</sup>. La commission recusa toute possibilité de communication des données personnelles contenues dans ces deux bases de données : « EDF et GDF sont tenus d'assurer la confidentialité des informations, fournies pour la conclusion des contrats d'abonnement, dans le but exclusif de permettre la fourniture de l'électricité ou du gaz, ou qui sont collectées dans le but exclusif d'assurer la paie et la gestion de leur personnel, ou qui sont rassemblées dans le but exclusif de réaliser des opérations liées aux relations entretenues ».

Cette solution repose sur une double considération. En premier lieu, le principe de finalité : Celui-ci s'oppose à la communication des données qui ont été collectées et traitées dans le but de satisfaire une mission de service public qui n'implique ni ne suppose la communication de données personnelles. En effet, celles-ci ont été collectées dans le but de gérer les contrat des abonnés ou pour la gestion du personnel. Ainsi rattachée à cette mission de service public impartie à l'organisme public<sup>808</sup>, il s'avère difficile d'admettre que des fichiers constitués à de telles fins puissent faire l'objet d'une communication. La finalité de gestion est incompatible avec la communication des données ; une interprétation contraire violerait le principe de finalité. En second lieu, le principe de spécialité des établissements publics : la Commission, dans son rapport public, évoque ce principe en rappelant que l'activité de ces organismes est limitée à la gestion du service public et qu'ils ne peuvent utiliser leur patrimoine à d'autres fins. La considération de ce principe vient alors renforcer l'interprétation stricte de la finalité des bases de données constituées pour la gestion du service public. On notera enfin un troisième élément qui, s'il eût existé, aurait pu modifier la solution retenue : l'absence de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire autorisant, comme c'est le cas de l'annuaire téléphonique, l'accès à ces données<sup>809</sup>.

807. CNIL, dél., n°82-02 du 2 février 1982 portant adoption d'un conseil relatif à la communication à des tiers des renseignements d'ordre nominatif figurant dans les fichiers d'EDF-GDF, 3ème rapport d'activité, la documentation française, 1983, p. 108

808. MAISL (H.), « Etat de la législation française et tendances de la jurisprudence relative à la protection des données personnelles » *RIDC*, 1987-3, p. 571.

809. La solution émise par la CNIL est un peu différente pour les demandes d'accès émanant du secteur public. Dans l'hypothèse où la demande serait ponctuelle et fondée, conformément à l'ancien article 43 de la loi informatique et libertés sur un texte législatif ou réglementaire, la Commission s'est montrée favorable à la communication. En revanche, la transmission de tout ou partie des informations pour mettre à jour d'autres fichiers du secteur public a explicitement été refusée.

Cette solution sera constamment confirmée par la suite pour l'ensemble des fichiers de gestion produits par le secteur public<sup>810</sup> ; dans son 19<sup>ème</sup> rapport d'activité la Commission souligne que si elle est « ponctuellement sollicitée pour admettre que certains fichiers puissent être utilisés à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été mis en œuvre », elle a cependant pour doctrine « de veiller au respect de la finalité des traitements de données à caractère personnel, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'utiliser des données collectées dans le cadre d'une mission de service public ». La CNIL allant même jusqu'à évoquer un principe d'interprétation restrictif des demandes de transmission ou d'utilisation des fichiers de gestion : « En règle générale, les fichiers des personnes morales de droit public ne doivent pas servir à d'autres fins que la gestion du service public pour laquelle ils ont été créés »<sup>811</sup>.

**445. Illustrations.** - La Commission a estimé que l'utilisation des données contenues dans les fichiers relatifs à la gestion du personnel pour la diffusion d'une publication syndicale, alors que le fichier, en vertu de dispositions réglementaires, pouvait être communiqué dans le seul but de la gestion des œuvres sociales, constituait un détournement de finalité. Le détournement de finalité se trouve donc caractérisé de manière très formelle. L'importance ou l'intensité de la violation du principe de finalité, importe peu<sup>812</sup>.

S'agissant cette fois d'une utilisation à des fins de prospection commerciale, on notera que la Commission a dénoncé au parquet, procédure rarement mise en œuvre, les dirigeants d'une société d'assurance qui avaient obtenu la communication de données personnelles issues du fichier de gestion des abonnés pour adresser aux personnes emménageant dans un nouveau logement, des propositions de contrats d'assurances<sup>813</sup>.

À l'instar des précédents exemples, dans un autre domaine, la Commission a émis un avis défavorable à la mise en œuvre d'un traitement visant à utiliser le fichier des assurés des caisses locales d'assurance maladie à des fins publicitaires<sup>814</sup>. En l'espèce, le projet de traitement visait à permettre aux caisses départementales de la mutualité sociale agricole

810. CNIL, 19<sup>ème</sup> rapport d'activité, la documentation française 1998, p. 51

811. CNIL, dél., n° 95-108 du 19 septembre 1995, *délibération relative à la demande d'avis modificative d'EDF-GDF visant à étendre la finalité du traitement OPTIMIA en vue de d'utiliser les enveloppes de facturation afin d'adresser aux abonnés des appels à la générosité publique pour le compte de la fondation «Energies pour le monde*

812. CNIL, dél. n° 84-40 du 20 novembre 1984, *délibération relative au détournement de finalité du fichier de gestion du personnel sur ordinateur d'EDF-GDF*, 5<sup>ème</sup> rapport d'activité, 1985, p. 244

813. CNIL, dél., n°88-140 du 29 novembre 1988, *Délibération dénonçant au Parquet les infractions commises par la société Risqu'assur et par tout organisme susceptible d'avoir transmis des données nominatives à cette société*, CNIL, *Vingt délibérations commentées*, prec., p. 55

814. CNIL, dél. n°94-022, du 29 mars 1994, *délibération relative à la demande d'avis de la caisse centrale de la mutualité sociale agricole (CCMSA) concernant l'utilisation du fichier des assurés des caisses départementales et pluridépartementales de mutualité sociale agricole à des fins publicitaires*, CNIL, 15<sup>ème</sup> rapport d'activité, La documentation française 1995, p. 35

d'utiliser les documents adressés aux assurés comme support publicitaire ou d'effectuer, à partir du fichier des assurés, des publipostages généralisés ou ciblés. Il s'agissait donc, du moins pour la seconde modalité d'utilisation, de mettre à disposition les adresses des assurés à des fins de prospection commerciale. Pour rejeter ces formes d'utilisation, la CNIL, malgré l'argumentation formulée par la caisse, qui faisait valoir la nécessité de rentabiliser son fonds informationnel pour diminuer ses coûts de gestion, estima que le traitement mis en œuvre par les personnes en charge du service public ne pouvait être utilisé à des fins étrangères à cette mission. Cependant, le contrôle de la Commission est quelque peu différent de celui qu'elle a employé pour refuser la communication des données personnelles relatives à la gestion du service public de l'électricité et du gaz. En effet, pour déterminer la finalité du traitement réalisé dans le cadre de la mission de service public, elle s'appuie d'abord sur la déclaration de traitement qui lui a été soumise à l'occasion de la constitution de ce fichier. Elle observe ainsi que, « la finalité déclarée du fichier des assurés des caisses est la liquidation des prestations dues aux bénéficiaires du régime obligatoire de sécurité sociale agricole dont elle gère les droits. » Et elle en déduit directement, « que le projet du CCMSA conduirait à reconnaître au traitement de liquidation une finalité étrangère aux missions confiées aux caisses ». Ce n'est que dans un deuxième temps qu'elle constate que l'envoi d'information, sans rapport avec l'objet des prestations sociales, « ne figure pas parmi les missions imparties aux caisses ». Ainsi, l'évaluation de la finalité du traitement réalisé dans le cadre d'obligation de service public peut aussi reposer, du moins en partie, sur les termes de la déclaration de traitement. Quoi qu'il en soit, la solution se situe dans la continuité de celles qui ont été exposées plus haut : L'utilisation, à quelques fins que ce soit, de données traitées pour les besoins de la gestion d'une activité de service public est prohibée parce qu'elle ne peut être rattachée à une mission de l'organisme public. Toutefois, même dans les cas où l'utilisation des données de gestion a pu être rattachée à une mission de service public, il est rare qu'une exploitation commerciale de l'information ait été admise.

En 1995, la Commission autorisa un traitement tendant à imprimer au dos des factures des abonnés à EDF-GDF, un message d'appel à la générosité pour le compte d'une fondation agissant pour le développement des énergies au profit de populations défavorisées. Ce traitement supposait l'utilisation du fichier des abonnés de l'organisme public. Pour le valider, la Commission emploie le concept d'extension de finalité. Cette notion, développée pour ne pas gêner le développement de la recherche lorsqu'elle requiert l'accès à certaines bases de données personnelles<sup>815</sup>, permet de rajouter une ou plusieurs finalités supplémentaires à un traitement existant, à condition qu'elles se situent dans le prolongement du traitement original. Concrètement, l'autorité administrative est amenée à contrôler la compatibilité de l'extension de finalité avec les missions du maître du fichier et les finalités initiales du traitement. En l'occurrence, la compatibilité entre le traitement initial et l'extension de finalité déclarée par l'organisme public repose sur trois éléments. En premier

---

815. CNIL, *Dix ans d'informatique et de libertés*, op cit., p. 37



lieu, l'opération projetée était « *dépourvue de tout caractère commercial* » puisqu'elle bénéficiait à un organisme à but non lucratif. En second lieu, la Commission relève l'existence d'un « *lien de connexité* » entre les missions de cette fondation et les mission générale imparties à EDF. Enfin, elle observe le caractère tout à fait limité de l'exploitation du fichier impliqué par ce traitement. En effet, la fondation n'avait pas accès aux informations personnelles ; il n'était pas prévu de joindre aux factures des documents de prospection ; il n'était pas prévu non plus que des tris et des opérations particulières fussent réalisés sur les fichiers d'EDF-GDF.

Le caractère très restrictif de l'analyse mené par la CNIL dans cet avis laisse planer peu de doutes sur la possibilité pour le secteur privé, voire l'administration elle-même, d'utiliser les données de gestion du service public à des fins d'exploitation commerciale. Celle-ci, sauf circonstances particulières, s'avérera impossible parce qu'incompatible avec les finalités du traitement mis en œuvre dans le cadre du service public ainsi qu'avec les missions de l'organisme en cause.

**446. Cas particulier.** - Il faut signaler un cas où des données, qui pouvaient être apparentées à des données de gestion, ont été admises à être communiquées. Mais la solution est très particulière et repose sur la considération des missions de service public de l'organisme public, ainsi que du statut très spécial des données de l'annuaire téléphonique.

Les données personnelles de l'annuaire téléphonique ont un caractère public (voir *infra*) en vertu de certaines dispositions réglementaires qui en prévoient la publication<sup>816</sup>. Il n'y a donc aucune difficulté à admettre la communication à des fins commerciales de ces données. Pourtant, le ministère des postes, en vue d'accroître l'attrait commercial de l'annuaire, voulait rajouter, à la liste des informations considérées comme relevant du domaine public, d'autres données qui n'étaient connues que de l'administration et qui pouvaient révéler certains aspects de la vie privée des abonnés. On peut sans doute considérer ces informations comme des données de gestion puisqu'elles concernaient notamment les caractéristiques de l'abonnement. Relevant cependant que la publication ou la cession de ces données personnelles est de nature « à favoriser les échanges économiques » et qu'il « découle ou peut découler des missions des PTT de promouvoir de telles publications », la Commission valida le traitement.

Il ressort de cette délibération, que la considération d'un intérêt économique concordant avec les missions de service public imparties à l'organisme public peuvent justifier un traitement tendant à la communication des données personnelles de gestion. Toutefois, la

816. CNIL, dél., n° 85-22 du 18 juin 1985, *délibération portant avis d'une part sur les déclarations de modifications présentées par le ministère des postes et télécommunications télédiffusion concernant le traitement relatif à la constitution du fichier des inscriptions dans le système d'information des usagers et à leur commercialisation, et d'autre part sur la collecte d'informations destinées à ce fichier*. CNIL, 6ème rapport d'activité, La documentation française, 1986, p. 291

solution retenue ici est tout à fait particulière et ne saurait pas infirmer l'idée selon laquelle, en règle générale, l'exploitation à des fins commerciales des données de gestion du service public est prohibée au regard des exigences du principe de finalité. En effet, le cas de l'annuaire téléphonique est très spécifique parce que soumis à une réglementation spéciale. En outre, la diffusion à des fins de commercialisation des listes de coordonnées issues de l'annuaire a toujours été admise par la CNIL. De plus, il constitue un « fichier de référence » qui permet de satisfaire de multiples besoins économiques. Enfin, on peut relever la proximité de nature entre les données publiées au sein de l'annuaire et celles pour la communication desquelles la Commission a donné son aval. Ces éléments, ne peuvent être indifférents à l'appréciation que la commission a porté sur la possibilité pour l'organisme public de diffuser des informations qui s'apparenteraient à des données de gestion. Pour le reste, c'est bien la prise en considération des missions de l'organisme public, qui est amené à communiquer et à publier certaines des données personnelles collectées dans le cadre de sa mission, qui explique la solution de la CNIL.

Cette délibération, qui contraste avec les précédentes quant à la solution retenue, du point de vue de l'analyse opérée par la Commission, est identique. Ce sont toujours, la possibilité, ou pas, de rattacher la communication de l'information à une mission de l'organisme public, la présence d'une réglementation qui imposerait une telle mise à disposition des données, la nature des données, voire des considérations d'intérêt général qui s'attacheraient à la communication des données, qui doivent guider le raisonnement pour répondre à la question de savoir si des données collectées dans un but de gestion d'une activité de service public peuvent faire l'objet d'une divulgation à des fins d'exploitation commerciale. Le plus souvent, en l'absence de tout élément extérieur, la délimitation de la mission de service public, limitée à la gestion, s'opposera à un tel traitement.

## §2 - LES DESTINATAIRES DE L'INFORMATION ET LA CONFIDENTIALITE DES DONNEES PERSONNELLES DE GESTION

**447. Destinataires et finalité du traitement.** - L'article 34 de la loi informatique et libertés (ex article 29) impose au responsable du traitement une obligation de sécurité pour éviter que les informations ne soient endommagées déformées ou communiquées à des tiers non autorisés. Ainsi, les dispositions de l'article 34 viennent-elles limiter le cercle des destinataires d'un traitement de données à caractère personnel, puisque celles-ci se trouvent expressément réservées à des tiers autorisés, c'est-à-dire les personnes qui en vertu de leurs attributions sont habilitées à recevoir tout ou partie des données personnelles issues d'un traitement : Elles peuvent donc venir s'opposer à la communication des données personnelles à des organismes du secteur privé à des fins de commercialisation. Et la Commission relève souvent, pour refuser tel ou tel usage d'une information collectée dans le cadre d'une mission

de service public, que les organismes ou personnes qui la réclament n'ont pas la qualité de destinataire.

Cependant, la détermination des destinataires de l'information n'est pas franchement autonome de la définition de la finalité du traitement. En fait, elle est étroitement liée au principe de finalité ; il s'agit d'une exigence qui en dérive directement puisque c'est le but poursuivi par le traitement qui permettra de « déterminer les catégories de personnes pouvant en prendre connaissance »<sup>817</sup>. En d'autres termes, les données collectées et traitées par les organismes du secteur public doivent l'être dans un but informatif précis et être destinées à un public ciblé<sup>818</sup>. Par conséquent, l'analyse fondée sur la qualité des destinataires des données personnelles va simplement venir confirmer le principe selon lequel les informations relatives à la gestion du service public ne peuvent être communiquées à des organismes qui n'ont pas les mêmes attributions et dont les traitements ne poursuivraient pas les mêmes finalités que celles de l'organisme public. La position de la CNIL est très restrictive à l'égard de la communication des données personnelles au profit d'autres administrations<sup>819</sup> ; elle l'est à plus forte raison pour des entreprises du secteur privé lorsqu'elles ne poursuivent pas une activité de service public. On notera que dans les délibérations précédemment évoquées, elle n'a jamais reconnu à un organisme du secteur privé la qualité de destinataire de données personnelles de gestion du service public. Toutefois, à titre exceptionnel, la Commission peut accepter l'ajout de destinataires qui n'ont pas de lien direct avec la finalité du traitement<sup>820</sup>. Les raisons de l'extension du cercle des destinataires des informations reposent alors sur des considérations d'intérêt général ou « *la satisfaction d'intérêts particuliers reconnus* »<sup>821</sup> (v. *infra*).

817. CNIL, *Dix ans d'informatique et de libertés, op. cit.*, p. 31

818. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des banques de données, préc.* p. 137, n° 136

819. En 1982, elle a conseillé à EDF de ne pas répondre, sauf dans les cas prévus par la loi, aux demandes de consultation des administrations, de son fichier des abonnés : « *lorsqu'un texte législatif (...) autorise expressément des administrations, collectivités publiques ou organismes publics à demander la communication pour des opérations de contrôle des informations nominatives, EDF-GDF sont tenus de donner une suite favorable à ces demandes (...) Sur les demandes d'accès à l'ensemble des informations contenues dans un traitement nominatif. A des fins de mises à jour : la Commission estime qu'il appartient à EDF-GDF de refuser la communication des informations qu'ils ont recueillies pour la tenue d'un fichier des abonnés, la tenue d'un fichier de gestion du personnel, et la tenue d'un fichier des fournisseurs dans le but de réaliser la mise à jour des sources d'informations d'autres organismes publics dans la mesure où aucune obligation légale ne l'impose.* » De la même façon, elle a estimé que le ministère de l'environnement n'avait pas à transmettre au ministère de l'agriculture des renseignements sur les installations classées alors que celui-ci n'avait pas la qualité de tiers autorisé. (3ème rapport, *préc.*, p.110). Enfin, la Commission a refusé à ce que la base de données personnelles regroupant les abonnés à EDF-GDF soit utilisée pour envoyer « des questionnaires anonymes aux propriétaires de résidences secondaires pour évaluer leurs besoins éventuels en matière de services. » (19ème rapport d'activité, la documentation française, 1999, p. 51)

820. FRAYSSINET (J.), *Informatique, fichiers et libertés : les règles, les sanctions, la doctrine de la CNIL*, Litec 1992, p. 53

821. *ibid.*

### §3 - LA NOTION DE CLIENTELE CAPTIVE ET LA CONFIDENTIALITE DES DONNEES PERSONNELLES DE GESTION

**448. Collecte obligatoire.** - Bien que ce facteur ne figure pas expressément dans les délibérations rendues à propos de l'utilisation des fichiers de gestion du service public, la Commission relève fréquemment, dans les commentaires de ses solutions, que le refus de communication des données personnelles du service public repose notamment sur le fait qu'il s'agit de fichiers « à *clientèle captive* ». L'emploi de cette phraséologie économique est un peu déroutant et la Commission ne définit pas vraiment l'expression. Qu'est-ce à dire au juste ? Pour le savoir, nous observerons que la Commission, dans le rapport public pour l'année 1994, indique clairement que la position défavorable au traitement relatif à l'utilisation à des fins publicitaires du fichier des assurés aux caisses d'assurance maladie « l'a été notamment en considération du fait que les personnes concernées constituaient une clientèle captive. L'affiliation à une assurance complémentaire étant obligatoire. »<sup>822</sup> D'une manière similaire, elle a dit, que le fichier des abonnés à EDF revêtait la caractéristique d'être un fichier à clientèle captive « dans la mesure où il n'est guère possible en France de s'éclairer ou de se chauffer sans figurer dans ce fichier. »<sup>823</sup> La notion de clientèle captive peut bien sûr, en première approximation, être associée à l'idée selon laquelle certains organismes publics bénéficient d'un monopole pour exercer leurs activités et que, par là, les individus ne peuvent éviter de figurer dans leurs bases de données. En suivant cette idée, il nous semble qu'à travers cette notion, il s'agisse pour la CNIL de caractériser la situation des personnes concernées par les traitements qui se trouvent dans l'obligation de communiquer des données personnelles pour avoir accès à une prestation. La locution de « clientèle captive » permet d'insister sur le caractère obligatoire de la collecte des données et de l'impossibilité de faire valoir une opposition au traitement réalisé à des fins de service public. Dès lors, la circonstance que la personne est captive va jouer le rôle d'un facteur aggravant qui va conduire à apprécier encore plus strictement le respect du principe de finalité. Autrement dit, le fait que la collecte des données soit obligatoire contribue à renforcer l'obligation de confidentialité des données personnelles collectées pour les besoins du service public qui pèse sur l'organisme public<sup>824</sup>. Et cette obligation est tellement impérieuse qu'elle ne cède pas

822. CNIL, 15ème rapport d'activité, p. 33 préc.

823. 20 délibérations commentées, p. 61, préc.

824. Ainsi, le groupe article 29, dans son avis n°7/99 (*préc.*), fait valoir qu'à partir du moment où des données à caractère personnel sont fournies de manière obligatoire, par exemple pour avoir accès à un service public, les demandes de communications de telles informations devront être appréciées de manière très rigoureuse. Et lorsque la finalité d'une telle demande sera relative à l'exploitation commerciale des données, elle devra être refusée.

lorsque l'organisme en cause a prévu la possibilité pour les individus de faire valoir leur droit d'opposition à une utilisation de leurs données personnelles étrangère aux finalités de service public. Ainsi, concernant l'emploi par les caisses de sécurité sociale des données personnelles à des fins publicitaires, la commission a dit que « l'on ne pouvait demander à ces personnes qui n'auraient pas d'autre choix que de recevoir des décomptes, de devoir justifier de raisons légitimes pour ne pas être destinataires d'informations de nature publicitaire. »<sup>825</sup>

En conclusion, au regard du principe de finalité, les données du service public, collectées pour les besoins relatifs à la gestion de cette activité, ne peuvent être utilisées ou communiquées à d'autres fins, sauf si un intérêt général, un texte particulier ou des circonstances exceptionnelles le justifient. Toute possibilité d'exploitation commerciale de telles informations au regard du principe de finalité semble donc assez largement compromise.

## Section 2

### Les exceptions au principe de confidentialité des données personnelles de gestion

**449.** Au regard de la doctrine de la Commission nationale informatique et libertés, deux sortes d'exceptions à la prohibition de la communication des données personnelles collectées pour les besoins de la gestion d'un service public existent. Les premières sont très particulières ; elles concernent des bases de données bien identifiées qui ont été admises à être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été créées en raison de considérations d'intérêt général ou d'intérêts économiques reconnus (§1). La seconde est d'ordre général ; elle porte sur les processus d'anonymisation. Cette technique permet en effet l'utilisation des informations détenues pour des besoins de gestion par le secteur public sans impliquer la divulgation de données à caractère personnel (§2).

---

<sup>825</sup>. CNIL, 15ème rapport d'activité, p. 33, *préc.*

## §1- LES EXCEPTIONS JUSTIFIEES PAR DES CONSIDERATIONS D'INTERET GENERAL OU D'INTERETS ECONOMIQUES RECONNUS

**450.** Il a pu arriver que la CNIL accepte que certains fichiers constitués pour la gestion d'un service public puissent faire l'objet d'une communication, ou être employés, à des fins commerciales, eu égard à l'intérêt général ou aux intérêts particuliers s'attachant à une telle utilisation. De telles conciliations sont toutefois exceptionnelles ; justifiées par des motifs d'opportunité, il faut les comprendre comme des cas particuliers.

Dans une délibération relative au fichier central des automobiles<sup>826</sup>, la Commission a reconnu la possibilité pour les constructeurs automobiles d'avoir accès et d'utiliser les informations nominatives à des fins de prospection de la clientèle. Pour justifier la possibilité d'employer un tel fichier, qu'elle qualifie elle-même de fichier administratif puisqu'il s'agit d'une copie centralisée des informations contenues dans les cartes grises gérées par les préfectures de chaque département, la Commission évoque « l'intérêt général » qui s'attache à la fourniture de l'information à des utilisateurs privés. Celle-ci permettrait en effet d'assurer la promotion d'un secteur important de l'économie nationale. En réalité, derrière cette explication iconoclaste, la CNIL a seulement voulu entériner une situation héritée du passé<sup>827</sup>. La commission a précisément indiqué que si à l'origine ce fichier avait été créé pour des motifs de défense ou de police, « une finalité commerciale supplémentaire est peu à peu apparue ». La prise en compte de cette nouvelle, fondée sur des motifs d'intérêt général, explique alors la possibilité d'exploitation commerciale de ces données.

La cession se trouve cependant subordonnée à diverses garanties destinées à assurer que le fichier ne soit pas détourné de ses finalités. Seuls des utilisateurs privés agréés par les autorités compétentes peuvent ainsi se voir communiquer les données ; cette procédure d'agrément permettant à l'Etat de conserver la maîtrise du fichier.

Une autre illustration de cette possibilité de concilier des finalités de nature différente, concerne certaines bases de données constituées par la poste<sup>828</sup>. L'exemple est certainement moins pertinent que le précédant puisque, en l'occurrence, il s'agissait pour l'organisme public de collecter certaines données à l'occasion de sa mission de service public – et non pas pour les besoins de la gestion du service public – pour les employer à des fins de prospection commerciale. En fait, la question se posait de savoir si l'administration pouvait mettre à profit

826. CNIL, dél., n°83-35 du 7 juin 1983, *délibération relative au fichier central des automobiles*, 4ème rapport d'activité, La documentation française 1984, p.309

827. Voir en ce sens, LENOIR (N.) et MAISL (H.), « La CNIL et le contrôle de l'administration, premières orientations », *AJDA* 1983, p. 645

828. CNIL, dél., n°87-63 du 16 juin 1987, *délibération portant avis sur la demande d'avis n° 104.760 présentée par la direction générale de la Poste relative au traitement automatisé d'informations indirectement nominatives destinées à déterminer les caractéristiques dominantes des tournées postales des communes de plus de cinq mille habitants*, 8ème rapport d'activité, La documentation française 1988 p. 256

les informations dont elle avait connaissance, sous couvert de secret professionnel et en situation de monopole, « pour élaborer des outils servant à d'autres missions, notamment la prospection financière et la création d'une nouvelle activité de marketing en direction des entreprises privées »<sup>829</sup>. En l'espèce, la base de données était destinée à décrire les caractéristiques des tournées postales sur la base des informations collectées par les facteurs lors de la distribution du courrier. Ces données devaient permettre d'établir les structures socio-économiques de chaque tournée en vue de mieux cibler des campagnes de prospection. Aussi, la base de données, selon la Commission, constitue un fichier de comportement collectif des usagers, pouvant aboutir à l'établissement de profils de groupe. Malgré les risques potentiels que ce type de traitement comporte, la CNIL l'a validé au vu de considérations d'ordre économique semble-t-il. En effet, dans son 8<sup>ème</sup> rapport d'activité, et c'est là le seul élément qu'elle avance pour justifier de son avis, elle rapporte l'argumentation développée par l'administration selon laquelle celle-ci ne pouvait plus ignorer ce secteur d'activité qui répondait aux besoins de la clientèle et se situer dans une perspective de concurrence. Ce type d'argumentation est rarement rapporté. S'il l'était, il justifierait la commercialisation de nombre de bases de données personnelles du secteur public.

Au demeurant, comme dans l'exemple précédant, la Commission impose certaines modalités d'utilisation à l'administration. La base de données relative aux caractéristiques des tournées devant rester sous le contrôle de l'administration, elle ne pourra faire l'objet d'une cession. Ces garanties étaient destinées à empêcher l'atteinte aux libertés individuelles pouvant résulter de la constitution de profils.

## § 2- L'ANONYMISATION DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL DE GESTION

**451. Une solution technique autorisant la mise à disposition des données.** - Pour l'heure, la question de l'anonymisation des données détenues par le service public pour répondre à des besoins de gestion a concerné deux domaines : celui des statistiques, et spécialement le recensement de la population ; celui de la santé, pour des données particulièrement sensibles. Quoiqu'il soit possible d'étendre les solutions dégagées par la CNIL dans ces deux secteurs, en raison de leurs spécificités - l'établissement des statistiques est soumis à une réglementation spéciale qui postule précisément l'anonymisation des données collectées ; quant aux données personnelles relatives à la santé, elles font rarement l'objet d'une cession – il serait préférable de les comprendre comme des illustrations de l'idée selon laquelle la technique peut venir réaliser un équilibre entre les exigences portées par la loi informatique et liberté et des intérêts d'ordre économique : Elle autorise la communication d'informations que l'application des principes issus de la loi empêcherait. En effet, il ne nous

829. CNIL, 8ème rapport d'activité, La documentation française, p. 53

est pas possible d'évaluer si ce procédé est pertinent pour d'autres données collectées par le service public. Dans certains cas, il semble même déceptif puisqu'il serait susceptible de faire perdre tout attrait commercial à une base de données : Pensons seulement à une liste de coordonnées anonymisées. Malgré ces incertitudes, les développements qui suivront nous ont semblé nécessaires parce que, dans le cadre du régime de réutilisation des informations publiques institué par l'ordonnance du 6 juin 2005, le législateur a fait de l'anonymisation une voie d'accès privilégiée à la réutilisation des données publiques puisqu'il a généralisé l'application de cette technique à toutes les données personnelles qui ne pourraient être communiquées autrement. Au regard de la rigueur du principe de finalité à l'égard des données de gestion du service public, on comprend mieux le choix du législateur.

On abordera exclusivement le cas des données issues du recensement. La question de l'anonymisation des données de santé ne s'est posée qu'à l'égard de certaines de demandes émanant d'autres administrations pour la mise en œuvre de certaines politiques publiques<sup>830</sup> ou relativement aux prescriptions médicales qui ne sont pas des données publiques<sup>831</sup>.

**452. Le cas du recensement de la population.** - Le recensement de la population a une double finalité : permettre la détermination de la population légale et établir des statistiques socio-démographiques. Seule la réalisation de cette seconde finalité, qui donne lieu à des traitements de données à caractère personnel, se trouve soumise à la régulation de la loi informatique et libertés.

Afin de rentabiliser les frais engagés par les opérations de recensement, l'INSEE est amené à céder ces informations à des collectivités territoriales, qui les emploient pour décider du déploiement de services collectifs et d'équipements publics, ou à des entreprises privées spécialisées dans le domaine du marketing. Or, s'il n'y a pas d'opposition de principe à la cession puisqu'elle peut répondre à l'intérêt général ou conduire à satisfaire certains besoins économiques, elle ne peut être réalisée que sous réserve d'une anonymisation complète des données personnelles<sup>832</sup>. À défaut, elle contreviendrait aux principes de la loi informatique et libertés et à la règle de confidentialité posée par la loi du 7 juin 1951. En effet, la cession d'informations se rapportant à des personnes recensées non-anonymisées emporterait des risques de détournement de finalité, ces données pouvant être employées à des fins autres que

830. La question du codage et de l'exploitation des données médicales a été particulièrement abordée dans le 15<sup>ème</sup> rapport d'activité, *préc.*, p. 91

831. Sur l'exploitation commerciale des prescriptions, voir CNIL, dél. n° 96-004 *relative à la délivrance à la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France du récépissé de la déclaration d'un traitement automatisé nommé « Pharmasat » destiné à mesurer et à analyser les données sur les ventes réalisées par les officines pharmaceutiques*, rapport 1996, p. 234

832. CNIL, dél. n° 81-03 du 10 mars 1981, *délibération portant avis relatif à la création de traitements automatisés d'informations nominatives effectués sur la base des informations collectées à l'occasion du recensement général de la population*, 2<sup>ème</sup> rapport d'activité, la documentation française, 1982, p. 21



statistiques<sup>833</sup>. En raison de leur importance et du caractère particulièrement sensible des informations collectées, elles pourraient conduire à l'établissement de profils de groupe qui, en tant qu'ils aident à cerner les caractéristiques des individus composant une population, heurteraient les droits fondamentaux que vise à protéger la loi du 6 janvier 1978, notamment son article 10<sup>834</sup>. En second lieu, la cession des données qui permettrait, directement ou indirectement, l'identification d'une personne physique s'opposerait à la règle de l'anonymat, posée par la loi du 7 juin 1951 en contrepartie du caractère obligatoire de la collecte<sup>835</sup>. Ainsi, le procédé de l'anonymisation permet de trouver un équilibre entre les exigences portées par les textes sus-évoqués et les intérêts qui s'attachent à la cession des données statistiques.

Cependant, il ne suffit pas de poser le principe de l'anonymisation des données personnelles pour obvier aux risques d'un détournement de finalité ou de la violation de la règle de l'anonymat. La Commission a ainsi apporté plusieurs précisions sur la mise en œuvre de l'anonymisation des données collectées dans le cadre du recensement<sup>836</sup>. Les mesures destinées à préserver l'anonymat des données doivent être établies de telle sorte qu'elles ne permettent pas, par croisement ou enrichissement des fichiers cédés par la personne publique, de décrire des petits groupes de population ou contribuer à l'identification des individus.

Ainsi, à l'occasion du recensement pour 1990, l'INSEE prévoyait de limiter la diffusion de données statistiques à des îlots comportant au moins 150 personnes et s'interdisait de céder pour des zones inférieures à 2000 habitants les données sensibles relatives à la nationalité ou à la situation au regard du chômage. Le problème posé à la Commission par ces cessions résultait du niveau très fin d'agrégation des données, notamment en raison des statistiques des sociétés de marketing. L'autorité administrative a en effet fait valoir que ces dernières, à partir des tableaux obtenus auprès de l'INSEE, pouvaient, grâce à des traitements automatisés, cibler les personnes appartenant à un petit groupe de population en fonction de diverses caractéristiques. Autrement dit, les données statistiques agrégées anonymes peuvent se transformer en données indirectement personnelles dès lors qu'elles peuvent être rapportés à un individu avec une bonne probabilité. De fait, le niveau

---

833. La Commission s'est exprimée sans nuances sur cette exigence : « des cessions d'informations se rapportant à des personnes recensées, directement ou indirectement identifiables, constitueraient des détournements de finalité du présent recensement ; elle demande en conséquence qu'il ne puisse être procédé qu'à des cessions d'informations ne permettant pas l'identification directe ou indirecte des personnes ».

834. Les dispositions de cet article prohibent notamment qu'une décision de justice ou une décision destinée à produire un quelconque effet juridique puisse uniquement avoir pour fondement un traitement automatisé « destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité ».

835. Les personnes physiques ou morales interrogées lors des opérations de recensement ou plus généralement pour l'établissement de statistiques sont en effet tenues, sous peine d'amende administrative, de répondre avec exactitude et dans les délais aux enquêtes revêtues du visa du ministre chargé de l'INSEE et du ministre à la compétence duquel ressortissent les intéressés.

836. CNIL, dél. n°89-10 du 14 février 1989, *délibération portant avis relatif à la création de traitements automatisés d'informations nominatives effectués sur la base de données collectées à l'occasion du recensement général de la population (RGP) de 1990*, 10ème rapport d'activité, La documentation française, 1990, p. 11 et 171

d'agrégation proposé par la personne publique ne permettait pas de satisfaire au principe de l'anonymat ni à la prohibition de la constitution de profils fixée par l'article 2 de la loi informatique et libertés. Aussi, la Commission a-t-elle précisé certaines des modalités de la cession de ces données ; elle a notamment interdit toute possibilité d'enrichissement et relevé les seuils d'agrégation des données<sup>837</sup>. De telles dispositions ont été reconduites à propos du recensement de 1999<sup>838</sup>. Pour finir, il convient aussi de signaler que des dérogations à ces principes sont admises pour les collectivités territoriales. Celles-ci, sous réserve de conclure une convention avec l'INSEE peuvent se voir céder des données agrégées à un niveau beaucoup plus fin et ne comportant pas de données sensibles.

En conclusion, au regard des principes juridiques issus de la loi informatique et liberté, l'accessibilité aux données de gestion collectées et traitées par le service public pour les besoins de son activité est très limitée. Verrouillée par le principe de finalité et par la pratique restrictive de la Commission nationale informatique et liberté, il n'est vraiment que le processus de l'anonymisation qui en autorise la communication.

---

837. Le principe de l'établissement de seuils a été admis par le Conseil d'Etat (CE, 7 octobre 1998, APUDES req. n° 186073 même si dans cette affaire il a annulé l'arrêté du 27 décembre 1996 qui modifiait, l'arrêté du 26 janvier 1989 portant création d'un traitement automatisé à l'occasion du recensement général de la population, en raison du fait que la détermination d'un seuil d'agrégation très élevé pour les communes de plus de 5000 habitants n'était pas justifié au regard de la protection de la vie privée et du secret des statistiques.

838. CNIL, dél. n°98-023 du 24 mars 1998, *délibération portant avis relatif à la création d'un traitement automatisé réalisé, par l'INSEE, à l'occasion du recensement général de la population (RGP) de 1999*. Plus généralement sur le recensement et ses nouvelles modalités de réalisation voir le 20ème rapport d'activité, La documentation française 2000, p. 165



## Chapitre II

---

### L'incidence du principe de finalité du traitement à l'égard des données personnelles accessibles au public

**453. Délimitation de la notion de données accessibles au public.** - La notion de données « accessibles au public » fréquemment employée par la Commission nationale informatique et liberté ou par la doctrine<sup>839</sup> n'est pas vraiment définie. La CNIL lui substitue d'ailleurs souvent les expressions d'informations « à caractère public » ou celle de « données rendues publiques. »<sup>840</sup> La loi du 6 janvier 1978 de son côté n'emploie aucune de ces locutions, par contre certaines de ses dispositions visent le registre « qui en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, est destiné exclusivement à l'information du public et est ouvert à la consultation de celui-ci ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime »<sup>841</sup>. Il est dès lors, parce qu'elles sont indifféremment utilisées pour désigner la même réalité, difficile d'établir une distinction entre ces différentes expressions<sup>842</sup>. A suivre certains commentaires de la CNIL<sup>843</sup> ou à la lecture de document émanant d'autres instances<sup>844</sup>, elles semblent largement synonymes<sup>845</sup> : Elles désignent l'ensemble des données

839. HUET (J.) ET MAISL (H.), *Droit de l'informatique et des télécoms*, préc., p. 585

840. Les mêmes expressions sont indifféremment employées par le groupe article 29 dans ses recommandations.

841. Article 22, II, 1° de la loi du 6 août 2004. L'article 69-4° emploie la même locution.

842. La CNIL a pu ainsi, à propos des données de l'annuaire téléphonique, parler de données du « domaine public » de données « à caractère public » ou de données « rendues publiques » (v. *infra*)

843. Dans le rapport pour l'année 1998 (CNIL, 20ème rapport d'activité, préc. p. 49-50) on peut lire que « si trois de ses dispositions (de la directive 95/46/CE) font explicitement référence au caractère public d'une donnée pour paraître en tirer la conséquence que certaines données personnelles rendues publiques non pas à être protégées à l'égal des autres données personnelles (...), il résulte clairement de ces dispositions que la directive n'a pas entendu, sauf exceptions, que les données accessibles au public soient dépourvues de toute protection. »

844. La recommandation R (91) 10 du *Conseil de l'Europe sur la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics* du 9 septembre 1991 ([http://www.coe.int/t/f/affaires\\_juridiques/coop%Egration\\_juridique/droit\\_et\\_justice\\_administratifs/textes\\_&\\_documents/Conv\\_Rec\\_Res/Rec%20R\(91\)10.asp](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%Egration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R(91)10.asp)), définit les fichiers « accessibles à des tierces personnes » comme « les fichiers détenus par des organismes publics et contenant des données à caractère personnel pouvant être communiquées au public ou à des tierces personnes ayant un intérêt particulier et qui sont en conformité avec la législation générale sur l'accès à l'information du secteur public ou sur la liberté d'information, les dispositions constitutionnelles ainsi que les lois spécifiques, les règlements ou la jurisprudence autorisant des tierces personnes à avoir accès aux informations détenues par des organismes publics, y compris au moyen d'une publication officielle ».

à caractère personnel détenues par le secteur public qui, en vertu d'une disposition législative, réglementaire ou même par destination, sont appelées à être publiées, communiquées, divulguées au public. Or, le principe de finalité du traitement ne pose pas véritablement d'obstacles, à la communication des données personnelles accessibles au public<sup>846</sup>, simplement parce que la divulgation de l'information par le secteur public représente souvent l'une des finalités du traitement initial<sup>847</sup>. De plus, sauf disposition particulière, au regard de la pratique de la CNIL, il est rare qu'il s'oppose à une communication à des fins de commercialisation. On peut même affirmer l'existence d'un principe de disponibilité des données personnelles accessibles au public (section 1) qui ne souffre pas, ou peu, de limites (section 2).

## Section 1

### Le principe de disponibilité des données personnelles accessibles au public

**454. Etude de cas.** - Si l'idée selon laquelle le principe de finalité du traitement ne s'opposerait pas à la mise à disposition et à l'exploitation commerciale de données personnelles qui ont vocation à être communiquées repose sur l'observation de la pratique de la CNIL, sa doctrine n'a pas vraiment été systématisée. Une telle démarche qui reste possible n'est pas forcément souhaitable car le seul fil conducteur de toutes les solutions que nous exposerons ci-après gît précisément dans la seule considération du caractère communicable de l'information personnelle. Au-delà, il n'y a que des situations et des réglementations particulières. C'est pourquoi, renonçant à toute idée de classement, nous présenterons, bases de données par bases de données, fichier par fichier, toutes les solutions qui permettent

---

845. Il se pourrait que l'on puisse établir une distinction entre les données rendues publiques et l'autre groupe en tant qu'elle désignerait les données que l'administration déciderait de communiquer en dehors de toute prévision réglementaire (rapprocher des données sensibles). Mais, il ne semble pas que ce soit en ce sens que l'expression est employée. En outre, dans ce cas, ce serait des données de gestion.

846. L'expression de données est souvent employée par la CNIL, à côté d'autres locutions, sans être précisément définie. Il faut entendre par là, l'ensemble des données qui sont accessibles ou communicables au public.

847. L'avis 7/99 du groupe article 29, (préc.), indique que l'évaluation de la licéité de la cession des données personnelles détenues par le secteur public ne s'applique qu'en cas de demandes spécifiques et pas pour les données qui sont déjà accessibles publiquement. Ce qui sous-entend que la cession de cette information est compatible avec la finalité du traitement puisque celle-ci suppose la communication des données. Plus loin, on peut encore lire que, « il est des cas où les administrations publiques sont tenues, par la loi, non seulement de collecter des données à caractère personnel mais également de les divulguer à des parties tierces. Citons par exemple les législations régissant certains registres publics, notamment les données à caractère personnel sur la propriété contenues dans les registres publics de la propriété ou dans les registres établis conformément au droit de la famille. La directive autorise la divulgation de ces données (...) sur la base de l'intérêt général ».

d'illustrer l'idée plus haut développée. Nous aborderons donc successivement : le cas de l'annuaire téléphonique (§1) ; celui des registres d'entreprises (§2) ; celui des bases de données jurisprudentielles (§3).

## §1 - LES DONNEES PERSONNELLES DE L'ANNUAIRE TELEPHONIQUE

**455. L'annuaire téléphonique, un «fichier de référence».** - En raison du nombre de données personnelles qu'il contient, de leur nature, de la qualité de leur mise à jour, l'annuaire téléphonique, devenu annuaire universel, représente une source d'information incontournable pour de multiples activités économiques. Aussi, est-ce très tôt que la question de l'exploitation économique de listes d'abonnés, puis de l'ensemble de l'annuaire, s'est posée, au regard des exigences de la loi informatique et liberté. La CNIL, appelée à se prononcer à plusieurs reprises sur ces pratiques<sup>848</sup>, a admis sans difficultés la communicabilité de ces informations à des fins commerciales. L'annuaire constitue même, à bien des égards, le fichier public sur lequel le principe de finalité a le moins de prise puisque, à notre connaissance, c'est le seul ensemble informationnel sur lequel des usages d'une nature radicalement différente peuvent s'exercer. Autant dire, qu'il s'agit là d'un cas particulier au sein des bases de données personnelles du secteur public<sup>849</sup>. Toutefois, la très large accessibilité des informations de l'annuaire, qui repose sur la considération du « caractère public » des données qu'il contient, a toujours été entourée de garanties permettant de protéger la vie privée des abonnés au service téléphonique. Par conséquent, nous présenterons le principe et le fondement de la disponibilité des données personnelles contenues dans l'annuaire (A) avant d'envisager les garanties accompagnant la communication de ces données personnelles (B).

848. On dénombre au moins 11 délibérations de l'autorité administrative concernant l'annuaire téléphonique.

849. La CNIL a aussi souligné le caractère particulier du secteur des télécommunications en indiquant que « les services de télécommunication évoluent dans un ensemble réglementaire qui a sa propre logique ; l'application de la loi informatique et libertés ne peut qu'en tenir compte, au besoin en suggérant des modifications ou des compléments aux textes réglementaires. » *in Dix ans d'informatiques et de libertés, préc.* p. 158

## A. Le principe de disponibilité des données personnelles de l'annuaire

**456. Statut réglementaire de l'annuaire.** - Saisie par le ministre des postes et télécommunication d'une déclaration de modification de traitement qui visait à faire consacrer la possibilité de procéder à la cession commerciale des listes d'abonnés à destination de professionnels, la CNIL va donner un avis favorable au projet qui lui était soumis<sup>850</sup>. Cette solution, peu argumentée, repose directement, et seulement, sur la considération du « caractère public » des informations de l'annuaire téléphonique alors consacré par l'article D. 359 du Code des postes et télécommunications. En dehors du texte de la délibération, la CNIL a pu aussi évoquer un autre élément qui a très certainement été pris en compte pour admettre la cessibilité des listes d'abonnés extraites de l'annuaire : c'est le fait qu'une disposition réglementaire reconnaissait expressément la possibilité de faire un usage commercial de ces données, en l'occurrence l'article R.10 du Code des P&T<sup>851</sup>. L'autorité administrative n'a donc pas explicité le contrôle de compatibilité impliqué par le principe de finalité entre d'une part, le traitement réalisé dans le cadre du service public et d'autre part celui qui lui était soumis, se contentant d'affirmer que : « la cession commerciale ou la location d'adresses est une pratique courante (...) La loi informatique et libertés ne s'oppose pas à ces pratiques pour peu que les informations aient été obtenues par des moyens licites et que certaines garanties aient été prises. »<sup>852</sup> Cependant, le fait que l'on ne trouve pas de trace du principe de finalité ne signifie pas que le caractère public de l'information écarte la qualification de données personnelles puisque d'autres dispositions de la loi informatique et liberté continuent de s'appliquer à l'information en cause. Cela ne signifie pas non plus que la CNIL n'ait pas procédé à ce test. Seulement, eu égard aux dispositions réglementaires, celui-ci n'était même pas nécessaire, puisque la possibilité de commercialiser l'information, qui est un traitement ayant une finalité particulière, doublée du caractère public de l'information était expressément prévue par des textes. Autrement dit, le traitement envisagé a été validé parce que les données personnelles contenues dans l'annuaire avaient vocation à être communiquées, même à des fins commerciales : l'exigence de compatibilité se trouvait, de ce fait, satisfaite. En définitive, il semble que ce soit bien le statut réglementaire de l'annuaire qui explique la solution de la CNIL.

850. CNIL, dél., n°83-47 du 5 juillet 1983, *portant avis sur la cession commerciale des listes d'abonnés au téléphone par l'administration des PTT* (CNIL, 3ème rapport d'activité, *préc.*, p. 89)

851. La mention de l'ancien article R. 10 du Code des postes et des télécommunications n'apparaît cependant pas dans le corps de la décision mais seulement dans le commentaire qu'en fait la CNIL au sein du 3ème rapport d'activité.

852. CNIL, 3ème rapport d'activité, *préc.*, p. 90

**457. Caractère public des données de l'annuaire.** - il convient de rechercher un peu plus loin l'explication et la portée de la référence au « caractère public » des données de l'annuaire, qui n'est pas couramment employée par la commission. Cet élément nous semble en effet avoir justifié des solutions tout à fait particulières aux données personnelles contenues dans l'annuaire.

La CNIL est peu prolixe sur la question. Un début de réponse peut être recherché dans une autre délibération qui oppose explicitement les données qui ont un « caractère public » aux informations relatives à « la vie privée »<sup>853</sup>. La Commission devait se prononcer sur un projet du ministère des PTT qui prévoyait l'enrichissement du fichier des usagers par l'adjonction deux séries d'informations : Premièrement, des données concernant les caractéristiques de l'abonnement relatives à l'inscription à d'autres réseaux de télécommunication, à la possession de certains terminaux de télécommunication et aux caractéristiques de l'abonnement ; Deuxièmement, des données portant sur l'adresse, la profession et l'identité des abonnés au réseau. Le fichier agrémenté de ces nouvelles informations devait servir à l'élaboration de l'annuaire ; les listes d'abonnés extraites de celui-ci pouvaient être cédées. Tout en validant le projet, eu égard aux objectifs économiques qu'il pouvait servir<sup>854</sup>, elle estima que la première série d'informations complémentaires n'avait pas de caractère public. Au contraire, n'étant connue que de l'administration, le recours à de tels services ne relevait que « du choix des abonnés et concerne leur vie privée ». Or, la publication ou la cession de telles informations pouvait effectivement donner des indices sur le comportement en matière de consommation ainsi que sur le train de vie des abonnés<sup>855</sup>. Aussi, l'autorité administrative préconisa-t-elle que l'inscription de ces données soit facultative. Quant aux informations relatives à l'identité des abonnés, la commission trace une frontière entre les données qui peuvent être considérées comme appartenant au « domaine public » - il s'agit « *du nom, du prénom ou l'initiale du prénom, l'adresse et le numéro de téléphone* » - et les données qui ne relèvent pas du domaine public, c'est-à-dire, en l'occurrence, de « l'indication des mentions relatives à la profession, le titre, la fonction élective ». De même que précédemment, elle préconisa l'indication facultative et gratuite de ces mentions au sein de l'annuaire.

Au-delà de l'intérêt que présente la démarche de la CNIL, qui sans s'opposer au projet apporte un certain nombre de garanties destinées à préserver la vie privée des individus, on

853. CNIL, dél. n°85-22 du 18 juin 1985, *portant avis d'une part sur les déclarations de modifications présentées par le Ministère des Postes-Télécommunications-Télédiffusion concernant le traitement relatif à la constitution du fichier des inscriptions dans le système des informations des usagers (annuaires renseignements téléphoniques) et à leur commercialisation et d'autre part sur la collecte d'informations destinées à ce fichier*, (CNIL, 6ème rapport d'activité, *préc.* p. 68)

854. Elle souligne dans sa délibération que « la publication ou la cession de telles informations complémentaires est de nature à favoriser les échanges économiques ; qu'il découle ou qu'il peut découler des missions des PTT de promouvoir de telles publications »

855. CNIL, 6ème rapport d'activité, *préc.*



aura noté qu'elle emploie l'expression de données appartenant « au domaine public » pour définir le caractère public de l'information. Bien que, du moins à notre connaissance, la CNIL n'ait jamais vraiment explicité sa position à ce propos, la notion de domaine public peut renvoyer à deux notions juridiques. Celle bien connue du droit administratif mais dont on ne voit pas comment elle pourrait être rapprochée de la locution employée par la Commission et celle qui a cours dans le domaine de la propriété littéraire et artistique pour définir l'ensemble des œuvres qui sont accessibles à tous et qui peuvent être exploitées sans autorisation de leur auteur. Sans appliquer cette définition à la notion dégagée par la CNIL, elles peuvent toutefois être rapprochées : Les données personnelles du domaine public, dont la teneur est d'ailleurs très limitée, puisqu'elles ne concernent que des coordonnées banales, seraient ainsi des données accessibles à tous sans aucune restriction. Dès lors, le principe de finalité n'aurait que peu ou pas de prise sur elles ; toutes les formes d'usages de ces informations étant justifiées<sup>856</sup>.

## B. Les garanties entourant la communication des données personnelles de l'annuaire

**458. La garantie du droit d'opposition au traitement.** - On l'a largement aperçu : lorsqu'elle a rendu un avis favorable à la divulgation des données personnelles de l'annuaire téléphonique à des fins commerciales, la commission s'est toujours préoccupée d'assurer la protection des individus au travers des autres dispositions de la loi informatique et libertés.

---

856. Le vocabulaire employé par la commission n'étant pas toujours très constant, celle-ci a aussi volontiers parlé, à propos des données de l'annuaire, de « données rendues publiques. » Ainsi, commentant ces deux décisions à l'occasion d'une nouvelle délibération relative à la commercialisation de listes d'adresses issues de l'annuaire (CNIL, dél. n°87-35 du 31 mars 1987, *portant avis sur la demande d'avis n° 104.295 par le Ministre des Postes et Télécommunications concernant le traitement relatif à l'enrichissement des adresses des fichiers de clientèle des entreprises*, 8ème rapport d'activité, 1987, p. 258). elle a dit qu'elle avait, dans sa délibération de 1983, admis le principe de la cession parce ce que « les données avaient été rendues publiques du fait de l'existence de l'annuaire papier » mais, qu'en revanche, en 1985, « s'agissant de données qui ne devaient pas être rendues publiques sans que les intéressés en aient été avertis, elle avait demandé que les abonnés soient informés individuellement avant la publication ou les cessions éventuelles de ces informations afin qu'ils puissent faire connaître, le cas échéant, leur refus » (CNIL, 8ème rapport d'activité, préc., p. 56). En dehors du fait que cette interprétation confirme l'idée selon laquelle la licéité de la cession des données de l'annuaire soit précisément fondée sur le fait qu'elles aient été rendues publiques, il convient de noter que l'expression de « données rendues publiques », qui renvoie à toutes les formes de divulgation d'information auxquelles l'administration peut procéder, a aussi été employée pour caractériser d'autres fichiers publics qui, en vertu de certaines dispositions réglementaires ou par destination, sont accessibles au public (voir *infra*). Pourtant, les conséquences qui s'attachent à cette qualification de données du « domaine public » ou « rendues publiques » est beaucoup plus large s'agissant de l'annuaire téléphonique que pour les autres fichiers du secteur public. A notre connaissance, en effet, seules les données de l'annuaire téléphonique peuvent faire l'objet d'usages qui sont généralement considérés comme exclusifs par la commission : Les données personnelles contenues dans l'annuaire peuvent en effet être cédées à des fins commerciales, économiques mais aussi à des fins de prospection politique.

Elle a notamment rappelé à plusieurs reprises la nécessité pour les usagers du service public des télécommunications de pouvoir concrètement exercer les prérogatives individuelles qu'ils tiennent de la loi informatique et liberté. Parmi celles-ci, le droit d'opposition et son corollaire, l'information des personnes concernées par le traitement, jouent un rôle central.

Ainsi, à défaut de s'opposer au traitement des données issues de l'annuaire de manière générale, la loi permet à toutes les personnes qui sont concernées par l'exploitation commerciale de l'annuaire de s'y opposer individuellement. De fait, c'est la possibilité pour les personnes concernées par le traitement d'exercer concrètement ces prérogatives qui va permettre de concilier les risques emportées par l'exploitation économique des données personnelles et la protection de la vie privée ou des libertés individuelles. Cette dialectique est constante dans les différentes délibérations de la CNIL : la mise à disposition, à quelques fins que ce soit, de données personnelles est entourée de garanties propres à préserver les droits reconnus par la loi aux individus. La Commission s'est montrée très soucieuse de l'effectivité de ces prérogatives allant jusqu'à émettre des avis défavorables aux projets de traitements qui lui étaient soumis lorsque les garanties inhérentes au respect de ces droits n'étaient pas suffisantes pour contrebalancer les menaces que l'exploitation commerciale des données de l'annuaire faisait peser sur la vie privée des individus. Pour ces raisons, elle a même pu s'opposer à la commercialisation de données accessibles au public (voir *infra*). Il s'agit là d'une démarche récurrente ; on la retrouve à propos de bon nombre de bases de données personnelles rendues publiques. Le respect, et surtout l'effectivité, du droit d'opposition au traitement et de son corollaire, l'information de la personne concernée, constituent les seules garanties que la loi informatique et libertés peut apporter aux individus face à la cession de données personnelles accessibles au public. La Commission signifie par là que les données personnelles, fussent-elles accessibles au public, sont toujours protégées par la loi informatique et libertés.

**459. Illustrations.** – Elle émit ainsi, en 1991, un avis favorable au traitement qui permettait aux abonnés ayant souscrit à un contrat particulier de constituer des fichiers d'abonnés au téléphone en les extrayant par voie télématique en raison du fait que le projet qui lui était soumis contenait des garanties suffisantes relativement à la protection des droits des abonnés à ne pas figurer dans ces listes. L'information des abonnés concernant le droit d'opposition ou la possibilité de figurer sur la liste rouge avait en effet été accrue<sup>857</sup>.

L'avènement de l'annuaire universel, d'une nouvelle réglementation relative aux télécommunications et de nouveaux modes de diffusion va venir renouveler cette

---

857. CNIL, dél. n°91-032 du 7 mai 1991, délibération portant avis sur le projet d'acte réglementaire présenté par France Télécom, modifiant l'arrêté du 30 décembre 1983 modifié relatif à la constitution du fichier des inscriptions dans le système d'information des usagers et à leur commercialisation par l'administration des PTT – Service Marketis. 12ème rapport d'activité, La documentation française, 1991, p. 309

problématique sans toutefois la modifier fondamentalement<sup>858</sup>. La protection du droit des abonnés aux différents réseaux téléphoniques à être laissés tranquilles passant toujours par une correcte information sur la finalité des traitements envisagés, l'existence d'un droit d'opposition et l'institution de modalités simples de mise en œuvre de cette prérogative.

A l'occasion de l'examen du projet de décret relatif aux modalités de mise en œuvre d'un annuaire universel la commission a pu constater que si les droits reconnus aux abonnés de s'opposer à la divulgation de son numéro de téléphone ou celui de s'opposer à l'utilisation de son numéro à des fins de prospection commerciale ou encore celui de refuser à ce que soit publiée l'adresse complète ou son prénom étaient bien consacrés, les spécificités et les dangers résultant de la diffusion des annuaires par Internet n'avaient pas été correctement appréciés par les auteurs du texte. En effet, les données figurant sur un annuaire comportent, notamment, les coordonnées des personnes s'étant opposées à toute utilisation commerciale des informations les concernant. Or, de telles données pouvaient, en raison du mode de diffusion particulier, être accessibles depuis le territoire d'un Etat n'assurant pas aux données personnelles une protection équivalente à celles garanties par la loi française<sup>859</sup>. Ainsi, les abonnés qui avaient pourtant manifesté leur opposition à toute cession de leurs données personnelles à des fins de prospections commerciales eussent-ils pu, en cas de traitement de ces données dans des Etats n'ayant pas un niveau de protection équivalent, être ainsi sollicités. Par conséquent, la Commission considéra que le texte qui lui était soumis devait prévoir l'obligation pour les opérateurs d'informer leurs abonnés sur les risques induits par la diffusion sur Internet des données des abonnés ainsi que de leur droit de s'opposer à la diffusion de leurs données dans un annuaire « distribué ou diffusé sur support électronique accessible depuis le territoire d'un Etat n'assurant pas aux données personnelles une protection équivalente à celle garantie par la loi française »<sup>860</sup>.

Les progrès techniques, avec l'apparition de la possibilité de faire l'objet de recherches directement à partir des numéros d'appel, ont conduit la CNIL à formuler d'identiques

858. CNIL, dél. n°97-010 du 4 février 1997, *délibération portant sur le projet de décret d'application de l'article L.35-4 du code des Postes et télécommunications relatif à l'annuaire universel*, 18ème rapport d'activité, La documentation française 1997, p. 301 et 19ème rapport d'activité, La documentation française 1998, p. 72

859. L'article 68 de la loi informatique et libertés prévoit que « le responsable d'un traitement ne peut transférer des données à caractère personnel vers un Etat n'appartenant pas à la Communauté européenne que si cet Etat assure un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet ».)

860. Ces préoccupations ont, semble-t-il, été prises en compte. On peut en effet lire, dans une décision ultérieure relative à la gestion de la base de données annuaire (CNIL, dél. 98-001 du 13 janvier 1998, *délibération concernant une demande d'avis présentée par France Télécom relative à la gestion de la base annuaire*) que « les personnes sont informées par France Télécom, préalablement à la diffusion des informations les concernant sur un réseau international ouvert au public tel Internet, du droit dont elles disposent de s'opposer gratuitement à une telle diffusion »

préconisations à celles précédemment évoquées pour protéger les individus contre cette pratique autrement plus intrusive pour la vie privée<sup>861</sup>

L'analyse de ces quelques délibérations de la CNIL rendues à propos de l'annuaire téléphonique apporte plusieurs enseignements. En premier lieu, son caractère public, sa vocation générale à la communication, justifie toutes sortes d'usages de nature commerciale ou pas. Bref, il s'agit là de la base de données personnelle du secteur public qui est la plus accessible. En second lieu, la très large disponibilité des données personnelles de l'annuaire ne met cependant pas en échec toutes les dispositions de la loi informatique et libertés. L'opérateur cédant ces données doit en toutes circonstances et notamment lorsque de nouveaux services apparaissent, garantir l'exercice du droit d'opposition, voire du consentement préalable, en assurant une correcte information des abonnés et en facilitant l'exercice de ces prérogatives. Cette dialectique entre l'accessibilité aux données personnelles contenues dans les bases de données publiques et, seul moyen de préserver les droits protégés par la loi dans ce contexte, l'exercice du droit d'opposition à un traitement à finalité commerciale se retrouve dans bien d'autres hypothèses où les bases de données personnelles sont accessibles au public.

## §2- LES DONNEES PERSONNELLES DES REPERTOIRES RELATIFS AUX ENTREPRISES

**460. Distinctions.** - À l'instar des données contenues dans l'annuaire téléphonique, les données personnelles figurant dans les différents registres relatifs aux entreprises sont particulièrement recherchées par le secteur privé ; elles constituent, notamment, le support

861. CNIL, dél., n°00-040 du 4 juillet 2000, *délibération relative à une demande d'avis sur un projet de décret relatif à la transposition en droit français des directives 97/66/CE et 98/10/CE et modifiant le code des postes et télécommunications* (Dans un avis n°5/2000 du 13 juillet 2000, *concernant l'utilisation des annuaires publics pour des services de recherche inversée ou multicritères* ([http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2000\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2000_fr.htm)) , le groupe article 29 fait valoir que l'avènement de ces nouveaux services permette à une personne, par la seule connaissance d'un numéro de téléphone, de recueillir un certain nombre de données supplémentaires sur la personne qui a transmis le numéro. À ce titre, elle estime qu'une telle utilisation des données de l'annuaire est contraire au principe de finalité puisque « le but des annuaires téléphoniques classiques est la communication du numéro de téléphone d'un abonné à partir de la connaissance du nom de cet abonné. Et l'utilisation de ces données à caractère personnel est limitée à ce but spécifique. Par conséquent, l'utilisation de ces annuaires pour découvrir des données à caractère personnel concernant une personne physique à partir d'un certain numéro de téléphone pour lequel on ne connaît pas l'abonné correspondant ou les noms et numéros de téléphone de personnes vivant dans une zone déterminée, est une utilisation complètement différente et constitue donc un nouvel objectif qui n'est pas compatible avec l'objectif initial ». Le groupe ne préconise cependant pas l'interdiction de tels services qui peuvent s'avérer utiles. Il rappelle seulement, la nécessité d'information des abonnés quant à cette possibilité d'utilisation de leurs données personnelles et la nécessité pour eux de faire valoir leur consentement à un tel traitement.

du renseignement commercial. On notera cependant que toutes les données contenues dans ces répertoires ne sont pas directement nominatives ou, pour employer la nouvelle terminologie, qu'elles ne permettent pas d'identifier directement une personne physique. En effet, une partie de cette information comporte des éléments d'indentification d'une personne morale, à l'égard desquelles la loi informatique et libertés n'est pas applicable<sup>862</sup>. Aussi, est-ce seulement sur une partie des informations contenues dans ces bases de données que l'emprise de la loi informatique et libertés sera effective.

**461. Publicité légale.** - Cela étant précisé, il faut dire que la CNIL à travers plusieurs délibérations a admis la très large accessibilité à ces données, tout en limitant, et c'est là une différence essentielle par rapport aux données personnelles de l'annuaire téléphonique, les possibilités d'usage de cette information, eu égard à la finalité du traitement envisagé par la puissance publique (v. *infra*). Pour le reste, la teneur de la solution est identique à celles que l'on a précédemment évoquées : l'exercice effectif des prérogatives individuelles permet de compenser les risques engendrés par l'ouverture de ces bases de données. Un exemple permettra d'illustrer cette affirmation : Celui des traitements mis en œuvre par l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) pour la gestion et la diffusion des données contenues dans le registre national du commerce et des sociétés.

La disponibilité des données traitées par l'INPI dans le cadre de la gestion du registre du commerce et des sociétés a été admise par la CNIL en raison du fait que ces informations font l'objet de mesures de publicité légale et, d'une manière plus large, que la réglementation applicable au registre du commerce et des sociétés prévoit la possibilité de les communiquer au public<sup>863</sup>. La commission indique très clairement, dans le 9<sup>ème</sup> rapport d'activité, que « la publicité des données recueillies est l'une des missions confiées à l'INPI. Les informations sont en conséquence accessibles à tous les requérants »<sup>864</sup>. Le principe de finalité ne peut

862. Il faut cependant nuancer le propos. Si, en règle générale, les données qui ne peuvent permettre l'identification d'une personne physique sont exclues du champ d'application de la loi, la CNIL, en faisant une interprétation constructive du texte élaboré en 1978, a estimé que les représentants légaux des personnes morales pouvaient user des prérogatives individuelles reconnues par les textes sur ces données. Dans sa délibération n°84-28 (3 juillet 1984, *délibération relative à la mise en œuvre par les maries d'Arcueil, Gentilly, Ivry-sur-Seine, Villejuif, et Vitry-sur-Seine, d'un fichier d'entreprise*, 5ème rapport d'activité, La documentation française 1985, p. 254 ; D. jur., 1984, p. 587, note J. FRAYSSINET) la Commission a dit que « si le droit d'accès a un caractère strictement individuel, il convient d'en reconnaître l'exercice aux personnes physiques, dès lors que le nom de ces personnes figure dans le fichier en tant que dirigeant, actionnaire ou associé... » Ainsi, les informations relatives à la personne morale, lorsqu'elles peuvent être rapprochées de données personnelles contenues dans un même fichier, peuvent apparaître comme des informations permettant l'identification d'une personne physique, justifiant par là l'application de certaines dispositions de la loi informatique et libertés.

863. Conformément aux dispositions du décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés, une partie des informations y figurant peuvent être communiquées à toute personne ; par ailleurs, elles font aussi l'objet d'une publicité générale au sein du bulletin d'annonces civiles et commerciales...

864. CNIL, 9ème *rapport d'activité*, La documentation française, 1989, p. 219. Une solution similaire a été retenue pour le répertoire SIRENE. Toutefois, la solution est fondée ici sur le fait que l'activité de

s'opposer à un tel traitement puisque c'est la finalité même du traitement envisagé par l'administration qui postule la communication de ces données. Ainsi, dans sa délibération n°88-48, elle a émis un avis favorable au traitement destiné à la gestion informatique et à la communication des données contenues dans le registre du commerce et des sociétés parce que l'INPI se contentait de transmettre les seules informations qui étaient communicables en vertu du texte réglementant la gestion du RCS. Elle souligne à ce titre que le projet qui lui était soumis prévoyait de divulguer les informations personnelles « dans les conditions et limites prévues par la législation applicable au registre du commerce et des sociétés »<sup>865</sup>.

De la même manière, dans la délibération n°88-49 relative à la mise en place d'une banque de données destinée à permettre à toute personne d'accéder aux informations relatives aux entreprises figurant au RCS ainsi qu'à des informations complémentaires sur l'activité commerciale de ces entreprises<sup>866</sup>, la CNIL a constaté la conformité du traitement aux dispositions de la loi informatique et liberté en raison du fait que sa finalité se limitait « à l'accomplissement par l'INPI de sa mission d'information du public conformément aux règles de publicité légale du registre du commerce et des sociétés. »

Par conséquent, la licéité de ce traitement, au regard de la loi informatique et libertés, repose ici sur la considération de sa conformité aux obligations de service public imparties à la personne publique par les textes réglementant la collecte et la communication de telles données<sup>867</sup>. C'est là une démarche habituelle de la Commission : Elle apprécie la légitimité de la finalité déclarée par la personne publique au regard des missions qui lui sont confiées par les textes. Autrement dit, « la finalité (du traitement) doit se rattacher à l'une des missions de l'organisme public »<sup>868</sup>. Lorsque la communication des données personnelles constitue l'une des attributions de la personne publique, l'appréciation de la légitimité du traitement n'est donc pas problématique. Par contre, à l'occasion de ces deux délibérations, elle a rappelé à

---

commercialisation du fichier SIRENE était expressément prévue par un texte. (CNIL, dél. n° 81-88, 21 juillet 1981, 2ème rapport d'activité, La documentation française 1982, p. 231

865. CNIL, dél. n°88-48 du 10 mai 1988, *délibération portant avis sur la mise en œuvre par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI) d'un traitement automatisé d'informations nominatives relatif à la gestion du registre national du commerce et des sociétés*, 9ème rapport d'activité, préc. p. 395. Le projet excluait notamment la communication d'informations particulièrement sensibles relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté dont l'inscription au registre est obligatoire. Des mesures de sécurité particulières entourant l'accès à ces données sensibles : l'institution d'un contrôle d'accès effectué au moyen d'un mot de passe et un contrôle de l'habilitation des utilisateurs.

866. CNIL, dél. n° 88-49 du 10 mai 1988, *délibération portant avis sur la création par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI) d'une banque de données télématique destinée à assurer la publicité légale du registre du commerce et des sociétés*, 9ème rapport d'activité, préc., p. 397

867. Inversement, la Commission n'aurait sûrement pas admis la licéité d'un tel traitement s'il avait concerné des données dont les textes ne prévoyaient pas la communication. Elle précise ainsi, au sein de la délibération 88-49, que le projet qui lui était soumis excluait la communication des données dont la communication est expressément prohibée par la réglementation du RCS.

868. MAISL (H), « Etat de la législation française et tendances de la jurisprudence relative à la protection des données personnelles » *RIDC* 3-1987, p. 571

l'administration qu'elle devait prendre des mesures, lors de la collecte des données, pour informer les personnes concernées d'une éventuelle cession de leurs données ainsi que de leur droit de s'opposer à une telle communication.

### §3 - LES DONNEES PERSONNELLES ET LES BASES DE DONNEES DE JURISPRUDENCE

**462. Palliatifs techniques.** - Le cas des données personnelles contenues dans les décisions de justices compilées au sein de bases de données jurisprudentielles est particulièrement intéressant parce qu'il illustre la manière dont des garanties techniques peuvent venir préserver les droits et libertés protégés par la loi alors que les garanties juridiques ne peuvent être efficacement appliquées. Pour le reste, le caractère public des décisions de justice justifie leur très large accessibilité.

L'avènement d'importantes bases de données jurisprudentielles contenant l'intégralité des décisions des juridictions suprêmes ainsi qu'une grande partie des décisions des juridictions du fond a suscité une réflexion sur la protection que les personnes physiques<sup>869</sup> parties à l'instance - et les témoins - pouvaient recevoir au titre de la loi informatique et liberté. En effet, les bases de données jurisprudentielles, constituées à des fins documentaires, ont très tôt été détournées de leur finalité : leur consultation a induit des formes d'usage présentant des risques pour la vie privée des personnes concernées. La CNIL signalait ainsi, en 1985, qu'elles n'étaient pas seulement utilisées pour chercher des décisions présentant un intérêt juridique mais aussi pour rechercher toutes les décisions concernant un même individu<sup>870</sup>. En d'autres termes, les bases de données jurisprudentielles étaient employées « comme de véritables fichiers de renseignements » ou comme un casier judiciaire parallèle. Face à ces dangers, dont on peut facilement mesurer la portée pour l'individu, s'agissant, qui plus est, d'informations sensibles, les principes et garanties juridiques de la loi informatique et liberté ont relativement peu de prise car les décisions de justice ont un « caractère public ». La libre communication des arrêts et jugements constitue même une garantie fondamentale consacrée, notamment, par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Par conséquent, le principe de finalité ne peut conduire à limiter la diffusion des décisions de justice ou la constitution des bases de données. L'équilibre entre la protection des libertés individuelles et le caractère public des décisions de justice doit donc être recherché autrement que par une interdiction d'accès à la jurisprudence

869. A l'exclusion des personnes morales qui ne sont pas visées par les dispositions de la loi informatique et libertés.

870. CNIL, 6ème rapport d'activité, La documentation française 1986, p. 201

ou à une partie des décisions. Comment dès lors limiter les risques d'atteinte à la vie privée portés par la diffusion des décisions de justice ? La conciliation proposée par la CNIL, qui s'appuie sur un procédé technique, dépend largement des modes de diffusion de cette information et des risques qu'ils charrient.

Lors d'une première réflexion, elle avait considéré que le procédé de l'anonymisation, qui conduit à occulter le nom des parties lors de l'enregistrement de la décision, était disproportionné compte tenu des conditions de diffusion de ces ensembles informationnels. À l'époque, ceux-ci n'étaient pas facilement accessibles puisqu'il s'agissait, principalement, soit des bases de données internes aux juridictions sans possibilité de consultation extérieure, soit de bases de données accessibles par voie d'abonnement à un coût relativement élevé. Aussi, préconisa-t-elle un dispositif fondé sur le droit d'opposition au traitement : le requérant pouvant faire valoir lors de la présentation de la requête son opposition à ce que son nom soit divulgué au public. Cette solution équilibrée – qui n'a d'ailleurs jamais été appliquée – permettant de concilier les droits individuels et le caractère public des décisions de justice, en cause par l'apparition de techniques de diffusions autorisant un accès universel aux décisions de justice.

Dans sa recommandation relative à la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence<sup>871</sup>, elle a constaté que les spécificités du réseau Internet, qui permettent à un faible coût, sans aucune possibilité de contrôle, d'accéder<sup>872</sup>, de dupliquer et de diffuser une telle information, « conduisent à repenser l'équilibre entre le caractère public des décisions de justice et les droits et libertés des personnes concernées ».

Un tel mode de diffusion méconnaît plusieurs garanties apportées par la loi informatique et libertés. En premier lieu, il permet l'enregistrement et la diffusion de données sensibles qui font apparaître « les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses... » en l'absence d'accord exprès de l'intéressé<sup>873</sup>. En deuxième lieu, il s'avère que la loi réserve « *aux seules autorités publiques ou aux personnes privées chargées d'une mission de service public la faculté de procéder aux traitements automatisés des informations nominatives concernant les infractions, condamnations et mesures de sûreté* » ; or, une fois diffusée sur Internet toute personne peut reproduire et rediffuser l'information. Enfin, la numérisation et les diffusions des décisions de justice constituant un traitement

871. CNIL, dél., n° 01-057 du 29 novembre 2001, *portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence*, CNIL, 22ème rapport d'activité, la documentation française, 2002, p.77 ; *Communication-commerce électronique*, 2002, comm. n°29, A. LEPAGE. Cette délibération est intervenue peu avant la mise en place du service public d'accès au droit.

872. L'accès universel aux décisions de justice se double du problème tout aussi aigu du caractère indéfini de la mise en mémoire d'une telle information ; la préservation du droit à l'oubli ne pouvant plus être assurée.

873. L'article 8 de la loi informatique et libertés (ex article 31) prohibe la collecte ou le traitement des données sensibles sauf si, et dans la mesure où la finalité du traitement l'exige, la personne concernée y a consenti. D'autres exceptions sont aussi prévues dans l'hypothèse où la vie de la personne est en jeu ou pour les traitements mis en œuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif.



d'informations nominatives, chaque individu devrait pouvoir faire valoir son droit d'opposition à ce qu'une requête soit lancée sur son nom sur Internet ; ce qui, pour l'heure, n'est pas envisageable. L'exercice de ce droit et le respect des autres dispositions de la loi en cause ne pouvant être correctement garantis autrement que par ce moyen, la commission propose, mais seulement pour la diffusion sur Internet, que soient supprimés le nom et l'adresse des parties ainsi que ceux des témoins<sup>874</sup>. Ainsi une garantie technique peut venir pallier l'impossibilité à mettre en œuvre les dispositions de la loi pour préserver les droits des individus : elle permet de concilier le caractère public des décisions de justice avec la nécessité de préserver les droits et libertés des personnes concernées par le traitement<sup>875</sup>. En revanche, toujours dans un souci de mesure, et prenant en compte les moindres risques que ce mode de diffusion de la jurisprudence emporte, c'est une solution différente qui est préconisée à propos de la diffusion de la jurisprudence sur les sites spécialisés ou sur CD-ROM. En effet, l'accès aux CD-ROM et aux sites spécialisés est plus restreint, il suppose souvent un coût important qui permet d'éloigner le risque d'usage impropre des données qu'il contient. Elle estime toutefois que l'adresse des parties devra être occultée et rappelle aux éditeurs juridiques qu'il sont soumis aux dispositions de la loi informatique et libertés.

## Section 2

### Les limites à la disponibilité des données personnelles accessibles au public

**463.** Si le principe de finalité du traitement ne s'oppose pas à la mise à disposition à des fins de commercialisation d'une base de données personnelles qui, en vertu des dispositions réglementaires qui la régissent, peut être communiquée au public, les exigences

---

874. « Le souci du juste équilibre ne doit pas conduire à préconiser d'ôter tout caractère indirectement nominatif (...) aux décisions de justice. Une telle orientation serait tout à fait disproportionnée, susceptible de nuire à la lecture de la décision ou contraindrait dans bien des cas à ne pas autoriser telle ou telle diffusion au motif que sa seule lecture permettrait d'identifier la partie en cause. Elle serait, par nature, contraire à la finalité légitime poursuivie par les juridictions ou les éditeurs de jurisprudence ».

875. La commission avait procédé de la sorte s'agissant de la création d'un serveur télématique JORF permettant l'accès à l'ensemble des informations publiées dans l'édition « lois et décrets » du journal officiel. S'agissant de textes soumis à une publication obligatoire, les dispositions de la loi du 6 janvier 1978, et notamment le principe de finalité, sont décevantes. Toutefois, la Commission a appelé à l'attention de la direction des journaux officiels sur le problème particulier de la diffusion par voie télématique des décrets de naturalisation. Ces informations auraient pu être consultées à partir d'un Etat étranger ne respectant pas la législation informatique et libertés et constituer une source de menace pour les individus naturalisés. En l'absence de dispositifs techniques permettant de restreindre l'accès à ces informations, la direction des journaux officiels avait choisi de ne pas intégrer la rubrique « naturalisation ».

qui en découlent<sup>876</sup> peuvent contrarier la diffusion de certaines données (§1) et empêcher, alors qu'elles sont communiquées, un certain mode ou une certaine forme d'utilisation de l'information (§2).

## §1- LE PRINCIPE D'ADEQUATION COMME OBSTACLE A LA COMMUNICATION DES DONNEES PERSONNELLES

**464. Signification de l'exigence d'adéquation.** - Le principe de finalité du traitement impose une exigence d'adéquation entre le but du traitement et la teneur des données personnelles communiquées. Autrement dit, la communication des données personnelles doit être « *pertinente et non excessive* » au regard du but poursuivi par le traitement mis en œuvre par la personne publique. La CNIL, dans le contexte de l'ancienne réglementation, se réservait ainsi « la possibilité de vérifier (...) si les données nominatives enregistrées le sont en fonction du but poursuivi par le traitement. »<sup>877</sup> Ainsi, l'exigence d'adéquation peut s'opposer à la communication de certaines données personnelles contenues dans une base de données publique lorsque celles-ci seraient excessives ou non pertinentes par rapport au but d'un tel traitement<sup>878</sup>.

**465. L'incidence de l'exigence d'adéquation aux données personnelles rendues publiques.** - Pour prendre quelques exemples issus de la pratique de la CNIL, on peut faire état de la délibération à l'occasion de laquelle l'autorité administrative a considéré que l'enregistrement d'informations en « rapport avec la justice » et celles relatives « aux familles » devaient disparaître - parce que sans utilité au regard du but poursuivi - d'un traitement qui avait pour finalité d'assurer Identiquement, elle « la gestion administrative d'une forme d'aide et fournir des informations permettant l'orientation de la politique de protection de l'enfance »<sup>879</sup>. a estimé que la collecte d'informations relatives à la situation familiale ou extra-familiale de personnes vivant dans un même logement était de nature à porter atteinte à la vie privée par rapport à la finalité du recensement de la population<sup>880</sup>. De la même manière, elle s'est prononcée, s'agissant du traitement automatisé de la facturation détaillée du téléphone, pour l'occultation des quatre derniers chiffres du numéro d'appel dont

876. « C'est en effet à partir de la finalité d'un traitement que tout un faisceau d'exigences est formulé quant à la nature des données enregistrées, à leur durée de conservation et à la qualité de leurs destinataires. »

877. MALLET-POUJOL (N.), *La commercialisation des bases de données, préc.*, p. 127, n° 124

878. Il s'agit au fond d'un contrôle de proportionnalité entre le but du traitement et les données personnelles qu'il est censé impliquer.

879. CNIL, 2ème rapport 1981, La documentation française 1982, p. 19

880. *ibid.* p. 23

l'indication pouvait porter atteinte à la vie privée des personnes vivant dans un même foyer. En effet, elle a considéré la communication de l'intégralité du numéro n'était pas nécessaire aux usagers qui désiraient seulement bénéficier d'indications utiles pour le calcul du montant de leurs communications téléphoniques<sup>881</sup>.

Pourtant, à l'observation, il est peu de cas dans lesquels, confrontée à un traitement tendant à la communication de données personnelles rendues publiques, à des fins de commercialisation ou pas, la CNIL a appliqué ce principe pour exclure la divulgation de certaines informations. En vérité, à notre connaissance, il n'y en a pas ; les précédentes illustrations concernaient en effet des traitements qui n'avaient pas précisément pour but la communication de données personnelles rendues publiques. Qu'est-ce à dire ? Que les données personnelles rendues publiques constituent une catégorie particulière, irréductible, et rétive à une application rigoureuse du principe de finalité et des exigences qui en dérive. Si l'affirmation n'est pas fausse, elle mérite d'être nuancée. Il est vrai que le fait que des données personnelles soient rendues publiques limite le jeu du principe d'adéquation puisque, reposant sur un texte particulier, la teneur des données communiquées en découlera naturellement, la personne publique n'ayant pas à rechercher quelle information il conviendra de communiquer.

Pour valider le traitement relatif à la communication du registre national du commerce et des sociétés, la CNIL avait ainsi souligné que « les informations sont communiquées à tout requérant dans les conditions et limites prévues par la législation applicable au registre du commerce et des sociétés ». C'est le texte qui permet de tracer la frontière entre l'information communicable et celle qui ne l'est pas limitant ainsi le rôle du principe d'adéquation. En d'autres termes, la réponse à la question de savoir si l'information personnelle est pertinente par rapport à la finalité de communication du traitement est commandée par les dispositions réglementaires. De même, on peut lire dans la délibération relative à la diffusion du répertoire SIRENE que la communication des informations qu'il contient est possible « à l'exception de la date et du lieu de naissance ». Cette exclusion ne repose pas sur le principe d'adéquation ; il s'agit uniquement de l'application des dispositions réglementant la communication du répertoire qui prévoient explicitement cette exception. Quant aux données de l'annuaire téléphonique, on a aperçu que leur communication ne reposait pas forcément sur des dispositions réglementaires. Dans sa délibération du 18 juin 1985<sup>882</sup>, la CNIL a constaté que le traitement qui lui était soumis visait à rajouter « à la liste des informations nominatives considérées comme publiques, l'indication des terminaux connectés et de certaines caractéristiques de l'abonnement ; que ces informations sont connues directement par l'administration ». Qu'en est-il de l'adéquation de ces données à la

881. CNIL, 3ème rapport 1982, La documentation française 1983, p. 39

882. préc.

finalité du traitement – communication de l'information à des fins commerciales – de cette information ? La CNIL valide le traitement sans se prononcer explicitement sur pertinence de ces données au regard de sa finalité. Elle se contente de constater que la publication de telles données est en rapport avec les missions de l'organisme public : « la publication ou la cession de telles informations complémentaires est de nature à favoriser les échanges économiques ; qu'il découle ou peut découler des missions des PTT de promouvoir de telles publications ». Aussi faut-il considérer que l'adéquation entre les données personnelles et la finalité du traitement est implicitement admise par la Commission, puisque, visiblement, elle ne suscite pas de difficultés.

Au total, l'examen de quelques délibérations relatives à des traitements portant sur la communication à des fins de commercialisation de données rendues publiques est assez décevant du point de l'exigence d'adéquation. La communication de l'information étant commandée par une réglementation particulière, l'interrogation sur l'adéquation des données n'a pas lieu d'être. L'exigence d'adéquation retrouverait toute son importance dans l'hypothèse où la communication des données personnelles, qui résulterait de la seule volonté de la personne publique détentrice du fonds informationnel, ne serait pas sous-tendue par un texte. Il y aurait alors lieu de s'interroger sur la pertinence des informations eu égard à la finalité de divulgation du traitement.

## §2. L'UTILISATION DE L'INFORMATION COMME OBSTACLE A LA COMMUNICATION DES DONNEES PERSONNELLES RENDUES PUBLIQUES

**466.** C'est, pour l'essentiel, l'utilisation de l'information par le cessionnaire, ou par l'administration elle-même, de l'information personnelle qui rend la cession potentiellement dangereuse pour la vie privée et les libertés protégées par la loi. Délibérant sur la cession de fichiers à des tiers, la CNIL surveille l'utilisation des données personnelles à travers sa finalité (A) et sa mise en œuvre (B).

### A. La finalité d'utilisation des données personnelles

**467. Utilisation commerciale et prospection politique.** - Il est possible, à travers les délibérations de la CNIL relatives aux données personnelles contenues dans les bases de données rendues publiques<sup>883</sup>, de distinguer deux finalités d'utilisation de l'information

883. En réalité les délibérations de la CNIL qui font état de cette opposition concernent aussi des bases de données et des fichiers constitués par le secteur privé.

personnelle : l'utilisation à des fins commerciales ou économiques et l'utilisation à des fins de marketing politique. Ces deux finalités d'utilisation sont, à une exception près, exclusives l'une de l'autre. Le principe de finalité appliqué à des données qui sont généralement accessibles au public joue quand même un rôle dans la limitation des usages possibles de l'information et peut, de ce fait, constituer un verrou à l'accessibilité des données personnelles. Autrement dit, s'il n'empêche pas la mise à disposition de certaines données, il permet d'écarter telle ou telle utilisation de l'information envisagée lorsqu'elle est incompatible avec la finalité du traitement qui a présidé à la création de l'ensemble informationnel. L'utilisation des données personnelles à des fins d'exploitation commerciale très largement admise par la CNIL qui considère qu'elle n'est pas attentatoire à la vie privée dès lors qu'il est laissé la possibilité à la personne concernée par le traitement de faire valoir son opposition à l'exploitation commerciale d'une telle information.

En revanche, à l'exception des données de l'annuaire téléphonique, dont on a souligné le statut particulier et celles contenues dans le fichier électoral, les données personnelles contenues dans les bases de données constituées par le service public ne peuvent être commercialisées à des fins de marketing politique. C'est ainsi que la CNIL a pu affirmer que l'utilisation des fichiers du secteur public « est interdite sous peine de détournement de finalité. En effet, chaque fichier public a une finalité particulière qui ne comporte pas celle de faire de la prospection politique »<sup>884</sup>. L'attitude de la CNIL, qui peut difficilement être systématisée notamment lorsque les fichiers publics ont une vocation à la communication s'explique par la volonté de discipliner l'usage des données personnelles du secteur public pour l'accès auxquelles les acteurs politiques peuvent être privilégiés : La commission souligne ainsi « que les fichiers de gestion des collectivités territoriales qui sont susceptibles d'être utilisés pour la communication d'informations sur les activités et réalisation de ces collectivités ne peuvent pas être utilisés à des fins de communication politique personnelle par les élus membres de ces collectivités ».

Au vu de la manière dont la CNIL admet l'utilisation à des fins commerciales des données personnelles des bases de données publiques, on ne peut pas dire que ce mode d'utilisation particulier représente une contrainte importante à l'accessibilité de l'information.

## B. Les modes d'utilisation des données personnelles

**468.** Le mode d'utilisation des données personnelles peut aussi constituer un obstacle à leur commercialisation. Toutefois, les cas dans lesquels la Commission a imposé des

---

884. CNIL, dél. n°96-105 du 3 décembre 1996, *relative à l'utilisation des fichiers à des fins politiques au regard de la loi du 6 janvier 1978, 17ème rapport d'activité*, La documentation française 1997, p. 140

conditions particulières d'utilisation des informations transmises par la personne publique sont relativement rares s'agissant de fichiers rendus publics. On peut quand même relever deux délibérations relatives à l'annuaire téléphonique. Dans sa délibération n°83-47, elle n'a autorisé la cession des listes d'abonnés sous réserve que celles-ci ne fassent l'objet que de tris « exclusivement fondés sur les critères de classification alphabétique, géographique ou professionnelle utilisés dans l'annuaire »<sup>885</sup>. À l'occasion d'une demande d'avis relative à la gestion de la base annuaire, la Commission a constaté que l'exploitant public avait été amené à renforcer la sécurité de l'annuaire électronique, pour éviter la constitution de listes, en empêchant la recherche d'abonnés par les premières lettres de leurs prénoms<sup>886</sup>. Par contre, concernant la base de données mise en place par l'INPI, elle n'a vu aucun inconvénient à ce que celle-ci soit accessible sans aucune restriction.

---

885. CNIL, dél., n°83-47 du 5 juillet 1983, *délibération portant avis sur la cession commerciale des listes d'abonnés au téléphone par l'administration des PTT*, préc. Il convient de signaler qu'en 1987 la Commission avait émis un avis défavorable au projet des PTT d'enrichir les fichiers de ses clients. Cependant, ce n'était pas le mode d'utilisation de l'information qui était à l'origine de ce refus mais la difficulté, pour les personnes concernées, à faire valoir leurs droits d'opposition au traitement.

886. CNIL, dél., n°98-001, du 13 janvier 1998, *délibération concernant une demande d'avis présentée par France Télécom relative à la gestion de la base annuaire*, préc.

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

**469.** Autour du principe de finalité du traitement, la Commission nationale informatique et libertés a bâti une jurisprudence équilibrée garantissant la protection effective des droits préservés par loi du 6 janvier 1978 dans le cadre de la commercialisation de données personnelle du secteur public. Au regard de sa pratique décisionnaire, l'accessibilité des données personnelles relatives à la gestion du service public gestion du service public semble très largement compromise, sauf à mettre en jeu la technique de l'anonymisation. Cette situation contraste avec le statut des données personnelles qui sont appelées à être divulguées au public par le service public dans le cadre de ses obligations. La possibilité de les exploiter est en effet très largement ouverte en raison même du fait qu'elles sont appelées à faire l'objet d'une communication. Cela ne signifie cependant pas que les données personnelles accessibles au public ne sont pas protégées par la loi informatique et libertés, les prérogatives individuelles, comme le droit d'opposition ou le consentement préalable au traitement pouvant, cas par cas, entrer en jeu.

Sous l'éclairage de la pratique décisionnaire de la CNIL relative aux données personnelles du secteur public, on peut un peu mieux comprendre les raisons qui ont conduit le législateur à mettre en place un régime juridique particulier de protection des données personnelles dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978. Le droit de réutilisation venant heurter de front le principe de finalité, celui-ci ne pouvait que céder devant l'obligation de mise à disposition des ensembles informationnels du secteur public. Dès lors que le principe de finalité ne pouvait plus jouer son rôle à l'égard des fichiers de gestion du service public, il fallait garantir la protection des libertés par d'autres voies. Et ce sont la technique de l'anonymisation, l'exigence de consentement au traitement, voire une dérogation réglementaire, c'est-à-dire, autant d'éléments présents dans la pratique de CNIL qui ont été mis en oeuvre pour assurer la conciliation entre les droits et libertés protégés par la loi et la réutilisation de l'information publique.

## Titre second

### Les droits de propriété intellectuelle et le commerce des données publiques

**470. Réserve de la valeur économique de l'information.** - Les propriétés intellectuelles peuvent se présenter aujourd'hui comme un mode particulier de réserve, voire d'appropriation<sup>887</sup>, de l'information et de la valeur économique qu'elle représente<sup>888</sup>. Ce constat, qui n'est que la conséquence de l'adaptation du droit de la propriété intellectuelle à l'apparition de nouveaux objets, exprime la prévalence des « réalités immatérielles » dans la sphère économique. L'essor de valeurs nouvelles, sous l'influence des techniques, s'est traduite – mécaniquement – par la recherche de règles propres à assurer la protection des investissements consentis pour leur création<sup>889</sup>. Parmi de multiples avatars, dont certains constituent aujourd'hui encore des protections alternatives<sup>890</sup>, ce sont les propriétés intellectuelles qui ont été principalement sollicitées par les plaideurs, la doctrine<sup>891</sup> et le législateur pour assurer la protection et l'exploitation de l'information. Aussi, lorsque, sortant du champ des créations émanant du secteur privé, la question de l'exploitation par le secteur

887. On peut hésiter dans l'usage des termes. La doctrine est d'ailleurs partagée. Certains auteurs préférant parler d'appropriation, cf. M. VIVANT, « L'an 2000 l'information appropriée ? », Mélanges J.-J. BURST, Litec 1997, p.651 d'autres privilégiant l'expression de réserve de l'information par le biais des propriétés intellectuelles, v. notamment, N. MALLET-POUJOL, « L'appropriation de l'information, éternelle chimère », *D.* 1997, chr. p. 330.

888. « Ce que l'on cherche à protéger depuis une vingtaine d'années, ce n'est plus la création, ni même véritablement la plus-value intellectuelle (...), mais seulement l'investissement financier nécessaire pour réaliser des outils incorporels qui ont tous en commun de se présenter sous format numérique. » (GAUDRAT (P.), « Loi du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement européen sur les bases de données publiques : le champ de la protection par le droit *sui generis* », *RTD com.* 1999, chr. législative, p.86) ; v. aussi MONELLI (Y), La protection de l'investissement économique, Thèse Montpellier 1996.

889. VIVANT (M.), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », Mélanges C. MOULY, Litec, 1998, t.2, p. 443.

890. Il existe d'autres modes de protection ou de réserve de l'information qui relèvent de la théorie du parasitisme ou de la concurrence déloyale, ou des modes de protection contractuels. Seuls les droits relevant de la propriété intellectuelle nous intéressent ici.

891. HUET (J.), « La modification du droit sous l'influence de l'informatique », *JCP* éd. G 1984, I, 3095 ; MAISL (H.), « La commercialisation des données administratives », préc.; MAISL (H.) et PITRAT (C-M), « Un dossier à ouvrir : la commercialisation des données administratives », préc.



public de ses données et bases de données est venue à se poser, c'est « naturellement » la protection des droits issus de la propriété intellectuelle qui a été recherchée dans la pratique<sup>892</sup>, au contentieux<sup>893</sup> ou par la doctrine<sup>894</sup>.

**471.-** La viabilité économique de la commercialisation des données publiques appelle une réservation juridique de l'information. - La circulaire du 14 février 1994 le rappelait<sup>895</sup> et les contentieux, qui s'articulent autour des prétentions contradictoires du droit à la protection privative et du droit à l'accès aux données, l'ont prouvé : la question de la propriété intellectuelle des opérateurs publics a un caractère central dans le contexte particulier de l'exploitation des données publiques. Cela ne signifie pas que le commerce des données publiques ne puisse pas suivre d'autres voies ; la réservation et l'exploitation de l'information publique peut très bien dépendre du jeu des contrats en dehors de toute propriété incorporelle (v. *supra*). Cependant, les propriétés intellectuelles confèrent à l'administration une plus grande maîtrise juridique des données ou bases de données quelle détient : elles lui offrent un monopole légal d'exploitation autour duquel peuvent être bâties des politiques de commercialisation ; elles constituent, au moins en partie, l'assise juridique de la rémunération qu'elle perçoit à l'occasion de la communication des données publiques, le Conseil d'Etat liant explicitement le dépassement du coût du service rendu par l'exercice de "droit privatifs". Enfin, les propriétés intellectuelles renforcent la position des organismes publics sur le marché en ajoutant au monopole de droit ou de fait sur la production de l'information – monopole difficilement contestable en raison des conditions particulières de production de l'information – une exclusivité légale. En raison de son intérêt pratique évident, alors que le besoin de protection est sûrement moins aigu que dans le secteur privé<sup>896</sup>, les organismes

892. La prétention à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle sur les données publiques se retrouve le plus souvent au sein des dispositions textuelles qui fixent les conditions de mise à disposition de l'information, voire au sein des contrats de licence liant l'administration et son cocontractant.

893. CA Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné c. Direction de la Météorologie Nationale*, préc. ; l'opérateur public invoquait un moyen tiré de la violation des dispositions de la loi du 11 mars 1957 pour protéger les messages météorologiques collectés dans le cadre de sa mission de service public.

894. SCHOETTL (J.-E.), « L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? », *Revue du droit de l'informatique et des Télécoms*, 1988/4, p.6.

895. Circulaire du 14 février 1994, *relative à la diffusion des données publiques*, (préc.) faisait de l'existence des droits de propriété intellectuelle sur les données publiques une condition *sine qua non* de la commercialisation : « l'administration ne peut procéder à une telle cession [de données] que si elle dispose d'un droit de propriété intellectuelle sur l'information cédée ». D'un point de vue juridique, cette affirmation doit être nuancée ; la propriété offre seulement une possibilité de réservation de l'information, ce n'est pas la seule. D'ailleurs, tous les organismes publics ne revendiquent pas la titularité de droits de propriété intellectuelle, le jeu des contrats sert alors de socle à leurs pratiques.

896. Si ce dans le cas de l'annuaire de France Télécom, on ne trouve aucun litige relatif au « pillage » des données publiques. La plupart étant indisponibles, c'est la question de l'accès qui s'est principalement posée. En conséquence, la prétention aux droits de propriété intellectuelle est motivée dans une moindre mesure par le besoin de protection contre des atteintes illicites.

publics s'en sont rapidement saisis. Et il est symptomatique de constater - comme pour mieux souligner l'importance de la question - que c'est à propos de la commercialisation des données publiques que le Conseil d'Etat a, pour la première fois au contentieux, reconnu l'existence de « droits privatifs » issus de la propriété intellectuelle au profit de l'Etat<sup>897</sup>. Cette affirmation de principe est d'autant plus marquante qu'elle reste isolée. Peu de décisions juridictionnelles ont en effet explicitement reconnu un droit privatif aux opérateurs publics sur les données publiques. La Cour de cassation, pour sa part, s'est toujours refusée de reconnaître ou de nier l'existence d'un tel droit au profit des personnes publiques. Certes, on peut découvrir, en creux, au détour de la théorie des infrastructures essentielles qui, comme l'on sait, permet de casser l'exclusivité du « droit privatif », l'existence d'un tel droit en amont du raisonnement du juge. Mais, outre le fait que cette explication est discutable parce que l'on ne sait pas toujours exactement si c'est le monopole de fait sur la collecte de l'information qui est contesté ou l'exclusivité qui vient le renforcer<sup>898</sup>, il reste que les solutions, qui font application des critères dégagés par la loi ou la jurisprudence pour reconnaître de manière plus positive des « droits privatifs » aux personnes publiques sur l'information qu'elle produit, sont rares<sup>899</sup>.

Ainsi, et au-delà de l'importance pratique évidente que peut revêtir pour l'opérateur public la prétention aux « droits privatifs », la question de leur existence, mesurée à l'aune de la propriété intellectuelle, demeure en partie irrésolue, alors même que la loi du 17 juillet 1978 les considère comme un facteur de rémunération des organismes publics. L'interrogation de départ sera donc la suivante : les organismes publics peuvent-ils se prévaloir de droits de propriété intellectuelle sur les données qu'ils produisent ?

**472. Délimitation.** - Au risque d'étendre l'analyse au-delà des bornes du sujet, il convient d'indiquer, d'abord, le corps de règles qui au sein du droit de la propriété intellectuelle va être sollicité. Car, ce ne sont pas toutes les propriétés intellectuelles qui sont concernées par la protection des données publiques. Compte tenu de la nature des productions en question : les données ou bases de données publiques, seules les règles du droit de la propriété littéraire et artistique viendront à s'appliquer. Il convient donc d'exclure, d'emblée, le droit de la propriété industrielle, qui n'a pas d'aptitude à protéger les ensembles informationnels constitués à l'occasion d'une mission de service public. Parmi les prérogatives consacrées par le livre premier du Code de la propriété littéraire et artistique

897. CE, ass. 30 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres*, préc. note A. KEREVER, *RIDA* octobre 1996, p. 221 ; note BOURGEOL, *JCP* éd. E 1997, n° 37

898. BLAISE (J-B), « L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des installations essentielles », *Dalloz Affaires* 1996, p 859 ; VIVANT (M.), « La propriété intellectuelle : entre abus de droit et abus de position dominante (à propos de l'arrêt Magill de la Cour de justice) », *JCP* éd. G, II, 1995, 3883.

899. En outre, elles se caractérisent largement par le caractère lacunaire et, au fond, peu convaincant de leur motivation.

(CPI), deux d'entre elles retiendront particulièrement notre attention : le droit d'auteur et le droit *sui generis* sur les bases de données, à l'exclusion des (autres) droits voisins du droit d'auteur. Certes, quelques créations qualifiées de données publiques sont protégeables par les droits voisins, elles sont cependant trop peu nombreuses – on retiendra tout au plus les œuvres audiovisuelles – et l'application des droits en cause aux personnes publiques ne suscite pas de réelles difficultés. En revanche, pratiquement toutes les données publiques – lorsqu'elles ne font pas partie du domaine public – sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur ou le droit *sui generis* sur les bases de données. En effet, la plupart du temps, elles se présentent soit comme des œuvres de l'esprit au sens propre du terme, soit comme des ensembles informationnels, compilation ou bases de données. La pratique et les contentieux l'attestent d'ailleurs abondamment. Il n'est pas une affaire – du moins à notre connaissance – qui n'ait concerné d'autres droits que ceux qui ont été retenus.

Aussi, et puisque la nature de ces objets le commande, le propos se limitera à l'étude des droits d'auteurs et du droit du producteur des bases de données des opérateurs publics sur les informations créées ou collectées à l'occasion de l'accomplissement d'une mission de service public.

**473. Droits de propriété intellectuelle et les conditions de production des données publiques.** - La recherche sur l'application de ces droits de propriété intellectuelle aux données publiques suppose, ensuite, que soit précisé le caractère le plus saillant de cette information ; il ne tient pas à sa nature<sup>900</sup>, mais à ses conditions de production. N'est-ce pas d'ailleurs la production dans le cadre d'une mission de service public qui contribue le mieux à les définir ?

La spécificité des données publiques résidant dans leur mode particulier d'élaboration, l'exercice de transposition auquel nous nous essaierons se résout dans la confrontation des principes et les règles qui gouvernent la collecte et, plus généralement, la production des données et bases de données publiques aux exigences posées pour la reconnaissance de cette protection. En d'autres mots, il s'agit de rechercher au sein des principes qui gouvernent l'exercice des obligations de service public, ceux qui, en affectant les caractères des données et bases de données publiques, pourraient contrarier l'éclosion de l'originalité (droit d'auteur), ou s'opposer à la reconnaissance d'un investissement substantiel (droit du producteur des bases de données). En somme, la réponse à la question de l'application des droits de propriété

---

900. La nature de l'information collectée par les opérateurs publics est très proche, sinon identique, de celle collectée par les opérateurs privés. La différence entre l'annuaire téléphonique de France Télécom et un annuaire constitué par des opérateurs privés, et regroupant les mêmes informations, ne réside évidemment pas dans la nature de l'information, mais essentiellement dans le fait que le premier a été produit dans le cadre d'une obligation de service public. Ce qui contribue à lui conférer des caractères particuliers tels que l'exhaustivité.

intellectuelle aux données publiques passe par l'évaluation de l'influence de la notion de service public sur les produits de l'activité informationnelle des organismes publics.

**474. Titularité des droits de propriété intellectuelle sur les créations réalisées dans le cadre du service public.** - La reconnaissance des droits privatifs sur les données produites par le service public ne suffit cependant pas à leur exploitation. Entre ces deux temps, en effet, se situe la problématique de leur attribution aux personnes publiques. Elle présente deux versants, le premier occupé par la question de l'attribution du droit d'auteur, le second, par celle de l'attribution du droit *sui generis*. Le premier aspect est relativement bien connu<sup>901</sup>, il conduit à concilier les prérogatives des auteurs avec les exigences du service public. Pourtant, l'analyse traditionnelle de cette question a récemment fait l'objet d'une réforme en raison, notamment, de l'essor de la commercialisation des données publiques. En effet, la question de savoir à qui, de l'administration ou de l'agent public, les droits d'auteurs devaient être dévolus se posait dans des hypothèses relativement marginales, ou du moins peu importantes d'un point de vue financier. Les politiques de cession de l'information initiées par les opérateurs publics constituent un changement d'échelle, puisque ce sont toutes les personnes publiques qui, potentiellement, produisent de l'information<sup>902</sup>. Aussi, c'est pour prendre en compte cette dimension nouvelle que le législateur est intervenu pour modifier les conditions d'attribution du droit d'auteur aux personnes publiques. Si la loi consacre des solutions déjà acquises, elle trace toutefois une nouvelle ligne de partage entre les prérogatives de l'auteur et celles de l'administration tout en facilitant l'attribution des droits à la personne publique par la référence à la notion d'œuvre collective. C'est donc dans un contexte réglementaire renouvelé que sera présentée la question de la dévolution du droit d'auteur aux personnes publiques.

Le second versant, relatif à l'attribution du droit *sui generis*, n'a en revanche pas été exploré. La problématique est ici différente. Il ne s'agit pas tant de savoir qui, du fonctionnaire ou de l'organisme public, est titulaire du droit, mais plutôt, eu égard à la formulation des qualifications légales et aux modes de fonctionnement particulier des services publics, savoir si l'opérateur public peut être, sans difficultés, assimilé à l'investisseur qui prend « les risques » et « l'initiative » de l'investissement nécessaire de la production d'une

901. BLAIZOT-HAZARD (C.), *Les droits de propriété Intellectuels des personnes publiques*, préc. ; BRUGUIERE (J-M), « Droit d'auteur et service public : Plaidoyer en faveur d'une union harmonieuse », *Propriétés intellectuelles*, avril 2003 n°7, p.117 ; CALAMANTE-DOGUET (M-G), « Les fonctionnaires en quête de droit d'auteur », *AJDA* 2003, p. 1968 ; DE FAULTRIER (S.), « L'information, le droit d'auteur, l'administration », *PA* 1986, n°53, p. 21901 ; GAUDREAU (M.), « Un principe contesté le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire », *RIDA* 1985, p.128 ; KEREVER (A.), « Le droit d'auteur français et L'Etat », *RIDA* 1981 ; SHOETLL (J-E), préc.

902. BAQUIAST (J.), *Internet et les administrations*, Berger-Levrault 2002.

base de données. La question a pu être évoquée au contentieux<sup>903</sup> ou suggérée par la doctrine<sup>904</sup> mais elle n'a pas, à notre connaissance, vraiment été abordée. Son étude conduit à évaluer la portée de la notion de risque sur la qualité du producteur des bases de données publiques.

**Plan.** – On abordera successivement, la question de l'existence des droits de propriété intellectuelle sur les données publiques (Chapitre 1), puis celle de leur attribution aux personnes publiques (Chapitre 2).

---

903. Tribunal de commerce de Paris, 18 juin 1999, *SA. France Télécom c. SARL MA éditioet Illiad* *Légipresse* septembre 1999, III, note C. RONJINSKI p. 121. Dans cette affaire, le défendeur avait estimé que le producteur de la base de données de l'annuaire n'était pas l'opérateur historique mais l'Etat. Le moyen n'avait pas prospéré, la juridiction ayant tenu compte du changement de statut de l'opérateur public. La question demeure cependant ouverte. Car il est difficile d'assimiler un opérateur public, qui ne fait qu'exécuter une obligation de service public dont la réalisation lui a été imposée par l'Etat, comme le producteur de la base au sens de la loi.

904. GAUDRAT (P.), Loi n°98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement Européen sur les bases de données : le champ de la protection par le droit *sui generis*, (2ème partie) *RTD. com.*, 1999, p.86.

## Chapitre I

---

### L'existence des droits de propriété intellectuelle sur les données publiques

**475. Interrogation.** - La réservation des ensembles informationnels du secteur public à travers les droits de propriété intellectuelle n'a rien d'évident, en tout cas pour certains d'entre eux ; l'application des deux droits qui sont généralement sollicités pour assurer cette protection, le droit d'auteur et le droit *sui generis* sur les bases de données, soulève en effet un certain nombre d'interrogations. Par conséquent, on posera la question de savoir si les ensembles informationnels réalisés dans le cadre du service public peuvent, au regard des exigences du droit de la propriété intellectuelle, être protégés au titre du droit d'auteur et du droit du producteur des bases de données. L'interrogation porte donc plus largement sur les bases de données publiques et pas seulement les données qu'elles contiennent, même si on insistera particulièrement sur ce dernier aspect qui est au demeurant le plus important du point de vue du commerce des données publiques. Cela étant dit, il convient de préciser que l'application du droit d'auteur ou le droit *sui generis* sur les bases de données publiques suscitent des différentes difficultés : elles sont de deux ordres. Pour le droit d'auteur le problème n'est pas neuf, il réside dans son inaptitude à appréhender des bases de données fonctionnelles qui sont composées d'informations factuelles – bien sûr, il convient de faire la part des choses, et dire immédiatement que certains contenus issus du secteur public sont des œuvres de l'esprit à part entière. Pour le droit *sui generis*, en revanche, c'est dans la portée de son application aux bases de données publiques que réside l'interrogation. Quoique distinctes, ces deux interrogations entretiennent entre-elles une filiation. Ces questions prennent également leur source dans le contexte particulier de l'environnement de production des données publiques. Les principes qui régissent la collecte de l'information, pour le droit d'auteur, et ceux qui commandent le financement des obligations de service public, pour le droit *sui generis*, présentent une telle spécificité – par rapport à la production de données qui peut résulter de l'action d'un opérateur privé - qu'ils rendent plus improbable la reconnaissance de ces droits. Aussi on évoquera la question de la réservation des bases de données publiques par le droit d'auteur (section 1) puis celle de leur réservation par le droit du producteur des bases de données (section 2).

## Section 1

### La réservation des bases de données publiques par le droit d'auteur

**476. Définition.** – La protection des bases de données par le droit d'auteur découle directement de la directive du 11 mars 1996 sur les bases de données<sup>905</sup>. Les dispositions du texte communautaire relatives au droit d'auteur (les autres son relatives au droit *sui generis*) ont été transposées par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998<sup>906</sup> au sein de l'article L. 112-3 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI). « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles. On entend par bases de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen». La définition que donne la loi des bases de données est large, très large même puisqu'elle recouvre aussi bien les bases de données électroniques que les compilations et autres listes d'informations stockées sur support papier. En fait, la notion de base de données vise en fait tout ensemble documentaire et corpus d'informations qui peuvent être considérés comme représentant une entité, se superposant à leur diverses composantes, et comme ayant une valeur économique propre à protéger. L'ample portée de la notion de base de données permet de saisir avec facilité l'ensemble des créations informationnelles du secteur public, d'une liste d'agents publics aux bases de données géographiques. Cependant, la protection par le droit d'auteur des bases de données publiques ne va pas toujours de soi. Il s'avère qu'elle est particulièrement problématique pour certaines d'entre elles (§1). C'est pourquoi, elle a justifié la mise en place d'une protection spécifique par le Conseil d'Etat (§2).

905. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données *JOCE* L 77/22 du 27 mars 1996

906. Loi du 1er juillet 1998, portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9 CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JO* du 2 juillet 1996, p. 10075

## §1- LA PROTECTION DES BASES DE DONNEES PUBLIQUES AU REGARD DU DROIT D'AUTEUR

**477. Critères.** – Pour être protégées au titre du droit d'auteur, les bases de données doivent, en droit français, satisfaire au critère d'originalité. Seulement, la notion d'originalité est indéterminée. Elle n'est pas définie par la loi ; elle n'est pas non plus vraiment définie par la jurisprudence<sup>907</sup>. Il convient donc de la délimiter. A s'en tenir à une définition doctrinale, « l'originalité d'une œuvre découle de l'arbitraire du créateur. L'œuvre originale est celle dans laquelle le créateur a pu déployer le minimum de fantaisie inhérent à toute création littéraire ou artistique, en échappant aux contraintes de la technique. Peut-être a-t-il voulu faire œuvre utile, peut être que l'imagination n'était-elle pas au rendez-vous. Il n'importe. Dès lors qu'il a su échapper aux contraintes de la technique, dès lors qu'il a place pour l'arbitraire, la protection légale est acquise ». L'originalité s'entend ainsi, d'une manière traditionnelle, de l'empreinte de la personnalité du créateur ; elle peut être distinguée de la nouveauté propre à la propriété industrielle. Toutefois, dans sa formulation classique, ce critère est relativement mal adapté pour saisir des créations qui, comme les bases de données ou les logiciels sont soumises à d'importantes contraintes techniques. « Si l'on s'en tient à l'approche subjective de l'originalité (...) l'empreinte de la personnalité de l'auteur de la base de données paraît bien difficile à déceler. Dans la plupart des cas, l'essentiel de l'activité créative réside dans les règles d'organisation de la base en elle-même, dans la disposition des matières (...) cela se vérifie particulièrement pour les bases de données numériques qui sont organisées de façon à permettre toutes sortes de corrélations, comparaisons, manipulations et représentations graphiques »<sup>908</sup>. L'extension du champ de la protection du droit d'auteur à des objets à travers lesquels l'originalité comprise comme l'empreinte de la personnalité de son auteur pouvait difficilement éclore, a conduit à une rupture avec la conception subjective du critère d'originalité. Pour les bases de données, les compilations et plus largement toutes les créations informationnelles, l'originalité doit s'entendre d'un « apport intellectuel » ou d'une « création intellectuelle propre à son auteur ». Ces critères sont eux-mêmes assez fuyants. Ils renvoient à un seuil de créativité assez bas, sans qu'on sache ou le situer exactement et, plus objectivement encore, à l'exigence pour le créateur de ne pas avoir copié le travail d'autrui.

907. « La jurisprudence est abondante mais finalement peu instructive. D'abord, le problème est rarement posé ouvertement, de sorte que les affirmations relèvent le plus souvent de l'*obiter dictum*. En pratique, l'originalité est rarement déniée. Elle est même en fait présumée. C'est seulement dans les cas limites où la nature de l'œuvre fait douter de la possibilité de la protection, par exemple dans des œuvres scientifiques ou techniques, sue le débat sur l'originalité revient au premier plan et que les règles de droit commun sur la charge de la preuve reçoivent application. » (A. LUCAS et P. SIRINELLI, « l'originalité en droit d'auteur », *JCP* éd. G 1993, 3861)

908. Lucas (A.), *droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998 p. 39



**478. Indépendance de la protection de la structure et du contenu de la base de données.** - Cela étant dit, lorsque l'on évoque l'originalité des bases de données, il convient de faire une distinction. Qu'elles constituent des œuvres de l'esprit à part entière ou qu'elles soient de simples informations factuelles, au sein d'une base, les données sont structurées autour d'une architecture particulière. Or, le droit d'auteur saisira tantôt la forme de l'œuvre derrière la donnée tantôt la forme de la structure qui porte les données ; de telle sorte que si l'on envisage une base de donnée publique le droit d'auteur peut porter, à la fois, ou alternativement, sur la forme de la structure et celle des données<sup>909</sup>. Autrement dit, le droit d'auteur peut s'appliquer de manière indépendante à la structure de la base de donnée ou à son contenu. Aussi, il convient d'analyser, au regard du critère d'originalité, l'accession à la protection de la structure (A) et du contenu de la base (B).

## A. La protection de la structure de la base de données

**479.** Pour répondre à la question de savoir si une base de données réalisée dans le cadre d'une mission de service public est protégeable, indépendamment de la protection des données au titre du droit d'auteur ou du droit du producteur de données (2), il convient d'identifier l'œuvre qui peut être protégée au sein d'une base de données et de décrire les conditions de cette protection au regard du droit de la propriété intellectuelle (1).

### 1. L'originalité de la structure

**480. Agencement.** - L'article L. 112-3 du CPI définit la base de données comme « un recueil d'œuvres de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'autres moyens ». Cette définition, qui décrit les caractères de l'objet et les activités qui sont à l'origine de sa production<sup>910</sup>, ne nous renseigne pas sur l'assiette de la protection. Aussi, sommes nous reportés à la lecture de l'alinéa premier de l'article L.112-3 pour cerner l'objet du droit d'auteur au sein de cet ensemble. À l'instar des anthologies, l'objet du droit d'auteur réside dans « le choix ou la disposition des matières, qui constituent une création intellectuelle ». En d'autres termes, au sein d'une base de données, c'est l'agencement, l'organisation, la manière dont l'information est structurée qui donne prise au droit

909. Il est deux façons d'aborder la protection des données au sein d'une base de données, « *celles-ci peuvent l'être de façon globale à travers la base considérée comme une unité propre (...) elles peuvent l'être encore (...) données traitées par données traitées* » (VIVANT (M.), et alii, *Droit de l'informatique et des réseaux*, préc.)

834. GAUDRAT (P.), préc., ce ne sont pas des activités de création mais des activités purement économiques.

d'auteur<sup>911</sup> ; « la création qui a vocation à être protégée, la création prise en charge par le droit d'auteur (...) sous le nom de base de données n'est au fond qu'une architecture »<sup>912</sup>.

**481. Apport intellectuel.** - L'originalité de cette architecture réside, selon toute vraisemblance, dans l'apport intellectuel<sup>913</sup>, qui est la marque de l'œuvre à faible densité créative et à la connotation informationnelle dominante. L'essor du critère jurisprudentiel, qui a marqué l'extension du droit d'auteur au domaine économique, reste toutefois d'application délicate pour les bases de données. En effet, cet apport intellectuel qui doit se manifester à travers les choix (a) ou la disposition des matières (b) est très difficile à apprécier in concreto. De fait, l'accession de certaines bases de données à la protection consacrée par l'article L.112-3 du CPI est aujourd'hui encore discutable.

#### a. L'originalité de la selection des matières

**482. Le choix.** - On délaissera la question de savoir si l'apport intellectuel peut se manifester dans un choix<sup>914</sup>, pour s'interroger sur celle de la signification qu'il convient d'accorder à ce terme. À défaut de toute précision textuelle, le sens du terme doit être recherché dans le choix qui caractérise l'originalité des anthologies. Dans la mesure où l'objet du droit d'auteur est commun aux bases de données et aux anthologies<sup>915</sup> : le choix vise ici la

911. Le considérant (15) de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données (JOCE L 77/22 du 27 mars 1996) précise bien que c'est la structure de la base qui est l'objet de la protection par le droit d'auteur « les critères appliqués pour déterminer si une base de données sera protégée par le droit d'auteur devront se limiter au fait que le choix ou la disposition du contenu de la base de données constitue une création intellectuelle propre à son auteur, que cette protection vise la structure de la base »

912. VIVANT (M.), « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », *D.*, chr. 1995, p. 197.

913. GAUDRAT (P.), op.cit., page 1, note 2 ; avant la transposition de la directive, la jurisprudence faisait déjà référence à « l'effort personnalisé » comme manifestation de l'originalité de la base, CA Paris, 15 janvier 1997, *JCP* éd. E, 1998, I, p.805, obs. M.VIVANT et C. LE STANC. C'est toujours ce même critère qui prévaut après la transposition, CA Paris, 20 février 2004, SARL Alinéa c/ Alist, *Communication Commerce Electronique*, 2004 comm. 67, C.CARON. Selon ce dernier arrêt, le requérant peut prétendre à la protection de sa base au titre du droit d'auteur parce que la présentation des données témoigne d'un « effort de recherche de sélection et de synthèse » et d'un « apport intellectuel » ; voir aussi CA Paris, 18 février 2004, Société édition Yvert et Tellier c. Société Dallay, *Jurisdata* n° 2004-235861 qui emploie l'expression « d'apport créatif ».

914. Pour une critique de l'apparition de l'œuvre de sélection en droit français voir P.GAUDRAT op.cit., et dans le même sens A. LUCAS, *Jurisque* propriété littéraire et artistique, Fasc. 1135, contra M.VIVANT et alii, op.cit.

915. ibid., voir plus loin HUET (J.), « La modification du droit sous l'influence de l'informatique », *JCP* éd. G, I, 3095 pour un rapprochement exprès entre le choix de l'anthologie et l'originalité des bases de données. Ce rapprochement est explicitement consacré par la directive.

sélection<sup>916</sup>. Une question s'impose alors : comment protéger des bases de données exhaustives ou celles qui se présentent comme de pures compilations ? Cette objection soulevée par M. LUCAS avant la transposition de la directive<sup>917</sup> est toujours actuelle car c'est un principe d'exhaustivité qui préside, le plus souvent, à la réalisation des bases de données et non un principe de sélection. Cette lecture conduit, selon M. CATALA, à un résultat absurde, puisqu'elle a pour conséquence d'exclure du champ de la protection<sup>918</sup> les bases de données qui ont nécessité d'importants investissements pour leur conception. Cependant, force est de reconnaître qu'il y a de nombreuses bases de données dont l'originalité ne peut se manifester dans le choix des données et que, si elle ne correspond pas à l'esprit du texte, cette conséquence inattendue résulte du rapprochement avec l'anthologie. Une seconde lecture serait toutefois admissible. On pourrait voir dans le choix, non plus la sélection des œuvres ou données contenues dans la base de données, mais « la délimitation du domaine de la collection des données »<sup>919</sup>. Cette signification doit cependant aussi être écartée, car une base de données comporte généralement l'ensemble des informations relatives à un domaine déterminé de l'activité humaine ; son exhaustivité ne peut donc être que relative puisqu'elle se rapporte obligatoirement à un domaine particulier. Or, la délimitation du champ de la collection d'informations est une contrainte obligée, commandée par des impératifs documentaires. Elle ne donne pas lieu, à proprement parler, à des choix.

Si le critère retrouve toute sa pertinence pour les bases de données non exhaustives, pour celles qui impliquent une sélection, il ne permet d'appréhender qu'improprement l'originalité d'une base de données qui ne se prête pas à la sélection des données qui la compose<sup>920</sup>. La loi étant peu parlante et la doctrine, pour partie critique, il conviendrait de se tourner vers la jurisprudence. Toutefois, du moins à notre connaissance, depuis la transposition de la directive, aucune décision ne fait référence au « choix des données » pour assurer la protection d'une base de données. De fait, la question de la protection des bases de données exhaustives et des bases de données de pure compilation à travers le critère de la sélection des matières reste pendante.

916. LUCAS (A.), *Droit de l'informatique*, PUF, coll. Thémis, 1987. Mme N. MALLET-POUJOL, proposait de comprendre le choix non comme le choix des matières mais le choix du producteur de la base dans la disposition. Cette lecture demeure possible sous l'empire de la nouvelle législation, et semble être consacrée par certaines juridictions (La commercialisation des banques de données, éd. CNRS 1993 préc., n° 573, p. 491.)

917. LUCAS (A.), *Droit de l'informatique*, préc.

918. CATALA (P.), « Au-delà du droit d'auteur », *Mélanges FOYER*, p. 215, n° 5 ; dans le même sens voir GAUDRAT, préc.

919. *ibid.*

920. Sur les difficultés d'appréhender au travers du critère du choix les bases de données exhaustives et les compilations voir MALLET-POUJOL, préc.

**483. Jurisprudence antérieure.** - Aussi, de manière quelque peu indigente<sup>921</sup>, ne nous reste-t-il plus qu'à rappeler que la jurisprudence antérieure à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 s'était montrée relativement conciliante<sup>922</sup> avec les producteurs de compilations, en acceptant de protéger un travail de collecte et de classement de l'information par le biais du droit d'auteur ou d'un mystérieux droit privatif<sup>923</sup>. Ce faisant, si le juge s'est appuyé sur l'idée d'un choix, c'est pour caractériser l'originalité de l'organisation de la compilation et non plus l'originalité de la sélection des matières. La jurisprudence a pu ainsi fonder la protection d'annuaires, qui ont vocation à l'exhaustivité, sur « l'effort de recherche et de classement qu'implique l'agencement des informations »<sup>924</sup>. Seulement, ici, il s'agit de retrouver « un choix dans la disposition des matières » et non plus dans leur sélection. Cette protection qui s'éloigne résolument des canons de la propriété littéraire et artistique, parce qu'elle rompt avec une conception subjective de l'originalité, n'a cependant pas été approuvée par tous les tribunaux. Ainsi, à côté des décisions qui acceptent de protéger les recueils ou autres annuaires, d'autres, moins nombreuses il est vrai, le refuse expressément<sup>925</sup>.

Quoi qu'il en soit, le critère du choix des matières était, avant même l'adoption d'une réglementation relative aux bases de données, peu performant pour cerner l'originalité des compilations exhaustives. Le glissement de la protection du choix et de la disposition à celui de la réunion et du classement des matières le prouve, pour ce qui est des bases de données exhaustives ou des bases de données de pure compilation, il vaut mieux se tourner vers le critère de la disposition des données. Aussi, sommes nous contraints d'analyser l'autre branche de l'alternative

## b. L'originalité de la disposition des matières

**484. Disposition et contrainte technique.** - Indépendamment de la sélection, la disposition des matières suffirait à caractériser l'originalité d'une base de données. Ce critère, cependant, n'est pas plus éclairant que le premier. En effet, la plupart du temps, la disposition des matières est soit commandée par l'objet ou la nature de l'information en cause, soit

921. C'est sur ce constat que la plupart des auteurs se sont arrêtés, la protection des ensembles informationnels exhaustifs est abandonnée au domaine de la subjectivité.

922. LUCAS (A.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, préc.

923. CA Paris, 18 février 1924, Didot bottin, *DH* 1925, p. 30.

924. On retrouve des formules tout à fait comparables dans la jurisprudence récente relative aux bases de données ; ce sont les choix qui permettent de caractériser l'originalité de l'agencement, de la présentation de l'information, qui sont protégés. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a dit qu'un catalogue était original parce que sa classification et la numérotation spécifique répondaient à des choix. Le choix se mesure ici dans la disposition de l'information et pas dans la sélection des données elles-mêmes. CA Paris, 18 février 2004, préc.

925. Pour un tableau complet de ces décisions v. A. LUCAS, *Juriclasserur propriété intellectuelle*, op.cit.

commandée par les caractères de la création dont il s'agit ; « il ne faut pas se faire trop d'illusion sur l'efficacité du critère qui rattache la création intellectuelle à la disposition des matières, car l'informatique ne tolère pas beaucoup de fantaisie dans la structure des fichiers »<sup>926</sup>.

Positivement, il est très difficile de déterminer en quoi l'organisation de l'information peut être originale. Pour mesurer cette difficulté, il convient de rappeler que les banques de données sont d'abord construites selon des nécessités rationnelles ; « il est constant qu'une logique domine la construction des banques de données, logique essentiellement chronologique, thématique, alphabétique... qui enchaîne la liberté de création du producteur. L'originalité de la composition ne sera pas le plus souvent déterminante, les fichiers donc les banques de données, étant construits selon un schéma relativement classique inspiré de nécessités rationnelles »<sup>927</sup>. Ce point de vue est partagé par l'ensemble de la doctrine, la disposition de l'information ne permet de révéler l'originalité que difficilement<sup>928</sup>.

**485. Incertitude.** - Aussi, il est difficile d'apprécier in concreto l'originalité d'une disposition particulière de l'information ; il subsistera toujours une part de subjectivité, d'aléa, et donc d'incertitude dans cette appréciation. Pour illustrer ce propos, on s'attachera à faire état de deux affaires rendues sur le fondement de l'article L. 112-3 du CPI qui, sur des faits comparables, adoptent des solutions différentes. Le Tribunal de grande instance de Lyon<sup>929</sup> a caractérisé l'originalité d'une base de données contenant des conventions collectives en se fondant sur le fait que « les arrangements, la présentation, la mise en page utilisée, rendent la consultation du dictionnaire permanent plus simple et plus attractive que l'original ». Autrement dit, c'est une « facilité de lecture »<sup>930</sup>, à tout dire, la mise en page, qui permet de caractériser l'originalité du document en question par rapport à sa version

926. KOUMANTOS (G.), « Les bases de données dans la directive communautaire », *RIDA* 1996, p. 79. L'auteur estime que « Souvent, l'originalité fait complètement défaut dans les bases de données : il n'y a pas d'originalité par le choix lorsque le créateur (ou le fabricant) vise à y inclure toutes les œuvres ou toutes les données qui se situent dans le domaine de la base ; il n'y a pas d'originalité par la disposition lorsque la base de données est électronique et qu'il suffit de mémoriser la matière pêle-mêle pourvu qu'on puisse récupérer le point souhaité par un logiciel adéquat — ici c'est la disposition même qui fait défaut. »

927. MALLET-POUJOL (N.), op.cit.

928. LUCAS (A.) *Droit de l'informatique et de l'Internet*, préc. ; VIVANT (M.), « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », préc., , « entre l'originalité traditionnelle et l'originalité revisitée, entre des décisions différentes et des opinions divergentes, on peut discuter à l'infini sur le fait de savoir si une certaine organisation de l'information peut être dite originale » contra N. MALLET-POUJOL, préc., mais la critique est mesurée, l'auteur admettant que « l'originalité de la composition ne sera pas le plus souvent déterminante ».

929. TGI Lyon, 28 décembre 1998, *RIDA* 1999/3 comparer à Lyon 22 juin 2000, où c'est le travail de réécriture et de synthèse qui s'est trouvé protégé, la solution est plus logique puisqu'il est constant que ce travail (résumé) donne traditionnellement prise au droit d'auteur.

930. EDELMAN (B.), « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.*, chr., 2000, p. 91.

originale. L'autre espèce concerne aussi des documents officiels, en l'occurrence des annonces légales de marché public publiées par un opérateur privé<sup>931</sup>. Or, le juge refuse ici de protéger la mise en page des annonces au titre du droit d'auteur au motif que « ni ces classements et mentions, ni la présentation graphique des pages consacrées aux annonces, disposées sur trois colonnes dans des caractères typographiques courants, faisant apparaître en majuscule ou en gras les titres, ne caractérisent une création originale témoignant d'une inspiration personnelle ».

S'agissant d'informations du domaine public, dont la présentation est largement commandée par leur objet, on comprend mal pourquoi dans le premier cas la mise en page se trouve protégée alors que dans le second elle ne l'est pas. Peut-être que les annonces légales ne sont pas plus originales que celles qui sont publiées au bulletin officiel ? On pourrait tout aussi bien affirmer que la première structure ne méritait pas la protection car, en tout état de cause, la présentation de ces données officielle laissait peu de place à la l'originalité du créateur<sup>932</sup>.

Dans le même esprit, le tribunal de Grande instance de Strasbourg a dénié l'originalité à une base de données, regroupant des informations sur les collectivités territoriales<sup>933</sup>, au motif que la présentation des données était commandée par la nature des informations « qui répond à la logique contraignante de l'ordre alphabétique »<sup>934</sup> et que le défendeur n'a pas justifié en quoi la sélection des informations en cause pouvait être originale. Il semblerait, d'ailleurs, que lorsque la présentation des informations découle de la nature des choses, il n'y ait pas de protection possible<sup>935</sup>. Cependant, de nombreuses décisions ont consenti à protéger des annuaires, guides ou des bases de données<sup>936</sup>, pour lesquels la disposition des informations s'imposait en raison de leur objet ou de leur nature.

En conséquence, lorsque l'on aborde la question de la protection des bases de données ou des compilations à travers le critère de la disposition des matières, il faut se résoudre à tenir compte de la part d'incertitude qui caractérise ces qualifications. L'embarras des

931. CA, Paris, 18 juin 1999, *SA groupe Moniteur et autres c. Sté Observatoire des marchés publics, Communication - commerce électronique*, 1999, comm. n°21 C. Caron.

932. V. dans le même sens pour un refus de protéger les informations boursières parce qu'elles « constituent un bulletin officiel », Tribunal de commerce de Compiègne, préc. Ou encore Tribunal de commerce de Lyon, 30 juillet 1993, *Computer Intelligence c. Comm'back*, PA, 1995, n°51, p. 14, note A.LATREILLE pour un répertoire sur les entreprises.

933. TGI de Strasbourg, 22 juillet 2003, *Jakata, Pierre M. c. EIP, Patrick G.*

934. MALLET-POUJOL (N), préc.

935. T. com. Lyon, 30 juillet 1993, préc.

936. CA Paris, 20 février 2004, préc. où c'est un annuaire d'anciens élèves qui est protégé à travers le critère du classement des informations ; 18 février 2004, préc., où c'est le fameux catalogue de timbres de France Yvert et Tellier qui est protégé à travers le même critère.

juridictions n'est pas neuf<sup>937</sup> ; il n'est pas propre aux bases de données et s'est déjà manifesté à propos des compilations<sup>938</sup>, le juge ayant tantôt refusé, tantôt admis la protection d'objets similaires<sup>939</sup>. Son origine fait peu de doute, elle naît de la volonté de protéger des objets qui ont nécessité, pour leur création, des investissements et une certaine industrie au travers d'un droit qui est, certes marqué par le caractère énergique de ses sanctions, mais dont les critères d'application ne répondent pas toujours au caractère insolite de ces objets. La protection n'est acquise, dans bon nombre de cas, qu'en sollicitant la règle, ce qui conduit inévitablement à une extension de son champ d'application et fait naître une incertitude quant à son applicabilité, aux confins de ce domaine. Autrement dit, la protection au titre du droit d'auteur est reconnue avec largesse à des bases de données qui ne satisfont pas vraiment à la condition d'originalité, fût-elle comprise dans sa forme moins exigeante.

Le droit d'auteur, après quelques années d'existence, s'est révélé être un instrument impropre à la protection des bases de données<sup>940</sup>. Rarement invoqué par les plaideurs, car les exigences légales demeurent difficiles à apprécier, le régime institué par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 laisse pendante la question de la protection des bases de données de pure compilation et celle des bases exhaustives, qui constituent du point de vue commercial les ensembles informationnels les plus attractifs. Aussi, pour déterminer leur caractère protégeable, la jurisprudence n'a fait qu'appliquer d'anciennes solutions (relatives aux compilations utilitaires), privilégiant, au détriment du choix et de la disposition, la protection du rassemblement et du classement de l'information, rendant ainsi l'accession des bases de données à la protection aléatoire. C'est dire que la question de la protection des bases de données publiques par le droit d'auteur a finalement peu évolué depuis 1996<sup>941</sup>.

---

937. VIVANT (M.) et alii, préc.

938. Ce qui se comprend aisément lorsque l'on pense que la base de données n'est qu'une variété de recueils...

939. DELEVAL (D.), « La directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *Revue du droit des technologies avancées*, Vol. 8, 1996 n°8, p. 359, « Des œuvres d'un genre très proche, tels des guides ou des annuaires, ont déjà pu bénéficier, dans leur totalité, de la protection du droit d'auteur. Mais cette protection est demeurée très aléatoire, l'originalité étant souvent déniée à des œuvres du même genre, sans qu'il soit possible de tracer des règles précises de l'originalité dans ce domaine ».

940. La plupart des auteurs ont d'ailleurs tous insisté sur l'essor du droit *sui generis*.

941. La cour d'appel de Paris a reconnu récemment que l'ordonnancement de notices pharmaceutique dans une base de données ne pouvait être assimilé à une compilation. La base comporte « un apport intellectuel caractérisant une création originale au regard de l'organisation et de la classification mise en œuvre » (CA Paris, 9 septembre 2005, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2006/12, n°339, p.13 comm. N. Martin et C. Le Gal).

## *2. L'accès des bases de données publiques à la protection du droit d'auteur*

**486. Application.** - Les bases de données publiques peuvent-elles accéder à la protection prévue à l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle ? Les difficultés relatives à la détermination de l'originalité des bases de données retentissent inévitablement sur l'application de l'article L.112-3 du CPI aux bases de données publiques. Elles sont même amplifiées (quantitativement) par leur mode particulier de production. Car, s'il est constant que l'application de ces dispositions aux bases de données publiques ne présente pas de réelles spécificités, en ce sens que l'originalité de la base s'apprécie indépendamment de la mission de service public qui a conduit à la produire, l'exercice d'une telle mission va toutefois en marquer la nature, dans la mesure où les principes qui l'animent, conduisent à l'élaboration de bases de données exhaustives et, souvent, à de simples compilations. Toutefois, ces conditions de production et de collecte de l'information n'ont d'influence que lorsque l'on envisage la protection de la base de données publiques au travers du critère du choix des données (a), car pour ce qui est de la disposition de l'information, elles n'ont que peu d'effet (b).

### **a. Les bases de données publiques face au critère du choix des données**

**487. Principe d'égalité de la collecte des données publiques et exhaustivité.** - Toutes les données publiques, c'est leur définition même, sont produites à l'occasion de l'accomplissement d'une mission de service public. Qu'elles soient le moyen ou l'objet de cette mission<sup>942</sup>, leur production est soumise aux principes qui gouvernent son fonctionnement. De fait, la collecte des informations repose sur le principe d'égalité des usagers devant le service public<sup>943</sup>. Le principe d'égalité de la collecte contribue ainsi à déterminer l'un des caractères les plus saillants et des plus récurrents des ensembles informationnels publics : l'exhaustivité. Ainsi, la base de données contenant les coordonnées des abonnés au service téléphonique est parfaitement exhaustive, puisque l'abonnement à l'opérateur unique impliquait la collecte d'une information particulière<sup>944</sup>. Dans le même sens, la base de données constituée par L'INSEE, mais on peut étendre l'analyse à l'ensemble des bases de données relatives à

942. Sur la distinction information moyen information objet et ses conséquences sur la diffusion des données v. J-M. BRUGUIERE, préc.

943. Sur les moyens de la collecte, formulaire traditionnel ou électronique cf. J-M. BRUGUIERE préc. et H. MAISL, *Le droit des données publiques*, coll. Systèmes, Litec, 1996.

944. On peut étendre ici l'analyse à toutes les bases de données constituées à partir d'informations collectées par les fichiers clients constitués par les grandes entreprises publiques et qui sont tous commercialisés/



l'information légale sur les entreprises (notamment les bases constituées par les greffes de France et L'INPI), comporte les informations relatives à toutes les entreprises<sup>945</sup>.

**488. L'incidence du caractère obligatoire de la collecte.** - Au-delà du principe d'égalité de la collecte, ce qui fait l'originalité de la production des bases de données publiques, c'est son caractère obligatoire. La collecte d'informations est, en effet, obligatoire pour les usagers, parce qu'elle se trouve soumise à sanction<sup>946 947</sup>, mais aussi, et surtout, pour les opérateurs publics eux-mêmes, puisqu'il s'agit de la substance de la mission de service public elle-même. Autrement dit, l'organisme public n'a aucun moyen d'apprécier l'opportunité de la collecte des informations dont la production lui est statutairement imposée. Ainsi, l'article L. 35-4 du Code des postes et télécommunications impose la constitution d'un annuaire universel qui donne « accès aux noms ou raisons sociales, aux coordonnées téléphoniques et aux adresses de tous les abonnés aux réseaux ouverts au public, ainsi qu'à la mention de leur profession pour ceux qui le souhaitent » ; de manière similaire, le décret du 14 mars 1973 relatif au répertoire SIRENE<sup>948</sup> impose à l'INSEE la collecte des codes d'activité et des effectifs des entreprises, outre les noms des dirigeants et la raison sociale<sup>949</sup>. À délaissier ces poncifs, la délivrance d'un permis de construire suppose qu'un certain nombre d'informations soient collectées sur le demandeur et sur le terrain en question, la collectivité territoriale n'a aucune liberté quant à la détermination des données puisqu'elle est imposée par réglementation<sup>950</sup> ; la constitution d'une base de données regroupera nécessairement toutes ces informations.

945. Il en va de même pour les fichiers du cadastre ou des fichiers issus du permis de construire.

946. Il ne faut pas confondre le principe d'égalité de la collecte d'information et les sanctions qui peuvent s'attacher à un éventuel refus de communication de l'information. Le premier principe conduit à la constitution de bases exhaustives, le second vient le renforcer. Il contribue toutefois à la mise en place d'un monopole de droit sur la collecte de l'information, qui a de vastes conséquences du point de vue économique.

947. POULLET (Y.), « A Study on Comparative Law and European Law “ In Toward a Legal Framework for a diffusion Policy Data held by the Public Sector, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995, “The value of such information derives from characteristics inherent to this having been gathered by a public authority. A priori, the information is complete (all citizens targeted by the legislation in question being required to provide it.), reliable (sanctions are envisaged for anyone giving false information) and inexpensive (civil services functions on a non-profit basis)”, p.1.

948. préc.

949. L'INPI est chargé, en vertu de l'article L. 411-1 du Code de la propriété intellectuelle, de centraliser le registre du commerce et des sociétés, le répertoire des métiers et le bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

950. La demande de permis de construire doit préciser, notamment, l'identité du demandeur, le nom, l'adresse, le numéro de téléphone, la superficie du terrain ; ces données se retrouvent — sauf dispositions spécifiques sur la protection des données personnelles — sur la base de données communiquée.

On pourrait distinguer à côté de ces services publics d'autres organismes pour lesquels la collecte, tout en étant imposée par les textes institutifs, présente un caractère plus fonctionnel. En effet, la nature et la teneur des données à collecter n'est pas ici fixée par les textes mais largement imposée par la nature des obligations de services publics. Les missions confiées par le décret du 18 juin 1993 à l'établissement public MÉTÉO-FRANCE<sup>951</sup>, parmi lesquelles on retrouve, notamment, une mission de surveillance de l'atmosphère, l'établissement de prévisions ou la conservation d'informations sur le climat, impliquent la collecte d'une information dont on ne sait la teneur mais qui est très largement commandée par la nature de la mission et les usages en vigueur<sup>952</sup>. Identiquement, le SHOM<sup>953</sup> ou L'IGN<sup>954</sup> doivent pour établir les cartes qu'ils élaborent, dans le cadre de leur mission, collecter un certain nombre d'informations. Or, si une carte géographique peut potentiellement être protégée par le droit d'auteur<sup>955</sup>, la collecte d'informations qui préside à sa réalisation laisse peu de place à l'arbitraire. Autant dire que, même dans cette hypothèse, les opérateurs publics n'ont pas le choix des informations à collecter. Le domaine de la collection est entièrement déterminé par la nature de l'activité.

**489. Inefficacité du critère du choix.** - Compte tenu des caractéristiques de la production des bases de données publiques, on voit mal, à s'en tenir strictement au critère du choix des données fixées par l'article L.112-3 du CPI, comment sa structure pourrait être originale à raison de la sélection des données. Le principe d'égalité de la collecte, ainsi que son caractère obligatoire, conduisent à retirer à l'opérateur public toute latitude d'appréciation dans le choix des données à collecter : les bases ont vocation à l'exhaustivité. Aussi, pensons-nous que les bases de données publiques ne pourront pas accéder à la qualification d'œuvre de sélection et, partant, bénéficier de la protection du droit d'auteur au travers du critère du choix des données.

**490. Discussion.** - Un argument pourrait cependant être objecté à ce raisonnement. Si les bases de données publiques contenant des données brutes, ou les bases de données

951. Décret n°93-861 du 18 juin 1993, portant création de l'établissement public Météo-France, *JO* du 23 juin 1993.

952. Cour d'appel de Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné c. Direction de la Météorologie Nationale*, préc.

953. Décret n°2007-800 portant du 11 mai 2007 portant création, organisation et fonctionnement de l'établissement public administratif Service Hydrographique et Océanographique de la marine (SHOM), *JO* du 12 mai 2007, p. 8669

954. Décret n°81-505 du 12 mars 1981 modifié, prévoit que l'IGN a pour mission « d'établir, de publier ou de diffuser sous forme graphique, photographique ou numérique, les documents correspondants à l'exercice de ses missions », préc.

955. Au titre des œuvres qu'il énumère à l'article L.112-2, le CPI prévoit les cartes géographiques.

constituées pour le besoin du service, ne donnent pas vraiment lieu à des choix pour la sélection de leur contenu, celui-ci se trouvant imposé par des textes ou par l'objet de l'activité du service public, tel n'est pas forcément le cas des bases de données élaborées par les services publics en vue de leur rediffusion commerciale, car l'opérateur public retranche et/ou rajoute au corpus collecté un certain nombre d'informations. Aussi, la question se pose de savoir si ces opérations ne peuvent pas être assimilées à une sélection ouvrant droit à la protection au titre de l'article L.112-3 du CPI.

**491. Soustraction de l'information.** - Des deux opérations qui peuvent donner à penser que l'opérateur public effectue des choix dans les données, il faut écarter d'emblée celle qui le conduit à soustraire des informations de la base en vue de sa communication. Cette opération, qui ne concerne que les bases de données contenant des données nominatives, est logiquement commandée par l'application de la législation sur les données à caractère personnel, voire d'autres législations particulières qui impliquent la protection de ces données personnelles<sup>956</sup>. Ainsi, FRANCE TÉLÉCOM retire de la base communicable les fichiers issus des listes rouges, orange ou jaune ; l'INSEE occulte les informations à caractère personnel ou relatives au secret de la statistique. Aussi, il n'est pas possible d'assimiler la soustraction d'informations à caractère personnel de la base communicable à un choix ouvrant droit à la protection du droit d'auteur. Car, à proprement parler, il n'y a ici aucune sélection, l'opérateur public s'astreignant à respecter une obligation.

**492. Enrichissement des bases de données publiques.** - L'autre hypothèse, celle de l'enrichissement de la base par addition d'informations, se prête plus à la discussion. Elle recouvre le cas dans lequel le service public, par devers ses obligations, décide de collecter d'autres informations que celles qui sont strictement nécessaires à l'accomplissement de ses missions. L'argument a été évoqué au contentieux et il a, semble-t-il, justifié la protection d'une base de données publiques par le droit d'auteur dans l'arrêt *Société Direct Mail Promotion* ; « L'INSEE ajoute aux informations qui lui sont fournies par les entreprises, des informations qu'il élabore, relatives notamment au chiffre d'affaires, au taux d'exportation et à l'implantation de ces entreprises. » L'arrêt ayant cependant été rendu avant la transposition de la directive, l'enrichissement a été entendu comme une plus-value documentaire - dont la réalité a, au demeurant, été contestée par une partie de la doctrine<sup>957</sup> (v. *infra*) - et n'a pas été exploré en tant qu'il constitue un choix de données pouvant justifier l'emprise du droit d'auteur. Aussi, on s'interrogera sur le fait de savoir si, sous l'empire de la nouvelle

956. Loi du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, préc. ; Loi 51-711 du 7 juin 1951, sur l'obligation et la coordination et le secret en matière de statistique, modifiée par l'ordonnance 2004-280 du 25 mars 2004, préc.

957. KEREVER (A.) note sur C.E., ass., 10 juillet 1996, préc.

législation, cette accréation d'informations peut être interprétée comme une sélection d'informations donnant prise au droit d'auteur.

Des faits de l'espèce, il ressort clairement que l'opérateur public rajoute à la base de données des informations collectées au titre de sa mission, d'autres informations qui sont destinées à satisfaire les besoins des opérateurs privés pour qui la base originelle est trop pauvre, eu égard à l'usage qu'ils comptent en faire. Certes, a priori, on pourrait immédiatement exclure cette addition d'informations du champ de la protection, puisque le critère de la sélection se comprend d'abord comme étant une exclusion d'informations ou de matières par rapport à d'autres. Cela est vrai si l'on envisage uniquement la base de données originelle. En revanche, et quoique ce choix soit commandé par la demande, si l'on prend en considération le champ potentiel d'une collection de données relatives aux indicateurs économiques des entreprises, cet ajout d'informations pourrait être interprété comme une sélection ouvrant droit à la protection du droit d'auteur.

En conclusion, les conditions particulières de production des bases de données publiques<sup>958</sup> conduisent à exclure le critère du choix des données comme révélateur de l'apport intellectuel. Imposée statutairement et soumise au principe d'égalité de la collecte, la constitution d'une base de données publique ne laisse pas de place à la sélection des données qui la constituent et donne naissance, la plupart du temps, à des bases de données exhaustives, voire de simples compilations. Si l'on met à part l'hypothèse somme toute restreinte de l'addition d'informations, il s'avère que le critère du choix, compte tenu des incertitudes entourant son interprétation, d'une part, et, d'autre part, des conditions particulières d'élaboration des bases de données publiques, ne permet pas de déceler de manière objective l'originalité de leur structure. Lorsqu'elles ont été protégées par la jurisprudence judiciaire, les collections d'informations et autres bases de données exhaustives l'ont été au travers de la disposition des matières, aussi convient-il de se tourner vers ce critère pour savoir si les bases de données publiques peuvent accéder à la protection du droit d'auteur.

## b. Les bases de données publiques face au critère de la disposition des données

**493. Indifférence des conditions de production sur le critère de la disposition des données.** - Les principes, qui au sein du service public gouvernent la production des bases de

---

958. Il ne convient pas d'exagérer outre mesure cette spécificité, il est vrai que les opérateurs privés aussi constituent des bases de données qui tendent à l'exhaustivité. Cependant, pour les personnes publiques, cette finitude est imposée non pas par des considérations d'ordre commercial, mais par les principes qui régissent leur fonctionnement.

données, n'exercent aucune influence sur l'organisation des informations en son sein. L'originalité d'une base de données envisagée au travers du critère de la disposition s'apprécie donc indépendamment des particularismes de la collecte. Autant dire que la protection des bases de données publiques, à travers ce critère, est comparable en tout point aux compilations et bases de données constituées par les opérateurs privés ; elle ne présente pas de spécificité particulière. C'est pourquoi, à défaut de toute décision ayant reconnu l'emprise du droit d'auteur sur ce fondement à une base de données produite dans le cadre d'une mission de service public<sup>959</sup>, on s'appuiera sur la jurisprudence judiciaire pour déterminer les contours de cette exigence et la transposer au cas des données publiques.

La jurisprudence a pu rechercher cette originalité de la forme d'organisation de l'information, tantôt dans l'aspect graphique<sup>960</sup> ou la présentation formelle<sup>961</sup> des fichiers, tantôt à travers le « choix dans la construction de la structure des fichiers »<sup>962</sup>, ou encore dans la classification des données qui marque « un effort de recherche, de sélection et de synthèse » ou, enfin, dans la classification et la numérotation spécifique<sup>963</sup>. En bref, dans le choix d'organisation de l'information, dans la classification des données.

Cela dit, il s'en faut de beaucoup pour que les bases de données publiques puissent revêtir ces formes particulières. Dans un grand nombre de cas<sup>964</sup>, la disposition ne révélera aucune originalité et sera contrainte par la nature de l'information ou sa fonction. Les annuaires publics, les fichiers d'adresses et même les répertoires contenant des informations sur les entreprises sont des compilations d'informations qui suivent strictement l'ordre alphabétique, à travers lequel l'originalité des bases de données ne peut que difficilement éclore. Ainsi, le Tribunal de commerce de Lyon dans une affaire concernant une base de

959. Il y a, certes, la décision du Conseil d'Etat (v. *infra*), mais la motivation sur ce point est tellement lacunaire qu'il est impossible de savoir si la haute juridiction a voulu protéger la disposition ou le choix, à aucun moment elle ne confronte les caractères de la base produite aux qualifications de l'article L. 112-3 du CPI (qui n'est d'ailleurs pas explicitement visé). Le Conseil se contente en effet de qualifier le répertoire SIRENE d'ensemble structuré d'informations. Cette référence à l'ensemble structuré n'apporte rien à l'appréciation de l'originalité. La Haute juridiction estime, certes, que le répertoire SIRENE n'est pas une simple collection de données. Mais, nous semble-t-il, on ne peut pas déduire de cette confrontation entre la collection et l'ensemble structuré l'originalité d'une base. On peut certes y voir un lointain écho, mais il reste difficile à apprécier. Sur ce point, la décision du Conseil d'Etat se situe en deçà de celle des juridictions judiciaires qui déjà sont peu prolixes. Aussi, parce que la référence à l'ensemble structuré n'apporte rien à la détermination de l'originalité, on ne s'appuiera pas sur cette décision. (v. *infra*, § 2)

960. Arrêt Lyon préc rapp de CA Paris, 26 mars 1991, *Compagnie des courtiers jurés piqueurs de vins de Paris c. Société Le Cellier des halles et autres*, D. jur. 1992, p. 462, note A. TRICOIRE.

928. Tribunal de grande instance de Lyon, 28 décembre 1998, *Editions législatives c. T. Hermann, France Télécom et autres*, RIDA 1999, n° 181p. 325, obs. KÉREVER, p. 257.

962. *Ibid.*

963. CA, Paris 20 février 2004, préc.

964. C'est le cas pour les annuaires et les répertoires qui peuvent y être assimilés : répertoires de fonctionnaires, répertoires sur les entreprises, fichiers d'adresses des entreprises publiques, horaires relatifs aux transports en commun, données météorologiques...

données portant sur l'information des entreprises (c'est-à-dire des informations très similaires à celles collectées par l'INSEE) a refusé la protection du droit d'auteur au motif, d'une part, que ces informations ont un caractère descriptif et que, d'autre part, « le mode d'organisation des informations proposées ne fait que traduire une forme de présentation propre à beaucoup d'annuaires professionnels, électroniques ou non, imposée par le contenu des données traitées et les usages en vigueur »<sup>965</sup>.

Est-ce à dire que les bases de données publiques de pure compilation ne peuvent pas recevoir de protection à travers la disposition des données ? Le droit positif, on le sait, n'apporte pas de réponse tranchée à la question. Il est toujours possible d'inférer, de certaines décisions qui ont protégé à travers le droit d'auteur – essentiellement pour sanctionner un parasitisme économique - des recueils d'adresses, des annuaires ou des bases de données de pure compilation, que les bases de données publiques, qui présentent des caractères tout à fait comparables aux objets qu'il a été décidé de protéger à travers le droit d'auteur, peuvent recevoir cette protection. D'ailleurs, le Conseil d'Etat l'a admis pour la base de données constituée par l'INSEE.

**494. Conclusion.** - Bien que l'on puisse exprimer des réserves à son encontre, la protection des bases de données publiques par le droit d'auteur demeure possible. Cependant, cette protection présente deux inconvénients majeurs pour les opérateurs publics qui entendent fonder une politique de diffusion commerciale de l'information. Premièrement : ces solutions ne sont pas prévisibles, même si, à travers les dernières décisions, on peut constater une certaine automaticité dans l'octroi de la protection. Secondement : l'utilité de cette protection est relativement marginale. En effet, la protection de la base par le droit d'auteur n'est acquise qu'à la base, c'est-à-dire à la structure, et non aux données en elles-mêmes dont la protection est indépendante. Lorsque l'on parle de commercialisation de données publiques, il faut distinguer deux situations : celle de la commercialisation des informations auprès d'un opérateur désireux de rediffuser l'information et celle de la commercialisation de l'information auprès d'un consommateur final. Dans le premier cas, ce ne sont que les données qui sont effectivement cédées, indépendamment de la base. Or, le droit ne portant que sur l'organisation de l'information, il ne peut valablement servir de fondement à la cession des données<sup>966</sup>. Certes, dans le cas où c'est l'ensemble constitué par la base et les données qui est effectivement commercialisé, cette protection retrouve une certaine pertinence. Pourtant, ce n'est pas l'hypothèse la plus fréquente. La structure intéresse peu les

965 Tribunal de commerce de Lyon, 30 juillet 1993, *Computer Intelligence Europe c. Comm'Back*, préc.

966. L'inefficacité relative de ces dispositions a largement été soulignée par la doctrine. Voir notamment. F. POLLAUD-DULIAN, « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *Dalloz Affaires*, 1996, n° 18 p. 539.

co-contractants de l'administration qui recherchent d'abord l'accès aux données de manière à y apporter leur plus value. Par ailleurs, en cas de contrefaçon, il est toujours possible de copier les informations sans la structure. Ce constat, qui n'est pas propre aux bases de données publiques, a été souligné par une bonne part de la doctrine, et le droit *sui generis* - à défaut d'une preuve, nous y verrons un symptôme - est là pour en témoigner<sup>967</sup>. Toutefois, la protection de la structure peut être importante lorsque l'administration diffuse des bases de données directement auprès de consommateurs finals.

## B. La protection du contenu des bases de données publiques

**495.** A maints égards la question de la protection du contenu des bases de données par le droit d'auteur est plus simple à traiter, car les données engrangées dans la base peuvent être des œuvres originales ou des informations factuelles, voire des données brutes, qui répondront à la condition de l'originalité ou pas. On s'attachera ainsi à mettre en relief le caractère variable de la protection du contenu des bases de données publiques (1) ; on fera ensuite un cas à part des données publiques échappant à la réservation en raison de leur destination particulière (2).

### *1. La variabilité de la protection du contenu des bases de données publiques par le droit d'auteur*

**496. Les données et œuvres.** - Ce n'est pas un phénomène propre aux bases de données publiques, mais la protection de leur contenu au regard du droit d'auteur est très variable. En effet, du point de vue du droit des propriétés intellectuelles, le vocable de « données » et, dans son prolongement, celui de « données publiques », sont trompeurs. Ils travestissent sous une homogénéité apparente des objets divers qui sont tantôt de purs produits d'information ne donnant pas, ou peu, de prise au droit d'auteur, tantôt de véritables œuvres de l'esprit auxquelles l'application de la condition d'originalité ne fait aucune difficulté<sup>968</sup>. Autrement dit, une création protégée par le droit d'auteur, sera toujours

967. De l'aveu même de la directive de 1996, la protection du droit d'auteur n'assure pas la protection des tous les contenus (considérant 38).

968. LUCAS (A.), préc. qui dénonce l'amalgame fait dans la « société de l'information » entre les œuvres au sens propre et l'information, « il s'explique sans doute par le fait qu'une fois numérisées, toutes les œuvres se présentent (apparemment au moins) sous la forme de données brutes, et par le constat que celles qui voyagent sur les réseaux planétaires sont pour une bonne part des œuvres factuelles, dont la valeur économique ne repose que sur le contenu informationnel. Elle n'en est pas moins regrettable. Le droit d'auteur, pour ne s'en tenir qu'à lui, ne saisit que les œuvres pas les informations ».

protégée qu'elle se trouve numérisée et stockée au sein d'une base de données, le support ne changeant rien à la qualification juridique de l'objet. Par exemple, certaines bases de données publiques peuvent contenir des cartes géographiques, des photographies, des rapports officiels, des conclusions de commissaire du gouvernement, toutes ces « données » sont bien des créations originales soumises en tant que telles à la protection du droit d'auteur.

Dès lors, la question de la protection du contenu (et sa réservation en vue d'une commercialisation) des bases de données publiques, ne se pose pas vraiment pour ces « informations publiques ». Elle concerne en réalité toutes les données – dont la nature est très largement déterminée par la nature des missions de gestion et non de création imparties aux services publics – purement factuelles ou signalétiques qui sont nécessaires aux organismes publics pour remplir leurs obligations. Or, ces informations, par principe, sont insusceptibles de propriété intellectuelle. Que l'on se figure un instant les informations dont il s'agit : listes d'adresses, coordonnées téléphoniques, horaires de transports en commun, relevés topographiques ou encore des données sur l'état de l'atmosphère, sur l'état de la circulation, des annonces de marchés publics, les informations issues des diverses publications légales, les informations sur une surface constructible ou la cylindrée d'un véhicule, les résultats d'examen<sup>969</sup>. Toutes ces informations ne sont évidemment pas enrichies par les organismes publics, au mieux, après la collecte, elles font l'objet d'une structuration au sein d'une base de données pour les besoins du service mais par elles-mêmes, elles ne peuvent être protégées. Même dans sa version la moins exigeante, le critère de l'originalité ne pourra les saisir. Aussi, se retrouvent-elles, au regard du droit d'auteur, sans protection.

L'évaluation de l'originalité des contenus d'une base de données s'apparente donc à une casuistique tant les données publiques sont nombreuses et au-delà des rappels précédant il n'est pas possible d'aller. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que nombre des bases de données publiques sont composées d'informations factuelles ou brutes qui ne sont protégées par le droit d'auteur. À côté de ces informations, subsistent aussi des œuvres qui, quoiqu'originales, échappent à l'emprise du droit d'auteur à raison de leur destination particulière.

## *2. Les données publiques échappant à la réservation en raison de leur destination*

**497. Les textes officiels.** - La solution est classique, il convient toutefois de la rappeler : les textes législatifs réglementaires, la jurisprudence et, plus généralement, les textes officiels, sont dans le domaine public. Ils sont donc de libre parcours et nul ne peut

969. S'agissant de données boursières, une juridiction du fond a pu considérer que « les données brutes boursières sont publiques et insusceptibles d'appropriation », T. commerce de Compiègne, 2 juin 1989, Revue droit de l'informatique et des télécoms, note. N. POUJOL



s'approprier leur contenu. Ce principe d'exclusion des textes officiels de toute protection privative et, par suite, de toute entreprise de diffusion commerciale<sup>970</sup>, est unanimement fondé par la doctrine<sup>971</sup> sur l'idée que « toute entrave qui serait mise à leur diffusion contrarierait le destin des dispositions qui y sont contenues ; grâce à leur libre divulgation, les justiciables ne peuvent se récrier, lorsqu'ils s'entendent opposer l'adage *nemo censetur ignorare legem* »<sup>972</sup>.

L'apparition de nouveaux supports faisant succéder, à la publication papier, la diffusion numérique, n'affecte en rien cette solution qui repose sur la destination particulière de ces données<sup>973</sup>, la connaissance du Droit impliquant logiquement la non-appropriation des textes officiels.

Si le fondement de ce principe d'exclusion<sup>974</sup> se comprend aisément au regard, d'une part, des vertus civiques – supposées – que présenterait une large diffusion de la norme juridique et, d'autre part, de la nécessité de répondre à l'objectif fixé par l'axiome « nul n'est censé ignorer la loi », il reste que les critères de reconnaissance des textes officiels sont pour le moins incertains<sup>975</sup>. De fait, la portée de cette exclusion demeure relativement indéterminée<sup>976</sup>.

970. BERTRAND (A.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 1999.

971. Le droit positif, hormis une maigre jurisprudence qui date du XIX<sup>e</sup> siècle, n'évoque pas la question. Le Code de la propriété intellectuelle ne les vise pas, ce qui ne signifie pas qu'ils ne puissent pas faire l'objet d'une protection. C'est dire que l'exclusion des actes officiels du champ du droit d'auteur résulte d'une construction doctrinale et jurisprudentielle.

972. DESBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz 1978, p. 58. Cette conclusion et sa justification est partagée par l'ensemble de la doctrine. V. en ce sens LUCAS (H.) ET LUCAS (H-J.), *Traité de propriété littéraire et artistique* éd. Litec, Paris 2001, p. 100 ; GAUTHIER (P-Y), *la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd., PUF coll. Thémis 1996, p. 74 ; BLAIZOT-HAZARD (C.), *Les droits de propriété Intellectuels des personnes publiques*, LGDJ, préc.

973. « Acte au niveau de son adoption, texte au niveau de sa diffusion papier et information dès lors que l'on se situe dans la perspective d'un rassemblement et d'une mise à disposition à une plus grande échelle, cet objet, qui intéresse avant tout les responsables des bases de données juridiques, reste officiel et, à ce titre, classiquement exclu du droit d'auteur », J-M. BRUGUIERE, *La diffusion de l'information publique*, préc., p. 230.

974. Deux raisonnements peuvent conduire à l'adoption de ce principe de non-appropriation. Un raisonnement téléologique, qui admet d'abord la naissance d'un droit d'auteur au profit de l'Etat, puis, eu égard à la destination des textes, le renoncement de l'Etat à ce droit ; un raisonnement qui récusé la naissance, sur ces textes, d'un droit d'auteur au profit de l'Etat. Sur tous ces points voir J-M. BRUGUIERE (J-M.), préc.

975. BLAIZOT-HAZARD (C.), préc., p. 39.

976. Pour circonscrire la notion de textes officiels, la jurisprudence a usé alternativement, soit du critère plus formel de la publicité ou de celui du caractère obligatoire. Ces critères sont toutefois loin d'être satisfaisants, puisque leur application conduit à écarter une série d'informations dont on aurait pu penser qu'elles faisaient partie de la catégorie des textes officiels. Ainsi, M. J-M. BRUGUIERE fait remarquer que « si l'on s'attache au critère formel de publicité, force est de reconnaître que les décisions judiciaires ou administratives ne reçoivent pas toutes une telle mesure sans que cela ne leur retire pour autant, au vue de la jurisprudence, leurs qualifications de textes officiels. À valider le critère du caractère obligatoire, la même

**498. Reconnaissance des textes officiels.** - Pour tenter d'identifier les contours de la notion de données officielles, on s'appuiera sur les dispositions du décret du 7 août 2002<sup>977</sup>. Ce texte ne pose certes pas les critères d'identification des documents officiels, mais il rejoint les précédentes observations en ce qu'il définit un ensemble de données publiques mises gratuitement à disposition et, par là même, libres de droit. Ces critères contribuent ainsi à circonscrire le champ des données publiques exclues de la réservation privative.

Le décret du 7 août 2002 établit un service public de diffusion du droit par l'Internet qui « a pour objet de faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence »<sup>978</sup>. Aussi, il pose le principe de la gratuité de l'accès au droit. Les textes qu'il vise, pour ce qui concerne leur teneur<sup>979</sup>, peuvent être considérés comme absolument exclus de toute entreprise d'appropriation privative. La nomenclature qu'il établit recouvre très largement d'ailleurs celle qui a été dégagée par la doctrine et la jurisprudence à propos des actes officiels.

On y trouve : certains actes à caractère normatif, la Constitution, les lois, les règlements et les conventions collectives nationales ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension, les actes résultant des engagements internationaux de la France, parmi lesquels on retrouve les traités et autres directives et règlements communautaires ; la jurisprudence des Hautes juridictions nationales, des Cours européennes et communautaires, ainsi que les décisions des juges du fond ; enfin, d'autres publications officielles, comme le journal officiel ou le bulletin officiel des ministères. Si l'on excepte le cas des conventions collectives, le décret vise en définitive un ensemble de données dont on ne pouvait pas douter qu'elles n'appartenaient pas au domaine public<sup>980</sup>. Le décret du 7 août contribue ainsi à conférer à la catégorie des données officielles l'assise réglementaire qui lui manquait<sup>981</sup>.

---

conclusion doit être adoptée, sachant qu'une décision ou une circulaire ne présente précisément pas cette nature.»

977. Décret du 7 août 2002, *relatif au service public de diffusion du droit par l'Internet*, JO du 9 août 2002, p.13655.

978. Décret du 7 août 2002, préc. le rapport au premier ministre indique d'ailleurs que « le service public ainsi organisé vise à assurer une diffusion directe du droit auprès des citoyens ».

979. H. DESBOIS notait que le principe d'exclusion ne concerne que le contenu des actes officiels, « seule la teneur intrinsèque de ces différents documents échappe aux prérogatives de l'auteur. Le juriste, qui prend soin de les réunir dans un ordre original, et d'en présenter le commentaire, acquiert un droit propre sur sa compilation », préc.

980. On remarquera ici encore une hésitation entre le critère de l'obligatorité et de la publication. S'il semble que ce soit le premier qui l'emporte, puisque le décret vise d'abord les données juridiques, il n'en demeure pas moins que la mise à disposition du Journal officiel ou des bulletins officiels dépasse ce qu'il convient d'appeler au sens strict des données juridiques. Car les données qui y sont contenues n'ont pas forcément d'effet juridique.

981. On peut regretter toutefois que les données officielles, émanant d'autres organes, échappent à ces prévisions, il n'est pas certain que cette typologie soit exhaustive, on aurait pu imaginer y voir figurer les données officielles émises par les Collectivités territoriales et les organismes déconcentrés de l'Etat.

La norme et ses accessoires sont donc étrangers à toute idée de réservation. La catégorie des textes officiels engloberait-elle d'autres informations que les données juridiques ?

Ce point de vue a pu être soutenu eu égard à certaines formulations jurisprudentielles. Certaines décisions ont qualifié d'officiels des textes dont la diffusion ne répondait pas au principe *nemo censetur*... Dans l'affaire Société des Bourses françaises, le tribunal a qualifié de « document officiel destiné à l'information du public » la cote de la bourse diffusée par la SFB au titre de sa mission de service public. Si le tribunal a vu dans ces informations des « documents officiels », ici, ce n'est plus l'objectif de connaissance de la norme qui justifie leur exclusion du champ de l'appropriation, mais la prise en compte plus large de « l'information du public »<sup>982</sup>. Toutefois, ces décisions sont très rares et les motivations de l'exclusion largement contingentes aux faits de l'espèce. Aussi, « il est préférable de s'en tenir à une lecture stricte et d'observer que le juge a souvent, pour des raisons de pure opportunité, intégré dans la catégorie des textes qui n'avaient aucun lien avec la notion communément admise »<sup>983</sup>.

## §2- LA PROTECTION D'UNE BASE DE DONNEES PUBLIQUE PAR LE CONSEIL D'ETAT

**499. Interrogation.** - La contestation du caractère excessif de la rémunération due pour la fourniture des données produites par l'INSEE a donné l'occasion au Conseil d'Etat de reconnaître des « droits privatifs issus de la propriété intellectuelle »<sup>984</sup> à l'Etat. Cette solution, plusieurs fois confirmée depuis<sup>985</sup>, permet aux organismes publics d'exiger, lors de la communication des données publiques, une redevance supérieure aux coûts du service ; la redevance pour « droits privatifs » s'ajoutant alors au montant de la redevance pour service rendu. Au-delà de l'intérêt financier que présente cette reconnaissance pour les organismes fournisseurs de données publiques, d'un point de vue juridique, la solution laisse insatisfait, car des deux arrêts rendus par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'examen des requêtes des sociétés Direct Mail Promotion et CEGEDIM la nature des « droits privatifs issus de la propriété intellectuelle » ne ressort pas clairement. La doctrine est d'ailleurs partagée sur

982. Sur les autres décisions voir, J-M.BRUGUIERE, préc.

983. BRUGUIERE (J-M), *Les données publiques et le droit*, coll. droit@litec, Paris 2002.

984. CE, ass. 30 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres*, RFDA 1997, concl. M. DENIS-LINTON ; note H.MAISL, AJDA 1996 ; note A. KEREVER, RIDA 1996

985. C.E., 29 juillet 2002, *société CEGEDIM*, concl. MAUGÜE CJEG 2003 n°594 ; *Droit Administratif*, Déc-2002, p. 9 note M. BAZEX. CE, 2 avril 2003, *Société CEGEDIM*, comm. M.Bazex et S. Blazy, *Dr. Adm.* août 2003. CE, 2 avril 2003 ; CE, 24 juillet 2006, *Société CEGEDIM*, préc.

l'interprétation des solutions ; certains y ont vu, résolument, un droit d'auteur<sup>986</sup>, d'autres, de façon précautionneuse, hésitent légitimement<sup>987</sup>, d'autres enfin, opinent pour la protection du droit *sui generis* des bases de données<sup>988</sup>. La plupart soulignent toutefois la confusion conceptuelle qui les caractérise<sup>989</sup>. Autant dire, on l'aura compris, que ces solutions, du point de vue du droit de la propriété intellectuelle, sont incertaines au point qu'il est difficile de déceler derrière l'expression de « droits privatifs » un droit de propriété intellectuel particulier. Aussi, au regard de la somme de contributions apportées à la compréhension de ces affaires, notre objectif n'est-il pas de rajouter une nouvelle analyse à celles qui existent. Nous nous bornerons seulement à en faire état, en essayant de montrer que si d'un point de vue strictement juridique la solution apportée par le Conseil d'Etat est discutable, elle est marquée par la volonté de protéger les données produites en tant que telles pour garantir une rémunération à l'administrateur allant au delà du coût du service rendu. Pour le reste notre commentaire se bornera à essayer de découvrir le droit de propriété intellectuelle visé par l'expression de droit privatif (1), puis, l'ayant cerné, on essayera de savoir l'objet sur lequel il porte. A la lecture des arrêts de la Haute assemblée il est en effet difficile de dire si c'est la base de données, son contenu, ou les deux qui se trouvent protégés (2).

## A. La signification de l'expression « droits privatifs issus de la propriété intellectuelle » dans l'arrêt Société Direct Mail Promotion

**500. Précision.** - Les développements suivants reposeront presque exclusivement sur l'analyse de l'arrêt d'assemblée du 10 juillet 1996, car dans les autres décisions rendues par le Conseil d'Etat à propos de la redevance d'accès à la base de données SIRENE, il a, sans autre démonstration, reconduit la formulation de principe dégagée dans cette affaire. Aussi, nous en rappellerons brièvement les faits, avant d'explorer la question de la nature des droits privatifs issus de la propriété intellectuelle.

Le litige est antérieur à la transposition de la directive sur la protection juridique des bases de données<sup>990</sup>. Il oppose l'Etat à des opérateurs privés qui contestent la légalité du décret du 17 février 1995 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'INSEE, en l'occurrence la fourniture, à des fins d'exploitation commerciale, de données du fichier

986. KEREVER (A.), note sur C.E., 10 juillet 1996, préc.

987. BRUGUIERE (J-M), *ibid.*

988. DE BOISSE (H.), « Prééminence du droit de la concurrence sur le droit *sui generis* », *Expertises* janvier 2003, p.23

989. EDELMAN, préc. ; LUCAS (A.), note sur C.E., 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM, Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n°6, p.57

990. Elle avait toutefois été adoptée par les institutions communautaires.

SIRENE. La contestation porte principalement, c'est du moins le moyen le plus performant introduit par les plaideurs, sur le caractère excessif de la redevance de service public due à l'INSEE à l'occasion de la réalisation de cette prestation<sup>991</sup>. Le caractère excessif de la redevance étant lié à la perception d'une redevance pour droits de propriété intellectuelle, il fallait que le Conseil d'Etat se prononce sur la légalité de l'intégration au sein d'une redevance pour service de la rémunération des droits privatifs. Et, par là, résoudre la question de savoir si « *les personnes publiques peuvent acquérir des droits d'auteurs sur les fichiers qu'elles élaborent à partir de données publiques* »<sup>992</sup>.

**501. Droits privatifs et droit d'auteur.** - Le Conseil d'Etat, dans les arrêts *Direct Mail Promotion* et *CEGEDIM*, utilise alternativement l'expression sus énoncée et celle de « droits issus de propriété intellectuelle », mais s'abstient systématiquement d'utiliser celle de droit d'auteur ou d'originalité<sup>993</sup>. Selon M. BRUGUIÈRE (qui ne s'appuie que sur la première espèce), la Haute juridiction, compte tenu du fait qu'à la date du jugement la directive sur la protection des bases de données venait d'être adoptée, viserait, à la fois, « *le droit d'auteur et le droit sui generis sur les bases de données* »<sup>994</sup>.

Nous ne partageons pas ce point de vue, c'est le droit d'auteur qui selon nous est seul en cause, et ce, à raison de trois série de considérations. La première est relative à la référence que le Conseil d'Etat fait à l'œuvre collective. Cette notion permet d'attribuer le droit d'auteur de manière dérogatoire à une personne morale<sup>995</sup>, en l'occurrence l'Etat. Elle ne concerne aucunement le droit privatif de la directive dont on verra que la raison d'être et les conditions d'application n'ont rien en commun avec l'originalité<sup>996</sup>. La deuxième prend sa source dans la lecture des conclusions rendues à propos de la première espèce. Le Commissaire du gouvernement s'il fait mention de la directive ne vise que les dispositions relatives au droit

991. Le différent ainsi identifié pose en réalité trois séries de questions : la première concerne la protection de la base de données produite, voire les données elles-mêmes, par le droit d'auteur ; la seconde est relative à l'attribution de droits privatifs à l'Etat ; la troisième, porte sur l'incorporation, d'une redevance pour droits d'auteurs au sein d'une redevance pour service rendu. Nous n'examinerons ici que la première interrogation la dernière participe d'une réflexion qui se situe à la charnière du droit public et du droit de la concurrence (MAISL (H.), « Régime de la protection juridique des bases de données publiques », *AJDA* 1997, p.189), quant à la seconde, elle sera spécifiquement analysée au chapitre suivant.

992. DENIS-LINTON (M.), conclusion sur CE, ass. 10 juillet 1996, *Société CEGEDIM* et autres, préc.

993. Il faut bien sûr exclure la propriété industrielle du champ des significations possibles, en raison de la nature de l'objet de droit en cause : la base de données ou les données.

994. BRUGUIÈRE (J-M), (préc.) ce point de vue est partagé par d'autres auteurs.

995. Kéréver (A.), note sur C.E, ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, préc.

996. Le Conseil d'Etat fait encore référence à la notion d'œuvre collective dans un arrêt du 2 avril 2003 (préc.), « *considérant que la redevance correspondant à la mise à disposition de la base de données SIRENE, qui doit être regardée comme une œuvre collective, peut légalement inclure des droits relevant de la propriété intellectuelle* ».

d'auteur et non celles qui concerne le droit *sui generis*<sup>997</sup> ; autrement la majeure partie de son argumentation est tournée vers la démonstration du caractère original des données et de la base, d'ailleurs la question principale qu'il se propose de résoudre consiste à savoir si « cette création intellectuelle (le fichier SIRENE) réalisée à partir de données publiques peut (elle) constituer une œuvre de l'esprit protégée au titre de la loi du 11 mars 1957 ». La dernière considération concerne cette fois l'arrêt CEGEDIM. La décision ayant été rendue en 2002, soit près de quatre ans suivant la transposition de la directive, si le conseil avait voulu appliquer le droit privatif consacré par l'article L. 341-1 du CPI il aurait dû le viser ou, du moins, au sein des motivations, vérifier que les conditions fixées par ses dispositions était bien remplies. Or, il n'en est rien, la Haute juridiction semble avoir reconduit le raisonnement qu'elle avait tenu en 1996, le commissaire du gouvernement précisant d'ailleurs que « le répertoire SIRENE constituait bien une œuvre originale au sens du code de la propriété intellectuelle, confiant à l'INSEE, et donc à l'Etat, l'exercice de droits privatifs »<sup>998</sup>. S'agissant alors d'une œuvre originale, de droit privatif, il n'y a que le droit d'auteur<sup>999</sup>.

Pourtant, la réservation de cette base de données par le droit d'auteur demeure problématique.

## B. L'objet de la protection du droit d'auteur dans l'arrêt Société Direct Mail Promotion

**502. Motivation.** - Le Conseil d'Etat accorde la protection en considérant que le répertoire SIRENE « constitue non une simple collection de données mais un ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises ; qu'en outre l'INSEE ajoute aux données brutes qui lui sont fournies par les entreprises des informations qu'il élabore, relatives notamment au chiffre d'affaires, au taux d'exportation et à l'implantation géographique de ces entreprises ; que l'ensemble susceptible d'être cédé par l'INSEE aux sociétés requérantes en vue de sa rediffusion par celles-ci, constitue une base de données qui doit être regardée comme une œuvre collective pouvant légalement inclure des droits de propriété intellectuelle au profit de l'INSEE, donc de l'Etat ».

997. Mme. M. DENIS-LINTON fait état des dispositions de la directive en ce qu'elles prévoient la protection des bases de données par le droit d'auteur « cette question (protection des bases de données) a reçu un consécration communautaire par la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données qui énonce que « les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telles par le droit d'auteur. »

998. MAUGÜE (C.), conclusions sur C.E., 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, préc.

999. Kéréver (A.), note sur C.E., ass., 10 juillet 1996, Société Direct Mail Promotion préc.

À la lecture de cette motivation, il n'est pas possible de savoir ce que le Conseil d'Etat a voulu protéger. Est-ce la structure de la base de données, comme pourrait en témoigner la référence à « l'ensemble structuré » ? Sont-ce les données elles-mêmes, à raison de leur enrichissement ? Ou est-ce l'ensemble constitué par la structure et les données ? L'hypothèse la plus vraisemblable est la dernière : l'arrêt tend à garantir la protection du contenu et du contenant.

**503. La protection de la structure.** - A la lecture de l'arrêt, l'originalité du contenant repose sur le constat suivant : la base de données produite par l'INSEE n'est pas une collection mais un ensemble « organisé d'informations ». Cette motivation est laconique. Comme le remarquait M. EDELMAN, la référence à l'ensemble structuré n'apporte rien à l'appréciation de l'originalité car « sous peine d'être radicalement inutilisable un répertoire doit forcément être structuré »<sup>1000</sup>. De plus, il est difficile de déduire l'existence d'un apport intellectuel de l'opposition entre la « collection » et « l'ensemble organisé ». Peut être alors, à travers l'organisation, la Haute juridiction visait le critère de la disposition des matières, le critère du choix étant inopérant en raison de l'exhaustivité de la base... mais c'est trop en faire dire à la décision. La protection de la structure n'est pas vraiment démontrée.

L'observation des conclusions du Commissaire du gouvernement, nous apportent un autre éclairage. D'un point de vue factuel, Mme Denis-LINTON souligne que les données collectées par l'Institut sont enrichies d'autres informations, et que c'est dans ce travail d'enrichissement de l'information que gît la plus-value porteuse de protection. En quoi consiste cet enrichissement, on l'a déjà aperçu<sup>1001</sup>, il s'agit pour l'INSEE d'ajouter aux données brutes collectées dans le cadre de sa mission de service public d'autres données pour satisfaire la demande des opérateurs. Certaines de ces données sont destinées à actualiser les données existantes, d'autres sont relatives au chiffre d'affaire à l'implantation géographique ou au taux d'exportation. Le raisonnement porte donc sur les données, non la base en tant qu'œuvre protégée. Cependant, tout de suite après avoir décrit ce travail particulier de l'opérateur public, le commissaire quitte les considérations relatives aux données pour affirmer que le fichier mériterait protection parce que les données sont enrichies « l'argumentation tirée de l'impossible appropriation des données publiques ne vaut pas selon-nous, pour les fichiers comportant des informations enrichies par le travail de recherche et d'analyse déjà évoqué et pour lesquels l'INSEE concède une licence de rediffusion. Cette création intellectuelle réalisée à partir de données publiques peut-elle constituer une œuvre ». Aussi, il semble bien que c'est le travail d'enrichissement des données qui affecte l'originalité de la création intellectuelle ; le fichier SIRENE. En d'autres termes, à ce stade, on déduirait l'originalité de la base (de la structure) à raison de l'enrichissement des données. Si l'on

1000. EDELMAN (B.), « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.*, chr., 2000, p. 91.

1001. *V. supra*, § 1.

considère le travail de structuration ; l'organisation des données, la conclusion est logique. En tout cas conforme à ce que la jurisprudence judiciaire admettait. Si l'on considère, la plus value intellectuelle à laquelle fait référence le Commissaire du gouvernement alors ce ne sont que les données qui peuvent être protégées et pas la base. Puisque l'enrichissement des données ne peut affecter la base en elle-même.

Il semble bien que le Commissaire du Gouvernement, comme la Haute assemblée, refusent de distinguer la protection de la structure et celle des données qui se trouvent indistinctement affectées par un enrichissement dû au travail des agents de l'institut. Cette conclusion semble confirmée par un autre développement : « lorsque l'administration structure, organise et enrichit l'information en la complétant avec des éléments qu'elle recherche et qu'elle analyse, permettant le passage du fichier de production au fichier de diffusion, elle lui apporte une valeur originale qui mérite protection ». Ainsi, le travail d'enrichissement affecte indistinctement la structure de la base et l'information elle-même. Cette conclusion est contraire à la jurisprudence judiciaire et à tout ce qu'il y avait de connu alors ; « En associant, pour justifier la protection, l'organisation de la structure et l'enrichissement des données individuelles elles-mêmes par l'ajout d'informations brutes collectées par les agents de l'INSEE, l'arrêt veut ignorer la distinction entre la protection de la structure et la protection éventuelle des données individuelles rassemblées. Or cette distinction, déjà consacrée par la jurisprudence judiciaire française est confirmée par la directive »<sup>1002</sup>.

**504. Protection du contenu.** - Quoi qu'il en soit, au fond, la protection de la structure importait peu. Du point de vue de la commercialisation, pour valider le décret litigieux, la protection devait être acquise aux données et non à la base. Le Conseil le souligne d'ailleurs : le décret attaqué a pu « légalement autoriser la communication de données extraites de fichiers qu'il détient ». Autrement dit, les licences d'exploitation portent sur les données-elles-mêmes et non sur la base<sup>1003</sup>. La protection de la base n'affectant en aucun cas celle des données et inversement<sup>1004</sup>. La protection doit être principalement reconnue à celles-ci. Par conséquent, il convient de savoir sur quels arguments repose la protection du contenu de la base de données SIRENE dans cet arrêt.

On l'a largement aperçu, au regard de la motivation retenue, la protection du contenu semble découler du travail d'enrichissement de l'information collectée. Les conclusions du Commissaire du Gouvernement évoquaient « la plus value » apportées par les agents de

1002. KEREVER (A.), note sur C.E, ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, préc.

1003. En tout cas celles qui sont en cause dans le litige, car l'opérateur public peut aussi, mais ce sont d'autres licences communiquer la structure de la base et les données.

1004. EDELMAN (B.), préc., qui souligne la confusion conceptuelle existant dans cette décision, la jurisprudence judiciaire ayant admis dès avant l'adoption de la direction l'indépendance de la protection de la base et des données.



l'INSEE aux données collectées dans le cadre du service public. En fait ce travail d'enrichissement consiste à ajouter aux données brutes collectées dans le cadre de sa mission de service public d'autres données pour satisfaire la demande des opérateurs. Cependant, sur ce point, l'arrêt suscite la perplexité. Pour être appropriable au titre du droit d'auteur, une information doit avoir fait l'objet, du moins si l'on suit la jurisprudence judiciaire, d'une plus value intellectuelle. Celle-ci «recouvre l'hypothèse où les informations sont commentées, systématisées»<sup>1005</sup> : une note suivant un arrêt, un résumé, ou encore les commentaires statistiques de l'INSEE, constituent une plus-value intellectuelle. Au regard des faits de l'espèce, on ne voit pas en quoi le travail de l'institut, à l'occasion de la production d'information, peut être porteur d'une telle plus-value. Le Commissaire du gouvernement évoque certes le travail d'analyse mais on ne saisit pas bien en quoi il pourrait consister, en tout cas, ce point aurait mérité d'être plus fortement argumenté; il évoque aussi le travail de vérification, mais on ne voit pas ici où réside la plus value. Le Conseil d'Etat dans son rapport public mentionne certes l'existence d'une plus value intellectuelle, mais encore une fois, l'argumentation fait défaut<sup>1006</sup>. Rajouter des données produites à d'autres informations constitue certes un travail mais un travail à travers lequel une plus-value intellectuelle peut difficilement éclore ; « ces informations additionnelles ne sont-elles mêmes que des données brutes, non protégeables en tant que telles, du moins si l'on suit la jurisprudence judiciaire »<sup>1007</sup>. Il n'y a dans la collecte de l'information aucun apport créatif, il n'y en a pas non plus dans l'accrétion d'information.

L'examen l'autre forme de plus value qui aurait pu permettre de reconnaître une protection s'avère encore plus décevant. En effet, si l'on excepte le cas de la plus-value technique ou économique qui ne peut donner de droits sur l'information, il est admis que l'originalité peut éclore d'un plus value documentaire. Cette valeur ajoutée s'entend du rassemblement, de la compilation, du classement, de la sélection des données<sup>1008</sup>. Elle vise l'hypothèse de la protection des compilations et des bases de données exhaustives<sup>1009</sup>. Or, l'apport intellectuel qui peut se manifester à travers ces opérations ne concerne en aucun cas la forme des données en elles-mêmes, mais la structure dans laquelle toutes les données se trouvent enchâssées. La référence à cette forme de plus-value n'est pas opératoire pour déterminer l'originalité des données produites par l'INSEE. En fait, cette plus value renvoie uniquement à la protection de la structure de la base de données

---

1005. BRUGUIERE (J-M), préc.

1006. Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, rapport Conseil d'Etat, la documentation française 2003

1007. KEREVER(A.), note sur C.E., ass., 10 juillet 1996, Société Direct Mail Promotion, préc

1008. GAUDRAT (P.), « la commercialisation des données publiques », préc.

1009. v. *supra*, § I

**505. Discussion.** - Des deux formes de plus-values mentionnées il nous semble qu'aucune d'entre-elles puisse, même dans sa forme la moins exigeante, caractériser l'originalité des données produites par l'Etat à l'occasion de la communication des données contenues dans le fichier SIRENE. En effet, indépendamment de toute plus value intellectuelle, les données dont s'agit ne peuvent pas être l'objet de propriété intellectuelle. L'INSEE collecte des données relatives à la vie juridique - raison sociale, adresse, numéro de téléphone, noms des dirigeants -, et économique - secteur d'activité, effectifs - des entreprises, de manière à leur attribuer un code d'activité. Même dans la version la moins exigeante de l'originalité, on voit difficilement ces données factuelle pouvoir, par elles-mêmes, accéder à la protection du droit d'auteur. Il n'y a dans la collecte de l'information aucun apport créatif, il n'y en a pas non plus dans l'accrétion d'information ; peut être y en a-t-il dans la structuration ou l'organisation des différentes informations mais la question n'est pas là, puisqu'elle n'affecte que l'originalité de la structure et non des données qui y sont contenue<sup>1010</sup>.

Aussi, à notre avis ces données ne sont pas protégeables en tant que telles par le droit d'auteur. Ces contenus par leur nature même sont plus facilement protégeables par le droit *sui generis* comme l'ont d'ailleurs souligné le Conseil de la concurrence et la doctrine<sup>1011</sup>. Or, il est constant que ce n'est pas le droit *sui generis* qui est appliqué par le Conseil d'Etat, même si sa formule est tellement accueillante qu'elle pourrait comprendes toutes les prérogatives reconnues par le droit de la propriété intellectuelle.

**506. Droits privatifs et redevances pour service rendu.** - Que l'on regarde du côté de la structure de la base ou des données considérées isolément, il nous semble que ce n'est qu'avec difficultés qu'un tel ensemble puisse faire l'objet d'une réservation par le droit d'auteur. En définitive, on se retrouve devant une structure dont on ne sait si elle est originale ; des données qui même enrichies ne le sont assurément pas mais qui associées,

1010. LUCAS (A.) note sur C.E., 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM*, préc,

1011. « On aurait aimé en savoir plus sur les droits privatifs en cause. L'allusion à l'œuvre de l'esprit indique que dans l'esprit du Conseil d'Etat, il s'agit du droit d'auteur ? Sans doute faut-il voir là un écho d'une précédente décision par laquelle les sages du Palais Royal avaient admis, sans d'ailleurs véritablement argumenter, que le même répertoire SIRENE constituait, en tant que base de données, une œuvre collective dont les droits naissaient sur la tête de l'INSEE ». Ce point de vue est largement corroboré par les conclusions du commissaire du gouvernement auxquelles nous avons précédemment fait allusion. Il convient aussi de noter que pour le Conseil de la concurrence (Avis. n° 01-A-18 du 28 décembre 2001, relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE, préc.) qui avait été saisi à propos de l'affaire CEGEDIM c'est bien la protection du droit *sui generis* qui est applicable, faisant référence à jugement du tribunal de Commerce de Paris qui avait reconnu l'existence d'un droit *sui generis* sur l'annuaire produit par France Télécom, il estime que l'Etat « détient un droit de propriété intellectuelle sur le fichier SIRENE. L'étendue de la protection est définie par les articles L. 342-1 à L. 342-5 du code de la propriété intellectuelle. » (A. LUCAS note sur C.E., 29 juillet 2002, préc.)

accèdent à la qualification d'œuvre collective, donc à la protection du droit d'auteur<sup>1012</sup>. En définitive, le Conseil d'Etat semble avoir admis « qu'un travail de collecte et d'enrichissement de données factuelles était, en lui-même, protégeable par le droit d'auteur »<sup>1013</sup>. Ce faisant, la haute juridiction a consacré une protection particulière des bases de données publiques qui est très largement circonscrite à l'espèce en cause. Quand sera-t-il des bases de données publiques qui ne font pas l'objet d'un tel travail ?

Cette solution, difficile à justifier juridiquement, peut bien sûr se comprendre si on la replace dans le contexte plus général de la commercialisation des données publiques. Plusieurs arguments peuvent être avancés à cet égard. En premier lieu, en reconnaissant qu'un travail de collecte était porteur d'originalité, le Conseil d'Etat a validé la structure de la tarification mise en place par l'INSEE, et au-delà, celle de certains opérateurs publics qui réclament, la rémunération de droits de propriété intellectuelle pour la mise à disposition de leurs données. En second lieu, d'un point de vue strictement juridique, l'intégration d'une redevance pour droit de propriété intellectuelle a permis Conseil d'Etat de justifier qu'il soit dérogé au principe du plafonnement du coût du service rendu. D'ailleurs, c'est l'inflexion de sa jurisprudence traditionnelle en matière de redevances qui a justifié la réunion de l'assemblée du contentieux, et pas la reconnaissance de droits privatifs sur les données publiques. Rappelons le considérant de principe de l'arrêt société direct mail promotion : « *Aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principes 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* ». Autrement dit, l'invocation d'un droit de propriété intellectuelle, permet de justifier un système de rétribution. Il convient de lire cette reconnaissance d'un droit d'auteur sur la base et ses informations à la lumière de cette dernière considération. Le rapport du Conseil d'Etat relatif aux redevances y incite d'ailleurs. Il est constant que le Conseil opère un lien entre la cession de l'information à une tarification supérieure au coût de la prestation effective et l'usage que compte en faire l'opérateur privé, « le lien ainsi opéré (...) signifie implicitement que la facturation de droits en cause est liés à l'avantage financier que le bénéficiaire de la communication devrait tirer de l'exploitation commerciale qu'il compte faire de ces données »<sup>1014</sup>. Aussi, il nous semble que la

1012. Cette décision tranche avec les solutions rendues par le juge judiciaire qui jusque là avait refusé la protection du droit d'auteur aux données publiques (et uniquement aux données.) On rappellera qu'à l'occasion de l'examen de la requête présentée par la Société du Journal Téléphoné la Cour d'appel de Paris avait estimé, dans une formule dénuée de toute ambiguïté, que les messages élaborés par la DMN ne pouvaient être protégés. CA, Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné c. Direction de la Météorologie Nationale*, *CJEG* 1993, préc.

1013. KEREVER (A.), préc.

1014. *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, préc.

consécration d'un droit privatif sur les données publiques aussi particulier, s'inscrit dans une réflexion plus globale sur les moyens des personnes publiques pour valoriser leur patrimoine (parce qu'il s'agit bien d'un patrimoine tout aussi important que le patrimoine foncier) informationnel. La reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle permet ainsi à l'administration de faire un bénéfice à l'occasion de la communication de données publique. Le rapprochement des différents régimes de redevance qui semblent se dessiner tendrait à le prouver. On peut encore relever, en opportunité, que, du point de vue du secteur public, il peut paraître inéquitable que le secteur privé bénéficie à peu de frais d'un travail qui a été réalisé à l'occasion d'une mission de service public, sans que le détenteur des fonds informationnels puisse les valoriser.

## CONCLUSION DE LA SECTION I

La protection des bases de données publiques au regard du droit d'auteur n'est pas facile à établir, sauf pour celle qui comportent des contenus qui sont indiscutables protégeables par le droit d'auteur. En effet, outre l'appréciation des critères législatifs, qui s'avère aléatoire pour la protection de la structure, leur contenu informationnel empêchera le plus souvent la reconnaissance d'une originalité. Et ce n'est pas la solution retenue par le Conseil d'Etat qui pourrait inverser ce constat. En réalité, si la protection au regard du droit d'auteur est aussi problématique, et subjective, c'est parce que, plus qu'une création, ces prérogatives sont sollicités pour saisir un travail et au-delà un investissement ou pour l'Etat, obtenir une rémunération au-delà du coût du service rendu. Aussi, la recherche sur la réservation des bases de données publiques doit résolument se tourner vers le droit du producteur des bases de données qui saisit le travail et l'investissement.

## Section 2

### La réservation des bases de données publiques par le droit *sui generis*

**507. Protection de l'investissement.** - Face aux difficultés que suscite l'application du droit d'auteur aux données, voire aux bases de données publiques, la recherche du mode de réservation le plus approprié de l'information publique doit naturellement s'orienter vers le droit du producteur des bases de données. Instituée par la directive du 11 mars 1996<sup>1015</sup> et codifiée à l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit *sui generis* donne au producteur de la base de données la faculté d'interdire l'extraction ou la réutilisation de parties substantielles du contenu de la base. Selon les termes mêmes de la loi, il lui permet de s'opposer à l'appropriation illicite du « contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel, apprécié de façon quantitative ou qualitative ». Le droit des bases de données ayant donc pour objet le contenu, c'est-à-dire l'information, les administrations trouvent là une source de protection adéquate pour leur nombreuses données qui ne peuvent pas être l'objet d'un droit d'auteur.

Quoique la directive 96/9 ait été transposée au sein du livre premier du code de la propriété intellectuelle, il s'agit d'une protection distincte de celle qui peut être accordée au titre du droit d'auteur. Établie pour pallier les insuffisances de ce dernier, elle n'est pas acquise au créateur mais à l'entité (le plus souvent une personne morale) qui a financé sa constitution. D'ailleurs, le considérant 48 de la directive précise bien que son objectif est « de garantir la rémunération du fabricant de la base ». A travers le droit *sui generis*, « *il ne s'agit pas de reconnaître le droit d'auteur sur une création intellectuelle, mais de permettre à une entreprise de financer les coûts de collecte et de traitement de cette matière première que constituent les données* »<sup>1016</sup>. Bref, à la différence du droit d'auteur, même si par extension progressive de son champ d'application il avait fini par recouvrir cette fonction, ici, c'est l'investissement consenti pour la constitution d'une base de données qui est explicitement au cœur de la protection<sup>1017</sup>. Ce droit nouveau a d'ailleurs rapidement été saisi par la pratique.

Certains producteurs de données publiques se sont prévalus de cette protection lors de litiges. France Télécom a ainsi pu réclamer, et obtenir, le bénéfice de cette prérogative pour défendre son annuaire contre les pratiques parasitaires d'un nouvel entrant sur le marché qui

<sup>1015</sup>. Directive 96/9 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996 concernant la protection juridiques des bases de données, *JOCE* L. 77/20 du 27 mars 1996.

<sup>1016</sup>. LUCAS (A.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, préc.

<sup>1017</sup>. MALLET-POUJOL (M-A), « La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative. », *Revue droit de l'informatique et des télécoms*, 1996/1, p.2.

avait préféré, à acquitter le prix de la licence réclamée par l'exploitant public, télécharger le contenu de la base annuaire<sup>1018</sup>. La majorité des organismes publics y fait référence au sein des contrats d'exploitation des bases de données. L'arrêté du 10 octobre 2000, relatif à la mise à disposition du public des bases de données électroniques de L'INSEE, précise ainsi que l'institut « est (...) titulaire des droits des producteurs des bases de données au titre des investissements substantiels, tant quantitatifs que qualitatifs, qu'il a engagé pour la réalisation de cette base ».

Peu prolixe, la jurisprudence ne l'a pourtant que rarement reconnu aux producteurs d'informations publiques. Si ce n'est le Tribunal de Commerce de Paris, qui a admis la protection de l'annuaire de France Télécom, ni le Conseil d'Etat, à propos du fichier SIRENE, ni la Cour de cassation, à propos de l'annuaire encore, ne l'ont consacré<sup>1019</sup>.

**508. Incertitudes.** - Cependant, l'application du droit *sui generis* aux bases de données publiques ne va pas de soi. C'est le droit *sui generis* lui-même qui est à la source de ces difficultés. Celui-ci demeure, malgré les récentes précisions apportées par la Cour de Justice des communautés, bien difficile à manier, car son élaboration n'est en effet pas encore achevée. La question de l'application du droit *sui generis* aux données publiques est donc précédée, ou plutôt assortie, d'autres interrogations relatives au contenu, aux contours, du droit du producteur des bases de données. Près de huit ans après la transposition de la directive, l'application du droit des bases de données aux ensembles informationnels constitués, le secteur privé reste encore nimbé du flou de l'incertitude. La plupart des commentateurs l'avaient vu<sup>1020</sup>, une directive dont les critères de protection suscitent l'interrogation dès la rédaction, une transposition qui avalise la position de la Commission sans la bonifier, aboutissent à une interprétation juridictionnelle inconsistante. En peu de mots, l'application des critères est très facilement, très formellement, acquise et les motivations, loin d'être convaincantes, suscitent le plus souvent la perplexité<sup>1021</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence est pauvre, les dispositions de l'article L. 341-1 n'ayant pas suscité l'engouement des plaideurs. Pour finir, on l'a entrevu, à l'exception d'un jugement au fond, aucune décision ne se prononce sur la réservation des données publiques par le droit des bases de données. Et si, enfin, on considère que la doctrine, sauf en de rares occasions et encore par

1018. Tribunal de commerce de Paris, 18 février 1999, préc.

1019. Alors que les deux juridictions suprêmes en avaient eu l'occasion, lors de l'affaire CEGEDIM pour le Conseil d'Etat, lors de l'affaire LECTIEL pour la Cour de cassation. À ce dernier titre, on rappellera que France Télécom n'avait eu de cesse de réclamer la protection du droit *sui generis*.

1020. GAUDRAT (P.), « Loi n°98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement européen sur les bases de données : le champ de la protection par le droit *sui generis* (2ème partie) », *RTD com.* 1999, p. 86. ; POLLAUD-DULLIAN (F.), « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *Dalloz Affaires*, 1996 p. 539 ; MALLET-POUJOL (N.), préc.

1021. V. notamment les commentaires de C. CARON dans la revue *Communication et commerce électronique*.

incident, n'a jamais abordé la question, on comprendra que les développements qui suivront ne prétendent pas résoudre des questions qui, pour certaines d'entre-elles dépassent très largement le cadre de ce travail, mais essaient de les poser et d'apporter certains éléments à la réflexion.

**509. Plan.** - Compte tenu de ce contexte, c'est à la question de l'application du droit *sui generis* aux bases de données publiques que cette section sera consacrée. Elle se déclinera en trois interrogations : la première porte sur l'applicabilité du droit *sui generis* (§1), la seconde est relative au contenu de l'application du droit *sui generis* (§2), la troisième à la portée de cette application (§3).

## §1- L'APPLICABILITE DU DROIT *SUI GENERIS*

**510. Protection de l'investissement et condition de production des données publiques.** - Il conviendra ici de s'interroger sur l'applicabilité même du droit *sui generis* aux bases de données publiques ; de confronter les conditions de la protection, aux conditions de production des bases de données publiques ; de mesurer l'influence de l'existence d'obligations de service public à la source de la création de l'information publique.

La naissance du droit *sui generis* sur les bases de données publiques est conditionnée par la possibilité d'assimiler le financement des obligations de service public à la notion d'investissement (substantiel), telle qu'elle est lue par la jurisprudence. En effet, la plupart des bases de données publiques sont produites lors d'une mission de service public. Elles en constituent parfois l'objet, d'autres fois le moyen, mais elles sont toujours rattachables à l'accomplissement de cette mission particulière. De fait, la constitution des bases de données publiques dépend essentiellement des moyens destinés à financer l'accomplissement d'obligations de service public. Évidemment, pour certains organismes publics la question ne se pose pas en ces termes. L'IGN finance la moitié de la création de ses bases de données grâce aux recettes commerciales provenant de la cession de cartes géographiques ou de bases de données. Cependant, pour les besoins de l'analyse, nous retiendrons le cas d'organismes publics pour lesquels l'essentiel de la constitution de la base est financé par des subventions de service public. C'est le cas de l'INSEE, service du ministère de l'économie, qui ne dispose d'autre budget que celui de l'Etat. Peut-on alors assimiler ce financement à l'investissement substantiel de la directive ?

Si l'objet du financement d'un service public ne répond pas forcément à la protection de l'investissement de la directive (A), la finalité de l'investissement ne constitue pas une condition de la protection (B).

## A. L'applicabilité du droit *sui generis* au regard de la finalité du financement des organismes publics

La discussion sur l'applicabilité du droit *sui generis* aux bases de données publiques naît de la comparaison de l'objet de la protection visé (1) à la finalité particulière du financement des organismes publics (2)

### 1. L'objet de la protection du droit *sui generis*

**511. La protection d'une valeur économique.** - Il convient d'abord de rappeler quel est l'objet qui est protégé par la directive. Par-delà l'objet formel que constitue la base de données, l'objet réel de la protection c'est l'investissement. Lorsqu'il a entendu protéger les bases de données, le législateur communautaire a d'abord voulu protéger les moyens financiers qui sont à l'origine de leur constitution. Et il est constant que l'investissement constitue l'objet même de la protection<sup>1022</sup>. Le considérant 40 de la directive 96/9 précise en effet que « l'objet de ce droit *sui generis* est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données pour la durée limitée du droit; que cet investissement peut consister dans la mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts et d'énergie ». Le droit du producteur de bases de données ne protège donc pas seulement le produit obtenu, le contenu, mais aussi, et surtout, les moyens mis en œuvre pour l'obtenir. Quoiqu'il entretienne un lien avec la création artistique – encore qu'il soit tout à fait formel<sup>1023</sup> – c'est donc, d'abord, un intérêt de nature économique, commerciale que l'institution de ce droit vise à préserver : l'intérêt que peut avoir le producteur d'une base de données à s'opposer à l'appropriation induite des résultats de son travail de rassemblement et de systématisation de l'information au sein d'une base de

1022. Sans ignorer la thèse des auteurs qui, s'appuyant sur l'article 7 de la directive, voient dans la base de données l'objet de la protection (G. KOUMANTOS, préc. ; l'avocat général STIX-HACL y voit l'objet indirect de la protection- cf. *infra*), nous nous appuyons explicitement sur le courant doctrinal qui y voit l'objet de la protection. Car l'avènement du droit *sui generis* a contribué à jeter un pont entre les bases de données protégeables par le droit d'auteur et celles qui peuvent être protégées par le droit *sui generis*, ce qui conduit à penser que l'objet de protection au titre du droit d'auteur est identique à celui du droit *sui generis*. Dans le premier cas, c'est l'objet de la création qui est protégé, dans l'autre, l'objet de l'investissement, ou plutôt l'investissement : une base regroupant des informations brutes ou des informations du domaine public n'a rien à voir avec la création, seule la valeur économique qui y est cristallisée n'a d'intérêt. Nous préférons, à la suite de MM. A. LUCAS, F. POLLAUD-DULLIAN, P. GAUDRAT ou B. EDELMAN, y voir l'objet de la protection. Le lien de parenté avec concurrence déloyale tend aussi à le confirmer, car l'institution du droit *sui generis* tend d'abord à pallier l'absence de régime « *harmonisé concernant la concurrence déloyale* », or, l'action en concurrence déloyale ne protège que l'investissement et pas une création.

1027. En France, les dispositions de la directive ont été transposées au sein du Code de la propriété intellectuelle. Dans d'autres pays de l'Union, la protection des bases de données est autonome.



données<sup>1024</sup>. Au fond, à travers la notion générique d'investissement, c'est une valeur économique qui tend à être protégé. Le lien de parenté entretenu par le droit *sui generis* avec la théorie des agissements parasitaires, ou le droit de la concurrence déloyale, le prouve complètement<sup>1025</sup>.

## 2. L'objet du financement des obligations de service public

**512. Le moyen de réalisation d'une mission d'intérêt général.** - Si le fondement du droit *sui generis* est bien la protection d'un actif économique, quel sens peut avoir l'application de cette protection à une base produite à des fins de satisfaction d'une mission d'intérêt général au moyen d'un financement, qui ne pouvait que concourir à sa réalisation ? Quel est le retour sur investissement que la collectivité publique peut attendre de la constitution d'une base qui, de toute manière, devait être réalisée pour les besoins de l'action

1028. Considérant 39 de la position commune le rappelle d'ailleurs, à propos de l'article 7, que « le Conseil a estimé que l'objectif du droit *sui generis* devait être de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement déployé pour rechercher et rassembler le contenu de la base ».

1029. Le droit *sui generis* est certes un droit privatif, cependant, et c'est là toute son ambiguïté, il entretient une filiation certaine avec l'action en concurrence déloyale ou la théorie des agissements parasitaires Certains auteurs l'ont d'ailleurs qualifié de « super concurrence déloyale » (P-Y GAUTHIER, *droit de la propriété littéraire et artistique*, PUF coll. Droits fondamentaux), d'autres y voient « une simple consécration de l'élargissement de la théorie des agissements parasitaires dans sa pointe extrême » (P. LE TOUNEAU, *Le parasitisme*, coll. Responsabilités, Litec 1998) et les auteurs les plus hostiles à cette filiation, tel que M. A. LUCAS, admettent quand même que la protection du droit *sui generis* « n'est pas sans rapport avec la théorie des agissements parasitaires qui avait déjà permis, avant l'entrée en vigueur de la loi du 1er juillet 1998, d'assurer une protection des bases de données », *Droit de l'informatique et de l'Internet*, préc. D'ailleurs, on peut lire au considérant 6 de la directive que la protection des bases de données nécessite « des mesures additionnelles afin d'empêcher l'extraction non autorisée (...) en l'absence d'un régime harmonisé concernant la concurrence déloyale ou de jurisprudence en la matière ». Il nous semble que c'est dans ce modèle que la protection puise sa conformation. Son instauration a été dictée par le problème le plus récurrent de l'économie immatérielle : la facilité avec laquelle des contenus informatifs, ayant nécessité de lourds efforts financiers, peuvent être reproduits sans bourse délier (le cas des bases de donnée est loin d'être isolé ; le problème concerne l'ensemble des créations informatiques, ainsi que des créations que la convergence technique a permis de mettre à la portée de tout reproducteur). Aussi, à une action *a posteriori* jugée handicapante pour la vie des affaires, il a été préféré l'instauration d'un droit d'interdire, accueillant et négociable, dont le législateur national a d'ailleurs renforcé l'efficacité en l'assortissant de l'action en contrefaçon. Ainsi, à une obligation générale de ne pas faire pesant sur les opérateurs s'est substitué, au profit du producteur, une faculté d'interdire « la fabrication d'un produit concurrent parasite ». Pour mieux illustrer la proximité conceptuelle existant entre le droit *sui generis* et la théorie du parasitisme, ou l'action en concurrence déloyale, on remarquera qu'au contentieux le moyen tiré de la violation de l'article L. 341-1 du CPI est le plus souvent assorti d'une action en violation de l'article 1382 du Code civil. La dimension relative à la moralité du comportement est certes escamotée, s'agissant d'un droit privatif, cependant cette filiation contribue à révéler le fondement particulier du droit *sui generis* : à travers la protection de l'investissement, c'est un intérêt commercial qui est atteint : la valeur économique qui a présidé à sa production.

administrative ? La plupart du temps, il faut réserver le cas de la base constituée ex nihilo par l'administration ou la valeur ajoutée qu'elle apporte à une base existante, c'est la mission de service public qui implique la collecte et le traitement de l'information, la base de données est réalisée dans le cadre de ces missions. Les coûts de constitution de la base sont financés par des fonds publics pour l'accomplissement d'une mission d'intérêt général, non pour poursuivre un intérêt commercial. Or, le financement d'une obligation de service public, quelle qu'en soit la nature, est finalisé au bon accomplissement de la mission dévolue à l'opérateur public ou privé. Lorsque les moyens des organismes publics concourent à la production d'une base de données publique, ils n'ont pour autre fonction que de permettre d'assurer la création et l'exploitation de cette base conformément à ce que l'intérêt général exige. De fait, le financement des obligations qui ont conduit à la collecte de l'information brute et à la réalisation d'une base de données destinée à satisfaire les besoins du service est totalement étranger au marché. Il n'y a ici aucun intérêt commercial, économique même, à protéger. Lors de la constitution de la base, de la collecte, ce n'est pas l'espérance d'un retour financier futur qui est poursuivi, mais l'accomplissement d'une mission dont la finalité est étrangère à l'intérêt commercial du producteur de la base protégée par le droit *sui generis*. Certes, si l'on retire aux obligations de service public ce caractère qui en fait la spécificité : assurer la conduite d'une activité humaine selon un mode d'accomplissement autre que celui du marché, on pourra toujours contester la finalité particulière du financement public. Cependant, il demeure difficile d'assimiler le financement d'une obligation de service public à l'investissement protégé par la directive, car ils n'ont pas le même objet.

Puisque la protection juridique des bases de données a été instituée pour permettre au producteur de financer les coûts de constitution de la base, la protection des bases de données publiques permettrait de financer des coûts qui ont déjà été financés par des ressources publiques. En d'autres termes, protéger la base de données publique constituée en interne reviendrait à protéger, une fois agrémentée d'éléments extérieurs à la mission et commercialisée, le financement qui a contribué à sa constitution, et qui n'avait pour autre finalité que de contribuer à la satisfaction d'une mission d'intérêt général.

Au regard de ces considérations, il nous semble que l'assimilation entre l'investissement protégé au titre de la directive et le financement du service public rencontre des obstacles, eu égard à leurs finalités respectives. Lorsque la base est constituée dans le stricte cadre de ses obligations et pour ses besoins propres, l'assimilation, sauf au prix d'une lecture bienveillante, est difficilement concevable.

## B. L'applicabilité du droit *sui generis* au regard du critère de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle

**513.** Si, lorsque l'on regarde du côté de la finalité des investissements consentis pour la constitution d'une base de données publique ainsi que du but de la base de données, l'application du droit *sui generis* aux bases de données publiques peut sembler discutable, deux arguments plaident en faveur de l'application de cette protection aux organismes publics.

**514. Indifférence du but du financement.** - Le premier, au demeurant le plus important, repose sur l'idée suivante : la protection est acquise indépendamment du but dans lequel la base a été réalisée. L'avocat général STIX-HACL le signale dans ses conclusions sur l'arrêt *Fixtures* : « la finalité de la base de données ne constitue pas un critère à prendre en compte pour déterminer si celle-ci bénéficie de la protection ». Au-delà, le texte de la loi ne fait pas non plus mention d'une quelconque finalité de l'investissement. Au fond, tel qu'il a été interprété par la jurisprudence à ce jour, l'investissement est un quantum numéraire destiné à couvrir les coûts engendrés, une activité qui concourt directement, et à certaines conditions indirectement, à la production d'une base de données. En conséquence, la finalité de la base et le but de l'investissement sont neutres, rien ne s'oppose à ce que des bases de données financées sur fonds publics et principalement destinées à assurer la satisfaction de fonctions collectives soient protégées.

**515. Financement de l'investissement.** - Le second, relève de l'opportunité : au sein du financement des organismes publics, il serait possible d'isoler spécifiquement les dépenses d'investissement qu'ils consacrent à l'acquisition et au renouvellement des systèmes informatiques permettant de traiter et de stocker les informations. La protection des bases de données publiques, en liaison avec des politiques de commercialisation de l'information, permettrait ainsi d'assurer le financement des coûts spécifiques engendrés par ces investissements. Même, plus largement, puisque les contraintes budgétaires sont sévères, elle permet d'assurer le financement de l'ensemble des dépenses d'investissement des organismes en cause.

Aussi, tant du point de vue du droit que de l'opportunité, il ne semble pas que la contestation de l'applicabilité du droit *sui generis* aux bases de données publiques soit réellement envisageable. La Commission des communautés l'admet elle-même, puisque l'avant projet de directive de 1992 prévoyait l'application du droit des bases de données aux organismes publics, et la directive de 2003/98/CE ne préjuge pas de l'application de ce droit aux bases de données publiques. Il demeure toutefois une tension entre l'application du droit

des bases de données et l'essor du marché de l'information, tension qui ne se résout pas sur le terrain de l'applicabilité du droit mais sur celui de la portée de son application (voir infra).

## §2- L'APPLICATION DU DROIT *SUI GENERIS*

**516.** L'application du droit *sui generis* aux bases de données publiques soulève principalement deux séries d'interrogations<sup>1026</sup>. La première, qui est propre à l'interprétation

1026. Ce ne sont évidemment pas les seules interrogations que la consécration de ce droit a provoqué. L'interprétation de la notion d'investissement n'a pas suscité de larges commentaires, tant il semblait évident que l'investissement visé par la directive était un investissement de nature financière. La référence que fait l'article L. 342.1 du CPI à l'investissement « matériel » ou « humain » nécessite toutefois quelques précisions. Par leur plasticité, les termes employés pourraient recevoir différentes acceptions. Nous inclinons cependant à penser, que les attributs « humain » et « matériel » ne sont que les lieux de la manifestation de l'investissement financier, de telle manière que c'est principalement cet investissement qui se trouve protégé. Cette interprétation, qui correspond à la lettre et à l'esprit du texte, laisse toutefois la place à l'existence d'investissements d'autres natures qui, de toutes les façons, sont très difficilement quantifiables. Ce n'est donc peut être pas une lecture exclusive, mais du moins une lecture centrale que nous proposons. L'interprétation de l'investissement matériel pose le moins de problème, on peut le rattacher sans difficultés à l'investissement financier, puisqu'il faut y voir un investissement « *en matériel* ». C'est en tout cas comme cela que la jurisprudence, dissipant quelque peu les doutes sur sa nature, a pu les comprendre. La Cour d'appel de Paris a ainsi pu relever que le producteur d'une base de donnée justifie « *de prestations informatiques* » (C.A., Paris, 12 septembre 2001, *SARL Tigest c. Sté Reed Expositions France* et autres, JCP éd. G, II, 10000, note F. POLLAUD DULLIAN) pour lui attribuer le droit *sui generis*. Dans d'autres affaires, les juridictions se bornent plus simplement à relever l'importance de l'investissement matériel informatique (notamment) au regard des immobilisations comptables (C.A., Paris, 18 juin 2003, *SA Crédinfor c. Artprice.com*, *Juris-data* 2003-223155) ou d'expertises (TGI Paris, 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c. SA Keljob* et autres, *Communication commerce-électronique*, 2002, comm. 16 C. CARON) ; ce mode de recherche prouve bien qu'il faut y voir un investissement « en matériel », ce qui le distingue peu, à dire vrai, de l'investissement financier. Quant à l'investissement humain, il semble d'abord désigner un investissement en « *temps de travail* », ce qui le ramène très largement à un investissement financier. Aussi, les juges recherchent le plus souvent l'existence de contrats de travail conclus pour la constitution et la mise à jour de la base pour déterminer l'existence d'investissements humains. (C.A., Paris 18 juin 2003, préc. La cour note une augmentation du nombre de salariés ; C.A., Paris, 5 septembre 2001, préc. « la société cadre emploi justifie de ce que sa base est mise à jour en temps réel, tous les jours à 22 heures, ce qui occupe quatre salariés à temps plein... » ; C.A., Paris, 12 septembre 2001, préc., « qu'elle justifie les investissements en personnel (...) en produisant à l'appui de ses dires des contrats de travail (...) attestant que plusieurs personnes travaillent à la constitution et à la vérification »). L'avocat général STIX-HACL opine aussi en ce sens. Dans ses conclusions sous l'arrêt *FIXTURES Ltd.* (Point 47 des conclusions), cette dernière, en citant le septième considérant de la directive, fait remarquer que les caractères financiers, humains et matériels de l'investissement s'entendent de la mise en œuvre de « *ressources humaines* », « *techniques* » et « *financières* ». Cette lecture est de loin la plus opératoire parce que, si l'on ne veut pas se contenter d'une analyse purement formelle ou hypothétique, elle offre au juge au moins un critère d'appréciation concret, un élément quantifiable. Comment peut-on mesurer un effort de travail ? En quoi, en dehors d'un investissement financier, pourrait consister un investissement matériel ? La doctrine, d'ailleurs, avait vu que ces différentes déclinaisons de l'investissement se rattachaient toutes à un apport de nature financière. S'il ne fait pas de doute que, dans l'esprit du législateur, ce soit d'abord l'investissement financier qui méritait protection, eu égard notamment à la finalité de la directive, il reste que l'indétermination des critères d'application de la loi ont permis à la jurisprudence de protéger certaines bases alors même que la réalité de l'investissement financier pouvait être mise en doute. La Cour d'appel de Paris a dit, dans un arrêt en date du 20 février 2004 (CA Paris, 20 février 2004, *SARL Alinéa c. AIST*, préc.), que l'annuaire des anciens élèves constitué par une association à but non lucratif, et diffusé gracieusement par elle, pouvait accéder à la protection de l'article L.

du droit *sui generis*, porte sur l'appréciation du critère de l'investissement substantiel (A). La seconde nous conduira à envisager les conséquences de cette appréciation sur la protection des bases de données publiques (B.)

## A. L'appréciation du critère de « l'investissement substantiel »

**517. Investissement et activités de création du contenu.** - La principale condition d'application du droit *sui generis* gît dans l'investissement substantiel<sup>1027</sup> consenti par le producteur pour la constitution (la directive parle d'obtention), la vérification et la présentation du contenu de la base. La protection est acquise au producteur lorsqu'il peut attester de la réalité des investissements afférents à l'une de ces différentes opérations. Cependant, ni la directive, ni les dispositions du Code de la propriété intellectuelle ne précisent les lieux de la manifestation de ces activités de production. Les moyens humains ou financiers déployés pour leur réalisation peuvent, en effet, être affectés à la poursuite d'une activité qui n'a pas précisément pour but la constitution d'une base de données, celle-ci

---

341-1 du CPI parce que sa constitution supposait des « *investissements matériel et humain substantiels* ». La motivation est forcément très formelle, la réalité de ces investissements n'étant pas démontrée. Cependant, on peut supposer, au regard de la nature de la base dont il s'agit et de l'objet de l'association, que ce n'était pas un investissement financier qui tendait à être protégé mais un investissement d'une autre nature, dont on ignore tout à la lecture de la décision. Il subsiste donc à côté, et à la marge, de l'interprétation centrale qui tend à voir dans l'investissement visé par les dispositions légales un investissement financier, un apport qui peut être d'une autre nature mais qui reste très difficile à cerner.

1027. L'on focalisera donc l'analyse sur la notion « d'investissement » et son interprétation, et non sur le critère de « l'investissement substantiel » visé par la loi, car la mesure de l'importance de l'investissement au travers de ce caractère est trop incertaine et n'ajoute (ou ne retranche) rien à l'appréciation de l'applicabilité du droit *sui generis* aux données et bases de données publiques. En effet, si la loi subordonne la reconnaissance du droit du producteur de bases de données au caractère substantiel de l'investissement consenti pour la réalisation de cette base, l'analyse de la jurisprudence révèle que peu, sinon aucunes, de précisions ont été apportées quant à la mesure de cette substantialité. L'absence de critères posés par la loi et la directive a contribué à favoriser une analyse subjective de l'appréciation du caractère substantiel. De fait, sans trop exagérer, on peut affirmer que l'investissement substantiel est ce que le juge reconnaît comme tel. Aussi, ce sont des objets dont on aurait pu penser — à la lecture de la directive- qu'ils ne pouvaient pas accéder à la protection qui ont été protégés. En d'autres mots, le seuil est bas et la protection facilement acquise. Comme l'avaient prévu certains auteurs « ce critère de l'investissement substantiel (sera) est plutôt symbolique, toute base qui soit un tant soit peu consistante sera protégée » (F.POLLAUD-DULLIAND, préc.). Cette analyse se trouve confirmée par les conclusions de l'avocat général STIX-HACL sur l'affaire *Fixtures Ltd* au point 49 de son exposé : « Les investissements protégés ne sont donc pas uniquement ceux qui ont dans l'absolu une valeur importante. Ce critère tiré du caractère « substantiel » ne peut néanmoins pas être compris de façon purement relative. La directive exige, comme le ferait une sorte de règle de minimis, que les investissements susceptibles d'être protégés respectent un seuil minimal absolu. Cela se déduit du dix-neuvième considérant dont il résulte que l'investissement doit être assez substantiel. Ce seuil doit cependant être assez bas. Cela est, tout d'abord, suggéré par le cinquante cinquième considérant qui ne contient pas d'autres précisions sur le montant. Ensuite, le fait que la directive doive contribuer à harmoniser des systèmes différents plaide également en faveur de cette idée. Enfin, un seuil trop élevé affaiblirait le rôle qu'entend jouer la directive, à savoir inciter à investir. » (Conclusions sur *Fixture Marketing Ltd. C. Oy Veikkaus Ab*, aff. C-46/02).

apparaissant alors comme le produit impliqué (ou dérivé) par l'activité en question. Tel est le cas d'un guide des salons et foires qui n'est que la reprise du fichier clients de l'entreprise qui est chargé de l'organisation des salons<sup>1028</sup> ; tel est le cas aussi d'une base de données réalisée pour les besoins internes d'un réseau d'agences immobilières et commercialisée auprès du public<sup>1029</sup> ; tel est le cas, enfin, de certaines bases de données publiques qui, comme l'annuaire téléphonique<sup>1030</sup> ou le fichier des cartes grises, constituent le support de l'activité des organismes qui les gèrent.

Alors que les juridictions nationales avaient reconnu l'investissement substantiel de manière très large, en tenant compte des investissements non-directement liés à la base elle-même (1), la Cour de justice des communautés, a interprété la notion d'investissement substantiel de manière plus stricte, resserrant d'autant le champ de la protection (2).

### *1. L'appréciation du critère de l'investissement substantiel par les juridictions nationales*

**518. Approche indifférenciée.** - Les juridictions nationales ont longtemps considéré que l'appréciation de l'investissement porteur de protection devait reposer, non seulement sur l'activité de constitution de la base, mais aussi sur l'activité principale qui avait présidé à cette constitution, l'appréciation de l'investissement portant à la fois sur les moyens consentis pour la création, la collecte, la vérification et la présentation des données. Dans un litige opposant une société spécialisée dans l'animation et la réalisation de salons professionnels à l'un de ses concurrents, qui avait acquis et commercialisé le répertoire qu'elle avait constitué en contrevenant aux limitations contractuelles d'usage, les juges ont accordé la protection à la base tout en notant que sa réalisation n'était qu'un sous-produit de l'activité d'exposant. Cette position a pu être critiquée par la doctrine, ainsi M. POLLAUD-DULLIAN a fait valoir que « l'appréciation de l'investissement substantiel semble avoir opéré un glissement de l'élaboration de la base-catalogue à l'organisation et la promotion des salons eux-mêmes – raisonnement tout de même discutable. Il est vrai que la Cour ajoute que des investissements ont été consacrés à la constitution et à la vérification des bases, ce qui est plus convainquant, d'autant plus que les prestations en question seraient coûteuses (...). Mais enfin, on ne peut pas s'empêcher de penser que rassembler la liste des participants à une exposition, leurs adresses et divers éléments du même ordre n'est pas un travail très complexe, ni très coûteux

1028. C.A., Paris, 12 septembre 2001, *SARL Tigest c. Sté Reed Expositions France et autres*, préc.

1029. Cour d'appel de Gravenhage, 21 décembre 2000, aff. 00/1053, *De Telegraaf c. NVM, IRIS* 2001-2.

1030. Conseil de la concurrence, déc. n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, *relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999*, préc.

pour celui qui organise l'exposition »<sup>1031</sup>. Autrement dit, le caractère substantiel de l'investissement était apprécié de manière indifférenciée en contemplation des coûts inhérents humains, matériels et financiers liés à l'activité à la création des contenus (les listes et l'organisation des salons) et de ceux relatifs à l'élaboration de la base.

**519. Le cas des organismes publics.** - Le problème se pose en des termes similaires pour les opérateurs publics. Dans certains cas, l'activité principale du service ne réside pas dans la constitution d'une base de données. Il en va ainsi de la gestion des autorisations d'urbanisme, de la constitution d'annuaires, de la gestion des routes ou des transports en commun. Toutes ces activités sont génératrices d'informations, mais cette information découle d'une activité étrangère à la réalisation d'une base de données. Dans d'autres, en revanche, c'est la constitution de la base de données et la diffusion d'informations qui représentent le « cœur de métier » des organismes publics. C'est généralement le cas des services publics qui sont chargés de diffuser des données publiques. Au regard de cette première interprétation très, trop, lâche du critère de l'investissement substantiel, toutes les bases de données publiques étaient protégeables. Ainsi, le tribunal de Commerce de Paris a pu protéger la base de données de l'annuaire téléphonique alors que l'opérateur public consacrait l'ensemble des sommes, qu'il prétendait affecter à l'élaboration de l'annuaire, à la constitution d'un fichier clients dans le cadre de son activité commerciale (v. *infra*).

La Cour de justice des communautés est cependant revenue sur cette interprétation très extensive sa solution contribue à redéfinir la portée de l'application du droit *sui generis* aux bases de données publiques

## ***2. L'appréciation du critère de l'investissement substantiel par la Cour de justice des communautés européennes***

**520. Faits et solutions de la Cour.** - Par quatre arrêts en date du 9 novembre 2004<sup>1032</sup>, la Cour de Justice des Communautés européennes a précisé et restreint le champ d'application de la protection des bases de données. Les quatre affaires intéressaient la réutilisation, par des organisateurs de paris sportifs, de données figurant dans les calendriers

<sup>1031</sup>. Note F. POLLAUD-DULLIAN, *préc.* voir aussi les remarques de C. CARON sur TGI Paris, 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c. SA Keljob* et autres, *préc.* Dans cette dernière affaire, la juridiction note que la constitution de la base de données et son exploitation représente l'activité essentielle de l'opérateur en cause.

<sup>1032</sup>. *Fixtures Marketing Ltd.* (aff. C-46/02 du 9 novembre 2004, concl. STIX-HACL, 8 juin 2004), *British Horseracing Board Ltd.* (aff. C-203/02 du 9 novembre 2004), *Svenska Spel AB* (aff. C-338/02) et *OPAP* (aff. C-444/02.) note C. CARON, *Communication-commerce électronique*, janvier 2005, comm. n°2 ; note N. MALLET-POUJOL, *Légipresse* n°221, mai 2005, p.87.

des matchs et les grilles de courses créées pour l'organisation de ces compétitions. On rappellera uniquement les faits de l'arrêt Fixtures.

Le litige opposait la société FIXTURES MARKETING LTD (ci-après FIXTURES) qui commercialise en dehors de Grande-Bretagne, pour le compte des organisateurs du championnat, des licences d'utilisation des calendriers des matchs des ligues de football anglaises et écossaises à la société OY VEIKKAUS AB (ci après VEIKKAUS), organisateur de lotos sportifs en Finlande qui utilise pour ses activités les données relatives aux matchs anglais. La société FIXTURES reprochait à VEIKKAUS d'avoir, alors même que les faits du litige ne font pas apparaître qu'il était procédé à une extraction de la base - il s'agissait plus vraisemblablement d'une collecte autonome d'informations<sup>1033</sup> - violé le droit *sui generis* qu'elle détenait sur la base contenant les données relatives aux compétitions. Une des questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi portait sur le fait de savoir si les investissements consacrés à la création des données par les deux organismes dans le cadre de leurs activités respectives pouvaient être pris en compte pour apprécier le caractère substantiel de l'investissement. « La première question vise à savoir si les investissements, consacrés par la personne qui constitue une base de données à la création même des données, doivent être pris en compte au fin d'apprécier le caractère substantiel de l'investissement lié à la constitution de cette base ». En d'autres mots, la notion d'investissement substantiel recouvre-t-elle les moyens mis en œuvre pour la création du contenu de la base ou uniquement les opérations afférentes à la constitution de la base en tant que telle ?

En s'appuyant sur le but de la protection du droit *sui generis*, la Cour va écarter de la notion d'obtention la production des données : « la finalité de la directive est d'encourager et de protéger les investissements dans des systèmes de stockage et de traitement de données, qui contribuent au développement du marché de l'information dans un contexte marqué par une augmentation exponentielle du volume de données générées et traitées chaque année dans tous les secteurs d'activités. Il s'ensuit que la notion d'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu d'une base de données doit être comprise, d'une manière générale, comme visant l'investissement consacré à la constitution de la base en tant que telle. Dans ce contexte, la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données doit, (...), s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche

---

1033. En réalité, dans cette affaire, ce qui est reproché à la société VEIKKAUS c'est d'avoir procédé à la collecte parallèle d'informations. Le communiqué de Presse — alors que les faits du litige ne le font pas apparaître — précise bien « qu'il y a réutilisation d'une base de données par les organisateurs de paris même dans le cas où ces derniers ne se procurent pas les données directement à partir de la base de données mais auprès d'autres sources indépendantes telles que les médias, imprimés ou Internet ». Cela signifie simplement, quoique ait pu en dire l'avocat général, que le domaine des informations librement accessibles est réduit à néant, ou presque. Il ne restera plus alors que le recours au droit de la concurrence pour accéder aux sources d'informations. Il n'est pas certain, en termes d'opportunité et de recherche de l'optimum économique, qu'une telle interprétation de la directive soit souhaitable, car elle constitue indéniablement un frein pour qui voudrait accéder au marché en ne s'adressant pas à l'opérateur monopoleur des sources d'informations. La Cour est fort opportunément revenue sur cette interprétation.



d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base, à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour la création des mêmes éléments. (...) Le but de la protection du droit *sui generis* organisé par la directive est en effet de stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations existantes, et non la création d'éléments susceptibles d'être ultérieurement rassemblés dans une base de données »<sup>1034</sup>.

La Cour opère un recentrage identique pour les autres critères d'appréciation de l'investissement. Ainsi, la vérification du contenu de la base doit avoir lieu au stade de la création de la base et non de la création des données. « *La notion d'investissement lié à la vérification du contenu de la base de données au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive doit être comprise comme visant les moyens consacrés en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans ladite base, au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés, lors de la constitution de cette base ainsi que pendant la période de fonctionnement de celle-ci. Des moyens consacrés à des opérations de vérification au cours de la phase de création d'éléments par la suite rassemblés dans une base de données ne relèvent pas de cette notion.* »

En conséquence, pour l'application du droit *sui generis*, la Cour dissocie les activités de production du contenu (ou de vérification au cours de la création du contenu), sur lesquelles l'appréciation de l'investissement substantiel ne peut pas porter, des activités de constitution de la base qui ne comprennent que la collecte (ou le rassemblement), la vérification et la présentation de la base. Toutefois, la Cour ne suit pas intégralement les prétentions de la défense. Elle rejette en effet l'application de la « spin-off theorie »<sup>1035</sup>, selon

1034. Cette solution, qui est conforme à l'esprit de la directive, a cependant été adoptée après que l'avocat général eut présenté une solution quelque peu différente sur ce point. Mme STIX-HACL avait en effet estimé que la création des données n'excluait pas obligatoirement l'existence d'un investissement pour l'obtention des données, en précisant que : « (...) même si l'on qualifie ces activités de création de données nouvelles, on pourrait néanmoins être en présence d'une obtention au sens de l'article 7, §1, de la directive. Tel serait le cas si la création des données était concomitante à leur traitement et ne pouvait en être dissociée ». Ainsi, elle avait considéré que la détermination des dates de matchs de football devait s'entendre comme une obtention et non une création d'informations : « pour apprécier les investissements réalisés dans la base de données, il faut en tout cas inclure les paramètres devant être pris en compte lors de la planification des matchs, tels que l'attrait aux yeux des spectateurs, les intérêts des sociétés de paris, l'exploitation commerciale par les clubs... » A ce propos, certains auteurs ont fait remarquer que « cette solution (nous) semblait relever du bon sens car, en pratique, il est extrêmement délicat pour un producteur de bases de données de distinguer les investissements relatifs à la création des données immédiatement saisies et organisées dans une base, faisant dès lors, concomitamment à la création, l'objet d'un stockage d'informations », LEMARCHAND (S.) ET RAMBAUD (S.) note sur *CfCE*, 9 novembre 2004, *aff. 203/02, The British Horseracing Board Ltd. William Hill Organization Ltd, Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n°14 p. 99.

1035. La Cour suit ici les conclusions de l'avocat général. La lettre de la directive 96/9 CE ne précisant pas le but dans lequel les investissements sont consentis, l'appréciation de l'investissement doit donc s'étendre sur l'ensemble des charges pesant sur l'activité et non pas uniquement sur le travail de collecte et d'organisation de l'information. Elle rejette ainsi la « spin-off-theorie » qui implique que les sous-produits de l'activité ne soient pas inclus dans la protection. Il importe peu, au fond, pour apprécier l'existence d'un investissement, que celui-ci ait été réalisé à l'occasion d'une autre activité qui serait principale ; le but de l'investissement, sa finalité n'est pas à prendre en compte pour apprécier l'existence d'un investissement substantiel, « il faut

laquelle il ne saurait y avoir d'investissement substantiel lorsque la base a été réalisée pour les besoins d'une autre activité et amortie à ce titre. De telle sorte que la réalisation d'une base de données, dépendante d'une autre activité (qui aurait conduit à la création du contenu), peut être protégée si elle a fait l'objet d'un investissement autonome ou complémentaire par rapport à l'investissement requis pour la création des éléments<sup>1036</sup>. Ainsi, concernant la collecte des données elle a dit, « si la recherche des données et la vérification de leur exactitude au moment de la constitution de la base de données ne requièrent pas, en principe, de la personne qui constitue cette base la mise en œuvre de moyens particulier puisqu'il s'agit de données qu'elle a créées et qui sont à sa dispositions, il reste que le rassemblement de ces données, leur agencement systématique ou méthodique ou sein de la base, l'organisation de leur accessibilité individuelle ou la création de leur exactitude tout au long de la période de cautionnement de la base peuvent nécessiter un investissement substantiel, sur le plan qualitatif ou quantitatif ».

**521. Difficultés d'application.** - Cependant, dans la pratique, il est très difficile de dissocier les investissements liés au contenu et ceux qui seraient autonomes par rapport à la création de ce contenu. Dans cette affaire, la Cour les recherche dans deux directions différentes : Au moment de la constitution de la base et lors de son fonctionnement. Il n'y pas d'investissement substantiel lors de la constitution de la base, puisque les données sont à la disposition de celui qui crée le contenu. Ni le rassemblement, ni la vérification, ni leur agencement ne requiert d'investissement autonome : ces activités sont indissociables. De la même manière, la Cour ne reconnaît pas l'application du droit *sui generis* pendant la période de fonctionnement de la base, parce que, encore une fois, il n'est pas possible de dissocier les investissements liés à la production du contenu et ceux nécessités pour le fonctionnement de la base (point 41 à 45 de l'arrêt). Il faudrait pour ce faire que des moyens matériels, financiers ou humains spécifiques soient consacrés à ces activités, or, les faits du litige font ressortir que l'ensemble des moyens déployés pour son fonctionnement (contrôle du contenu, agencement et rassemblement) ne sont pas dissociables de la production des données. L'identité des moyens consacrés pour la création des données et la constitution de la base conduit la Cour à rejeter la protection.

---

rappeler dans ce contexte que la théorie du sous-produit (« spin-off-theorie ») ne saurait être suivie. L'objectif poursuivi lors de l'obtention du contenu d'une base de données ne peut ainsi jouer aucun rôle. Cela signifie que la protection est envisageable aussi dans le cas où l'obtention a tout d'abord été réalisée en vue d'une activité autre que la fabrication de la base de données en cause. La directive protège en effet aussi l'obtention de données lorsqu'elle n'a pas été réalisée dans la perspective d'une base de données.»

1036. Les opérateurs qui produisent des données dans le cadre d'une activité étrangère à la production de base de données n'auront plus alors, s'ils veulent bénéficier de la protection, qu'à créer une filiale spécialisée dans la constitution de la base. France Télécom a ainsi créé une filiale, Wanadoo Data, qui achète l'ensemble des données à sa maison mère...

En définitive, l'appréciation de l'investissement substantiel ne peut porter que sur les activités de collecte, de vérification, et de présentation de contenus déjà existants, c'est-à-dire l'activité de constitution de la base en tant que telle, ainsi que le rappelle l'Avocat général « les investissements devant être protégés sont ceux qui ont été effectués pour rechercher et rassembler le contenu de la base » et non ceux qui sont relatifs à l'activité de production de l'information. C'est la conséquence logique de l'exclusion de la notion d'obtention (collecte) de la création de contenus. Cependant, les investissements, pour le rassemblement, la vérification et la présentation de la base par la personne qui serait aussi créatrice du contenu de la base peuvent être pris en compte dès lors qu'ils sont autonomes, qu'ils ne s'identifient pas aux investissements rattachables à la création et la vérification des contenus.

Quelles sont les implications de cette solution sur la protection des bases de données publiques ?

## B. Le critère de « l'investissement substantiel » et la protection des bases de données publiques

**522. Implication des arrêts de la Cour.** - Les arrêts de la Cour conduisent, pour l'appréciation du critère de l'investissement substantiel à dissocier les frais ou les coûts liés aux activités se rapportant à la création ou la production du contenu de la base de données de ceux qui sont relatifs à la constitution de la base en tant que telle et qui comprennent la collecte ou le rassemblement de données déjà existantes, leur agencement et leur vérification. Au fond, la Cour a déterminé une méthode de reconnaissance de « l'investissement pertinent »<sup>1037</sup>. En opérant une distinction entre le contenu et le contenant, elle suggère ainsi que le producteur de la base de données est d'abord « un rassembleur de données et un organisateur de données mais pas un créateur de données (...) Elle veut convaincre de l'existence d'un droit qui porte sur le rassemblement des données et en aucun cas sur leur création. Il en résulte une ségrégation entre les bases de données dont les données ont pu être rassemblées et celles dont les données ont du être créées par le producteur »<sup>1038</sup>. Ces dernières ne pourront accéder à la protection que si le producteur arrive à prouver l'existence d'investissements autonomes à propos de la collecte de la vérification, et manière plus certaine, la présentation de l'information, c'est-à-dire son agencement ou sa structuration. Dès lors, la Cour réduit très fortement la portée du droit *sui generis*.

<sup>1037</sup>. VIVANT (M.), « L'investissement, rien que l'investissement, à propos des arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 2004. *Revue lamy droit de l'immatériel*, mars 2005, p. 41

<sup>1038</sup>. MALLET-POUJOL (N.), « Droit *sui generis* du producteur de bases de données : le premier camouflet communautaire, *Légipresse* 2005, n° 221, p. 87

**523. Hypothèses de protection.** - Il découle ainsi du raisonnement de la Cour deux cas de figures. Soit, le producteur de la base de données n'est pas à l'origine de la création des contenus informationnels qu'elle comporte, dans ce cas la protection lui est acquise sans difficulté. Soit le producteur est aussi créateur du contenu, le plus souvent parce que la base de données n'est au fond qu'un sous produit d'une activité à l'occasion de laquelle les contenus sont produits. Dans ce cas, le producteur ne pourra accéder à la protection que s'il prouve l'existence d'investissements autonomes par rapport aux coûts liés à la création des contenus.

D'un point de vue théorique, le raisonnement est très clair, il peut même être approuvé parce qu'il permet de libérer de l'emprise d'une appropriation privative des contenus informationnels du domaine public et qui pourrait être réutilisée librement. Cette interprétation évite ainsi de recourir à l'arbitrage du droit de la concurrence pour venir « libérer » des données purement factuelles recouvertes par une exclusivité légale. Cependant, d'un point de vue pratique, notamment pour les organismes du secteur public, la mise en œuvre d'une telle solution soulève nombre de questions et risque de poser des difficultés d'application tellement inextricables qu'il serait plus facile aux juridictions d'apprécier l'existence d'un investissement de manière très lâche. On considérera ces deux hypothèses pour illustrer les difficultés d'application qu'elles peuvent occasionner avant d'aborder la question des bases de données composites mêlant à la fois des contenus créés et collectés.

### *1. Le cas des organismes publics procédant au rassemblement du contenu de la base de données*

**524. Description de la situation de l'organisme public.** - Ici, l'organisme public ne crée pas l'information mais collecte des données préexistantes. Ici, il n'y a pas vraiment de difficultés à admettre la protection des investissements qu'il consent pour le rassemblement, la vérification et la présentation de la base. La difficulté réside ici dans la possibilité d'assimiler certaines formes de collecte au rassemblement du contenu qui ont cours au sein du secteur public à l'obtention ou au rassemblement de la directive. La direction des journaux officiels ou l'INPI pour certaines de leur activité ne font par exemple que centraliser des textes qui convergent vers eux plus qu'ils ne les collectent ou rassemblent. C'est là une première difficulté. En considérant l'assimilation possible, après tout l'article L. 342-1 du CPI ne vise pas une forme de rassemblement ou d'obtention des données particulières, il faut encore s'interroger sur le coût que peut représenter cette forme de rassemblement pour déterminer s'il peut donner lieu à un investissement substantiel. Il n'est pas certain qu'il soit si important pour qu'il puisse être considéré comme substantiel. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas l'hypothèse la plus complexe ni celle qui pose le plus de problèmes.

**525. Particularités de la collecte des données publiques.** - Il reste que, une dernière question se pose encore et bien plus redoutable que les précédentes qui tient non pas à la forme de la collecte mais à sa nature. Au sein du secteur public la collecte de l'information ne peut pas forcément être assimilée à celle à laquelle la directive fait référence. La nature de la collecte de l'information au sein du secteur public est en effet très particulière. M. GAUDRAT le remarquait, « lorsque la base est constituée par une administration à partir des données qu'elle recueille dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, l'investissement ne peut exister que dans la plus-value apportée par la structuration, la présentation ou la vérification, non dans la production de l'information elle-même, ni sa collecte. Il faut par conséquent admettre que l'information administrative brute est libre de tous droit »<sup>1039</sup>. Contrairement aux opérateurs privés, la collecte des données publiques est souvent obligatoire et parfois assortie de sanctions. Il en va ainsi du dépôt des comptes annuels auprès de l'INPI ou des greffes, de la déclaration d'impôts, du recensement de la population. Dans d'autres cas, sans être accompagnée de sanctions, la transmission d'informations constitue un préalable nécessaire à l'octroi d'une prestation qui, elle, relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique. L'octroi d'un permis de construire relève de cette hypothèse. La collecte d'informations peut aussi relever de procédures imposées, génératrices d'effets juridiques. Tel est le cas de la publicité légale ou de la déclaration d'une association. Sans être obligatoirement sanctionnée, la collecte ressortit dans tous ces cas d'une obligation légale. L'administré n'ayant d'autre choix que de transmettre l'information, certains auteurs ont parlé « d'impôt informationnel »<sup>1040</sup>. Bien sûr, tous les organismes publics ne sont pas visés par ces considérations. Elles ne concernent que la collecte qui met en relation l'administration et les services publics aux administrés. Les données rassemblées par l'IGN ou MÉTÉO-FRANCE en sont évidemment exclues. La nature particulière de la collecte des données publiques rend particulièrement délicate son appréciation au titre de l'investissement substantiel. À tout dire, est-elle possible ? Ce rassemblement d'informations a certainement un coût pour les organismes publics. Cependant, cette charge est parfois directement assumée par les administrés eux-mêmes. L'INPI perçoit ainsi des taxes pour chaque déclaration au registre du commerce et des sociétés<sup>1041</sup>. Dans ces cas particuliers, il n'est pas possible d'admettre la prise en compte de la collecte au titre de l'investissement substantiel, car, loin de constituer une charge, elle est source de revenus pour l'organisme public. Dans les autres cas, apprécier l'existence d'un investissement substantiel en se fondant sur la collecte de l'information reviendrait à prendre en compte le coût des opérations « qui seront réalisées en tout état de cause, car nécessaires à l'activité courante du service public dont est chargée l'administration

<sup>1039</sup>. GAUDRAT (P.), préc.

<sup>1040</sup>. RONAI (M.), « L'Etat comme machine informationnelle », *RFAP* 1994, n° 72p. 571.

<sup>1041</sup>. L'article R. 411-17 du CPI, complété par l'arrêté du 24 décembre 2001, précise la nature et le montant des redevances à acquitter à l'INPI pour l'immatriculation d'une société ou le dépôt de brevets.

concernée »<sup>1042</sup>. En conséquence, il nous semble qu'en raison de sa nature et de la nature de son financement, la collecte de l'information brute doit échapper à une appréciation au titre de l'investissement substantiel<sup>1043</sup>.

## *2. Le cas des organismes publics procédant à la création du contenu de la base de données*

**526.** Considérons maintenant la seconde hypothèse, celle dans laquelle le producteur de la base est aussi le créateur des informations qu'elle contient. La Cour a semble-t-il voulu par là exclure de la protection du droit *sui generis* les bases de données créées à l'occasion d'une activité qui n'avait pas précisément pour objet la constitution de bases de données. Ce faisant, la plupart des auteurs l'ont remarqué, elle prive de protection tous les organismes qui créent de l'information spécialement pour constituer des bases de données. « Dans bien des cas, la création des données et de la constitution de la base n'interviendra que dans le but de réaliser la base. La notion qu'établit un guide gastronomique, qui est bien une opération de création des données a-t-elle un sens indépendamment de la réunion des notes qu'offre le guide ? et dans ce cas est-il bien raisonnable de ne prétendre protéger que la partie de l'investissement au vrai minime, afférente à la collecte des données, alors que l'investissement réellement fait pour la production même du guide (de la base) a été lourd ». Cette interprétation pourrait compromettre la protection d'importantes bases de données publiques. Prenons un exemple. Dans certains cas, la constitution de bases de données peut constituer très précisément l'objet d'une mission de service public. Depuis l'adoption du décret du 22 novembre 2003<sup>1044</sup>, la constitution par l'IGN de bases de données apparaît comme étant l'une des activités principales de cet établissement public. Adopté après la publication de la directive 2003/98/CE l'institut a désormais pour obligation de « constituer et de mettre à jour sur l'ensemble du territoire les bases de données géographiques et les fonds cartographiques (...) et d'en assurer la diffusion ». Ainsi, l'IGN crée un contenu qui sera intégré dans une base de données. La plupart des investissements qui est exposé par l'institut

1042. SHOETTL (J-E), « L'exploitation des gisements de données administratifs », *Gaz. Pal.*, 1994, 1er sem, p. 64.

1043. Bien qu'il soit assez complexe aujourd'hui encore, le problème de la prise en compte de la collecte au titre de l'investissement substantiel devrait être résolu dans les prochaines années par la généralisation de l'échange informatisé d'informations (EDI). Le développement des télédéclarations (impôts, comptes sociaux, déclarations diverses) conduit à rendre nul le coût de la saisie et de la collecte de l'information pour les opérateurs publics.

1044. Décret n°81-505 du 12 mars 1981, *relatif à l'institut géographique national*, modifié par le décret 2004-1246 du 22 novembre 2004, *JO* du 24 novembre 2004, 19876v. aussi, l'arrêté du 16 mars 2005 fixant la liste des bases de données géographiques et des fonds cartographiques constitués et mis à jour par l'Institut géographique national au titre de ses missions d'intérêt général, *JO* du 25 mars 2007, p. 5200

sera donc réalisés pour la création du contenu, pas de la base en elle-même. On peut étendre ce constat à l'ensemble des organismes publics pour lesquels la constitution des bases de données est nécessaire à leur missions de diffusion (statistique, météo) et qui créent des contenus. L'INSEE par exemple, produit des codes d'activité au titre de ses obligations de service public<sup>1045</sup>. Les conséquences de l'interprétation de la Cour sont ici importantes. Bien sûr, s'agissant de bases de données aussi importantes qui comportent des millions d'informations et dont la gestion est très lourde, il n'est pas douteux que la réserve des investissements autonomes consentis indépendamment de la création des données pour la vérification ou la présentation du contenu puisse venir à s'appliquer. De telles bases trouveraient protection sur ce fondement. Toutefois, se pose alors un nouveau problème. Il conviendra de déterminer avec exactitude les coûts exposés pour ces investissements autonomes et les coûts exposés au titre de la création de l'information. Ces coûts sont souvent mêlés et il n'est pas évident de déterminer leur imputabilité, notamment en l'absence de comptabilité analytique. En admettant que cela soit possible, il reste encore qu'un nombre important de bases de données ne pourraient pas recevoir de protection justement parce qu'il ne sera pas possible de prouver ou d'admettre l'existence d'un investissement autonome et plus largement parce que la base de données n'est qu'un accessoire d'une mission de création d'information. Pensons au cas des résultats d'examen intégrés aux bases de données d'un rectorat par exemple. En fait tout est affaire d'espèce, il n'est pas possible de tracer dans ses grandes lignes l'application de ces décisions aux organismes publics, en fait la protection des bases de données publiques dépendra très largement de la possibilité pour les organismes publics lorsqu'ils sont appelés à créer des contenus intégrés dans des bases de données l'existence d'un investissement autonome par rapport aux coûts encourus pour la création des données. Au fond, comme l'indique justement Mme MALLET-POUJOL, au lieu de récuser toute protection à la base, c'est l'existence « d'investissements complémentaires »<sup>1046</sup> qui doit servir de fil conducteur pour déterminer le caractère protégeable d'une base de données dans laquelle les contenus sont créés par le producteur de la base.

### *3. Le cas de la base de données composite*

**527. Fractionnement des coûts.** - Quelque fois, il n'y a pas forcément de séparation nette entre les activités de création et la collecte de données certaines bases de données pouvant mêler ces deux sortes d'informations. Ainsi, l'INSEE collecte bien les informations du répertoire SIRENE auprès des centres de formalité des entreprises et crée en raison de ses

<sup>1045</sup>. Article 3 du décret 73-314, du 14 mars 1973, portant création du système national d'identification et d'un répertoire des entreprises et de leurs établissements, *JO* du 21 mars 1973, p. 3042

<sup>1046</sup>. *op.cit.*

obligations de service public des contenus – le code APE par exemple - qui se retrouvent dans la même base de données. On est en présence d'une base de données composite. Dès lors la question qui se pose est de savoir ce qu'il convient de protéger, à suivre les arrêts de la Cour, c'est l'activité de collecte, aussi les coûts inhérent à l'activité de création ne devraient pas être pris en compte. Pour déterminer l'investissement pertinent, il faudrait donc faire référence aux coûts de cette activité or la détermination des coûts, on le sait, n'a rien d'évident, loin de là. On pourrait aussi évoquer le cas de la collecte d'information réaliser aux fins de constitution d'une base mise en œuvre dans le cadre de ses obligations de service public et qui intégrerait aussi des informations collectées tout à fait en dehors. Ici encore il faudrait fractionner, au cas par cas, les coûts de production. Pour prendre la mesure de ces difficultés nous ferons deux études de cas relatives aux bases de données, de l'INSEE et aux bases de données de France télécom.

#### a. L'exemple de l'annuaire téléphonique

**528.** FRANCE TÉLÉCOM réalise un fichier clients à partir duquel est établi l'annuaire téléphonique. L'annuaire n'est donc qu'un sous-produit de l'activité principale de l'opérateur, car les données sont produites pour les besoins de son activité commerciale. Le Conseil de la concurrence avait d'ailleurs remarqué, dans le contexte particulier du calcul des coûts de production de l'annuaire, que « France Télécom ne peut fonctionner, pour les besoins de son activité de service téléphonique, sans établir de fichier commercial de ses abonnés, dont l'annuaire n'est que le produit dérivé »<sup>1047</sup>.

Cela dit, la décision du Conseil fait aussi apparaître que la production de l'annuaire téléphonique nécessitait que France Télécom collectât un certain nombre d'informations, étrangères à son activité commerciale, induites par ses obligations réglementaires. Le Conseil de la concurrence note que « l'expert a, cependant, identifié douze champs spécifiques à la base annuaire, c'est-à-dire comportant des informations qui n'auraient pas à être collectées par France Télécom pour les besoins du fichier commercial. La collecte des données de ces douze champs a nécessairement un coût qui n'aurait donc pas à être supporté par l'opérateur historique si celui-ci n'était pas chargé de la tenue de la liste des abonnés ». De fait, La base de données annuaire se compose de deux séries d'informations d'origine différente : les informations issues du fichier commercial de l'opérateur, d'abord ; les informations provenant d'une collecte extérieure à ce fichier, ensuite. Sous réserve d'une expertise particulière, pour les premières, la cause nous semble entendue : elles ne sont pas protégeables. En effet, si elles constituaient une base de données particulière, elles ne

---

<sup>1047</sup>. Cons. conc., déc. n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, préc.



pourraient accéder à la protection car les moyens mis en œuvre par l'opérateur pour leur collecte sont ceux qui ont permis leur création. À ce titre, la décision précitée fait apparaître que les opérations effectuées sur la base annuaire sont dépendantes de celles qui sont apportées au fichier clientèle, « une saisie unique est effectuée lors de la prise de commande (...). Cette saisie incrémente simultanément la base annuaire, ainsi que le fichier commercial et le fichier technique ». A suivre les arrêts de la Cour, il semble aussi très difficile de dégager un investissement autonome pour la vérification et la présentation de l'information. Ces opérations sont difficilement dissociables de la création même de l'information.

Reste alors la question des données collectées en dehors de l'activité commerciale de l'opérateur. L'hypothèse est tout à fait inédite. Ces données ne sont pas créées par l'opérateur public dans le cadre de son activité commerciale, mais collectées grâce aux moyens matériels et humains affectés à cette activité ; la décision fait d'ailleurs apparaître « qu'il n'est pas envisageable d'affecter du personnel à ces seuls travaux de collecte (des données nécessaires à l'annuaire) ». Bref, il s'agit de données créées à l'occasion de l'activité commerciale pour satisfaire d'autres besoins. La question se pose alors de savoir si le droit *sui generis* protège les contenus lorsqu'ils ont été collectés grâce à des moyens qui sont aussi affectés à la création d'autres éléments.

La collecte des informations supplémentaires nécessaires à la constitution de l'annuaire a, c'est indéniable, un coût pour l'opérateur : les moyens humains ou matériels affectés à la collecte de ces informations étrangères à l'activité principale. De plus, la mise à disposition de la base nécessite la mise en œuvre d'opérations supplémentaires qui dépassent manifestement les exigences de son activité commerciale. Toutefois, les moyens de l'activité commerciale et ceux de l'activité de collecte additionnelle sont communs. En effet, le personnel et le matériel sont indistinctement affectés aux deux activités. S'il n'existe donc pas, ici, de lien de nécessité entre la création des contenus et la constitution de la base, il demeure toutefois un lien de dépendance entre les moyens mis en œuvre pour l'élaboration du fichier clients et la collecte des éléments supplémentaires figurant dans le fichier annuaire. La persistance de ce lien de dépendance peut-elle permettre d'envisager la présence d'un « investissement autonome » au sens de l'arrêt de la Cour ? Tout dépend de la manière de lire l'arrêt de la Cour. Soit l'on raisonne en terme de complémentarité d'investissements, et alors on peut admettre la possibilité de prendre en charge les coûts supplémentaires nécessités par la collecte de ces informations nouvelles, soit l'on raisonne en terme d'exclusivité des investissements et alors la possibilité de protéger des éléments collectés grâce à des moyens qui ont servi à créer des éléments nouveaux est anéantie. Cette dernière lecture nous semble trop radicale pour être soutenue. La Cour exclut du champ de la protection les investissements qui sont liés à la constitution de la base, parce qu'ils sont liés à la création de l'information. Or, ici, quoique les moyens soient communs, la création des informations dans le cadre de l'activité de FRANCE TÉLÉCOM est étrangère à la collecte des informations supplémentaires nécessaires à la constitution de l'annuaire.

**529. Problème de la réservation fractionnée.** - Quoi qu'il en soit, une lecture favorable à la protection de ces données poserait encore un autre problème : celui de la réservation fractionnée du contenu de la base. La base de données annuaire se composerait alors d'éléments qui sont à la fois protégeables, les contenus collectés spécifiquement pour la constitution de l'annuaire, et non protégeables, les données du fichier clients. *Quid* de la protection d'un tel ensemble au titre du droit *sui generis* ? La seule protection des coûts additionnels impliqués par la collecte de quelques informations peut-elle affecter toute la base ? La question de la réservation fractionnée du contenu de la base est à ce jour irrésolue bien qu'elle soit d'une grande importance, puisqu'elle concerne nombre de bases de données publiques. Rares sont en effet les bases de données publiques qui ne s'agrémentent d'autres éléments que ceux qui sont collectés dans le cadre de la mission des organismes publics. Cette interrogation a été soulevée par M. GAUDRAT « L'œuvre, en droit d'auteur, n'est pas uniformément protégée. L'étendue de la protection se mesure à l'ombre portée de l'originalité sur la forme (...) Faut-il raisonner de la même manière à l'égard du droit *sui generis* ? Ne seraient alors protégées que les parties ayant requis un investissement substantiel. Ou faut-il admettre que, dès lors que l'investissement est établi, tout objet est globalement protégé sans ventilation des parties le composant. Cette manière de raisonner risque néanmoins de réserver des surprises tant à raison de l'aptitude limitée des objets en cause à supporter une évaluation fractionnée de leur contenu, qu'à raison des difficultés auxquelles on pourrait se heurter lors de la mise en œuvre de la règle »<sup>1048</sup>. L'auteur fait d'ailleurs remarquer que si la protection des investissements peut se manifester de manière alternative à travers la collecte, la vérification ou la présentation, seule la collecte pourrait amener à distinguer entre les parties de la base à fort et à faible investissement. En l'espèce, il a été possible d'évaluer le temps de collecte requis pour la saisie des données supplémentaires. Cette ventilation n'est pas possible pour les autres opérations, parce qu'elles se rapportent à l'ensemble du contenu de la base de données, de telle sorte qu'ils permettent la protection des parties du contenu d'une base qui ne l'aurait pas été au regard d'un autre objet. En définitive, lorsqu'ils portent sur la collecte, on pourrait évaluer les investissements et, de fait, protéger uniquement la collecte supplémentaire de données. Dans le cas de France Télécom, il serait donc envisageable de ne protéger que ces éléments.

## b. l'exemple de la base de données SIRENE

**530.** L'exemple de la base de données SIRENE est aussi complexe, mais la difficulté se situe ailleurs. Il convient d'analyser la question de la protection de la base mise à disposition d'éventuels réutilisateurs par l'INSEE, parce qu'elle se distingue du répertoire SIRENE.

<sup>1048</sup>. GAUDRAT (P.), préc.

L'institut, dans le cadre de ses obligations, réalise une base dénommée « fichier de production contrôlé » destinée à répondre à ses besoins ainsi qu'à ceux des autres services publics. Ce fichier comporte principalement les données que le décret du 14 mars 1973 impose à l'INSEE de collecter. Au titre du contenu du répertoire, les articles 4 et 5 de ce texte prévoient la collecte d'un certain nombre d'informations, parmi lesquelles : les noms et prénoms des personnes physiques, l'adresse légale, le lieu de naissance, la raison ou dénomination sociale, l'adresse et la dénomination usuelle de l'établissement ou encore l'importance de l'effectif ou, enfin, les formes particulières d'activité. Ce répertoire constitue le socle du fichier « SIRENE diffusion ». En fait, le répertoire mis à la disposition des partenaires économiques de l'INSEE est un répertoire dérivé du fichier « de production contrôlé » qui a fait l'objet d'un certain nombre de traitements, « suppression des codes de gestion, application de la règle du secret, enrichissement ». On s'arrêtera sur cette dernière opération, l'enrichissement. La lecture comparée du texte du décret de 1973 aux annexes des contrats de licences<sup>1049</sup>, qui spécifient les données à transmettre, montre bien que l'INSEE rajoute à sa base d'autres données qui sont étrangères à l'accomplissement de sa mission. Ainsi, au terme d'enquêtes annuelles auprès des entreprises, l'INSEE ajoute à sa base des données relatives au chiffre d'affaire, au chiffre d'affaire à l'exportation. En conséquence, il convient de savoir si la base SIRENE diffusion peut être protégée au titre du droit *sui generis*. Rappelons, d'abord, que la protection du fichier de production contrôlé au regard du droit *sui generis* est incertaine. Les conditions particulières de la collecte conduiraient à l'exclure de l'appréciation de l'investissement substantiel et il n'est pas certain que la présentation ou la vérification de la base, si tant est qu'elles existent<sup>1050</sup>, puissent autoriser cette protection. De là, découle deux hypothèses. Soit le fichier de production contrôlé peut être protégée par le droit *sui generis* parce que sa présentation ou sa vérification ont nécessité un investissement substantiel, ce qui reviendrait à admettre, soit dit en passant, la réservation fractionnée du contenu. Soit la base n'est pas protégeable. Ce dernier cas rappelle la situation de la base de donnée de FRANCE TÉLÉCOM, dont seule une partie du contenu était protégeable et l'autre pas. Ce ne sont certes pas les mêmes raisons qui justifient l'absence de protection. Ici, ce sont les caractères particuliers de la collecte, dans l'autre, c'était l'identité entre l'activité de création de l'information et la constitution de la base. Pourtant, ils peuvent être rapprochés. Dans les deux hypothèses, la base diffusée se compose à la fois d'éléments protégeables et d'autres qui ne le sont pas. Aussi, nous renvoyons à nos précédentes remarques. Quant au premier cas, il comporte moins d'aspérités. Si l'on admet la protection des contenus collectés dans le cadre de la mission impartie à l'organisme public, il n'est pas de difficulté à admettre la protection de l'ensemble de la base agrémentée d'autres contenus. En considérant la jurisprudence de la

1049. Licence R2a de rediffusion de la base de données SIRENE, produits d'extraction mises à jour, de rapprochement de fichiers. Licence R2b de rediffusion de la base de données SIRENE, produits de consultation de données à l'unité, disponibles sur le site [www.insee.fr](http://www.insee.fr).

1050. Ce qu'il nous est impossible de vérifier.

Cour de justice, l'ensemble de l'activité de l'INSEE réside dans la constitution de base de données. Les moyens mis en œuvre par l'opérateur public concourent à ce seul objet. L'origine des données, leur rapport avec la mission statutaire n'a pas d'influence sur la protection. Que la collecte de l'information soit imposée par les textes ou décidée par l'INSEE, elle est de toutes les manières liée à l'activité de constitution de la base de données. L'organisme public ne produit pas des données à l'occasion d'une autre activité. En conséquence, les investissements sont consentis, indifféremment, pour l'ensemble de la collecte, la vérification ou la présentation des données, quelle que soit leur provenance.

### §3- LA PORTEE DE L'APPLICATION DU DROIT *SUI GENERIS*

Bien qu'elle puisse être envisagée, l'application du droit *sui generis* aux organismes publics ne peut être complète (2) parce qu'elle contrarierait la finalité de la protection des bases de données (1).

#### A. La finalité de la protection des bases de données

**531. Protection des investissement, bases de données et croissance du marché de l'information.** - Il ne s'agit pas ici de discuter de la possibilité même pour les organismes publics d'être titulaires de ce droit ni de dire si les bases de données publiques remplissent les conditions posées par l'article L. 341-1 du CPI, mais seulement d'indiquer qu'il existe une contradiction, ou plutôt une tension, entre la protection des bases de données publiques au titre du droit *sui generis* et le but dans lequel la directive a été adoptée. Ainsi que l'indique M. GAUDRAT, « le pouvoir régalien de collecte de certaines informations place l'administration en situation de monopole. La reconnaissance d'un droit *sui generis* vient (venait) juridiquement conforter cet état de fait ». C'est bien en raison de la place particulière que les opérateurs publics occupent sur le marché, du monopole de fait ou de droit dont ils disposent sur la production de l'information, que la reconnaissance entière des prérogatives du droit *sui generis* peut contrarier la finalité de la législation. Ce constat conduit à radicalement distinguer la situation des administrations de celle des entreprises du secteur privé qui cherchent dans la protection du droit *sui generis* un instrument pour protéger les investissements consentis pour la collecte des données contre le parasitisme d'autres opérateurs. Il est rare qu'ils soient aussi une source importante de données.

À travers la protection des investissements, la directive vise essentiellement à assurer la croissance du marché de l'information<sup>1051</sup>. Le but de la directive est clair : assurer le développement du marché de l'information par l'instauration d'un régime commun, minimal, de protection des bases de données. Le considérant 9 précise bien que « les bases de données constituent un outil précieux dans le développement d'un marché de l'information dans la Communauté. » La Cour de justice a indiqué pour sa part que l'objet du droit *sui generis* est « de stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations existantes » et, par conséquent, de favoriser les investissements dans les industries de l'information et la production de bases de données. En bref, le droit *sui generis* permet de sécuriser les investissements consentis dans les systèmes de traitement de l'information (considérant 12) et, par ce biais, assure le développement du marché de l'information au sein de la Communauté.

La finalité particulière de la protection des bases de données étant identifiée dans le développement du marché de l'information, il convient de montrer en quoi cette finalité est improprement satisfaite par la protection des bases de données publiques. Cette contrariété ne nous est pas révélée par la considération selon laquelle l'octroi d'un monopole légal d'exploitation au titulaire d'un monopole de fait ou de droit sur la collecte et, plus largement, sur la production de l'information, contribue à restreindre l'accès aux sources d'information, mais, plus concrètement, par la comparaison des deux réglementations qui, également applicables aux bases de données publiques, ont pour finalité de développer le marché de l'information.

## B. L'application limitée du droit *sui generis* aux bases de données publiques

**532. Des moyens contradictoires pour des finalités identiques.** - À l'instar de la directive relative à la protection juridique des bases de données, la directive relative à la réutilisation du secteur public<sup>1052</sup>, symétriquement, tend à garantir l'accès aux contenus numériques produits par les organismes publics de manière à assurer le développement du marché de l'information. Le considérant 5 précise d'ailleurs que « l'amélioration des possibilités de réutilisation des documents du secteur public devrait notamment permettre aux entreprises européennes d'exploiter le potentiel de ces informations et contribuer à la croissance économique et la création d'emplois ». La finalité est identique. Les moyens le sont

<sup>1051</sup>. V. considérants 2 et 3 de la directive. D'ailleurs l'avocat général STIX-HACL note au point 53 de ses conclusions que le but de la directive « est de créer des conditions favorables à l'investissement ».

<sup>1052</sup>. Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 *concernant la réutilisation des informations du secteur public*, préc.

moins ; ils sont même opposés. Pourtant, dans les deux cas, il s'agit bien de bases de données, à tout le moins de contenus informationnels<sup>1053</sup>. Or, dans le premier, l'objectif est atteint par la protection des contenus, dans l'autre, par leur dévoilement. La directive du 17 novembre 2003 ne préjuge certes pas de l'application d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un droit *sui generis* sur les bases de données publiques (considérant 24), cependant, il convient de souligner la différence de méthode. Elle ne peut s'expliquer que par un fait. Le commun objectif de ces deux directives ne peut suivre les mêmes voies parce que les raisons, qui dans un cas ont justifié la protection, ne se retrouvent pas dans l'autre, sinon, évidemment, pourquoi distinguer ces deux situations ? Ceci ne signifie pas que les bases de données publiques ne peuvent recevoir une protection par le droit *sui generis*, cela signifie seulement que l'application du droit *sui generis* sur les bases de données publiques appelle l'adoption de mesures tendant à restreindre les effets d'une telle application, nécessaires pour atteindre le but fixé par le législateur. La faculté d'interdire, portée par le droit *sui generis*, est difficilement conciliable avec le droit de mise à disposition de l'information publique consacré par la loi du 17 juillet 1978. La question a été évoquée, on peut se demander si les personnes publiques titulaires de ces droits pourraient s'opposer, sur le fondement de cet article, à une demande de réutilisation. Nous ne le pensons pas. Hors le cas des appropriations illicites, qui appellent naturellement l'application de la faculté d'interdire, le droit d'autoriser ne peut être usé. Et il ne peut pas en aller autrement. Dans le cas contraire, ce serait la finalité même de la directive qui serait ruinée. Car, loin d'assurer la promotion des investissements et l'essor du marché, la reconnaissance pleine et entière de l'application du droit *sui generis* aux opérateurs publics ne contribuerait qu'à conforter des situations de monopole de fait ou de droit et à renforcer la situation de dépendance économique des opérateurs privés à leur égard. De telle sorte que l'exercice du droit devrait se résoudre dans l'obtention d'une rémunération. En ce domaine, la possibilité même d'effectuer des investissements (la collecte des contenus) pour les opérateurs privés passe par l'absence d'interdiction d'accès aux sources d'informations. Une simple application du droit *sui generis* à leur égard n'est pas possible. Elle serait trop handicapante. D'ailleurs, jamais le législateur communautaire ne l'a ainsi envisagée.

Pour confirmer le précédent propos, on rappellera que la première mouture de la directive sur la protection juridique des bases de données avait prévu l'instauration de licences obligatoires à la charge des organismes publics, ainsi que des opérateurs privés monopolisant une source d'information pour les contraindre à communiquer les informations issues de leurs bases de données<sup>1054</sup>.

1053. Les documents du secteur public y sont définis comme « tout contenu quelque soit son support... », n'est-ce pas une des acceptions possibles de l'information ?

1054. Proposition modifiée de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données, COM(93) 464 final – SYN 393, *JOCE*, C 308/01 du 15 novembre 1993. L'institution d'un droit destiné à « empêcher l'extraction et la réutilisation non autorisée du contenu de la base de données à des fins commerciales » (cons. 29) conduit à renforcer les situations de monopole sur les sources d'information et

En d'autres termes, l'objectif de la directive était poursuivi, à la fois par la reconnaissance d'un droit *sui generis* aux opérateurs privés, et par la mise œuvre d'un mécanisme paralysant son exercice pour les opérateurs publics – la faculté d'interdire étant réduite à néant par l'obligation de concéder des licences. Cette première tentative de régulation du marché de l'information publique a fait long feu<sup>1055</sup>, elle lève pourtant un coin de voile sur les limites que présenterait pour le marché l'application intégrale de ce droit aux producteurs de données publiques et plus largement à tous les opérateurs qui monopolisent les sources d'information.

Au-delà, elle nous renseigne sur la fonction particulière du droit *sui generis*, ce n'est pas un droit attaché à la création destiné à la protection morale de l'auteur et sa rémunération, mais uniquement une prérogative destinée à réguler les rapports des fournisseurs d'information sur le marché, ainsi qu'à assurer paisiblement l'amortissement des investissements consentis pour constituer la base de données. La filiation entretenue entre ce droit et l'action en concurrence déloyale le prouve abondamment. Dès lors, la différence de méthode s'explique plus facilement. La pleine effectivité du droit *sui generis* (le raisonnement vaut aussi pour le droit d'auteur) ne peut s'envisager qu'en présence d'une relation de concurrence équilibrée et non en présence d'une situation de dépendance économique telle qu'elle caractérise les rapports entre les opérateurs publics et privés sur le marché de l'information. Aussi la proposition de directive de 1992 avait essayé de rééquilibrer ce rapport ; la directive 2003/98/CE laisse pendante la question. Quant à la loi du 17 juillet 1978, elle résout la question, pour certaines situations seulement, par la création d'un droit de réutilisation. Pour les autres, il faudra en appeler au droit de la concurrence.

---

constitue par là même un obstacle à l'essor du marché. De fait, le texte prévoyait l'institution de licences obligatoires pour « favoriser la concurrence entre les fournisseurs de produits et de services dans le secteur du marché de l'information », le producteur d'une base de données destinée à une distribution commerciale et dont la base est la seule source possible d'une œuvre ou d'une matière doit accorder des licences pour la réutilisation de cette œuvre ou de cette matière à d'autres personnes. De façon complémentaire, le projet prévoyait la mise en place de licence obligatoire à la charge des « administrations publiques ou les firmes et organismes publics qui ont une obligation générale de diffuser l'information, ou qui sont créés dans ce but ou autorisés à le faire en vertu de la législation en vigueur ainsi que des entreprises ou firmes qui jouissent d'un monopole de fait en vertu d'une concession exclusive accordée par un organisme public », toutefois, le champ d'application de ces dispositions était limité aux bases de données rendues accessibles au public, c'est-à-dire aux bases librement interrogeables.

1055. Les résistances des administrations nationales ayant eu raison de la volonté de la Commission. Elle était par ailleurs incomplète parce qu'elle ne visait pas le cas du droit d'auteur, qui peut produire les mêmes effets, la directive sur la réutilisation des documents émanant du secteur public permet de combler cette lacune.

## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

**533.** La réservation des données publiques par les droit de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse du droit d'auteur et du droit *sui generis* sur les bases de données est très délicate apprécier car, dans cette matière, il n'est pas possible de généraliser. Du point de vue du droit d'auteur, deux observations peuvent être faites. En premier lieu, réserve faite de l'hypothèse où les données apparaîtraient clairement comme des œuvres de l'esprit, les bases de données publiques sont rarement des créations originales, tant du point de vue de leur structure que de leur contenu. Ce n'est pas là un fait nouveau ni une qualité propre aux bases de données publiques. Les bases de données se sont en règle générale révélées rétives à l'emprise de ce droit de propriété intellectuelle. Cette résistance est un peu plus accentuée pour les bases de données publiques, car le mode de production de ces ensembles informationnels au sein du secteur public influence directement certains de leurs caractères (exhaustivité, structuration, nature des données collectées). La nature des obligations de service public et les principes qui commandent leur accomplissement ne sont donc pas tout à fait neutres à cet égard. La seconde remarque porte sur le caractère relativement limité de la reconnaissance par le Conseil d'Etat des « droits privatifs issus de la propriété intellectuelle ». Eu égard, aux faits de l'espèce, la Haute assemblée n'a fait que protéger un travail, qui a certes un coût pour l'administration, mais qui ne pourrait pas être protégé s'il n'existait pas. Or, toutes les bases de données mise à disposition du secteur privé ne font pas l'objet d'un tel travail d'enrichissement. Du point de vue du droit *sui generis*, les difficultés sont d'une autre nature, quoiqu'elles concernent aussi son application aux bases de données publiques. Bien que la protection des bases de données publiques n'ait sans doute pas été l'objet premier que les promoteurs du droit *sui generis* entendaient protéger en raison du fait qu'il conduit à renforcer le monopole de droit ou de fait des administrations sur des sources d'information, il est possible d'admettre son application aux contenus informationnels du secteur public. Celle-ci s'avère cependant assez délicate au regard de l'interprétation que la Cour de justice des communautés a fait de l'appréciation du critère de l'investissement substantiel. En distinguant les bases de données dont le contenu est rassemble des bases de données dont le contenu est créé par le producteur de la base, à l'occasion d'une activité qui n'est pas précisément celle de la création d'une base de données, la solution de la Cour de justice implique de rechercher en toute circonstance, pour se prononcer sur la protection du contenu d'une base de données publiques au titre du droit *sui generis*, l'existence d'investissements autonomes de ceux qui ont concourus à la production de l'information. Cette appréciation peut s'avérer très délicate, notamment en raison des difficultés à déterminer les investissements pertinents. Il faut noter encore, que le mode de production des bases de données au sein du secteur public n'est pas non plus tout à fait neutre à l'égard de l'application du droit *sui generis* et qu'il peut conduire à influencer le jugement sur le caractère protégeable de telle ou telle base de données.





## Chapitre II

---

### L'attribution des droits de propriété intellectuelle aux personnes publiques

#### **534. Attribution du droit d'auteur et attribution du droit *sui generis*. -**

L'interrogation sur la dévolution des droits privatifs soulève deux problématiques distinctes selon que l'on regarde du côté du droit d'auteur ou du côté du droit *sui generis*. Sur le versant du droit d'auteur, c'est la question de l'attribution, à titre originaire ou dérivé, des œuvres créées par des agents publics ou les co-contractants de l'administration qui occupe la place. Sur celui du droit *sui generis*, le questionnement gît dans la possibilité même pour les personnes publiques de répondre aux qualifications posées par le Code de la propriété intellectuelle. Il en découle deux questions :

Dans quelles conditions les personnes publiques peuvent-elles se voir attribuer un droit d'auteur ?

Les personnes publiques peuvent-elles être assimilées au producteur de la base de données tel qu'il est défini à l'article L. 341-1 du CPI ?

Il convient dès à présent de souligner la relative indépendance de ces questions avec la commercialisation des données publiques.

Pour ce qui est de la première, elle s'inscrit dans une interrogation qui se situe au confluent de la propriété intellectuelle et du droit public. Elle se rattache très largement à la question de savoir si, et à quelles conditions, le droit d'auteur peut être attribué à une personne morale. De fait, s'agissant d'une personne morale de droit public, elle implique que l'on mesure l'influence des spécificités de l'action administrative sur les conditions de dévolution de ce droit. Cette problématique est traditionnelle ; elle a reçu des réponses avant même que vienne à se poser la question de la cession du droit de reproduction par l'administration sur ses ensembles informationnels. Cependant, elle ne constitue que l'un des aspects de la question.

L'attribution du droit d'auteur à la personne publique comporte un second volet relatif à la dévolution de droits portant sur les œuvres réalisées par un co-contractant de l'administration dans le cadre d'un contrat de droit public ou de droit privé. À l'instar du précédent aspect, la résolution de ces questions est indépendante de la problématique qui nous occupe.

Aussi, de manière plus marquée encore que dans le chapitre précédent, la diffusion commerciale par l'administration de ses informations constitue une toile de fond, qui contribue certes à redonner une certaine vitalité à des débats qui semblaient figés, mais qui influence peu – en droit - les solutions juridiques qui ont été proposées ou qui pourront être retenues. En bref, sans constituer un prétexte, la commercialisation des données publiques ne représente que le contexte de l'étude.

Cependant, il convient dès l'abord de saisir l'enjeu que les réponses apportées à cette première question peuvent représenter, dans le cadre des politiques de cession de droits de reproduction initiés par les organismes publics. L'influence est indirecte mais bien réelle. La question de l'attribution du droit d'auteur est intimement liée à celle de l'exploitation des droits, or, pour l'administration, cet exercice ne se résout pas « en externe » dans l'octroi de licences ou dans les relations qu'elle entretient avec ses co-contractants, mais aussi, « en interne », dans la rémunération éventuelle des agents ayant contribué à la constitution de données ou de bases de données publiques. En conséquence, la réponse à la question, de savoir qui de l'administration ou de l'agent est titulaire du droit d'auteur, influence immédiatement la gestion de ces mêmes droits dans le cadre d'une politique de cession de ses ensembles informationnels. C'est donc essentiellement dans la perspective de l'exploitation du droit d'auteur que l'étude de cette question a d'intérêt, l'obligation pour l'administration de rémunérer ses agents pouvant influencer le prix des données publiques mises à disposition du secteur privé.

Pour ce qui est de la seconde question, elle s'inscrit encore, mais de manière plus prononcée, dans un terrain vierge de réflexion. Si ce n'est une décision juridictionnelle, nul n'envisage la question de savoir si les personnes publiques, et plus généralement même tout les organismes titulaires chargés de mission de services publics qui ont pour objet ou pour effet la production de bases de données publiques, peuvent réellement être considérées comme producteur, au sens de la loi, d'une base de données. En conséquence, l'exposé sera exploratoire.

On distinguera donc la question de l'attribution du droit d'auteur (section1) et du droit *sui generis* (section2) aux personnes publiques.

## Section 1

### L'attribution du droit d'auteur

**535.** Qui de l'administration ou de l'agent est titulaire du droit d'auteur sur les œuvres produites à l'occasion de l'accomplissement du service ? Comment l'administration peut-elle se faire attribuer les droits nés sur des œuvres produites par ses cocontractants ? Telles sont les questions que l'on se propose d'exposer dans la présente section. On distinguera l'attribution du droit d'auteur à titre originaire (§1) de l'attribution du droit d'auteur à titre dérivé (§ 2).

#### § 1 - L'ATTRIBUTION DU DROIT D'AUTEUR AUX PERSONNES PUBLIQUES A TITRE ORIGINAIRES

**536. Réforme du droit d'auteur des agents publics.** - Pendant longtemps, la situation de l'agent public créateur a été assez largement ignorée. Si ce n'est dans le cas des logiciels<sup>1056</sup>, elle n'a été prise en compte ni par le Code de la propriété intellectuelle, ni par le statut de la fonction publique. Seul le Conseil d'Etat était venu fixer quelques principes qui privilégiaient la dévolution du droit d'auteur à l'Etat et, plus généralement, aux organismes publics. Cette situation, au moins dans les textes, a été modifiée par la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information<sup>1057</sup>, qui reconnaît à titre de principe le droit d'auteur à l'agent public. La loi ne ramène cependant pas le droit d'auteur des fonctionnaires dans le droit commun<sup>1058</sup>. Le régime législatif complexe aménage pour l'administration des mécanismes d'attribution des droits à raison de la nature de l'exploitation qui pourraient s'avérer profitables à l'administration en cas d'usage commercial des créations réalisées par un agent public (B). Au demeurant, bien que son impact soit difficile à saisir, il ne devrait pas modifier de beaucoup la situation avantageuse des personnes publiques qui, eu égard au mode de production des créations intellectuelle dans

1056. L'article L.113-9 du CPI précise que « Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer (...) Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif. » Voir, M-Z. FIROUZ-ABADIE, « Les agents publics et le droit d'auteur d'œuvres logicielles », *Gaz. Pal.* 1997, II, p. 1321.

1057. Loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006, *JO* du 3 août 2006, p.11529. chr., F. POLLAUD-DULIAN *RTD. Com* 2006, p. 779 ; chr. A. LUCAS, *Propriétés intellectuelles*, octobre 2006, n°21, p. 438. Les dispositions de la loi relative aux agents publics ne sont actuellement pas applicables faute de décret, n°et d'application.

1058. chr., F. POLLAUD-DULIAN, préc.

la sphère publique, bénéficient très souvent d'une dérogation de droit commun pour l'attribution du droit d'auteur (A).

### A. L'œuvre collective comme mode d'attribution privilégié du droit d'auteur aux personnes publiques

**537. Notion d'œuvre collective.** - Si les agents publics sont désormais, comme toutes les personnes physiques, titulaires du droit d'auteur sur les œuvres qu'ils créent dans le cadre de leur activité, ils ne pourront, comme toutes les autres personnes physiques, se voir attribuer de tels droits si leur création reçoit la qualification d'œuvre collective.

« Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participants à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

Les dispositions de l'article L. 113-2 al. 3 du CPI se présentent en effet comme une dérogation au droit commun de la propriété littéraire et artistique en tant qu'elles permettent à une personne morale d'être investie des droits sur la création de plusieurs auteurs<sup>1059</sup>. En d'autres mots, elles ont pour principal effet de déplacer la titularité du droit d'auteur vers l'exploitant de l'œuvre en question. Cette notion, isolée en droit d'auteur, a connu, dans la pratique, à la faveur d'une large interprétation jurisprudentielle, un vaste champ d'application<sup>1060</sup>. Elle permet, notamment, aux entreprises de bénéficier d'une large maîtrise sur l'œuvre créée par ses employés. De fait, la notion « tend aujourd'hui à s'imposer comme régime privilégié des créations dites de dépendance »<sup>1061</sup>. L'œuvre collective peut donc être analysée comme un embryon de protection de l'investissement au sein du droit d'auteur puisque ce sont les efforts intellectuels et, surtout, économiques de l'exploitant qui se trouveront récompensés par la dévolution des prérogatives du droit d'auteur et non ceux des créateurs.

1059. Pour la doctrine traditionnelle, la notion d'œuvre collective se présente comme une anomalie, puisqu'elle porte directement atteinte à la conception personnaliste du droit d'auteur.

1060. Parler des difficultés d'interprétation du texte et du champ d'application très large reconnu à la notion d'œuvre collective, alors que les exceptions sont d'interprétation stricte. L'interprétation de la notion fait une fois encore entrer le droit d'auteur dans une logique économique aux antipodes de la création artistique.

1061. LATREILLE (A.), « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête », *Communication — commerce électronique*, mai 2000, chr. 10. La notion a permis notamment aux employeurs de contourner les dispositions de l'article L. 111-1 du CPI. cf. Lucas.

L'application du régime de l'œuvre collective aux créations des personnes publiques n'a jamais véritablement été envisagée par la doctrine, elle semble aller de soi (1) ; le Conseil d'Etat y fait certes référence, cependant, l'usage de la notion est trop formel pour emporter l'adhésion (2).

### *1. L'applicabilité de la notion d'œuvre collective aux personnes publiques*

**538.** Les conditions particulières de production des données et bases de données publiques, ainsi que le régime de droit public, auxquels sont soumis les agents de l'administration viennent-ils influencer sur l'application du régime juridique de l'œuvre collective aux personnes publiques ? L'incidence de ces facteurs peut être mesuré au regard des deux conditions d'application de l'œuvre collective : le rôle d'initiative d'un entrepreneur (a) et la fusion des contributions (b).

#### **a. Le rôle du promoteur**

**539. Administration et processus de création des bases de données publiques. -** « L'apport du promoteur n'est pas nécessairement une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur. C'est plutôt une prestation matérielle et intellectuelle. »<sup>1062</sup> Sa contribution réside essentiellement dans la conduite du processus de création, la prise en charge de son financement, son contrôle, ainsi que la diffusion de l'œuvre. Au vue de ces éléments, l'assimilation de la personne publique au promoteur ne pose pas de réelles difficultés puisque le rôle du promoteur s'épuise dans l'initiative, la direction et la coordination des différents apports. Ces activités matérielles sont assumées par les personnes publiques lorsqu'elles procèdent à la production des bases de données. Il convient toutefois de préciser le rôle des organismes publics relativement à la direction et au contrôle du processus de création, d'une part, ainsi que le sens de la notion d'initiative, d'autre part.

**540. La direction.-** La notion de direction des différents apports ou contributions ne pose pas de véritables difficultés lorsque l'on envisage la création d'une œuvre de l'esprit au sein de l'administration. Pour reconnaître l'existence de cette condition, il convient en effet d'apprécier la liberté dont jouit le contributeur, ici l'agent public, lors de la réalisation de son apport au regard « du rapport de direction entre l'initiateur et le contributeur, et du contenu

<sup>1062</sup>. CEDRAS (J.), « Les œuvres collectives en droit français », *RIDA* 1979, p.2.

de la direction »<sup>1063</sup>. La qualification d'œuvre collective est ainsi subordonnée à l'existence d'un rapport de direction et de contrôle entre l'initiateur de l'œuvre, qui en définit la conception générale, et les contributeurs, dont les apports sont inféodés aux directives délivrées par le maître d'œuvre.

Toutefois, il est très difficile d'apprécier in abstracto ce rapport de direction, ainsi que la liberté dont peut jouir un agent public lors de la création d'une base de données ou de la production de données publiques. On peut certes souligner que la nature des rapports hiérarchiques existant entre l'administration et ses agents, ainsi que le caractère fonctionnel des bases de données publiques, renforce la situation de dépendance des agents publics à l'égard de l'organisme public promoteur de la création. On peut dire aussi les liens qui unissent l'agent public au service, pour autant qu'il soit titulaire, sont des liens plus forts que ceux qui lient une entreprise à l'un de ses salariés, puisqu'il s'agit d'une situation réglementaire et statutaire de droit public. Bref, les principes commandant les relations entre l'administration et ses agents sont beaucoup plus contraignants que ceux commandant une relation de droit privé, ce qui peut laisser supposer que la liberté du créateur sera plus facilement aliénée. Cependant, au-delà de cette description des contraintes pesant sur la création des agents publics, il n'est pas possible d'aller. S'il est vrai qu'en première analyse la qualification d'œuvre collective semble pouvoir recevoir plus facilement application dans la sphère administrative, cette affirmation est suspendue à l'analyse concrète du rapport existant entre l'agent et l'organisme public.

**541. L'initiative.** - La notion de direction est en réalité consubstantielle à celle d'initiative ; c'est en effet l'initiative de la conception qui implique son contrôle. La personne publique doit avoir suscité la création de l'œuvre collective en question. L'appréciation de cette condition dans la sphère administrative soulève quelques interrogations. S'il n'y a pas de difficultés à admettre que l'Etat est l'initiateur, au sens du droit de la propriété intellectuelle, de la base de donnée dont la conception a été imposée à l'un de ses services (c'est le cas de la base de données SIRENE décret de 1974, ou encore de la base de données de France Télécom ou celles qui ont été instituées par les collectivités territoriales pour assurer la gestion des permis de construire), la reconnaissance de l'initiative est plus délicate lorsqu'une obligation de service public, ou une obligation de constitution d'une base de données, ou la production de données publiques, a été imposée par l'Etat à un organisme public doté de la personnalité morale. Peut-on réellement parler « d'initiative » à propos de la base de données constituée par l'INPI au terme de la loi de 1951, qui lui impose la centralisation du RNCS ? Il est difficile de qualifier ces organismes d'initiateurs<sup>1064</sup>, dans le sens où ils n'ont pas

1063. GIRARDET (A.), « La notion d'œuvre collective dans la jurisprudence », *Légicom* 2003-1, p. 35.

1064. Dans l'autre sens, il ne serait pas possible d'y voir des sous-traitants ou des co-contractants... Sur ce point, la situation des organismes publics ne peut être comparée à celle des opérateurs privés.

véritablement suscité la création de la base. Toutefois, le processus de production des bases de données publiques ne peut être entièrement comparé au processus de production ou de création des bases de données émanant d'un opérateur privé, puisque tous ces organismes n'ont d'initiative que dans les domaines où elle leur est reconnue, soit par l'autorité de tutelle, soit par d'autres obligations. En conséquence, on assimilera la situation de ces organismes publics à celle des services de l'Etat.

## b. La fusion des contributions

**542. Apports.** - C'est le second critère d'identification de l'œuvre collective. Il suppose l'existence d'apports ayant vocation à la fusion et postule des contributions d'une nature particulière. Dans le cas des bases de données publiques, l'existence même d'apports ayant vocation à la fusion ne pose pas de réelles difficultés, la structuration de la base pouvant être indépendante de la production des données, ces différentes tâches pouvant être confiées par l'administration à plusieurs agents publics.

La nature des apports se révèle être plus problématique, car ceux-ci doivent consister en des œuvres de l'esprit, or les bases de données peuvent n'être constituées que d'informations factuelles ne donnant aucune prise au droit d'auteur. « Le législateur emploie le mot auteur, qui est significatif ; d'autre part, alors que l'apport du promoteur n'est pas nécessairement littéraire ou artistique, et que l'œuvre d'ensemble est incontestablement une œuvre de l'esprit, il faut bien que les apports fragmentaires soient protégeables par le droit d'auteur. »<sup>1065</sup> En principe, cette exigence s'opposerait à la qualification d'œuvre collective pour certaines bases de données publiques, parce que l'on peut légitimement douter de l'originalité des données et de la structure (voir supra). Dans la pratique, la facilité avec laquelle cette originalité a été retenue par les juridictions judiciaires laisse cependant peu de doutes sur l'issue de la qualification.

Il n'existe pas d'obstacles dirimants à l'application de la notion d'œuvre collective aux bases de données publiques, sous les réserves que l'on a formulées, il semblerait même que, par certains de ses aspects, la reconnaissance d'une telle qualification soit facilitée par le mode de production particulier des bases de données publiques.

---

1065. CEDRAS (J.), op cit. voir aussi LATREILLE, préc. « le préalable parfois oublié en la matière est le caractère d'œuvre collective de chaque contribution : en présence d'apports qui ne sont pas des créations de forme originale, point n'est besoin au maître d'œuvre d'alléguer l'œuvre collective. »



## *2. L'application de la notion d'œuvre collective par le Conseil d'Etat*

**543. Motivation.** - L'application que fait le Conseil d'Etat de la notion d'œuvre collective dans les affaires CEGEDIM et Direct Mail Promotion est peu convaincante parce que peu motivée. Pour reprendre l'expression de M. LUCAS, la qualification est ici plus « assénée que démontrée ».

S'il est vrai que la juridiction judiciaire reconnaît aussi de large manière l'existence d'une œuvre collective, cette qualification est purement formelle dans ces trois affaires où la Haute juridiction y fait référence. En effet, Le Conseil d'Etat se contente de qualifier la base de données SIRENE d'œuvre collective : « que l'ensemble susceptible d'être cédé par l'INSEE aux sociétés requérantes, en vue de sa rediffusion par celles-ci, constitue une base de données qui doit être regardée comme une œuvre collective ».

Les conclusions du commissaire du gouvernement ne sont pas plus explicites sur ce point, Mme DENIS-LINTON signale seulement que « le fait que les fichiers élaborés par l'INSEE soient le résultat d'un travail collectif de ses services ne fait donc pas obstacle à sa protection au titre des droits d'auteurs ». Ce qui est au demeurant tout à fait exact, mais le travail collectif ou l'œuvre plurale en droit d'auteur peut recevoir une autre qualification, celle d'œuvre de collaboration. Or, le Conseil d'Etat n'opère pas cette distinction, les critères d'application de ces deux notions ne sont ni soulevés, ni comparés, c'est l'œuvre collective qui est retenue sans que l'on sache véritablement pourquoi. Les conditions de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle ne sont pas contrôlées par la Haute juridiction. L'existence d'une initiative, la direction ou le critère de fusion des apports n'y figurent pas.

« L'arrêt ne justifie pas la qualification au regard de la définition légale précise et restrictive de l'article 9 de la loi du 11 mars 1957. Par la formule que l'œuvre en question doit être regardée comme une œuvre collective, le Conseil a voulu s'affranchir de la définition légale de cette qualification »<sup>1066</sup>.

Le décalage entre la qualification juridique et les considérations d'opportunité, qui justifient le libéralisme de l'interprétation, s'explique par la volonté du Conseil d'Etat de rechercher une qualification juridique « *compatible avec son appropriation par une personne morale au regard de la législation sur la propriété intellectuelle* »<sup>1067</sup>, or, l'œuvre collective est le seul moyen qui permet en droit français à une personne morale de bénéficier d'un droit d'auteur.

---

<sup>1066</sup>. KEREVER (A.) note sur CE, 10 juillet 1996, préc.

<sup>1067</sup>. *Ibid.*

## B. Les modes d'attributions supplétifs du droit d'auteur aux personnes publiques: les mécanismes institués par la loi du 1er août 2006

**544. Origine de la réforme.** - Jusqu'à la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information, l'administration a bénéficié d'un régime d'attribution du droit d'auteur exorbitant du droit commun. L'avis Ofrateme<sup>1068</sup> faisait en effet de la personne publique le titulaire (originaire) des droits d'auteurs des fonctionnaires en raison des spécificités de son action. « Les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies à l'article 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celle des œuvres dont la création fait l'objet même du service ». Le fonctionnaire retrouvait ses droits lorsque « *la création n'est pas liée au service ou s'en détache* »<sup>1069</sup>. La personne publique se voyait ainsi attribuer l'ensemble des prérogatives morales et patrimoniales attachées aux créations réalisées par les agents publics, lorsque celles-ci correspondaient à l'objet du service public<sup>1070</sup>. Cette solution

1068. Grand avis du Conseil d'Etat, Dalloz, 1997, p. 111. Nous laissons de côté l'avis de 1958, qui refusait de reconnaître un droit d'auteur à l'agent public parce qu'il ne pourrait pas faire œuvre de création dans le cadre de ses fonctions. Cette thèse a été abandonnée, dans la mesure où il admet l'application du droit de la propriété intellectuelle, par le Conseil d'Etat. C'est l'abandon par l'agent des fruits de sa création qui est mis en avant « que par l'acceptation de leurs fonctions, les fonctionnaires et les agents de droit public, au contraire, ont mis leur activité créatrice, avec les droits qui peuvent en découler, à la disposition du service (...) Que cependant l'acceptation d'une mission de service public implique pour les agents, non seulement la mise à la disposition du service de leurs facultés créatrices avec l'abandon de leurs droits d'auteurs ».

1001. À la lecture de la décision, cependant, la méthode d'attribution des droits d'auteur n'apparaît pas clairement. Est-ce à titre originaire ou dérivé que l'administration se voit attribuer le droit ? Il semble que ce soit la première solution qu'il convient de retenir, c'est en tout cas comme cela que l'arrêt a été compris par l'ensemble de la doctrine. Par ailleurs, le Conseil d'Etat ne fait aucune distinction entre les droits moraux et patrimoniaux, il investit globalement l'établissement public administratif de leur jouissance. « Il considère que la personne publique, lorsque l'œuvre a été créée par l'un de ses agents dans le service et si l'œuvre est en rapport direct avec la participation de l'auteur à l'objet du service, est l'auteur de ladite œuvre et que c'est en tant qu'auteur qu'elle jouit de tous les droits attachés à cette qualité, c'est-à-dire du droit moral et des droits patrimoniaux » (BLAIZOT-HAZARD, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques*, préc.)

1070. Quoiqu'il contrevienne directement aux dispositions de l'article L. 111-1 du CPI, la solution de l'avis était généralement justifiée au regard de plusieurs principes de droit public. Le premier est relatif au principe de continuité des services publics. L'exercice des prérogatives morales du droit d'auteur contrarie le principe de continuité. Les droits de divulgation de repentir ou de retrait, qui sont les attributs traditionnels du droit moral, offrent à l'auteur une maîtrise sur l'œuvre qui l'autoriserait à s'opposer à sa divulgation ou à exiger l'interruption de sa diffusion. La reconnaissance d'un droit d'auteur au fonctionnaire rendrait ainsi « très aléatoire l'exploitation par la personne publique des œuvres créées dans le service, puisque les agents pourraient, à tout moment, décider que l'œuvre divulguée n'est pas digne d'eux et la modifier (droit de repentir) ou bien, pour les mêmes raisons, ces auteurs pourraient décider de retirer leurs œuvres au public (droit de retrait) sans en élaborer de nouvelles. Le principe de continuité du service public, principe à valeur constitutionnelle, serait ainsi violé (...) ; il y a une incompatibilité absolue entre deux règles, l'une de droit public, l'autre de droit privé ». La seconde incompatibilité prend sa source dans les principes du droit de la fonction publique. Par principe, en effet, les contrats entre la personne publique et ses agents sont illicites. De fait, la personne publique ne pourrait pas se faire céder les droits reconnus à l'agent. Le troisième argument généralement invoqué consiste dans l'impossibilité d'accorder aux agents, considérés comme les

*contra legem*, justifiée par les spécificités de l'action administrative, a cependant suscité plusieurs difficultés d'applications qui sont à l'origine de la réforme du régime du droit d'auteur des fonctionnaires. Les conséquences de l'avis Ofrateme ont paru trop défavorables aux agents publics qui se trouvaient privés de droits sur leurs créations. Le rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique soulignait que « la multiplication de pratiques parfois peu respectueuses du droit (...) ont rendu nécessaire une réflexion sur l'efficacité d'un régime juridique qui souffre peut-être de sa trop grande simplicité »<sup>1071</sup>. Certaines collectivités ont en effet accordé à leurs agents tantôt un intéressement sur le produit de leur création tantôt le droit au nom<sup>1072</sup>. Quelques fois, elles n'accordaient aucune contrepartie. D'autres fois encore l'avis du Conseil d'Etat n'était même pas appliqué. À ces difficultés originaires, se sont ensuite rajoutées les conséquences de la révolution numérique. Le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale<sup>1073</sup> indique à ce propos que l'évolution technologique a contribué à remettre en cause l'équilibre de l'avis du Conseil d'Etat : la multiplication des supports conduit « *un nombre de plus en plus significatif de fonctionnaires à contribuer à des œuvres de l'esprit mises à disposition du public* ». Ce qui n'a fait qu'amplifier les difficultés suscitées par l'application de l'avis Ofrateme. Enfin, parmi les autres motifs qui ont justifié la remise en cause de la solution retenue par le Conseil d'Etat en 1972, il faut signaler que la pratique du droit d'auteur par les administrations publiques était de nature à fausser la concurrence entre producteurs publics et privés : la collectivité étant susceptible de bénéficier d'un avantage sur les producteurs privés lorsqu'elle intervenait sur le marché puisqu'elle ne prenait pas en compte les droits pécuniaires des agents publics sur leurs œuvres. L'exploitation des données publiques n'est pas étrangère à la réforme.

**545. Equilibre.-** Prenant, le contre-pied de l'avis OFRATEME, la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 accorde la titularité du droit d'auteur à l'agent public. L. 111-1 du CPI modifié par l'article 31 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 énonce désormais qu'il n'est pas dérogé « à la jouissance de ce même droit (droit d'auteur) lorsque l'auteur d'une œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat,

---

auteurs de leurs œuvres, une rémunération proportionnelle en raison du principe de rémunération selon le service fait.

1071. Les travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique et plus particulièrement ceux de la commission spécialisée portant sur la création des agents public ont contribué à définir les contours essentiels de la loi du 1<sup>er</sup> avril 2006. Avis du CSPLA 2001-11 du 20 décembre 2001

1072. Ces pratiques ont été mises en évidence par les travaux de la commission relative à la création des agents publics au sein du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique. Le rapport relatif à la création des agents publics fait état d'autres pratiques notamment celles qui conduisaient la collectivité à reconnaître à l'agent public l'ensemble des droits lorsque l'œuvre était réalisée en dehors du service. Elles ont d'ailleurs été rappelées par le rapport Rapport n° 2349 remis par M. C. VANNESTE à la Commission des lois (AN, 2004-2005).

1073. Pour le détail de ces pratiques voir le rapport précité présenté par M.C. VANNESTE au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ». Toutefois, la solution est aménagée pour prendre en compte les exigences de l'action administrative. La loi, qui vise à établir un équilibre entre le service public et les principes applicables en matière de propriété intellectuelle, instaure des mécanismes destinés à garantir le bon fonctionnement des services public tant au regard des prérogatives relevant du droit moral de l'auteur<sup>1074</sup> que celle du droit patrimonial. Seules ces dernières, qui sont en rapport direct avec l'éventuelle exploitation sur le marché d'une création administrative, nous intéressent ici. Du point de vue, il faut remarquer que la loi trace une ligne de partage fort ambiguë entre deux situations : l'hypothèse où l'œuvre serait nécessaire à l'accomplissement du service (1) et celle où l'œuvre serait exploitée commercialement (2).

### *1. L'exploitation non commerciale de l'œuvre*

**546. Cession légale des droits d'exploitation nécessaires à l'accomplissement du service.** - L'article 33 alinéa 1 de la loi (L. 131-3-1 nouveau du CPI) pose une véritable exception textuelle au profit de la collectivité publique au principe de jouissance des droits patrimoniaux de l'agent public contenu dans l'article L. 111-1 du Code de propriété intellectuelle lorsque les nécessités du service l'exigent. Ainsi, « dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat ». La loi institue donc un mécanisme de cession légale, qui prive l'auteur, dès l'origine, de ses droits d'exploitation. Par conséquent, un agent public auteur d'un rapport ou d'une base de données ne pourra prétendre à son droit patrimonial lorsque sa création constitue « l'objet même » de sa mission, ce droit se trouvant en effet automatiquement cédé à la collectivité. L'interprétation et l'application de cette disposition soulève deux séries de difficultés.

En premier lieu, la locution « *strictement nécessaire à l'accomplissement* » du service public et ce est difficile à définir *in abstracto*<sup>1075</sup> et laisse peu de marge de manœuvre à la

1074. La reconnaissance de la titularité des droits d'auteurs au profit du fonctionnaire est assortie d'un bon nombre de limitations. L'article L. 121-7-1 du CPI, régit ainsi l'exercice des attributs du droit moral en raison des exigences liées à la bonne marche du service. Si l'on met à part le cas du droit au nom, qui ne figure pas dans les prévisions du texte, les autres attributs du droit moral (droit de divulgation, de repentir, droit de s'opposer à la modification de l'œuvre) sont strictement réglementés

1075. Il est à noter que l'avant projet de loi était un peu plus explicite sur la question puisqu'il définissait négativement la locution, l'exception ne jouant au profit de la collectivité que si l'œuvre n'était pas exploitée commercialement ou en dehors du service

collectivité pour déterminer, le cas échéant, les œuvres entrant dans le champ de la mission de service public<sup>1076</sup>.

En second lieu, l'absence de précisions sur l'articulation entre ce mécanisme de cession légale et le droit de préférence visé à l'article 33 alinéa 2 (voir *infra*) qui autorise l'agent public à procéder à l'exploitation commerciale de l'œuvre, rend cette disposition très ambiguë. Dans l'hypothèse où une exploitation commerciale de l'œuvre serait décidé de manière concomitante à sa réalisation pour l'accomplissement d'une mission de service public, qu'advient-il de la cession légale ? A en croire le rapport de l'Assemblée nationale<sup>1077</sup>, qui faisait cependant uniquement état de la situation dans laquelle l'exploitation de l'œuvre serait décidé dans un second temps (v. *infra*) – mais rien n'empêche d'envisager l'application de cette solution à cette occurrence –, les droits devraient être retransférés à l'agent. De telle sorte que la cession légale ne serait réputée jamais avoir existé. Le rapport du CSPLA, qui adoptait une rédaction beaucoup plus claire que celle retenue par la loi, semble valider cette interprétation, puisqu'il disait que « le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'Etat, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public à caractère administratif qui l'emploie, est, par le seul effet de la création, cédé à l'Etat, (...), dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public et à la condition que cette œuvre ne fasse pas l'objet d'une exploitation en dehors du service public (...) ou d'une exploitation commerciale ». Aux termes de ce texte, le mécanisme de cession légale et l'hypothèse de l'exploitation commerciale de l'œuvre sont exclusives l'une de l'autre, de telle sorte que, conformément à l'objet de la réforme, c'est le régime le plus favorable à l'agent qui est mis en jeu. Cependant, ce n'est pas la rédaction retenue par la loi et l'absence de référence au droit d'exploitation au sein de l'article 33 alinéa 1<sup>er</sup> ne permet pas complètement de lever l'équivoque<sup>1078</sup>.

**547. La question de l'intéressement du fonctionnaire au bénéfice d'une exploitation non commerciale de l'œuvre.** - Dans cette hypothèse, la personne publique cessionnaire du droit d'exploitation retire un bénéfice d'une exploitation non commerciale d'une œuvre. Ici, l'article 33 de la loi (L. 131-3-3 nouveau du Code de propriété intellectuelle)

1076. A ce titre il faut signaler que le Conseil supérieur de la propriété littéraire est artistique a estimé que cette disposition exorbitante du droit commun était d'interprétation stricte, l'administration se trouvant exactement dans le même situation qu'un employeur privé.

1077. Rapport n°2349, préc.

1078. Cette difficulté avait déjà été signalée lors de la rédaction du projet de loi. M. P. Gaudrat avait indiqué que ce mécanisme de cession légale rendait la situation inextricable. En effet, « ou bien il s'agit d'une cession partielle, qui ne dépossède l'auteur de son droit exclusif que dans le domaine de l'activité administrative, ce qui revient à une autorisation, ou bien il s'agit d'une cession globale, qui transfère d'un bloc l'intégralité du droit d'exploitation à l'administration » chr. législative, préc. La rédaction retenue par la loi ainsi que les indications fournies par le rapport parlementaire militeraient pour la seconde interprétation.

prévoit que le fonctionnaire pourra bénéficier d'un intéressement. Cet article permet de tenir compte de la situation dans laquelle la personne publique exploite l'œuvre dans le cadre de sa mission tout en retirant un bénéfice pécuniaire<sup>1079</sup> de l'exploitation. La personne publique étant bénéficiaire d'une cession légale, seul le mécanisme de l'intéressement peut ici jouer. Si cette compensation existait déjà, certains organismes publics intéressant leur fonctionnaires au produits de leur créations<sup>1080</sup>, elle sera désormais réglementée par un décret en Conseil d'Etat. A ce titre, il convient de signaler qu'un mécanisme d'intéressement des agents publics au produit de leur invention<sup>1081</sup> est actuellement prévu par l'article R. 611-14-1 du Code de la propriété industrielle.

## 2. L'exploitation commerciale de l'œuvre

**548. Droits de l'auteur.** - L'œuvre n'étant pas nécessaire à l'accomplissement du service public, le fonctionnaire retrouve ici ses droits, il peut donc faire exploiter une œuvre qu'il a créé dans le cadre du service public. L'article 33 alinéa 2 (L. 131-3-1 du CPI) relève explicitement que, « *pour l'exploitation commerciale de l'œuvre (...) l'Etat ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence* »<sup>1082</sup>. Une seule obligation pèse donc sur le fonctionnaire créateur : celle d'accorder une préférence pour l'exploitation commerciale de l'œuvre en question à la collectivité publique. En pratique, il appartiendra au fonctionnaire d'informer l'administration des œuvres qu'il crée et qu'il désire exploiter<sup>1083</sup>. Le régime de

1079. Le rapport parlementaire n°2349 indique qu'il peut aussi s'agir de bénéfices non pécuniaires et que cette hypothèse devrait être assez rare. Le rapport signale aussi que « Les seuls cas qui ont pu être a priori identifiés par l'administration, interrogée par votre rapporteur, ont trait à des créations qui feraient l'objet, à titre accessoire et ponctuel, d'une vente ou d'un échange, à l'instar des inventaires des musées, ou de certaines autres publications, non destinées, à l'origine, à être vendues ».

1080. Ces pratiques *contra legem* ont été signalées par le CSPLA.

1081. TELLIER-LONIEWSKI (F.), « Intéressement des fonctionnaires et agents publics aux résultats de l'innovation », *Gaz. Pal.* 1997, doct., p. 627

1082. On relèvera que l'article 33 relève que « cette disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé ».

1083. Cependant, le texte de la loi est assez lacunaire, il soulève d'autres questions ainsi que le rapport émis par la commission des lois de l'Assemblée nationale (préc.)le souligne : « le texte ne précise pas si la décision de procéder à une exploitation commerciale déclenchant le droit de préférence de la personne publique est exercée exclusivement par celui-ci, ou si elle peut être prise par l'auteur lui-même, ou, par un tiers privé ou public, ni quelles formalités attestent de cette décision. Une certaine liberté semble donc pouvoir être conférée à l'auteur, la cession du droit à la personne publique disparaissant dès lors qu'est prise la décision d'exploiter l'œuvre commercialement. ». Il conviendra donc, le cas échéant à la collectivité d'édicter des règles claires de procédure interne, dans l'hypothèse où le décret en conseil d'Etat ne préciserait pas ces éléments.

l'exploitation dépendra ainsi de l'option prise par l'administration. L'application de ces dispositions soulève cependant un certain nombre d'interrogations.

**549. Hypothèse dans laquelle l'administration n'entend pas exploiter l'œuvre. -**

Dans ce cas, la collectivité est réputée avoir renoncé à ses droits à l'exploitation. Le fonctionnaire pourra ainsi bénéficier d'une pleine marge de manœuvre<sup>1084</sup>. L'agent pourrait la faire exploiter par le secteur privé. En attendant, le décret en Conseil d'État, on pourrait rapprocher cette situation de celle du fonctionnaire inventeur<sup>1085</sup>. L'article R-611-12 du Code de la propriété industrielle reconnaît à l'inventeur la possibilité de disposer, conventionnellement – puisque c'est la personne publique qui dispose de la titularité des droits d'auteur- des droits patrimoniaux. Le fonctionnaire créateur qui dispose de la titularité des droits moraux et patrimoniaux pourra, *a fortiori*, faire exploiter cette œuvre à l'extérieur du service lorsque l'administration refuse d'en faire un usage économique. Le décret d'application de la loi devrait préciser ce mécanisme qui existe, notamment, dans le cas des œuvres logicielles (voir *infra*).

**550. Hypothèse dans laquelle la collectivité entend exploiter l'œuvre. -** Aux termes de loi, par principe, l'agent public pourra prétendre à une redevance pour droit d'auteur lorsque sa création fait l'objet d'une exploitation par l'administration. Sur ce point, la modification est d'importance puisque jusqu'ici c'était la collectivité qui bénéficiait de cette redevance. Si le principe tel qu'il se dégage de la loi est relativement simple, ses modalités d'application suscitent de multiples interrogations.

Ainsi, les conditions d'exercice du droit de préférence et leur articulation avec le mécanisme de cession légale prévue par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L.131-1-2 du code de propriété intellectuelle ne sont pas définies. Le rapport émis par la commission des lois du Sénat signalait ces interrogations. « *La première à trait aux caractéristiques principales de ce droit de préférence. Celles-ci s'inspireront-elles du droit de préférence défini à l'article L.132-4 du code de propriété intellectuelle, du droit de préemption commun au droit public et au droit privé ou seront-elles totalement nouvelles ? (...) la deuxième est relative au prix, si l'administration ne pourra imposer à l'auteur une rémunération inférieure au marché, reste à déterminer les modalités de rémunération de l'auteur. Celles-ci s'inspireront-elles des dispositions de l'article L.131-4 du Code de propriété intellectuelle ou feront-elle l'objet d'un dispositif réglementaire totalement nouveau ?* »

1084. On pourrait se demander si cette liberté n'aurait de limite implicite dans le cas où la commercialisation de l'œuvre contreviendrait aux finalités du service et de l'intérêt général.

1085. A la différence près, que le droit d'auteur naît sur la tête de la personne publique.

Qu'en est il de l'hypothèse dans laquelle l'exploitation commerciale serait réalisée dans un second temps, par exemple lorsque la collectivité décide d'intégrer des œuvres inexploitées ou mises à disposition gratuitement au sein d'un produit diffusé sur le marché ?

Dans cette hypothèse, c'est l'Etat qui est cessionnaire du droit d'exploitation. Le rapport de la commission des lois indique à ce propos que les droits devraient être retransférés à l'auteur « *la cession initiale n'étant réputée jamais avoir existé puisque l'auteur ne pourrait pas, dans le cas contraire les céder à l'Etat ou à un tiers contre rémunération sans perte financière injustifiée* ».

Quoi qu'il en soit, les organismes publics qui désirent exploiter ou faire exploiter l'œuvre créée par le fonctionnaire devront prendre en compte au sein de la redevance qu'ils feront payer aux usagers, les coûts inhérents à la redevance pour droits d'auteurs à reverser au fonctionnaire créateur. Ce qui conduirait, pour certaines données ou bases de données publiques, à modifier la politique de certaines administrations en matière tarifaire puisque, une partie de la redevance qu'elle perçoive devrait être versée au fonctionnaire auteur de la création.

**551. Conclusion.** - En l'état de sa rédaction, en attendant les précisions du décret, la réforme du droit d'auteur des fonctionnaires ne devrait que faiblement affecter l'exercice par l'administration de ses droits d'auteurs. Si l'on prend le cas des données publiques comme domaine privilégié d'exercice, on constate, d'une part, qu'un grand nombre de bases de données publiques pourra recevoir la qualification d'œuvre collective. Sur ce point, le droit positif est inchangé. Seule l'hypothèse de l'exploitation commerciale semble être (économiquement) défavorable à l'administration. Ici, le producteur public devra acquitter l'ensemble des droits à l'agent pour tirer parti de sa création.

## § 2 - L'ATTRIBUTION DU DROIT D'AUTEUR AUX PERSONNES PUBLIQUES A TITRE DERIVE

**552.** La constitution de bases de données publiques peut être le fait de co-contractants de l'administration. La question qui se pose alors est celle de savoir comment la personne publique peut se faire attribuer les droits attachés à la création de ses co-contractants, de manière à procéder à la diffusion des informations qui y sont contenues. Nous exposerons les caractères de la problématique (A) avant d'étudier le cas de la concession de service public, qui est à tous les égards le plus difficile (B).



## A. Le contrat, instrument d'attribution de propriété intellectuelle

**553. Problématique générale.** - « Le recours au contrat constitue le moyen, de loin, le plus employé par les personnes publiques pour que des prestations intellectuelles soient réalisées hors leur sein avec une possibilité de dévolution plus ou moins étendue des droits de propriété intellectuelle à leur profit »<sup>1086</sup>. Le Code de la propriété intellectuelle autorise en effet la cession ou la concession des droits patrimoniaux par le titulaire originaire au profit d'une autre personne. Ainsi, les personnes publiques peuvent se voir attribuer les droits attachés à des créations qu'elles ont suscitées auprès de co-contractants. Certains de ces contrats ont précisément pour objet la réalisation d'une prestation intellectuelle. Ils permettent à l'administration d'obtenir une prestation particulière et les moyens juridiques de l'exploiter lorsqu'elle ne dispose pas des moyens pour la réaliser. Tel est le cas des marchés publics de prestation intellectuelle. Il est cependant rare que de tels contrats aboutissent à la production de données ou de bases de données publiques. Ils peuvent certes concerner la production par des tiers d'applications logicielles, de prestations d'ingénieries diverses, voire de bases de données. Dans ces cas, les dispositions du CCAG prestations intellectuelles viendront à s'appliquer<sup>1087</sup>. En revanche, d'autres contrats qui n'ont pas précisément pour objet la réalisation de prestations intellectuelles peuvent donner lieu à la production de données publiques. Très généralement, il s'agit des contrats administratifs qui confèrent au co-contractant de l'administration la charge de la gestion d'une mission de service public. Souvent, la réalisation d'une telle mission implique la collecte d'un grand nombre d'informations sur les usagers du service (les fichiers clients des concessionnaires des eaux), sur le service lui-même (les données collectées à l'occasion de leur mission de service public par les sociétés concessionnaires d'autoroute et diffusées à titre onéreux) et la constitution de bases de données regroupant ces différentes informations. Or, le sort de l'information n'est pas déterminé au sein de ces contrats. Les délégataires de services publics peuvent, en conséquence, se prévaloir de droits de propriété intellectuelle pour empêcher l'accès aux données à l'administration, lorsque celle-ci entend en faire une diffusion commerciale ou, même, dans une hypothèse plus conflictuelle, lorsque l'administration entend diffuser ces informations à titre gratuit parce qu'elle répond à l'accomplissement d'une mission de service public. La recommandation du forum des droits sur Internet<sup>1088</sup> faisait d'ailleurs état d'un litige ayant opposé les services du ministère de l'équipement aux sociétés concessionnaires d'autoroutes, à propos de la diffusion par le ministère de diverses informations relatives à la sécurité routière et aux flux de trafic. Les services de l'équipement entendaient récupérer l'ensemble des informations collectées sur les portions d'autoroutes concédées, afin de les diffuser gratuitement pour satisfaire les impératifs de la politique de sécurité routière. Les

1086. BLAIZOT-HASARD (C), préc.

1087. *Ibid.*

1088. Préc.

sociétés refusèrent de céder certaines de ces informations, arguant de la titularité d'un droit d'auteur ou d'un droit *sui generis* sur les bases de données en cause, parce qu'une diffusion gratuite conduisait à affecter la politique de commercialisation des informations qu'elles avaient initiée. Ainsi, l'invocation du droit de propriété intellectuelle destinée principalement à protéger un marché s'oppose ici à la pleine réalisation d'une mission d'intérêt général.

Plus globalement, c'est la question de savoir comment la personne publique peut se faire céder les droits attachés à des créations réalisées par un concessionnaire de service public qui est ici posée.

## B. Le contrat de concession et l'attribution de propriété intellectuelle

**555. Concession et sort des droits d'auteur.** - Le sort des droits attachés aux créations réalisées à l'occasion de la mission des concessionnaires de service public n'est pas prévu – hors exceptions - par la convention de délégation. L'objet du contrat de concession est l'exploitation d'un service public ou la réalisation de travaux publics, ou les deux à la fois. « L'objet de ce type de contrat n'est donc pas de tendre vers une création quelle qu'elle soit, qui ferait naître au profit de la personne publique des droits de propriété intellectuelle. »<sup>1089</sup> La production d'informations et la constitution de bases de données ne représentent ici qu'un produit impliqué par l'activité du service. Aussi, il convient de rechercher dans les dispositions générales applicables à la concession de service public les règles pouvant commander le sort de ces droits.

Au regard des règles du droit public, ces droits pourraient être transférés à la personne publique, autorité concédante, car celle-ci se trouve normalement subrogée aux droits et obligations du concessionnaire, qu'il s'agisse du rachat ou d'un autre mode d'extinction du contrat. Ce qui implique que la collectivité publique pourra bénéficier des droits attachés aux données et bases de données réalisées une fois l'exécution du contrat terminée. Il en va ainsi des biens de retour, c'est-à-dire des biens qui en vertu du cahier des charges doivent revenir à l'autorité concédante en fin de concession. Ces biens appartiennent, selon la jurisprudence, *ab initio*, à la personne publique. Cette catégorie comprend l'ensemble des biens qui sont nécessaires à l'exploitation de la concession, même si le cahier des charges ne le prévoit pas. On peut ainsi facilement imaginer que le fichier client du concessionnaire soit nécessaire à la personne publique qui reprendrait l'exploitation. Une base de données peut sans trop de difficultés être qualifiée de « bien de retour » parce que nécessaire à l'exploitation du service.

---

<sup>1089</sup>. BLAIZOT-HASARD, préc.

Identiquement, les données et bases de données produites par le concessionnaire et les droits qui y sont éventuellement attachés pourraient parfaitement constituer des « biens de reprise ».

Sur ces points, cependant, le droit de la propriété intellectuelle est en totale contradiction avec les règles dégagées par la jurisprudence administrative. La législation relative au droit d'auteur prévoit que le concessionnaire, qui aura créé l'œuvre pendant la durée de la concession et pour l'exploitation de celle-ci, restera, sauf clause expresse contraire, titulaire des droits. Une telle contradiction ne peut être résolue qu'en référence au but de l'action des personnes publiques. L'intérêt général, la continuité des services, exigent que les droits attachés à la création de bases de données publiques nécessaires à l'exploitation du service soient transférés à la personne publique lors du terme du contrat de concession. Le Conseil d'Etat l'a souligné, les nécessités du service exigent parfois des règles différentes de celles qui sont élaborées en vue de régir des rapports de droit privé. En conséquence, de tels droits seront transférés, soit par le cahier des charges, soit en vertu des règles jurisprudentielles rappelées ci-dessus.

Toutefois, la référence à ces règles n'est vraiment utile que lorsque l'on envisage la reprise par l'administration de l'exploitation. Qu'en est-il de la situation dans laquelle l'autorité concédante désirerait, durant l'exécution du contrat de concession, exploiter des bases de données produites par ses concessionnaires à l'occasion de leur mission ? Pour les diffuser gratuitement ou même les exploiter commercialement. Rien n'est ici prévu par la jurisprudence. C'est l'information qui suscite cette interrogation nouvelle, une donnée étant susceptible de faire l'objet, au même instant, d'usages antagonistes. Pour reprendre l'exemple précédent, on comprend bien que la diffusion gratuite auprès des usagers, et d'éventuels rediffuseurs de l'information routière par l'autorité concédante, s'oppose à la politique de diffusion commerciale des concessionnaires. Sauf à considérer que les biens produits par le concessionnaire appartiennent ab initio à la personne publique, la référence aux biens de reprise et de retour est inepte. On pourrait certes toujours considérer que l'intérêt général poursuivi par la personne publique peut justifier le transfert de cette information – ce qui symétriquement empêcherait la personne publique d'accéder à ces données pour d'autres fins que celles-là. Cependant, la référence à l'intérêt général poursuivi par l'autorité concédante est-elle réellement suffisante pour justifier les transferts des droits dans une situation aussi particulière ? Conformément aux principes du droit d'auteur, il serait préférable d'inscrire dans le cadre des contrats de concession des clauses expresses réglementant l'usage des informations produites par les concessionnaires. Certains contrats de concession réglementent d'ailleurs les conditions de collecte et d'usage de l'information par les services de l'équipement. Le décret du 31 décembre 1993<sup>1090</sup> prévoit ainsi que la collecte de l'information et les investissements qui y sont afférents sont réalisés « à ses frais par la société

1090. Décret du 31 décembre 1993, *Approuvant la convention de concession en vue de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute A43*, JO du 18 janvier 1994.

concessionnaire », l'exploitation de l'information étant régie par une convention particulière. De la même manière, certaines conventions conclues entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes prévoient l'échange de données de sécurité. Il reste que ces solutions ne règlent pas du point de vue du droit la question de l'usage par le concédant de données ou de bases de données grevées par un droit d'auteur ou un droit *sui generis*, pendant l'exécution de la concession. La solution la plus conforme aux principes du droit public serait de faire primer les nécessités publiques sur les droits dont se prévalent les concessionnaires, lorsque l'autorité concédante n'envisage pas l'exploitation commerciale de l'information. Le transfert non prévu par le contrat se ferait ainsi de manière autoritaire. En revanche, dans l'autre hypothèse, on pourrait plus facilement admettre le refus des sociétés concessionnaires d'accorder l'accès à l'information.

## Section 2

### L'attribution du droit *sui generis*

**556.** L'attribution du droit *sui generis* aux personnes publiques ne semble pas devoir soulever de problèmes particuliers puisque, du moins implicitement, les instances communautaires ont reconnu son application aux producteurs publics. Il faut cependant préciser deux questions qui ont pu susciter la perplexité de certains commentateurs. La première est relative au champ d'application organique de la protection (§1), la seconde a trait aux bénéficiaires de la protection tels qu'ils sont définis à l'article L. 341-2 du même code (§2.).

#### §1- LA NOTION DE PRODUCTEUR DES BASES DE DONNEES

**557.** On rappellera que le bénéficiaire de la protection des bases de données est le producteur défini comme « la personne qui a pris les risques et l'initiative des investissements correspondants » Les notions d'initiative (B) et, surtout, de risque (A), n'étant pas explicites, il convient de les préciser avant d'envisager la question de savoir si les personnes publiques peuvent être assimilées au producteur de bases de données.

#### A. La notion de risque des investissements

**558.** La notion de risque des investissements est délicate à cerner ; elle a alimenté chez plusieurs commentateurs la contestation de la protection de certaines bases de données

publiques. L'absence de risque assumé lors de la constitution de telles bases devant, à leurs yeux, disqualifier l'application de ces dispositions faute de sujet de droit<sup>1091</sup>. On précisera la notion de risque (1) avant de décrire la façon dont elle est prise en compte par le juge (2).

### ***1. L'identification de la notion de risque de l'investissement***

**559. Délimitation du risque.** - L'investissement, qui se définit comme « l'action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme et résultat de cette action »<sup>1092</sup>, est marqué par l'incertitude de son résultat. Si c'est essentiellement dans le retour, le gain financier, que l'investissement prend sa signification, ce retour s'accompagne de risques. En d'autres mots, l'action d'investir implique des résultats financiers, mais des résultats aléatoires. Cela dit, l'aléa dans les gains, qui constitue le risque spécifique de l'investissement financier, peut se doubler d'un risque plus général d'exploitation ; « il s'agit alors d'un risque de perte qui obligerait à un débours financier supplémentaire et imprévu. L'activité d'exploitation est en effet génératrice de responsabilité. Le risque d'y succomber peut être la cause d'investissements particuliers »<sup>1093</sup>. Le risque est donc un aléa attaché à l'espérance d'un retour positif, pour ce qui concerne le risque financier, ou, lorsqu'il n'est pas de cette nature, l'absence de débours, de retour négatif.

Puisque le risque contribue à définir le producteur, la question qui se pose alors est celle de savoir s'il convient ou pas de contrôler l'existence d'un risque d'exploitation pour l'application du droit *sui generis*.

**560. Le risque comme condition d'application du droit *sui generis*.** - Si l'on retient le contrôle du risque, il faudrait écarter certains des producteurs publics du bénéfice de la protection. Notamment lorsque « l'exploitation est gratuite, insusceptible d'entraîner la responsabilité ou, plus généralement, détachée de tout espoir de retour sur investissement, il n'y a pas de risques, donc pas de producteur ». Ce seraient, ainsi que le souligne M. GAUDRAT, « tous les services publics informationnels à péage symbolique » qui seraient écartés de la protection. Ces services mis à part, on peut constater que l'existence d'un aléa attaché à l'espérance d'un retour sur investissement n'est pas toujours effective pour les producteurs publics. Quel retour sur investissement peuvent attendre des organismes publics comme

1091. Certains auteurs prétendent qu'il conviendrait de le contrôler cf Lemarchand (S.) et *alii*, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés Intellectuelles*, n°6, 2003, p.11.

1092. CORNU (G.), Vocabulaire juridique, coll. Quadrige, PUF, 2001.

1093. GAUDRAT (P.), préc.

l'INSEE ou L'INPI de la constitution de bases de données sur les entreprises, alors que la collecte de ces informations est obligatoire, voire financée par les usagers eux-mêmes ? Le financement des dépenses d'investissement consenties pour l'acquisition des systèmes de stockage de l'information tout au plus, mais guère plus. Certes, lorsque la collecte n'est pas obligatoire, qu'elle est en partie financée par les recettes tirées de la diffusion de produits informationnels, lorsque les systèmes de traitement de l'information sont très onéreux, comme c'est le cas pour les services de la météorologie ou l'IGN, on peut plus facilement admettre l'existence d'un risque lié à l'espérance d'un retour sur investissement.

Au-delà de cet aléa, dont la consistance, voire l'existence, peut varier selon les organismes, le mode de collecte et de financement de la base, l'activité d'exploitation de l'information est très souvent génératrice de responsabilité pour la personne publique. Aussi, l'absence d'un aléa financier peut être compensée par la présence d'un risque général d'exploitation lié à la diffusion des données. Certaines juridictions ont pu ainsi retenir la responsabilité d'organismes publics suite à la diffusion d'informations erronées. Le tribunal de grande instance de Bar-le-Duc a dit que la diffusion d'informations erronées par l'INPI, et utilisées par un quotidien local, était « constitutif d'une faute civile de nature à engager la responsabilité de son auteur »<sup>1094</sup>. De manière similaire, France Télécom s'est vu condamné, en référé, à l'occultation et la rectification des erreurs commises sur son annuaire – il s'agissait en l'occurrence d'une erreur dans la mention de la spécialisation d'avocats – parce qu'une telle diffusion causait un trouble manifestement illicite. L'activité de production d'informations se trouve soumise à un régime strict de responsabilité, d'autant plus lourd qu'il est fondé sur l'idée de risque.

**561. Le risque comme élément de définition du producteur.** - Si, maintenant, on considère que la référence au risque contribue uniquement à définir le producteur et non « pour rajouter une condition de protection supplémentaire du contenu », il n'est pas utile de vérifier sa présence pour déterminer l'application du droit *sui generis*.

Des deux interprétations qu'il était possible d'évoquer lors de la transposition de la directive, il semble que ce soit la seconde, qui voit dans l'investissement une cause de protection en lui-même indépendamment du risque assumé par le producteur, qui a la faveur des tribunaux. Celle-ci ouvre alors largement aux personnes publiques le bénéfice de la protection.

1094. TGI de Bar le Duc, 16 janvier 1997, Me Lahure c. INPI, *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1998/4, note I. Gavanon ; voir, dans la même revue, la mise en jeu de la responsabilité d'un rediffuseur de l'INSEE, Tribunal de Commerce de Romans, 14 février 1996, Charrel Plastiques c. BIL, *ibid.*

## 2. L'interprétation de la notion de risque par la jurisprudence

**562.** L'application du droit *sui generis* par les juridictions judiciaires n'a pas donné lieu à l'appréciation du risque de l'investissement. À la lecture des différentes décisions, il apparaît clairement que l'investissement est une cause de protection en lui-même, indépendamment du risque éventuel assumé par le producteur. Bref, les juges ne lient pas l'existence d'un investissement à l'assomption par le producteur du risque y afférent. Il n'est qu'une seule affaire, à notre connaissance du moins, qui vérifie la présence d'un risque d'exploitation pour accorder le bénéfice du droit *sui generis*<sup>1095</sup>. Encore que ce soit pour accorder le bénéfice de la protection à une base de donnée produite par un organisme non lucratif, pour lequel on aurait légitimement pu douter de l'existence d'un risque d'exploitation. Dans la plupart des affaires, les juges se contentent de relever la présence d'un certain quantum numéraire affecté à la production d'une base de données sans contrôler la présence d'un aléa affecté à l'investissement ou à l'exploitation. Ainsi, dans un contentieux opposant FRANCE TÉLÉCOM à la société Illiad, le Tribunal de commerce de Paris a dit que « la constitution, la vérification ou la présentation (de la base annuaire) atteste d'un investissement (...) substantiel. Tel est bien le cas puisque ses coûts annuels à ce titre se montent à 155 millions de francs pour la collecte des données relatives aux abonnés (mises à jour) et à 50 millions de francs pour la gestion, le contrôle... » Nulle trace ici d'un contrôle du risque de l'investissement.

En définitive, derrière les motivations très formelles des juridictions, l'investissement apparaît comme une cause de protection pour lui-même, indépendamment du risque d'exploitation<sup>1096</sup>.

1095. CA Paris, 20 février 2004, *SARL Alinéa c. AIST*, préc. En l'espèce, la juridiction a dit que l'annuaire constitué par une association à but non lucratif répondait à la condition de l'investissement substantiel en raison, notamment, « des investissements, matériels et humains substantiels dont elle assure le risque, dès lors en particulier que ses membres, s'ils venaient à constater des erreurs ou exactitudes, seraient enclins à se retirer, cessant par là même de régler leur cotisation qui contribue à la faire vivre... ». Comme le note P. GAUDRAT, préc., dans cette hypothèse « on voit que l'investissement n'est pas de nature financière et que le retour attendu est l'absence de débours. Si dans les deux cas, le producteur assume bien un risque corrélé à un investissement, ce risque ne fonde judicieusement le droit *sui generis* que lorsqu'il est initialement financier, car la capacité de s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation du contenu n'est pas de nature à écarter la responsabilité, alors qu'elle est effectivement le fondement juridique sur lequel s'organise le retour financier ».

1096. Certains auteurs contestent cette interprétation « Pour autant, les conditions de risque et d'investissement par le prétendant au monopole ne sont jamais évaluées par les juridictions lorsqu'elles décident de retenir la protection par le droit *sui generis* » et les auteurs de contester la reconnaissance d'un droit *sui generis* au profit de l'INSEE et de FRANCE TELECOM au motif que la constitution des bases de données, dont ils sont responsables dans le cadre de leur mission de service public, ne les aurait conduit à éprouver aucuns risques. LEMARCHAND (S.), FREGET (O.) et SADRAIN (F.), « Biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2003 n°6, p. 11.

## B. La notion d'initiative

**563. Particularités de la production de l'information.** - La notion d'initiative des investissements nécessaires à la production d'une base de données se rapproche, dans l'esprit du moins, de la notion d'initiative visée au titre de l'œuvre collective. Par l'initiative, le texte fait référence à la promotion et non à la production ou la conception de la base en tant que telle. Dans ces circonstances, une personne publique peut parfaitement être entendue comme le « promoteur » de la conception de la base de données. L'Etat, par exemple, est généralement le promoteur des bases de données produites par ses services.

Il reste que dans la sphère publique, la promotion et la conception de la base sont quelques fois dissociées. Peut-on considérer que France Télécom est le producteur, au sens de la loi, alors que l'obligation de constituer un annuaire lest imposé par l'Etat au titre du service universel ? Peut-on vraiment parler de promotion, d'initiative ? La question a été soulevée au contentieux. Dans l'affaire Illiad contre France Télécom, le défendeur contestait la qualité de producteur de l'opérateur public au motif que c'est l'Etat qui serait producteur. Toutefois, la juridiction a rejeté l'argument en se fondant, notamment, sur les modifications de statut successives de l'opérateur et sur le fait que les investissements sont assumés par lui. En effet, et cela vaut plus généralement pour tous les producteurs de bases de données publiques, si quelquefois il n'est pas forcément aisé d'assimiler une personne publique au promoteur, dans le sens où l'initiative de la constitution de la base lui est extérieure, les investissements sont toujours assumés par eux. Il n'est donc pas possible de les voir comme de simples sous-traitants qui sont expressément exclus des prévisions de la directive<sup>1097</sup>. Il convient ici de remarquer, à l'instar de ce qui a précédemment été dit, que le processus de production des bases de données publiques ne peut, en tout point, être comparé à celui des opérateurs privés. Les organismes publics dotés de la personnalité morale ne disposent d'initiative que dans les domaines relevant de leur compétence ou, en dehors de ce domaine, lorsque cela leur est reconnu ou imposé par l'autorité de tutelle. Cette différence structurelle plaide, à nos yeux, en faveur d'une large compréhension de la notion d'initiative et, ce, d'autant plus que les investissements sont le plus souvent réalisés par ces organismes.

En conclusion, que l'on regarde du côté de la notion de risque ou d'initiative, il n'y a pas d'obstacles dirimants à la reconnaissance au profit de la personne publique de la qualité de producteur d'une base de données au sens de l'article L. 342-1 du CPI. Cependant, le texte ne se contente pas de définir la notion de producteur, mais circonscrit aussi le champ des bénéficiaires de cette protection.

---

<sup>1097</sup>. Considérant 41 de la directive.



## §2- LES BENEFICIAIRES DU DROIT *SUI GENERIS*

**564.** Si la protection juridique des bases de données est acquise au producteur qui prend l'initiative et les risques des investissements nécessaires à sa constitution, tous les producteurs ne peuvent pas s'en prévaloir. Les dispositions de l'article L. 341-1 du CPI doivent, en effet, être lues à la lumière de celles qui figurent à l'article L. 341-2, qui désignent les bénéficiaires de la protection et sur lesquelles la doctrine a peu insisté.

**565.** On rappellera que cet article accorde le bénéfice de la législation au producteur ayant un lien économique réel avec la communauté. Il s'agit, d'abord, des personnes physiques « ressortissant d'un Etat membre de la communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen », ensuite, « des sociétés et entreprises constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal à l'intérieur de la Communauté ». Bien que les producteurs publics n'y figurent pas expressément, en raison de son objet particulier, de considérations tirées du droit communautaire, ainsi que d'éléments circonstanciels, il n'est pas possible de les écarter des prévisions de la loi.

L'objet d'abord. Ces dispositions sont principalement destinées à identifier les titulaires du droit *sui generis* dans une perspective internationale. S'agissant d'un droit nouveau, la directive ne s'est pas appuyée sur les conventions relatives aux droits de propriété intellectuelle pour accorder le bénéfice de la protection aux ressortissants et sociétés étrangères, mais elle s'inscrit dans une logique de réciprocité. L'exclusion des personnes publiques est donc étrangère à l'objet de ces dispositions.

On l'a déjà dit, dans l'esprit des promoteurs de la directive, il semble bien que les organismes publics peuvent se prévaloir de ces dispositions. Premièrement, parce que le projet de directive de 1992 entendait mettre en place des licences obligatoires à la charge des organismes publics. Secondement, parce que la directive 2003/98/CE sur la réutilisation des documents émanant du secteur public indique qu'elle ne préjuge en rien de l'application de ces dispositions, au profit des personnes publiques et autres organismes qu'elle vise au titre de la réglementation qu'elle établit.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**566.** En replaçant les développements de ce chapitre dans le contexte de la commerce des données publiques, on observera la question de l'attribution des droits de propriété intellectuelle semble avoir une influence assez limitée. D'un point de vue juridique, et cela a évidemment des conséquences économiques, c'est l'administration et non ses agents qui, dans une majorité de cas, devrait être titulaire des origines des prérogatives attachées à l'exploitation des données ou bases de données publiques. Celles-ci se présentent en effet fréquemment, soit comme des créations qui ont nécessité un investissement susceptible d'être protégé au titre du droit *sui generis*, soit comme une œuvre de l'esprit saisie par le droit d'auteur à travers la notion d'œuvre collective. Le nouveau régime juridique des créations des fonctionnaires viendrait-il infirmer cette conclusion ? Nous ne le croyons pas. Outre le fait qu'il est encore inapplicable, les dispositions subtiles de la loi nécessiteront un important effort de clarification pour que les mécanismes favorables à la rétribution des fonctionnaires puissent être mis en œuvre.

## CONCLUSION DU TITRE II

**567.** « Considérant (...) que les tarifs fixés par l'arrêté attaqué, en incluant des droits de propriété intellectuelle, peuvent conduire l'INSEE à faire des profits notamment au cas où le volume du marché sur lequel opèrent les rediffuseurs vient à s'accroître ». Après avoir rompu avec le principe du plafonnement du montant du coût de la redevance pour service rendu, mais ce n'est là qu'une conséquence impliquée de cette évolution de la jurisprudence, le Conseil d'Etat, dans le dernier litige qui a opposé l'Etat à la société CEGEDIM<sup>1098</sup> a dit que l'exercice de droit de propriété intellectuelle constitue l'assise juridique du « bénéfice » réalisé par l'Etat à l'occasion de la communication de certaines données publiques en vue de leur exploitation commerciale. Juridiquement, il n'est rien à dire de cette solution qui confirme une importante transformation du droit des redevances pour service rendu sauf que, précisément, la réservation des données publiques par les droit de propriété intellectuelle ne va pas de soi, loin de là. Bien sûr, tout est affaire d'espèces. Et il est des cas où le contenu d'une base de données réalisée par le secteur public est susceptible d'être saisi, sans contestation, par le droit d'auteur. Mais, nous semble-t-il, la plupart du temps, les données contenues dans ces ensembles informationnels sont, pour employer un terme propre au droit de la propriété intellectuelle, de « libre parcours », c'est-à-dire non appropriables. Il reste alors pour ces contenus informationnels à considérer le droit *sui generis* sur les bases de données. Saisissant l'investissement, cette prérogative pourrait très bien dans certaines hypothèses pallier les insuffisances du droit d'auteur et combler les besoins de réservation de l'information pour les organismes publics producteurs d'informations. Mais, là encore, des difficultés d'application se posent surtout depuis que la Cour de justice des communautés a déplacé « à la baisse le curseur du degré de protection garanti par le droit *sui generis* »<sup>1099</sup>. Cela signifie que la protection des bases de données publiques par le droit *sui generis* n'est pas acquise *per se* et qu'il faudra analyser, cas par cas, si les elles font l'objet d'un investissement substantiel. Au terme de cette étude, il n'est donc pas possible d'affirmer que les bases de données publiques peuvent être en toutes circonstances être saisies, ou non, par ces droits de propriétés intellectuelle. Leur réservation s'apparente en vérité à une casuistique et dépend très largement des éléments de fait qui peuvent varier de base de données par base de données. En somme, la réservation des bases de données par les droits de propriété intellectuelle se révèle très aléatoire. En revanche, la question de la titularité des droits est moins mouvante. Que l'on regarde du côté du droit d'auteur ou du droit du producteur des bases de données, c'est l'administration qui devrait dans une grande majorité des cas être

<sup>1098</sup>. CE, 24 juillet 2006, *Société CEGEDIM*, préc.

<sup>1099</sup>. MALLET-POUJOL (N.), « Droit *sui generis* du producteur de bases de données : le premier camouflet communautaire », préc.

investie des prérogatives portant sur sa création. Il faudra cependant considérer, dans un avenir prochain, la situation de l'agent créateur.

Quoi qu'il en soit, qu'elle soit avérée ou pas la propriété intellectuelle ne devrait plus empêcher la mise à disposition des ensembles informationnels dans le cadre de l'exercice du droit de réutilisation. Par contre, pour toutes les données qui échappent à l'emprise de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, la revendication de la protection privative permettra, comme avant, d'argumenter juridiquement un refus d'accès à un fond d'information dont la constitution est par ailleurs monopolisée par l'administration. Dès lors, la logique de rétention de l'information sera confrontée à l'exigence de circulation des données.

## Titre troisième

### Le droit de la concurrence et le commerce des données publiques

**568. Information et droit de la concurrence.** - Indifférente au statut du détenteur ainsi qu'à celui de l'information<sup>1100</sup>, l'application du droit de la concurrence au commerce des informations issues du secteur public ne suscite pas de réelles difficultés<sup>1101</sup>. Si ce n'est la réglementation des données personnelles ou de manière plus marginale l'exercice de fonctions régaliennes rien, pas même l'existence supposée ou réelle de droits de propriété intellectuelle sur les ensembles informationnels constitués par l'administration, ne vient limiter son emprise. Et les exemples sont trop nombreux pour que l'on s'y étende trop dans ces lignes d'introduction. La plupart des litiges opposant opérateurs publics et privés à propos de l'accès aux bases de données publiques ont été résolus sur son fondement. Depuis que l'information, du moins du point de vue de la science économique - la science juridique est plus partagée sur ce point - est un bien, et son commerce une activité lucrative, rien ne s'oppose, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice des communautés, d'envisager les opérateurs publics qui procèdent à sa diffusion sur le marché ou qui permettent sa réutilisation comme des entreprises assujetties au droit de la concurrence. La Cour et le Conseil de la concurrence l'ont plusieurs fois reconnu, même implicitement, en appliquant le droit de la concurrence à un radiodiffuseur public<sup>1102</sup>, des services de l'Etat<sup>1103</sup> ou des

1100. IDOT (L.), « Information et le droit de la concurrence », *Revue Lamy droit des affaires*, mai 2003 n° 60, p.9

1101. L'application du droit de la concurrence n'a jamais, si ce n'est à l'occasion de l'affaire Météo (voir *infra*), suscité de vraies difficultés. Nous rejoignons ici l'opinion de Mme TARGA pour qui les problèmes tiennent principalement à l'absence de cadre juridique clair établissant l'existence et définissant la nature du droit incorporel des détenteurs de données publiques commercialisables. (A. TARGA, « Les données publiques et leur commercialisation après l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1995 : l'affaire Météo », *Revue de la concurrence et de la consommation*, mai 1996, p. 16)

1102. On rappellera, mais généralement la doctrine ne l'a pas aperçu, que l'affaire Magill, du moins pour l'une des entreprises en cause, concernait un opérateur public chargé d'une mission de service public. L'arrêt du 10 juillet 1991 rendu par le TPI indique que « RTE est un organisme public (...) Elle a en particulier pour mission d'assurer, en tant que service public, un service national de radiotélédiffusion pour lequel elle bénéficie d'un monopole légal ». RTE avait d'ailleurs invoqué pour échapper à l'application du droit de la concurrence, le bénéfice des dispositions de l'article 90, §2 (86, §2) du TCE.

1103. CE, 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM*, concl. C. Maugué, *CJEG* n°594, janvier 2003 p. 16 ; ou plus anciennement, CA Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné*, *CJEG*, octobre 1993 p.448 note L. Idot

établissements publics à caractère administratif<sup>1104</sup> lorsqu'ils s'opposaient à la réutilisation de leurs informations par le secteur privé.

Aussi, eu égard à l'avènement d'un régime juridique de l'exploitation des données publiques, c'est la question de l'articulation des règles régissant la compétition sur le marché avec cette nouvelle réglementation qui est posée. Toutes choses égales, cette problématique se rapproche de celle des industries de réseau où l'accès à l'infrastructure est organisé par les textes et le droit de la concurrence joue un rôle complémentaire. Cependant, au regard de la conformation de ce cadre réglementaire son rôle devrait être plus étendu que cela.

**569. Le droit de la concurrence et le régime juridique de la réutilisation.** - Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 6 juin 2005, le droit de la concurrence a constitué le seul moyen à la disposition des entreprises spécialisées dans le traitement et la diffusion de l'information d'exploiter des contenus informationnels issus du secteur public lorsque les opérateurs publics refusaient de contracter<sup>1105</sup>. C'est bien sur le fondement de la théorie des ressources essentielles que l'annuaire téléphonique établi par France Télécom<sup>1106</sup> a pu être mis à la disposition du marché ; c'est sur ce fondement encore que les modalités économiques de la commercialisation du répertoire SIRENE ont pu être sanctionnées<sup>1107</sup> ; c'est toujours sur ce fondement que dans d'autres Etats de l'Union des litiges similaires ont été résolus<sup>1108</sup>. L'absence de cadre réglementaire permettant l'accès aux sources d'informations a donc été compensée par le recours aux règles disciplinant la compétition économique. Bien qu'incomplet, puisqu'il intervient *a posteriori* et que le temps du juge ne correspond pas au temps des affaires<sup>1109</sup>, le droit de la concurrence a permis de poser, au terme d'une pratique

1104. Cons. conc., déc. n° 02-MC-02 du 19 février 2002, *relative à une saisine au fond et à une demande de mesures conservatoires de la société mabalade.com à l'encontre de pratiques mises en œuvre par l'institut de géographie nationale*, BOCC, 29 mars 2002, p.253 ; v. plus récemment, déc. n°06-D-23 du 21 juillet 2006, *relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique*, BOCC, 26 janvier 2007, p.392

1105. On peut noter que les plaideurs ont aussi usé du droit d'accès aux documents administratifs et plus généralement du droit à l'information pour justifier l'exploitation des bases de données publiques, mais ces moyens ont toujours été rejetés par le juge. CA Paris 12 septembre 2001 *Société Tiget c. Société Reed Exposition France*, préc. ; CE, 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, préc.

1106. Cas., com., 4 décembre 2001, *France Télécom c. Société Lectiel*, note M. Malaurie-Vignal, *Contrats concurrence consommation* 2002, comm. 46.

1107. Cons. conc., Avis 01-A-18 du 28 décembre 2001 *relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE*, non publié.

1108. En Italie, l'autorité de contrôle de la concurrence a pu contraindre sur le fondement de la théorie des infrastructures essentielles le délégataire des chambres de commerce à fournir l'information brute sur les entreprises à des tiers désireux d'investir le marché de l'exploitation de ces données, Autorita garante della concorrenza e del mercato prov. n°452 du 10 avril 1992, *Ancic c. Cerved*, boll. 7/1992.

1109. CHEROT (J-Y), « L'accès aux données publiques à des fins de réutilisation commerciale. Apports et limites du droit de la concurrence. », *Transparence et secret, colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, préc.

décisionnaire désormais bien établie, un principe d'accès aux sources d'informations détenues par les organismes publics. D'une manière générale d'ailleurs, le droit de la concurrence est devenu un moyen privilégié d'accéder à des ensembles informationnels constitués sous couvert de monopole de droit (ou de fait) sur lesquels résideraient des droits de propriété intellectuelle. Mais le champ de son emprise ne s'arrête pas là. À côté de la question de l'accès aux bases de données, les principaux contentieux illustrent la prégnance d'une seconde problématique : celle de la définition des modalités de l'accès. À la vérité, ces deux aspects sont intimement mêlés mais on a le plus souvent insisté sur le plus marquant d'entre eux : la mise en échec du droit de propriété intellectuelle. Pourtant, ces litiges soulevaient aussi des questions relatives aux modalités d'accès à l'information, notamment tarifaires.

En somme, l'accès et ses modalités sont les deux pôles autour desquels s'est structurée l'appréhension par le droit de la concurrence du commerce de l'information, en général<sup>1110</sup> et de l'information publique, en particulier. C'est donc sur ce rythme binaire qu'il convient de répondre à la question de la pertinence de la référence à ces règles après la transposition de la directive 2003/98/CE. Disons-le immédiatement, malgré l'essor d'un régime juridique minimal destiné à faciliter l'exploitation des informations contenues dans les documents du secteur public, la référence pratique, mais aussi intellectuelle, au droit de la concurrence reste tout à fait déterminante au regard des deux problématiques évoquées, à tel point que, dans certaines hypothèses, c'est un rôle central qui lui revient.

Plusieurs constatations guident cette affirmation. La première tient au champ d'application du régime de la réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978. On sait que celle-ci exempté un certain nombre d'informations de la réglementation qu'elle institue. C'est le cas, d'une manière très générale, de toutes les informations produites à l'occasion d'un service public industriel et commercial. Ensuite, d'un point de vue organique, il faut rappeler que les informations produites par les organismes à caractère culturel et les établissements de recherche<sup>1111</sup>, ne seront pas systématiquement soumises à la régulation législative. La loi ne traite pas non plus le cas de l'information juridique ou celui des entreprises chargées du service universel. Pour celles-ci, les bases de données constituent un élément de réseau qui peut éventuellement être soumis à une réglementation particulière. La deuxième constatation résulte plus directement de l'interprétation de la notion de réutilisation. On a vu que l'application de la loi était mise en échec dès lors que l'opérateur privé désireux d'accéder aux informations publiques avait l'intention de les exploiter aux mêmes fins que celles du service public pour lequel elles avaient été produites. Ainsi, un opérateur qui voudrait diffuser une information élaborée à des fins de diffusion ne pourrait pas avoir accès aux données sur la base du régime législatif puisqu'il ne s'agit précisément pas d'une réutilisation. Ensuite, et ce n'est pas du tout négligeable, la notion « d'échange d'information publiques » entre les

1110. V. notamment, les affaires « Magill » et « IMS health » cité plus bas

1111. MALLET-POUJOL (N.), « Accès aux œuvres et droit de la concurrence », *PA* 2003 n°173, p.18

organismes du secteur public recouvre dans bien des domaines, et notamment pour l'information géographique, des rapports de nature marchande qui pourrait parfaitement être appréhendés par le droit de la concurrence. En conséquence, l'accès à ces informations, qui ne peut emprunter la voie législative, pourrait encore parcourir celle du contentieux. Ainsi, le droit de la concurrence permettrait de combler la vacuité de la législation dans tous les cas où les informations ne peuvent pas être saisies par le droit à la réutilisation.

Le recours au droit de la concurrence n'est cependant pas seulement complémentaire, il est éminent si l'on considère les modalités d'accès à l'information. Les règles posées par la directive et complétées par l'ordonnance du 6 juin 2005 en matière de tarification et d'exclusivité sont complètement inspirées par ses solutions. On pense ici à l'article 14 de l'ordonnance qui interdit les droits d'exclusivité « sauf si un tel droit est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public » ; à l'article 15 alinéa 3 qui prohibe toute discrimination entre les administrations, dans leur double rôle de fournisseurs d'informations et de compétiteurs, et les opérateurs privés ; à l'article 15 alinéa 2 qui décrit les coûts pouvant être récupérés par les organismes publics à l'occasion de la fourniture des documents. Comme l'on sait, pour l'application des principes de tarification établis par la loi notamment, le droit de la concurrence constitue une référence intellectuelle indispensable. À ce titre, c'est à notre connaissance du moins, le premier régime juridique réglementant les rapports entre l'administration et le secteur privé qui puise d'une manière si marquée aux sources du droit de la concurrence pour former ses solutions<sup>1112</sup>. Dans le cadre de cette législation, la place du droit de la concurrence est tout à fait essentielle que ce soit pour régir les domaines sur lesquels elle n'exerce pas d'emprise ou pour éclairer l'application de certaines de ces dispositions.

**570. Plan.** - Ainsi, si la mise à disposition des données publiques est désormais encadrée par la loi 17 juillet 1978, il reste que la délimitation de son emprise laisse une place non négligeable à l'accès permis par le droit de la concurrence. Aussi, il conviendra de présenter les solutions qui ont été dégagées par la jurisprudence nationale et communautaire pour obliger les producteurs publics d'information à donner accès à leur bien. (Chapitre 1) Quant aux modalités d'accès, si elles sont définies par la loi, leurs contours et leur teneur sont, ou seront, précisés par le droit de la concurrence. Cela dit, nous n'étudierons pas toutes les

1112. J-M BRUGUIERE a ainsi pu signaler que la directive était régie par le droit de la concurrence (« Données publiques : le cadre imprécis du projet de directive du 5 juin 2002 », préc.) Les règles de la circulaire de 1994 ainsi que le projet de directive étaient animés par ces principes. On retrouve des impératifs similaires au sein de certains textes qui précisent les modalités de diffusion de certaines bases de données publiques. Il en va ainsi du référentiel à grande échelle produit par l'Institut de géographie nationale qui au terme de 2 (II) alinéas 2 et 3 du décret 81-505 du 12 mai 1981 modifié par le décret du 22 novembre 2004 (préc.), peut être mis à disposition, sous réserve de respecter les impératifs liés à la sécurité et à la défense nationale, pour développer « des offres de produits et de services dérivés (...) dans le respect des principes de transparence et de non discrimination. »



modalités d'accès. Notre propos se focalisera sur la question de la tarification. Ce qui permettra de compléter l'étude de la loi, et d'aller aussi un peu au delà, en envisageant l'incidence plus générale de la tarification sur le commerce des données publiques (Chapitre 2).

## Chapitre I

### L'accès aux données publiques par le droit de la concurrence

**571. L'information publique saisie par la théorie des facilités essentielles.** - À côté de certains textes sectoriels, comme le décret du 7 août 2002 qui organise la diffusion de l'information juridique et l'accès, pour les opérateurs privés, à ces bases de données. À côté des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 qui organisent la réutilisation des informations du secteur public. Le droit de la concurrence a posé un principe, si ce n'est, une « *obligation encadrée* »<sup>1113</sup>, d'accès à l'information issue du secteur public. En effet, le droit de la concurrence peut contraindre, par la voie de l'abus de position dominante, son détenteur, à partager des informations avec ses concurrents. Si l'existence d'une telle obligation n'est plus à démontrer, notamment parce qu'elle prend appui sur des solutions plus anciennes, applicables aux biens matériels qui imposaient déjà à l'opérateur dominant une obligation de fourniture aux concurrents<sup>1114</sup>, son application aux biens informationnels grevés d'un droit de propriété intellectuelle présente certaines particularités<sup>1115</sup>. Celles-ci n'empêchent cependant pas l'application de ces solutions jurisprudentielles aux producteurs

1113. IDOT (L.), préc.

1114. La Commission et la Cour de justice se sont référées et continuent de faire référence aux affaires Zoja (CJCE, 6 mars 1974, *Commercial Solvents*, aff. 6/73 et 7/73, Rec. p. 223) et Télémarketing (CJCE, 3 octobre 1985, *CBEM*, aff. 311/84, Rec. p. 3261) comme précédents de la jurisprudence actuelle.

1115. L'avocat général A. TIZZANO a souligné cette spécificité dans ses conclusions sur l'affaire IMS Health. En disant que les conditions normalement requises pour surmonter le refus d'une entreprise détenant un bien indispensable pour opérer sur un marché dérivé ne sont pas suffisantes pour donner accès à un bien immatériel protégé par un droit d'auteur, il signifie que l'objectif de réalisation d'une concurrence effective sur les marchés ne suffit pas à mettre en échec l'intérêt à la préservation des droits de propriété intellectuelle. Pour cela, il faut, en plus, que l'intérêt des consommateurs soit affecté. TIZZANO (A.), conclusions sur CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01. Au point 66 de ses conclusions, l'avocat général a dit que « l'article 82 doit être interprété en ce sens que le refus d'accorder une licence pour l'utilisation d'un bien immatériel protégé par un droit d'auteur constitue un abus de position dominante s'il n'existe pas de justification objective au refus et que l'utilisation du bien immatériel est indispensable pour opérer sur le marché dérivé, avec pour conséquence que, par ce refus, le titulaire du droit de propriété intellectuelle finirait par éliminer toute concurrence sur ce marché. Cela est cependant soumis à la condition que l'entreprise qui demande la licence ne veuille pas se limiter à reproduire les biens ou services déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais ait l'intention de produire des biens ou services présentant des caractéristiques différentes qui tout en venant en concurrence avec ceux du titulaire du droit répondent à des besoins particuliers des consommateurs qui ne sont pas satisfaits par les biens ou services existants. »

d'informations issus du secteur public, bien au contraire. Par rapport à la situation d'un opérateur privé détenteur d'une source d'informations, elles semblent même justifiées à plus forte raison : le plus souvent, c'est un lien de dépendance qui unit les producteurs publics d'informations aux tiers désireux d'y accéder. La plupart – à notre connaissance, en fait, la totalité – des litiges qui ont opposé les opérateurs publics et privés sur les marchés de l'information l'ont en effet montré, les administrations détiennent un bien dont l'accès est essentiel à la création de produits et services d'informations sur le marché. La directive 2003/98/CE l'indique d'ailleurs en comparant l'information publique à « *une matière première importante pour les produits et les services de contenu numérique* »<sup>1116</sup>. L'information publique constitue donc, généralement, le point de départ d'un processus de production de biens ou de services à valeur ajoutée. Cette circonstance se trouve en outre expliquée et renforcée par le fait suivant : les données publiques, par définition, ne sont pas produites dans des conditions normales de marché. Elles sont le substrat ou l'objet d'obligations de service public des plus variées. Matière première produite dans des conditions monopolistiques, les données publiques, au fil des contentieux, sont ainsi apparues, implicitement ou explicitement, comme des facilités essentielles (section 1) dont l'accès, quoiqu'il fût possible à travers l'application de la jurisprudence classique sur le refus de vente, a été principalement réalisé sur la base de la théorie des infrastructures essentielles (section 2).

## Section 1

### Les données publiques comme “facilités essentielles”

**572. Dépendance économique.** - En analysant les données publiques comme des facilités essentielles nous n'entendons pas affirmer une vérité inaltérable qui consisterait à dire qu'elles peuvent toujours être reconnues comme telles. Ce ne serait pas exact. Les développements techniques peuvent dans certains cas permettre l'avènement d'une offre substituable à celle des organismes publics. Nous entendons seulement mettre l'accent sur le fait qu'elles peuvent très souvent se voir qualifier de ressources essentielle en raison des conditions et du contexte réglementaire de leur production, indépendamment de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle qui viendrait les protéger. Quand bien même seraient-ils parfaitement justifiés, ce ne sont pas vraiment les propriétés intellectuelles qui expliquent le caractère indispensable de l'information publique. Celui-ci leur est largement étranger. En réalité, la relation de dépendance entre le fournisseur des données et le demandeur dérive principalement d'une situation factuelle, confortée ou justifiée par des éléments de nature réglementaire : la détention de l'information (§1). L'existence d'un monopole légal

---

1116. Directive 98/2003 du 17 novembre 2003, considérant n°5, préc.

d'exploitation sur les objets informationnels, le plus souvent, ne va faire que soutenir cette situation, sans l'établir (§2).

## §1- LA DETENTION DE L'INFORMATION PRIMAIRE, FACTEUR ESSENTIEL DE DEPENDANCE POUR LA FOURNITURE DES DONNEES PUBLIQUES

**573. Précision terminologique.** - Le terme d'information ou de données primaires désigne généralement les données brutes qui, fraîchement collectées, ne sont pas forcément exploitables en tant que telles. Cependant, nous n'entendrons pas ce terme dans cette acception. Poursuivant l'analogie avec les objets matériels, et dans une perspective plus économique que technique, les données (publiques) primaires seront comprises comme la matière première nécessaire à d'autres activités de production. De fait, l'information primaire désignera des données qui sont immédiatement exploitables par le secteur privé, qu'elles soient brutes ou déjà traitées par les organismes publics pour les rendre exploitables (par exemple en supprimant les informations confidentielles ou couvertes par un secret).

**574. Plan.** - Au terme de la jurisprudence communautaire, un bien ou un service est indispensable à l'exercice d'une autre activité économique, lorsqu'il ne connaît aucun substitut réel ou potentiel sur le marché. Or, rares sont les hypothèses dans lesquelles les données primaires élaborées par les organismes publics connaissent des substituts sur le marché. Généralement, elles répondent négativement aux deux tests qui permettent de révéler le caractère essentiel d'un bien : le test de substituabilité (A) et celui de reproductibilité (B).

### A. L'information primaire comme bien non-substituable

**575. Information publique et segmentation des marchés.** - Dans le secteur de l'information, la délimitation des marchés menée lors de l'analyse concurrentielle par les autorités de contrôle de la concurrence ne présente aucune spécificité par rapport à d'autres domaines d'activité<sup>1117</sup>. Si les critères employés pour délimiter le marché varient peu, le

<sup>1117</sup>. « Si de nombreux marchés [dans le secteur de l'information] ont ainsi été déterminés, les méthodes de délimitation de ceux-ci n'ont, pour autant, pas varié. C'est à chaque fois une approche multicritères qui recherche quels sont les marchés ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs ou une partie suffisamment importante de ceux-ci, les considèrent comme suffisamment substituables pour satisfaire à une même demande. » (M-D. HAGELSTEEN, « L'application du droit français de la concurrence aux marchés de l'information », in *La concurrence dans la société de l'information*, éd Panthéon-Assas, Paris 2002, p. 79) Ici, la délimitation s'opère en fonction, essentiellement, du contenu de l'information de son traitement ou de ses utilités pour ses destinataires. M-D. HAGELSTEEN, « L'application du droit français de

résultat de l'opération est en revanche fortement influencé par la nature même du bien en cause: l'identification des marchés a tendance à être restrictive en raison de la faible substituabilité de l'information<sup>1118</sup>. Ce constat est pleinement vérifié pour les productions informationnelles des organismes publics.

Il s'avère en effet que l'information, par nature, est un bien susceptible d'utilités multiples, répondant aux besoins économiques les plus divers. De fait, parce qu'elles répondent souvent à un usage spécifique, les informations publiques appartenant au même domaine peuvent donner lieu à la délimitation de plusieurs marchés (3). D'autres fois, c'est le contenu de l'information primaire qui est très spécifique puisqu'il varie à raison de la teneur des missions confiées aux organismes publics (1). Enfin, les qualités des bases de données publiques, qui sont inhérentes - elles aussi - au mode de production de l'information, peuvent motiver une distinction entre les marchés (2). Il faut souligner que ces critères déterminent rarement à eux seuls l'absence de substituabilité de l'information primaire, ils sont fréquemment combinés entre eux ; les informations du secteur public répondant à plusieurs de ces caractères à la fois.

### *1. L'absence de substituabilité et le contenu de l'information primaire*

**576. Illustrations.** - On prendra l'exemple de l'information légale sur les entreprises. La société CEGEDIM, qui concurrence l'INSEE sur le marché du marketing direct, contestait devant le Conseil d'Etat le caractère discriminatoire de la tarification retenue par l'arrêté du 11 août 1998 relatif aux modalités tarifaires d'accès au répertoire SIRENE. La distinction opérée par le texte entre les utilisateurs finals, qui bénéficiaient d'un tarif dégressif en fonction des quantités achetées s'ils s'adressaient directement à l'INSEE et les rediffuseurs, qui étaient tenus d'acquitter à l'institut une redevance proportionnelle au nombre d'unités achetées et dont le montant se justifiait principalement par la perception de droits privatifs, aurait permis au service de l'Etat, qui disposait d'un monopole de fait pour la constitution du fichier SIRENE, de proposer sur le marché aval des produits à des tarifs inférieurs de ceux pratiqués par ses concurrents. Le Conseil de la concurrence, saisi pour avis selon la procédure de l'article 462-3 du Code du commerce, admit l'abus de position dominante du service de l'Etat ; la tarification retenue provoquait un effet de ciseau empêchant les

---

la concurrence aux marchés de l'information », in *La concurrence dans la société de l'information*, éd Panthéon-Assas, Paris 2002, p. 79

1118. IDOT (L.) note sur Cour d'appel de Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné, CJEG*, octobre 1993 p. 454 ; v. dans le même sens, DUPUIS-TOUBOUL (F.), « Accès à l'information primaire et possibilité d'abus de position dominante : le point de vue de la jurisprudence française. », *Revue Droit de l'informatique et des télécoms*, 1994/3 p. 10

concurrents de se maintenir sur les marchés aval<sup>1119</sup>. Le Conseil dégagea l'existence de deux marchés : celui de la cession du répertoire SIRENE, d'abord, celui de la cession des extraits de ce répertoire, ensuite. Nous focaliserons l'analyse sur le premier. Alors que d'autres sources d'informations, comme les pages jaunes ou le registre du commerce et des sociétés, étaient sollicitées par les opérateurs privés pour les besoins de leur activité, qu'elles répondaient aux mêmes besoins que ceux satisfaits par les données issues du répertoire SIRENE et que leur contenu était relativement similaire à celui du répertoire produit par l'INSEE, le Conseil de la concurrence, du moins sur un segment du marché, qualifia la base de données SIRENE d'infrastructure essentielle, non-substituable donc aux produits précités. L'analyse du Conseil repose sur le contenu de ces différents fichiers. À la différence de SIRENE, le RNCS comporte uniquement les catégories professionnelles qui ont la qualité de commerçant et les identifiants produits par l'INSEE sont évidemment absents des pages jaunes. Ces variations dans le contenu, associées à d'autres éléments<sup>1120</sup>, ont déterminé la délimitation d'un marché composé d'un bien unique. « Il existe, ainsi que l'indique l'INSEE plusieurs sources d'informations légales plus ou moins exhaustives sur les entreprises, notamment le registre national du commerce et des sociétés (RNCS) géré par l'INPI et l'annuaire pages jaunes de France Télécom. Mais le RNCS, qui recense les entreprises inscrites au registre national du commerce et des sociétés, ne comporte pas les catégories suivantes : professions libérales, administrations, associations, artisans non commerçant et syndicats et la substituabilité avec le fichier SIRENE n'est donc que partielle et limitée au champ des entreprises ayant la qualité de commerçants. L'annuaire des pages jaunes, du fait de sa structuration à partir des numéros de téléphone, présente l'inconvénient d'être moins complet (notamment les sociétés d'un groupe disposant d'un standard groupé ne seront pas référencées dans l'annuaire) et de ne pas comporter le numéro SIRENE ou SIRET. »<sup>1121</sup>

**577. Contenu de l'information et substituabilité au sein du secteur public.** - Il est rare de trouver au sein du secteur public, comme dans le cas de l'information légale, plusieurs sources d'informations recouvrant (partiellement) les mêmes utilités économiques. C'est un cas de figure relativement exceptionnel. Dès lors, et sans prétendre à généraliser cette situation, on peut quand même se demander quand est-ce que la substituabilité pourra être

1119. Cons. conc. avis, 01-A-18, *relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE*, non publié

1120. On peut douter de la pertinence de l'argument qu'avance le Conseil après avoir distingué les informations selon leur contenu. Il note qu'en « troisième lieu, les données d'état-civil sont exclusivement mises à jour par les déclarations administratives obligatoires, traitées quotidiennement ». Il ne nous semble pas que ce mode de constitution, à la différence des enquêtes menées par l'INSEE soit vraiment spécifique puisque l'INSEE au même titre que les greffes et plus directement que l'INPI reçoivent les informations provenant d'une même et unique source, les CFE. Peut-être le Conseil voulait-il seulement mettre l'accent sur le caractère journalier du traitement de l'information.

1121. Cons. conc. avis, 01-A-18, *préc.*

constatée. Les variations dans le contenu des bases de données publiques sont tout à fait inévitables, elles découlent directement des obligations de service public imparties à l'administration. Or, celle-ci ne sont jamais identiques. Elles supposent par conséquent une production ou une collecte d'information différenciée. Même si dans certains cas elles sont proches, elles sont forcément distinctes. Ainsi, l'INSEE doit attribuer des codes d'activité, l'INPI centraliser l'information collectée par les greffes et France Télécom constituer l'annuaire universel. D'un point de vue économique, alors qu'elles également à la collecte de coordonnées, il ne serait pas possible de dire qu'une base de données réunissant les informations sur le permis de construire soit substituable à une base de données relative aux immatriculations des véhicules. Quant à d'autres informations, comme celles du cadastre ou les décisions de jurisprudence, elles sont uniques. C'est la nature des obligations de service public qui détermine le contenu de l'information produite et qui conduit à une segmentation très poussée des marchés puisqu'il est très difficile de trouver deux organismes publics qui accomplissent exactement les mêmes missions.

## *2. L'absence de substituabilité et les qualités de l'information primaire*

**578. Actualité de l'information publique.** - Au-delà du contenu de l'information figurant au sein de la base, les qualités du fichier sont aussi prises en compte : l'exhaustivité et l'actualité de la base de données ont souvent joué un rôle important dans la délimitation des marchés. Associées au contenu, elles ont permis de définir le marché du répertoire SIRENE. Seules, elles ont conduit le Conseil de la concurrence ou la Cour d'appel de Paris, par exemple, à définir un marché de la cession de l'annuaire – les bases de données constituées par le secteur privé n'étant ni aussi exhaustives, ni aussi actuelles<sup>1122</sup>.

À l'instar du contenu, ces qualités sont étroitement associées à la teneur des obligations imparties aux organismes publics. Elles ne sont pas dissociables des missions ni des moyens juridiques et structurels qui leur sont conférés pour les accomplir. Par exemple, les données de l'état civil des entreprises « *sont exclusivement mises à jour par les déclarations administratives obligatoires, traitées quotidiennement* » grâce, notamment, à un réseau unique de collecte : les centres de formalité des entreprises<sup>1123</sup>. L'importance des réseaux

1122. CA, Paris, 29 juin 1999 *relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone*. La Cour, après le Conseil de la concurrence a pu identifier dans « l'exhaustivité et sa mise à jour permanente » des « caractéristiques spécifiques à la liste des abonnés au téléphone ».

1123. Cons. conc. déc. 01-A-18, préc.

permettant la collecte des données publiques n'a peut être pas suffisamment été soulignée : les qualités d'exhaustivité et d'actualité des données publiques doivent leur être étroitement associées. Ainsi, c'est notamment parce qu'elle ne proposait pas la délivrance d'un nombre de messages aussi important que celui fourni par la Direction de la météorologie nationale que le Conseil de la concurrence a estimé que l'offre proposée par une entreprise qui fournissait des messages similaires n'était pas substituable à celle du service de l'Etat. Le Conseil releva que « le nombre limité de messages proposés (31 stations métropolitaines au lieu de 150), le coût des transmissions (...) et le prix de l'abonnement (...) caractérisent une absence de véritable substituabilité entre le service proposé par le CAS et la DMN ». <sup>1124</sup> On peut encore faire état du cas de la base de données annuaire était mise à jour quotidiennement grâce au réseau d'agences de l'opérateur chargé de sa constitution. Que dire du fichier électoral mis à jour à l'occasion des inscriptions sur les listes électorales ? Faut-il souligner que la mise à jour du fichier sur les permis de construire résulte des demandes d'autorisation d'urbanisme et de leur traitement par la collectivité ? Et, les bases de données sur la jurisprudence, leur actualisation ne dépend-t-elle pas de l'activité juridictionnelle ? Ne repose-t-elle pas sur un réseau dense de juridictions ? Cette situation peut être étendue à toutes les activités d'information du secteur public qui bénéficient de moyens matériels et juridiques qui influencent les qualités des informations collectées. Et l'on rappellera que dans l'économie de l'information, l'exhaustivité et la mise à jour sont des caractères tout à fait essentiels car ils déterminent la qualité du produit commercialisé.

### *3. L'absence de substituabilité et les utilités de l'information primaire*

**579.** Lorsqu'il n'existe qu'un seul producteur public, et donc qu'une seule source d'information, il est encore possible de distinguer plusieurs marchés. À contenu identique, ce sont les utilités pour le consommateur qui sont prises en compte pour effectuer le test de substituabilité. L. IDOT souligne, dans une note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif à la direction de la météorologie nationale, que : « les informations météorologiques sont traitées de manière assez différente suivant qu'elles sont destinées au personnel aéronautique ou au grand public. Dans le premier cas, l'accent est mis sur les informations essentielles au pilote qui sont transmises suivant des codes bien précis (...) dans le second, l'information n'est accessible à tous et se présente surtout pour les terrestres (...) il faudrait sans doute

<sup>1124</sup>. Décision n° 92-D-35 du 13 mai 1992, relative à la saisine de la société du journal téléphonique à l'encontre de la direction de la météorologie nationale, *BOCC*, 4 juillet 1992, p. 224, note V.SELINSKI, *Rec. Lamy* n° 496



introduire une troisième dimension (...) les bulletins météorologiques destinés à la navigation maritime obéissent à des règles de présentation encore différentes»<sup>1125</sup>.

## B. L'information primaire comme bien non-duplicable

**580. Non-reproductibilité et non duplicabilité.** - Les raisons pour lesquelles une entreprise du secteur privé ne semble pas pouvoir réaliser une base de données substituable aux ensembles informationnels constitués par le secteur public sont de deux ordres. La première est juridique : la base de données n'est pas reproductible parce qu'elle est protégée par un droit privatif. La seconde est factuelle : la production ou la diffusion de l'information est monopolisée par l'administration. Il ne faut donc pas confondre le monopole d'exploitation sur l'objet informationnel des monopoles de droit ou de fait dont jouissent les organismes publics sur la production ou la diffusion des données en elles-mêmes. Le premier ne peut expliquer le second (v. *infra*) C'est pour cela qu'il convient de distinguer la non-reproductibilité qui s'attache à l'exercice d'un droit privatif et la non-duplicabilité qui tire son origine d'éléments de fait ou de droit étranger à la propriété intellectuelle.

Indépendamment de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle sur un objet informationnel, il s'avère que la production alternative d'information substituable aux données publiques est très difficile – sinon complètement impossible – pour le secteur privé, en raison d'obstacles de nature économique (1) et juridique (2).

### *1. Les obstacles économiques à la production alternative d'information par le secteur privé*

**581. Production des données publiques et monopole de fait.** - Contrairement à une idée répandue, les organismes publics ne bénéficient pas, ou rarement, d'un droit exclusif de production de l'information. En fait, ils ne jouissent souvent que d'un monopole de fait. Le monopole de production de l'information publique peut résulter du rattachement de la collecte et du traitement des données à une activité elle-même monopolisée, mais qui n'a pas nécessairement pour objet la diffusion ou même la production de données. De telle sorte que, le monopole de production de l'information peut être alimenté par un monopole de droit sans en constituer un par lui-même puisque la collecte des données sera libre. En fait, on l'a déjà signalé à propos des bases de données, la production de l'information constitue, ici, seulement, une activité dérivée, impliquée par une autre activité.

<sup>1125</sup>. IDOT (L.) note sur Cour d'appel de Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné*, préc.

**582. Production d'information dérivée d'une activité monopolisée.** - L'affaire Magill permet d'illustrer cette situation. Dans sa décision du 21 décembre 1988, la Commission avait souligné que « les organismes de radiotélédiffusion détiennent un monopole de fait sur la production et la première publication de leurs programmes hebdomadaires. Ceci est dû au fait que les programmes des émissions ne sont qu'un sous-produit du processus de programmation »<sup>1126</sup>. Identiquement, la production par France Télécom de l'annuaire téléphonique, dans la décision 98-D-60 du Conseil de la concurrence, résulte de son activité principale : « le monopole de l'établissement de la liste des abonnés découle du monopole légal qu'il détenait sur le marché des télécommunications (...) que France Télécom détenait, au cours de la période considérée, une position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone du fait de son monopole sur le service téléphonique entre points fixes »<sup>1127</sup>. Or, la production d'annuaires était alors ouverte à la concurrence, la Cour de cassation a noté, dans une autre contentieux relatif à la diffusion de l'annuaire, que les informations y figurant « n'entraient pas dans la mission de service public confiée à France Télécom », alors que la publication des listes d'abonnés au réseau était libre.<sup>1128</sup> Aujourd'hui, la production de l'annuaire se présente comme un produit dérivé de son activité commerciale<sup>1129</sup>.

Cette hypothèse est loin d'être exceptionnelle, elle recouvre un très grand nombre de situations au sein du secteur public. C'est le cas des informations sur le trafic routier collectées par les sociétés gestionnaires des autoroutes. C'est aussi le cas, des organismes chargés de la gestion des transports publics. De même, le ministère de l'équipement qui met à disposition des informations sur le permis de construire ou le ministère de l'intérieur pour les cartes grises.

**583. Production d'information liée à la nature des obligations.** - Le monopole de production de l'information peut aussi résulter de la teneur de la mission confiée à l'organisme public. L'INSEE, selon le Conseil de la concurrence, est « *de fait, le seul producteur de ce répertoire* »<sup>1130</sup>, car il est chargé d'attribuer le code d'activité et parce qu'il doit constituer un répertoire exhaustif. L'institut ne jouit pas d'un monopole légal. Il en va de

1126. Décision 89/205/CEE, préc.

1127. Cons.conc. déc. n° 98-D-60 du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, *BOCC*, 29 janvier 1999, p. 43.

1128. Cas. com., 6 mai 1996, *France Télécom c. Communication Media Services (CMS)*, *AJDA* 1996, p. 1033 note M. BAZEX p. 1036.

1129. v. Cons. conc. déc. *relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 200*, préc.

1130. Cons. conc., préc.

même pour les informations météorologiques. Si l'on met de côté les informations qui doivent obligatoirement être communiquées par cet organisme public dans le cadre des conventions internationales réglementant l'assistance météorologique à la navigation aérienne, il n'existe pas d'exclusivité dans la production de ces données. L'information météorologique destinée au grand public pouvant être collectée et diffusée par des opérateurs publics ou privés. Le Conseil de la concurrence a d'ailleurs reconnu que la Direction de la Météorologie Nationale disposait « *d'un monopole de fait sur le marché des messages aéronautiques* »<sup>1131</sup>.

**584. La position contestable des organismes publics.** - Dans ces cas, s'agissant d'un monopole de fait, l'avantage concurrentiel dont disposent les opérateurs publics est contestable. En ce sens, l'obstacle économique n'est que relatif, la duplication de l'information primaire est potentiellement possible pour le secteur privé, puisque la collecte d'informations n'est pas juridiquement empêchée. Toutefois, dans la pratique, cet obstacle s'avère difficilement surmontable. En effet, la collecte de l'information par le secteur public s'appuie souvent sur des infrastructures matérielles qui sont tantôt destinées exclusivement à la collecte de l'information, on pense ici aux stations météorologiques ou aux satellites collectant des images spatiales, tantôt sur des réseaux qui ne sont pas exclusivement affectés à la collecte de données. Pour illustrer ce dernier propos, on prendra, notamment, l'exemple de l'information légale sur les entreprises. Le Conseil de la concurrence, lorsqu'il a constaté la position dominante de l'INSEE sur le marché de la cession du répertoire SIRENE, a dit que l'institut disposait, « *du fait de ses missions légales, de moyens uniques pour assurer la collecte des données grâce à un réseau dense chargé de recueillir les informations (en l'occurrence les CFE ou centres de formalités des entreprises.)* »<sup>1132</sup> C'est aussi le cas de l'INPI qui centralise l'information collectée par les greffes et les Tribunaux de Grande Instance à compétence commerciale, elles-mêmes recueillies auprès des centres de formalités ; de FRANCE TÉLÉCOM, qui s'appuie sur un réseau d'agences commerciales ; des préfectures qui constituent un réseau de collecte des informations sur les véhicules automobiles ; des mairies où sont déposées les demandes de permis de construire et les demandes de cartes électorales ; des établissements d'enseignement qui « produisent » des résultats d'examen. De fait, dans ces hypothèses, la production d'informations substituables à celles qui sont issues du secteur public suppose la duplication de ces infrastructures qui permettent justement la collecte (et l'on ne tient pas compte ici de celles qui permettent de les traiter.) De plus, la présence de ces éléments matériels contribue à conférer certaines qualités à l'information publique collectée - comme l'actualité - qui la rendent difficilement interchangeable avec d'autres biens. Aussi, lorsque l'on évoque la possibilité, pour le secteur privé, de produire une information substituable aux données publiques dans des conditions économiques raisonnables, c'est la

1131. Cons. Conc., déc., n°92-D-35 du 13 mai 1992, *relative à une saisine de la société du journal téléphoné à l'encontre de la direction de la météorologie nationale*, préc.

1132. CE, 29 Juillet 2002, Société CEGEDIM, préc.

capacité même de reproduire les infrastructures matérielles qui permettent la collecte de l'information qui est en cause. Mais on le voit, dans certains cas, l'idée même de duplication n'a que très peu de pertinence, sinon aucun sens, car au-delà des infrastructures dont disposent les organismes publics pour assurer la collecte et la production de leur information, les activités donnant lieu à production des données publiques relèvent quelquefois de missions dont on ne peut pas penser qu'elles puissent être exercées par le secteur privé parce qu'elles relèvent de l'autorité publique, ou qu'elles sont étroitement associées à ces obligations à un tel point qu'il est difficile de les dissocier. Par exemple, les données du permis de construire sont collectées à l'occasion de l'examen de la demande d'un tel permis. Autrement dit, plus que d'infrastructures, un organisme du secteur privé devrait être investi de prérogatives l'autorisant à procéder à la collecte de cette information.

Toutefois, la question de la duplication peut quand même se poser, par exemple pour l'information météorologique ou pour les données géographiques. Rien n'interdit en effet à une entreprise du secteur privé de constituer une station météorologique. Pour apprécier le caractère duplicable, pour une entreprise du secteur privé, des moyens de la collecte, savoir si les frais de productions de telles infrastructures sont si élevés qu'ils compromettraient la rentabilité de l'activité de diffusion de l'information en aval, il faut faire référence à un test employé par la Cour de Justice.

Lorsqu'elle a été imposée, l'obligation de fournir un bien sur le marché ou d'autoriser l'accès à une infrastructure essentielle a souvent été précédée du constat selon lequel il n'était pas possible, dans des conditions de compétitivité normales, de reproduire un bien substituable à celui qui faisait l'objet de la demande d'accès : c'est le test de duplicabilité. Ce test, employé implicitement ou explicitement dans plusieurs affaires a été précisé par la Cour de justice dans l'arrêt BRONNER. Répondant à l'argument de la requérante qui estimait que la constitution d'un second système de portage à domicile n'était pas réaliste, eu égard au faible tirage de ses quotidiens, la Cour dit que : « pour démontrer que la création d'un tel système ne constitue pas une alternative potentielle réaliste et que l'accès au système existant est donc indispensable, il ne suffit pas de faire valoir qu'elle n'est pas économiquement rentable en raison du faible tirage du ou des quotidiens à distribuer. En effet, pour que cet accès puisse le cas échéant être considéré comme étant indispensable, il faudrait établir (...) qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant ». En d'autres termes, la rentabilité de la reproduction s'apprécie en fonction de la possibilité pour un concurrent de mettre en place une structure alternative pour une production comparable à celle du détenteur de la facilité. Ce test développé par la Cour – et qui a toujours explicitement été appliqué à la situation de deux entreprises du secteur privé – consiste donc à évaluer la possibilité pour une entreprise de reproduire dans des conditions de compétitivité normales une infrastructure qui a elle-même été constituée dans des conditions de marché. Cependant, rien n'indique dans sa jurisprudence qu'il ne serait pas applicable à des infrastructures constituées dans des conditions non concurrentielles. Mais, dans cette

hypothèse évidemment, la possibilité même de reproduire l'infrastructure serait tout à fait compromise pour le secteur privé. Dans des conditions de rentabilité normales, il semble en effet très difficile de reproduire une infrastructure qui a été réalisée grâce à un monopole. Les conclusions de l'avocat général JACOBS sur l'affaire BRONNER font apparaître que le prix de la reproduction d'une infrastructure constituerait un obstacle insurmontable à l'accès au marché lorsque « la création de l'infrastructure a eu lieu des conditions non-concurrentielles, grâce, en partie, à un financement public »<sup>1133</sup>.

De fait, la reproduction des moyens de production de l'information par le secteur privé serait alors largement compromise, simplement parce qu'ils ont été réalisés dans des conditions non-concurrentielles et qu'ils continuent de bénéficier de « *l'aide financière* » de l'Etat.

**585. Discussion.** - Maintenant, il faut dire que l'argumentation précédente est perfectible car elle ne tient pas compte de deux éléments qui se rejoignent complètement pour contester la précédente conclusion.

En premier lieu, s'agissant des infrastructures qui sont indistinctement affectées à plusieurs fonctions qui, pour leur majeure partie, sont étrangères à la collecte de l'information, il ne devrait être tenu compte que des coûts directement imputables au fonctionnement et à la création de l'information en les isolant des coûts inhérents aux autres activités. Dès lors, inévitablement, les coûts de constitution seraient beaucoup plus limités.

En second lieu, on peut se demander si à l'heure de la société de l'information il est encore besoin de telles infrastructures pour produire des données qui seraient substituables aux données publiques. Si leur présence est primordiale pour des informations non nominatives, comme l'information géographique, maritime ou météorologique voire aussi l'information sur le trafic routier (qui ne peut exister sans l'exploitation des autoroutes, la reproduction d'une telle information supposant la duplication de l'autoroute elle-même!), elles ne semblent pas nécessaires pour les informations purement signalétiques. L'envoi et la réception de formulaires devraient suffire. Cette question a indirectement été invoquée dans l'affaire France Télécom. Le Conseil a pu noter que « d'autres opérateurs investissent des ressources considérables pour constituer par distribution de questionnaires à multicritères des bases de données enrichies ayant vocation à atteindre progressivement des tailles voisines à celles de l'annuaire téléphonique »<sup>1134</sup>. La constitution d'un bien alternatif, en l'absence de réseau semblerait donc tout à fait possible, bien qu'à l'époque du litige les bases de données

---

1133. Conclusions précitées.

1134. Cons.conc. déc. n° 98-D-60 du 29 septembre 1998 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone*, préc.

concurrentes étaient très loin d'atteindre la taille de la base de données annuaire. Toutefois, si la constitution de telles bases ne semble pas inenvisageable, elle souffrirait, en l'absence de réseau, d'un défaut d'actualisation qui serait préjudiciable à la qualité de l'information diffusée. Le caractère exhaustif, mais aussi la périodicité de la mise à jour des bases de données publiques, expliquent en partie le défaut de substituabilité de telles informations dans toutes les décisions du Conseil de la concurrence. Pour exemple, la base de données annuaire est mise à jour quotidiennement et fait l'objet de près de 80 000 mouvements.

En définitive, la présence d'un réseau de collecte peut représenter soit, un élément indispensable à la production de l'information qui, étant constitué dans des conditions non-concurrentielles, s'avère difficilement reproductible par le secteur privé, soit, alors qu'il existe d'autres moyens pour la produire, un élément nécessaire à la production d'informations substituables aux données du secteur public.

Quoi qu'il en soit, le plus souvent, cet élément n'est pas isolé. Le monopole de fait et les moyens particuliers de collecte de l'information dont bénéficient les organismes publics sont souvent assortis d'un certain nombre de prérogatives qui constituent autant d'obstacles à la production d'ensembles informationnels alternatifs.

## *2. Les obstacles réglementaires à la production alternative d'information par le secteur privé*

**586. Types d'obstacles réglementaires.** - Il existe deux sortes d'obstacles réglementaires. Certains sont insurmontables. Il s'agit des droits exclusifs ou spéciaux qui réservent la production ou la diffusion de l'information à des organismes publics. Les autres sont relatifs en ce sens qu'ils n'empêchent pas la production de l'information mais qu'ils compromettent la production d'un bien substituable. Il s'agit, de l'application exclusive par les organismes publics de la réglementation sur la protection des données personnelles et du caractère obligatoire de la collecte de certaines informations.

**587. Les obstacles réglementaires absolus.** - La description du premier obstacle n'appelle pas de larges commentaires. La réservation d'un marché au profit de l'opérateur public empêche nécessairement tout autre opérateur d'y accéder rendant ainsi impossible la production alternative d'informations.

Le droit exclusif peut porter sur la diffusion ou l'archivage de l'information. Certains organismes publics sont, en effet, pour des raisons tenant essentiellement à la sécurité publique, les seuls à pouvoir centraliser et diffuser les informations collectées par plusieurs autres autorités. Le Service Hydrographique de la Marine est l'offreur unique de l'information nautique « car il est le seul service de l'Etat pouvant les valider et leur conférer la qualité

d'informations officielles permettant aux navigateurs de remplir les obligations réglementaires auxquels ils sont assujettis »<sup>1135</sup>.

D'une manière similaire, quoique pour des raisons tout à fait étrangères à la sécurité publique, l'Institut National de l'Audiovisuel chargé de conserver et d'exploiter les archives audiovisuelles des sociétés nationales de programmes détient, en application des textes législatifs et réglementaires qui régissent son activité, le monopole des archives. En conséquence, il se présente comme l'offreur unique d'informations sur le marché de l'exploitation: le Conseil de la concurrence dit que « *l'établissement public est le seul opérateur de commercialiser les archives audiovisuelles* »<sup>1136</sup>.

**588. Les obstacles réglementaires relatifs.** - Au-delà des droits exclusifs sur la production ou la diffusion de l'information, la dépendance des opérateurs privés peut découler de l'application, exclusive, par les organismes publics, de la réglementation sur la protection des données personnelles. Les contentieux de l'annuaire téléphonique sont particulièrement topiques à cet égard.

La «liste orange» a pour objet de permettre aux abonnés du téléphone de ne pas voir leurs coordonnées utilisées à des fins de démarchage commercial. Son institution résulte de l'application de l'article 26 de la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978 qui dispose que «*toute personne physique a le droit de s'opposer pour des raisons légitimes, à ce que les informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement*». Pour répondre aux exigences de la loi du 6 janvier 1978, l'article R-10 du code des postes et des télécommunications prévoyait la possibilité pour les personnes physiques de ne pas figurer sur les listes extraites et commercialisées par l'exploitant public et interdisait explicitement l'exploitation de ces informations à des fins commerciales ou de diffusion. L'application de cette réglementation a conduit France Télécom à constituer des listes d'abonnées expurgées des abonnés figurant sur la «liste orange» destinées aux fins de démarchage publicitaire. En conséquence, l'exploitant public, détenteur d'un monopole sur la télécommunication entre points fixes devient le fournisseur unique des bases de données exploitables sur le marché par le truchement de cette réglementation car il est seul à pouvoir diffuser des bases de données expurgées des coordonnées des abonnés inscrits en liste orange. Dans la décision 98-D-60, le Conseil de la concurrence ne semble pourtant pas déduire le caractère indispensable de l'annuaire du marquage des coordonnées des personnes figurant en liste orange. Toutefois, indéniablement, l'existence d'une telle contrainte empêche dans la pratique l'exploitation de cette information. Le Conseil dit en effet que « *la liste des abonnés au téléphone, qui constitue*

1135. Avis n° 97-A-10 du 25 février 1997, *relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautique portant sur des questions de concurrences soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la marine*, BOCC, 18 novembre 1997, p. 759

1136. Cons. conc., déc. n°03-D-18 du 10 avril 2003 *relative à la saisine de la société GLEM*, BOCC n° 12, 8 octobre 2003

*pour les opérateurs ayant recours au marketing direct une ressource unique, n'est exploitable qu'à la condition d'avoir été expurgée des noms inscrits en liste orange»<sup>1137</sup>. Si le caractère indispensable de la base de donnée est antérieur à l'analyse des effets de cette réglementation, il n'en demeure pas moins que sa présence contribue à renforcer la dépendance des opérateurs privés<sup>1138</sup>. Cette situation ne saurait évidemment se produire dans le cas où l'entreprise collecte l'information de manière indépendante, puisque justement elle ne cherche pas à avoir accès aux données de l'annuaire. Cependant, l'usage des listes expurgées pourrait alors constituer un élément utile pour l'exploitation de l'information qu'elle a collectée. En son absence, la substituabilité de l'information pourrait en être affecté.*

La collecte de certaines données publiques est sanctionnée, plus exactement le défaut de réponse. Évidemment, s'agissant d'une prérogative de puissance publique, les opérateurs privés qui voudraient collecter la même information n'en bénéficieraient pas. Le caractère obligatoire de la collecte ne constitue pas un obstacle à la production de données similaires. Cependant, il conditionne forcément la qualité de l'information collectée. Le défaut de sanction peut conduire les individus auprès desquels l'information est collectée à refuser de transmettre toute ou une partie de l'information collectée de sorte que la base qui en résultera sera le plus souvent incomplète et donc difficilement substituable aux ensembles informationnels publics.

## §2- LA TITULARITE DE DROITS PRIVATIFS SUR LES ENSEMBLES INFORMATIONNELS, FACTEUR RESIDUEL DE DEPENDANCE POUR LA FOURNITURE DES DONNEES PUBLIQUES

**589. Influence des droits de propriété intellectuelle.** - La dépendance des opérateurs privés à l'égard des organismes publics pour la fourniture de l'information résulte de la détention par ces derniers d'un bien, le plus souvent, unique sur le marché. Toutefois, la plupart des contentieux mettent aussi en relief la prétention des opérateurs publics à la

1137. Cons. conc., déc. 98-D-60, préc. V. aussi, pour l'obligation faite à l'exploitant public de transmettre la liste orange à d'autres producteurs d'annuaires CA Paris, 7 février 1994, CMS c. France Télécom, JCP éd. G 1995, II, 22403, note J. Frayssinet ; L. Idot, rev. Europe 1994, comm. 157 ; Cas. com., 6 mai 1996, France Télécom c. CMS, AJDA 1996, p. 1034, note Bazex

1138. V. aussi la décision de la Commission sur l'affaire NDC. Ou celle-ci a considéré que la législation sur la protection des données personnelles imposait des contraintes à la constitution d'une structure de base de données substituable à celle dont l'accès était demandé. Décision 2002/165/CE de la Commission du 3 juillet 2001, relative à un procédure d'application de l'article 82 du Traité CE (D3/38.044 – NDC Health c. IMS Health : mesures provisoires), JOCE L 59/18 du 28 février 2002, JOCE L 059 du 28 février 2002, p. 18



protection privative de ce bien. Les bases de données publiques se trouvent ainsi recouvertes, en sus d'un monopole de fait ou de droit, par un monopole légal. L'objet des développements qui suivront est de déterminer l'influence des droits de propriété intellectuelle dans le constat de la dépendance économique des opérateurs privés pour la fourniture de l'information primaire.

L'analyse de la jurisprudence montre que l'existence d'un droit d'auteur sur les données ou bases de données publiques est indifférente à la situation de dépendance dans laquelle se trouvent les opérateurs privés vis-à-vis des organismes publics (A) En revanche, il semblerait, encore qu'il soit relatif, que la revendication de droits privatifs joue un plus grand rôle dans la détermination des pratiques anticoncurrentielles (B).

### A. L'indifférence des droits de propriété intellectuelle dans l'analyse concurrentielle

**590.** La dépendance économique du secteur privé à l'égard des organismes publics pour la fourniture de l'information est généralement étrangère à une situation légale qui résulterait de la détention ou de l'exercice de prérogatives attachées à la propriété intellectuelle. La considération de tels droits, lors de l'analyse concurrentielle, est tout à fait indifférente, d'une part, au constat de position dominante (1) d'autre part, à la définition d'une facilité essentielle (2).

#### *1. L'indifférence des droits de propriété intellectuelle lors du constat de position dominante*

**591. Monopole de constitution des bases de données publiques et monopole légal d'exploitation issu des droits de propriété intellectuelle.** - La solution est admise de longue date par la Cour de Justice ; il convient de la rappeler : l'existence ou l'exercice d'un droit d'auteur ou d'un droit *sui generis* sur les données et bases de données publiques ne sont pas suffisants pour considérer que leur titulaire dispose automatiquement d'une position dominante sur le marché des produits protégés par ce droit<sup>1139</sup>. « En effet, le monopole légal créé par l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle sur la création protégée ne signifie pas de facto qu'un monopole est créé sur le marché et que le titulaire du droit de propriété intellectuelle a la possibilité de faire obstacle à la concurrence sur ce marché. Il existe dans

---

<sup>1139</sup>. CJCE, 18 février 1971, *Sirena c. EDA*, aff. 40/70, *Rec.* p. 69

certains cas de nombreux substituts»<sup>1140</sup>. Seulement voilà, les productions informationnelles du secteur public connaissent justement peu de substituts. Est-ce à dire que l'exclusivité permise par les droits de propriété intellectuelle confère une position dominante ? Assurément pas. En réalité, la position dominante des organismes publics sur le marché est extérieure au monopole légal. Elle est, on l'a vu, essentiellement déterminée par la considération d'un monopole de droit ou de fait sur la production de l'information. Toute la difficulté provient ici du fait suivant : les substituts à l'information publique étant inexistants, le périmètre du monopole légal recouvre très exactement le périmètre du monopole de fait sur la production de l'information et subséquemment celui sur la compilation de ces informations, de telle sorte que l'on pourrait penser que le monopole légal explique la position dominante et, *in fine*, la dépendance économique des opérateurs privés. Et même certaines juridictions ont pu s'y tromper, ainsi que le souligne M. BLAISE : le Tribunal de première instance des Communautés a pu déduire la position dominante des chaînes de télévision sur les grilles de programme dans l'affaire MAGILL du droit exclusif de reproduire et de diffuser les grilles de programme sur le marché<sup>1141</sup>. « RTE disposait, grâce à son droit d'auteur sur ses grilles de programmes, du droit exclusif de reproduire et de mettre sur le marché lesdites grilles. Cette circonstance lui a permis, au moment des faits incriminés, de s'assurer le monopole de la publication des grilles hebdomadaires dans un magazine spécialisé dans ses propres programmes (...) Il en résulte que la requérante occupait manifestement, à l'époque considérée, une position dominante, tant sur le marché représenté par ses grilles hebdomadaires, que sur celui des magazines dans lesquels elles étaient publiées (...) En effet, les tiers, tels que la société Magill (...), se trouvaient dans une situation de dépendance économique à l'égard de la requérante ». Pourtant, cette motivation contraste totalement avec la décision de la Commission et celle de la Cour. Cette dernière étant très connue, nous indiquerons seulement que dans la décision de la Commission le constat de position dominante était tout à fait étranger à la considération d'un droit de propriété intellectuelle. Sa formulation est dénuée de toute ambiguïté. Elle dit : « qu'indépendamment de tous droits de propriété intellectuelle qu'ils pourraient revendiquer ou auxquels ils pourraient effectivement prétendre, les organismes de radiotélédiffusion détiennent un monopole de fait sur la production et la première publication de l'information (...) Les tiers se trouvent donc dans une situation de dépendance économique qui est caractéristique de l'existence d'une position dominante. En outre, ce monopole de fait détenu par les organismes de radiotélédiffusion est renforcé par un monopole légal dans la mesure où ils revendiquent la protection des programmes au titre du droit d'auteur ». De telle sorte que l'exercice du droit – tout au plus – ne fait que renforcer un pouvoir de marché déjà existant et qui subsisterait sans monopole légal. Si l'on fait abstraction des droits de propriété intellectuelle, il serait de toute façon

1140. DEMEUR (M.), « Objets des droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires dans le droit de la concurrence », in Mélanges M.Waelbroek, Bruylant 1999, p. 1001-1018

1141. BLAISE (J-B), « L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des installations essentielles. », préc.

possible au détenteur de l'information de refuser l'accès à la compilation car il monopolise la production, voire la diffusion des informations qui y sont réunies et qui, par conséquent, sont inaccessibles (v. *infra*).

On remarquera que lors de l'analyse des pratiques anticoncurrentielles de la Direction de la Météorologie Nationale, le Conseil de la concurrence avait constaté la position dominante et évoqué le monopole de fait sur l'information de l'opérateur public alors que la protection de la propriété intellectuelle sur les messages aéronautiques n'avait pas été invoquée. Elle n'avait donc pu jouer de rôle dans la définition de la position dominante de l'organisme public<sup>1142</sup>. Et cette analyse avait été confirmée par la Cour d'appel de Paris, alors même que le service de l'Etat invoquait l'existence d'un droit de propriété intellectuelle<sup>1143</sup>. Mais, même lorsqu'elles ont été invoquées, dans les affaires CEGEDIM<sup>1144</sup>, Lectiel ou SHOM, il nous ne nous semble pas que l'existence de telles prérogatives ait été prise en compte pour confirmer, au moins, l'analyse de la position de l'opérateur public sur le marché. La détention par les organismes publics de droits de propriété intellectuelle n'apparaît même pas dans ces contentieux comme un facteur de pouvoir de marché<sup>1145</sup>. D'ailleurs, elle n'a pas nécessairement à l'être tant l'exclusivité de la détention par les organismes publics de leurs productions informationnelles est évidente. Tout au plus apparaît-elle, à travers certaines formules, comme le fondement juridique de la rémunération. Le Conseil de la concurrence, après avoir dit que le SHOM était l'unique fournisseur d'information nautique, a indiqué que celui-ci tirait « des droits de propriété intellectuelle qu'il possédait sur ses informations des

---

1142. Préc.

1143. Après avoir dit que la DMN « par l'application de la réglementation susvisée, est en France le fournisseur exclusif de renseignement météorologiques destinés à la navigation aérienne, est en position de monopole sur ce marché », elle rejette dans des termes sans équivoque la revendication d'un droit de propriété intellectuelle sur les messages destinés à la navigation aéronautique. Plus loin dans l'arrêt on peut lire que « les moyens tirés par la DMN des articles 19 et 21 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique ne peuvent être utilement invoqués, alors que ces messages sont collectées et présentés sans le moindre apport original, selon des normes et recommandations internationales et une réglementation interne, ne sont pas assimilables à une œuvre de l'esprit au sens de la loi susvisée ; qu'en outre ladite loi, détournée de ses fins essentielles de protection morale d'une œuvre et de rémunération de l'effort créateur, n'est en l'espèce invoquée que pour justifier l'interdiction systématique d'accès à une catégorie d'opérateurs à des données disponibles » préc.

1144. En l'espèce, le Conseil de la concurrence, après avoir rappelé que le Conseil d'Etat avait reconnu de tels droits sur la base de données constituée par l'INSEE, a dit qu'il n'était pas douteux que « l'Etat détient un droit de propriété intellectuelle sur le fichier SIRENE ». Toutefois, cette reconnaissance qui permet au détenteur des droits de fixer « librement le prix de la cession et le niveau de la redevance », n'avait pas joué lors de l'analyse concurrentielle. La base de données SIRENE s'étant vue qualifiée d'*infrastructure* essentielle sans que l'on puisse relever l'influence de ces prérogatives sur la qualification.

1145. Alors que, dans d'autres hypothèses, ces droits sont clairement pris en compte pour établir la position de l'entreprise sur le marché. *Rapport public du Conseil de la concurrence pour 2004*, plus particulièrement l'étude thématique consacrée aux rapports entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, p. 111 et s., La documentation française, 2004

redevances versées en contrepartie des autorisations de reproduction consenties aux éditeurs privés»<sup>1146</sup>.

Généralement, le monopole d'exploitation des droits de propriété intellectuelle n'a pas contribué à établir la position dominante des organismes publics sur le marché, ni permis de caractériser le pouvoir de marché de ceux-ci. Il convient donc de le distinguer du monopole de fait ou de droit que détiennent les organismes publics sur les différents marchés de l'information ; il est, seul, déterminant.

## *2. L'indifférence des droits de propriété intellectuelle pour la caractérisation de la facilité essentielle*

**592. Monopole d'exploitation et reproductibilité des données publiques.** - La considération du monopole d'exploitation n'entre pas non plus en jeu lors du test de duplicabilité. Pourtant, c'est bien ici que l'on devrait le retrouver. Les prérogatives des droits de propriété intellectuelle confèrent bien à l'auteur ou au producteur le pouvoir discrétionnaire de permettre ou de refuser la reproduction de sa création ou production. Le bien protégé par le droit privatif serait alors non-reproductible par le truchement du droit ou, moins isolément, le droit de s'opposer à la reproduction viendrait conforter l'analyse factuelle qui aura permis de déterminer la non-duplicabilité du bien. Le droit exclusif de reproduction serait alors analysé comme un obstacle à la duplication du bien et permettrait, avec d'autres éléments, de déterminer son caractère indispensable. Mais la jurisprudence n'est pas dans ce sens. On l'a aperçu, la considération d'un droit de propriété intellectuelle en tant qu'il permet à son titulaire de s'opposer à la reproduction de son bien n'est pas prise en compte pour déterminer le caractère indispensable du bien immatériel qui se verrait ainsi protégé. Les contentieux relatifs aux données publiques n'ont, à notre connaissance, jamais donné lieu à ce type d'analyse. La qualification de facilité essentielle résultait toujours de considérations économiques et juridiques qui étaient tout à fait indépendantes de la faculté de s'opposer du titulaire du droit.

Si l'on étend la perspective et que l'on embrasse d'autres contentieux mettant en cause des objets immatériels, la conclusion est identique, sauf à indiquer que dans un cas il a, semble-t-il, joué un rôle.

L'affaire IMS HEALTH concernait le refus de la société IMS de conférer à NDC une licence de reproduction de la structure de la base de données qu'elle produisait, et qu'elle avait fini par imposer sur le marché allemand, nécessaire à l'établissement des rapports de ventes dans l'industrie pharmaceutique que les deux sociétés commercialisaient. Cette

---

<sup>1146</sup>. préc.

structure était essentiellement constituée de données issues du domaine public, donc d'éléments libres d'accès. Dans sa décision, la Commission a indiqué, pour démontrer le caractère indispensable du bien, que si les données permettant de créer ce type de structure étaient librement accessibles *« les concurrents n'ont d'autre choix que de tenir compte des contraintes s'ils souhaitent produire une structure utile. Le respect de ces contraintes implique inévitablement que les possibilités de création d'une nouvelle structure sont très limitées, pour des raisons techniques (nécessité de respecter les limites des code postaux et autres nécessités objectives) et juridiques (conformité avec la législation sur la protection des données, obligation de ne pas enfreindre le droit d'auteur d'IMS) »*<sup>1147</sup>. L'argumentation de la Commission sur la contrainte que constituerait le droit d'auteur s'arrête là. La suite de son examen est consacrée à l'analyse des effets de la contrainte technique et juridique (la légalisation sur les données personnelles) sur la possibilité de constituer une structure qui tout en étant rationnelle ne violerait pas les prérogatives de son auteur – dans l'affaire, la structure en cause avait été qualifiée de norme sectorielle de fait. Elle montre ensuite qu'une entreprise qui les prendrait en compte ne pourrait que violer le droit d'auteur, car il s'agit de production qui est essentiellement guidée par la raison, laissant peu de place à la création.

La contrainte que fait peser le droit d'auteur ou le droit des bases de données pourrait donc être prise en compte, mais seulement dans le cas où la collecte de l'information nécessaire à établir la base de données et sa structure sont possibles. Ce qui exclut évidemment, déjà, certaines bases de données publiques. De plus, cet obstacle, seul, ne pourrait pas permettre de qualifier le bien d'indispensable, à la différence de la contrainte économique ou d'un droit exclusif. Ce n'est qu'associé à d'autres contraintes de nature technique juridique ou économique qu'il pourrait contribuer à cette identification. En d'autres mots, ces dernières contraintes devraient jouer d'une manière telle qu'elles rendent impossible la constitution d'un ensemble informationnel ou une structure de base de données différente de celle qui fait l'objet de la protection. Généralement, un opérateur privé pourra toujours la contourner en proposant un produit différent, cependant le mode de création des biens informationnels peut conduire à multiplier de telles situations. Aussi, le plus souvent, le droit du titulaire du droit de s'opposer à la reproduction ne constituera pas un obstacle à la production et, partant, constituer un critère d'appréciation du caractère indispensable du bien en cause.

---

<sup>1147</sup>. Décision de la commission du 3 juillet 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE (affaire COMP D3/38.044 – NDC Health / IMS Health : mesures provisoires) *JOCE* 2002 L 59/18

## B. L'influence relative des droits de propriété intellectuelle lors de la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles

**593.** Au terme de la jurisprudence nationale et communautaire, le refus du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de contracter constitue un abus de position dominante dans deux situations. La première lorsque, outre le refus de licence, l'entreprise adopte un comportement additionnel qui est en lui-même abusif. La seconde, lorsque le droit de propriété vient protéger un bien indispensable à l'activité économique sur un ou plusieurs marchés dérivés.

Dans ce dernier cas, la difficulté provient du fait qu'il est impossible de savoir qu'elle est l'origine du refus. L'abus résulte-t-il du refus de donner accès à un bien protégé ou à un bien qui protégé ou non serait de toutes les manières inaccessible ? En apparence, celui-ci est inhérent à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle car le plus souvent c'est un refus d'accès non pas à l'information en tant que telle qui est opposé, mais à une base de données ou compilation c'est-à-dire un objet susceptible de recevoir protection mais qui n'est constitué que d'informations. Toutefois, même en l'absence d'un monopole d'exploitation sur un objet protégé, un refus qui prendrait uniquement appui sur la détention d'une facilité essentielle pourrait être qualifié, si les autres conditions sont réunies par ailleurs, d'abusif. En effet, si l'on fait abstraction des droits de propriété intellectuelle, il serait de toute façon possible au détenteur de l'information – lorsque pour diverses raisons il monopolise leur production ou leur diffusion - de refuser l'accès aux informations contenues dans une base de données sans revendiquer un droit privatif sur celle-ci, simplement parce qu'il dispose totalement des informations ou de l'objet informationnel. La décision du Conseil de la concurrence relative au refus de la DMN de fournir à un opérateur privé des informations météorologiques est topique. Le service de l'Etat ne s'était aucunement fondé sur le droit d'auteur, mais sur d'autres arguments pour refuser l'accès : le résultat était cependant identique. En d'autres termes, les droits de propriété intellectuelle, ne font que recouvrir une exclusivité qui les précède et qui leur est tout à fait extérieure<sup>1148</sup>. En effet, en dehors de ces « *circonstances exceptionnelles* », - pour reprendre la formule employée par la Cour de justice, - dans lesquelles le titulaire du droit est aussi titulaire des sources d'information permettant de créer l'objet protégé par le droit, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne tire la faculté de s'opposer à l'accès et l'exploitation à sa création que du droit lui-même. Autrement dit, c'est droit qui explique et justifie le monopole d'exploitation. Or, ici, il tire avant tout cette faculté de la détention exclusive des sources d'informations nécessaires à la création de ces objets. C'est donc la dépendance économique créée par l'existence du bien essentiel qui est

1148. EDELMAN (B.), « L'arrêt Magill : une révolution ? », *D.* 1996, chr. p. 121 « dans la mesure où le marché principal (les grilles) était fondé sur une exclusivité de l'information, il en résultait que le marché dérivé (les magazines) non seulement en dépendait totalement, mais encore, par voie de conséquence, était fermé à toute concurrence. En définitive, le monopole de fait exercé par l'information, matière première du marché principal et du marché dérivé était au cœur du débat ».

déterminante pour expliquer le caractère abusif du refus en dehors de toute référence à un droit privatif. C'est là une particularité des biens informationnels, ils se sont trouvés protégés par la propriété intellectuelle alors qu'ils sont constitués d'informations utiles ou indispensables à la réalisation d'autres produits. On ne pourrait évidemment pas en dire autant d'une œuvre d'art. Ainsi, on remarquera que dans toutes les hypothèses où les droits de propriété intellectuelle ont été remis en cause par le droit de la concurrence à travers la théorie des infrastructures essentielles, c'est bien ce type de bien, de création informationnelle, qu'il a saisi<sup>1149</sup>.

Il reste que, l'existence des droits privatifs ne pouvant être mise en cause par les autorités de contrôle de la concurrence<sup>1150</sup>, le refus pourrait aussi ressortir de l'exercice du droit. Cependant, au regard des décisions de la Commission et du Conseil de la concurrence ainsi que des arrêts de la Cour de justice, l'obligation de contracter est entièrement commandée par l'identification d'un bien indispensable pour les activités sur des marchés connexes, par la qualification de facilité essentielle. Si le monopole d'exploitation existe, parce que le droit d'auteur recouvre une compilation ou le droit des bases de données d'information, il ne peut en aucun cas expliquer l'existence du monopole de fait ou de droit que détiennent les organismes publics pour la production de l'information. La reconnaissance de droits privatifs, dont on a vu d'ailleurs qu'ils étaient reconnus avec beaucoup de largesse, ne peut conduire à la monopolisation des sources d'informations nécessaires à la production d'autres biens, ni le droit d'auteur, ni le droit *sui generis*<sup>1151</sup>. Comme l'explique M. BLAISE, « le fait que l'usage de l'installation soit le point d'accès nécessaire au marché dérivé est en

1149. « Les créations informationnelles prêtent flanc à son application (droit de la concurrence) au détriment du droit d'auteur, en raison de la fréquence des situations de monopole sur des informations et leur difficile substituabilité. Dans bon nombre d'instances, en effet, le monopole de l'exploitation empêche l'accès à des informations du domaine public. L'accès au fond est paralysé par la protection de la forme de l'œuvre (...) dès lors que l'existence du droit d'auteur est contestable ou qu'elle favorise une appropriation de l'information, l'arbitrage du droit de la concurrence est moins choquant. Les magistrats relaient, en quelque sorte, le malaise provoqué par ce monopole d'exploitation quand il est accordé avec trop de laxisme, ce qui ne manque pas de soulever la question récurrente des critères de l'originalité en droit d'auteur, notamment pour les œuvres utilitaires ». (N. MALLET-POUJOL, « La théorie des facilités essentielles et les créations informationnelles », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, février 2006, p. 7) Dans le cas des données publiques, en tout cas, nous précisons cependant, que, puisqu'elles en sont détenues exclusivement, il ne serait même pas utile de revendiquer un droit de propriété intellectuelle pour s'opposer à leur accès.

1150. On rappellera que, ni le Conseil de la concurrence qui ne bénéficie que d'une compétence d'attribution, ni les juridictions communautaires en raison de la répartition des compétences entre les communautés et les Etats membres – l'article 295 du TCE ne préjugant pas du régime de la propriété au sein des Etats membres – ne peuvent se prononcer sur l'existence de ce droit.

1151. On a pu craindre que l'institution d'un droit *sui generis*, tel qu'il avait été interprété avant les arrêts d'octobre 2004, permît la réservation de l'information primaire, empêchant ainsi toute collecte alternative d'informations (voir GAUDRAT ou POUJOL *préc.*). Fort opportunément la Cour de justice a limité l'emprise de ce droit aux investissements liés au rassemblement de l'information et non à ceux nécessaires à la création des données, laissant ainsi la possibilité à toute entreprise de procéder à une collecte parallèle d'informations.

réalité étrangère à la situation légale elle-même. L'utilisation de cette circonstance factuelle, déterminante pour interdire à des concurrents l'entrée sur des marchés dérivés, ne ressortit pas aux prérogatives attachées à la situation légale et notamment aux prérogatives attachées aux propriétés intellectuelles. L'abus consiste en définitive dans l'utilisation du lien nécessaire qu'il existe entre deux marchés et non dans l'exercice du monopole légal»<sup>1152</sup>.

**594.** Par ailleurs, la doctrine l'a souvent souligné<sup>1153</sup>, les droits de propriété intellectuelle sont le plus souvent invoqués dans ces affaires à des fins tactiques ou purement contentieuses. Au fond, le droit d'auteur n'est le plus souvent que l'instrument de l'abus<sup>1154</sup>. On rappellera que ce n'est qu'en appel, et qu'à titre incident, que la direction de la météorologie nationale avait invoqué un droit d'auteur sur ses messages ; que dans l'affaire NDC, le droit d'auteur avait été invoqué pour faire échec à la venue d'un concurrent sur le marché<sup>1155</sup> ; que dans l'affaire Raccal, il avait été invoqué – les faits ici reportés par la Commission étaient on ne peut plus clairs – afin d'empêcher la production de produits concurrents<sup>1156</sup> (v. *infra*) ; et que, dans le cas des services de l'Etat, l'invocation d'un droit privatif, a permis de conférer une assise juridique à une rémunération qui dépasse le coût du service rendu.

## Section 2

### Les données publiques saisies par la théorie des facilités essentielles

**595. Facilités essentielles et abus de position dominante.** - Le commerce de l'information publique a donné lieu à de nombreux litiges opposant le secteur public au secteur privé. Leur configuration était souvent identique. D'un côté, l'organisme du secteur public détient une facilité essentielle pour l'activité des entreprises sur les marchés aval ; de l'autre côté, il utilise ses informations pour réaliser des produits ou services d'informations. Prolongeant ses activités sur le marché, l'organisme public se retrouve alors en concurrence

1152. BLAISE (J-B), préc.comp. avec SIIRAINIEN (F.), « L'ordre concurrentiel et le droit d'auteur », in *L'ordre concurrentiel*, MELANGES PIRAOVANO, 2003, p. 483

1153. MALLET-POUJOL (N.), « Marché de l'information, le droit d'auteur injustement tourmenté... », *RIDA* 1996 p. 93

1154. Siiranien (F.), préc.

. FINES (F.), « NDC/IMS a logical application of essential facilities doctrine », conference of the paticing Law Institute on « intellectual property antitrust 2002 », disponible sur le site de la FTC à la page : [www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/finefrank.pdf](http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/finefrank.pdf)

1156. Décision 89/113/CEE de la Commission du 21 décembre 1988, *préc.*



avec les entreprises auxquelles il délivre, ou pas, les données qu'il détient. La situation est habituelle lorsqu'est en jeu une facilité essentielle, et plus généralement des marchés apparentés, le comportement de l'organisme à propos de l'accès au bien indispensable à l'activité des marchés aval peut venir restreindre, fausser la concurrence ou exclure les concurrents du marché. Confronté à un refus d'accès à une base de données publique le secteur privé, qui n'avait aucun autre moyen juridique à sa disposition pour contraindre l'administration, a eu recours au droit de la concurrence et particulièrement à l'abus de position dominante. Celui-ci a permis, principalement sur la base de la théorie des infrastructures essentielles, d'obliger les organismes publics à contracter. Ainsi, après avoir rappelé que, dans le cadre de l'abus de position dominante, la reconnaissance d'une facilité essentielle ne se confond pas avec l'application de la théorie des facilités essentielles (§1), on verra les conditions auxquelles l'accès aux bases de données publiques est subordonnée dès lors que l'application de la théorie des facilités essentielles est en cause (§2).

## §1- « FACILITES ESSENTIELLES » ET THEORIE DES FACILITES ESSENTIELLES

**596. Dissociation.** - L'information produite par le secteur public, constitue, selon les termes de la directive 2003/98, une « *ressource essentielle* »<sup>1157</sup>. Si le caractère indispensable de l'information primaire pour la production d'autres biens et services sur le marché évoque inmanquablement la théorie des ressources essentielles, maintes fois reconnue par les autorités de contrôle de la concurrence dans le domaine de l'information publique, il n'y a pas forcément de lien de nécessité entre l'existence d'une ressource essentielle et l'application de la théorie des infrastructures essentielles. En d'autres mots, l'identification d'un bien essentiel - en tant qu'il n'est ni substituable ni reproductible dans des conditions économiques raisonnables à un autre bien - nécessaire à la réalisation d'autres productions sur des marchés connexes et assorti d'une position dominante de l'entreprise qui le détient, n'a pas toujours été appréhendé à travers la doctrine des infrastructures essentielles<sup>1158</sup>.

Cette absence de correspondance entre la reconnaissance d'un bien indispensable et l'application de la théorie des facilités essentielles explique pourquoi une partie de la doctrine a pu douter de l'intérêt d'y recourir. Comme M. GLAIS, pour qui, « *sans même faire référence à cette notion (facilités essentielles), alors même qu'elle s'avérerait implicite dans la description des marchés en cause, les autorités de la concurrence ont, par le passé, toujours condamné*

<sup>1157</sup>. Directive 2003/98/CE préc. considérant 6

<sup>1158</sup>. Dans la pratique décisionnelle de la Commission, l'emploi du terme d'*infrastructure* essentielle n'apparaît qu'en 1992 à l'occasion de la décision *Sealink* (CE 21 décembre 1993, *JOCE* L. 15/8 du 18 janvier 1994.), alors même que plusieurs affaires antérieures, elle avait, sans le nommer, constaté le caractère indispensable de plusieurs biens. En d'autres termes, les facilités essentielles ont précédé l'application de la doctrine qui porte le même nom.

*des entreprises se livrant à de telles pratiques pourvu que preuves soient apportées de la réalité de leur position dominante* »<sup>1159</sup>. On ajoutera seulement à ce commentaire que, dans de nombreuses affaires, le caractère indispensable du bien en cause avait souvent été explicitement reconnu. C'est pour cette raison encore, mais dans l'autre sens cette fois, que d'autres auteurs ont pu lire certaines décisions à la lumière de cette théorie alors que les autorités de contrôle ne la nommaient pas<sup>1160</sup>. C'est pour cette raison enfin que la Commission européenne et certains avocats généraux établissent une filiation entre une série d'affaires qui sans constituer une application de la théorie en représenterait les précédents. M. JACOBS souligne ainsi que l'obligation de fourniture d'un bien ou d'un service à ses concurrents peut être interprétée « *comme l'application de la théorie des infrastructures essentielles ou, plus traditionnellement, comme une réaction au refus de fournir des biens ou des services à ses concurrents* »<sup>1161</sup>. Et la distinction entre les deux approches est d'autant plus difficile à opérer que les sanctions sont identiques<sup>1162</sup> et les conditions d'application souvent très proches.

Toutefois, à ce stade du raisonnement, il faut noter que ces deux approches bien que voisines sont distinctes et tendent au fil des décisions à se dissocier l'une de l'autre. Leur proximité révèle cependant qu'elles permettent de saisir des situations proches sinon identiques : celles dans lesquelles il existe une « *facilité essentielle* ». En effet, la plupart des affaires qui sont présentées comme illustrant rétroactivement la théorie des facilités essentielles sont aussi caractérisées par la présence d'un bien essentiel. En d'autres mots, quelles que soient les qualifications retenues, le commun dénominateur entre ces différents contentieux est la notion de facilité essentielle. D'ailleurs, M. JACOBS le signale aussi en disant que dans la pratique décisionnaire de la commission relative au refus de vente la notion

1159. GLAIS (M.) « Facilités essentielles de l'analyse économique au droit de la concurrence », in *EDCE*, rapport public pour 2002, Collectivités publiques et concurrence, p. 403. V. dans le même sens, VOGEL (L.), *Traité de Droit Commercial*, t.I, LGDJ 1998, et MALAURY-VIGNAL (M.), *L'abus de position dominante*, coll. Systèmes, LGDJ, Paris 2002.

1160. BLAISE (J-B), « L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des installations essentielles. », *Dalloz Affaires* n°28, 1996 p. 859

1161. JACOBS (M. F. G.), conclusions sur CJCE 29 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & CO. KG*, aff. C-7/97. Traduction libre. Voir, dans ce sens aussi, TEMPLE LANG (J.), « Defining Legitimate Competition : Companies' Duties to Supply Competitors, and Acces to Essential Facilities » Annual Proceedings of The Fordham Coporate Law Institute, 1994, Ed. Hawk Barry 1995, p.245 ; « after Commercial Solvents and United Brands, the two first cases on Article 86, the principle of a general duty of dominant companies was so well established that it was no necessary subsequently to distinguish essential facilities this cases from other cases of exclusionary abuse. What the commission now calls essential facilities cases were simply merged with what was regarded as the general class of cases in witch dominant companies have a duty to supply... » Comparer avec, OCDE, *The Essential facilities concept*, GD(96)113, Paris, 1996. Dans ce rapport on peut lire que les « cas mettant en cause des installations essentielles sont une sous-catégorie des refus de vendre, les autres étant ceux où il existe un element intentionnel et ceux où il y a monopole induit. »

1162. MALAURY-VIGNAL (L.), préc.

d'infrastructure essentielle joue un rôle important<sup>1163</sup>. Aussi, il faut bien admettre que la théorie des infrastructures essentielles et le refus de fourniture d'un bien ou d'un service permettent d'appréhender de manière objective pour la première, subjective pour la seconde, la situation dans laquelle il existe une relation de dépendance entre deux entreprises et deux productions. Dire qu'une entreprise détient un bien indispensable à la production d'autres biens et services sur le marché revient au fond à reconnaître la dépendance économique d'autres opérateurs à son égard. La reconnaissance d'une facilité essentielle permettrait ainsi de révéler une forme de dépendance économique.

**597. Illustrations.** - Prenons des exemples. L'affaire MAGILL pour commencer. Le litige qui opposait comme l'on sait des chaînes de télévision productrices des grilles de programme à un opérateur privé désireux d'investir le marché aval des guides TV hebdomadaires a été traité par la Commission d'une manière singulière. On peut même dire qu'il s'agit d'une des rares fois où celle-ci s'est fondée sur la notion de dépendance économique pour conclure à la position dominante de l'entreprise en cause<sup>1164</sup>. Pour l'établir, il suffisait à la Commission de constater l'existence d'un monopole des chaînes sur la production des grilles de programmes. Pourtant, sa démonstration ne s'arrête pas à ce constat. Elle lie, en effet, position dominante et l'existence d'une situation de dépendance économique. « Les organismes de radiotélédiffusion détiennent un monopole de fait sur la production et la première diffusion de leurs publications hebdomadaires. Ceci est dû au fait que les programmes des émissions ne sont qu'un sous-produit du processus de programmation des émissions, qui sont établis par et connus seulement des programmeurs qui les ont produites. En outre, ces programmes ne deviennent un produit commercialisable qu'à partir du moment où les grilles elles-mêmes sont mises au point (...) peu de temps avant la diffusion proprement dite. Il en résulte qu'il n'est pas possible pour des tiers intéressés de produire eux-mêmes, des programmes fiables pour une publication dans leurs propres guides TV. Ces tiers sont donc contraints de se procurer lesdits programmes auprès des organismes de radiotélédiffusion eux-mêmes, ou auprès d'entreprises auxquelles ont été cédés ou concédés les droits sur les programmes, en l'espèce ITP, BBC et la RTE. Les tiers sont donc dans une situation de dépendance économique caractéristique de l'existence d'une position dominante »<sup>1165</sup>. Et la Cour, prenant le contre-pied de l'approche défendue par le TPI, a confirmé la thèse de la Commission en disant que « *les chaînes de télévision sont par la force des choses, les seules sources d'information brute sur la programmation* ». Le constat de l'existence d'une dépendance économique n'est pas forcément, à lui tout seul, déterminant dans cette affaire. Cependant, la simple mention de la dépendance économique des éditeurs

1163. Conclusions précitées.

1164. WAELBROECK et alii, *Droit de la communauté européenne*, T. 4 p. 245 coll. Études européennes, 1997

1165. Décision 89/205/CEE de la Commission du 21 décembre 1988 relative à une procédure au titre de l'article 86 du traité, JOCE L 078 du 21 mars 1989, p. 43. Souligné par nous.

privés à l'égard des chaînes de télévision dans un litige qui est présenté comme une illustration de la théorie des infrastructures essentielles est révélatrice d'un fait : la doctrine des infrastructures essentielles, si tant est qu'elle a été appliquée ici, permettrait d'appréhender une situation de dépendance économique extérieure au comportement des entreprises. Cette dépendance découle de la détention d'une « facilité essentielle ». La Commission constate en effet le caractère indispensable des grilles de programmes en relevant, implicitement, qu'elles ne sont pas substituables à d'autres produits puisque qu'elles ne sont connues que par leurs producteurs et, plus explicitement, que les tiers intéressés ne peuvent les reproduire. Dès lors, il convient d'établir un lien entre la détention d'une facilité essentielle et la dépendance économique ; lien qui se trouve vérifié par ailleurs dans d'autres litiges qui sont souvent présentés comme des applications de la théorie des infrastructures essentielles.

Dans l'espèce *Decca Navigator System* relative à des systèmes de navigation maritimes<sup>1166</sup>, rendue d'ailleurs le même jour que *MAGILL*, la Commission a retenu une approche tout à fait comparable. La société *RACCAL ELECTRONICS* diffusait des ondes radios destinées à la navigation maritime pour l'exploitation desquelles elle bénéficiait d'un brevet. Dans le même temps, la filiale de cette société intervenait, en concurrence avec d'autres opérateurs, sur le marché voisin de la production des récepteurs du signal destinés à la navigation de plaisance. Pour évincer les concurrents de la filiale du marché aval, la société *Raccal* avait, notamment, altéré les fréquences des ondes de manière à rendre inutilisables les récepteurs concurrents. À l'instar de la décision *MAGILL*, lors de l'analyse concurrentielle, le constat de position dominante ne découle pas du monopole dont bénéficiait *Raccal* sur le marché du signal – même si la Commission dans la phase de délimitation des marchés prend soit de le définir - mais uniquement, ici, du fait que l'opérateur était le fournisseur exclusif des fabricants de récepteurs. La Commission dit en effet que « *Raccal Decca* était le seul fournisseur de signaux DNS ; *Raccal* n'avait pas de concurrent potentiel en raison des entraves administratives et financières existantes (...) en tout état de cause, les utilisateurs de signaux DNS qui ne pouvaient y substituer d'autres services ou produits dépendaient de leur unique fournisseur. Ceci suffit pour établir que *Raccal Decca* détenait une position dominante à l'égard desdits clients, indépendamment de la définition d'un marché de la transmission des signaux DNS ». Ici encore, on peut reconnaître la présence d'une situation de dépendance économique et d'un bien indispensable aux productions aval.

1166. Décision 89/113/CEE de la Commission du 21 décembre 1988 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (IV/30.979 et 31.394, *Decca Navigator System*), *JOCE* L 043 du 15/02/1989 p. 0027

Dans d'autres affaires, sans apparaître explicitement, parce qu'elles avaient été traitées de manière plus orthodoxe par le Commission ou la Cour, l'existence d'une dépendance économique, étrangère au comportement des entreprises<sup>1167</sup>, peut se déduire de la structure des marchés.

Il en va ainsi de l'ancienne affaire ZOJA où la Commission<sup>1168</sup>, puis la Cour<sup>1169</sup> ont conclu à la position dominante de la société Commercial Solvents non seulement en relevant que la société détenait un monopole mondial sur la fabrication de ce bien mais aussi de ce que le bien en cause n'était pas reproductible dans des conditions économiques normales. La Commission dit « qu'il n'est pas possible de recourir dans des conditions de compétitivité économique, à des méthodes de fabrication sur une échelle industrielle de l'éthanbutol basé sur l'emploi de matières premières différentes de celles sus-mentionnées (...) par conséquent, le nitropropane et l'aminobutol constituent la matière première indispensable pour la production de l'éthanbutol »<sup>1170</sup>. La référence à la matière première indispensable, que l'on retrouve d'ailleurs dans l'arrêt MAGILL, signale dans le contexte de cette affaire la présence d'une facilité essentielle et par voie de transitivité, d'une situation de dépendance économique. Moins anciennement, en France, à l'occasion de l'analyse du comportement de la Direction de la météorologie nationale (DMN) à l'égard d'un opérateur désireux d'accéder au marché des messages météorologiques à destination du grand public, la Cour d'appel de Paris a noté que « la DMN (...) est en France le fournisseur exclusif de renseignements météorologiques, est en position dominante sur ce marché »<sup>1171</sup>. Et plus récemment encore, à l'occasion de l'examen de la plainte émanant de NDC HEALTH, la Commission avait pris soin de caractériser la dépendance économique des laboratoires pharmaceutiques vis-à-vis de la structure modulaire établie par IMS. Celle-ci rejaillissait inévitablement sur les autres producteurs qui ne semblaient pas pouvoir commercialiser leurs services aux laboratoires sans recourir à ce bien protégé par le droit d'auteur<sup>1172</sup>.

1167. Il convient de distinguer deux types de dépendance économique. Celle qui résulte de circonstances intrinsèques aux entreprises en cause, comme la durée des relations contractuelles ou la part de chiffre d'affaire réalisé avec son partenaire et les situations plus objectives dans lesquelles cette dépendance relève uniquement d'éléments extrinsèques, c'est le cas des affaires traitées par la Commission.

1168. Décision 72/757/CEE du 14 décembre 1972, relative à une procédure d'application de l'article 86 du TCE (IV/26.911 – *Zoja/CSC – ICI*)

1169. CJCE, 6 mars 1974, *Instituto Chemioterapico Italiano Spa et Commercial Solvents Corporation c. Commission des communautés européennes*, préc.

1170. Voir aussi l'affaire télémarketing dans le domaine des services, dans laquelle la Cour relève le caractère « indispensable » du service en cause pour l'exercice d'autres activités, préc.

1171. CA Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné c. Min. de l'équipement, du Logement, des transports et de l'espace, Direction de la météorologie nationale*, préc.

1172. Décision 2002/165/CE de la Commission du 3 juillet 2001, relative à un procédure d'application de l'article 82 du Traité CE (D3/38.044 – *NDC Health c. IMS Health : mesures provisoires*), JOCE L 59/18 du 28 février 2002

En conclusion, il ressort de ce bref rappel de la jurisprudence nationale et communautaire, que, par delà les doctrines appliquées, il existe une grande unité entre toutes ces affaires. Une unité factuelle : elles sont toutes marquées par la présence d'un bien qui, parce qu'il est indispensable aux productions sur des marchés dérivés, lie les nouveaux entrants ou les entreprises déjà établies sur le marché. En conséquence, la détention d'un tel bien par des entreprises en position dominante sera le plus souvent le révélateur d'une situation de dépendance économique qui peut être appréhendée tantôt à travers l'abus de structure et la sanction du refus de vente, tantôt à travers la théorie des infrastructures essentielles.

Dans le cas des données publiques, certainement parce qu'elle est beaucoup plus objective, c'est souvent la théorie des facilités essentielles qui a permis de sanctionner des refus de licenciés jugés abusifs.

## §2- L'APPLICATION DE LA THEORIE DES FACILITES ESSENTIELLES AUX DONNEES PUBLIQUES

**598. Conditions.** - Si l'obligation de fourniture de l'information qui pèse sur le secteur public est principalement déterminée par l'existence d'une facilité essentielle, la présence de cette circonstance particulière, très souvent vérifiée s'agissant de bases de données publiques, ne suffit pas à contraindre l'opérateur public à céder les données qu'il produit. Au terme de sa dernière formulation, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés applicable aux biens informationnels grevés par des droits de propriété intellectuelle<sup>1173</sup> exige encore que trois conditions soient réunies. La Cour a dit dans l'arrêt IMS que, pour être qualifié d'abusif, le refus d'une entreprise titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de donner accès à un produit ou une activité déterminée devait, premièrement, faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existait une demande potentielle des consommateurs, deuxièmement, être dépourvu de toute justification, enfin, exclure toute concurrence sur le marché dérivé<sup>1174</sup>. La saisie des données publiques par la théorie des facilités essentielles étant plus ancienne que cela, la condition du produit nouveau n'a pas toujours été examinée dans les litiges relatifs aux bases de données publiques. Elle est spécialement requise lorsque des droits de propriété intellectuelle sont en cause (A). Les deux autres conditions pour que la théorie des facilités essentielles puisse jouer sont relatives au refus, celui-ci doit provoquer

1173. Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion d'esquisser l'application de cette jurisprudence dans l'affaire des catalogues de timbres. Déc. 05-D-25 du 31 mai 2005 *relative à des pratiques mises en œuvres par la société Yvert et Tellier sur le marché des cotation des timbres postes*.

1174. CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH Co. OHG c. NDC Health GmbH Co. KG*, aff. C-418/01, note J. BONNET, *RTD eur.* 2004 p. 691 ; chr. F. Pollaud-Dullian, *RTD com.* 2004 p. 491 ; chr. V-L. BENABOU, *Propriétés intellectuelles*, juillet 2003 n°8 p. 315.

l'éviction des concurrents et ne pas pouvoir être dépourvue de justification objectives (B). Enfin, nous examinerons la question de savoir si la théorie des facilités essentielle peut être mise en œuvre en l'absence même d'un rapport de concurrence (C).

## A. L'exigence d'un produit nouveau

**599. Consécration.** - Après avoir été formulé dans des circonstances tout à fait différentes<sup>1175</sup>, l'exigence pour le concurrent du détenteur de la facilité de réaliser un produit

1175. En fait, le critère du bien nouveau répondant à une demande du consommateur, est un élément tout à fait étranger à la théorie des *infrastructures* essentielles — même s'il faut rappeler, sans que l'on sache exactement la portée qu'il convient d'attribuer à cette référence, que la Commission dans l'affaire Sealink avait fait référence à la volonté de l'entreprise tierce de proposer un produit nouveau - et plus généralement au refus de vente. C'est un élément rapporté de la jurisprudence en matière de propriété intellectuelle à travers lequel était caractérisé l'abus du droit d'auteur. Évidemment, la référence au produit nouveau est apparue lors de l'arrêt MAGILL. Plus précisément cet élément avait été invoqué par la Commission et repris par le Tribunal, mais, pour ce dernier, dans une perspective tout à fait différente de celle de la Commission et de la Cour. La décision du tribunal de première instance ne se situe absolument pas dans la perspective du refus de vente et encore moins dans celle de la théorie des *infrastructures* essentielles. On a pu d'ailleurs apercevoir plus haut les prémisses sur lesquelles elle reposait. Elle se situe dans la lignée plus traditionnelle de décisions des autorités communautaires qui tendaient à concilier l'exercice du droit d'auteur avec les règles communautaires de concurrence. En distinguant l'objet spécifique du droit — c'est-à-dire, principalement le droit de se réserver la reproduction — et leur fonction essentielle — c'est-à-dire le droit à la rémunération — les autorités communautaires sanctionnaient l'exercice (voire même son existence) du droit d'auteur lorsque son titulaire usait de ses prérogatives dans un but étranger à sa fonction essentielle... L'emprise du droit de la concurrence sur le droit d'auteur n'était alors justifiée qu'en cas d'abus dans l'exercice du droit lui-même. Et c'est cela que dit le tribunal pour conclure à l'application du droit de la concurrence au refus d'une entreprise de transmettre les informations nécessaires à l'élaboration des grilles de programme dans l'affaire *Magill*. L'abus consistant ici à faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau en utilisant une prérogative qui ne recouvrait pas nécessairement le périmètre d'exploitation du droit. Le tribunal dit que : « la société requérante, en se réservant l'exclusivité de la publication de ses grilles de programmes hebdomadaires de télévision faisait obstacle à la venue d'un produit nouveau, à savoir un magazine de télévision susceptible de venir concurrencer son propre magazine (...) la requérante exploitait de la sorte son droit d'auteur sur les grilles de programme produites dans le cadre de l'activité de télédiffusion, pour s'assurer un monopole sur le marché dérivé des guides hebdomadaires (...) Un comportement de ce type — qui se caractérise par l'obstacle mis à la production et à la commercialisation d'un produit nouveau, pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs, sur le marché annexe des magazines de télévision et par l'exclusion corrélatrice de toute concurrence dudit marché — va manifestement au delà de ce qui est indispensable à la réalisation de la fonction essentielle du droit d'auteur telle qu'elle est admise en droit communautaire (...) les faits incriminés ne peuvent pas être couverts, en droit communautaire, par la protection résultant du droit d'auteur ». En d'autres mots, c'est un abus du droit d'auteur qui est caractérisé par la volonté des chaînes de se réserver un marché non couvert par le droit lui-même qui est en cause. *Partant, la réservation d'un marché par l'obstacle fait à la création d'un produit nouveau ne constitue qu'une circonstance particulière de l'abus de droit*. Certains auteurs l'ont d'ailleurs aperçu, tout en prêtant ce raisonnement à la Cour — ce qui nous paraît plus contestable. M. EDELMAN (préc.), a précisé que l'arrêt Magill innovait puisque l'abus de droit d'auteur était constitué par le fait pour son titulaire d'empêcher la venue sur le marché d'un nouveau produit constitué d'éléments faisant partie d'une œuvre de l'esprit protégée par un droit national. On peut d'ailleurs rapprocher cette circonstance de l'affaire Decca où la commission avait estimé que le droit d'auteur était utilisé pour protéger un marché. La signification du produit nouveau est ici tout à fait claire. Il ne s'agit que d'une circonstance, d'un critère, permettant d'évaluer le caractère abusif de l'exercice du droit. Dans l'arrêt de la Cour et la décision de la commission, il ne s'agit que d'un argument supplémentaire. L'abus était constitué de toutes les façons par le

nouveau sur le marché apparenté a été élevée au rang de condition par la Cour de justice dans l'arrêt NDC Health. Il conviendra ici d'essayer d'appréhender la notion controversée de produit nouveau (1) avant d'envisager son application au secteur de l'information publique (2).

### *1. La notion de produit nouveau*

**600. Signification.** - Qu'est ce qu'un produit nouveau ? Il faut d'abord préciser que cette qualité doit s'attacher, non pas à l'infrastructure en elle-même, mais, bien sûr, au produit informationnel constitué à partir d'elle<sup>1176</sup>. En clair, c'est le bien dérivé de la facilité essentielle qui doit présenter ce caractère. On peut citer par exemple, les rapports sur les ventes intégrant la structure de la base de données indispensable dans l'affaire IMS ; les listes de prospects établies à partir du fichier SIRENE dans l'affaire CEGEDIM ou à partir de l'annuaire dans l'affaire France Télécom ; la constitution d'un annuaire inversé toujours établi à partir de l'annuaire téléphonique ; la réalisation d'une carte géographique à partir de données géodésiques. En aucun cas le tiers n'a l'obligation de modifier la facilité à laquelle il demande l'accès pour concurrencer son titulaire sur le marché dérivé – même s'il est vrai que la facilité est parfois si proche du produit comme les extraits du fichier SIRENE par exemple, qu'il est difficile de les distinguer.

Cela dit, la signification du vocable reste assez ambiguë. Si l'on exclut une lecture à l'aune du droit de la propriété intellectuelle, la nouveauté évoquée par la Cour se rattachant plus à l'idée de diversification de l'offre existante sur le marché dérivé qu'à celle d'originalité ou de nouveauté au sens de la propriété industrielle, la doctrine a évoqué deux sens possibles<sup>1177</sup>. Il peut s'agir, soit, de produits entièrement nouveaux et donc non substituables à ceux proposés par le titulaire de la facilité, soit, de produits qui diffèrent par leur caractère des produits déjà existant.

Le premier sens a forcément été exclu car le refus du titulaire de la facilité ne produirait alors aucun effet d'éviction<sup>1178</sup>. Cette condition posée par la Cour pour imposer une obligation de fourniture ne pourrait pas être satisfaite. En effet, refuser à un tiers une licence pour la production d'un bien qui n'est pas substituable à celui qui est créé par le

---

refus de livrer les données brutes. Quoi qu'il en soit, cette circonstance défavorable au titulaire du bien immatériel va se muer en exigence défavorable au demandeur de l'accès au fil des décisions de la Cour et du Tribunal. Entre temps, le tribunal aura précisé qu'il n'est pas nécessaire qu'un refus de livrer empêche l'apparition d'un nouveau produit pour qu'il soit considéré comme un abus dans l'arrêt Ladbroke.

1176. *Contra* POLLOT-PERUZZETTO (S.) note sur, CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH Co. OHG c. NDC Health GmbH Co. KG*, *Contrats concurrence et consommation* 2004 comm. 128

1177. RONZANO (A.) « La jurisprudence IMS Health », disponible sur la liste de diffusion du CREDA.

1178. Conseil de la concurrence, rapport d'activité pour l'année 2004, préc.



détenteur du bien indispensable n'exerce aucun effet sur le marché dérivé du bien essentiel<sup>1179</sup>.

Le second sens se prête plus à la discussion. Il s'agirait ici, au minimum, d'exiger du tiers qu'il propose une offre de produits dérivés suffisamment individualisée par rapport à celle du détenteur de la facilité essentielle sur le marché apparenté. En fait, simplement, qu'il apporte une plus-value au produit déjà offert. De fait, le produit nouveau ne serait qu'un produit substituable et concurrent à celui du détenteur du bien essentiel. C'est d'ailleurs le sens qu'il convient de prêter aux conclusions de l'avocat général A. TIZZANO sur l'affaire IMS<sup>1180</sup>. Ce dernier ne parle pas de produits nouveaux, il indique seulement que « le refus de licence ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter en substance à reproduire les biens ou services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention de produire des biens ou services présentant des caractéristiques différentes, qui – même s'ils viennent en concurrence avec les biens ou services du titulaire du droit de propriété intellectuelle – répondent à des besoins spécifiques des consommateurs qui ne sont pas satisfaits par les biens et services existants ». En conséquence, la portée de cette exigence est très limitée, elle impose seulement au nouvel entrant l'obligation de ne pas reproduire le produit ou le service concurrent (v. *infra*.)

Cette lecture sera encore défendue par la Commission européenne dans l'affaire Microsoft, bien qu'elle ne se situe pas uniquement sur ce terrain. En refusant de divulguer les spécifications de protocoles mis en oeuvre dans les systèmes d'exploitation de windows, Microsoft entravait en effet l'interopérabilité entre les systèmes d'exploitation pour serveurs concurrents avec l'environnement logiciel qu'il produit : l'apparition de produits nouveaux était contrariée par ce comportement. Voici la définition, rapportée par le Tribunal, que la Commission donne du produit nouveau. « Un produit nouveau est un produit qui ne se limite pas, en substance, à reproduire des produits déjà offerts sur le marché par le titulaire du droit d'auteur. Il suffirait, par conséquent, que le produit concerné contienne des éléments substantiels résultant des propres efforts du licencié. Rappelant que Microsoft n'est tenu de divulguer que les spécifications de ses interfaces, et non l'implémentation de celles-ci, la Commission affirme que les concurrents de cette dernière ne se limiteront pas à reproduire ses produits (...) Elle prétend qu'ils utiliseront les informations relatives à l'interopérabilité pour commercialiser constamment des produits améliorés en offrant une valeur ajoutée par rapport à leurs propres produits passés »<sup>1181</sup>. En l'occurrence, la nouveauté résidait non pas dans la création, comme le disait justement Microsoft, de produits autres que les systèmes

1179. *Ibid.*

1180. *Ibid.* contra SARDAIN (F.), « L'arrêt IMS une (r)évolution ? », *D.* 2004, comm. p. 2366

1181. TPICE, 17 septembre 2007, aff. T. 201/04, Microsoft c. Commission, Rec. p.II-3601

d'exploitation pour serveur, mais dans l'apport d'une plus value ou d'une différenciation entre ces logiciels en termes « de performances, de sécurité et de fonctionnalités. »

En somme, la nouveauté n'est pas entendue au sens propre ; il s'agit seulement d'une exigence minimale qui se limite, pour celui qui désire avoir accès au bien indispensable, à proposer un produit remplissant la même fonction mais différant par ses caractéristiques du ou des produits proposés par le détenteur de la facilité. Le critère de nouveauté, exigé par la Cour, s'opposerait donc à toute reproduction du produit déjà diffusé sur le marché. Évidemment cette lecture restreint fortement la marge de manœuvre du titulaire du droit sur le bien indispensable, qui ne pourrait s'opposer à l'accès au bien essentiel que lorsque le tiers entend accomplir exactement la même activité en distribuant le même produit sur le marché dérivé<sup>1182</sup>. Ainsi interprétée, la condition de produit nouveau n'impose pas une exigence très lourde à celui qui réclame l'accès à l'infrastructure essentielle.

Cependant, le flou persiste sur les caractéristiques particulières auxquelles devrait répondre cet autre produit. Certains auteurs ont critiqué cette distinction parce qu'elle demeure difficile à mettre en œuvre dans la pratique<sup>1183</sup>. Mais, il nous semble que c'est la seule qui soit envisageable, autrement la jurisprudence serait inapplicable et, de plus, elle n'est pas impossible à concevoir. Reprenons les exemples employés précédemment. D'abord, celui de l'annuaire ; il ne fait pas de doute qu'un annuaire inversé, qui permettrait donc de retrouver les coordonnées d'une personne à partir du numéro, réponde sans trop de

1182. Cette lecture, quoique critiquée, nous paraît tout à fait recevable encore que cette condition nous semble surabondante. En effet, cette exigence, même si ses effets sont, *in fine*, assez limités, conduit, sur le plan des principes, lors de l'application de la théorie des infrastructures essentielles, à traiter de manière différenciée la propriété corporelle et les propriétés intellectuelles. Et, il n'y a en apparence aucune raison qui puisse justifier ce traitement privilégié. La Commission l'avait d'ailleurs fait valoir dans sa décision NDC (préc.), certains auteurs l'ont aussi signalé (J-B. BLAISE, préc.) : il n'est pas nécessaire qu'un refus de livrer empêche l'apparition d'un bien nouveau pour qu'il soit considéré comme un abus dans le domaine des biens matériels. La Cour de justice ayant toujours considéré que le refus de licencier — même s'il émanait d'une entreprise en position dominante — n'était pas, en tant que tel, abusif, peut-être que cette condition supplémentaire tendrait à renforcer la protection du producteur de l'expropriation explicite qui résulte de l'application de la théorie des infrastructures essentielles ; qu'elle permet de mieux concilier les intérêts du titulaire du droit de propriété et ceux des nouveaux entrants — encore que, vu ses effets, la force d'un tel argument est faible. Toutefois, c'est aussi une prérogative de tout propriétaire d'exclure les tiers à l'usage de son bien. Pas plus que dans le cas des propriétés intellectuelles, une telle exclusion ne peut être considérée comme abusive lorsqu'elle émane d'une entreprise titulaire d'une position dominante. Ce sont, additionnés à cette prérogative discrétionnaire, d'autres facteurs qui expliquent l'abus. En outre, il s'avère que l'intérêt des consommateurs n'est pas satisfait de la même façon dans les deux cas de figure. Selon l'avocat général A. TIZZANO, la condition de produit nouveau apparaît nécessaire pour concilier les intérêts du titulaire de la facilité à ceux du demandeur, la balance ne penchant au profit du second que lorsque l'intérêt des consommateurs est satisfait par l'apparition d'un produit nouveau. Mais, dans les cas où la théorie des infrastructures essentielles a été appliquée à des biens matériels, il ne nous semble pas que l'intérêt des consommateurs ait été ainsi entendu. La protection des intérêts des consommateurs, qui est l'objectif premier de l'article 86, serait aussi, nous semble-t-il, satisfaite par la multiplication d'un produit identique à celui réalisé par le titulaire de l'infrastructure. La diversification des offres est en effet profitable aux consommateurs ou aux clients lorsqu'elle provoque une diminution des prix.

1183. BENABOU (V-L) préc. voir aussi dans un sens moins critique A. Ronzano, préc.

difficultés à la définition du produit nouveau. En effet, ce service correspond indéniablement à un besoin spécifique des consommateurs tout en étant constitué à partir des informations de l'annuaire traditionnel. La possibilité d'effectuer cette recherche constituerait – à notre sens – à elle seule un caractère particulier. D'une manière similaire, toute forme d'enrichissement ou de croisement d'informations sur la base d'un ensemble informationnel donné conduirait à la production d'un produit différent, bien que concurrent à celui proposé par le titulaire de la facilité essentielle. L'affaire Cegedim, une fois encore, nous permet d'illustrer ce propos. En appliquant le critère du bien nouveau, dégagé par la jurisprudence communautaire dans les affaires MAGILL et LADBROKE, le Conseil de la concurrence a considéré que les fichiers proposés par les concurrents du service de l'Etat sur le marché « ne sont pas seulement des extraits purs de fichiers SIRENE ; ils font généralement l'objet d'enrichissements et traitements spécifiques de la part des opérateurs ; si ces enrichissements et traitements diffèrent de ceux proposés par l'INSEE et correspondent à une demande spécifique des utilisateurs de fichiers, la jurisprudence conduit bien à obliger l'INSEE à licencier l'accès au répertoire SIRENE de façon à permettre la naissance de ces activités spécifiques ». En revanche, le Conseil a refusé la possibilité d'accorder une obligation de licencier à un opérateur privé, dans le cas où celui-ci se serait contenté de diffuser de simples extraits du répertoire SIRENE, car ce type de produit était déjà offert par l'INSEE.

**601. Nouveauté et reproduction.** - Le critère de nouveauté, exigé par la Cour, s'opposerait donc à toute reproduction du produit déjà diffusé sur le marché. Évidemment cette lecture restreint fortement la marge de manœuvre du titulaire du droit sur le bien indispensable, qui ne pourrait s'opposer à l'accès au bien essentiel que lorsque le tiers entend accomplir exactement la même activité en distribuant le même produit sur le marché dérivé<sup>1184</sup>. Ainsi interprétée, l'exigence de produit nouveau n'impose pas une exigence très lourde à celui qui réclame l'accès à l'infrastructure essentielle.

1184. Cette lecture, quoique critiquée, nous paraît tout à fait recevable encore que cette condition nous semble surabondante. En effet, cette exigence, même si ses effets sont, *in fine*, assez limités, conduit, sur le plan des principes, lors de l'application de la théorie des infrastructures essentielles, à traiter de manière différenciée la propriété corporelle et les propriétés intellectuelles. Et, il n'y a en apparence aucune raison qui puisse justifier ce traitement privilégié. La Commission l'avait d'ailleurs fait valoir dans sa décision NDC (préc.), certains auteurs, l'ont aussi signalé (J-B.BLAISE, préc.) : il n'est pas nécessaire qu'un refus de livrer empêche l'apparition d'un bien nouveau pour qu'il soit considéré comme un abus dans le domaine des biens matériels. La Cour de justice ayant toujours considéré que le refus de licencier – même s'il émanait d'une entreprise en position dominante – n'était pas, en tant que tel, abusif, peut-être que cette condition supplémentaire tendrait à renforcer la protection du producteur de l'expropriation explicite qui résulte de l'application de la théorie des infrastructures essentielles ; qu'elle permet de mieux concilier les intérêts du titulaire du droit de propriété et ceux des nouveaux entrants – encore que vu ses effets, la force d'un tel argument est faible. Toutefois, c'est aussi une prérogative de tout propriétaire d'exclure les tiers à l'usage de son bien. Pas plus que dans le cas des propriétés intellectuelles une telle exclusion ne peut être considérée comme abusive lorsqu'elle émane d'une entreprise titulaire d'une position dominante. Ce sont, additionnée à cette prérogative discrétionnaire, d'autres facteurs qui expliquent l'abus. En outre, il s'avère, que l'intérêt des consommateurs n'est pas satisfait de la même façon dans les deux cas de figure. Selon l'avocat général A.

## *2. La condition de produit nouveau et les données publiques*

**602.** Au-delà de ces interrogations, il convient de considérer le critère du produit nouveau – selon son interprétation la plus probable – dans ses rapports avec les productions du secteur public. Du point de vue juridique, le Conseil de la concurrence mais aussi le Conseil d'Etat y ont fait référence. Ce dernier, par une formule voisine de celle employée par l'avocat général A. TIZZANO, a dit que le caractère excessif des droits perçus par l'Etat lors de la communication des données publiques constituait un abus de position dominante lorsque ces données apparaissaient comme une ressource essentielle « pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'Etat »<sup>1185</sup>. La solution est aussi acquise au plan interne, l'accès aux données publiques suppose que le secteur privé réalise des produits comportant une valeur ajoutée par rapport à ceux qui sont diffusés par les organismes publics. Sous les réserves formulées plus haut, rien ne s'oppose à ce que cette solution soit transposée dans cette matière.

Évidemment, la question de l'exigence d'un produit nouveau ne devrait plus se poser dans le cadre de l'application de la directive 2003/98/CE. Elle ne subordonne en aucun cas l'accès aux bases de données publiques à la création d'un produit nouveau. On réservera cependant l'hypothèse dans laquelle la loi dit que la réutilisation ne peut s'entendre d'un usage de l'information publique réalisé dans le même objet que celui du service public pour lequel les données ont été établies.

Toutefois, une question se pose encore. Peut-on exiger d'une entreprise qu'elle se conforme à cette obligation lorsque les données, ou la base de données en cause, constituent un élément d'un réseau d'utilité publique dont l'usage est réglementé ? Les dispositions du Code des Postes et communications électroniques autorisent la communication<sup>1186</sup> de la liste des abonnés aux fins d'établissement d'annuaires ou de services de renseignements concurrents de ceux réalisés par l'opérateur chargé de l'élaboration de l'annuaire universel. Dans ce cas, la condition de réalisation d'un produit nouveau n'a pas lieu d'être. La mise à disposition de la liste des abonnés est indépendante de toutes considérations relatives aux qualités du produit diffusé. D'ailleurs, d'une manière générale, on voit mal comment le droit

---

TIZZANO, la condition de produit nouveau apparaît nécessaire pour concilier les intérêts du titulaire de la facilité à ceux du demandeur, la balance penchant au profit du second que lorsque l'intérêt des consommateurs est satisfait par l'apparition d'un produit nouveau. Mais, dans les cas où la théorie des infrastructures essentielles a été appliquée à des biens matériels, il ne nous semble pas que l'intérêt des consommateurs ait été ainsi entendu. La protection des intérêts des consommateurs, qui est l'objectif premier de l'article 86, serait aussi, nous semble-t-il, satisfaite par la multiplication d'un produit identique à celui réalisé par le titulaire de l'infrastructure. La diversification des offres est en effet profitable aux consommateurs ou aux clients lorsqu'elle provoque une diminution des prix.

1185. Cons. conc. avis 01-A-18, préc.

1186. Article L. 34 du Code des Postes et des communications électroniques.

de la concurrence pourrait imposer une solution plus restrictive que celle qui est posée par la réglementation sectorielle. Il faut donc en conclure que cette exigence ne pourra être imposée.

### *3. Le dépassement de la condition de produit nouveau ?*

**603.** - Le mode interrogatif s'impose ici car la jurisprudence n'est pas stabilisée<sup>1187</sup> ; l'évolution que semble avoir dessiné le tribunal de première instance des communautés à l'occasion de l'arrêt Microsoft est en effet suspendue à une confirmation par la Cour de justice. Néanmoins, la solution de l'arrêt Microsoft mérite d'être signalée, elle consacre un dépassement de l'exigence de produit nouveau, qui devient, ou redevient, un simple élément d'appréciation (parmi d'autres) du préjudice causé au consommateur par l'auteur du refus de donner accès à un bien protégé par un droit de propriété intellectuelle et non plus la seule condition à travers laquelle ce comportement devait être apprécié.

Si elle venait à être confirmée, cette décision permettrait de remédier à deux difficultés posées par l'exigence de produit nouveau. En effet, d'un point de vue théorique, la condition de produit nouveau conduit, au titre de l'application de la théorie des infrastructures essentielles ou de la jurisprudence traditionnelle relative au refus de vente, à traiter d'une manière différente la propriété des biens matériels de celles relatives aux biens immatériels. A travers la condition de produit nouveau, les titulaires d'un droit de propriété intellectuelle bénéficient ainsi d'un surcroît de protection sans que les raisons de ce traitement aient été justifiées ou expliquées. D'un point de vue pratique ensuite, il s'avère que, dans certaines affaires, la condition de produit nouveau peut être particulièrement délicate à mettre en oeuvre. Tel était, nous semble-t-il, le cas de l'affaire Microsoft. En l'espèce, pour faire échec à la décision de la Commission, Microsoft objectait que celle-ci n'avait pas établi que son comportement faisait échec à l'apparition d'un produit nouveau. En réalité, la Commission ne s'était pas du tout placée sur ce terrain puisque, eu égard aux circonstances de l'affaire, elle avait préféré apprécier le refus d'accès aux informations par rapport à son incidence sur le développement technique et le bien-être du consommateur. Le débat devant le tribunal aura quand même lieu au regard de la condition de produit nouveau et la Commission retorquera à Microsoft que, quand bien même ses concurrents, lésés par son refus de communiquer des informations nécessaires à l'interopérabilité, ne produiraient que des systèmes d'exploitation, la condition de produit nouveau serait néanmoins remplie. On l'a aperçu. Mais, la Commission va rajouter aussi que dans la décision attaquée, « elle ne s'est pas limitée à la simple analyse du critère du produit nouveau tel que défini dans l'arrêt IMS Health (...) elle aurait, en effet, examiné ce critère au regard de l'interdiction prévue par l'article 82, second

<sup>1187</sup>. IDOT (L.), « Arrêt Microsoft : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 », Rev. Europe, 12 décembre 2007, Etude n°22

alinéa, sous b), CE des pratiques abusives consistant à limiter le développement technique au préjudice des consommateurs. Ainsi, elle aurait vérifié avec un soin particulier que le refus reproché à Microsoft était un refus de permettre l'innovation subséquente, c'est-à-dire le développement de produits nouveaux, et non un simple refus d'autoriser la reproduction » C'est sur ce terrain que se placera finalement le tribunal même s'il semble quand même, au moins formellement, ne pas se détacher complètement de l'exigence posée par la Cour de justice. Tout en se plaçant sous la houlette des arrêts anciens, tels que Zoja ou Magill, en rappelant cette évolution jurisprudentielle, il confirmera la Commission en disant : « Il y a lieu de relever que la circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau, telle qu'elle est ainsi envisagée dans les arrêts Magill et IMS Health (...), ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b). Ainsi, il ressort du libellé de cette disposition, un tel préjudice peut survenir en présence d'une limitation non seulement de la production ou des débouchés, mais aussi du développement technique. » La condition d'appréciation du refus n'est donc plus le produit nouveau mais le préjudice au consommateur, qui s'évalue à travers la limitation des débouchés ou le développement technique. Une telle analyse, si elle venait à être confirmée, offrirait une large palette d'éléments permettant d'apprécier les conséquences du refus de livrer des données en licence des informations couvertes par des droits de propriété intellectuelle, plus en rapport avec les objectifs du droit de la concurrence, que la condition de produit nouveau considérée isolément.

## B. Les conditions relatives au refus

**604. Formes du refus.** - D'abord, il convient d'observer que le refus de l'organisme public de contracter avec un opérateur privé pour la fourniture d'informations peut prendre plusieurs formes. Il peut être direct, lorsque l'organisme public refuse simplement de contracter ou indirect lorsqu'il impose des conditions d'accès discriminatoires de nature à écarter ses demandes<sup>1188</sup>. Mais, indépendamment de leurs formes, les deux situations sont, eu égard à leurs effets, assimilables. Cela dit, on verra la condition de l'effet d'éviction (1), puis celle de son éventuelle justification (2).

---

1188. BAZEX (M.), « Entre concurrence et régulation. La théorie des facilités essentielles. », *Rev. Concurrence consommation*, n° 119 janvier-février 2001.

## 1. L'effet du refus

**605. Eviction sur des marchés apparentés.** - L'effet du comportement restrictif du détenteur de la facilité essentielle sur le marché apparenté est primordial : il conditionne l'application du droit de la concurrence. Lorsqu'une facilité essentielle est en cause, cet effet est mécanique dès lors que la réalité du caractère indispensable du bien est établie. Dans le domaine de l'information publique, la jurisprudence a toujours constaté que le comportement de l'organisme public était de nature à éliminer toute concurrence sur les marchés apparentés<sup>1189</sup>. La structure même des marchés de l'information publique appelle cette conclusion. Le plus souvent, on est en présence d'un marché monopolisé par la personne publique duquel découle la production d'informations, d'un marché de la diffusion commerciale de ces informations, sur lequel l'organisme public est en concurrence avec des opérateurs privés et sur lequel, parfois, des obligations de diffusion de l'information au titre du service public lui sont imposées et, enfin, d'un marché intermédiaire où l'opérateur public cède ses ensembles informationnels aux opérateurs privés. Le refus d'accès sur le marché intermédiaire provoque alors l'éviction de l'opérateur privé sur le marché dérivé. Par exemple, les conditions restrictives d'accès au répertoire SIRENE interdisaient aux tiers de se maintenir sur le marché dérivé des fichiers de prospection. Il en allait de même dans le cas de l'annuaire de France télécom.

**606. Eviction du marché sur lequel la facilité essentielle est détenue.** - Même si pour l'heure aucune application n'en a été faite dans le secteur de l'information publique, il faut admettre que, depuis la décision IMS, l'effet d'éviction peut aussi se manifester sur le marché sur lequel le titulaire du bien essentiel détient une position dominante. En l'espèce, le seul marché pertinent défini par la Commission était celui de fourniture de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques. Or, les tiers à la facilité produite par IMS nécessaire au formatage desdites informations voulaient investir ce marché. Lors des débats, la question s'était posée de savoir, s'il était nécessaire pour l'application de la théorie des infrastructures essentielles de distinguer deux marchés. La Cour va reconduire cette exigence, mais sa réponse est assez ambiguë. En suivant les conclusions de l'avocat général TIZZANO, elle identifiera le marché de la facilité, qui en l'occurrence est un marché complètement virtuel étant donné qu'il n'y a pas de commercialisation autonome du bien en cause et qui se révèle essentiellement par la demande des « *entreprises qui entendent exercer l'activité pour laquelle ils sont indispensables* ». Ainsi, le marché hypothétique du bien indispensable se trouve défini à travers la demande d'accès au marché dérivé. Cette approche n'est cependant pas isolée, elle est immédiatement complétée dans le texte de l'arrêt par un second élément hérité de l'argumentation développée par la Commission. La Cour dit « qu'il est déterminant

<sup>1189</sup>. V. Les affaires, Cegedim, France télécom, SHOM (*infra*), GLEM (*infra*).

que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit amont est indispensable au produit aval». Dans ses observations, la Commission avait en effet défendu l'idée selon laquelle la distinction entre deux marchés n'était pas nécessaire à l'application de la théorie des infrastructures essentielles. La facilité devrait seulement se trouver à un stade de production situé en amont « *et qu'elle constitue un input nettement distinct pour la production d'un bien ou d'un service en aval* ». Pour opérer la discrimination, il suffira alors d'identifier une création de valeur ajoutée.

De fait, au sein de l'arrêt de la Cour, la détermination du marché primaire (hypothétique) se fait à rebours, non plus fonction des qualités du produit, mais de son caractère indispensable pour une autre production<sup>1190</sup>.

## 2. Les justifications du refus

**607. Types de justifications.** - Le refus d'accès à une base de données publique peut prendre appui sur des justifications de nature à écarter le grief d'abus de position dominante. Si l'on met de côté l'invocation d'un droit de propriété intellectuelle, dont on a vu qu'elle ne constituait pas une justification au refus d'accès, il reste à analyser d'une part, « les justifications objectives » (a) visées par la jurisprudence, ainsi que les justifications issues de l'article 86§2 TCE (b).

### a. Les justifications objectives

**608. Justifications et biens immatériels.** - Même s'il n'existe pas de véritable définition des raisons permettant de justifier le refus de donner accès à un bien essentiel, l'étude de la jurisprudence appliquée aux cas de refus de vente ou de détention d'infrastructure essentielle révèle que plusieurs types de considérations peuvent être avancés par l'entreprise à l'origine du comportement pour mettre en échec la détermination d'un comportement abusif. Elles sont d'ordre technique ou commercial. Cependant, parce qu'elles ont principalement été dégagées à propos du commerce de biens matériels, leur transposition à la situation d'organismes publics refusant de licencier des entreprises privées pour l'exploitation des informations qu'ils produisent n'a pas toujours de véritable pertinence. Par exemple, la contrainte d'espace ou de capacité de production n'a pas lieu d'être s'agissant d'information qui peut être reproduite autant de fois que cela est nécessaire pour répondre à

---

1190. BENABOU (V.-L.), préc.



la demande. Quant à l'existence de justifications d'ordre commerciale, l'argument est faible lorsqu'on l'applique à un organisme public chargé d'une mission de service public pour lequel le commerce de l'information n'est au fond qu'un accessoire. Il est vrai toutefois qu'il serait encore possible d'envisager l'applicabilité de deux raisons particulières. La première est liée à la sécurité publique, le commerce des données peut, lorsque leur diffusion au titre du service public tend à remplir une fonction liée à la sécurité, perturber, voire compromettre, l'exercice de cette mission a seconde est liée à la situation du tiers demandeur. Avant d'envisager la possibilité pour les organismes publics de se prévaloir de ces raisons, il faut signaler qu'elles n'ont que très rarement été retenues par la jurisprudence quoi qu'elles existassent. En effet, la présence d'une raison objective ne suffit pas à légitimer le refus, encore faut-il, dans cette situation, que l'obstacle qu'elle représente soit insurmontable<sup>1191</sup>.

**609. Les justifications liées à la sécurité publique.** - Les justifications liées à la sécurité publique concernent uniquement les organismes publics chargés de diffuser dans le cadre de leur mission des informations nécessaires ou utiles à la sécurité. On pense ici, évidemment, aux activités de la météorologie nationale, qui affectent la sécurité de la navigation aérienne, à celle du service hydrographique de la marine, qui affecte la sécurité de la navigation maritime ou encore la diffusion dans le cadre de leur mission par les concessionnaires d'autoroute ou par l'Etat, d'informations relatives à la sécurité routière. Dans ces hypothèses, toute la question est de savoir si le refus de fourniture de l'information est indispensable pour assurer la mission de service public dont est chargé l'organisme en cause. La question a été soulevée dans l'affaire Météo France, elle a fait l'objet d'interprétations divergentes de la part du Conseil et de la Cour d'appel de Paris. La direction de la météorologie nationale prétendait que la fourniture des messages élaborés pour les besoins de la navigation aérienne à des opérateurs privés serait de nature à affecter la sécurité de la navigation aérienne. En plus, une fois l'information diffusée auprès du secteur privé, l'Etat n'aurait plus eu la possibilité de contrôler « ni la disponibilité ni la conformité aux règles des informations fournies » engendrant ainsi « une confusion quant aux responsabilités en cause dans la diffusion d'informations touchant au premier chef la sécurité ». La Cour d'appel de Paris rejette cette argumentation. La Cour estime que « le refus inconditionnel opposé par la DMN doit être indispensable pour lui permettre d'accomplir sa mission d'assistance météorologique à la navigation aérienne et proportionnée aux contraintes objectivement vérifiables de sécurité qu'elle impose (...) que la DMN a la faculté de se réserver conventionnellement la possibilité de transmettre ces données qu'à des professionnels capables de les traiter correctement et de vérifier les modalités de leur rediffusion (...) que dès lors qu'elle a la possibilité de satisfaire par des réserves contractuelles aux impératifs de

<sup>1191</sup>. Décision 98/190/CE de la Commission du 14 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/ 34.801 FAG – *Flughafen Frankfurt / Main AG*) JOCE n° L 072 du 11 mars 1998, p. 30

sécurité dont elle justifie, la DMN ne peut soutenir que le refus de transfert qu'elle oppose à la société SJT est indispensable pour assurer sa mission de service public ». Le Conseil de la concurrence, puis la Cour de cassation ont considéré que le refus de fourniture de l'information était légitimé par la considération selon laquelle la DMN ne commercialisait pas les messages qu'elle avait refusé de livrer auprès du public. Quoi qu'il en soit, l'arrêt d'appel montre si besoin en était le caractère restrictif de l'appréciation des raisons objectives pouvant être invoquées à l'appui d'un refus d'accès à un bien essentiel. Plus généralement, il nous semble que la possibilité de satisfaire par des réserves contractuelles aux contraintes de sécurité, d'autant plus que le plus souvent les destinataires de l'information sont dans l'obligation de s'adresser à l'organisme public peut suffire. De plus, les contrats liant les opérateurs publics et privés (voir *infra*) prévoient souvent la possibilité pour l'administration de procéder à des sondages auprès de ses rediffuseurs pour garantir la conformité des données diffusées.

**610. Les justifications liées au tiers demandeur.** - Dans quelle mesure la situation du tiers demandeur peut-elle justifier le refus d'accès à une base de données publiques ? Le demandeur peut ne pas disposer des compétences techniques nécessaires pour traiter correctement les informations auxquelles il demande l'accès. Il peut aussi user de l'information de manière à nuire à l'image de l'organisme public, en diffusant des données de mauvaise qualité ou erronées. Si l'on peut penser que dans la première situation l'absence de compétence peut justifier le refus, à condition bien sûr, pour l'organisme public, d'en apporter la preuve<sup>1192</sup>, dans la seconde hypothèse, il ne s'agit pas d'un obstacle insurmontable. En effet, comme l'a souligné la Cour d'appel dans l'affaire Météo, l'organisme diffuseur a toujours la possibilité de s'assurer de la qualité et de la fiabilité des informations diffusées par des réserves contractuelles. La pratique est d'ailleurs en ce sens. Plusieurs dispositions des contrats de rediffusion de l'information publique contiennent des clauses tendant à assurer un contrôle des informations diffusées. À dire vrai, tous les contrats que l'on a pu consulter, de l'INPI pour le RCS, des journaux officiels pour le BODACC, de Wanadoo data pour les données de l'annuaire ou encore de l'INSEE pour les données du répertoire SIRENE prévoient un « droit d'audit » de l'organisme public sur l'activité de son rediffuseur<sup>1193</sup>. Par ailleurs, pour améliorer la qualité de certaines données diffusées, le tiers est, dans certains cas, contraint de s'abonner aux mises à jour de la base de données en cause selon la périodicité qu'il choisit. Ces dispositions permettent, autant que faire se peut, d'éviter la commercialisation de données obsolètes sur le marché. Ainsi, l'opérateur public a toujours

1192. Dans l'affaire Hugin's la Commission a admis que l'absence de compétence peut conduire au refus. Cependant, la perte de compétence ne doit pas découler d'un comportement délibéré de l'entreprise dominante. Décision de la Commission, 78/68/CE su 8 décembre 1977 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité (IV/ 29.132 – *Hugin/Liptons*)

1193. Voir par exemple l'article 7.4 de la licence R2a de rediffusion de la base de données SIRENE disponible sur le site de l'institut.

la possibilité de s'assurer de la disponibilité des données et des conditions de leur traitement. De plus, du point de vue de la responsabilité, pour éviter toute confusion entre l'opérateur public et privé en cas de litige consécutif à la communication par ce dernier d'une information erronée, ils sont contraints de mentionner les sources d'informations en indiquant qu'il s'agit d'un produit privé.

En conséquence, l'existence de ces réserves contractuelles qui permettent aux opérateurs publics d'assurer un contrôle sur validité des informations communiquées ne nous semble pas les autoriser à refuser l'accès à l'information qu'ils détiennent en arguant des risques qu'une telle rediffusion ferait courir pour leur responsabilité ou la qualité des données communiquées.

### **b. Les justifications liées au bon accomplissement d'une mission d'intérêt économique général**

**611.** Les dispositions de l'article 86, §2, du TCE permettent d'écarter l'application du droit de la concurrence lorsque celle-ci compromettrait en droit ou en fait la mission d'intérêt général confiée au titulaire de droit spéciaux ou exclusif. Cette justification trouve bien sûr à s'appliquer au cas d'organismes publics bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux pour la production ou la diffusion d'informations. Rares sont les organismes publics bénéficiant d'un tel droit (v. *supra*). Mais, même dans l'hypothèse où la diffusion de l'information se présente comme un service distinct de la mission de service public sur laquelle porte le droit exclusif, les dispositions de l'article 86, §2, TCE peuvent entrer en jeu. En effet, quelle que soit la situation de l'organisme public, la réservation d'un marché apparenté lui est toujours possible en invoquant, par exemple, l'exercice de droits privatifs. La spécificité de la matière autorise ici, à l'appui des dispositions de l'article 86, §2, les justifications les plus diverses<sup>1194</sup>. Elles sont issues, tantôt, de la détention de droits privatifs, de la protection des données personnelles, de raisons touchant à la sécurité publique ou plus simplement de l'exercice de droits exclusifs ou spéciaux. Compte tenu de cette variété, nous présenterons les différents cas de figure en soulignant que ces législations n'ont jamais été retenues comme facteurs justificatifs de l'exclusion de la concurrence.

C'est encore à l'occasion de l'affaire MAGILL que cette justification a été avancée. En effet, les chaînes de télévision en cause dans ce litige étaient, au moins pour deux d'entre-elles, des organismes publics. RTE avait ainsi pour mission d'assurer un service national de radiotélédiffusion pour lequel elle bénéficiait d'un monopole légal. Pour écarter l'application du droit de la concurrence aux pratiques qui lui étaient reprochées, RTE avait, devant le

<sup>1194</sup>. IDOT (L.), note sur CA Paris, 7 février 1994, *CMS c. France Télécom*, *Rev. Europe*, avril 2004 comm. 157.

tribunal de première instance des communautés, dit que l'obligation de transmettre les informations relatives à la grille de programme élaborée à l'occasion de son activité constituait un obstacle à l'accomplissement d'une mission culturelle en tant que la publication d'un magazine de télévision lui aurait permis d'assurer la promotion de programmes en langue irlandaise. Le tribunal ne retint pas son argumentation. L'exercice de la mission de service public consistant à diffuser des programmes destinés à des minorités et l'activité de publication des grilles desdits programmes n'entretiennent, entre eux, aucun lien. Dès lors, l'admission de la concurrence sur le marché apparenté ne peut empêcher le bon déroulement de la mission. Le tribunal note en premier lieu que le texte qui institue ses obligations de service public ne l'autorise pas à se réserver le marché des grilles. En second lieu la publication des magazines généraux par des tiers ne peut pas porter atteinte aux objectifs du service public invoqués par la requérante.

Dans l'hypothèse Magill, qui est au fond la configuration dans laquelle se retrouvent la plupart des organismes publics fournisseurs d'informations, le commerce de produits informationnels représente un « service spécifique » - au sens de "l'arrêt Corbeau"<sup>1195</sup> - distinct de l'activité sur laquelle porte le droit exclusif des organismes publics. Il s'agit en effet de services qui sont dissociables des obligations d'intérêt général imparties aux organismes publics producteurs de l'information et qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques. La constitution d'une base de données propre à la diffusion commerciale exige d'ailleurs que des prestations supplémentaires soient effectuées. Ce n'est pas le fichier établi pour le service public qui est commercialisé. Or, dans ce cas, selon la jurisprudence de la Cour de justice, par principe, l'exclusion de la concurrence ne se justifie pas<sup>1196</sup>. Encore faut-il, comme l'a rappelé le Conseil de la concurrence à propos de l'analyse des pratiques du SHOM sur le marché que cette exclusivité soit nécessaire à l'équilibre du service d'intérêt général en permettant des compensations entre des secteurs rentables et non-rentables de l'activité de l'organisme public. Aussi, il faudrait examiner au cas par cas si la diffusion de produits informationnels par les organismes publics met en jeu l'équilibre financier du service d'intérêt général. Pour certains d'entre eux le doute n'est pas possible, l'équilibre financier de l'Etat ne peut pas être mis en cause par l'admission de la concurrence sur les marchés où des services ministériels commercialisent des données publiques, pareillement pour certaines entreprises publiques. En revanche, la question est plus pertinente s'agissant de certains établissements publics dont les recettes commerciales égalent ou dépassent les financements publics au sein de leur budget. Indubitablement, ici, l'exclusivité pourrait se justifier en prenant en compte le fait que les opérateurs privés n'étant pas astreints à des obligations de service public proposeraient sur le marché des prix inférieurs à ceux pratiqués par l'organisme public, ce qui inévitablement réduirait leurs recettes commerciales et compromettrait à terme l'exercice effectif de sa mission.

<sup>1195</sup>. CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91 Rec. P.2533

<sup>1196</sup>. CJCE, 25 octobre 2001, *Firma ambulanz Glockner c. Landkreis südwestpfalz*, aff. C- 475/99

Maintenant, il faut bien voir que le secteur de l'information est spécifique et que si l'exclusion de la concurrence peut s'avérer nécessaire, elle n'est pas forcément proportionnée. En ce sens, il existe d'autres moyens, moins restrictifs, pour assurer le financement de l'activité. Les organismes publics étant, le plus souvent, fournisseurs exclusifs de l'information, l'ouverture du marché aval leur permettrait – dans la pratique c'est déjà le cas – de tirer une source de revenu très importante des licences de rediffusion accordées au secteur privé. On peut imaginer que l'organisme public compenserait les pertes consenties sur le marché dérivé – consécutive à l'entrée sur le marché de concurrents – par les recettes générées sur le marché intermédiaire de la fourniture de l'information, ce qui permettrait d'écarter l'application de l'article 86, §2.

En dehors d'un empêchement économique, l'application du droit de la concurrence pourrait bien sûr contrarier, en droit, l'accomplissement de la mission de service public. L'argument avait été invoqué par France Télécom dans un litige l'opposant à un éditeur d'annuaires professionnels à propos de la fourniture d'une série de coordonnées qui ne comportait pas les informations relatives aux personnes inscrites sur liste orange<sup>1197</sup>. Le refus de l'opérateur public de communiquer aux fins d'édition d'un autre annuaire les données de la liste orange prenait appui sur les dispositions de l'article R. 10-1 du Code des P & T qui interdisait « *l'usage à des fins de diffusion dans le public des informations inscrites en liste orange.* » L'opérateur public était donc tenu de respecter le droit des usagers qui s'étaient opposés à ce que leurs données personnelles fassent l'objet d'un traitement en refusant de les communiquer à des fins de publication ou de commercialisation. L'application du droit de la concurrence aurait conduit l'opérateur public à violer ces dispositions qu'il appliquait dans le cadre de sa mission. Pourtant, la Cour d'appel puis la Cour de cassation, selon des modalités partiellement divergentes, vont admettre l'applicabilité du droit de la concurrence. Mais la solution, une fois encore, est guidée par l'existence de dispositions sectorielles. La Cour d'appel de Paris n'envisagea pas les dispositions de l'article 90, §2, elle considéra que les dispositions de l'article R-10-1 constituaient un droit exclusif au sens de l'article 90, §1, dont il fallait écarter l'application pour satisfaire les interdictions figurant à l'article 86 TCE. L'arrêt d'appel est cassé sur ce point, il n'a aucunement tenu compte de l'obligation qu'avait France Télécom de respecter la réglementation sur les données personnelles. Toutefois, le comportement est par ailleurs validé. L'argumentation de la Cour de cassation s'articule autour de deux points. Premièrement, la publication d'annuaires ne fait pas partie du service public confié à France Télécom. Il s'agit encore ici d'un service distinct : le marché a été libéralisé par la loi du 29 décembre 1990. En second lieu, pour concilier l'existence d'un marché ouvert à la concurrence – qui nécessite que ces informations soient communiquées – avec les dispositions de la loi du 6 janvier 1978, la Cour admet qu'il ne fallait pas faire une interprétation stricte des dispositions de l'article R. 10-1. En l'espèce, les données ne font l'objet d'autre traitement que celui d'une insertion dans un autre annuaire. Or, la liste

<sup>1197</sup> . CA Paris, CMS c. France Télécom, *JCP* éd. G 1995, II, 648 note F. DUPUIS-TOUBOUL

orange n'a été établie que pour protéger les abonnés contre les sollicitations commerciales. Il suffisait à l'opérateur public d'indiquer aux éditeurs privés de ne pas rediffuser les listes d'abonnés de la liste orange pour respecter ses obligations.

La solution, quoique critiquable sur ce dernier point, puisque rien n'est prévu pour contrôler l'usage par les éditeurs des listes communiquées, est admissible sur le fond puisqu'elle devait concilier l'existence de deux réglementations contradictoires. Elle induit deux remarques. L'argumentation tirée de l'application de l'article 86, §2, est toujours plus difficile à admettre lorsqu'on est en présence de services qui sont dissociables de l'activité d'intérêt général et qui ne sont pas recouverts par le droit exclusif. Ensuite, il faut souligner que la législation sur la protection des données personnelles peut difficilement constituer un argument en faveur du refus d'accès. Toute une série de moyens peuvent être mis en œuvre pour s'assurer du respect de ces dispositions sans compromettre l'accès à l'information.

Cela dit, l'applicabilité du droit de la concurrence peut ne pas être contesté à propos d'un service distinct de l'activité sur laquelle porte le droit exclusif, mais sur l'activité monopolisée elle-même. On prendra l'exemple du projet de décret confiant un droit exclusif à l'IGN pour la confection d'une infrastructure d'information : le référentiel à grande échelle (RGE). Même si le gouvernement a partiellement renoncé à son projet au sein du décret du 22 novembre 2004<sup>1198</sup>, le raisonnement demeure identique. L'article 3-1 du projet de décret confiait à l'institut pour une durée de six ans un droit exclusif pour constituer, tenir à jour et diffuser les données RGE, notamment auprès d'autres acteurs publics (acheteurs obligés des données du RGE si elles correspondaient à leurs besoins). En contrepartie, l'IGN est astreint à des obligations de transparence et de tarification pour faciliter l'accès à l'information qu'il contient. Le Conseil de la concurrence qui s'est prononcé sur le projet de décret<sup>1199</sup> a émis un avis défavorable à l'octroi d'un tel droit. En effet, rien, sauf la volonté du gouvernement de régulariser juridiquement une situation particulière, ne peut justifier en droit ou en fait ce droit exclusif de production et de diffusion de l'information. La condition de nécessité n'était pas, eu égard à la mission de service public de l'IGN, satisfaite. L'autorité garante de la concurrence a pu ainsi observer qu'« aucun autre élément du dossier n'établit la nécessité pour l'IGN de bénéficier d'une telle exclusivité pour remplir la mission qui lui a été confiée, ni à titre temporaire, ni à titre permanent, alors qu'il disposera, en tout état de cause, pour son référentiel à grande échelle, de la protection accordée par le droit de la propriété intellectuelle aux bases de données et aux marques. Par ailleurs, la limitation à six ans de

1198. Décret du 22 novembre 2004, relatif à l'institut de géographie nationale, JO du 24 novembre 2004, p 19876. TERNEYRE (P.), « le nouveau statut de l'institut de géographie nationale ou comment le droit de la concurrence vient s'immiscer dans tous les secteurs de l'action publique. » *Rev. Lamy de la concurrence*, n° 2 février 2005, p. 49

1199. Cons. conc., avis n°04-A-12 du 30 juin 2004, relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par l'Institut de géographie nationale (IGN), BOCC du 26 avril 2005

l'exclusivité accordée se justifie difficilement, s'agissant d'un référentiel dont la raison d'être tient à sa pérennité. Une telle limitation apparaît, en effet, en contradiction directe avec le caractère d'intérêt général reconnu à la mission de réaliser, diffuser et mettre à jour le RGE, qui du fait même de son actualisation constante devra être assurée au-delà de six ans ». Bref, l'octroi d'un droit exclusif, limité dans le temps pour la production et la diffusion de l'information ne se justifiait pas vraiment aux regard des exigences de l'article 86§2. Néanmoins, le Conseil d'Etat dans un arrêt du 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de géomatique*, est venu valider le décret modifié suite à l'intervention du Conseil de la concurrence. Il a en effet estimé que l'établissement du droit exclusif pour la constitution, la mise à jour et la diffusion du RGE, conduisant L'IGN a bénéficié de clients et de fournisseurs obligés, été nécessaire eu égard à “ la cohérence d'ensemble du dispositif, l'ampleur de l'urgence, ainsi que l'investissement qu'il représente et la rentabilité incertaine de certains de ses constituant, justifient la concentration de moyens financiers et humains sur un seul opérateur”. Ces éléments n'avaient pas forcément convaincu le Conseil de la concurrence. Quant à la proportionnalité entre le droit exclusif et l'atteinte à la concurrence, elle est liée au caractère limité de ce droit. En effet, “les services de l'Etat et ceux des établissements publics qui sont tenus d'y recourir que lorsque les données qu'il contient correspondent à leurs besoins.”

### C. L'absence d'exploitation par les personnes publiques des informations sur le marché

**612. Problématique générale.** - Le droit de la concurrence, à lui seul, peut-il imposer à un opérateur économique de partager un bien couvert par un droit de propriété avec un tiers alors que lui-même ne l'exploite ni directement ni indirectement sur le marché dérivé ? Cette question générale produit une résonance particulière dans le domaine de l'information du secteur public car ce cas de figure n'est pas envisagé par les dispositions de l'ordonnance. En peu de mots, celle-ci ne fait qu'aménager les conditions d'accès lorsque l'autorité administrative a pris la décision de diffuser l'information. Elle n'institue pas de droit à la réutilisation de l'information non diffusée. Aussi, la question de savoir si les organismes publics peuvent être contraints de communiquer une information alors qu'ils n'entretiennent aucun rapport de concurrence réels ou potentiels avec des opérateurs privés dépend de la question apportée à la réponse précédente<sup>1200</sup>.

1200. Evidemment, cette question ne se pose pas lorsque les activités informationnelles du secteur public ne peuvent pas être qualifiées d'économiques, l'application du droit de la concurrence étant ici exclue. Ainsi, la Cour de cassation — d'une manière assez critiquable toutefois (voir L.Idot, note sur Cas. Com., 12 décembre 1995, *Min. de l'équipement et du logement — Direction de la météorologie nationale c. Société du Journal Téléphoné*, *CJEG* mai 1996 p. 180) — avait estimé que les données météorologiques n'étant pas utilisées à des

Certains auteurs ont signalé qu'en France les autorités de contrôle de la concurrence avaient tendance à appliquer la théorie des infrastructures essentielles même en l'absence de rapports de concurrence entre le détenteur de la facilité et le tiers sur le marché dérivé<sup>1201</sup>. De telle sorte que le détenteur de la facilité serait contraint à en accorder l'accès même s'il n'opérait pas sur le marché dérivé. On pourrait alors envisager la possibilité d'accéder à un ensemble informationnel produit par le secteur public même si ce dernier ne serait pas présent sur le marché en cause. Cependant, il ne nous semble pas que ces affaires consacrent sans contestation possible cette idée.

**613. L'affaire numéricâble.** - Le Conseil de la concurrence a effectivement dit, dans un litige opposant France Télécom à un câblo-opérateur qui contestait le relèvement de la tarification de l'accès au réseau, que « la considération que France Télécom ne serait pas concurrent de NC numéricâble sur le marché de l'exploitation commerciale des sites concernés n'a pas à être prise en considération pour déterminer si l'accès à l'infrastructure possédée par France Télécom sur ces sites est essentiel pour que NC numéricâble puisse les exploiter. »<sup>1202</sup> Cette décision ne nous semble pourtant pas pouvoir être généralisée et expliquer que la théorie des infrastructures essentielle puisse s'appliquer même en l'absence de rapports de concurrence. Plusieurs arguments peuvent être avancés à l'appui de cette assertion.

Le premier d'entre eux gît dans la décision même. L'affirmation précédente intervient après que le conseil eut constaté qu'il existait des relations contractuelles entre le détenteur du réseau et son exploitant et que la prestation du titulaire du réseau était nécessaire à l'exercice des activités d'exploitation. Or, France Télécom était « *dans l'état actuel des équipements des sites en cause, seule en mesure de fournir* » cette prestation. De plus, le Conseil s'était aussi attaché à décrire le chiffre d'affaires réalisé par Numéricâble sur les sites du plan câble c'est-à-dire ceux sur lesquels le réseau appartenait à France Télécom. Or, l'essentiel des parts de marchés de l'opérateur étaient représentées par l'exploitation des sites du plan câble. Ces deux éléments font penser qu'on était en présence d'un état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce et non d'un abus de position dominante.

---

fins commerciales, ne pouvaient donner lieu à la définition d'un marché et partant à l'application du droit de la concurrence.

1201. MALAURY-VIGNAL (M.), L'abus de position dominante, préc. L'auteur précise aussi, en citant l'arrêt Magill qu'il s'agit aussi d'une tendance communautaire. Cependant, pour cette affaire, il nous semble difficile de dire qu'il n'existait pas de relation de concurrence entre les produits et les entreprises. Il s'agissait identiquement de guides hebdomadaires, le guide de Magill était général, les autres étaient respectifs à chaque radiodiffuseur (cf. concl. GULMANN sur CJCE, 6 avril 1995, *préc.* p. 773) Les radiodiffuseurs étaient donc biens présents sur le marché des guides hebdomadaires.

1202. Cons. conc., déc. 99-MC-01 du 12 janvier 1999, *relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société NC Numéricâble*



Quoique le Conseil hésite encore entre ces deux qualifications dans sa décision, il indique d'ailleurs à la fin que « *la brutalité et la hausse de la redevance (...) constituent, au cas d'espèce, un abus de position dominante que détiendrait France Télécom sur le marché de l'acheminement des signaux (...) ou de situation de dépendance dans laquelle elle tiendrait Numéricâble* », la Cour d'appel de Paris<sup>1203</sup>, confirmée par la Cour de cassation<sup>1204</sup>, retient seulement cette qualification. Si l'on raisonne alors uniquement sur la base de l'abus de dépendance économique, l'affirmation selon laquelle il ne serait pas nécessaire d'identifier l'existence d'un rapport de concurrence pour déterminer le caractère indispensable de l'accès à une toute autre portée. Elle est tout à fait nécessaire sauf à exclure la qualification même de dépendance économique puisque celle-ci ne concerne que les relations entre clients et fournisseurs et non pas des relations de concurrence. Plus spécifiquement ici, la présence d'une infrastructure essentielle permet de déterminer plus objectivement l'absence de solutions équivalentes pour la société dépendante. Il ne faut pas perdre de vue le fait que la doctrine des facilités essentielles n'est pas autonome par rapport aux qualifications qui l'accueillent. Il ne s'agit pas d'une qualification nouvelle permettant d'appréhender des comportements anticoncurrentiels spécifiques mais d'un élément spécifique d'appréhension des comportements anticoncurrentiels au sein de qualifications traditionnelles. En conséquence, si ces qualifications ne requièrent pas l'identification de rapports de concurrence pour s'appliquer, il n'est pas nécessaire d'en constater l'existence.

Maintenant, quand bien même le Conseil n'aurait pas entendu exprimer l'intention que nous voulons lui prêter, il convient d'évoquer d'autres éléments qui permettent de relativiser la portée de son affirmation. Même si on rejette l'explication reposant sur la qualification de dépendance économique, en ne retenant que celle d'abus de position dominante, l'autorité garante de la concurrence s'attache à monter, à titre subsidiaire, l'existence d'un rapport de concurrence entre France Télécom et l'opérateur exploitant le réseau. Or, si la volonté du Conseil avait été d'écarter l'existence d'un rapport de concurrence dans l'application de la théorie des facilités essentielles pourquoi s'attacher à en caractériser un ? Il explique en effet que France Télécom câble, filiale de France télécom « est concurrente de NC Numéricâble sur le marché de l'exploitation commerciale des réseaux sur lesquels les demandeurs sont les collectivités locales et les offreurs les exploitants et les câblo-opérateurs ; que, si NC Numéricâble se retirait de ce marché France Télécom câble pourrait, comme d'autres câblo-opérateurs se porter candidate à la reprise de l'exploitation des réseaux du plan câble exploité actuellement par NC Numéricâble ; qu'il n'est donc pas exclu que

1203. CA Paris, 15 mars 1999, *relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Numéricâble*, BOCC, 3 juin 1999

1204. Cas. com. 18 avril 2000, *relatif au pourvoi formé par la SA France Télécom contre l'arrêt rendu le 15 mars 1999 par la Cour d'appel de Paris contre une décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Numéricâble*, BOCC du 23 mars 2000

France Télécom câble puisse être en concurrence avec NC Numéricâble»<sup>1205</sup>. En fait ici le rapport de concurrence existait bien, seulement le Conseil envisage ce marché au plan national et non pas seulement sur les sites où Numéricâble disposait d'un monopole d'exploitation comme la requérante l'a avancé pour exclure l'existence d'un rapport de concurrence. Envisagé site par site, ce rapport ne peut effectivement exister puisque l'exploitant bénéficie d'une concession de service public en revanche sur le marché de l'exploitation commerciale des réseaux câblés, le titulaire et l'exploitant du réseau sont bien en concurrence pour l'accès à ces contrats de concession. La difficulté provient ici de la détermination du marché pertinent ; sont-ce les différents sites d'exploitation ou le marché de l'exploitation considéré dans son ensemble qui est en cause ? La Cour d'appel semble valider cette dernière approche en indiquant « *qu'en l'état du caractère déficitaire du marché de l'exploitation commerciale des réseaux câblés, seul en cause, le Conseil énonce avec pertinence qu'il ne peut être exclu que la société NC Numéricâble ne dispose d'aucune autre solution que d'utiliser ceux de la société France Télécom pour l'exploitation de ces sites et que ces infrastructures revêtent pour elle un caractère essentiel.* »<sup>1206</sup>

Si l'on fait abstraction de ces deux éléments, il nous reste à dire, sans trop y insister toutefois, que le Conseil n'aurait peut-être pas consacré une évolution aussi importante au détour d'une décision tendant à accorder des mesures conservatoires. En outre, il existait une réglementation sectorielle applicable dans ce domaine d'activité ou plutôt deux réglementations qui venaient à s'appliquer en même temps – le Conseil s'est d'ailleurs entouré des avis du CSA et de l'ART - la loi de 1986 sur la communication audiovisuelle et la loi de 1996 sur les télécommunications, il n'est pas impossible que le Conseil ait tenu compte de ces réglementations pour accorder l'accès à l'infrastructure plus facilement, sans tenir compte des rapports de concurrence eu égard à la situation de l'entreprise<sup>1207</sup>. Dans cette hypothèse, sa solution ne serait alors justifiée que par la présence d'une réglementation régissant l'usage d'un moyen essentiel, elle ne pourrait pas être généralisée aux cas où il n'existe pas de réglementations de ce type.

**614. Discussion.** - Si l'on met de côté cette décision qui ne semble pas définitivement consacrer l'idée selon laquelle l'application de la théorie des infrastructures essentielles pourrait avoir lieu sans que le détenteur de l'infrastructure n'intervienne sur le marché dérivé, sur le plan des principes, cette éventualité est difficilement admissible. Cela reviendrait au fond à considérer que le droit de la concurrence devrait, au-delà de l'objectif de

1205. CA Paris, déc. *préc.* Rares sont les auteurs qui ont mis en avant cet élément. M. WILLEM le soulève sans en tirer aucune conséquence (note Conseil de la concurrence déc. n° 99-MC-01, *Légipresse* n° 161, III, p. 65) et M. RICHER, pourtant critique sur cette décision n'en parle pas (Le droit à la paresse ? "Essential facilities", version française, *D.* 1999. Chr. 523.)

1206. CA Paris, déc. *préc.*

1207. Dans ce sens, LUCAS DE LEYSSAC (C.) et PARLEANI (G.), *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis droit privé.

fonctionnement concurrentiel des marchés, assurer celui de leur promotion. Or, l'abus de position dominante, dans lequel s'insère la doctrine des facilités essentielles, reste en dernière analyse un moyen de régulation des rapports concurrentiels sur le marché qui n'a pas été pensé pour assumer cet office. Une telle analyse serait alors difficilement conciliable avec les textes qui l'instituent, qu'ils soient français ou communautaires. Elle légitimerait l'accès à un bien, même lorsque son détenteur n'a pas l'intention d'intervenir sur le marché, dès lors qu'il s'avère essentiel pour l'activité d'autres opérateurs économiques. C'est très certainement la fonction de la théorie des facilités essentielles que de constituer la clé de voûte des politiques de régulation des activités de réseau, mais, dans le cadre de l'abus de position dominante, la présence d'une infrastructure essentielle ne constitue le plus souvent qu'un élément parmi d'autres pris en compte pour sanctionner le comportement d'une entreprise<sup>1208</sup>. En outre, à notre connaissance du moins, elle a toujours été appliquée lorsque son détenteur et le tiers étaient en concurrence sur un même marché<sup>1209</sup>. Même dans l'affaire NDC où la Cour n'a retenu l'existence d'un abus qu'en raison du refus opposé à l'accès à la structure, il était tout à fait possible d'identifier l'existence d'un rapport de concurrence.

1208. L'avocat général JACOBS l'a souligné dans ses conclusions sur l'affaire BRONNER : « il est clair que pour la Commission le refus de laisser accéder un concurrent à une infrastructure essentielle constitue en soi un abus, même en l'absence d'autres éléments comme la vente liée d'un produit ou d'une prestation, la discrimination à l'égard d'un concurrent indépendant (...) on peut cependant observer dans de nombreux cas traités par la Commission ces éléments étaient présents à des degrés différents. » Mais il est vrai comme le dit Mme IDOT (*préc.*) que dans l'affaire NDC, les autres éléments étaient absents, ils ont toutefois été remplacés par la considération selon laquelle la structure constituait une norme sectorielle de fait.

1209. En règle générale d'ailleurs l'article 82 du Traité ne s'applique que si des rapports de concurrence effectifs peuvent être identifiés. Ainsi, dans un litige où précisément il n'était pas possible d'identifier un tel rapport, la Cour a refusé de considérer le refus de licence comme étant abusif alors que l'un des deux opérateurs était absent du marché géographique sur lequel exerçait celui qui en réclamait l'octroi. Dans l'affaire Ladbroke (*Ladbroke SA c. Commission des communautés*, T-504/93), le bookmaker du même nom qui désirait accéder aux droits et images diffusées par le PMU sur les courses françaises estimait que ce dernier abusait de sa position dominante en refusant de lui accorder une licence pour qu'il puisse retransmettre ces images sur le territoire belge. Après avoir constaté que le PMU n'exploitait pas, directement ou indirectement, ses droits sur le marché géographique en cause et dit que le refus de licence du PMU n'était pas abusif puisqu'il ne provoquait aucune discrimination entre les opérateurs sur le marché belge, le Tribunal affirme que « ni l'absence d'obstacles techniques pour la transmission des sons et images français en Belgique, ni le fait que la requérante puisse être considérée, dans une perspective globale, comme un concurrent potentiel des sociétés de courses ne saurait suffire à faire considérer le refus de fourniture litigieux comme un abus de position dominante, dès lors que, d'une part, les sociétés sont elles-mêmes absentes du marché géographique distinct sur lequel opère la requérante et que, d'autre part, elles n'ont pas octroyé une licence à d'autres opérateurs sur ce marché. » Certes, en l'espèce, il ne s'agissait pas d'une *infrastructure* essentielle, la qualification avait été expressément rejetée par le Tribunal ; cependant, on voit mal comment la solution pouvait être différente car le refus, quand bien même se serait-il agi de refuser l'accès à un bien indispensable, n'aurait provoqué aucune restriction à la concurrence. Or, en l'absence d'effet restrictif, l'article 82 est inapplicable. Toutefois, on peut s'interroger sur la question de savoir si la solution aurait été identique si le concurrent présent sur le marché géographique avait été absent du marché des produits. En fait cette question a aussi été abordée par le Tribunal dans cette affaire. Les faits révèlent que le PMU avait établi une filiale sur le territoire belge mais que celle-ci n'avait pas eu d'activité commerciale. Cette dernière circonstance a conduit le tribunal à dire que les sociétés n'avaient pas été présentes sur le marché belge. De toutes les manières, cette présence virtuelle ne pouvait produire d'effets sur le marché.

Cependant, est-il possible d'aller plus loin que cela dans le domaine de l'information publique en considérant l'existence d'un cadre réglementaire et donc d'une manifestation de la volonté politique de susciter l'essor de marchés permis par la réutilisation de l'information?

D'un point de vue strictement juridique, si la présence d'un cadre réglementaire structure une décision de politique économique, il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'obligation, la réponse à une demande d'accès à des données non-diffusées dépendra du bon vouloir de l'administration. Et l'on voit mal sur quel fondement les autorités chargées de l'application de la concurrence pourraient l'imposer. Car, à la différence d'autres réglementations sectorielles, la directive ne fait qu'aménager les conditions d'accès. Si l'administration n'intervient pas sur le marché des produits, il ne peut être détecté aucune restriction à la concurrence car par définition le marché n'existe pas.

Il est vrai toutefois, que le Conseil de la concurrence a pu par le passé s'inspirer des solutions consacrées dans des secteurs réglementés en les transposant à des domaines qui leur étaient tout à fait étrangers. Pourquoi alors ne pas l'admettre, sur le plan de l'opportunité, dans le même secteur d'activité? Tel est le cas de la fameuse décision qui consacre – formellement – la réception de la théorie des infrastructures essentielles par le Conseil de la concurrence. Comme le note M. RIEM « l'affaire concernait le secteur des transports hélicoptères, mais la décision s'appuie notamment sur les textes relatifs au secteur des télécommunications : selon le Conseil, « si ces textes concernent le secteur des télécommunications, secteur qui diffère de celui concerné par l'affaire faisant l'objet de la présente décision, il y a lieu de s'inspirer des principes qui les sous-tendent compte tenu de la similarité des situations qu'ils concernent avec celles relevées dans la présente affaire. »<sup>1210</sup> Pourquoi ne pas imaginer alors qu'il s'inspire de la directive, qui rappelons-le qualifie expressément l'information publique d'infrastructure essentielle, pour accorder, sur le fondement de l'abus de position dominante, l'accès à un marché sur lequel l'administration n'intervient pas? Même s'il n'existe pas d'obligation de communication, le fait que l'infrastructure appartienne à un organisme public et qu'elle fasse l'objet d'une réglementation sectorielle pourrait faciliter l'adoption de telles solutions. Cependant, on s'évaderait alors de considérations juridiques pour les justifier.

En définitive, il nous semble que rien sauf la volonté de l'organisme public ne puisse l'obliger à diffuser sur le marché des données ou des bases de données par lui produites. En l'absence d'effet restrictif sur la concurrence, l'abus de position dominante est inefficace à contraindre un opérateur à donner accès à un bien qu'il ne commercialise pas.

---

<sup>1210</sup>. RIEM (F.), « Droits de la concurrence et ordre concurrentiel », in *Mélanges A. Pirovano préc.*, citant la décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la SARL Héli-inter assistance, BOCCRF 8 Janvier 1997

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**615.** La possibilité pour le droit de la concurrence de saisir les bases de données produites par le secteur public et de permettre l'accès du secteur privé aux informations auxquelles le détenteur des données aurait refus l'accès est assez largement ouvert. Le fait que les bases de données issues du secteur public peuvent souvent recevoir la qualification de ressource essentielle pour des raisons tenant aux conditions de leur production facilite leur saisie par le droit des pratiques anticoncurrentielle à travers la théorie des infrastructures essentielles. L'exercice ou l'existence de droit de propriété intellectuelle sur les bases de données publiques, dont l'application aux biens informationnels est accordée avec mansuétude, ne constitue pas un obstacle à cet égard. En réalité, ce sont les conditions même d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de l'abus de position dominante et la possibilité pour le secteur public de soulever des justification liés à l'exercice de ses obligations qui constituent les obstacles les plus importants.

## Chapitre II

### La tarification des données publiques face au droit de la concurrence

**616. Principes de tarification fixés par la loi du 17 juillet 1978 et tarification anticoncurrentielle.** - Si la loi du 17 juillet 1978 encadre l'établissement du prix des données publiques, elle ne prévoit, en revanche, pas de limites au montant du prix qui peut être réclamé par un organisme public lors de la mise à disposition de l'information. Or, les principes de tarification qu'elle met en place sont très lâches et, eu égard aux difficultés inhérentes à l'évaluation des coûts, ils ne garantissent que le montant des redevances fixés par les organismes publics à l'occasion de la mise à disposition des données publiques ne soit pas, ponctuellement, anticoncurrentiel. Ni le plafonnement de la redevance, ni le principe de prise en compte des coûts ne permettent en effet d'assurer en toutes circonstances la conformité de la redevance réclamée pour la réutilisation des informations publiques au droit de la concurrence. Certes, le plafonnement de la redevance pourrait indirectement faciliter le calcul d'un prix d'accès aux informations publiques qui n'ait pas d'effet anticoncurrentiels. A cet égard, on rappellera que l'article 15 al. 2 de la loi du 17 juillet 1978 dit que l'administration, dans le cas où elle déciderait de récupérer, à l'occasion de la cession des droits d'exploitation sur les données qu'elle détient, outre les coûts de mise à disposition, certains des coûts de production, *« doit s'assurer que les redevances sont fixées de manière non discriminatoire et que leur produit total, évalué sur une période comptable appropriée en fonction de l'amortissement des investissements, ne dépasse pas le total formé, d'une part, des coûts de collecte, de production et de mise à disposition des informations et, d'autre part »* de la rémunération relative aux droits de propriété intellectuelle. Ainsi, en fonction du montant total du plafond, il serait possible à l'administration de calculer les redevances à rebours<sup>1211</sup>, c'est-à-dire en fonction de l'ensemble des coûts imputables à la production de l'information, les coûts de mise à disposition ne pouvant pas être connus à l'avance avec exactitude. Cependant, ce plafonnement, qui ne visait seulement qu'à éviter que l'administration ne perçoive de redevances excessives à l'occasion de la mise à disposition des données et très global. Il comporte une part au titre de la rémunération des investissements qui peut consister dans la rémunération de l'octroi de droits de propriété intellectuelle dont on a vu qu'ils étaient difficiles à calculer. En outre, du point de vue même des coûts de production, se

1211. Voir, pour un exemple de redevance calculée en fonction du montant global des coûts de production l'affaire Ecomet préc.

posera quand même, avec plus ou moins d'acuité, la question de leur évaluation. Par conséquent, le plafond ne remédie pas à la possibilité pour les organismes fournisseurs d'informations de fixer, pour tel ou tel donnée publique, des prix d'accès à leurs ensembles informationnels anticoncurrentiels. D'ailleurs, il n'était prévu que pour limiter les bénéfices excessifs que l'administration retirerait de l'exploitation de ses données. Même si, dans l'hypothèse où l'organisme public fournirait un important volume d'informations, un volume qui serait tellement important qu'il égalerait, voire dépasserait, ses coûts de production, ce plafond pourrait venir rogner la marge bénéficiaire, voire l'annuler, ou conduire les organismes publics à réviser leur tarification. Mais, en dehors de cette éventualité<sup>1212</sup>, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les organismes publics n'atteindraient pas le montant du plafond pour la fourniture de l'information, il est totalement inapte à juguler les pratiques anticoncurrentielles s'appuyant sur une politique de prix. Seul le principe de prise en compte des coûts parce qu'il encadre l'établissement des prix peut permettre d'en discipliner la fixation. Cependant, au regard de l'importante marge de manœuvre dont bénéficient les organismes publics fournisseurs d'informations, il ne pourra pas, lui non-plus, éviter l'établissement de prix contraires au droit de la concurrence<sup>1213</sup>.

En conséquence, la directive et la loi rappellent quelques principes ou interdictions du droit des pratiques anticoncurrentielles, qui constituent, en sus des règles établies par la réglementation, des limites à l'établissement du prix – en l'occurrence au prix d'accès – des données publiques : le texte communautaire faisait référence à la prohibition des prix excessifs<sup>1214</sup> ; quant à la loi, elle évoque l'obligation pour l'administration de ne pas imposer des conditions d'accès à ses ensembles informationnels discriminatoires. Ainsi, l'article 15 alinéa 3 indique-t-il que « *lorsque l'administration qui a élaboré ou détient des documents contenant des informations publiques utilise ces informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut en facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même* » De plus, l'article 17 de la loi institue des dispositions destinées à garantir la transparence tarifaire et juridique des transactions entre les opérateurs publics fournisseurs d'informations et les entreprises privées.

Les limites à la fixation du prix des données publiques s'articulent donc autour de deux corps de règles : les dispositions de la loi qui visent, d'une part, à limiter les bénéfices réalisés par les organismes publics fournisseurs d'informations, - qui de ce fait n'auront

1212. Encore que, compte tenu du contexte du marché, il pourrait aussi donner lieu à une tarification anticoncurrentielle, dans le sens où elle empêcherait l'accès au marché.

1213. Même dans les secteurs soumis à une réglementation sectorielle, et au sein desquelles la discipline tarifaire est bien plus importante, des pratiques anticoncurrentielles s'appuyant sur une politique de prix particulières existent.

1214. Considérant 14 de la directive 2003/98 concernant la réutilisation des informations issues du secteur public, préc.

qu'une utilité résiduelle pour limiter les prix - et qui établissent, d'autre part, des garanties à la transparence de l'offre d'accès proposée par les organismes publics (v. *supra*) ; les règles du droit de la concurrence, qui visent à empêcher l'établissement d'une tarification anticoncurrentielle.

**617.** - Le droit de la concurrence et le prix des produits ou services d'information commercialisés par l'administration sur le marché. - La référence au droit de la concurrence est encore plus importante – parce que la réglementation n'y fait aucune référence - si, délaissant les problématiques d'accès à l'information qui ont justement focalisé l'attention du législateur en raison de la nécessité d'établir des prix favorisant l'apparition de concurrents, l'on s'intéresse maintenant à la tarification des produits informationnels à valeur ajoutée écoulés sur le marché par les organismes publics. La réglementation ne traite pas des questions relatives à la tarification des produits finis réalisés par l'administration à destination du marché. Or, la politique tarifaire menée à leur égard peut parfaitement venir perturber la concurrence sur le marché ; les pratiques de prix prédatrices ne sont pas étrangères au domaine de l'information publique. Certains contentieux ont pu l'illustrer.

**618. Plan.** - En conséquence, et pour l'essentiel, c'est le droit des pratiques anticoncurrentielles, avec les inconvénients que présente les interventions *ex post* pour la sécurité des investissements réalisés sur le marché, plus que les dispositions de la réglementation, qui vient limiter l'établissement des prix par les organismes fournisseurs d'informations ; soit qu'il prohibe l'établissement des prix d'accès excessifs aux ressources détenues ou produites par l'administration nuisible à l'essor de la concurrence (Section 1), soit qu'il interdise l'établissement de prix anormalement bas (Section 2).



## Section 1

### La régulation par le droit de la concurrence de la tarification de l'accès aux données publiques

**619. Prix excessifs et prix discriminatoires.** - La fixation des prix d'accès aux ensembles informationnels détenus ou produits par les organismes publics se voit borner par deux types de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit, d'une part, de la fixation de prix excessifs, qui compte tenu de la position des opérateurs publics sur le marché est susceptible de provoquer l'éviction ou d'affecter le maintien des concurrents (sous-section 1). Et, d'autre part, de la pratique des prix discriminatoires pour lesquels la loi impose un certain nombre de garanties destinées à préserver la transparence tarifaire et juridique de l'offre d'accès proposée par les organismes publics fournisseurs d'informations (sous-section 2).

#### SOUS SECTION 1. LA PROHIBITION DES PRIX D'ACCES EXCESSIFS A L'INFORMATION PUBLIQUE

**620. Prix, sanction du marché et sanction par le droit de la concurrence.** - Dans une situation normale de marché, le prix excessif ne peut être sanctionné par le droit de la concurrence ; pas même le prix unilatéralement déterminé par l'administration en dehors du jeu de la négociation. En effet, dans un système économique dominé par la liberté des prix, c'est seulement dans des situations particulières que le droit de la concurrence pourra appréhender la fixation d'un prix par un opérateur à l'égard de ses co-contractants. Normalement, c'est la sanction du marché qui doit jouer ; « *la concurrence régulière n'exclut pas les prix élevés ! Simplement la sanction n'est pas juridique, elle est économique* »<sup>1215</sup>. Et c'est précisément dans les hypothèses où celle-ci ne peut pas intervenir, parce que la concurrence n'est pas régulière, que le droit des pratiques anticoncurrentielles pourra saisir les prix élevés. Aussi, les prix anormalement élevés ne peuvent-ils être sanctionnés que lorsque une entreprise a les moyens de s'abstraire de la concurrence et des contraintes du marché. En d'autres mots, lorsqu'elle détient une position dominante<sup>1216</sup>. La pratique de prix excessifs peut constituer alors l'instrument d'un abus destiné à affecter la concurrence sur le marché.

Dans le cas des organismes publics producteurs d'informations, cette situation est le plus souvent vérifiée. Titulaires d'un monopole de droit ou de fait sur la production de

1215. SELINSKY (V.), « Les limites à la liberté de fixer le montant du prix », *Mélanges Mouly*, 1998, p.161

1216. MALAURIE-VIGNAL (M.), *L'abus de position dominante*, LGDJ, coll. Systèmes, Paris 2002, p.92 ; LUCAS DE LEYSSAC (C.) et PARLEANI (G.), *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis droit privé, Paris, 2002.

l'information, ils disposent aussi, de manière récurrente, de biens non substituables sur le marché dominé qui nourrissent les activités économiques sur les marchés aval. Dans ce contexte, l'établissement d'une tarification à la ressource à un prix anormalement haut ferme l'accès au marché. De fait, pendant longtemps, en raison de l'absence de lignes directrices entourant l'établissement de la tarification, ils ont été particulièrement concernés par le grief de tarification excessive, qui a fréquemment été retenu par les juridictions et justifié certaines condamnations sur le fondement de l'abus de position dominante. Les affaires concernant France Télécom ou l'INSEE sont particulièrement topiques à cet égard. La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat avaient condamné les deux opérateurs pour avoir fixé des tarifs d'accès excessif à leurs bases de données empêchant la concurrence de se développer sur les marchés aval<sup>1217</sup>. Comme, les organismes publics bénéficient d'une assez grande liberté pour définir leur politique tarifaire, l'avènement d'un principe de prise en compte des coûts devrait conduire à limiter les manifestations de cette occurrence sans toutefois la faire disparaître.

**621. Plan.** - Aussi, convient-il de rappeler les conditions qui peuvent conduire à la sanction, pour abus de position dominante, des opérateurs publics en raison du caractère excessif des prix d'accès à l'information (§1), ainsi que les considérations relatives à la structure du marché qui sont tout aussi importantes pour la caractérisation d'un tel abus (§2).

## §1 - Les conditions de la prohibition

**622. Evaluation.** - La question qui se pose ici est celle de savoir à quel moment, dans quelles circonstances, et dans quelles conditions, la fixation d'un prix excessif pourra constituer un abus de position dominante. En d'autres mots, quand peut-on caractériser un abus en liaison avec une pratique de prix anormalement élevés ? La position dominante d'une entreprise étant acquise, le simple constat du caractère exorbitant du prix ne suffit pas. Trois conditions doivent en fait être réunies : d'abord, il faut constater que le prix pratiqué par une entreprise en position dominante est exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation ; ensuite, il faut que la pratique de prix excessif soit exclusivement imputable à la position dominante ; enfin, l'entreprise en position dominante ne doit pas pouvoir se prévaloir de justifications objectives. Si ces conditions sont relativement simples à énoncer, dans la pratique il est relativement difficile de sanctionner un prix excessif. En effet, comme l'a maintes fois souligné la doctrine<sup>1218</sup>, l'article 82 du TCE<sup>1219</sup> ainsi que les dispositions de

<sup>1217</sup>. Il convient par ailleurs de noter que dans ces deux cas, c'était la redevance relative au droits de propriété intellectuelle qui était à l'origine du caractère excessif des prix pratiqué par les organismes publics. Son calcul n'est pas soumis à des éléments objectifs, comme les coûts.

<sup>1218</sup>. GOLDMAN (B) et *alii*, *Droit commercial européen*, Dalloz 1994

l'article L. 420-2 du Code de commerce sont des instruments malcommodes à employer pour saisir la pratique des prix excessifs et il se dégage de l'observation de la jurisprudence que l'appréciation et l'évaluation des prix excessifs sont loin d'être évidentes. Autant dire que ce n'est que dans des situations exceptionnelles qu'ils peuvent être sanctionnés par le droit. Cela dit, le caractère exceptionnel de ces situations se trouve souvent vérifié s'agissant des opérateurs publics producteurs de l'information.

Aussi ferons-nous état des trois conditions nécessaires à la reconnaissance d'un prix abusif: le caractère exagéré du prix (A), son imputabilité (B) et l'absence de justifications objectives (C), en soulignant particulièrement les difficultés d'établir une sanction sur un tel fondement.

### *A. L'existence d'un prix disproportionné par rapport à la valeur économique de la prestation*

**623. Définition.** - Un prix est excessif lorsqu'il n'entretient aucun « rapport raisonnable » avec la valeur d'une prestation économique<sup>1220</sup>. Selon les différentes locutions retenues par les autorités garantes du respect de la concurrence, il s'agit d'un prix « exagéré », « disproportionné » ou « exorbitant » par rapport à la valeur du bien ou du service fourni par une entreprise en position dominante.

**624. Application.** - Facile à saisir intellectuellement, l'identification des prix excessifs soulève cependant d'importantes difficultés pratiques. En effet, la reconnaissance d'un prix abusivement excessif nécessite une double démonstration de la part des autorités chargées du respect de la concurrence : la première tient à la mesure de la valeur de la prestation rendue par l'entreprise en position dominante ; la seconde porte sur l'appréciation de la disproportion entre le prix pratiqué et la valeur déterminée<sup>1221</sup>. Or, selon les situations de marché, ces deux étapes sont plus ou moins difficiles à mettre en œuvre, laissant nécessairement une part à l'approximation<sup>1222</sup>. Plusieurs questions se posent à cet égard :

1219. L'article 82 sous a dit que constitue une pratique abusive le fait « d'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables. »

1220. CJCE, 13 novembre 1975, *Général Motors c. Commission*, aff. C- 26/75, *Rec. P.* 1376

1221. DIENY (E.), commentaire sur Cons. conc., déc. n°03-D-18 du 10 avril 2003, *relative à une saisine de la société GLEM*, *Rec. Lamy*, n°917

1222. Dans son cinquième rapport sur la politique de concurrence, la Commission a affirmé que « dans les procédures d'abus pour prix excessifs, il est difficile de déterminer si la fixation d'un prix dans un cas d'espèce présente un caractère abusif, car on ne peut objectivement fixer que de manière approximative un prix couvrant les coûts et comprenant une marge raisonnable de profit ».

d'abord, comment mesurer la valeur de la prestation ? Doit-on tenir compte des coûts et de la marge bénéficiaire perçue par l'entreprise, celle-ci pouvant être plus élevée pour une entreprise détenant une position dominante ou comprendre des éléments de rémunération étrangers aux coûts ? Ou bien faut-il l'évaluer uniquement par rapport aux coûts encourus pour sa production et sa fourniture. Se pose alors les interrogations relatives à l'évaluation des coûts ou encore à la difficulté de comparer les coûts encourus par un opérateur public avec des entreprises qui ne sont pas soumises aux mêmes obligations. Ensuite, il faut savoir à partir de quand, de quelle disproportion, on peut reconnaître un prix exorbitant.

Nous aborderons donc, successivement, la question de la mesure de la valeur (1), puis celle de l'appréciation du caractère exorbitant du prix (2).

## 1. Mesure de la valeur de la prestation

**625. Présence ou pas d'une facilité essentielle.** - De l'observation des différents contentieux relatifs aux pratiques de prix excessifs, il résulte que les tests permettant d'établir la valeur des prestations d'une entreprise en position dominante, mis en œuvre par la Cour de justice ou le Conseil de la concurrence, varient à raison du comportement de l'entreprise et de l'effet sur le marché de la pratique. En effet, comme l'a dit le Conseil de la concurrence dans son avis relatif à la tarification du répertoire SIRENE, « il n'est pas toujours nécessaire d'apporter la démonstration comptable de ce que l'entreprise en position dominante pratique une discrimination en sa propre faveur ou encore que les tarifs qu'elle pratique ne sont pas orientés vers les coûts. La simple existence de pratiques commerciales interdisant aux concurrents du marché aval l'accès au marché peut suffire, à condition que cette impossibilité ne résulte pas de faiblesses propres à ses concurrents, par exemple le fait qu'ils seraient moins efficaces, dans l'activité aval, que l'entreprise dominante »<sup>1223</sup>. Mais, ce dernier test, ne peut être mis en œuvre que dans des situations de marché particulières : dans l'hypothèse d'une forte intégration verticale d'une entreprise ou en présence d'une infrastructure essentielle, car la relation entre le prix excessif et l'éviction d'un concurrent sera alors mécanique. Aussi, l'existence d'une ressource essentielle semble-t-elle, encore une fois, déterminante. Lorsqu'elle n'est pas présente ou lorsque l'opérateur la détenant n'intervient pas sur des marchés connexes ou intermédiaires sur lesquels elle est indispensable, il semblerait que seuls les tests de nature comptable ou comparatifs puissent être utilisés. En revanche, lorsqu'une facilité essentielle est détenue par un opérateur qui investit aussi les marchés avals, les tests historiques développés par la Cour de justice ne sont plus nécessaires. Il suffit alors de

<sup>1223</sup>. Cons. conc., avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 *relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE*, préc.

démontrer que les pratiques tarifaires de l'entreprise détenant l'installation empêchent l'accès au marché<sup>1224</sup>.

Pour présenter les différentes méthodes d'évaluation et les difficultés d'applications qu'elles comportent, on distinguera selon l'effet de la pratique sur le marché. Soit, la configuration du marché est telle qu'une pratique de prix excessifs provoque l'éviction et interdit l'accès au marché ; alors les méthodes comptables ne sont pas nécessaires (b.) Soit, la pratique des prix excessifs ne provoque pas l'éviction (a).

*a. Mesure de la valeur de la prestation rendue par une entreprise en position dominante dans l'hypothèse où la pratique de prix excessifs ne provoque pas l'éviction*

**626. Difficultés d'application.** - Les méthodes employées par les juridictions nationales ou communautaires sont bien établies et leur exposé est relativement simple à faire. Leur mise en œuvre, cependant, soulève un certain nombre d'interrogations et de difficultés d'application ; à tel point, qu'à notre connaissance, il n'existe qu'une seule décision juridictionnelle qui condamne un opérateur, sur le fondement de l'abus de position dominante, en raison du caractère excessif des prix pratiqués<sup>1225</sup>. Bien qu'elles ne soient pas exclusives, comme l'a indiqué dans l'arrêt UBC la Cour de justice<sup>1226</sup>, il existe principalement deux méthodes, qui peuvent parfaitement être combinées, permettant d'évaluer le montant d'une prestation réalisée par une entreprise en position dominante. Il s'agit par essence de méthodes comparatives. La première consiste à comparer le prix pratiqué aux coûts de revient ; la seconde à comparer le prix pratiqué avec des situations de marché semblables.

**627. La comparaison des prix aux coûts de revient.** - Ce test a très tôt été dégagé par la Cour de justice des communautés ; il est aussi appliqué par le Conseil de la concurrence<sup>1227</sup> ou par la juridiction administrative. Il consiste à établir le prix de revient du produit ou du

1224. v. en ce sens, S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. Systèmes, 2005, spéc. p. 137. L'auteur note qu'il existe principalement deux méthodes d'évaluation du prix pratiqué par les opérateurs publics : la méthode de comparaison des coûts et celle des effets sur le marché.

1225. Voir *infra*, CJCE, 11 novembre 1986, *British Leyland Ltd. c. Commission des communautés européennes* Rec. p 3263

1226. CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV, c. Commission des communautés européennes*, aff. C- 27/76, Rec. p.207

1227. Cons. conc., déc. n° 00-D-27 du 13 juin 2000, *relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val d'Oise*, Rec. Lamy n°887 comm. S.DESTOURS sous n°884 ; Cons. conc. déc. n° 03-D-18 du 10 avril 2003, *relative à une saisine de la société GLEM*, préc.

service dont le prix est contesté puis à le comparer avec son prix de vente pour apprécier l'existence d'une éventuelle disproportion manifeste entre les deux.

Dans l'affaire UBC, la Cour de justice a dit que l'exagération résultant d'un prix sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation, « peut, entre autres, être objectivement appréciée si elle pouvait être mesurée en comparant le prix de vente du produit en cause à son prix de revient, comparaison d'où se dégagerait l'importance de la marge bénéficiaire (...) Qu'il s'agirait alors d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix réclamé »<sup>1228</sup>.

Simple dans son énoncé, l'application de cette méthode s'avère difficile à mettre en œuvre dans la pratique, notamment pour les organismes publics ou les entreprises détenant des droits spéciaux ou exclusifs. En effet, ce test nécessite une connaissance précise des coûts pratiqués par l'entreprise en position dominante, ce qui suppose l'existence d'outils comptables fiables. Or, pour les organismes publics, qui n'en disposent pas toujours, elle sera très difficile, sinon impossible, à mettre en œuvre. En tout cas, elle donnera lieu à bon nombre d'approximations (v. *infra*). En outre, quand bien même disposerait-on d'une comptabilité analytique, l'établissement d'un prix de revient serait rendu très difficile en raison « de la répartition discrétionnaire des coûts indirects et des frais généraux »<sup>1229</sup> ainsi que des « importantes différenciations selon l'importance de l'entreprise son objet ou sa complexité »<sup>1230</sup>. En ce qui concerne les organismes publics, notamment les organismes publics producteurs de données publiques, cette difficulté trouve une double application : la répartition des frais fixes, ou même des frais imputables aux obligations de service public, n'est pas toujours clairement définie et, le plus souvent, peut varier d'un produit informationnel à l'autre. Quant à la considération relative à la différenciation de l'entreprise, il n'est qu'à rappeler la diversité des organismes producteurs de l'information qui ont des objets différents et qui sont soumis à des contraintes économiques et des obligations juridiques tout aussi variées. De surcroît, ce test faisant uniquement référence aux coûts, que dire de son applicabilité à des situations dans lesquelles une partie de structure tarifaire est

1228. UBC, préc. Nous ne retiendrons que les tests qui consistent à comparer les prix et les coûts. Il est vrai que la Cour souligne l'importance de l'observation de la marge bénéficiaire. Cependant, à notre connaissance, aucune autre décision n'y a fait référence. D'ailleurs, sur ce point, la doctrine a indiqué les difficultés, insurmontables que pouvait poser cette référence à la marge bénéficiaire. L'examen de la marge bénéficiaire d'une entreprise en position dominante peut difficilement être rapproché avec une entreprise subissant la concurrence d'autres opérateurs. Cela vaut a fortiori pour les organismes publics qui selon l'objet de leur activité peuvent ne dégager aucune marge mais pratiquer quand même des tarifs excessifs, en raison de l'importance de leurs coûts de production (cf. aff. GLEM préc.). Ensuite, certains auteurs ont mis en avant la difficulté qui pouvait résulter, dans l'appréciation de l'importance de la marge, de l'intégration de droits de propriété intellectuelle. (B. GOLDMAN, A. LYON CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, préc.) Or, la marge bénéficiaire des organismes publics fournisseurs d'information conjugue ces deux difficultés. Aussi, la référence à la marge bénéficiaire, dans cette hypothèse, semble-t-elle peu pertinente.

1229. UBC, préc.

1230. *Ibid.*

composée par la perception de la rémunération d'un droit de propriété intellectuelle dont l'assiette et le produit sont discrétionnairement fixés par le titulaire du droit, en fonction de l'idée qu'il se fait de la valeur de son bien ?

Par delà cette interrogation, pour souligner un peu plus la difficulté d'application de ce test, il n'est qu'une seule affaire – à notre connaissance - traitée par les juridictions communautaire ou nationale qui en fasse exactement application, et encore n'est-ce que pour des entreprises du secteur privé<sup>1231</sup>. Lorsque ce test a justifié la condamnation d'un opérateur, il a le plus souvent été appliqué de manière sommaire, parce que le prix pratiqué par l'entreprise en position dominante paraissait grossièrement excessif au regard de la nature de la prestation en cause. Ainsi, dans l'affaire *British Leyland*, la Cour a jugé que le prix imposé par un constructeur automobile, disposant d'un monopole administratif sur le marché britannique pour la délivrance des certificats de conformité de véhicules importés, était exorbitant, car une simple opération administrative de contrôle des véhicules ne pouvait engager des frais aussi excessifs que ceux qui avaient été réclamés par l'entreprise en position dominante pour la réalisation de cette prestation<sup>1232</sup>.

**628. Illustration.** - Pour illustrer les difficultés de mise en œuvre de cette méthode, nous évoquerons une décision du Conseil de la concurrence concernant un opérateur public fournisseur d'archives audiovisuelles émanant des sociétés nationales de production<sup>1233</sup>.

L'institut national de l'audiovisuel (INA) est un établissement public à caractère industriel et commercial qui est chargé de « *conserver et d'exploiter les archives audiovisuelles des sociétés nationales de programmes.* » Il possède, en raison de sa mission de conservation des archives, un monopole sur le marché de la commercialisation des images des sociétés nationales de programme qu'il est le seul à pouvoir diffuser<sup>1234</sup>. La cession des droits d'exploitation sur le marché s'opère selon deux modalités différentes : soit par la commercialisation des droits d'exploitations à des entreprises audiovisuelles ; soit par une intervention partielle de l'INA sur le marché en tant que co-producteur. En l'espèce, les pratiques reprochées à l'INA se rapportaient à la première catégorie d'activité. La requérante,

1231. Cons. conc., déc., n° 00-D-27, du 13 juin 2000, *relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val d'Oise*, préc.

1232. CJCE, 11 novembre 1986, aff. C-226/24, *British Leyland Ltd. c. Commission des communautés européennes*, Rec. p. 3263. On peut rapprocher cette décision de l'arrêt *Général Motors* où, bien que les faits fussent similaires et la tarification appliquée par le constructeur automobile manifestement exagérée, la Cour annula la décision de la commission en raison du comportement de la requérante qui avait procédé à une baisse des redevances. (CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors continental NV c. Commission des communautés européennes*, aff. 27/75, Rec. p. 1367)

1233. Cons. conc., déc. n° 03-D-18 du 10 avril 2003, *relative à une saisine de la société GLEM*, préc.

1234. L'INA possède donc une ressource essentielle, car après avoir effectué le test de substituabilité, le Conseil indique que « l'établissement public est donc le seul opérateur susceptible de commercialiser les archives audiovisuelles ».

la société GLEM, reprochait à l'institut d'abuser de sa position dominante en facturant « les droits de diffusion qu'elle détient à un prix trop élevé, notamment en utilisant la méthode de la minute indivisible, d'une part, et en incluant dans les prix des frais de recherche et de documentaliste pour tous les extraits, d'autre part ».

Il convient d'abord de souligner le cadre particulier de l'intervention du Conseil de la concurrence. La pratique de prix supposés excessifs n'a pas ici pour effet ou pour objet d'exclure un concurrent du marché puisque, en l'occurrence, l'organisme public est en situation de monopole. De plus, il ne semble pas non plus, en tout cas cela ne ressort pas des faits de l'espèce, que le détenteur du monopole ait commis une pratique discriminatoire en favorisant sur les marchés avals un concurrent plutôt qu'un autre. Le Conseil est donc conduit à contrôler le niveau de prix pratiqué par une entreprise en situation de monopole alors qu'elle n'intervient pas sur le marché et qu'il n'y pas de discrimination<sup>1235</sup> ; « *il va notamment ainsi lorsque une entreprise détient un monopole qu'aucune autre entreprise n'est susceptible de venir contester et que le gouvernement n'a pas fixé les prix sur le fondement* » de l'article L. 410-2 alinéa 2 du Code de commerce<sup>1236</sup>. L'absence d'objet ou d'effet anticoncurrentiel ainsi que les justifications apportées par le Conseil de la concurrence - notamment la référence à la réglementation des prix qui permet au gouvernement de réguler les prix lorsque la concurrence ne peut pas jouer ce rôle - peuvent faire penser que le but de cette intervention, au-delà de la sanction d'une entreprise qui aurait abusé de sa position privilégiée serait, aussi, de préserver l'intérêt des consommateurs intermédiaires ou finaux qui, étant captifs, se trouveraient pénalisés par de tels comportements. En d'autres termes, il s'agirait pour le Conseil d'assurer, par le contrôle du niveau des prix pratiqués par une entreprise dont la position sur le marché est incontestable, une certaine protection des consommateurs.

Quant à l'évaluation de la valeur des prestations rendues par l'INA, après avoir rappelé les deux méthodes introduites par la Cour de justice, le Conseil rejette celle consistant à comparer les prix pratiqués par l'institut aux prix des extraits cinématographiques produits par des entreprises du secteur privé en raison de la spécificité de la mission qui lui est dévolue (voir *infra*). Aussi, est-ce la seconde méthode, celle qui consiste à comparer le prix aux coûts de revient, qui est utilisée. Tout en constatant que les prix pratiqués par l'INA sont très élevés, notamment plus élevés que ceux pratiqués par certaines sociétés du secteur privé, le Conseil de la concurrence ne juge pas que l'institut a abusé de sa position dominante. L'importance des prix pratiqués par l'INA serait justifiée par l'importance des coûts qu'il supporte pour délivrer la prestation litigieuse. En premier lieu, « ces coûts s'expliquent par la taille des fonds

1235. On peut rapprocher cette situation de celles ayant donné lieu aux arrêts General Motor et British Leyland, voire Tournier, où le producteur est directement, et seulement, en relation avec des consommateurs finals ou intermédiaires.

1236. Cons. con., déc. n° 00-D-27 du 13 juin 2000 *relative au prix de vente des produits commercialisés par la cantine de la prison d'Osny*, préc.



d'archives de l'INA, son ancienneté, l'hétérogénéité des supports et la spécificité du contenu ». En second lieu, il apparaît que, malgré leur importance, ces prix ne permettent pas de couvrir les charges d'exploitation de l'organisme public. Ces justifications paraissent assez objectives et, même si le Conseil ne motive pas plus que cela sa décision, en raison notamment de l'absence d'éléments comptables pertinents, elle pourrait emporter l'adhésion. L'existence de pertes d'exploitation suffit en effet à prouver que le prix pratiqué ne couvre pas les coûts supportés par l'organisme public pour réaliser ses prestations de recherche et de mise à disposition des extraits audiovisuels.

Toutefois, comme l'indiquait son commentateur<sup>1237</sup>, le Conseil souligne, en outre, que l'institut a mené avec son ministère de tutelle une réflexion afin de « distinguer plus nettement la mission de conservation du patrimoine audiovisuel de l'INA de l'activité commerciale d'exploitation des droits relatifs à ses archives et améliorer la lisibilité des coûts de revient » et qu'il « ne peut donc être exclu que l'INA puisse encore mieux identifier ses coûts, afin de les diminuer par un effort de productivité ». Autrement dit, les prix pratiqués par l'INA comportaient sûrement la facturation d'un certain nombre de frais imputables à la mission de service public et non à l'activité commerciale. Ce qui signifie qu'ils eurent été moins importants s'ils avaient pu être clairement identifiés. Dans une affaire similaire, le Conseil avait clairement pu identifier les coûts supportés par une entreprise chargée d'assurer la gestion de la cantine d'une maison d'arrêt parce que de tels instruments existaient, s'agissant d'une entreprise du secteur privé<sup>1238</sup>. L'absence de transparence comptable, situation dans laquelle se trouvent de nombreux organismes publics ne favorise donc pas une correcte application de ce test.

En dehors de cette première difficulté, le commentateur de la décision avait souligné que les précisions apportées par le Conseil pouvaient conduire à se demander si les coûts supportés par l'institut n'étaient pas dus à l'inefficacité technique de l'opérateur bénéficiant d'un monopole. Or, le fait pour une entreprise en situation de position dominante de ne pas répondre de manière satisfaisante à la demande constitue un abus de position dominante selon la jurisprudence de la Cour de justice<sup>1239</sup>. En conséquence, « dans des situations telles que celles qui font l'objet de la décision, il paraît dès lors contestable de se fonder sur les coûts supportés par le monopoleur alors que ceux-ci peuvent être justement le résultat de l'absence de concurrence. Retenir ces coûts comme référence pourrai aboutir à ce qu'un abus –

1237. DIENY (E.), préc.

1238. Cons. con., déc. n° 00-D-27 du 13 juin 2000 *relative au prix de vente des produits commercialisés par la cantine de la prison d'Osny BOCC*, 25 juillet 2000, p. 418

1239. Peut être constitutive d'un abus la situation dans laquelle « les entreprises investies, selon les modalités définies par la réglementation nationale en cause, de droits exclusifs, sont, de ce fait, amenées soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés, soit à refuser de recourir à la technologie moderne, ce qui entraîne un accroissement des coûts des opérations et un allongement des délais d'exécution », CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova Spa*, aff. C- 179/90, Rec. I. p. 5889

l'inefficacité du monopoleur – permette à une entreprise d'échapper à l'imputation d'un autre abus – les prix excessifs »<sup>1240</sup>.

**629. La comparaison du prix pratiqué par l'entreprise en position dominante à des situations de marché semblables.** - Cette seconde méthode consiste à comparer le prix pratiqué par l'entreprise en position dominante avec les prix pratiqués par ses concurrents<sup>1241</sup>. Lorsque cette comparaison n'est pas possible au niveau national, la Cour de justice a admis la comparaison des prix établis par l'entreprise en position dominante avec ceux pratiqués, pour des situations similaires, dans d'autres Etats membres, à la condition que la comparaison des niveaux de tarifs soit effectuée sur une base homogène<sup>1242</sup>.

L'application de cette méthode soulève un certain nombre d'interrogations qui tiennent à la pertinence de la comparaison. Il est difficile en effet de trouver une base de comparaison homogène. D'abord, la comparaison n'est possible que pour des produits similaires ou tout à fait identiques. Or, généralement, les produits écoulés sur le marché présentent des caractéristiques différentes<sup>1243</sup>. Un tel test ne peut par exemple être mis en œuvre à l'égard d'une entreprise détenant un bien non-reproductible. En conséquence, il sera très difficile, sinon impossible, à le pratiquer pour les organismes publics lorsque les informations qu'ils détiennent recevront la qualification de ressource essentielle. Il resterait alors à opérer cette comparaison par rapport à des produits similaires commercialisés au sein des autres Etats membres de l'Union. Ensuite, comme l'on dit certains auteurs, « il s'agit là d'un mode d'appréciation délicat, voire contestable, dans la mesure où aucune entreprise n'a une structure de coûts strictement identique à celle d'une autre. Il en est a fortiori ainsi quand il s'agit de comparer les coûts d'une entreprise chargée d'un service public avec ceux d'une entreprise exerçant une activité concurrentielle »<sup>1244</sup>. Les opérateurs publics, quoiqu'ils puissent intervenir sur le marché, n'agissent pas dans des conditions normales de marché. En conséquence, la comparaison avec des entreprises du secteur privé devient très délicate, sinon tout à fait impossible.

On rappellera, à cet égard, que la Cour de justice concernant l'assistance logistique apportée par la Poste à sa filiale, a jugé qu'il ne pouvait être exigé de la Commission qu'elle compare le comportement de la Poste à celui d'une entreprise privée, alors que cette dernière, en charge d'un service d'intérêt économique général, « se trouve dans une situation très différente de celle d'une entreprise privée agissant dans des conditions normales de

<sup>1240</sup>. DIENY (E.), préc.

<sup>1241</sup>. CJCE, 4 mai 1988, *Bodson c. Pompes funèbres des régions libérées*, aff. C-30/87 Rec. P. 2479

<sup>1242</sup>. CJCE, 13 juillet 1989, *Tournier*, aff. C-395/87 Rec. P. 2521

<sup>1243</sup>. GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, préc.

<sup>1244</sup>. DIENY (E.), préc.

marché »<sup>1245</sup>. Ces difficultés ont aussi été évoquées par le Conseil de la concurrence qui a souligné que « l'importance des disparités dans les modes de fonctionnement entre les entreprises publiques et privées rend difficile l'examen comparatif des conditions de concurrence », notamment s'agissant des prix et des coûts<sup>1246</sup>.

**630. Illustration.** - Pour prendre la mesure de ces difficultés on fera encore état du contentieux précité qui a opposé l'INA à une société de rediffusion.

Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a rejeté l'analyse comparative eu égard, semble-t-il, aux spécificités de l'organisme public. Le test était tout à fait envisageable car, à côté de l'INA, d'autres entreprises procédaient aussi à l'exploitation d'archives audiovisuelles. Cependant, il n'était pas applicable parce que ces sociétés n'exploitaient pas des archives substituables à celles de l'INA. En conséquence, le recours à cette méthode d'appréciation a été rejeté. Il convient de noter la motivation retenue par le Conseil : « la première méthode de comparaison avec les prix de marché ne peut s'appliquer, en l'espèce, puisque les sociétés Pathé archives et Gaumont cinémathèque ne commercialisent que leur propres produits en matière d'actualité cinématographique et de films de fiction muets qui constituent un stock historiquement figé, alors que, (...) l'activité de cession des droits audiovisuels de l'INA est liée à sa mission générale de conservation des archives audiovisuelles des sociétés nationales de programme et s'appuie sur un travail constant d'identification, d'entretien, de sauvegarde et de restauration des fonds qu'aucun autre concurrent n'a à assurer. » Ainsi, une fois encore, ce sont les obligations de service public dévolues à l'organisme public qui influent sur la nature ou les caractéristiques des biens ou des services produits par lui (voir *supra* partie I). Aussi, chaque fois que le test de substituabilité ne pourra être mis en œuvre, cette méthode ne sera pas applicable<sup>1247</sup>.

***b. Mesure de la valeur de la prestation rendue par une entreprise en position dominante dans l'hypothèse où la pratique de prix excessifs provoque l'éviction***

**631.** La mesure de la valeur d'une prestation, lorsque un opérateur détenant une infrastructure essentielle intervient aussi sur le marché aval est, à maints égards, plus simple : il n'y en a pas. Ou plutôt, il est possible de s'en dispenser pour prouver l'existence d'un l'abus.

<sup>1245</sup>. CJCE, 3 juillet 2003, *Chronopost c. UFEX e. a.*, aff. C-83/01, Rec. p. I. 6993

<sup>1246</sup>. Conseil de la concurrence, Rapport public 2003, La documentation française, spéc. étude thématique les monopoles publics dans le jeu concurrentiel

<sup>1247</sup>. Il est vrai cependant que le Conseil aurait pu comparer les prix pratiqués par l'INA avec ceux des organismes publics chargés de mission similaires au sein de l'union européenne, (v. E. DIENY, préc.)

L'intervention concomitante de l'entreprise sur le marché de la ressource essentielle et sur les marchés permet la mise en œuvre de test ou de comparaisons qui ne pouvaient être envisagés dans les hypothèses précédentes.

Pour illustrer ce propos, nous ferons état de deux contentieux concernant un refus d'accès à des bases de données publiques qui mettent en lumière d'une part, la pratique par l'opérateur public détenteur de l'infrastructure d'une discrimination tarifaire - en sa propre faveur - à l'accès à la ressource et, d'autre part, l'établissement d'une tarification d'accès à la ressource obérant toute possibilité pour les concurrents de se maintenir sur le marché aval.

**632. La tarification discriminatoire dans l'accès à une ressource essentielle.-** C'est l'hypothèse dans laquelle l'entreprise détentrice de l'installation, qui intervient sur les marchés où la ressource est employée, pratique des prix d'accès à ressource qui sont plus favorables à certains opérateurs intervenant sur le marché aval, y compris à elle-même. Une telle tarification, excessive de manière sélective, peut avoir pour objet ou pour effet d'empêcher ses concurrents de se maintenir sur le marché.

Les pratiques tarifaires de France Télécom, dans l'accès au fichier nécessaire à ses concurrents pour se conformer aux obligations légales relatives à la protection des données personnelles, permettent d'illustrer cette situation. L'opérateur public, unique producteur de l'annuaire, et qui de ce fait détenait une ressource essentielle (voir *supra*), intervenait sur le marché de la prospection en fournissant un produit fini à l'usage des entreprises ou des annonceurs. Par ailleurs, il mettait aussi à la disposition des autres opérateurs intervenant sur ce marché un service de mise à jour destiné à expurger leurs fichiers des adresses figurant sur la liste orange. Le recours à ce service était tout à fait indispensable puisque d'une part, seule France Télécom pouvait le proposer et, d'autre part, il permettait aux opérateurs de respecter les obligations relatives à la protection des données personnelles, leur permettant d'éviter ainsi toute sanction pénale s'attachant à la diffusion d'information concernant les abonnés de France Télécom ayant manifesté leur volonté de ne pas voir leurs données rediffusées à des fins commerciales. Certains des concurrents de l'opérateur public lui reprochaient de pratiquer un prix excessif pour l'accès à la liste des abonnés expurgée de ceux figurant sur liste orange et demandaient, conformément à la réglementation des télécommunications, la fixation d'un prix orienté vers les coûts.

Les différentes juridictions feront droit à cette demande. Il convient de souligner la méthode qu'elles utilisèrent pour déterminer le caractère discriminatoire des prix pratiqués par l'opérateur public. Dans son arrêt du 29 juin 1999, la Cour d'appel de Paris procède à un double constat<sup>1248</sup>. D'abord, elle observe le caractère excessif du prix pratiqué par France

1248. Cour d'appel de Paris, 29 juin 1999, relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, préc.

Télécom pour l'accès au service de mise à jour en le comparant avec un autre service de mise à jour mis en place par France Télécom. « qu'il ressort de ces éléments, et de ceux tirés de la comparaison du prix du service Marketis avec la structure des prix du service téléadresse, ci-dessus décrite, que le niveau de tarification pratiqué par Marketis est hors de proportion avec les coûts moyens techniques nécessaires pour accéder aux informations de la liste des abonnés expurgée ou à une prestation de tri permettant d'expurger les fichiers détenus par les tiers du nom des abonnés inscrits en liste orange et ne s'explique que par la perception de droits de propriété intellectuelle »<sup>1249</sup>. C'est bien la perception de droits dont l'évaluation n'est pas soumise à éléments objectivement vérifiables qui, dans cette affaire, était à l'origine du caractère excessif du prix. Ensuite, la Cour d'appel de Paris indique que l'opérateur public ne s'impute pas des charges d'accès à la structure équivalentes de celles qu'il réclame à ses concurrents. En effet, il a été observé que le prix de la location d'adresse – service à valeur ajoutée – est tout à fait identique de celui pratiqué par France Télécom pour la mise à disposition de l'information des fins de mise à jour<sup>1250</sup>, alors même qu'il ne s'agit pas d'un service à valeur ajoutée (en fait l'opérateur public ne facturait pas, en interne, le montant des droits de propriété intellectuelle). La présence de ces deux éléments, l'existence d'un prix excessif par rapport aux coûts techniques d'établissement de l'annuaire et la mise en œuvre par France Télécom d'une discrimination tarifaire opérée en sa propre faveur lors de l'accès à la base justifieront, en appel, la condamnation de l'opérateur public pour avoir fermé l'accès au marché. La Cour de cassation ne reprendra pas la motivation développée par la Cour d'appel relativement à la discrimination ; elle se contentera de confirmer la solution sur le fondement du caractère excessif du prix pratiqué par France Télécom. Nous retiendrons l'attendu de principe qui lie expressément le montant excessif du prix à la perception de droits de propriété intellectuelle : la Cour dit que « si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données peut légitimement prétendre à une rémunération, il ne peut, lorsque cette base de données constitue une ressource essentielle pour un opérateur

1249. La référence aux coûts moyens techniques s'explique par le principe d'orientation des tarifs vers les coûts. Un autre grief de caractère exorbitant et qui aurait pu, à lui seul, justifier une condamnation de l'opérateur public gît dans la considération selon laquelle celui-ci aurait obligé les opérateurs qui avaient acquis un droit d'usage sur l'ensemble de la base à acquitter, lors de la prestation de mise à jour, compte tenu de la structure des prix pratiqués, des droits assis sur la totalité de la base alors que la communication de données ne portait que sur une partie relativement marginale de celle-ci. Le Conseil de la concurrence avait noté que le concessionnaire était ainsi obligé de payer un prix sans rapport avec la prestation effectuée.

1250. « Considérant que le prix de l'adresse cédé par Marketis est identique à celui auquel France Télécom négocie ses propres fichiers de prospection dans le cadre de la location d'adresses prévue par le tarif du service Téléadresses, lequel fournit à ses clients une prestation de ciblage consistant à créer un fichier à valeur comportementale utilisable ensuite pour des actions promotionnelles sous la forme de mailing ou de phoning ; qu'il est établi, par cette seule constatation, que France Télécom ne s'impute pas, à l'occasion de la commercialisation des fichiers de prospection de téléadresses, des charges d'accès à la liste des abonnés expurgée de la liste orange équivalente à celles que supportent les utilisateurs du service Marketis ».

exerçant une activité concurrentielle, subordonner l'accès à cette base de données au paiement d'un prix excessif »<sup>1251</sup>.

Malgré ses particularités, puisque la présence d'une réglementation impliquant l'orientation des tarifs vers les coûts autorisait une comparaison des prix pratiqués avec les coûts techniques de mise à disposition de l'information et que la pluralité des produits proposés par France Télécom permettait de multiplier les éléments de comparaison, cette affaire montre que les pratiques de prix excessifs peuvent plus facilement être saisies en présence d'une infrastructure essentielle. L'existence d'une infrastructure essentielle et l'intervention concomitante de son détenteur sur des marchés ouverts offrent des éléments de comparaison facilitant l'appréciation du caractère excessif du prix d'accès à la ressource pratiqué à l'égard de concurrents sur les marchés aval ; elle permettent d'apprécier une éventuelle discrimination tarifaire en faveur de l'opérateur dominant. Mais, en plus, la présence d'une infrastructure essentielle permet de révéler que le comportement de l'opérateur avait pour objet ou pour effet de fermer l'accès aux marchés aval.

Cette appréciation, et la caractérisation de l'abus qui s'ensuivrait, peuvent aussi être mis en œuvre sans aucun élément comptable et sans connaissance précise des prix pratiqués par l'opérateur dominant ou les rediffuseurs.

**633. La tarification provoquant un effet de ciseau.** - L'entreprise en position dominante détenant une ressource essentielle pour alimenter ses activités et celles de ses concurrents sur les marchés aval est tenu d'offrir un accès à des conditions non discriminatoires, notamment d'un point de vue tarifaire, à cette infrastructure, par rapport à celle qu'elle s'impute à elle-même pour les besoins de ses activités aval. A défaut de tout élément comptable et même de tout élément de comparaison qui, comme dans l'exemple précédent, permettait d'apprécier la présence d'une discrimination, l'existence d'un effet de ciseau, c'est-à-dire provoquant l'exclusion de tout opérateur au moins aussi efficace que l'opérateur dominant, peut constituer un indice permettant de déterminer l'existence d'une pratique discriminatoire dans l'accès à l'infrastructure. L'effet de ciseau, dans ce contexte, sera provoqué par l'application d'une tarification excessive dans l'accès à la ressource essentielle. En d'autres mots, l'impossibilité pour un opérateur de se maintenir sur les marchés aval, alors que rien ne permet de prouver le caractère excessif du prix d'accès à l'infrastructure ou même l'intention prédatrice, suffit à caractériser de l'abus de position dominante. Ainsi que l'indique le Conseil de la concurrence : « l'existence d'un effet de ciseau peut dispenser de vérifier comptablement si l'entreprise dominante pratique des conditions d'accès discriminatoires dans le cas où il serait impossible même à un concurrent aussi efficace que le dominant d'être actif sur le marché : cette condition est bien satisfaite lorsqu'il est établi que même si les coûts afférents à l'activité aval sont considérés comme nuls - alors

<sup>1251</sup> Cass. com., 4 décembre 2001, *France Télécom c. Société Lécitel*, préc.

que cette activité a une existence propre indéniable -, la structure des tarifs de l'opérateur dominant aboutit à une marge négative »<sup>1252</sup>.

Un tel effet de ciseau a été détecté à propos de la cession par l'INSEE du répertoire SIRENE. En l'absence d'une connaissance analytique des coûts ou d'autres éléments de comparaison, le juge, suivant une méthode hypothético-déductive, a considéré le cas d'une entreprise fictive, au moins aussi performante que l'entreprise dominante, qui devrait acquitter des coûts d'accès à l'infrastructure tels qu'ils étaient prévus par l'arrêté querellé pour les clients finaux de l'institut avant de rediffuser les informations sur le marché, sans opérer d'autre traitement que l'extraction des données de la base – c'est-à-dire la même opération à laquelle procède l'institut vis-à-vis de ses clients finaux. Les autres coûts de l'activité de l'opérateur fictif étant considérés comme nuls, le Conseil observe que, sur certains segments du marché, la marge de cet opérateur serait nulle ou négative. En résumé, le coût d'accès à l'infrastructure est tellement élevé qu'il empêche l'opérateur de couvrir les seuls coûts engendrés par la cession des données du répertoire et, de fait, lui interdit de se maintenir sur le marché. Évidemment, un tel constat, alors que l'hypothèse sur laquelle il peut être observé ne tient pas compte de l'ensemble des coûts de l'activité aval, laisse supposer qu'il serait tout à fait impossible à un opérateur efficace de se maintenir ou même d'accéder au marché. En l'espèce, le caractère excessif de la redevance réclamée par l'INSEE était, une fois encore, lié à la perception de droits de propriété intellectuelle. A un certain niveau d'activité, pour les fichiers de grande taille mis à disposition par l'INSEE, le montant des droits de propriété intellectuelle évoluait de telle manière qu'il empêchait les concurrents de se maintenir sur le marché. On rappellera, ici aussi, le considérant de principe retenu par le Conseil d'État. « si l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication des données publiques en vue de leur commercialisation (...) ces droits 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 différent de ceux de l'État ; que, dans un tel cas, la perception de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante ».

Il faut signaler que le Conseil d'État a récemment, dans un nouveau litige opposant l'État à la société CEGDIM, encore une fois fait application de la théorie des facilités essentielle. Alors que le requérant contestait une fois de plus la légalité de l'arrêté établissant la redevance en raison du caractère excessif du prix pratiqué par l'INSEE, au motif, notamment, que la part de la redevance proportionnelle (lié aux droits de propriété intellectuelle) ne lui permettait pas « de couvrir les coûts propres rediffuseur liés à l'élaboration et à la commercialisation de fichiers de grande taille comprenant plus d'un million d'adresse ». Le Conseil d'État, apparemment parce que la redevance perçue par l'État dans ces circonstances était plafonnée, n'a pas retenu l'argumentation de la requérante. « Il

---

1252. CE, 29 juillet 2002, Société *CEGEDIM*, préc.

ne ressort pas des pièces du dossier que le montant de la redevance, ainsi plafonnée, aurait pour effet d'empêcher les rediffuseurs d'exercer leur activité de cession de fichiers de grande taille élaborés par eux dans des conditions économiques satisfaisantes »<sup>1253</sup>.

## 2. Appréciation de la disproportion entre le prix pratiqué par l'entreprise en position dominante et la valeur de la prestation

**634. Disproportion manifeste.** - Selon la méthode d'évaluation employée, l'appréciation de la disproportion entre le prix pratiqué et la valeur économique de la prestation ne s'avère pas toujours pertinente. Ainsi, lorsque le test de l'effet de ciseau est utilisé, c'est moins l'existence d'une disproportion que l'incapacité d'un concurrent à se maintenir sur les marchés avals qui va justifier la qualification d'abus de position dominante. Cela dit, dans les autres hypothèses, l'appréciation de la disproportion est tout à fait nécessaire à la caractérisation de l'abus. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir à partir de quand, de quelle ampleur de disproportion, compte tenu notamment, des approximations inhérentes à l'évaluation, un prix pourra être qualifié d'excessif ? La question n'étant pas systématisée par le juge ni abordée par la doctrine, nous essaierons d'apporter quelques éléments de réponse en se fondant sur l'observation des contentieux.

En distinguant les décisions selon que la qualification de prix excessif a été retenue sans nécessairement aboutir à une condamnation, on peut constater qu'un prix est excessif lorsqu'il est grossièrement disproportionné par rapport à la valeur de la prestation qu'il est censé représenter. En fait, en paraphrasant une définition bien connue du droit administratif relative à l'erreur manifeste d'appréciation : un prix est excessif, lorsque cet excès est évident, « invoqué par les parties et reconnu(e) par le juge et qui ne fait aucun doute dans un esprit éclairé »<sup>1254</sup>. À cet égard, l'emploi par la Cour de justice du terme « manifestement excessif » est assez évocateur. Pour illustrer ce propos, on classera les contentieux selon qu'ils ont conduit les juridictions à retenir la qualification de prix excessif ou non.

Parmi les décisions qui ont conduit à la reconnaissance de prix excessifs, on peut citer les affaires *General Motor*<sup>1255</sup>, *British Leyland*<sup>1256</sup> et *Lectiel*<sup>1257</sup>. Dans les trois cas, on peut constater que les prix pratiqués par les entreprises en position dominante ont été qualifiés d'excessifs soit parce qu'ils étaient plusieurs fois supérieurs à la valeur de la prestation rendue

<sup>1253</sup>. CE, 2 avril 2003, *Société CEGEDIM*, inédit

<sup>1254</sup>. Conclusions J.BRAIBANT sur C.E., 13 novembre 1970, *Lambert*

<sup>1255</sup>. préc.

<sup>1256</sup>. préc.

<sup>1257</sup>. préc.



(en fait, il s'agissait de multiples), soit, hypothèse extrême, parce que le prix réclamé n'était sous-tendu par aucune prestation. Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait retenu le caractère abusif du prix pratiqué par France Télécom pour la mise à disposition de l'annuaire expurgé des noms inscrits sur liste orange après avoir constaté qu'il était près de dix fois supérieur aux coûts techniques supportés par l'opérateur<sup>1258</sup>. Quant aux deux autres affaires, la Cour de justice se contenta de constater que les prestations relatives au contrôle de conformité des véhicules automobiles, qui sont de simples opérations à caractères administratif, n'étaient pas de nature à justifier le prix réclamé par les constructeurs automobiles pour les effectuer. Plus particulièrement, dans l'arrêt *British Leyland*, la Cour observa que le prix pratiqué par le constructeur était quatre à six fois supérieur à celui qu'il réclamait pour effectuer des opérations identiques. Aussi, en première approximation, peut-on dire qu'un prix est excessif ou manifestement excessif lorsqu'il constitue un multiple de la valeur de la prestation qu'il est censé représenter. En effet, ni la perception d'une marge bénéficiaire importante, ni d'éventuelles approximations dans le calcul des coûts, ne sauraient justifier des écarts aussi considérables. En outre, comme l'a indiqué la Cour d'appel de Paris, la perception de droits de propriété intellectuelle, ne pourrait pas, non plus, justifier des écarts aussi importants.

Maintenant, il convient aussi de remarquer que les autorités garantes du respect de la concurrence, tout en constatant une différence entre le prix et la valeur de la prestation ne l'ont pas toujours sanctionné justement parce que l'écart entre les prix et les coûts, qui était réel, n'était pas assez important et pouvait parfaitement représenter le montant de la marge bénéficiaire ou encore être considéré comme une marge d'erreur dans l'appréciation des coûts de production de l'entreprise dominante. Dans l'affaire *UBC*, après avoir remarqué l'existence d'un écart entre le prix pratiqué par l'entreprise en position dominante et ses concurrents, la Cour dit qu'une différence de sept pour cent ne pouvait pas être « automatiquement considérée comme exagérée et donc inéquitable »<sup>1259</sup>.

En conclusion, il semblerait qu'un prix anormalement élevé puisse être qualifié d'abusif que dans des situations relativement exceptionnelles. L'écart entre les prix et la valeur de la prestation doit être très important, très probablement constituer un multiple de celle-ci pour justifier la sanction. Et, dans les cas où cette comparaison ne pourrait pas s'effectuer ou qu'elle n'ait pas lieu d'être, le prix pratiqué par l'entreprise en position dominante doit fermer l'accès au marché.

---

<sup>1258</sup>. préc.

<sup>1230</sup>. CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company & United Brands Continental BV c. Commission des communautés européennes*, préc.

*B. L'existence d'un lien de causalité entre le prix excessif et la position dominante*

**635. Lien entre le prix excessif et la position dominante.** - Cette condition d'imputabilité, traditionnellement exigée par le droit de la concurrence, prend un relief particulier s'agissant d'un élément qui, comme le prix, est subordonné pour sa formation à toute une série de déterminants qui sont étrangers à la volonté d'une entreprise, fût-elle en position dominante. Aussi, l'exigence d'un lien de cause à effet entre le caractère excessif du prix et l'existence d'une position dominante est-elle fondamentale. L'exigence d'un rattachement exclusif entre la pratique tarifaire contestée et l'existence d'une position dominante a été rappelée par le Conseil de la concurrence à l'occasion de l'examen de pratiques relevées dans le secteur du Rhum<sup>1260</sup>. En l'espèce, la requérante estimait que les organismes qui lui fournissaient la matière première pour nourrir ses activités avaient pratiqué à son égard des prix excessifs, « sans qu'il apparaisse que les coûts de production aient significativement évolué au cours de la période ». Tout en indiquant que la pratique d'un prix excessif exercée par une entreprise en position dominante, pour être qualifiée d'abus, doit, une fois le caractère manifestement élevé établi, trouver sa cause dans la position dominante, le Conseil de la concurrence rejette le grief. Il constate en effet que l'entreprise requérante, à la suite de négociations commerciales, a réussi à obtenir de ses fournisseurs une baisse de prix. Ce qui le conduit à dire « qu'il n'est pas établi que le prix initial de l'alcool vendu (...) résultait uniquement de l'éventuelle position dominante ».

*C. L'absence de justifications objectives*

**636. Délimitation.** - Un prix anormalement élevé ne peut être qualifié d'abusif si l'entreprise en position dominante peut, pour justifier de son importance, avancer des raisons objectives<sup>1261</sup>. Ces raisons peuvent être apportées pour justifier l'écart existant entre les prix et les coûts ou encore entre deux produits similaires. Dès lors, il convient de définir, ou de moins de circonscrire la notion de justification objective. Au-delà de la casuistique, il semblerait qu'une justification objective soit un élément exogène à l'entreprise en position dominante dont elle n'a pas la maîtrise ou qu'une maîtrise partielle et qui contribue à déterminer le montant du prix. Ainsi, la perception des droits de propriété intellectuelle par

1260. Cons., conc., déc. n° 01-D-70 du 24 octobre 2001, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du rhum à la Réunion, BOCC, 21 janvier 2002, p. 31

1261. CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Gramophon*, Rec. p. 487 ; CJCE, 13 juillet 1989, *Tournier*, préc.

les organismes publics à l'occasion de la communication de bases de données publiques ne peut, comme avait essayé de le faire valoir France Télécom dans le contentieux précité, constituer une justification objective puisque c'était l'entreprise en position dominante qui fixait elle-même le montant de la redevance qu'elle percevait à ce titre.

## §2 - L'importance des considérations relatives à la structure du marché

**637. Sanction des prix excessifs et dépendance économique.** - Il ne s'agit pas là, à proprement parler, d'une condition, mais seulement d'un constat résultant de l'observation des décisions juridictionnelles relatives à la pratique des prix excessifs. Ce n'est que dans des situations relativement exceptionnelles qu'un prix anormalement élevé pourra être sanctionné. En effet, le prix est un élément juridiquement indifférent. Sa sanction par le droit ne peut être envisagée que lorsque la sanction par le marché, c'est-à-dire la sanction économique, s'avère impossible. Or, même lorsqu'une entreprise détient une position dominante celle-ci est envisageable ; la présence sur le marché d'une entreprise en position dominante n'est pas incompatible avec l'existence d'une concurrence effective. Dès lors, c'est en l'absence de toute concurrence sur le marché dans lequel le prix du produit cédé par l'entreprise dominante est contesté ou, lorsqu'il existe une concurrence effective, en raison de facteurs structurels particuliers, que le prix anormalement élevé pourra être sanctionné. En fait, c'est uniquement dans l'hypothèse où l'on peut vérifier l'existence d'une relation de dépendance entre le fournisseur d'un bien et l'acheteur ou encore entre le vendeur et le consommateur<sup>1262</sup>. En d'autres termes, chaque fois que l'opérateur, à qui il est réclamé d'acquitter un prix excessif, sera captif de l'offre émise par l'opérateur en position dominante.

Pour illustrer cette affirmation, il n'est qu'à décrire les relations entre l'entreprise en position dominante et les autres entreprises dans les contentieux où une pratique de prix excessifs a été contestée. De l'observation des décisions rendues par la Cour de justice ou le Conseil de la concurrence, il résulte très souvent que l'entreprise en position dominante détenait soit, une infrastructure essentielle, soit, un monopole de droit ou de fait pour la production d'un bien ou d'une prestation. De telle sorte que les entreprises présentes sur les marchés avals ou connexes ainsi que les consommateurs finals n'avaient d'autre choix que d'accepter ou de refuser l'offre proposée par les opérateurs détenant un important pouvoir de marché. Ainsi, les contentieux relatifs à France Télécom, à l'INSEE (voir *supra*) ou à l'INA

1262. « C'est donc seulement dans des conditions exceptionnelles, caractérisées par un rapport de domination/dépendance, qu'un abus pourra être stigmatisé. Le droit de la consommation par le biais de la prohibition des clauses abusives, mais surtout le droit de la concurrence, permettent de mieux cerner le prix répréhensible par son montant excessif », V. SELINSKY, « Les limites à la liberté de fixer le montant du prix, préc.

ont conduit le Conseil de la concurrence à qualifier plus ou moins explicitement<sup>1263</sup> les biens produits par ces organismes publics d'infrastructure essentielle. Dans ce cas, l'existence d'une relation de dépendance ne nécessite pas plus de commentaires ; elle est mécanique parce qu'elle résulte de la présence d'un bien indispensable à l'accomplissement des activités sur les marchés aval. Dans d'autres contentieux, il peut être relevé, sans qu'il soit possible d'identifier une infrastructure essentielle, l'existence d'une prestation à destination des consommateurs monopolisée par l'entreprise en position dominante. La Cour de justice, dans ses décisions relatives aux contrôles administratifs effectués par les constructeurs automobiles en vue de la délivrance de certificat, avait observé que les constructeurs, en raison de la réglementation particulière de ces prestations, bénéficiaient « d'une sorte de monopole administratif sur le marché en cause et place les revendeurs professionnels, pour la délivrance de ces certificats, dans une situation de dépendance économique caractéristique d'une position dominante »<sup>1264</sup>. De manière identique, la Cour avait relevé, à l'occasion de l'examen d'un renvoi préjudiciel relatif à une pratique de prix anormalement élevé imputée à la SACEM que l'organisme « occupait une position dominante sur le territoire français puisqu'elle possède en fait, sinon en droit, le monopole absolu de la gestion des droits de ses membres »<sup>1265</sup>. Enfin, il est aussi possible de signaler la décision du Conseil de la concurrence relative aux prestations de restauration délivrées, en raison de la réglementation, à titre exclusif par une entreprise en milieu carcéral<sup>1266</sup>. Aussi, les consommateurs finaux ou intermédiaires se trouvaient-ils captifs des prestations pour la délivrance desquelles l'entreprise bénéficiait d'un monopole.

En résumé, lorsqu'elle a été évoquée, la critique des prix excessifs prend place dans une situation où la concurrence n'existe pas : elle n'existe pas sur les marchés constitués par un bien non reproductible. Elle n'existe pas non plus lorsqu'une entreprise détient un monopole de droit ou de fait pour la délivrance d'une prestation. Cependant, la présence d'une infrastructure essentielle ou d'un monopole, qui facilite l'établissement d'une relation de dépendance entre différents opérateurs sur le marché, n'est pas toujours nécessaire à la reconnaissance et, éventuellement, à la sanction, des prix excessifs. Lors de l'affaire UBC, la Cour de justice avait noté l'existence d'une concurrence sur le marché de la banane. Mais elle avait aussi établi, dans le même temps, une relation de dépendance entre les distributeurs et l'entreprise en position dominante de telle sorte que les distributeurs ne « pouvaient se

1263. Si la qualification est particulièrement explicite concernant l'annuaire de FRANCE TELECOM ou le répertoire SIRENE, le Conseil se contente de relever, à propos des archives audiovisuelles commercialisées par l'INA, « que l'établissement public est donc le seul opérateur susceptible de commercialiser les archives ».

1264. CJCE, 11 novembre 1986, *British Leyland Ltd. c. Commission des communautés*, préc.

1265. CJCE, 13 juillet 1989, *Tournier*, aff. C-395/87, préc.

1266. Cons. conc., déc n° 00-D-27, du 13 juin 2000, *relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val d'Oise*, préc.

passer » de mettre sur le marché les production d'UBC. En d'autres mots, l'unicité de l'offre telle qu'elle peut résulter d'une situation de monopole ou de la détention par une entreprise en position dominante d'une infrastructure essentielle n'est pas le seul facteur qui permette d'établir une relation de dépendance. Celle-ci peut résulter, comme dans l'affaire UBC, de la notoriété d'une marque.

**638.** En conclusion, les opérateurs publics fournisseurs de données publiques parce qu'ils proposent des produits uniques sur le marché sont particulièrement concerné par le grief de prix excessifs. Même si la réglementation en établissant une tarification orientée vers les coûts devrait limiter de telles pratiques, il leur conviendra de prendre en compte lors de l'établissement de la tarification cette limite. Cela dit, il s'avère que la sanction des prix excessif est très délicate à mettre en œuvre, il n'y a pas de définition de l'excès en dehors de l'appréciation d'une disproportion manifeste. Toutefois, lorsque l'information publique peut apparaître comme une facilité essentielle, il s'avère que, même en l'absence d'éléments de comptabilité, il peut être possible de les reconnaître, eu égard aux effets qu'ils produisent sur le marché apparenté.

## SOUS-SECTION 2 - LA PROHIBITION DES PRIX DISCRIMINATOIRES

**639. Discrimination tarifaire et position dominante.** - Le droit de la concurrence reconnaît la possibilité pour une entreprise en position dominante de pratiquer des prix différenciés. L'ajustement tarifaire peut en effet constituer une réponse à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché ou accompagner la diversification de l'entreprise sur d'autres marchés ; il fait alors partie intégrante de la politique commerciale d'une entreprise. Plus généralement, toute entreprise bénéficie d'une certaine liberté pour définir ses prix en fonction du contexte concurrentiel, pour les conformer au comportement de la concurrence. Cependant, la possibilité pour une entreprise en position dominante de défendre ses intérêts commerciaux par une différenciation tarifaire n'est pas illimitée<sup>1267</sup>. Le droit de la concurrence sanctionne le traitement discriminatoire des partenaires ou concurrents de l'entreprise dominante lorsque de telles différenciations tarifaires ne résultent pas du jeu

1267. La jurisprudence admet la possibilité pour une entreprise de protéger ses intérêts mais seulement « *dans une mesure raisonnable.* » Ainsi, dans l'arrêt *United Brand*, la Cour a fait valoir, à l'égard de la politique tarifaire pratiquée par UBC que « l'existence d'une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués, et qu'il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses dits intérêts, on ne peut admettre de tels comportements lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser ». Aussi, « même si l'on peut admettre la possibilité d'une riposte, encore faut-il que celle-ci soit proportionnée à la menace compte tenu de la puissance économique des entreprises en présence ».

normal de la concurrence mais d'une stratégie délibérée de l'entreprise visant à renforcer son pouvoir de marché<sup>1268</sup>. Pour apprécier le degré de liberté dont peuvent jouir les producteurs de l'information pour l'établissement de différenciations tarifaires, il faudra rappeler le contenu du principe de non-discrimination (§1) puis les garanties qui sont apportées par la loi du 17 juillet 1978 et le droit de la concurrence pour le préserver dans le cadre de la commercialisation des données publiques (§2).

## §1- Le principe de non-discrimination : l'absence de rupture de l'égalité des chances dans la concurrence

**640. Définition.** - La discrimination, en matière économique, est visée par les articles 81 et 82 du TCE. Il s'agit, pour une entreprise en position dominante, « d'appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait, un désavantage dans la concurrence »<sup>1269</sup>. Au regard de cette définition, le fondement de la discrimination réside dans le traitement différencié de prestations équivalentes<sup>1270</sup> ; que cette différenciation résulte d'une politique de prix ou d'une différence de traitement qui est étrangère à la politique tarifaire. En imposant de traiter de manière équivalente des prestations semblables, le traité vise à préserver l'égalité des chances dans la concurrence<sup>1271</sup>. En effet, à travers le contrôle et la sanction des prix et des pratiques discriminatoires, il ne s'agit pas tant de garantir une égalité entre les concurrents mais plutôt une égalité dans les conditions de concurrence. De telle manière que soient préservées les conditions d'accès et de développement d'une entreprise sur marché, malgré la présence

1268. Les modalités de la discrimination sont très variables et dépendent très largement de la situation concurrentielle. Aux traditionnelles discriminations par les prix, qui sont au demeurant multiformes puisqu'en font partie les diverses ristournes ou remises, ou par les quantités, on peut signaler les discriminations spécifiques relatives à l'accès à une *infrastructure* essentielle (v. *infra*).

1269. Outre les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, le droit national sanctionne également le fait pour tout producteur, commerçant ou industriel de « pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

1270. La démonstration d'une pratique discriminatoire suppose l'existence de conditions de concurrence équivalentes, l'existence d'une situation concurrentielle non comparable permettrait alors de justifier l'absence de discrimination. Par équivalence des conditions de concurrence, la jurisprudence recherche une similitude dans les conditions de concurrence et non pas une parfaite homogénéité ou une parfaite identité. Ainsi, dans « l'affaire Akzo », la Cour a sanctionné la Commission pour avoir prescrit à l'entreprise en position dominante de proposer une offre tarifaire équivalente à des opérateurs économiques ne se trouvant pas dans la même situation juridique, quoiqu'ils exerçassent des fonctions économiques identiques. V. aussi l'arrêt *Deutsche Bahn AG* (TPI, 27 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG*, aff. T- 229/94, Rec, II, p. 1694).

1271. TARGA (A.), « La notion de discrimination abusive », *Revue de la concurrence et de la consommation*, janvier-février 1995, p. 55

d'une entreprise en position dominante. Le principe de non discrimination ainsi définit, il convient d'observer les situations dans lesquelles les organismes publics fournisseurs de l'information pourraient pratiquer de telles discriminations (A) ainsi que les justifications qu'ils pourraient apporter pour motiver leur comportement et éviter une sanction (B).

### *A. Les situations de discrimination*

**641. Hypothèses de discrimination et données publiques.** - Dans la pratique, trois situations de discrimination ont été saisies par la jurisprudence, deux d'entre-elles intéressent particulièrement les producteurs de données publiques<sup>1272</sup>.

**642. Première situation.** - La première recouvre l'hypothèse dans laquelle l'opérateur dominant possède ou détient une ressource essentielle qui gouverne l'accès aux marchés avals ou connexes. La discrimination est ici appréhendée dans les relations entre le fournisseur de l'accès et ses concurrents sur les marchés sur lesquels ils sont confrontés. Elle se matérialise, le plus souvent, par l'imposition de conditions d'accès à la ressources prohibitives ; il s'agira d'un refus d'accès ou, plus généralement, d'une tarification de l'accès excessive par rapport à celle qu'il se consent à lui-même. Quoi qu'il en soit, la discrimination en faveur des activités de l'entreprise en position dominante est sanctionnée : l'entreprise en position dominante doit établir une identité de conditions d'accès à la ressource, sans favoriser ses propres activités. Ainsi, dans l'affaire Sea link, la Commission a dit que « une entreprise en position dominante pour la mise à disposition d'une installation essentielle, qui utilise elle-même cette installation et qui refuse à d'autres entreprises l'accès à ces installations sans raison objective ou ne leur accorde qu'à des conditions moins favorables que celles qu'elle réserve à ses propres services, commet une infraction à l'article 86. Ainsi une entreprise en position dominante ne peut exercer de discrimination en faveur de ses propres activités sur un marché apparenté. Le propriétaire des installations essentielles qui utilise son pouvoir de marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables de celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction à l'article 86 ». Certains fournisseurs de données publiques ont pu être sanctionnés sur ce fondement. C'est ainsi, dans le litige opposant France Télécom à ses concurrents sur le marché de la prospection, que le Conseil de la concurrence a qualifié les pratiques tarifaires de l'opérateur public qui, pour l'accès à

<sup>1272</sup>. Enfin, dans la troisième situation, la discrimination peut être envisagée lorsqu'un acheteur pratique une discrimination à l'égard d'un fournisseur alors qu'ils se trouvent unis par un lien de dépendance.

l'annuaire, s'imputait des charges d'accès inférieures de celles qu'il imposait à ses concurrents : « France Télécom a abusé de sa position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone en mettant en œuvre, sur le marché aval des fichiers de prospection, une discrimination de prix, en s'imputant des charges d'accès à la structure qu'elle gère moindres que celles qu'elle facture à ses concurrents »<sup>1273</sup>. C'est aussi en raison du caractère discriminatoire des prix d'accès au répertoire SIRENE que le comportement de l'INSEE sur les marchés de prospection a été critiqué. Le Conseil de la concurrence notait dans cette décision que l'INSEE devait offrir à ses concurrents l'accès au répertoire SIRENE à des conditions non-discriminatoires par rapport à celles qu'il s'impute à lui-même pour l'alimentation de ses activités avales. En l'espèce, une telle discrimination a été détectée grâce au test de l'effet de ciseau (voir *supra*)<sup>1274</sup>. Aussi, parce les bases de données publiques se présentent souvent comme des infrastructures essentielles et que les opérateurs qui les gèrent interviennent aussi souvent sur les marchés apparentés, les organismes publics fournisseurs d'informations se trouvent particulièrement concernés par ce grief. L'article 15 alinéa 3 de loi du 17 juillet 1978 leur rappelle ainsi, expressément, l'obligation de traiter de manière identique leurs activités et celles de leurs concurrents : « lorsque l'administration qui a élaboré ou détient des documents contenant des informations publiques utilise ces informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut en facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même ».

Plus récemment, le Conseil de la concurrence a eu à connaître des griefs formulés par un éditeur de cartes géographiques à l'encontre de l'IGN<sup>1275</sup>. Celui-ci reprochait notamment à l'établissement public de pratiquer des prix discriminatoire d'accès à ses fonds topographiques, marché sur lequel l'IGN détient un monopole. Le requérant estimait plus particulièrement que les redevances pour droit de propriété intellectuelle réclamées par l'institut n'étaient pas appliquées de manière uniforme. Le conseil de la concurrence n'a cependant pas retenu la discrimination. Après avoir rappelé qu'il était loisible « pour un opérateur en position dominante de traiter différemment des acheteurs se trouvant dans des situations différentes »<sup>1276</sup>, il constate que « l'IGN est confronté à diverses demandes d'accès des éditeurs à son fonds cartographique. Les redevances exigées pour l'utilisation de ce fonds prennent en compte, d'un part l'échelle des fonds utilisés et, d'autre part, la part de la

1273. Cons. conc., déc. n° 98-D-60 du 29 septembre 1998, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone*, préc.

1274. Cons. conc., avis n° 01-A-18 du 28 septembre 2001, *relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE*, préc.

1275. Cons. Conc., déc., n° 06-D-23 du 21 juillet 2006, *relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et l'information touristique*, BOCC, 26 janvier 2007, p.392

1276. *ibid.*



cartographie IGN dans l'ouvrage. En l'espèce, aucun fait n'établit l'application discriminatoire des taux de redevance perçus par l'IGN »<sup>1277</sup>.

**643. Deuxième situation.** - La seconde hypothèse concerne la situation d'une entreprise qui, alors qu'elle n'entretient aucune relation de concurrence avec ses clients, exercerait des pratiques discriminatoires à leur égard. La discrimination résulte ici de la comparaison des tarifs et conditions de vente consentis aux différents clients de l'entreprise en position dominante. Les modulations tarifaires étant admises par la jurisprudence, puisque la négociation est le propre de la vie commerciale, la sanction de telles différenciations à l'égard des clients ne prendra corps que lorsque la discrimination produit un effet concurrentiel sur le marché. *« En effet, la jurisprudence ne considère pas que de telles discriminations aient un objet anticoncurrentiel. Ce qui veut dire qu'elles sont analysées comme restrictives de la concurrence dès lors qu'elles ont un effet sur le marché considéré et ceci est vérifié qu'il s'agisse de l'application des textes sur l'abus de position dominante ou de l'application du droit des ententes »*<sup>1278</sup>. Dans la pratique, de telles discriminations peuvent avoir deux effets. D'abord, par la mise en œuvre d'un mécanisme de rabais ou de ristournes, elles peuvent conduire l'opérateur dominant à contrôler le niveau de prix pratiqué par ses clients, en supprimant ou en limitant leur liberté commerciale<sup>1279</sup>. Ensuite, elles peuvent porter atteinte aux conditions d'accès au marché. Ainsi, un mécanisme de rabais de fidélité qui ne repose sur aucune prestation économique (parce qu'il ne repose pas sur les quantités achetées) peut gêner ou empêcher l'approvisionnement des clients auprès d'autres fournisseurs concurrents<sup>1280</sup>. À notre connaissance, les producteurs de données publiques n'ont pas, pour l'heure, été mis en cause sur ce fondement. La probabilité pour qu'il le soit est d'ailleurs assez faible. Si, concernant la discrimination portant atteinte au principe d'autonomie, on peut supposer que la survenance d'une telle pratique soit envisageable malgré les dispositions relatives à la transparence tarifaire que met en place la loi (voir *infra*), rien n'empêchant les producteurs de données publiques d'organiser un système de rabais ou de ristournes les conduisant à contrôler les prix pratiqués par leurs rediffuseurs – du moins pour les produits informationnels n'ayant pas fait l'objet d'un important retraitement car, dans le cas contraire, l'entreprise qui rediffuse l'information devrait répercuter un certain nombre de coûts qui sont propres à son activité – la manifestation de la seconde occurrence est plus douteuse. Elle suppose en effet l'impossibilité ou la difficulté pour d'autres fournisseurs d'informations d'approvisionner les rediffuseurs. Or, dans la grande majorité des cas, les opérateurs publics sont les seuls fournisseurs de l'information qu'ils produisent. Aussi, si ce type de

---

<sup>1277</sup>. *ibid.*

<sup>1278</sup>. TARGA (A.), « La notion de discrimination abusive », préc.

<sup>1279</sup>. *ibid.*

<sup>1280</sup>. *ibid.*

discrimination n'est pas inenvisageable, son application, du moins à ce stade de développement des marchés de l'information, devrait être marginale.

### *B. Les justifications de la discrimination*

**644. Variété des justifications.** - Les organismes publics fournisseurs de données publiques pratiquant des prix différenciés peuvent échapper aux sanctions du droit de la concurrence s'ils apportent une justification objective à leur comportement. La jurisprudence accorde une marge de liberté à l'entreprise dominante pour préserver ses propres intérêts. Toutefois, leur défense doit être raisonnable et proportionnée à l'atteinte qu'elle subit. La jurisprudence, notamment celle de la Cour de justice des communautés, a dégagé plusieurs raisons objectives permettant de justifier une différenciation tarifaire. Il conviendra de les exposer pour essayer d'apprécier la pertinence de telles argumentations dans le cas des fournisseurs d'informations.

**645. Variation du prix de revient.** - Une première justification réside dans la variation du prix de revient d'un produit ; le prix peut parfaitement être modifié en fonction des charges que supporte l'entreprise. Des écarts de prix peuvent ainsi être justifiés par des écarts de coûts correspondant qui doivent eux-mêmes être justifiés. La Cour a expliqué, dans l'arrêt UBC, à propos des différences de prix pratiqués par l'entreprise en position dominante dans différents Etats de la communauté, que « *les différences dans les frais de transport, la fiscalité, les droits de douane, les salaires de la main d'œuvre, les conditions de commercialisation, (...) la densité de la concurrence* » peuvent éventuellement conduire à des prix différents<sup>1281</sup>. Toutefois, ces différents éléments doivent réellement influencer la constitution du prix, il s'agit de frais qui doivent être directement imputables à l'entreprise qui s'en prévaut. L'argument relatif à la variation des coûts de revient pour la délivrance d'une même prestation économique, qui est d'ailleurs rarement retenu par la Cour, ne nous semble pas véritablement pertinent pour ce qui concerne la production de l'information publique. En effet, à la différence des affaires traitées par la Cour ou les entreprises en cause délivraient les mêmes prestations dans différents Etats de l'Union, la production de l'information publique est centralisée, son coût de production est donc homogène. Une éventuelle discrimination tarifaire pourra alors difficilement être justifiée sur ce fondement car le coût de revient est relié à l'exercice d'une mission de service public. Quant aux coûts de diffusion, il s'agit pour l'essentiel de coûts marginaux, ne pouvant pas, justifier une

---

<sup>1281</sup>. UBC, *préc.*

différenciation tarifaire anticoncurrentielle puisqu'ils représentent une fraction marginale du prix de la prestation. De plus, quand bien même les produits informationnels seraient commercialisés dans d'autres Etats de l'Union, les coûts de leur diffusion seraient assez restreints.

**646. Volume des ventes.** - Plus pertinente semble être l'argumentation tendant à justifier la discrimination tarifaire à raison de l'importance des quantités vendues. Un fournisseur d'informations pouvant parfaitement établir une tarification dégressive à raison de l'importance des quantités de données achetées par les rediffuseurs. De la même manière, la durée des engagements contractuels autorise en principe le fournisseur à ajuster son offre. Un tel ajustement est aussi possible au profit d'un client qui aurait participé à l'élaboration du produit livré par le fournisseur. Enfin, de manière générale, il est possible à un producteur d'informations d'ajuster son offre en fonction de la pression exercée par la concurrence.

## §2- Les garanties du principe de non-discrimination

**647. Transparence tarifaire et transparence comptable.** - Les règles de transparence tarifaires ou comptables constituent, de manière traditionnelle, des garanties contre les pratiques discriminatoires. Dans le contexte de la réutilisation de l'information du secteur public, sur les marchés intermédiaires de fourniture de l'information, le principe de transparence présente deux expressions qui sont inégalement traitées par la réglementation<sup>1282</sup>. D'abord, dans des secteurs d'activités qui ne sont pas toujours bien connus, caractérisés par la présence d'une multiplicité d'acteurs et de ressources pour l'accès auquel l'information est opaque sinon inexistante, il convient de diffuser une information indispensable ou du moins utile à la connaissance de l'offre afin d'assurer le bon fonctionnement du marché. La diffusion de cette information aux éventuels réutilisateurs permettra alors d'améliorer les conditions d'accès, notamment tarifaires, aux ensembles informationnels détenus par les organismes du secteur public. En d'autres mots, il s'agit d'assurer, par des mesures de publicité, la transparence de l'offre proposée par les organismes publics. Ensuite, parce que les organismes fournisseurs interviennent dans un secteur réservé et souvent aussi sur le marché, il faut garantir la séparation entre ces deux types d'activité de manière à éviter tout transfert de ressource du secteur réservé vers le secteur concurrentiel, préjudiciable à la concurrence. Plus que la transparence de l'offre, il s'agit alors de garantir la transparence de l'ensemble de l'activité des organismes producteurs d'informations. Ces deux aspects de la transparence qui ne sont pas liés entre eux, en ce sens que l'un peut exister sans

<sup>1282</sup>. Il ne s'agit pas d'envisager ici les règles tendant à garantir la transparence des relations entre le producteur et le consommateur final mais uniquement entre le fournisseur d'informations et le rediffuseur.

l'autre puisque le second ne concerne que les entreprises qui agissent sur un secteur réservé, participent également au bon fonctionnement du marché de l'information, mais selon des modalités différentes. En effet, ils sont également destinés à juguler les pratiques discriminatoires et à garantir l'égalité entre les opérateurs sur le marché : le premier permet d'éviter que les fournisseurs n'appliquent des conditions juridiques ou économiques différentes à des transactions identiques ; le second, assure que le détenteur d'un bien essentiel qui intervient sur les marchés avals ou connexes ne se consente des conditions d'accès à l'infrastructure plus favorable de celles qu'il propose à ses concurrents présents sur ces mêmes marchés dérivés<sup>1283</sup>. Ces deux aspects de la transparence n'apparaissent cependant pas dans la directive ni dans la loi. Si le premier, qui peut être rapproché des règles relatives à la transparence tarifaire consacrées par le Code de commerce, fait l'objet de quelques dispositions qui sont de nature à en garantir l'effectivité et pour l'étude duquel on renverra à la première partie, le second n'est pas même mentionné.

#### **648. Les règles de transparence relatives aux activités des opérateurs publics. -**

Les prescriptions de la loi du 17 juillet 1978 destinées à garantir la transparence de l'accès aux ressources détenues par les organismes du secteur public, quoique nécessaires, ne tiennent pas compte de la position particulière des opérateurs publics fournisseurs d'informations sur le marché. Le plus souvent, ces ressources sont exploitées à titre principal pour l'accomplissement de leurs obligations de service public et, subsidiairement, sur le marché. Or, l'exploitation concomitante d'activités réservées et d'activités ouvertes à la concurrence est de nature, en faussant la concurrence, à freiner l'accès au marché : elle est source de discrimination ; elle peut donner lieu à la pratique des subventions croisées (voir *infra*). Dans les secteurs récemment libéralisés, la recherche de la transparence a pris la forme d'une séparation, qu'il s'agisse d'une séparation comptable ou fonctionnelle, entre les activités de réseaux et celles qui sont ouvertes à la concurrence. Cette séparation, qui constitue la meilleure garantie du principe de transparence, n'a cependant pas été prévue par la loi ni même mentionnée par la directive. L'article 15, al. 3, de la loi rappelle seulement que les conditions de facturation ou d'utilisation des informations que l'administration impose aux autres opérateurs ne peuvent pas être moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même. La réglementation n'impose donc en matière de transparence que des règles minimales

1283. La circulaire du 22 décembre 1998, *relative à l'activité éditoriale de l'administration et des établissements publics de l'Etat*, (préc.) rappelait les deux principales hypothèses dans lesquelles une telle discrimination au profit de l'opérateur public pouvait être caractérisée. Il s'agit en premier lieu de calculer un prix de cession interne de l'information selon les mêmes modalités que celles appliquées par l'administration pour le calcul de la redevance de réutilisation qu'elle réclame aux opérateurs privés. En second lieu, « dès lors que le produit sur le marché entre en concurrence avec des produits similaires, l'éditeur public ne doit pas tirer avantage des aides qui lui sont par ailleurs accordées au titre de ses activités non concurrentielles. En d'autres termes les subventions versées pour la publication et la diffusion d'ouvrages ayant un public restreint ou d'un écoulement lent ne doivent pas être détournées de leur objet et être utilisées en fait pour améliorer la compétitivité de l'éditeur public sur les marchés concurrentiel ».

qui restent très en deçà des exigences auxquelles sont soumis les opérateurs publics dans certains secteurs d'activité, alors que leur situation est très largement comparable, sinon tout à fait identique. L'absence de règles relatives à la séparation comptable ou fonctionnelle peut s'expliquer par deux considérations. D'abord, il convient de rappeler que le secteur des données publiques est tout à fait hétérogène ; il regroupe *grosso modo* l'ensemble des organismes publics. Dans ces conditions, il eut été difficile à la Commission d'imposer une séparation comptable ou fonctionnelle pour des organismes aussi divers et dont l'activité ne réside pas toujours dans la production de l'information. De telles exigences eurent entraîné des charges administratives excessives pour les organismes publics, disproportionnées par rapport à l'objet de la directive. Il aurait dès lors fallu les limiter aux seuls organismes qui retirent de la commercialisation de leur information une importante source de revenu. A cet égard, il faut souligner que le rapport MANDELKERN prévoyait d'imposer des règles de comptabilité analytique pour les diffuseurs publics institutionnels. Ensuite, le but de la directive, plus qu'une réglementation prescriptive de tous les aspects de l'activité des organismes producteurs de l'information, est d'assurer, autant que faire se peut compte tenu de la variété des organismes en présence et de l'objet de leur activité, une impulsion. En conséquence, parce que leur mise en œuvre ne s'avère pas particulièrement problématique, ce sont seulement des règles qui sont destinées à améliorer la connaissance de l'offre et à favoriser l'accès aux ressources informationnelles détenues ou produites par les organismes publics – sans en garantir totalement la transparence - qui ont été imposées par la réglementation. Ainsi, au regard du contenu de la loi et de la position particulière des organismes publics<sup>1284</sup>, la transparence se trouve partiellement garantie.

Cependant, l'absence de dispositions relatives à la séparation comptable pourrait être suppléée. En effet, des textes nationaux et communautaires tendent à imposer la mise en place de systèmes de comptabilité analytique pour l'ensemble des organismes publics (A). Quant à la séparation fonctionnelle, elle pourrait spontanément être adoptée par les organismes producteurs d'informations (B).

---

1284. Il reste que le pouvoir réglementaire a pu imposer à certains d'entre eux de tenir une telle comptabilité. C'est le cas de l'IGN qui doit tenir une telle comptabilité en vertu de l'article 1er, II, du décret du 22 novembre 2004, on notera d'ailleurs que ce décret intégrait certaines des dispositions de la directive 2003/98/CE. « Les tarifs applicables peuvent prendre en compte les droits privatifs que l'institut détient, au titre de la propriété intellectuelle, sur les données qu'il produit. Ces tarifs sont ajustés, au moins une fois par an, en fonction du coût du service rendu de façon que le total des recettes hors subvention provenant des mises à disposition et des autorisations de réutilisation de tout ou partie d'une des bases de données composant le référentiel à grande échelle ne dépasse pas, sur l'ensemble de la durée de vie de cette base de données, son coût de constitution, de mise à jour et de diffusion. Une comptabilité analytique est tenue par l'institut et vérifiée, chaque année, par les ministres chargés de l'équipement et du budget ».

### *A. La transparence comptable*

**649. Substituts.** - La transparence comptable, qui permet de reconnaître les charges affectées à l'exercice des activités de service public et celles qui sont relatives aux activités concurrentielles, est garantie par la mise en place d'une comptabilité analytique au sein des organismes publics intervenant sur le marché; elle permet d'assurer l'effectivité de l'application des règles de concurrence et en facilite le contrôle. Même s'il est vrai qu'en absence d'informations détaillées sur la structure financière des entreprises détenant des droits spéciaux ou exclusifs le contrôle des différentes activités qu'elles exercent reste possible, il s'avère qu'il est plus problématique parce que plus approximatif et donc contestable. Il en va ainsi du contrôle des subventions croisées entre l'activité réservée et l'activité exercée sur le marché<sup>1285</sup> et plus largement pour l'ensemble des analyses concurrentielles faisant référence aux coûts<sup>1286</sup>. Aussi, l'absence de dispositions relatives à la transparence comptable dans la loi est-elle de nature à compliquer l'application des règles de concurrence aux organismes publics producteurs d'informations, alors que la loi du 17 juillet 1978 fait longuement appel à ses principes pour réguler l'activité des organismes fournisseurs d'informations sur le marché.

Cette absence de dispositions relatives à la transparence comptable pourrait cependant être comblée par des textes d'application transversale qui, en dehors des réglementations sectorielles, permettent de satisfaire l'exigence de transparence comptable. Il s'agit de la directive 2000/52/CE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques<sup>1287</sup> (1) et des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001 qui tendent à mettre en place une comptabilité d'analyse des coûts (2).

---

1285. TPI, *Fédération française des sociétés d'assurance et autres c. Commission des communautés européennes*, aff. T-106/95, Rec. p. II-229.

1286. Cons. conc. avis 97-A-07, du 25 février 1997, *relative à une demande d'avis présentée par le groupement des éditions et de la presse nautique et portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique du service hydrographique de la marine*, BOCC, 18 novembre 1997, p.759

1287. Directive 2000/52 de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, *JOCE* L 193 du 29 juillet 2000, p.75

## 1. L'applicabilité limitée des dispositions de la directive 2000/52/CEE aux organismes publics producteurs d'informations

**650. Inadéquation.** - La directive 2000/52/CE met en œuvre des règles destinées à garantir la transparence des apports financiers de l'Etat ou d'autres organismes publics vers leurs entreprises publiques. Elle ne vise donc pas la transparence financière entre les différentes activités d'un organisme public intervenant sur le marché<sup>1288</sup>. Pour garantir la transparence de la mise à disposition des ressources publiques, le texte impose l'établissement de comptes séparés pour les différentes activités de l'entreprise ainsi que l'adoption d'une comptabilité analytique pour assurer l'imputation et la répartition des produits et des charges.

Les dispositions de cette directive seront cependant difficilement applicables aux organismes publics producteurs de l'information ; elles pourront l'être à la marge, compte tenu du champ d'application du texte. En effet, l'obligation d'établissement de comptes séparés ne concerne que les entreprises publiques qui réalisent un chiffre d'affaires annuel d'au moins 40 millions d'euros. Et rares sont les organismes publics producteurs d'information qui réalisent ces chiffres. En outre, le texte vise les entreprises publiques, c'est-à-dire des opérateurs publics intervenant, à titre principal, dans le secteur industriel et commercial. Or, une grande partie des organismes publics producteurs d'information est chargée d'obligations de service public administratif.

En conséquence, parce qu'elle n'est applicable qu'aux entreprises publiques réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions d'euros, la directive 2000/52/CE ne peut connaître qu'une application limitée dans le domaine de l'information publique. Elle peut de fait difficilement suppléer l'absence de dispositions relatives à la transparence comptable.

## 2. L'ordonnance organique du 1<sup>er</sup> août 2001 et la mise en place d'une comptabilité d'analyse des coûts

**651. Réforme.** - La loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances (LOLF)<sup>1289</sup> met en place une nouvelle comptabilité de l'Etat destinée, entre autres finalités, à améliorer la transparence des comptes de l'Etat<sup>1290</sup>. Afin de satisfaire cet objectif, un grand

<sup>1288</sup>. CHEROT (J-Y), *Droit public économique*, éd. Economica, coll. Corpus droit public, 2002

<sup>1289</sup>. Loi organique n°2001-692 *relative aux lois de finances* du 1<sup>er</sup> août 2001, *JO* du 2 août 2001, p. 12480

<sup>1290</sup>. Pour une présentation de ces différents objectifs voir, D. LAMOT, « la nouvelle comptabilité de l'Etat », *RFFP* 2006, p.2

nombre de dispositions d'ordre comptable sont intégrées à la loi qui est très largement inspirée des référentiels applicables dans le secteur privé. La loi prescrit en effet dans ses articles 27 à 30 que l'Etat tient une comptabilité générale de l'ensemble de ses opérations, suivant des règles qui ne se distinguent de celles applicables aux entreprises qu'en raison des spécificités de son action.<sup>1291</sup> Cet alignement relatif des comptes de l'Etat sur la comptabilité d'entreprises se matérialise, notamment, par l'apparition, à côté des traditionnelles comptabilités générales et budgétaire, d'une comptabilité d'analyse des coûts. L'article 51, alinéa 1<sup>er</sup>, impose ainsi à chaque administration, « la présentation des actions, des coûts associés, des objectifs poursuivis, des résultats obtenus et attendus pour les années à venir, mesurées au moyen d'indicateurs précis dont le choix est justifié ». La loi adopte donc un certain nombre de techniques qui sont destinées à améliorer la connaissance des coûts au sein de l'Etat qui permettront de reconstituer les coûts complets des actions menées par les différents organismes publics qui en dépendent<sup>1292</sup>.

Cette réforme générale a une double influence sur les organismes fournisseurs d'informations. En premier lieu, elle améliore la connaissance des coûts et de ce fait permet l'établissement d'une tarification qui en est plus proche, conformément aux prescriptions de la directive. En second lieu, la mise en œuvre d'une comptabilité analytique facilite grandement l'exercice des analyses concurrentielles fondées sur les coûts. Toutefois, la loi organique présente aussi d'évidentes limites. Pour l'essentiel, elles tiennent à son champ d'application : elle ne concerne que les services de l'Etat, à l'exclusion des organismes publics dotés de la personnalité morale. En conséquence, ces dispositions, à l'instar de la directive 2000/52/CE, mais de manière plus substantielle, ne concerneront qu'un nombre limité d'organismes fournisseurs d'informations. Pour les autres, sauf à les adopter spontanément, comme certains d'entre eux l'ont fait<sup>1293</sup>, la connaissance des coûts et la transparence seront toujours approximatives.

## ***B. La séparation juridique***

**652. Solution extrême.** - La séparation juridique des différentes activités d'un opérateur constitue la solution la plus efficace pour assurer l'égalité et la transparence entre

1291. MILOT (J-P), « Comment comprendre les comptes de l'Etat et à quoi peuvent-ils servir », *RFFP 2006*, p.11

1292. *ibid.*

1293. On rappellera à cet égard que le forum des droits sur l'Internet ainsi que la circulaire du 20 mars 1998 (préc.) soulignaient la nécessité d'adopter une comptabilité analytique pour les organismes publics fournisseurs d'informations.



les opérateurs. Elle permet d'éviter que les entreprises détenant des droits spéciaux ou exclusifs n'en profitent sur les marchés concurrentiels.

Compte tenu de l'objet de la directive et de la diversité des organismes publics concernés, une telle mesure n'a jamais été envisagée dans le secteur de l'information publique : il ne semble pas possible d'imposer de telles dispositions pour les organismes qui interviennent de manière marginale sur le marché ou ceux pour qui – sauf cas particuliers – la production de l'information ne constitue pas l'objet de leur activité ; tout au plus, il est possible de concevoir une séparation juridique pour les activités des organismes gérant d'importantes infrastructures de collecte de l'information. De plus, on imagine mal, alors que certains opérateurs historiques sont encore fortement intégrés dans des secteurs soumis à une réglementation sectorielle que de telles mesures soient adoptées pour les organismes producteurs d'informations alors que les marchés de l'information sont plus diffus et moins bien connus et composés de fournisseurs au statut juridique très hétérogène. Aussi, une telle séparation entre les activités d'exploitation des infrastructures d'informations, des bases de données, et les activités concurrentielles ne peut résulter que de la volonté de l'opérateur lui-même. Ainsi, on peut signaler le cas de France Télécom qui a filialisé les activités de commercialisation de l'annuaire électronique<sup>1294</sup>. Désormais, France Télécom produit l'annuaire au titre du service universel et sa filiale est chargée de le commercialiser. On peut aussi signaler le cas du Centre national d'Etudes spatiales. Il s'agit d'un établissement publics à caractère industriel et commercial, qui contrôle les satellites ; la tâche de commercialiser les images spatiales est revenue à la société Spot image, filiale de droit privé de l'établissement public.

## Section 2

### Les limites à la fixation des prix des produits ou services d'information écoulés auprès du consommateur final

**653. Une question peu évoquée.** – Cet aspect n'a pas été envisagé par la loi du 17 juillet 1978 ni même mentionné par la directive 2003/98, qui ont particulièrement réglementé la question de l'accès à l'information publique dans la perspective du développement du marché. En outre peu de litiges ont porté sur les prix des produits ou services d'information élaborés par le détenteur des données publiques. Pourtant, la commercialisation par des opérateurs publics de produits informationnels à valeur ajoutée sur des marchés apparentés peut aussi présenter des aspects anticoncurrentiels. Dès lors, ce seront

1294. Décision n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, *relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 2001*, BOCC, 17 décembre 2003

les règles du droit de la concurrence qui devront être sollicitées pour encadrer ou sanctionner la fixation du prix de tels produits. Celles-ci se déploient dans deux directions, au demeurant intimement liées : la prohibition des subventions croisées (§2) et la prohibition des prix anormalement bas (§1).

## §1 - LA PROHIBITION DES PRIX ANORMALEMENT BAS

**654. Variété de prix bas.** - C'est essentiellement sur le fondement des dispositions relatives aux pratiques abusives que les autorités de concurrence peuvent contrôler les prix anormalement bas pratiqués par un opérateur public fournisseur de produits informationnels sur le marché de la consommation finale. Dans ce contexte, la théorie de la prédation, et plus généralement l'ensemble des pratiques de prix anormalement faibles ayant pour objet ou effet d'entraîner l'éviction, trouve un domaine d'application privilégié (A). Mais ce n'est pas la seule forme de prix anormalement bas qui peut être appréhendée au titre de l'abus de position dominante. En application d'une pratique décisionnelle récente, il apparaît que les prix anormalement bas, quand bien même ne recevraient-ils pas la qualification de « prédateurs », peuvent être condamnés lorsqu'ils engendrent « *une perturbation durable du marché* ». (B) Enfin, il faudra s'interroger sur l'applicabilité aux opérateurs publics commercialisant des produits informationnels à valeur ajoutée des dispositions de l'article L. 420-5 du Code de commerce prohibant les pratiques de prix abusivement bas (C).

### A. Les prix anormalement bas entraînant l'éviction

**655.** Aux termes de la jurisprudence communautaire et de la pratique décisionnaire du Conseil de la concurrence, il existe deux formes de prix anormalement bas entraînant l'éviction. Il s'agit des prix prédateurs (1) et des prix qui sans pouvoir recevoir la qualification de prédateur ont pour objet ou pour effet d'éliminer un ou plusieurs concurrents du marché (2).

## 1. Les prix prédateurs

**656. Définition.** - Traditionnellement, les prix anormalement bas sanctionnés par le droit de la concurrence sont qualifiés de prédateurs ou, plus précisément, de prédateurs<sup>1295</sup>. La Commission a pu définir cette pratique comme consistant « *pour un producteur, à fixer ses prix à un niveau artificiellement bas, de manière à évincer ou discipliner un concurrent* »<sup>1296</sup>. L'entreprise qui fixe ses prix à ce niveau a donc pour objectif, sur le marché qu'elle domine ou un autre marché, d'éliminer ou de soumettre un concurrent<sup>1297</sup> et, une fois ce but atteint, de relever ses tarifs à la hausse afin de pouvoir obtenir un pouvoir de marché accru lui permettant de dégager des profits substantiels. La stratégie prédatrice consiste donc pour une entreprise en position dominante<sup>1298</sup> à renoncer temporairement à une partie de ses profits en vue d'en obtenir de plus importants une fois la concurrence éliminée ou disciplinée<sup>1299</sup>.

1295. La doctrine a souligné qu'il était préférable d'employer le terme de prédateur et non de prédateur car le prix n'est que le moyen de la stratégie anticoncurrentielle, comme le suggère d'ailleurs le vocable communautaire. C. LUCAS de LEYSSAC, « Le droit actuel et ses incertitudes », in les prix prédateurs comme obstacle à la concurrence, Atelier de la concurrence de la DGCCRF du 17 novembre 1999, *Revue Concurrence et consommation*, janvier-février 2000, p.11 ; v. également, C.LUCAS de LEYSSAC ET G. PARLEANI, *Droit du marché*, op. cit.

1296. XVI rapport sur la politique de concurrence, 1986, n° 334

1297. Dans sa décision COMP/ 38.233, du 16 juillet 2000, relative à une pratique de prix prédateur reprochée à Wanadoo Interactive, la Commission indiquait que « les précédents de jurisprudence n'épuisent pas les configurations possibles de prédation. La prédation peut revêtir différentes formes de l'écartement radical et l'élimination en série de tous les concurrents sur le marché. Plus généralement, la prédation peut seulement consister à contraindre ou inhiber le comportement concurrentiel d'un rival existant ou potentiel. Dans cette approche, le prix prédateur est simplement celui qui conduit à une maximisation du profit par ses effets d'exclusion ». Décision confirmée par le TPI, 30 janvier 2007, *France télécom c. Commission*, aff. T-340/03

1298. Pour certains auteurs, il semblerait que l'existence d'une position dominante ne soit pas nécessaire à la sanction d'une pratique prédatrice. Ainsi a-t-il pu être dit que pour des raisons de fait ou de droit, « il n'est pas possible de tirer du constat que les pratiques de prix prédateurs ont toujours été sanctionnées au titre de l'article 82 CE, la conclusion qu'elles ne seraient pas interdites par elles-mêmes, en dehors de toute position dominante. Tout laisse à penser, au contraire, qu'elles constituent une espèce de pratique interdite per se, quelle que soit l'importance de l'entreprise qui s'y livre, et quel que soit son résultat ». Ce point de vue s'appuie sur les observations suivantes : l'entreprise qui met en place une stratégie prédatrice doit pouvoir disposer de moyens financiers importants qu'elle aura plus facilement si elle est en position dominante, mais ce n'est pas la une obligation ; le droit communautaire ne permet pas de sanctionner la prédation en dehors des articles 81 et 82 CE ; en droit français, il existe une qualification permettant d'appréhender les prix abusivement bas (qui doit être évalués comme le sont les prix prédateurs, voir *infra*) qui peut être appliquée en dehors de tout constat de position dominante ou de l'existence d'une entente. C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, préc. spéc. p.545-546

1299. « En effet, la prédation est avant tout la renonciation à un profit immédiat en vue de la maximisation d'un profit futur. Or renoncer à un profit immédiat ne signifie pas forcément accepter une perte mais plutôt accepter un profit plus faible. », BENZONI (L.), « les enseignements de l'analyse économique, in les prix prédateurs comme obstacle à la concurrence, Atelier de la concurrence de la DGCCRF du 17 novembre 1999, *Rev. Concurrence et consommation*, janvier-février 2000, p. 8

**657. Opérateurs publics et prix prédateurs.** - Toutefois, s'agissant des opérateurs publics, la prédation peut s'appuyer sur des moyens particuliers et poursuivre des buts spécifiques. Le plus souvent en effet c'est au moyen de ressources tirées de l'activité monopolistique (ou de service public) que la pratique de la prédation peut être mise en œuvre, les ressources de l'activité réservée permettant de financer des offres anticoncurrentielles sur les marchés ouverts à la concurrence<sup>1300</sup>. En outre, le relèvement des prix et la récupération des pertes, une fois la concurrence disciplinée ou éliminée, ne sont pas forcément les buts poursuivis par l'opérateur public. La commission a pu souligner que « si la récupération des pertes initialement consenties peut constituer un objectif rationnel associé à la prédation, des configurations différentes sont parfaitement envisageables. Dans des cas particuliers, l'entreprise peut s'engager dans une stratégie de prédation avec d'autres visées que la réalisation de marges d'exploitation supérieures à celles qui prévaudraient dans un contexte concurrentiel »<sup>1301</sup>. Tel est le cas des entreprises publiques pour lesquelles la possibilité de récupération des pertes s'impose dans une moindre mesure compte tenu des garanties de viabilité financières apportées par l'actionnaire étatique<sup>1302</sup>. Bien qu'elle n'emprunte pas les mêmes voies, la pratique des prix prédateurs par les organismes publics est aussi sanctionnée par le droit de la concurrence.

**658. Sanction des prix prédateurs : approche nationale et communautaire.** - La jurisprudence tant communautaire que française sanctionne cette forme particulière d'abus. Cependant, si pendant longtemps les méthodes d'analyses employées par le Conseil de la concurrence ou la Cour de justice convergeaient largement, on peut noter aujourd'hui quelques différences dans leurs approches respectives de cette pratique.

1300. Pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'ailleurs du principal risque d'abus de position dominante auquel peuvent être soumis les opérateurs publics : « le principal risque d'abus de position dominante réside dans l'utilisation d'un réseau commercial amorti par l'activité de monopole ou plus largement de service public, en vue de développer des activités concurrentielles ou dans ce que l'on appelle les subventions croisées permettant une pratique de prix prédateurs. », *EDCE*, rapport public pour 2002, Collectivités publiques et concurrence, p. 237

7. Décision de la commission du 16 juillet 2003 *relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE* (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*)

1302. Au point 334 de sa décision, la Commission souligne les différents objectifs pouvant être poursuivis par un organisme ou une entreprise publique à travers une stratégie prédatrice. « Au demeurant, si la récupération des pertes initialement consenties peut constituer un objectif rationnel associé à la prédation, des configurations différentes sont parfaitement envisageables. Dans certains cas particuliers, l'entreprise peut s'engager dans une stratégie de prédation avec d'autres visées que la réalisation de marges d'exploitation supérieures à celles qui prévaudraient dans un contexte concurrentiel. Par exemple, dans des configurations d'actionnariat bien spécifiques, l'entreprise peut n'accorder qu'une valeur secondaire à l'objectif de récupération des pertes. Elle peut aussi renoncer à couvrir l'intégralité des pertes initiales et se concentrer plutôt sur l'équilibre de ses coûts et revenus futurs. Elle peut enfin viser une récupération à long terme par d'autres moyens que les résultats d'exploitation. »

Au plan communautaire, la Cour de justice a consacré l'existence de deux méthodes d'analyses différentes lorsqu'il s'agit de vérifier si une entreprise pratique des prix prédateurs : la première est fondée sur les coûts variables, la seconde sur les coûts complets. Ainsi, aux termes de l'arrêt *Akzo*, « des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a en effet aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites) et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite. Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui comprennent, à la fois les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent »<sup>1303</sup>.

Il se dégage de cette définition des tests mis en œuvre par la Cour de justice que deux éléments sont requis pour démontrer que les prix pratiqués par une entreprise en position dominante puissent être qualifiés de prédateurs. Un élément matériel d'abord : l'existence d'un prix anormalement bas, qui se déduit de l'observation des coûts de production encourus par l'entreprise en position dominante<sup>1304</sup>. Un élément intentionnel ensuite : la volonté d'élimination qui, dans le cas où les prix seraient inférieurs à la moyenne des coûts variables, est présumée, alors que dans le cas où le prix pratiqué ne permet pas de recouvrer les coûts complets, elle doit être démontrée.

Malgré les critiques apportées par certains économistes à cette approche<sup>1305</sup>, qui repose essentiellement sur la comparaison du prix au coût en négligeant la crédibilité de la stratégie

1303. CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c. Commission des communautés européennes*, aff. C-62/86, Rec. I. p. 3359

1304. Ce qui suppose une connaissance analytique des coûts supportés par l'entreprise dont les pratiques tarifaires sont mises en cause

1305. Plusieurs approches de la prédation ont été successivement proposées par la science économique. La première méthode permettant de percevoir le phénomène de la prédation a été développée par Areeda et Turner. La doctrine, dite « cost based », qu'ils ont développée consiste à repérer une pratique prédatrice chaque fois que l'entreprise pratique un prix de vente inférieur au coût marginal à court terme supporté par l'entreprise pour réaliser ce produit. En se référant à ce coût on acquiert la certitude que l'entreprise s'expose à une perte sur chaque vente réalisée. Cependant, cette méthode se heurte à un obstacle insurmontable : les mesures et l'évaluation du coût marginal sont très difficiles sinon impossibles lorsque l'ont en connaît pas les données comptables internes de l'entreprise ; or, elles ne sont pas toujours disponibles. Ces mêmes auteurs ont donc proposé une autre méthode. Pour identifier les situations de prédation évidentes, ils ont proposé de faire référence au coût variable moyen à court terme. Il résulte de cette approche qu'un prix de vente inférieur au coût moyen total mais supérieur au coût moyen variable ne serait pas prédatrice en lui-même. C'est cette théorie dont il a été fait application dans l'arrêt *Akzo*. Viennent ensuite les théories développées par l'école du filtre structurel (structural filter) qui appréhendent le phénomène de la prédation à travers des considérations relatives à la structure du marché. Pour cette école de pensée, un comportement prédateur

prédatrice au regard du contexte du marché et, notamment, de la possibilité pour l'entreprise en position dominante de récupérer les pertes consenties dans le but d'éviction, compte tenu de l'existence de barrières à l'entrée, la Commission et, à notre connaissance, la Cour, n'ont pas modifié leur méthode d'analyse. La Commission a pu rappeler, à propos d'un litige opposant une filiale de France Télécom – Wanadoo Data – à ses concurrents, sur le marché de l'Internet à haut débit la position adoptée par la Cour dans l'arrêt Tetra pack en disant que « ni la jurisprudence de la Cour de justice, ni la pratique décisionnelle de la Commission n'exigent la preuve de la réalité de la récupération des pertes initiales pour la constatation de l'abus de prix prédateurs. L'intervention des autorités de concurrence est justifiée dès lors qu'il existe un risque de concurrence faussée, indépendamment des perspectives de récupération des pertes »<sup>1306</sup>. En conséquence, pour l'heure, l'approche des autorités communautaires est assez mécanique. L'existence de prix prédateurs, qui se déduit de la comparaison entre les prix et les coûts, sera sanctionnée dès lors qu'il y a un risque d'élimination de la concurrence.

Au plan national, le Conseil de la concurrence adopte une approche très similaire sinon identique de celle prodiguée par la Cour de justice dans l'arrêt Akzo<sup>1307</sup>. Toutefois, dans plusieurs décisions, il semble avoir modifié la nature de son contrôle, en tenant compte, au-delà de la comparaison du prix de revient avec le prix pratiqué, du contexte dans lequel la stratégie de l'entreprise dominante s'inscrivait. Cette prise en compte contribue à appréhender la stratégie de prédation de manière moins mécanique. Ainsi, le constat d'un

---

aurait peu de chances d'aboutir sur un marché où les barrières à l'entrée sont relativement faibles. L'augmentation des prix par une entreprise ayant éliminé ses concurrents conduirait à l'apparition d'autres concurrents. Enfin, pour les défenseurs de l'absence de règles (no rules) le comportement prédateur est très rare et très irrationnel, de fait le droit de la concurrence devrait simplement l'ignorer. De plus, il n'existerait qu'une seule façon vraiment pertinente de constater la prédation : la disparition des victimes de la pratique. Ces différentes théories ont eu une importante influence sur la pratique des tribunaux américains. Après avoir appliqué le test Areeda-Turner, la Cour suprême a fait référence et adopté la doctrine du filtre structurel en soulignant l'importance pour l'entreprise prédatrice de la récupération des pertes. Dans un arrêt de 1993 (*Brooke Group Ltd c. Brown & Williamson Corporation*), elle a estimé que la structure et les conditions du marché devait être susceptibles de permettre au prédateur d'augmenter le prix de manière significative après avoir éliminé la concurrence. En l'occurrence, elle sanctionne la pratique eu égard aux faibles barrières à l'entrée. Ainsi, la sanction des prix prédateurs n'est pas seulement appréhendée au regard des prix et des coûts de production mais aussi de la crédibilité de la stratégie prédatrice au regard de la structure du marché. Dans ce contexte, il est fondamental de savoir si l'entreprise qui a éliminé ses concurrents grâce à une politique de prix agressive pourra utiliser le monopole acquis pour augmenter ses prix pendant une période assez longue pour récupérer ses pertes.

1306. Décision de la commission du 16 juillet 2003 *relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE* (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*). Toutefois dans cette décision, « à titre accessoire », la commission avait analysé l'existence de barrière à l'entrée, pour rejeter la pertinence de l'argumentation menée sur ce fondement. spéc. point. 338

1307. Cons. conc., déc. n° 94-MC-10, 14 septembre 1994, Béton prêt à l'emploi, *BOCC*, 27 octobre 1994, Rec. Lamy, n° 603, obs. V. SIELINSKY ; Cons. conc., avis n° 97-A-10, du 25 février 1997, *relatif à la politique éditoriale du service hydrographique et océanographique de la marine*, préc ; Cons. conc., déc. n° 00-D-70, du 31 janvier 2000 *relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris*, *BOCC*, 23 février 2001.

prix inférieur aux coûts totaux ou aux coûts moyens variables peut ne pas aboutir à la reconnaissance d'une pratique prédatrice lorsque ces prix n'ont pas été pratiqués avec constance ou que la poursuite d'une telle stratégie est peu crédible eu égard à l'absence de barrières à l'entrée. En d'autres mots, le Conseil s'intéresse désormais aussi à la rationalité du comportement de l'entreprise.

Le Conseil, analysant le comportement d'un opérateur public – en l'occurrence la française des jeux - qui soutenait financièrement l'une de ses filiales sur le marché de la maintenance informatique, a dit que « la jurisprudence considère généralement que la vente en dessous du coût variable moyen suffit à caractériser une stratégie prédatrice, aucune autre justification ne pouvant être apportée à un tel comportement ; que cependant ce critère ne peut être appliqué lorsqu'un prix n'est inférieur au coût variable moyen que de façon épisodique ; que, d'autre part, l'existence d'une stratégie prédatrice doit être crédible au regard du contexte ; que la très faible part détenue par la Française de maintenance sur le marché de la maintenance informatique (entre 0,5 et 0,7%) combinée à la modestie des barrières à l'entrée, rend improbable le succès d'une stratégie prédatrice qui consisterait à éliminer les concurrents afin de pouvoir, ensuite, relever les prix ; qu'il suit de là que les pratiques litigieuses de la Française de maintenance ne peuvent être qualifiées de prix prédateurs »<sup>1308</sup>.

Cette approche renouvelée des prix prédateurs a d'ailleurs été récemment confirmée. Dans un litige où il était amené à examiner les prix pratiqués par un opérateur en position dominante sur le marché de la télévision à péage, le Conseil a dit que « la démonstration d'une pratique de prédation, qui suppose que l'entreprise prédatrice subit des pertes, exige que plusieurs conditions soient réunies : domination de l'entreprise présumée prédatrice, prix inférieur au concept de coût pertinent, stratégie d'éviction rendue particulièrement crédible

1308. Cons. conc., déc. n° 00-D-50, du 5 mars 2001, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des jeux dans le secteur de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir*, BOCC, 24 avril 2001. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris (20 novembre 2001, relatif au recours formé par la part la Française des jeux contre une décision n° 2000-D-50 du Conseil de la concurrence du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des jeux dans le secteur de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir...) qui a rejeté la demande en retenant la motivation adoptée par la Conseil de la concurrence relativement à la crédibilité de la stratégie prédatrice au regard du contexte du marché ; « que c'est cependant, à juste titre, en l'absence d'une stratégie généralisée, que le Conseil a écarté la qualification de prix prédateurs en relevant que la très faible part détenue par la Française de maintenance sur le marché de la maintenance informatique, combinée au caractère modeste des barrières à l'entrée, rendait improbable le succès d'une stratégie d'élimination des concurrents permettant ensuite de relever ses prix ». Le pourvoi en cassation a aussi été rejeté (Cass. com., 10 décembre 2003, *Société Tim et groupe Telci c. Française des jeux*, PA 2004, n° 47, p. 9, note S.REIFEGERSTE). Cependant, la Cour de cassation ne retient pas la même motivation. Sans faire référence au contexte global dans lequel la stratégie s'inscrit, sans relever les éléments qui étaient de nature à rendre improbable la réussite d'une telle entreprise, la Cour de cassation retient simplement – et d'une manière un peu lapidaire – que « sans constituer une pratique de prix prédateurs, au sens invoqué par la société Française des jeux, une pratique de prix telle que mise en œuvre, indirectement, par un opérateur en position dominante faussant le fonctionnement de la concurrence, peut constituer un abus au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ».

par la possibilité de récupération des pertes une fois le concurrent sorti du marché (cette possibilité étant évaluée au moment de la mise en œuvre de la stratégie) »<sup>1309</sup>.

En conclusion, et sous réserve d'une confirmation explicite par la Cour de cassation, il semblerait que les méthodes d'analyses des prix prédateurs employées par les autorités garantes du respect de la concurrence diffèrent. Au plan communautaire l'analyse est cantonnée à la comparaison des prix aux coûts ; au plan national, en sus de l'observation des coûts, le Conseil de la concurrence prend aussi en compte la rationalité du comportement de l'entreprise présumée prédatrice au regard du contexte plus global dans lequel sa stratégie s'inscrit.

### **659. Adaptation du contrôle des prix prédateurs au cas des opérateurs publics. -**

Au-delà de ces observations, il convient de souligner le fait, particulièrement intéressant pour les entreprises publiques et plus largement pour les opérateurs publics commercialisant des produits informationnels sur le marché de la consommation finale, que le contrôle des prix prédateurs est adapté à leur situation particulière.

Le Conseil avait exposé les principes qui devaient guider l'analyse des prix prédateurs à l'occasion d'un avis rendu à propos du secteur postal<sup>1310</sup> ; cette analyse été reconduite, un an plus tard, pour le cas d'un service de l'Etat – le Service Hydrographique et Océanographique de la Marine (SHOM) – qui été sur le point d'investir le marché en publiant des produits à valeur ajoutée – en l'occurrence des cartes à l'usage des plaisanciers – à partir des données qu'il recueillait dans le cadre de ses activités régaliennes<sup>1311</sup>. Pour le Conseil de la concurrence, les principes exposés par la Cour de justice dans l'arrêt Akzo, et successivement, dans sa pratique décisionnelle, ne peuvent être appliqués lorsque des opérateurs privés se trouvent confrontés sur le même marché à un opérateur public disposant d'un monopole associé à une mission de service public. Dans ce cas, en effet, à la différence de l'hypothèse dans laquelle plusieurs entreprises privées se retrouveraient confrontées sur le même marché, la seule prise en compte du niveau des coûts n'est pas pertinente pour établir l'existence d'une pratique prédatrice, car l'ensemble des intervenants sur ce marché ne sont pas soumis à des contraintes de rentabilité identiques. En d'autres termes, lorsqu'un opérateur public est présent, parce qu'il n'est pas soumis aux mêmes contraintes de rentabilité que ses concurrents, le constat d'une augmentation des pertes n'indique pas forcément qu'il poursuit

<sup>1309</sup>. Cons. conc., déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005, *relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage*, BOCC, 28 octobre 2005

<sup>1310</sup>. Cons. conc., avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, *concernant le fonctionnement des services financiers de la Poste au regard des règles de concurrence*, *Rec. Lamy*, n° 694, comm. P. AHREL

<sup>1311</sup>. Cons. conc., avis n° 97-A-10, du 25 février 1997, *relatif à la politique éditoriale du service hydrographique et océanographique de la marine*, préc.



un objet anticoncurrentiel. En outre, en raison de l'accomplissement d'une mission de service public, l'opérateur public, sur les marchés concurrentiels, ne dispose pas d'une structure de coûts qui puisse être comparée à celle de ses concurrents ; « l'opérateur dominant encourt nécessairement, à technique identique de production et de commercialisation, des coûts moyens plus élevés que ses concurrents pour la partie concurrencée de son activité. » Ainsi, « le fait qu'il enregistre une perte sur un coût moyen dans cette activité n'indiquerait pas nécessairement que ses concurrents sont, en raison de sa politique de prix susceptibles d'être confrontés à des difficultés financières insurmontables ». En définitive, les tests de l'arrêt Akzo ne sont pas transposables en raison, d'une part, de la différence des contraintes de rentabilité pesant sur les opérateurs publics et privés et, d'autre part, en raison d'une structure de coûts elle-même différente. En conséquence, pour pouvoir examiner le caractère éventuellement prédateur d'une pratique de prix issue d'un opérateur public disposant d'un monopole associé à l'exercice d'une mission de service public, le Conseil propose d'appliquer le test suivant. Il n'y aurait pas d'abus lorsque les prix pratiqués sur les marchés concurrencés seraient « manifestement supérieurs » à ceux pratiqués par ses concurrents « *même si par ailleurs, les prix de vente qu'il pratique ne couvraient pas ses coûts variables* ». Il en va de même lorsque l'opérateur public pratique « *des prix analogues ou inférieurs à ceux pratiqués par ses concurrents* ». Dans le cas où ceux-ci réaliseraient des bénéfices sur l'activité concurrencés, « *il existerait une présomption que l'opérateur dominant n'abuse pas de sa position dominante* ». En revanche, si les prix pratiqués par l'opérateur dominant sont, de manière durable, inférieurs aux coûts moyens totaux et si ses concurrents enregistrent des pertes sur l'activité concurrencée, l'abus serait établi s'il s'inscrit dans le cadre d'une stratégie ayant pour but de les éliminer. En l'absence de volonté d'éviction, l'abus peut quand même être prouvé s'il est démontré que les concurrents aussi efficaces que l'opérateur dominant continuent d'enregistrer des pertes sur l'activité concurrencée.

**660. Prix prédateurs et coût incrémental.** - L'approche méthodologique des prix prédateurs dégagée par le Conseil trouve parfaitement à s'appliquer à la situation d'un opérateur public qui produirait des informations dans le cadre de ses missions de service public et qui, successivement, les emploierait pour réaliser un produit à valeur ajoutée à destination du marché.

Cette approche peut toutefois être précisée au regard des récentes évolutions de la pratique décisionnelle de la Commission européenne. La Commission européenne dans l'affaire Deutsche Post<sup>1312</sup> a souligné la nécessité d'adapter les règles issues de la jurisprudence Akzo dans l'hypothèse où une entreprise exerce des activités réservées et des activités concurrentielles. En fait, elle a précisé la notion de coût pertinent qu'il convenait de

<sup>1312</sup>. Décision de la commission, du 20 mars 2001, relative à la procédure d'application de l'article 82 du Traité CE, aff. COMP/35.141 – *Deutsche Post AG*, préc.

prendre en compte pour évaluer le caractère prédateur du prix. En effet, la poursuite concomitante d'une activité concurrentielle et d'une activité réservée pose le problème du partage des coûts entre ces deux activités. Lorsqu'un opérateur public commercialise des produits informationnels sur le marché, une partie des coûts qu'il assume pour investir le marché – la majeure partie même<sup>1313</sup> – sont partagés avec la mission de service public. Si ces coûts communs, à l'activité concurrentielle et à la mission de service public sont principalement des coûts fixes (coûts de production, de collecte, de mise en forme), il peut s'agir aussi de coûts variables. Or, pour déterminer le coût total moyen, élément de référence en matière de prix prédateurs, il faut déterminer un mode de partage des coûts communs qui doivent de toutes les façons être supportés par les opérateurs publics parce qu'ils sont attachés à l'accomplissement de la mission de service public. Pour la Commission, dans une telle hypothèse, le caractère prédateur du prix pratiqué sur le marché par l'opérateur public ne doit pas être évalué par rapport à la moyenne des coûts variables, mais par rapport à d'autres coûts variant aussi en fonction des quantités produites : les coûts incrémentaux. Il s'agit des coûts qui disparaîtraient si l'opérateur public n'assumait pas une activité concurrentielle. La Commission considère ainsi que « les prix viennent à éliminer la concurrence lorsqu'une entreprise en position dominante propose un service à un prix inférieur à son coût de revient afin d'évincer des concurrents ou de les empêcher de s'implanter sur le marché (...) conformément à la jurisprudence communautaire, un prix constitue un abus s'il est inférieur à la moyenne des coûts variables moyens de l'entreprise en position dominante (ceux qui varient en fonction des quantités produites). (...) Lors de la détermination des coûts variant en fonction des quantités produites, il faudra prendre en compte (...) la distinction opérée précédemment entre coûts fixes communs, d'une part, et coût incrémentaux. Dans le cadre de la mission de service public, seuls les coûts incrémentaux varient en fonction des quantités produites ». Ainsi, le concept de coût pertinent permettant d'évaluer le caractère prédateur du prix pratiqué par une entreprise disposant à la fois d'un secteur réservé et diversifiant ses activités sur le marché et le coût incrémental. En conséquence, pour échapper au grief de prix prédateur, il faudra que l'opérateur public prouve que ses prix sont supérieurs aux coûts incrémentaux du service ou du produit qu'il propose sur le marché.

La méthode des coûts incrémentaux a été appliquée par le Conseil de la concurrence dans une décision relative aux pratiques mises en œuvre par un opérateur public chargé du service public de transport entre le continent et l'île d'Yeu<sup>1314</sup>. Ses concurrents lui reprochaient de pratiquer des prix prédateurs sur le marché du transport des touristes. Le Conseil de la concurrence indique, conformément à la décision de la Commission, que, s'agissant d'une entreprise chargée d'une mission de service public offrant simultanément des

1313. V. *surpra*, titre III de la partie I, où un parallèle est établi entre les industries de réseau et les industries de l'information, notamment pour ce qu'elles ont en commun : l'importance des coûts fixes.

1314. Cons. conc., déc. n°04-D-79 du 23 décembre 2004, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*, préc.

prestations sur le marché, « le concept de coût pertinent à prendre en compte afin d'évaluer si le prix des prestations offertes en concurrence est abusif est celui de coût incrémental, c'est-à-dire le coût que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas d'activité concurrentielle. En revanche, les coûts que l'entreprise est obligée d'engager pour assurer la mission de service public qui lui est confiée, et qu'elle serait obligée d'engager même si elle n'offrait pas de prestations en concurrence, n'ont pas à être pris en compte dans les coûts pertinents de l'activité concurrentielle et donc à être couverts par les recettes tirées de cette activité. Il en est notamment ainsi des coûts fixes communs à la mission de service public et à l'activité concurrentielle ».

Bien qu'aucune affaire de prédation n'ait été examinée sous cet angle concernant des opérateurs publics commercialisant des produits informationnels sur des marchés concurrentiels, il n'est pas douteux que l'analyse développée par la Commission et le Conseil de la concurrence leur soit applicable.

Il convient d'observer aussi, on l'a déjà indiqué, que la production d'informations en général et la production d'informations par les opérateurs publics dans le cadre de leurs missions de service public se caractérisent par l'importance des coûts fixes. En conséquence, les prix pratiqués par l'opérateur public sur le marché risque, le plus souvent, de se trouver en dessous des coûts totaux ; il faudra alors démontrer, selon l'arrêt *Akzo*, que cette pratique s'inscrit dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence.

## *2. Les prix d'éviction hors prédation*

**661. Possibilité de sanctionner les prix d'éviction hors prédation.** - Les prix anormalement bas pratiqués par une entreprise en position dominante peuvent-ils être sanctionnés alors qu'ils ne peuvent pas être qualifiés de prédateurs ?

En se fondant sur l'arrêt *AKZO* qui dit que « l'article 86 du Traité interdit à une entreprise en position dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent de la concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime »<sup>1315</sup>, le Conseil de la concurrence a déclaré, à l'occasion d'un avis rendu à propos des offres sur mesures de France Télécom, que « les remises tarifaires qui ne refléteraient pas une diminution des coûts ou leur seraient supérieures, s'il était démontré qu'elles ont pour objet d'évincer un concurrent du marché, pourraient être qualifiées d'abus de position dominante même en l'absence de prix prédateur »<sup>1316</sup>. Le Conseil a donc ainsi reconnu la possibilité de

<sup>1315</sup>. CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV c. Commission des communautés européennes*, préc.

<sup>1316</sup>. Cons. conc., Avis, n° 98-A-24 du 16 décembre 1998, *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant les conditions des offres sur mesure de France Télécom*, BOCC, 14 octobre 1999

sanctionner des prix faibles en dehors de la prédation à condition d'une part, que l'entreprise en position dominante pratique des remises tarifaires ne reflétant pas la réalité des coûts et, d'autre part, que ces remises tarifaires aient pour objet l'éviction d'un ou plusieurs concurrents.

La reconnaissance des pratiques tarifaires ne reflétant pas la réalité des coûts n'implique pas de rechercher si les prix étaient inférieurs aux coûts variables moyens ou aux coûts variables totaux. Le caractère anticoncurrentiel du prix préférentiel pratiqué par l'entreprise en position dominante en faveur de l'un de ses clients est avéré dès lors que le prix est inférieur aux coûts de revient. Dans le secteur des télécommunications, le Conseil de la concurrence a sanctionné l'octroi, par France Télécom et sa filiale Transpac, de conditions tarifaires préférentielles sans appliquer les tests de prédation<sup>1317</sup>. La sanction de tels rabais se trouve donc justifiée à partir du moment où l'égalité des chances entre les opérateurs est rompue. Toutefois, les opérateurs bénéficient quand même d'une marge de liberté ; la négociation des conditions tarifaires d'un contrat avec leurs partenaires ne se trouve tout de même pas totalement figée par ce contrôle. A cet égard, le Conseil a pu dire, s'agissant des pratiques mises en œuvre par EDF concernant les choix des énergies destinées aux applications thermiques lors de l'aménagement des ensembles immobiliers urbains, que « les aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante à ses clients peuvent défavoriser ses concurrents ; que cependant ces aides, à supposer qu'elles ne soient pas prohibées en tant qu'aides d'Etat par le droit communautaire, ne sont pas elles-mêmes anticoncurrentielles ; qu'elles constituent la seule marge de négociation commerciale pour une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique ; que, pour qu'une telle pratique soit constitutive d'un abus de position dominante, il faut démontrer soit que les prix, une fois déduites les aides accordées des barèmes officiels, sont prédateurs, soit que les conditions dans lesquelles ces aides sont octroyées sont discriminatoires, soit, plus généralement, que leurs conditions d'octroi ou leur montant sont d'une nature telle qu'ils en établissent l'objet ou l'effet anticoncurrentiel ».

**662.** Si le Conseil de la concurrence ne s'est pas exprimé sur de telles pratiques lors de la commercialisation des données publiques, il n'est pas douteux que cette jurisprudence leur soit applicable. À cet égard, il convient de noter que l'octroi de tarifs préférentiels par les opérateurs publics producteurs d'informations ont plus de chance de se manifester à propos de la cession d'un ensemble informationnel en vue de sa diffusion, c'est-à-dire au stade de la consommation intermédiaire, l'opérateur public favorisant un rediffuseur plutôt qu'un autre, que lors de la cession de produits informationnels à valeur ajoutée au profit d'un consommateur final.

<sup>1317</sup> Cons. conc., déc. n° 97-D-53 du 1er juillet 1997, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données*, BOCC, 7 octobre 1997 confirmée par CA Paris, 19 mai 1998, BOCC du 18 juin 1998

## B. Les prix anormalement bas entraînant « une perturbation durable du marché »

**663.** La question qui se pose ici est celle de savoir s'il est possible de sanctionner les prix faibles alors qu'ils ne peuvent pas être qualifiés de prédateurs et qu'ils ne provoquent pas l'éviction des concurrents. Le Conseil de la concurrence s'est exprimé assez clairement dans ce sens dans plusieurs contentieux opposant des opérateurs publics ayant diversifié leurs activités avec leurs concurrents sur le marché.

Dans un litige opposant la Française des jeux et sa filiale qui bénéficiait du soutien financier de sa maison-mère grâce auquel elle avait pu obtenir de nombreux contrats au détriment de la concurrence, vraisemblablement plus compétitive au vu des faits de l'espèce, le Conseil a dit que, – alors qu'il n'était pas possible de qualifier la pratique de prédatrice - : « une pratique non prédatrice, de la part de la filiale d'une entreprise disposant d'un monopole public, peut être anticoncurrentielle à la double condition qu'elle n'ait été rendue possible que par les subventions tirées de la rente dégagée de l'activité monopolistique et qu'elle ait entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle »<sup>1318</sup>. Cette décision du Conseil de la concurrence a été explicitement confirmée par la Cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation<sup>1319</sup>.

En conséquence, une pratique de prix bas, alors qu'aucune intention ou même un effet d'éviction peut être identifié, pourra être sanctionnée au titre de l'abus de position dominante si deux conditions se trouvent cumulativement réunies : d'abord, la pratique de prix anormalement bas doit avoir été rendue possible par l'octroi d'une subvention issue d'une activité monopolistique ou quasi monopolistique ; les subventions provenant d'autres

<sup>1318</sup>. Cons. conc., déc. n° 00-D-50 du 5 mars 2001, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir*, préc. ; Le Conseil a rappelé ce principe dans une décision concernant une pratique de subventions croisées qui était reprochée à la poste, Cons. conc., déc. n° 05-D-63 du 17 novembre 2005, *relative d'une part, à des pratiques mises en œuvre par la Poste et certaines de ses filiales dans le secteur du traitement du courrier et d'autre part, à des pratiques reprochées à la Poste et certains syndicats de routeurs dans le secteur de la préparation des objets postaux*, BOCC, 29 avril 2006. Pour d'autres applications voir : Cons. conc., déc. n° 04-D-53 du 9 novembre 2004, *concernant les pratiques mises en œuvre par les centres d'études techniques de l'équipement, les directions départementales de l'équipement et les directions départementales de l'agriculture de la forêt dans les secteurs des services d'ingénierie*, BOCC, 2005 ; Cons. conc., déc. n° 04-D-73 du 21 décembre 2004, *relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet*, BOCC, 31 mars 2005 ; Cons. conc., déc. n° 05-D-53 du 6 octobre 2005, *relative à la situation de la concurrence dans le secteur des espaces publicitaires du réseau de transports en commun urbains*, BOCC, 14 mars 2006.

<sup>1319</sup>. V. *supra*

activités concurrentielles, logiquement, ne sont donc pas visées<sup>1320</sup>; ensuite, elle doit avoir conditionné des pratiques commerciales ayant entraîné une perturbation durable du marché. Si la première condition n'appelle pas de commentaires particuliers, on précisera seulement que pour être qualifiée comme telle la mise à disposition de moyens ne doit pas donner lieu de la part de l'activité qui en bénéficie à des contreparties financières reflétant les coûts<sup>1321</sup>, la seconde condition mérite d'être explicitée car elle est difficile à apprécier *in abstracto*. En quoi consiste la perturbation durable du marché? En l'espèce, la perturbation durable du marché était due à l'affectation de la capacité concurrentielle des autres opérateurs présents sur le marché suite à l'obtention – justement permise par une pratique de prix bas -, par la filiale de l'opérateur dominant, de nombreux contrats. Dans l'autre sens, l'activité bénéficiant de la subvention voit sa position sur le marché se renforcer grâce à des moyens qui ne relèvent pas de la concurrence par les mérites. Pour évaluer le renforcement de la capacité concurrentielle de l'activité qui bénéficie de la subvention et corrélativement de l'affaiblissement des concurrents, le Conseil de la concurrence prend en compte, notamment, l'évolution de la structure du marché ou des parts de marchés détenues par l'entreprise ou l'activité qui bénéficie de la subvention. Plus globalement, il observe, lorsque c'est possible, une affectation de la structure du marché. Ainsi, il n'a pas sanctionné sur le fondement de l'abus de position dominante de telles pratiques lorsqu'il a constaté que les parts de marchés de l'activité subventionnée avaient décliné ou que les concurrents pouvaient continuer à pénétrer le marché. Au fond, il prend en compte, au vu de ces indices, l'effet éventuel de la pratique sur le marché pour juger de la perturbation occasionnée par la pratique. Le Conseil observe ainsi, à propos d'un litige opposant France Télécom et sa filiale Wanadoo sur le marché de l'accès à Internet que les « parts de marché de Wanadoo ont reculé (...) suggérant qu'il est peu probable que la pratique notifiée ait entraîné une perturbation durable du marché de la fourniture d'accès de bas débit à Internet »<sup>1322</sup>. De la même manière, dans un litige opposant les services d'ingénierie proposés par les directions départementales de l'équipement aux collectivités locales, il observe une importante croissance des entreprises du secteur privé durant la période pendant laquelle les pratiques ont eu lieu. Enfin, il faut signaler que le Conseil de la concurrence a évoqué la possibilité d'appliquer cette jurisprudence à la situation d'un établissement public commercialisant des données à travers deux de ses filiales. Cependant, dans un cas, il a constaté que ni le CNES, sa filiale, spot Image, ne se trouvaient en position dominante sur le marché des informations satellitaires. Il s'agit en effet d'un marché mondial. Dans l'autre, bien que la filiale de l'établissement public fût en position dominante sur le marché du traitement de données spatiales destinées à des

1320. Cons. conc., déc. n° 04-D-73 du 21 décembre 2004, *relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet*, BOCC, 31 mars 2005

1321. On notera aussi que l'existence d'une subvention est plutôt difficile à établir.

1322. Préc.

applications pour l'agriculture ou l'environnement, le Conseil a estimé que les prix pratiqués n'étaient pas prédateurs<sup>1323</sup>.

Bien que la plupart des affaires sur lesquelles le Conseil de la concurrence s'est prononcé mettaient en cause un opérateur public bénéficiant d'un monopole légal et une de ses filiales, il est tout à fait possible d'envisager l'application de cette jurisprudence à un organisme public producteur d'informations dans le cadre de son activité de service public pour la réalisation de laquelle il bénéficie d'un monopole et une activité de commercialisation de produits informationnels sur le marché qui bénéficierait de subventions issues du monopole. Le Conseil de la concurrence a d'ailleurs admis l'applicabilité de cette jurisprudence à la situation de service étatique qui diversifiait leur activité sur le marché<sup>1324</sup>.

### C. Les prix abusivement bas de l'article L. 420 -5 du Code de commerce

**664. L'applicabilité des dispositions de l'article L. 420-5 du Code de commerce aux activités des personnes publiques sur le marché.** - L'article L. 420-5 du Code de commerce, introduit par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dispose que « sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits (...) ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état (...) » Cet article a principalement été introduit pour lutter contre les pratiques de la grande distribution. Il permet de sanctionner la fixation de prix bas indépendamment de l'établissement d'une position dominante ou d'une entente. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il peut jouer un rôle, et donc être appliqué, à la situation d'un opérateur public qui commercialiserait des produits informationnels.

La première question posée par le texte est celle de savoir si, alors qu'il a été établi dans un but bien déterminé, il peut être appliqué à des organismes publics. Le texte ne

1323. Cons. Conc., déc., n°05-D-54 du 6 octobre 2005 relative à une saisine de la société Geodys, BOCC, 14 mars 2006, p. 380

1324. Cons. conc., déc. n° 04-D-53 du 9 novembre 2004, *concernant les pratiques mises en œuvre par les centres d'études techniques de l'équipement, les directions départementales de l'équipement et les directions départementales de l'agriculture de la forêt dans les secteurs des services d'ingénierie*, préc.

distinguant pas parmi les entreprises qui se livreraient à de telles pratiques, conformément aux dispositions de l'article L. 410-1 du Code de commerce, il faut admettre l'applicabilité de ces dispositions aux opérateurs publics exerçant une mission de service public. Cette possibilité a d'ailleurs été admise par le Conseil de la Concurrence qui, dans un avis consultatif relatif aux subventions d'équilibres accordées par les collectivités territoriales à leurs régies de transport a dit, que « l'article 10-1 (L. 420 – 5) (...) pourrait néanmoins s'appliquer aux contrats de transport que passe une régie, lorsqu'elle offre directement ces prestations à des particuliers »<sup>1325</sup>.

La seconde question concerne non plus la qualité de l'offreur mais celle du consommateur. Il résulte de la jurisprudence que ces dispositions sont applicables lorsque l'on se retrouve en présence d'une offre destinée à un consommateur final. La Cour d'appel de Paris a défini la notion de consommateur « comme la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis »<sup>1326</sup>. Les dispositions de l'article L. 420 – 5 ne sont pas applicables aux relations inter-entreprises ou bien aux passations de marché. En conséquence, il semblerait aussi que cette interprétation de l'article L. 420 – 5 aille dans le sens d'une application aux opérateurs qui, produisant des données dans le cadre de leurs missions, les commercialisent sur le marché à destination, précisément, des consommateurs finals. Pensons par exemple aux cartes géographiques, aux prévisions météorologiques ou aux prévisions sur l'évolution du trafic routier.

Quant à la nature au bien faisant l'objet de transaction, il convient de souligner que la vente peut concerner un produit ou même une prestation de service<sup>1327</sup>. Ainsi, ce sont à la fois les produits informationnels et les prestations de services rendues par les opérateurs publics. En outre, il faut aussi indiquer que le produit doit avoir fait l'objet d'une transformation ; la revente en l'état est exclue du champ d'application du texte. Or, les produits informationnels élaborés par les opérateurs publics sont, pour la plupart d'entre eux, des produits à valeur ajoutée ayant donc subi des modifications. En revanche, le texte ne serait pas applicable à la situation d'un opérateur qui revendrait un produit réalisé par un opérateur public.

1325. Cons. conc., Avis n° 99-A-11 *relatif à une demande d'avis de la chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général*, Rec. Lamy n°801

1326. Cour d'appel de Paris, 3 juillet 1998, *SA Sté moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA) c. SA Monin*, BOCC, 16 juillet 1998, p. 397, comm. M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats – concurrence – consommation*, n° 131. L'arrêt fait suite à la décision du Conseil de la concurrence n° 97-PB-02 du 27 mai 1997, BOCC, 30 août 1997. L'introduction par la Cour d'appel d'une condition de compétence technique, alors que le texte ne la prévoyait pas, a été critiquée : « la disposition vise pourtant en aucune façon à protéger un consommateur en raison d'une situation de faiblesse particulière. Le consommateur visé par le législateur est certainement celui que la science économique désigne », FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2006, n°266

1327. *Ibid.*



**665.** - Le Conseil a dernièrement eu l'occasion de faire application de cette disposition à propos d'un établissement public commercialisant des produits issus des données qu'il collecte dans le cadre de sa mission. En l'espèce, il était reproché à l'IGN de pratiquer un prix de vente très bas pour les cartes géographiques destinées à la randonnée. Après avoir rappelé les conditions d'application de l'article L. 420-5 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence observe, en premier lieu, que la condition de la vente directe au consommateur est tellement faible s'agissant de l'IGN qu'elle « ôte toute probabilité de succès d'une stratégie qui aurait consisté à éliminer les concurrents afin de pouvoir, ensuite, relever les prix ». En l'espèce, l'institut ne possédait qu'un nombre relativement peu important de points de ventes directs au consommateur et les ventes directes auprès des consommateurs, via internet, étaient peu développées, à l'époque des faits. En second lieu, n'ayant pas procédé à une évaluation des coûts de production au cours de l'instruction, le Conseil compare le prix des cartes de l'IGN avec celle de ses concurrents sans constater d'importantes différences. Enfin, sans pouvoir analyser les marges de l'IGN en l'absence d'information sur les coûts, le Conseil se borne à constater que les prix des cartes géographiques « étaient restés stables, ce qui ne vient pas au soutien d'une augmentation des marges réalisées sur le champ hors commerce ».

**666. Méthode.** - Si l'on peut affirmer que les dispositions de l'article L. 420 – 5 du Code de commerce sont applicables à la situation d'un opérateur public qui céderait des produits informationnels sur le marché, il convient encore d'évoquer la méthode employée par les autorités garantes du respect de la concurrence pour dire que les prix sont inférieurs aux coûts. Saisi de cette question, le Conseil de la concurrence a proposé une interprétation qui se situe dans le droit fil des méthodes d'analyses employées pour déterminer le caractère prédateur d'une pratique tarifaire. Pour apprécier le caractère abusivement bas du prix, il convient de prendre en référence les coûts variables : un prix de vente inférieur à ces coûts ferait présumer l'éviction. Mais le prix pratiqué peut être considéré comme abusivement bas au regard des coûts moyens totaux ; il faudrait alors prouver la volonté d'éviction. On peut supposer, sans trop s'avancer toutefois, que dans le cas d'un opérateur public, l'application de ces méthodes d'analyses conduirait à faire référence au coût incrémental.

## §2 – LA PROHIBITION PARTIELLE DES SUBVENTIONS CROISEES

**667. Un risque réel.** - Le risque pour un opérateur public commercialisant des produits ou services informationnels à valeur ajoutée d'adopter un comportement prohibé par le droit des pratiques anticoncurrentielles sur le marché ouvert à la concurrence grâce aux ressources issues de l'activité monopolisée ou de l'activité de service public est important. La circulaire du 20 mars 1998, relative à l'activité éditoriale de l'administration et des

établissements publics de l'Etat<sup>1328</sup>, le soulignait, en rappelant aux organismes publics intervenant sur les marchés de l'édition que, lorsque « le produit mis sur le marché rentre en concurrence avec des produits similaires, l'éditeur public ne doit pas tirer avantages des aides qui lui sont accordées au titre de ses activités non concurrentielles. En d'autres termes, les subventions versées pour la publication et la diffusion d'ouvrages ayant un public restreint ou d'un écoulement lent ne doivent pas être détournées de leur objet et être utilisées en fait pour améliorer la compétitivité de l'éditeur public sur les marchés concurrentiels ». Et le Conseil d'Etat indiquait, de manière plus générale, que « le problème des subventions croisées se rencontre aussi fréquemment en matière de valorisation commerciale par les personnes publiques des informations qu'elles ont la charge de collecter (...) Le risque d'abuser d'une position dominante est particulièrement élevé lorsque d'autres opérateurs ont recours à l'information administrative brute pour alimenter leurs propres activités »<sup>1329</sup>

Les subventions croisées n'étant pas indifférente à la problématique de la commercialisation des données publiques, bien qu'elle n'ait pas donné lieu à un examen contentieux, après en avoir rappelé la notion (A), nous ferons état des modalités de leur contrôle (B) et des règles et principes qui, *ex ante*, permettraient de lutter contre ce subventionnement par les activités de service public des activités ouvertes à la concurrence.

## A. La notion de subventions croisées

**668.** La commission a eu l'occasion de définir la notion de subventions croisées notamment dans un document relatif à un secteur en voie de libéralisation. « Par subventions croisées, on entend la technique par laquelle une entreprise fait supporter ou impute tout ou partie des coûts de son activité sur un marché géographique ou un marché de produits donné à son activité sur un autre marché géographique ou marché de produits. Dans certains cas, les subventions croisées (...) risquent de fausser la concurrence, en permettant à une entreprise de triompher de ses concurrents par des offres qui sont rendues possibles, non par l'efficacité et la performance, mais par les subventions croisées »<sup>1330</sup>.

Toujours selon ce document, on peut distinguer deux types de subventions croisées selon la nature de l'activité qu'elles sont appelées à financer.

<sup>1328</sup>. Circulaire du 20 mars 1998, *relative à l'activité éditoriale de l'administration et des établissements publics de l'Etat*, préc.

<sup>1329</sup>. Conseil d'Etat, rapport public pour 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, la documentation française, 2002

<sup>1330</sup>. Communication de la commission sur l'application des règles de concurrence dans le secteur postal, *JOCE* n° C 39/2 du 6 février 1998

Les subventions croisées peuvent conduire au financement de l'activité réservée. Ainsi, une telle activité peut être financée grâce aux ressources issues soit, d'une autre activité réservée soit, d'une activité ouverte à la concurrence. La première forme de subvention est insusceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où la concurrence entre ces activités n'existe pas. Il s'agit d'ailleurs d'un mode de financement du service public admis par le droit communautaire ; il correspond à la figure de la péréquation tarifaire géographique ou sociale. Quant à la seconde, elle ne fausse pas non plus la concurrence puisque aucune restriction n'apparaît sur le marché concurrentiel.

Les subventions croisées peuvent aussi, et c'est là que les principaux problèmes de concurrence se posent, servir au financement des activités concurrentielles. Bien sûr, il n'y a aucune difficulté à admettre le financement d'une activité concurrentielle par une autre activité concurrentielle. Le développement d'une entreprise exige parfois qu'elle diversifie son activité sur d'autres marchés ; pour les investir, les ressources tirées d'une autre activité concurrentielle seront précieuses<sup>1331</sup>. C'est donc le financement d'une activité concurrentielle par une activité réservée qui pose problème. Une telle pratique peut fausser la concurrence sur les marchés non réservés ; elle peut notamment conduire à l'éviction de certains concurrents. Les organismes publics commercialisant des produits ou des services informationnels sont susceptibles de pratiquer de telles subventions sur les marchés de la consommation finale. Ils peuvent parfaitement employer les ressources, qu'elles soient matérielles ou financières, dont ils bénéficient pour la poursuite de leur mission d'intérêt général, pour financer leur activité sur les marchés concurrentiels.

**669.** Cette définition de la notion de subvention croisée, qui est relativement simple à appréhender d'un point de vue théorique, travestit, d'un point de vue pratique, une difficulté d'identification. En effet, la reconnaissance d'une subvention croisée suppose d'une part, une connaissance des coûts imputables aux différentes activités – comme le souligne la définition de la commission - et, d'autre part, une correcte allocation des coûts communs à chaque activité de production. A cet égard, deux méthodes sont pratiquées : celle de la distribution des coûts et celle du coût incrémental<sup>1332</sup>.

1331. Même s'il est vrai que ce financement peut occasionner des restrictions à la concurrence lorsqu'il est le support de pratiques de prédatons.

1332. LEMAIRE (C.), *Energie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, PUAM, 2003. L'auteur souligne qu'il existe principalement deux méthodes d'allocation des coûts. « La première de nature comptable, dite de coûts complets (fully distributed costs - FDC), repose sur une procédure d'allocation systématique et uniforme de tous les coûts d'une entreprise, y compris les coûts communs pour chaque production. Sa mise en œuvre implique l'existence de données détaillées sur l'allocation des coûts pour repérer les éventuelles subventions croisées. La seconde, que certains économistes qualifient de comportementale, est basée sur deux concepts, celui des coûts incrémentaux (incremental cost - IC) et celui des coûts de fourniture isolée (stand alone costs – SAC). Le coût incrémental correspond à l'augmentation des coûts engendrée dans le développement d'une seconde activité par l'entreprise. Le coût de fourniture isolée est, quant à lui, le coût supposé de chaque unité prise

La Commission européenne et, plus récemment, le Conseil de la concurrence, se sont ralliés à la seconde méthode. Dans sa décision *Deutsche Post*<sup>1333</sup>, la Commission a dit que d'un point de vue économique la notion de subvention croisées suppose que les produits d'un service ne permettent pas de couvrir les coûts incrémentaux (c'est-à-dire les coûts engendrés par une seconde activité) et d'autre part, qu'il existe une activité ou un domaine d'activité de l'entreprise au sein duquel les produits dépassent les coûts de fourniture isolée (c'est-à-dire le coût de production de chaque unité prise isolément) de telle sorte que « l'excédent de couverture des coûts de fourniture isolé indique la source des subventions croisées et le déficit des coûts incrémentaux la destination »<sup>1334</sup>. Dès lors, pour déterminer si les coûts incrémentaux propres à une activité sont couverts par les ressources qu'elle engendre, il faut distinguer les coûts additionnels – propres à ce service – et les coûts fixes communs qui ne lui sont pas imputables. Or, les opérateurs publics assument, en raison de la mission de service public, un certain nombre de coûts qui peuvent excéder les besoins courants de son activité réservée ou qui sont indépendants du développement éventuel des activités utilisant les moyens du service. Il s'agit de coûts communs à toutes les activités de l'opérateur et qui ne disparaîtraient que si l'activité de service public disparaissait. En conséquence, pour éviter les subventions croisées, un opérateur public qui assume à la fois des obligations de service public et des activités marchandes doit couvrir les coûts (incrémentaux) de l'activité ouverte à la concurrence par les recettes qu'elle engendre. Toutefois, l'existence d'une subvention croisée pourra aussi être écartée lorsque les recettes issues de l'activité de service public ne couvrent pas les coûts de fourniture isolée.

On l'a dit, ce raisonnement a aussi été employé par le Conseil de la concurrence, dans une affaire opposant un organisme chargé du service public du transport entre le continent et l'île d'Yeu et ses concurrents sur le marché du transport de touristes qui lui reprochait de pratiquer des prix prédateurs. Pour rejeter le grief, le Conseil, après avoir identifié les coûts fixes communs et les coûts incrémentaux, c'est-à-dire les coûts exclusivement rattachés à l'activité concurrentielle – en l'occurrence le transport de touristes pendant la période estivale

---

isolément. Ces coûts sont ensuite mis en relation avec les prix pratiqués par l'entreprise. Pour qu'il n'y ait pas subvention croisée il faut, d'une part, que cette seconde activité couvre l'ensemble des coûts incrémentaux engendrés par sa création. La question déterminante est ici de savoir quelle est la première activité, puisque c'est elle qui supportera les coûts communs aux activités. Il faut, d'autre part, que le prix exigé pour chaque unité soit inférieur au coût SAC. La question du choix de la méthode n'est pas sans incidences sur le contrôle des subventions croisées. En effet, avec la première méthode (FDC), il faut pour éviter de telles pratiques, allouer les coûts complets d'une entreprise de manière uniforme. Au contraire, la seconde méthode est plus souple, dans la mesure où il n'est pas nécessaire que l'allocation des coûts de la seconde activité soit uniforme dès lors que le prix est compris entre les deux valeurs de l'IC et SAC. L'IC représente alors le prix plancher, en dessous duquel le prix serait prédateur, et le SAC correspond au prix plafond, au delà duquel le prix serait excessif».

1333. préc.

1334. *ibid.*

– estime que les recettes dégagées par l'activité estivale de transport de passagers sont supérieures aux coûts incrémentaux propres à la fourniture de ce service.

Dans le cas des opérateurs publics producteurs d'informations, la mise en œuvre de ces principes risque d'être problématique. Il n'existe pas en effet de règles précises d'imputation des coûts entre les activités concurrentielles et les activités réservées. De plus le périmètre des activités marchandes voire même des obligations de service public n'est pas toujours strictement défini, ce qui complexifie l'opération de ventilation des coûts entre ces différentes activités. Enfin, ni la loi ni la directive ne consacrent des règles de transparence comptable qui permettrait de pallier ces difficultés. En conséquence, l'identification des subventions croisées sera difficile à opérer.

## B. Le contrôle des subventions croisées par le droit de la concurrence

**670.** À titre liminaire, il faut rappeler que les subventions croisées ne sont pas prohibées *per se* car elles permettent le développement de l'activité d'une entreprise sur d'autres marchés. Ainsi, le Conseil de la concurrence a pu dire qu'il « est licite pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur le marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent de la concurrence par les mérites ; ainsi une entreprise publique, disposant d'un monopole, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420 –2 du Code de commerce »<sup>1335</sup>.

Le contrôle, et la sanction éventuelle, par les autorités chargées du respect des règles de concurrence des subventions croisées s'imposent chaque fois que cette pratique revêt un caractère anticoncurrentiel. Ce contrôle, dans le cas des opérateurs publics producteurs d'information peut intervenir sur deux fondements bien distincts. D'abord les subventions croisées peuvent être sanctionnées lorsqu'elle résulte d'une pratique abusive<sup>1336</sup> (1). Ensuite, ce contrôle peut aussi avoir lieu sur le fondement de la discipline des aides d'Etat (2).

<sup>1335</sup>. Cons. conc., déc. n° 00-D-47 du 22 novembre 2000, *relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Cytélium*, BOCC du 30 décembre 2000

<sup>1336</sup>. Elle peut aussi résulter d'une entente.

## *1. Subventions croisées et pratiques abusives*

**671.** Si l'on met de côté les dispositions de l'article L. 420 – 5 du Code de commerce relatives aux prix abusivement bas qui pourraient selon le Conseil de la concurrence servir de fondement à la sanction des prix abusifs pratiqués par une entreprise grâce aux recettes issues de marchés réservés, ce sont les règles relatives à l'abus de position dominante qui servent de fondement à la sanction des subventions croisées. En admettant que les conditions d'application de l'abus de position dominante sont réunies et qu'il existe un lien de connexité<sup>1337</sup> entre le marché dominé et le marché sur lequel la subvention est reçue, trois formes d'abus sont particulièrement concernés. Il s'agit d'abord des prix prédateurs, puis des prix discriminatoires et enfin, de manière plus marginale, des prix excessifs.

**672. Subventions croisées et prix prédateurs.** - Sur la pratique des prix prédateurs, on a vu qu'ils pouvaient être sanctionnés par le droit national ou le droit communautaire notamment lorsqu'ils étaient associés à une subvention croisée. C'est d'ailleurs un cas de figure relativement courant s'agissant des organismes publics. En d'autres mots, l'existence d'une subvention croisée est l'agent de la pratique de prédation.

**673. Subventions croisées et prix excessifs.** - Les prix excessifs peuvent aussi être à l'origine d'une subvention croisée, mais cela est plus rare, et, à notre connaissance, aucune application jurisprudentielle de cette pratique – concernant les opérateurs producteurs

---

1337. S'agissant des subventions croisées, la pratique anticoncurrentielle aura lieu sur un marché nécessairement non dominé par l'entreprise en cause. Aussi, se pose la question de savoir si un tel abus peut être réprimé. Le droit communautaire a posé le principe selon lequel « l'application de l'article 86 présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement abusif, qui n'est normalement pas présent lorsqu'un comportement sur un marché distinct du marché dominé produit ses effets sur ce même marché (...) s'agissant de marchés distincts mais connexes (...) seules des circonstances particulières peuvent justifier une application de l'article 86 à un comportement constaté sur le marché connexe, mais dominé, et produisant ses effets sur ce même marché. » Quant au Conseil de la concurrence, il estime que l'existence même d'une pratique de subvention croisée crée la connexité entre les deux marchés. Il a pu estimer que, dans un litige opposant la Française des jeux et sa filiale à des opérateurs privés qui reprochaient à cette dernière de pratiquer des prix prédateurs, à la différence des autres cas de figure – lorsque deux marchés sont en cause – où le juge doit s'assurer de l'existence d'un lien de connexité objectif entre le marché dominé et le marché ou les pratiques supposées anticoncurrentielles ont été constatées, « lorsque les pratiques consistent en l'application sur le marché concurrentiel de prix bas rendus possibles par le transfert de ressources provenant de la rente dégagée grâce à la position détenue sur le marché dominé par l'auteur des subventions, l'existence d'une relation de causalité entre les pratiques et la position dominante s'induit du seul comportement de l'entreprise dominante ; qu'en d'autres termes, cette dernière, par le financement abusif de l'activité concurrentielle, établit elle-même un lien de connexité entre les deux marchés ». En conséquence, lorsqu'une subvention croisée est en cause, il existe une présomption de connexité entre le marché dominé et le marché sur lequel les pratiques anticoncurrentielles ont eu lieu. (Cons. conc., déc. n° 00-D-50 du 5 mars 2001, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir*, préc.)

d'informations – ne peut être recensée. Il est en effet possible que les prix excessifs pratiqués par une entreprise en position dominante pour l'accès à une ressource essentielle ou à des clients captifs, pensons par exemple aux bases de données publiques, servent à financer des activités sur d'autres marchés.

**674. Subventions croisées et prix discriminatoires.** - On peut aussi imaginer qu'une subvention croisée soit à l'origine d'une pratique discriminatoire. On rappellera que l'article 82 TCE sanctionne le fait pour une entreprise en position dominante « d'appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. » Une entreprise en position dominante pourrait ainsi pratiquer des prix d'accès à une infrastructure différenciés selon les utilisateurs ou qu'elle favorise son accès à celui de ses concurrents. De la même manière, une subvention croisée pourrait être utilisée pour pratiquer des prix différenciés selon les consommateurs.

**675. Subventions croisées et rupture d'égalité.** - Enfin, dans l'hypothèse où les prix pratiqués par une entreprise en position dominante qui profiterait de cette situation pour favoriser ses activités sur d'autres marchés ne pourraient pas recevoir les précédentes qualifications, ils pourraient tout de même être sanctionnés au titre de l'abus de position dominante parce qu'ils risqueraient de rompre l'égalité des chances entre opérateurs. Ainsi, la Cour de justice dans l'affaire Télémarketing avait dit que le fait pour une entreprise en position dominante de se réserver sans nécessité objective une activité sur un marché voisin est contraire à l'article 82<sup>1338</sup>.

En application de cette jurisprudence, le Conseil de la concurrence, dans un litige opposant EDF et sa filiale Citélium sur le marché de l'éclairage public, a examiné le soutien apporté par EDF à sa filiale. Après avoir rappelé qu'un tel soutien n'est pas illicite en soi, il indique le fait pour une entreprise détenant un monopole légal d'employer les ressources issues de l'activité réservée pour subventionner une offre sur un marché concurrentiel est illicite lorsque « *la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique qui sans être prédatrice a entraîné une perturbation durable du marché* »<sup>1339</sup>. De plus, il observe qu'une subvention croisée peut « *à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché.* » Cette décision a plusieurs fois été confirmée par la suite (voir *supra*). Le Conseil de la concurrence ayant notamment précisé que la mise à disposition de moyens tirés d'un monopole légal pouvait être sanctionnée au titre de l'article L. 420 –2 du Code de commerce si d'une part, « les moyens

1338. CJCE, 3 octobre 1985, *SA Centre Belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, aff. C-311/84, Rec. p. 3261

1339. Cons. Conc., 00-D-47, *préc.*

puissent être qualifiés de subvention, c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part des activités qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts » et, d'autre part, « *que l'appui ainsi apporté ait été utilisé pour présenter des offres anormales.* »

Au terme de la pratique décisionnaire du Conseil de la concurrence, il est possible de sanctionner l'octroi de subvention croisée indépendamment d'une pratique de prédation, d'un prix excessifs ou de l'imposition d'un prix discriminatoire. L'usage de moyens anormaux, il faut entendre pas là des moyens qui ne relèvent pas de la concurrence par les mérites, est de nature à rompre l'égalité des chances entre les opérateurs.

Les opérateurs publics fournisseurs d'informations sur le marché de la consommation intermédiaire et diffuseurs de produits informationnels à valeur ajoutée sont susceptibles de tomber sous le coup de ces prohibitions. Non seulement lorsqu'ils subventionnent financièrement une activité sur le marché grâce aux moyens du service public mais aussi lorsqu'ils utilisent des moyens du service, on pense ici aux moyens matériels et personnels mais aussi aux données elles-mêmes qui sont produites pour la mission d'intérêt général et utilisées sur le marché. Ces actifs doivent être évalués à leur coût réel lorsqu'ils sont utilisés sur le marché.

## ***2. Subventions croisées et aides d'Etat***

**676.** Le contrôle des subventions croisées pouvant aussi être effectué au regard de l'article 87 § 1 du TCE <sup>1340</sup>, la question se pose de savoir si les moyens financiers ou matériels affectés à la production de l'information peuvent servir au financement d'une activité concurrentielle de commercialisation de produits informationnels.

On rappellera que l'article 87 § 1 du TCE déclare incompatibles avec le marché commun les aides accordées par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres. Ainsi, le contrôle des subventions croisées au titre de l'article 87 § 1 est subordonné à la réunion de quatre conditions : la présence d'une aide, d'origine étatique, sélective, produisant un effet sur le commerce entre Etats membres.

---

1340. « Si le contrôle des subventions croisées peut être effectué sous l'angle de l'abus de position dominante de l'article 82 du traité, il peut aussi être exercé par la Commission sous l'angle des articles 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'Etat. Dans certaines affaires, les mêmes comportements peuvent être discutés avec des arguments tirés de l'article 82 et de l'article 87 du traité ». (CHEROT (J-Y), *Droit public économique*, Economica, coll. Corpus droit public, 2001)



Les difficultés suscitées par l'application de ces conditions sont assez inégales. Le caractère sélectif de l'aide ne posant pas de problèmes particuliers puisqu'une subvention interne à une entreprise répondra forcément à cette exigence, on s'intéressera aux trois autres conditions.

**677. Affectation du commerce.** - S'agissant du critère de l'affectation du commerce entre Etats membres, il se décompose en deux éléments, qui sont au demeurant étroitement liés: d'abord, la restriction de concurrence et, ensuite, l'affectation des échanges entre Etats membres. Pour que cette condition soit vérifiée, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, il n'est pas nécessaire d'établir une incidence réelle de l'aide - ou de vérifier la réalité d'une distorsion à la concurrence - accordée sur les échanges entre Etats membres. Il suffit seulement de savoir si cette aide est « *susceptible d'affecter les échanges et de fausser la concurrence.* »<sup>1341</sup> Ainsi, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si une entreprise bénéficiaire d'une aide participe elle-même aux échanges, le critère sera rempli dès lors que la position d'une entreprise se trouve, grâce à l'aide, renforcée, par rapport à d'autres entreprises, dans les échanges intra-communautaires<sup>1342</sup>. De plus, l'importance de la taille de l'entreprise joue peu dans l'appréciation de l'affectation des échanges. La Cour ayant jugé que « l'importance relativement faible d'une aide ou la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire n'exclut pas a priori l'éventualité que les échanges entre Etats membres soient affectés. »<sup>1343</sup>

Il ne nous semble pas que l'application de ce critère soit particulièrement problématique pour des organismes publics qui interviennent sur le marché en fournissant des produits informationnels qui entrent effectivement en concurrence avec ceux du secteur privé. L'octroi d'une subvention à l'activité concurrentielle, renforce évidemment la position de ces entreprises sur le marché, et nécessairement les échanges s'en trouvent affectés.

**678. Origine étatique.** - Pour être soumise au contrôle de l'article 87 § 1, l'aide doit avoir une origine étatique<sup>1344</sup>. En fait, l'Etat doit être à l'origine de l'avantage ou l'argent public à l'origine de la ressource ; ces deux critères étant, de jurisprudence constante, interprétés largement par la Cour de justice et très étroitement liés<sup>1345</sup>: « l'aide d'Etat est

<sup>1341</sup>. CJCE, 29 avril 2004, *Italie c. Commission*, aff. C-372/97, Rec. p. I-3679

<sup>1342</sup>. CJCE, 15 décembre 2005, *Italie c. Commission*, aff. C-66/02

<sup>1343</sup>. CJCE, 14 septembre 1994, *Espagne c. Commission*, aff. C-272/92, Rec. p. I-4103

<sup>1344</sup>. CJCE, 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, Rec. p. I-2159, la Cour a rappelé que seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat sont considérés comme des aides au sens de l'article 87.

<sup>1345</sup>. L'avocat général Jacobs dans ses conclusions sur l'arrêt *Stardust* (préc.) soulignait que « le libellé de l'article 87, paragraphe 1, CE semble faire la distinction entre les aides accordées par l'Etat et celles octroyées au moyen de ressources d'Etat. Il est cependant aujourd'hui clairement établi que les aides accordées par les Etats doivent également l'être au moyen de ressources d'Etat. Le second cas de figure inscrit dans l'article

constituée dès lors qu'elle est octroyée par un organisme, privé ou public, contrôlé par l'Etat »<sup>1346</sup>.

S'agissant des organismes publics producteurs et diffuseurs d'informations, la vérification de cette condition, le plus souvent, ne sera pas problématique. Nombre d'entre eux sont des services de l'Etat ou des émanations<sup>1347</sup> qui agissent directement sous sa tutelle ou la tutelle de collectivités publiques auxquelles ils sont rattachés. Plus délicate est la question de l'identification de l'origine de la ressource lorsque l'avantage est accordé par une entreprise publique, voire même par une entreprise privée. Pensons ici à la Poste, France Télécom, EDF ou la RATP qui peuvent commercialiser les bases de données qu'ils réalisent pour les besoins de leurs obligations de service public. Quant aux entreprises privées, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une entreprise bénéficierait d'un droit exclusif ou spécial ou d'une compensation financière pour accomplir une mission de service public et qui financerait ses activités concurrentielles grâce aux ressources de l'activité réservée<sup>1348</sup>. Les sociétés concessionnaires d'autoroutes par exemple collectent des informations sur le trafic qu'elles cèdent sur le marché.

La Cour de justice s'est prononcée sur le cas des entreprises publiques. Dans un arrêt où étaient en cause les moyens financiers utilisés par deux filiales du Crédit lyonnais pour financer une troisième entreprise, la société Stardust, La Cour va interpréter la condition d'origine publique de la ressource, en précisant, premièrement, si les ressources des entreprises publiques sont toujours des ressources d'Etat et, secondement, si les mesures prises par les entreprises publiques sont toujours imputables à l'Etat. En effet, l'avantage accordé par une entreprise publique à l'une de ses activités concurrentielles doit répondre à une double condition d'origine et d'imputabilité. Concernant la première question, la Cour va observer que les ressources des entreprises publiques en cause pouvaient être qualifiées de ressources d'Etat en raison du contrôle que l'Etat exerçait sur ces entreprises et leurs filiales ; « en effet, l'Etat est parfaitement en mesure, par l'exercice de son influence dominante sur de

---

87, §1, CE (aides accordées au moyen de ressource d'Etat) vise donc uniquement à empêcher que les règles relatives aux aides d'Etat ne soient contournées par le biais d'une décentralisation ou d'une privatisation de la distribution des aides. Mais cela signifie que, lorsque l'octroi des aides correspond au deuxième cas de figure, la mesure doit résulter de l'action de l'Etat membre concerné. »

1346. VOGEL (L.), « Les nouveaux critères de définition des aides d'Etat », in Ateliers de la concurrence, *Revue de la Concurrence et de la consommation*, mars 2002. L'avocat général M.F.G JACOBS, dans ses conclusions sous l'arrêt Stardust a dit que : « les ressources d'Etat sont donc celles qui sont directement ou indirectement sous le contrôle légal ou, en d'autres termes, à la disposition de l'Etat. » La Cour a néanmoins, récemment, précisé cette position. Si l'existence d'un contrôle par l'Etat suffit à établir l'origine étatique de la ressource, il ne suffit pas en revanche à présumer l'imputabilité de la mesure. La Cour a dit que « même si l'Etat est en mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur les opérations de celle-ci, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret ne saurait être automatiquement présumé. » En l'absence de présomption, il convient de déterminer l'implication des autorités publiques dans la prise de décision sur la base d'un faisceau d'indices.

1347. CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun*, aff. C-72/91, Rec. p.I.887

1348. CHEROT (J-Y), *Droit public économique*, préc.spéc. n° 524

telles entreprises, d'orienter l'utilisation de leurs ressources pour financer, le cas échéant, des avantages spécifiques en faveur d'autres entreprises ». Quant à l'imputabilité de l'aide à l'Etat, elle est rejetée. La Cour rappelle d'abord, contrairement à ce que la Commission avait pu soutenir dans sa décision, que l'imputabilité de l'aide au sens de l'article 87, § 1 ne pouvait être déduite « de la seule circonstance que ladite mesure a été prise par une entreprise publique ». En d'autres mots, elle rejette la pertinence de la référence isolée au critère organique pour déduire l'imputabilité de la mesure. Elle souligne ainsi qu'il n'existe pas de présomption d'imputabilité en raison de l'appartenance de l'entreprise au secteur public ; « même si l'Etat est en mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur les opérations de celle-ci, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret ne saurait être présumé. Une entreprise peut agir avec plus ou moins d'indépendance, en fonction du degré d'autonomie qui lui est laissé par l'Etat ». Cependant, la référence au critère organique reste pertinente lorsqu'elle est assortie d'autres éléments de preuve tendant à démontrer l'implication des autorités publiques dans la décision de l'entreprise. En d'autres mots, les indices de nature organique demeurent pertinents, mais ils ne peuvent pas, de manière exclusive, conduire à la démonstration de l'imputabilité. La Cour propose alors une méthode pour apprécier, *in concreto*, si les autorités publiques ont été amenées à influencer l'adoption de ces mesures. L'imputabilité peut être déduite d'un faisceau d'indices. Il convient de savoir si « l'organisme en question ne pouvait pas prendre la décision contestée sans tenir compte des exigences des pouvoirs publics », ou encore s'intéresser à « la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés » et prendre aussi en compte « son intégration dans les structures de l'administration publique (...) l'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques sur la gestion de l'entreprise ou tout autre indice indiquant, dans le cas concret une implication des autorités publiques ou l'improbabilité d'une absence d'implication dans l'adoption de la mesure ».

Quant aux entreprises privées, leur situation est plus complexe. On peut bien sûr considérer qu'une entreprise titulaire d'obligations de service public et qui bénéficie de droits exclusifs ou spéciaux a un avantage qui lui permettrait de subventionner ses activités concurrentielles grâce aux revenus procurés par ses activités réservées. Cependant, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, il n'est pas évident de considérer que cet avantage constitue une ressource d'Etat et encore moins, qu'il soit imputable à l'Etat. A cet égard, l'affaire Preussen Elektra est assez topique. En l'espèce, la loi allemande imposait aux distributeurs d'électricité une obligation d'achat (à un prix minimum) de l'énergie renouvelable. Le surcoût engendré par cette obligation d'achat pouvait être par la suite remboursé par des producteurs d'électricité classique. Ainsi, de manière indirecte, la loi imposait aux producteurs d'électricité classique une charge au profit des producteurs d'électricité renouvelable. Saisie d'une question préjudicielle sur la question de savoir si la loi imposant cette charge aux producteurs d'électricité classique constitue une aide, la Cour répond par la négative. Elle considère en effet que l'on n'est pas ici en présence d'une

ressource d'Etat au sens de l'article 87, §1, l'obligation en cause n'entraînant aucun transfert direct ou indirect de ressources d'Etat aux entreprises productrices d'électricité.

**679.** Une dernière interrogation demeure toutefois, les raisonnements développés par la Commission ou la Cour de justice ont toujours été appliqués, à notre connaissance du moins, à des situations dans lesquelles les activités d'une même entreprise étaient juridiquement dissociées. Or, dans le cas des organismes publics producteurs d'informations et même pour ce qui concerne les entreprises publiques, à la notable exception de FRANCE TÉLÉCOM, les activités de service public et les activités commercialisation de produits informationnels ne sont pas dissociées. La question qui se pose alors est celle de savoir si ces raisonnements sont aussi applicables lorsque l'activité subventionnée et l'activité réservée ont lieu dans une même entité. Est-il possible de parler d'aide d'Etat alors que les transferts de ressources ont lieu au sein d'une seule et même entreprise ? Ce point à notre connaissance n'a pas été jugé. Cependant, les analyses de la Cour et de la commission ne se fondent pas sur des critères organiques ; la structure juridique importe peu, pas du tout même, à la définition des aides d'Etat ou des subventions croisées. L'existence de ces dernières dépend de l'existence d'un transfert de ressources sur deux marchés distincts et la reconnaissance des aides d'Etat est subordonnée à la démonstration de l'origine étatique et de l'imputabilité. Rien dans la jurisprudence de la Cour ou la pratique de la Commission semble indiquer qu'une subvention croisée interne à une entreprise ne pourrait pas recevoir la qualification d'aide d'Etat.

La seconde interrogation porte sur la notion d'avantage qui n'a pas été définie par l'article 87, § 1 du TCE. C'est la pratique décisionnelle de la commission et la jurisprudence de la Cour qui les a identifiés. Les subventions croisées qui peuvent être pratiquées par un opérateur public intervenant sur les marchés de l'information peuvent prendre plusieurs formes. Il peut s'agir, bien sûr, d'un simple transfert de fonds de l'activité monopolisée vers l'activité concurrentielle ; il peut s'agir aussi d'un mode d'allocation des coûts ; il peut s'agir encore de la mise à disposition d'éléments de réseaux comme par exemple les bases de données collectées dans le cadre de la mission de service public, ou de prestations particulières commerciales ou techniques, c'est-à-dire la mise à disposition de moyens du service public pour réaliser des prestations sur les marchés concurrentiels. Pour que ces prestations puissent être qualifiées d'aide, il faut que, selon la jurisprudence de la Cour, qu'elles soient accordées sans contrepartie normale<sup>1349</sup>. C'est-à-dire d'un avantage qu'elle n'aurait pas reçu dans des conditions normales de marché<sup>1350</sup>. L'appréciation des conditions normales de marché est donc déterminante pour vérifier l'existence d'une aide. Toutefois, s'agissant d'opérateurs publics qui ont constitué un réseau ou qui bénéficient d'éléments d'actifs qui ont pu être constitués grâce à un monopole uniquement, l'identification des conditions normales ne peut

<sup>1349</sup>. CHEROT (J-Y), *Droit public économique*, préc.

<sup>1350</sup>. CJCE, 2 février 1988, *Van der Kooy c. Commission des communautés européennes*, aff. C- 67/85, *Rec.* p. 219

s'opérer sans adaptation, car une telle entreprise se trouve dans une situation très différente des entreprises agissant dans des conditions normales de marché. Interrogée sur la question de savoir si l'assistance logistique facturée par la poste à sa filiale spécialisée dans l'envoi de courrier rapide constituait une aide d'Etat, la Cour de justice s'est prononcée sur le test des conditions normales de marché – qui n'est au fond qu'une comparaison - appliqué à une entreprise publique bénéficiant d'un secteur réservé et d'un réseau historique constitué sous couvert de monopole. Jugeant que le réseau de la poste n'était pas un réseau de marché, en se sens qu'il n'aurait pas pu être constitué de telle manière en dehors du monopole dont jouit la poste, la Cour a dit que « en l'absence de toute possibilité de comparer une situation de la Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les conditions normales de marché, qui sont nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par la référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles »<sup>1351</sup>. Ainsi, les éléments de réseaux que la poste met à disposition de sa filiale ne doivent pas – pour vérifier l'existence d'un avantage – être appréciés à leurs coûts historiques mais au coût réel de cette mise à disposition. Il n'y aura pas d'aide si, d'une part, la contrepartie exigée pour la mise à disposition du réseau couvre tous les coûts variables engendrés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, ainsi qu'une contribution aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau et une rémunération des capitaux propres dans la mesure où il sont affectés à l'activité concurrentielle. D'autre part, il ne faut qu'aucun indice ne laisse à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés à un niveau arbitraire.

Cette interprétation dépasse bien entendu le secteur postal. Elle est valable pour tous les secteurs qui se caractérisent par la présence d'un réseau et plus généralement d'actifs qui n'auraient pas pu être constitués dans des conditions normales de marché. Elle est aussi, nous semble-t-il applicable au secteur des données publiques, du moins pour certains organismes qui détiennent des bases de données dont la constitution n'a pu être réalisée que grâce à l'existence d'un réseau non-duplicable. En conséquence, pour éviter toute sanction sur le fondement de l'article 87, §1, il faut que la mise à disposition du réseau ou de la base de donnée au profit de l'activité concurrentielle se fasse selon les directives de la Cour.

---

1351. CJCE, 3 juillet 2003, *Chronopost SA c. UFEX*, aff. C-83/01

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**680.** La commercialisation des données publiques ou des produits et services d'information réalisés à partir de cette information par les organismes publics peut donner lieu à une grande variété de pratiques tarifaires potentiellement anticoncurrentielles. Des prix d'accès à une ressource monopolisée aux subventions de service public employée pour financer des produits concurrentiels, elles sont toutes saisies par le droit de la concurrence. Leur application présente cependant quelques spécificités et quelques difficultés d'application. Certaines, sont relatives à la présence d'une personne publique, cela n'a rien d'original. La nécessité d'adapter certains des tests développés pour saisir le comportement d'entreprises privées, la nécessité de séparer les coûts inhérents à la mission de service public, l'absence, souvent constatée, d'instruments comptables permettant de procéder à une appréciation des coûts, vient de là. D'autres sont plus spécifiques ; elles sont en rapport étroit avec le bien qui fait l'objet de commerce, l'information ou des créations relevant du droit de la propriété intellectuelle. La plupart des affaires relatives aux données publiques l'élément de la tarification qui a été critiqué concernait la redevance perçue par les organismes publics au titre des droits de propriété intellectuelle. Déconnectée des coûts, fixée de manière plus ou moins arbitraire par leur titulaire et non régulée par le droit de la propriété intellectuelle, cette redevance est à l'origine d'importantes condamnations et des griefs récurrents du secteur privé. Le droit de la concurrence s'avère dès lors comme un instrument indispensable du contrôle des tarifications intégrant des rémunérations relatives à la perception des droits de propriété intellectuelle sur les biens informationnels. Cela dit, l'emprise du droit de la concurrence, n'est jamais aussi efficace que lorsque l'on peut faire application de la théorie des facilités essentielle. Elle simplifie le constat du caractère excessif du prix qui, autrement, ne pourrait être appréciée qu'au regard d'une disproportion manifestement exorbitante.

## CONCLUSION DU TITRE III

**681.** Même si le droit de la concurrence, après l'avènement d'un cadre législatif relatif à la réutilisation de l'information public, n'aura probablement plus à jouer le rôle central qui lui a été dévolu, par défaut, dans l'ouverture des marchés de l'information publique, il demeure tout à fait essentiel pour l'application du régime juridique de la réutilisation. Le caractère éthéré, parce que très englobant, du cadre réglementaire tracé par le législateur et les références qu'il fait aux principes et règles de concurrence, impliquent une interprétation de certaines de ses dispositions au regard des principes qu'il établit. Certaines fois, ceux-ci s'appliqueront tels quels, puisque le législateur les intègre sans aménagement. C'est du point de vue de la tarification et plus généralement des modalités de mise à disposition que la référence au droit de la concurrence s'avère prééminente. Outre le fait qu'il éclaire la

compréhension des dispositions législatives, il va permettre une certaine régulation des tarifs appliqués par les organismes publics à l'occasion de la fourniture des ensembles informationnels, car il n'est pas certain que la loi permette de l'opérer en toutes circonstances. A cet égard, la présence d'une redevance pour droit de propriété intellectuelle constitue un élément troublant. Etrangère aux coûts relatifs à la production et la diffusion des ensembles informationnels, elle explique souvent le caractère exorbitant des prix d'accès aux données publiques. Or, ce facteur de « bénéfices » pour l'organisme public ne connaît, pour l'heure, d'autres bornes que celles établies par le droit des pratiques anticoncurrentielles. Mais la régulation du prix des données publiques par le droit de la concurrence, s'étend plus largement à tous les aspects de la commercialisation. Au-delà de la problématique spécifique de l'accès aux ensembles informationnel, c'est sous la discipline des règles que pourront être appréciées les pratiques tarifaires d'un organisme public à propos des biens et des produits d'information qu'il commercialise auprès des utilisateurs finals. Ces règles du droit de la concurrence s'appliquent aussi bien en dehors de l'emprise législative. Dans les cas relativement nombreux, où le régime de la loi du 17 juillet 1978 ne s'applique pas, les refus de contractés relativement à l'accès pourront être jugés au regard de l'abus de position dominante. Plus particulièrement, à travers la théorie des infrastructures essentielles car il s'avère que, très souvent, en raison des conditions de production de l'information au sein du service public, les données publiques pourront apparaître comme une ressource essentielle. Cela facilite évidemment, l'imposition d'une obligation de licencier.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**682.** Des trois matières, qui viennent saisir les données publiques dans le contexte de la commercialisation, deux ne posent véritablement aucunes difficultés d'application. Le droit des données personnelles préside à l'accessibilité des ensembles informationnels du secteur public. Il s'oppose notamment à la disponibilité des données personnelles de gestion du service public. Pour le reste, les principes issus de la loi informatique et libertés impliquent la recherche d'équilibres particuliers entre les exigences du marché et la protection des libertés. Le droit de la concurrence appréhende de son côté tous les aspects du commerce des données publiques de la fourniture des données publiques par le secteur public à la mise à disposition de produits ou services d'information sur le marché. Il peut assurer dans certaines circonstances particulières l'accès à l'information, il garantit aussi une régulation de la tarification. En fait, il n'est que la question de la propriété intellectuelle des personnes publiques qui pose problème. En effet, alors même qu'elle joue un grand rôle dans la commercialisation des données publiques, aussi bien lorsque le régime de la réutilisation vient à s'appliquer ou pas, puisque les licences de réutilisation sont souvent des contrats de concession de droits de propriété intellectuelle et que la tarification est souvent basée sur la rémunération de ces droits, leur reconnaissance de droits de propriété intellectuelle sur les données publiques n'est pas évidente et suscite de nombreuses interrogations.



## CONCLUSION GENERALE

**683.** - « Les données publiques constituent un élément central de l'amélioration de la qualité de service des administrations et s'avèrent riches d'opportunités pour le secteur privé. L'accélération de leur mise en ligne a été encouragée par le législateur en 2005, les services administratifs devant notamment : mettre au point un répertoire des informations produites par leurs soins et le mettre en ligne ; élaborer des accords de licences types pour définir les conditions de concession de l'usage et de l'exploitation des données par le secteur privé ; mettre au point des bases de calcul retenues pour la perception éventuelle d'une redevance pour service rendu. L'ordonnance semble cependant ne pas avoir permis d'accélérer fortement le mouvement de mise en ligne des données. Pour y parvenir, il semble indispensable d'intégrer cet objectif de diffusion croissante des données publiques dans le dispositif précédemment évoqué de recensement des actifs immatériels, afin de renforcer l'incitation des services à déployer un effort de recensement et de mise en ligne de leurs données »<sup>1352</sup>.

Le constat est là, à ce jour du moins, et sans préjuger de ses effets à venir, la loi du 17 juillet 1978 modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005 a eu un moindre impact sur la pratique des administrations. À tel point qu'il a paru utile, pour consolider ou renforcer l'effectivité du régime législatif, de rattacher la réutilisation des informations à la politique très volontariste de valorisation des actifs publics immatériels qui vient récemment d'être mise en œuvre par le Gouvernement<sup>1353</sup>. Cette observation ne vaut d'ailleurs pas que pour la France. Les discussions menées dans les cénacles professionnels, à l'occasion de la discussion relative à la révision de la directive, ont fait apparaître que beaucoup de difficultés notamment d'accès aux ensembles informationnels subsistaient, les textes de transposition étant peu ou mal connus, voire non appliqués, à travers toute l'Europe. Autant dire, que les objectifs tracés par le texte communautaire sont encore loin d'être réalisés. Et il n'y a rien d'étonnant à cela.

**684.** - Se pouvait-il que ces objectifs fussent atteints alors que, en refusant de reconnaître la plus grande importance économique de certaines données publiques et, cela est lié, en traitant sous le signe des libertés publiques la problématique de la commercialisation des données publiques, l'ordonnance du 6 juin 2005 a complètement éludé la question de l'ouverture des marchés de l'information qui était au cœur de l'action législative communautaire ?

<sup>1352</sup>. LEVY (M.) et JOUYET (J-P.), « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », La documentation française, 2007, p. 124.

<sup>1353</sup>. Circulaire du 18 avril 2007, *relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat*, JO du 27 avril 2007, p. 7490

Par sa généralité même, la loi du 17 juillet 1978 permet certes de tenir compte de réalités techniques et juridiques très différentes, la production et la diffusion des données publiques ne pouvant être mises sur un même pied d'égalité. Cependant, même si, c'est incontestable, il existe des liens techniques importants entre l'accès aux documents administratifs et la réutilisation de l'information publique puisque, sous l'effet de la numérisation, l'information accessible peut être aussi une information exploitable, la mise en exergue de cette relation, sa prise en compte par le législateur au sein de la loi du 17 juillet 1978, n'est pas vraiment convaincante, car il s'avère qu'elle est particulièrement pertinente pour certaines données et très peu pour d'autres. Sans nier le fait que cette loi pourrait dans certains cas faciliter l'accès et l'exploitation de certains ensembles informationnels, il est des ensembles informationnels, parmi les plus importants, pour l'accès auxquels la référence au droit d'accès aux documents administratifs n'avait pas vraiment de pertinence. En somme, le traitement de la problématique de l'exploitation des données publiques dans la loi sur l'accès aux documents administratifs contribue à alimenter un sentiment de décalage entre la réalité que la directive voulait saisir, celle que les contentieux résolus sur le fondement du droit de la concurrence ont contribué à mettre en évidence, et celle qui a effectivement été appréhendée par ce texte. Faut-il dès lors encore rappeler que les données publiques ont une importance économique considérable dans une économie dominée par des valeurs immatérielles ? Plusieurs études avaient en effet souligné l'impact macro-économique positif d'une large ouverture des fonds informationnels du secteur public. À l'évidence, cette dimension n'a pas été prise en compte par le législateur qui a privilégié une lecture plus juridique de la problématique de l'exploitation des données publiques. Ce faisant, la transposition de la directive s'est privée d'une utile réflexion, en terme économique, de régulation des marchés et du rôle que l'Etat devait ou pouvait assumer sur ces marchés, aussi bien qu'en matière de diffusion de l'information. Pour accentuer, s'il le fallait, encore un peu le contraste, on notera que de nombreux Etats de l'Union européenne, qui sont pourtant dotés d'une législation sur l'accès aux documents administratifs tout à fait comparable à la loi française, ont pourtant fait le choix de procéder à une transposition séparée des deux textes. Comme nous ne saurions mieux exposer les raisons qui ont motivé cette formule de transposition, nous reproduirons ici les justifications apportées par le législateur belge qui, tout en admettant « les liens indubitables avec les obligations de publicité classique », a estimé que « la réutilisation de documents va sensiblement plus loin que la mise à disposition des citoyens, des documents et données individuelles qui les concernent. A l'objectif de transparence de l'Etat, à l'égard de ces citoyens pris individuellement, s'ajoute la volonté d'exploiter économiquement, dans un contexte de libre concurrence, les données d'autrui (...) En outre, la notion de document visée par la directive concernant la réutilisation ne recouvre pas entièrement la notion de document administratif visée par la loi relative à la publicité de l'administration. La directive concernant la réutilisation vise principalement les données publiques ayant une valeur économique importante ».

Aurions-nous vraiment espéré que les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation fussent immédiatement effectives alors qu'elles sont incomplètes, indéterminées, inapplicables à bon nombre de données publiques, et que, de surcroît, elles ne sont pas accompagnées ou portées par une politique claire et ferme en faveur de la réutilisation dans un domaine où celle-ci est indispensable ?

Rappelons à cet égard quelques remarques faites tout au long de ce travail. La loi du 17 juillet n'est applicable qu'aux informations publiques produites dans le cadre d'un service public administratif. Restreint, le champ d'application de la loi est aussi relativement complexe à déterminer. La notion de réutilisation n'a pas même fait l'objet d'une définition ; elle commence à peine à être élucidée par la CADA. La portée et le fondement de nombreuses dispositions législatives n'ont pas été signalées, ce qui rend plus difficile et aléatoire leur interprétation. Et leur articulation avec les autres corps de règles indispensables à la conception du régime de la réutilisation n'a parfois même pas été évoquée. La plupart des dispositions de ce texte souffrent donc d'un manque évident d'élaboration, ce qui ne facilite pas son application. Ainsi, la clarification de l'ordonnance du 6 juin 2005 n'est que partielle. En réalité, elle appelle autant de questions qu'elle n'en résout.

Enfin, aurions-nous vraiment pensé que cette réglementation, dont on a dit qu'elle traçait un cadre réglementaire qui se borne à fixer des limites aux politiques particulières de commercialisation des données publiques menées par les organismes du secteur public, les disciplinât, notamment celles des organismes publics qui interviennent sur le marché depuis plusieurs années et dont les données sont particulièrement recherchées ?

Cette réglementation est tellement lâche qu'elle ne fait qu'accueillir ces pratiques : elle les cristallise sans les bouleverser, sans même les affecter outre mesure. Elle laisse ainsi aux administrations une ample marge de manœuvre pour définir les modalités économiques et juridiques de la commercialisation de leurs données. Le traitement par l'ordonnance du 6 juin 2005 de la question de la tarification de l'accès aux informations est, de ce point de vue, très éclairant. Tirailé entre les intérêts contradictoires du marché et les besoins de financement des administrations détentrices des données, le gouvernement n'a pas véritablement fait de choix, il s'est contenté de rappeler quelques exigences minimales. En fait, en matière tarifaire, la loi du 17 juillet 1978 pose seulement une limite à l'arbitraire. La redevance réclamée pour la fourniture des données publiques doit ainsi tenir compte des coûts, cependant qu'il n'est pas évident de les connaître dans la sphère publique. D'un autre côté, l'administration peut percevoir des droits de propriété intellectuelle, alors que ceux-ci sont tout à fait déconnectés des coûts. Quant au plafond de la tarification, il est très haut. Autant dire que ces règles, dont le rappel était certainement nécessaire, ne constituent pas un obstacle effectif à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles et encore moins le ressort d'une large ouverture des données publiques au marché.

**685.** - Ces critiques ayant été faites, il faut dire que l'avènement d'un cadre législatif applicable au commerce des données publiques, fut-il partiel et relativement peu contraignant, constitue une avancée importante car, sur ce sujet où les rapports entre secteur public et privé ont longtemps été très conflictuels, les pratiques et les mentalités ont évolué très lentement. Il faut bien se rendre compte que l'ordonnance du 6 juin 2005, après vingt ans de débats, de réflexions et de litiges, est le premier texte à caractère normatif qui vient se saisir de la pratique. C'est donc à l'aune de ces difficultés qu'il faut mesurer le progrès qu'elle représente. Le texte rend désormais visible la réutilisation pour les administrations. Son existence devrait permettre de faciliter la connaissance de cette question souvent méconnue et permettre à celles-ci d'élaborer de véritables politiques de réutilisation. Dans cette perspective, pédagogique et cognitive, il faut rappeler le rôle essentiel que joue la CADA par les conseils ou avis qu'elle prodigue à l'administration. De l'autre côté, l'existence de ce cadre réglementaire a le mérite de poser quelques balises de nature à améliorer la connaissance des règles de droit applicables à la commercialisation des données publiques et, par là, de sécuriser les investissements sur les marchés de l'information. En obligeant l'administration à répondre à une demande de réutilisation, en posant des règles à caractère pratique, en garantissant la transparence des procédures d'accès, il facilite l'appréhension par le secteur privé des données publiques. De ce point de vue, eu égard à la situation antérieure caractérisée par une grande incertitude, l'apport de l'ordonnance du 6 juin 2005 ne peut être négligé. Elle vient, en quelque sorte, régir la relation entre le fournisseur des données et le demandeur à propos de l'accès.

Par ailleurs, la transposition de la directive a été l'occasion, en dehors même du travail doctrinal qui, l'accompagnant, a contribué à éclaircir certains aspects juridiques de la question, de découvrir et de fixer des équilibres particuliers entre divers corps de règles, comme c'est le cas de la relation entre les règles de l'ordonnance et la protection des données personnelles par exemple.

**686.** – En élargissant la perspective et en raisonnant, non plus sur les règles de la loi applicables au commerce des données publiques, mais sur les règles de droit applicables au commerce de l'information publique, l'édification d'un régime juridique de la commercialisation des données publiques est loin d'être achevé, peut-être, en vérité, ne s'agit-il que du début de la réflexion, en dehors même des lacunes du texte législatif et des questions que son interprétation impose de résoudre, de nombreuses questions doivent encore être appréhendées et élucidées. En effet, on l'a dit, la réflexion sur le régime juridique de la commercialisation des données publiques doit s'appuyer aussi, puisque la loi n'est pas applicable à toutes les données publiques et que pour certains de ses aspects elle constitue le point de convergence entre plusieurs disciplines juridiques, sur plusieurs corps de règles aux champs d'applications et aux objectifs contradictoires. Or, si ce n'est pour le droit des données personnelles, l'appréhension par le droit de la concurrence ou le droit de la propriété intellectuelle (surtout) de l'information (et du commerce de l'information publique par conséquent) n'est pas complètement stabilisé et achevé. De nouvelles réflexions doivent être

menées sur la place qu'occupe l'information au sein du service public, mais non pas forcément dans une perspective de commercialisation ou de mise à disposition. Une réflexion en terme de droit des biens permettrait ainsi, peut-être, de dégager d'autres clés de lecture de la problématique de la commercialisation des données publiques, parce que cette interrogation sur la nature du bien en cause et les règles de droit qui lui sont applicables précède la question de la circulation des données sur le marché. Nous avons essayé de la mener dans le cadre limité de ce travail, mais d'autres choses restent à dire notamment sous l'angle des propriétés publiques. En outre, des études sectorielles à propos de telle ou telle donnée ou groupe de données permettraient de préciser les mécanismes de fonctionnement de la loi du 17 juillet 1978 et leur articulation avec d'autres groupes de règles ou offrirait des illustrations sur lesquelles la réflexion pourrait s'appuyer, voire traiterait des questions non encore abordées comme celles de la commercialisation des données publiques entre collectivités publiques qui tend à se développer. D'ailleurs, l'indigence des études réalisées sur le thème de la commercialisation des données publiques, leur espacement dans le temps, et plus généralement l'absence d'analyse globale des rapports entre l'information (appréhendée en tant que bien économique), le service public et le marché, rend toute tentative de clarification du régime de la commercialisation des données publiques difficile à établir. A n'en pas douter, c'est déjà le cas, même si sa production est encore faible, le rôle de la CADA et la multiplication d'analyses particulières à propos de la réutilisation pourraient ouvrir de nouvelles voies à la réflexion.

Cependant, pour l'heure, les données publiques en elles-mêmes, mais surtout situées dans le contexte de leur commercialisation, de leur circulation du secteur public vers le marché, se montrent rebelles à une tentative d'appréhension globale par le droit. Au fond, il n'y a pas un droit des données publiques mais des droits sur les informations du secteur public et peut-être même, d'abord, sur ses utilités, une même information pouvant supporter des usages de différentes natures, répondre à une fonction sociale ou poursuivre une finalité marchande dans le même temps. L'avènement d'un cadre réglementaire particulier, appréhendant le commerce des données publiques, ne change rien à cette affirmation, au contraire. Le régime juridique de la commercialisation des données publiques se situe ainsi dans une zone indéterminée au carrefour, et quelquefois à la marge, de plusieurs disciplines juridiques, qui se trouvent réunies autour de cet objet particulier : l'information. Comme leur application n'est pas toujours acquise ou leur articulation plus ou moins harmonieuse, il faudra, aujourd'hui comme hier, l'apprécier au cas par cas.





# Bibliographie





**note**

La présente bibliographie ne comporte pas toutes les références qui ont été consultées pour traiter le sujet. N'y figurent notamment pas les différents ouvrages, articles et autres notes de jurisprudence afférents aux différentes matières juridiques (droit de la propriété intellectuelle, droit des données personnelles, droit de la concurrence, droit administratif, droit des contrats) ou aux disciplines extra-juridiques (économie et en particulier l'économie de l'information) qui ont servi de support à la réflexion. Si ces références avaient été retenues, elles eussent constitué l'essentiel des lignes suivantes, occultant par leur importance les quelques publications consacrées aux « données publiques ». C'est donc d'une bibliographie spécialisée qu'il s'agit, dans laquelle, pour l'étoffer un peu, ont été réunies les études qui traitent explicitement des données publiques et les travaux qui évoquent la commercialisation des données publiques au détour d'autres analyses.

## Ouvrages

**AICHHOLOZER (G.), BURKERT (H.),** dir., *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing Limited, 2004

**BAQUIAST (J.),** *Internet et les administrations*, Berger-Levrault, 2ème édition, 2002

**BRANDT (De) (J.) et GOURDET (G.)** dir., *Immatériel : Nouveaux concepts*, Economica, 2001

**BRUGUIÈRE (J-M.),** *La diffusion des données publiques*, Thèse, Montpellier, 1995

**BRUGUIÈRE (J-M.),** *Les données publiques et le droit*, coll. [Droit@litec](#), Litec, Paris 2001

**CHAMOUX (J-P.),** *L'appropriation de l'information*, contributions à un séminaire organisé par l'association « Droit et informatique », Paris, Librairies techniques, 1986

**HUET (J.), MAISL (H.),** *Droit de l'informatique et des télécoms*, LGDJ, 1991

**MAISL (H.),** *Droit des données publiques*, LGDJ, coll. Systèmes, 1996

**MALLET-POUJOL (N.),** *La commercialisation des banques de données*, CNRS éditions, 1993

**MAYERE (A.)** dir., *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, L'harmattan, 1997

**MORENO (A-M.)**, *La commercialisation des images spatiales : approches juridiques*, centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, 1999

**RONAI (M.)**, Données publiques : accès, diffusion, commercialisation, Problèmes économiques et sociaux, n°773-774, La documentation française, 1996

**TERWAGNE (De) (C.)**, **BURKERT (H.)**, **POULLET (Y.)**, *Towards a Legal Framework for a Diffusion Policy for Data held by the Public Sector*, Computer Law series 14, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995

## Articles, chroniques, communications

**BABUSIAUX (M.)**, « L'accès aux données publiques à des fins professionnelles et leur tarification » *Revue concurrence et consommation* 1996, n° 91, p. 5

**BATTISTI (M.)**, « Diffusion et réutilisation des données publiques : un nouveau marché à haut potentiel », *Documentaliste — Sciences de l'information* 2006, vol. 45 n° 1, p. 32

**BATTISTI (M.)**, « La réutilisation des données publiques : un enjeu majeur pour la société de l'information », *Documentaliste — Sciences de l'information* 2004, vol. 41 n° 6, p. 349

**BARTHE (E.)**, « Le principe de disponibilité des données publiques : Mythe ou réalité », [http://www.precisement.org/blog/article.php?id\\_article=2#nb4](http://www.precisement.org/blog/article.php?id_article=2#nb4))

**BOISSARD (S.)**, « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », *AJDA* 2003, p. 1309

**BOISSE (de) (H.)**, « Prééminence du droit de la concurrence sur le droit *sui generis* », *Expertises* janvier 2003, p.23

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

**BOUCHUT (J-P.)**, « La conciliation des règles de concurrence et du droit public dans l'exploitation des gisements de données publiques : réponse à la communication des données publiques et le droit de la concurrence : l'occasion manquée. », *RFAP* 1994, n° 72, p. 631

**BROUSSEAU (E.)**, « Economie des données publiques », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, dossier n° 32, éd. A jour, 1996, p. 35

**BRUGUIÈRE (J-M.)**, « Exploitation des données publiques : le cadre déconcertant de l'ordonnance du 6 juin 2005 », *Légipresse* septembre 2005, n° 224, p. 52

**BRUGUIÈRE (J-M.)**, « Directive données publiques du 17 novembre 2003 : vivement demain... » *Communication – commerce électronique* 2004, étude 17

**BRUGUIÈRE (J-M.)**, « Retour sur le projet de loi sur la société de l'information après la proposition de directive du 5 juin 2002 », *Légipresse* septembre 2002, n° 194, p. 115

**BRUGUIÈRE (J-M.)**, « Données publiques : le cadre imprécis du projet de directive du 5 juin 2002 », *Communication – commerce électronique* 2002, chronique 27

**BUFFET DELMAS (X.)**, **CHARBIT (N.)**, « Tarification des données publiques, à propos de l'avis service hydrographique et océanographique de la marine, Conseil de la concurrence, 25 février 1997 », *Expertises* 1998, p. 95

**BURKERT (H.)**, « The Mechanics of Public Sector Information », AICHOLZER (G.) (dir.), *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing Inc., p. 3

**BURKERT (H.)**, « Le secret, la transparence et le commerce », *RFAP* 1994, n° 72, p. 581

**BUFFET-DELMAS (X) et CHARBIT (N.)**, « La tarification des données publiques, à propos de l'avis SHOM », *Expertises* avril 1994, p. 94

**CAPUL (J-Y.)**, « Société de l'information et diffusion des données publiques », Les cahiers français, n° 295, p. 99

**CHAMOUX (J-P.)**, « la commercialisation des données publiques », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, dossier n° 32, éd. A jour, 1996, p. 9

**CHÉROT (J-Y.)**, « La problématique de la tarification dans les licences d'accès aux bases de données du secteur public », Groupe de travail sur l'information du secteur public, atelier du 7 novembre 2003, *inédit*

**CHÉROT (J-Y.)**, « L'accès aux données publiques à des fins de réutilisation commerciale. Apports et limites du droit de la concurrence. », *Transparence et secret*,

*colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, La documentation française, Paris, 2004, p. 306

**CHEROT, (J.-Y.)**, « L'accès, la diffusion et la réutilisation des informations du secteur public », rapport introductif du colloque du 21 janvier 2005, Aix-en-Provence, *inédit*.

**DELAUNAY (B.)**, « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques. », *AJDA* 2006, p. 1377

**DELAVAL (D.)**, « Le cadre juridique de l'exploitation des bases de données publiques en France », *Gaz. Pal.* II, 1995, p. 973

**DERIEUX (E.)**, « Le régime juridique des données publiques dans le projet de loi sur la société de l'information », *PA* 2002, n° 51, p. 6

**DRAGNE (J.)**, « L'organisation de l'information légale sur les entreprises : le poids des contingences historiques, l'impact des techniques nouvelles. », *JCP* éd. E 1993, 387

**DUBAIL (C.-H.)**, « La commercialisation des données publiques », *Légipresse*, n° 140, II, p. 44

**DUBAIL (C.-H.)**, « Avant-projet LSI : un nouvel accès aux données publiques », *Légipresse* juin 2001, n° 182, II, p. 78

**DUPUIS-TOUBOL (F.)**, « Accès à l'information primaire et possibilités d'abus de position dominante : le point de vue de la jurisprudence française, *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1994/3, p. 10

**FRAYSSINET (J.)**, « La communication et l'utilisation des listes électorales : de l'organisation du scrutin à la communication politique », *JCP* éd. G 1988, 3388

**GAUDEMET (M.)**, « Diffusion des données publiques : un cadre juridique en formation », *Légipresse* 1998, n° 148, II, p. 11

**GELLMAN (R. M.)**, « Les trois piliers de la politique de diffusion de l'information publique aux États-Unis », *RFAP* 1994, n° 72, p. 593

**GOURDET (G.)**, « Statut juridique de l'information en économie de marché », *Immatériel : nouveaux concepts*, Economica 2001, p. 45

**GRAFF (M.)**, « L'affaire météo ou à propos de la communication des données publiques à des fins professionnelles », *revue concurrence et consommation* 1996, n° 91, p. 19

**HANAPPI-EGGER (E.)**, « Cultural Heritage: The Conflict between Commercialisation and Public Ownership », Aicholzer (G.) (dir.), *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing Inc., p. 238

**IDOT (L.)**, « Information et le droit de la concurrence », *Revue Lamy droit des affaires* mai 2003, n° 60, p.9

**JENGER (J.)**, « La documentation française, instrument de diffusion des données publiques », *RFAP* 1994, n° 72, p. 668

**JOMAIN (M.)**, « La diffusion des informations sur les entreprises », *Gaz. Pal. I.* 1998, p. 169

**KAMPS (M.)**, « Thunder and Lightning : Public Sector Information Policy Experiences of Private Meteorological Service Providers », Aicholzer (G.) (dir.), *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing Inc., p.163

**KATZ (D.)**, note sur la directive du 17 novembre 2003, *JCP éd. A* 2004, n° 13

**LAMBERTERIE (De) (I.)**, « La valorisation des bases de données du CNRS », *RFAP* 1994, n° 72, p. 675

**LAPRADE (B-M.)**, « Le service public de diffusion du droit par internet », *Transparence et secret*, le XXV<sup>ème</sup> anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA/CADA, p. 321

**LECLERE (J-P.)**, « La protection et l'exploitation des données cartographiques », *Gaz. Pal. II.* 1993, p. 898; partie II, p. 1263

**LEMARCHAND (S.)**, **FREGET (O.)**, **SADRAN (F.)**, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés Intellectuelles* jan. 2003, n°6, p. 11

**LERNER (D.)**, « Cession et tarification de l'INSEE », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, dossier n°32, éd. A jour, 1996, p. 68

**LEVY-ROSENWALD (M.)**, « Médiateur de l'édition publique », *PA* 2003, n° 173, p. 15

**LIVORY (A.)**, « Liste des abonnés au téléphone, un marché conflictuel », *Expertises* mars 2000, p. 69

**LUMMAUX (J-C.)**, « Information géographique : service public et activités concurrentielles », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, dossier n°32, éd. A jour, 1996, p. 5

**MAGNAN de BORNIER (J.)**, « Quelques remarques sur l'économie de la réutilisation des informations émanant du secteur public », <http://junon.u-3mrs.fr/afa10w40/infpbtohtm.html>

**MAISL (H.)**, « Du document administratif à la donnée publique », *Transparence et secret* Colloque pour le XXV<sup>ème</sup> anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA/CADA, La documentation française, 2004, p. 279

**MAISL (H.)**, « Information administrative et droit, évolutions et évaluation », Mélanges BRAIBANT 1996, p. 489

**MAISL (H.)**, « Introduction, les données publiques, un gisement à exploiter », *RFAP* 1994, n° 72, p. 563

**MAISL (H.)**, « La diffusion des données publiques ou le service public face au marché de l'information », *AJDA* 1994, p. 355

**MAISL (H.)**, « Un exemple d'exploitation d'informations détenues par l'administration : la diffusion télématique des résultats d'examen par la presse. » *Gaz. Pal. I.* 1994, p. 82

**MAISL (H.)**, « La commercialisation des données administratives », *AJDA* 1988, p. 637

**MAISL (H.)**, « L'utilisation commerciale des données administratives : l'exemple américain », *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1988/4, p.22

**MAISL (H.)**, **PITRAT (C-M.)**, « Un dossier à ouvrir: la commercialisation des données administratives », *revue droit de l'informatique et des télécoms* 1988/4, p. 5

**MAISL (H.)**, « L'utilisation commerciale des données administratives : l'exemple américain », *revue droit de l'informatique et des télécoms* 1988/4, p.23

**MALLET-POUJOL (N.)**, « Accès aux œuvres et droit de la concurrence », *PA* 2003, n° 173, p.18

**MARAIS (du) (B.)**, « Les données publiques, Internet et le droit », La Sorbonne, 2000, [http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000\\_03.htm](http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_03.htm)

**MARTIN (J.)**, « Gisements informationnels publics synergie. Secteur public et privé », *Gaz. Pal.* 1994.I., p. 77

**MAYER (R.)**, « Un impératif économique et stratégique », *RFAP* 1994, n°72, p. 651

**MONJAL (P-Y.)**, « La directive européenne sur les données publiques », *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV<sup>ème</sup> anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA/CADA, La documentation française, 2004, p. 287

**NICINSKI (S.)**, « Le problème de la tarification des données publiques », *RJEG/CJEG* 2004, p.432

**NOUEL (B.)**, « Le droit de la concurrence et les données publiques », *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1996/3, p. 16

**NOUEL (B.)**, « La communication des données publiques et le droit de la concurrence : l'occasion manquée », *RFAP* 1994, n°72, p. 623

**PAS (J.)**, « The Use and the Re-use of public Sector Information (PSI): Some Legal and Policy Reflections », Institute for european studies (IES) of the Brussels Free University, [http://www.cais-acsi.ca/proceedings/2004/pas\\_2004.pdf](http://www.cais-acsi.ca/proceedings/2004/pas_2004.pdf)

**PICHOUSTRE (D.)**, « La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005 », *PA* 2005, n°225, p. 3

**PITRAT (C-M.)**, « Le débat européen : un serpent de mer », *RFAP* 1994, n°72, p. 608

**PITRAT (C-M.)**, « Une offensive de la CEE : des recommandations pour l'ouverture des fichiers publics », *revue droit de l'informatique et des télécoms* 1988/4, p. 18

**POUPAERT (N.) et JANSSEN (K.)**, « La directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public », *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 2004, n°19, p. 29.

**POULLET (Y.)**, « A Study on Comparative Law and European Law », *Toward a Legal Framework for a diffusion Policy Data held by the Public Sector*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995, p.1

**PRESLE (de la ) (A.)**, « Vers un statut des données publiques », *Revue Brises*, novembre 1988, p. 40

**RAPP (L.)**, « France télécom est-il fondé à s'opposer à la communication de l'annuaire de ses abonnés figurant sur la liste orange- A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 février 1994 *CMS contre France télécom* », *PA* 1994, n° 122, p. 13

**ROBINEAU-ISRAËL (A.)**, **LASSERRE (B.)**, « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AfDA* 2003, p. 1325



**RONAI (M.)**, « L'Etat comme machine informationnelle », *RFAP* 1994, n°72, p. 571

**RONAI (M.)**, « Deniers publics et données publiques aux Etats-Unis », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, dossier n°32, éd. A jour, 1996, p. 112

**RONAI (M.)**, « De l'activisme informationnel à la régulation », in *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, éd. A jour, 1996, p. 21

**SAVIGNON (I.)**, « De la mise à disposition du secteur privé des données publiques », *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1988/4, p. 20

**SEYS (B.)**, « La diffusion des données statistiques », *RFAP* 1994, n°72, p. p. 685

**SCHOETTL (J-E.)**, « L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? », *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1988/4, p.6.

**SCHOETTL (J-E.)**, « L'exploitation des gisements de données administratifs », *Gaz. Pal.* 1994.I., p. 64

**SCHOETTL (J-E.)**, « Entretien. Propos recueillis par Herbert MAISL », *RFAP* 1994, n°72, p. 609

**TABAKA (B.)**, « De l'accès à la réutilisation : le nouveau régime applicable aux données publiques », *revue Lamy droit de l'immatériel* Juillet-août 2005, p. 46

**TARGA (A.)**, « Les données publiques et leur commercialisation après l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1995 : l'affaire Météo », *Revue de la concurrence et de la consommation* mai 1996, p. 16

**TELLIER-LONIEWSKI (L.)**, **BELLEMONT (A.)**, « L'information géographique : au confluent de la propriété intellectuelle et des données publiques », partie I, *Gaz. Pal.* 2004, p. 16 ; partie II, p. 20

**TERNEYRE (P.)**, « Le nouveau statut de l'institut de géographie nationale ou comment le droit de la concurrence vient s'immiscer dans tous les secteurs de l'action publique » *Revue Lamy du droit de la concurrence* février 2005, n°2, p. 49

**VIVANT (M.)**, « Contraintes ? Solutions ? Le cadre juridique », *Exploiter les données publiques*, Le communicateur, dossier n°32, éd. A jour, 1996, p. 121

**VOLMAN (Y.)**, « Exploitation of public sector information in the context of the Europe action plan », *Public Sector information in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 93

**WEISS (P. N.)**, « Borders in Cyberspace : Conflicting Public Sector Information Policies and their Economic Impacts », Aicholzer (G.) (dir.), *Public Sector Information in the Digital Age*, Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 137

# Rapports, Etudes

**BURKERT (H.), MARTIN (J.), POULLET (Y.), PUBLAW I**, *Commercialization of Data held by the public sector*, Publaw report, DGXIII/EEC, 1993

**BURKERT (H.), MARTIN (J.), MOORE (N.), POULLET (Y.), PUBLAW II**, *Report for the Commission of the European Communities on an Evaluation of the Implantation of the Commission's Guidelines for improving the Synergy between the Public and Private Sectors in the Information Market*, DG XIII/EEC, 1992

**COMMISSION EUROPEENNE**, « *Lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et privé sur le marché de l'information* », 1989, [www.europa.eu.int/ISPO/legal/fr/acces/synergie.html](http://www.europa.eu.int/ISPO/legal/fr/acces/synergie.html)

**COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN**, rapport de l'atelier présidé par D. MANDELKERN, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, La documentation française, 1999

**COMMISSION D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS**, rapport d'activité de l'année 2006, La documentation française, 2007

**COMMISSION D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS**, rapport d'activité de l'année 2005, La documentation française, 2006

**COMMISSION D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS**, rapport d'activité de l'année 2004, La documentation française, 2005

**COMMISSION D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS**, rapport d'activité 1999-2000, La documentation française, 2001

**COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE**, deuxième rapport d'activité, 1980-1981, La documentation française 1981

**COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE**, troisième rapport d'activité, 1981-1982, La documentation française 1982

**COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE**, quatrième rapport d'activité, 1982-1983, La documentation française 1983

**COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE**, cinquième rapport d'activité, 1983-1984, La documentation française 1984

**COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE**, sixième rapport d'activité, 1985, La documentation française 1985

COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE, dixième rapport d'activité, 1989, La documentation française 1989

COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE, rapport d'activité de l'année 1990, La documentation française 1990

COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTE, rapport d'activité de l'année 1994, La documentation française 1994

CONSEIL D'ETAT, *Redevances pour service rendu et redevances d'occupation du domaine public*, La documentation française, 2002

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, recommandation du 14 avril 2003, *Quelle politique de diffusion des données publiques*, rapport pour l'année 2003, La documentation française, 2004

GAUDRAT (P.), *La commercialisation des données publiques*, OJTI, La documentation française, 1991

GROSHENS (J.-C.), *Mission sur les relations entre le secteur public et le secteur privé dans le domaine de l'industrie éditoriale*, La documentation française, 1998

LENGAGNE (G.), *Les perspectives d'évolution de l'information géographique et les conséquences pour l'IGN*, La documentation française, 1999

LEVY (M.), JOUYET (J.-P.), *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, La documentation française, 2006

LUBEK (P.), CANNARD (P.), COUSQUER (Y.), CHAMPAGNE (V.), *Rapport d'enquête sur le référentiel à grande échelle de l'institut géographique national*, décembre 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapportspublics/064000418/index.shtml>

MARTIN (J.), *Le régime juridique de l'information administrative : éléments sur les enjeux du débat*, Rapport, Ministère de la recherche et de la technologie, 1987

MESURING EUROPEAN PUBLIC SECTOR INFORMATION RESOURCES (MESPIR), *Final report of Study on Exploitation of Public Sector information*, [http://www.ec.europa.eu/information\\_society/policy/psi/actions\\_eu/policy\\_actions/mespir/index\\_en.htm](http://www.ec.europa.eu/information_society/policy/psi/actions_eu/policy_actions/mespir/index_en.htm)

OCDE, *Digital Broadband content : public sector information and content*, 30 mai 2006, [http://www.oecd.org/document/62/0,3343,en\\_2649\\_34223\\_32160190\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/62/0,3343,en_2649_34223_32160190_1_1_1_1,00.html)

OFFICE OF FAIR TRADING, *The Commercial Use of Public Sector Information*, décembre 2006, [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/consumer\\_protection/oft861.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/consumer_protection/oft861.pdf)

ORY-LAVOLEE (B.), *La diffusion numérique du patrimoine culturel : dimension de la politique culturelle*, La documentation française, 2002

PIRA INTERNATIONAL, *Commercial Exploitation of Europe's Public Sector Information*, [http://www.cc.europa.eu/information\\_society/policy/psi/what\\_is\\_psi/index\\_en.htm](http://www.cc.europa.eu/information_society/policy/psi/what_is_psi/index_en.htm)

SOUBIE (P.), *Diffusion des données publiques et marché de l'information*, Association communication publique, 1997

## Conclusions et notes de jurisprudence

BAZEX (M.),  
note sous Cass. com, 6 mai 1996, *France Télécom c. Communication Media Services*, *AfDA* 1996, p. 1034  
note sous Cass. com, 12 décembre 1995, *Ministre de l'équipement du logement et des transports et de l'espace, direction de la météorologie nationale c/ Société du journal téléphonique*, *AfDA* 1996, p. 131  
note sous Cour d'appel de Paris, 18 mars 1993, *Société du journal téléphonique c. Ministère de l'Équipement du Logement des Transports et de l'Espace, direction de la météorologie nationale*, *AfDA* 1993, p. 652

BAZEX (M.), BLAZY (S.),  
note sous Conseil d'Etat, 2 avril 2003, *Société CEGEDIM*, *DA* 2003, comm. 165  
note sous Conseil d'Etat, 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM*, *DA* 2002, comm. 173

BERLIN (D.), CALVET (H.),  
note sous Cass. com, 12 décembre 1995, *Ministre de l'équipement du logement et des transports et de l'espace, direction de la météorologie nationale c/ Société du journal téléphonique*, *JCP éd. E* 1996, 810

BOURGEROL (D.),  
note sous CE, ass. 30 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres*, *JCP éd. E* 1997, n° 37

**BRUGUIÈRE (J-M.),**

note sous CE, 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM*, JCP éd. E 2003, II, 149  
 comm. sous Cons. conc., avis, n° 97-A-10 du 25 février 1997, *relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautique portant sur des questions de concurrences soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la marine*, Rec. Lamy 1997, n° 737

**BRUNING (A.),**

note sous Tribunal de commerce de Paris, 18 juin 1999, *France Télécom c/ MA éditions et la SA Fermic devenue Iliad*, Expertises octobre 1999, p. 308

**COMBREXELLES (J-D.),**

concl. sous CE., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, AJDA 1998, p. 362

**DUPUIS-TOUBOUL et C. COSCAS**

note sur Cas. com., 9 mai 1990, *ODA c. Leroux*, *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1991/2 p.39, note

**CARON (C.),**

note sous Cass. Com., 4 décembre 2001, *France Télécom c. Société Lectiel*, *Communication-commerce électronique* 2002, comm. 38

**DAGORNE-LABBE (Y.),**

comm. sous Cass. com, 6 mai 1996, *France Télécom c. Communication Media Services*, *Juris PTT*, n° 46, p. 42

**DECOCQ (G.),**

comm. sous Cons. conc., décision n° 03-D-18 du 10 avril 2003, *relative à une saisine de la société GLEM*, *Com- électr.*, septembre 2003, p. 34

**DENIS-LINTON (M.),**

concl. sous C.E., ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et Société CEGEDIM*, RFDA 1997, p. 11

**DIENY (E.),**

comm. sous Cons. conc. déc. n° 03-D-18 du 10 avril 2003, *relative à une saisine de la société GLEM*, Rec. Lamy, n° 917

**DRAGO (R.),**

note sous CA Paris, 18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné c. Min. de l'équipement, du Logement, des transports et de l'espace, Direction de la météorologie nationale*, RFDA 1994, p. 80

**DUPUIS-TOUBOL (F.) et LEYGONIE (J.),**

comm. sous CA Paris, 7 février 1994, *CMS c/ France télécom*, JCP éd. E, n° 7

**FRAYSSINET (J.),**

note sous CA Paris, 7 février 1994, *CMS c/ France Télécom*, JCP éd. G 1994, II, 22403

**GAVANON (I.),**

note sous TGI de Bar le Duc, 16 janvier 1997, *Me Lahure c. INPI*, *Revue droit de l'informatique et des télécoms* 1998/4, p. 32

**IDOT (L.),**

comm sous CJCE *KPN Telecom BV*, 25 novembre 2004, aff. C- 109/03, *Europe*, janvier 2005, comm. 13

note sous Cass. Com., 12 décembre 1995, *Ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace – Direction de la météorologie nationale c. Société du journal téléphonique*, *CJEG* mai 1996, p.180

note sous CA Paris, 7 février 1994, *CMS c/ France Télécom*, *Europe* 1994, comm. 157

note sous CA Paris, 18 mars 1993, *Société du journal téléphonique c. Ministère de l'Équipement du Logement des Transports et de l'Espace, direction de la météorologie nationale*, *CJEG* octobre 1993, p. 448

**JORION (B.),**

note sous CE. sect., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, *D.* 1998, p. 594

**KEREVER (A.),**

note sous CE, ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et Société CEGEDIM*, *RIDA* octobre 1996, n° 170, p.221

**LIGNIERES (P.),**

note sous Cons. conc. déc. n° 01-D-78 du 6 décembre 2001, *relative à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation du répertoire SIRENE*, *Rec. Lamy*, n°875

**LUCAS (A.),**

note sous CE, 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM, Propriétés intellectuelles* janvier 2003, p. 57

**MAISL (H.)**

note sous CA Paris, 7 février 1994, *CMS c/ France télécom*, *revue droit de l'informatique et des télécoms* 1994/3, p. 30

note sous, CE, ass. 30 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres*, *AfDA* 1997, p. 89

note sous, CE, 26 juillet 1996, *Association des utilisateurs de données publiques économiques et sociales*, *D.* 1997, p.219

**MALAUURIE-VIGNAL (M.)**

note sous Cons. conc. n° 02-D-75 relative à la demande de mesures conservatoires des société Scoot-France et Fonectra-France, *Contrats-concurrence et consommation* juillet 2003, p. 19

note sous Cass. Com., 4 décembre 2001, *France Télécom c. Société Lectiel*, *Contrats-concurrence-consommation*, 2002, comm. 46

**MARAIS (du) (B.),**

comm. sous CE, 24 juillet 2006, *Société CEGEDIM*, *concurrences* 2007/1, p. 175

**MAUGÜE (C.),**

concl. sous C.E., 29 juillet 2002, *société CEGEDIM*, *CJEG* 2003, n° 594, p. 16

**NICINSKI (S.),**

note sous CE, 29 juillet 2002, *Société CEGEDIM*, *AJDA* 2002, p. 1072

note sous CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de géomatique*, *AJDA* 2007, p. 744

**NOUEL (B.),**

note sous CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, *AJDA* 1998, p. 369

note sous Cass. com, 6 mai 1996, *France Télécom c. Communication Media Services*, *Expertises* septembre 1996, p. 316

note sous CA Paris, 7 février 1994, *CMS c/ France télécom*, *Expertises* avril 1994, p. 146

**POIRES-MADURO (M.),**

concl. sous CJCE, 25 novembre 2004, *KNP Telekom BV*, C-109/03, Rec. p. I. 1276

**ROJINSKY (C.),**

note sous Tribunal de commerce de Paris, 18 juin 1999, *SA. France Télécom c. SARL MA édition et Illiad*, *Légipresse* septembre 1999, III, p. 121

**SELINSKI (V.),**

comm. sous Cons. conc, déc. n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, *relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 2001*, Rec. Lamy, n° 928

comm. sous Cons. Conc, déc. n° 02-D-41 du 26 juin 2002, *relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de France Télécom par la Cour d'appel de Paris*, Rec Lamy, n° 896

comm. sous Cons. conc, avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001, *relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE*, Rec. Lamy, n° 879

comm. sous Cons. conc. déc. n° 96-D-10 du 20 février 1996, *relative à des pratiques mises en œuvre par France télécom et par l'Office d'annonces (ODA)*, Rec. Lamy 1994, n° 580

comm. sous Cons. conc., déc. 92-D-35 du 13 mai 1992, *relative à la saisine de la société du journal téléphoné à l'encontre de la direction de la météorologie nationale*, Rec. Lamy 1992, n° 496

comm. sous Cons. conc., déc. n° 90-D-31 du 18 septembre 1990, *relative à des pratiques relevées sur le marché de la publicité dans les pages jaunes des annuaires officiels des abonnés au téléphone*, Rec. Lamy, n° 407

**TERESI (L.),**

« Données publiques et concurrences », *Rev. Concurrences* 2005 n° 4, p. 143

**TROUILLE (I.),**

note sous Tribunal de commerce de Paris, 5 janvier 1994, *Filetech c/ France Télécom*, *Expertises* octobre 1994, p. 362

**VEROT (C.),**

concl. sous, CE, 24 juillet 2006, *Société CEGEDIM, RJEJ/CJEG* mai 2007, n° 642, p. 194

## Colloques et séminaires

« Le nouvel environnement juridique de l'information géographique : aspects opérationnels et économiques », Séminaire du 30 novembre 2006  
<http://www.cnig.gouv.fr/upload/ressource/r1170244833.pdf>

« Diffusion et réutilisation des données publiques, un nouveau marché à haut potentiel », Séminaire organisé par les associations ACSEL - AFIGEO - FIGEC - GESTE - GFII – SPDG, Vendredi 27 janvier 2006, Maison de l'Europe,  
[http://www.gfii.asso.fr/article.php3?id\\_article=1483](http://www.gfii.asso.fr/article.php3?id_article=1483)

« La réutilisation des données publiques un enjeu majeur pour la société européenne de l'information », Séminaire organisé par le groupe inter-associations, "Diffusion des Données Publiques" (ACSEL-AFIGEO-GESTE-FIGEC-GFII-SPDG), Assemblée Nationale Vendredi 19 novembre 2004,  
[http://www.gfii.asso.fr/article.php3?id\\_article=1335](http://www.gfii.asso.fr/article.php3?id_article=1335)

« Diffusion des données publiques », Colloque organisé par le GFII le 25 mars 2002 à l'Assemblée Nationale, [http://www.gfii.asso.fr/article.php3?id\\_article=1342](http://www.gfii.asso.fr/article.php3?id_article=1342)





**Index des décisions  
juridictionnelles  
et non  
juridictionnelles  
citées**

## Cour de justice des Communautés européennes

---

*Sirena c. EDA*, 18 février 1971, aff. C-40/70 : **591**

*Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A et Commercial Solvents Corporation c. Commission des communautés européennes*, 6 mars 1974, aff. C- 6/73 et C- 7/73 : **571, 597**

*General Motors c. Commission des communautés européennes*, 13 novembre 1975, aff. C- 26/75 : **624, 627, 634**

*United Brand Company et United Brands Continantaal BV c. Commission des communautés européennes*, 14 février 1978, aff. C- 27/76 : **186, 626, 634, 639**

*Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd. c. Commission des communautés européennes*, 31 mai 1979, aff. C- 22/78

*Hoffman - La Roche & Co. AG c. Commission des communautés européennes*, 13 février 1979, aff. C- 85/76 :

*SA centre belge d'études de marché — télémarketing (CBEM) c. SA compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA information publicité Benelux (IPB)*, 3 octobre 1985, aff. C- 311/84 : **571, 675**

*British Leyland Ltd Company c. Commission des communautés européennes*, 11 novembre 1986, aff. C- 226/84 : **627, 637**

*Van der Kooy c. Commission des communautés européennes*, 2 février 1988, , aff. C- 67/85 : **679**

*Bodson c. Pompes funèbres des régions libérées*, 4 mai 1988, aff. C-30/87 : **629**

*Akzo Chemie BV c. Commission des communautés européennes*, 3 juillet 1991, aff. C- 62/86 : **640, 658, 661**

*Sloman Neptun*, 17 mars 1993, , aff. C- 72/91 : **678**

*Procédure pénale contre Paul Corbeau* 19 mai 1993, aff. C-320/91 : **611**

*Espagne c. Commission*, 14 septembre 1994, aff. C-272/92 : **677**

*RTE-ITP c. Commission des communautés européennes*, 6 avril 1995, aff. C- 241/91 et C- 242/91 : **597, 611**

*Oscar Bronner GmbH & Co. KG*, 26 novembre 1998, aff. C- 7/97 : **596, 584**

*Preussen Elektra*, 13 mars 2001, aff. C- 379/98 : **678**

*Firma ambulanz Glockner c. Landkreis südwestpfalz*, 25 octobre 2001, aff. C- 475/99 : **611**

*Chronopost SA c. UFEX*, 3 juillet 2003, aff. C-83/01 : **629**

*Italie c. Commission*, 29 avril 2004, aff. C-372/97, *Rec.* p. I-3679 : 677

*IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co KG*, 29 avril 2004, aff. C-418/01 : 571, 592, 597, 598, 599, 603

*Fixtures Marketing Ltd.* 9 novembre 2004 (aff. C-46/02), *British Horseracing Board Ltd.* (aff. C-203/02), *Svenska Spel AB* (aff. C-338/02) et *OPAP* (aff. C-444/02) : 520

*Italie c. Commission*, 15 décembre 2005, aff. C-66/02 : 677

## Tribunal de première instance des communautés

---

*RTE c. Commission*, 10 juillet 1991, aff. T-69/89 : 597, 599

*Ladbroke SA c. Commission des communautés*, 12 juin 1997, T-504/93 : 614

27 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG*, aff. T-229/94 : 640

*Fédération française des sociétés d'assurance et autres c. Commission des communautés européennes*, aff. T-106/95 :

17 septembre 2007, *Microsoft Corp.* C. Commission, aff. T-201/04 : 600, 603

## Pratique décisionnelle de la Commission européenne

---

Décision 72/757/CEE du 14 décembre 1972, relative à une procédure d'application de l'article 86 du TCE (IV/26.911 – *Zoja/CSC –ICI*) : 597

Décision de la Commission, 78/68/CE du 8 décembre 1977 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité (IV/29.132 – *Hugin/Liptons*) : 610

Décision 89/205/CEE de la Commission du 21 décembre 1988 relative à une procédure au titre de l'article 86 du traité : 582, 597

Décision 89/113/CEE de la Commission du 21 décembre 1988 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (IV/30.979 et 31.394, *Decca Navigator System*) : 597

Décision COM, faite conformément à l'article 19, §3 du règlement du Conseil n° 17 concernant l'affaire IV/34.563 – *Ecomet* : 220

Décision 98/190/CE de la Commission du 14 janvier 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.801 *FAG – Flughafen Frankfurt / Main AG*) : 608

Décision 01/728/CEE de la Commission du 20 mars 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (affaire COMP/25.141 – *Deutsche Post AG*) : 205, 660

Décision 2002/165/CE de la Commission du 3 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE (D3/38.044 – NDC Health c. IMS Health : mesures provisoires) : **588, 597**

Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) : **656, 657**

Décision de la Commission du 7 avril 2006 relative à la réutilisation des informations de la Commission (2006/291/CE, Euratom)

## Conseil d'Etat

---

21 décembre 1921, *Société générale d'armement* : **601**

15 février 1935, *Société française de construction mécanique* : **322**

4 juin 1954, *Affortit et Vingtain* : **306**

Sect., 10 avril 1956, *Epoux Bertin* : **306**

Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimourds* : **306**

4 juillet 1969, *Trouvé* : **306**

avis, 21 novembre 1972, *Ofrateme, Jehan et autres* : **124, 544**

26 juillet 1985, *Amadou* : **106**

24 janvier 1986, *Vinçot* : **106**

10 février 1995, *Chambre syndicale de transport aérien* : **169**

14 janvier 1998, *Syndicat national du personnel des affaires sanitaires et sociales* : **306**

Ass. 30 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres* : **214, 471, 499, 502, 543**

17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris* : **300**

29 juillet 2002, *Société CEGEDIM* : **2, 213, 499, 501, 543, 568, 584, 600, 633**

2 avril 2003, *Société CEGEDIM* : **499, 633**

24 juillet 2006, *Société CEGEDIM* : **165, 204**

16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, **176, 213,**

26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de géomatique*, **158, 611**

## Cour de cassation

---

18 février 1992, *Cie la Mondiale c. Ville de Roubaix* : **320**

12 décembre 1995, *Ministre de l'équipement du logement et des transports et de l'espace, direction de la météorologie nationale c/ Société du journal téléphonique* : **267, 268, 597, 609, 612**

6 mai 1996, *France Télécom c. Communication Media Services (CMS)* : **582, 588**

18 avril 2000, *relatif au pourvoi n° 99-13-627 formé par la SA France Télécom contre l'arrêt rendu le 15 mars 1999 par la Cour d'appel de Paris contre une décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Numéricable* : 613

4 décembre 2001, *France Télécom c. Société Lécitel* : 569, 632

Cass. com., 10 décembre 2003, *Société Tim et groupe Telci c. Française des jeux* : 658

Cas. civ. 1er., 28 mars 2006, *SNCF* : 321

## Cour d'appel de Paris

---

18 février 1924, *Didot bottin* : 483

18 mars 1993, *Société du Journal Téléphoné c. Min. de l'équipement, du Logement, des transports et de l'espace, Direction de la météorologie nationale* : 470, 568

7 février 1994, *CMS c/ France télécom* : 588, 611

3 juillet 1998, *relatif au recours formé par SA Sté moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA) et la SA Monin ordures services contre une décision du Conseil de la concurrence présentée par la SMA* : 664

15 mars 1999, *relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999 relative à une demande de*

*mesures conservatoires présentée par la société Numéricable* : 613

18 juin 1999, *SA groupe Moniteur et autres c. Sté Observatoire des marchés publics* : 485

29 juin 1999 *relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone* : 185, 191, 578

12 septembre 2001, *SARL Tigest c. Sté Reed Expositions France et autres* : 516, 518

20 novembre 2001, *relatif au recours formé par la par la française des jeux contre une décision n° 2000-D-50 du Conseil de la concurrence du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des jeux dans le secteur de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir* : 658, 671

18 juin 2003, *SA Crédinfor c. Artprice.com* : 516

18 février 2004, *Société édition Yvert et Tellier c. Société Dallay* : 481

20 février 2004, *SARL Alinéa c/ Alist* : 481, 562

6 avril 2004, *SAS Scoot France et SA France télécom c/SAS Fonectra France*,

9 septembre 2005 : 485

## Autres Cours d'appel et juridictions de première instance

---

Tribunal de commerce de Lyon, 30 juillet 1993, *Computer Intelligence c. Comm'back* : 485

TGI Romans, 14 février 1996, *BIL c. Charrel Plastiques* : 560

TGI de Bar le Duc, 16 janvier 1997, *Me Lahure c. INPI* : 560

Tribunal de grande instance de Lyon, 28 décembre 1998, *Editions législatives c. T. Hermann, France Télécom et autres* : 485, 493

Tribunal de commerce de Paris, 18 juin 1999, *SA. France Télécom c. SARL MA édition et Illiad* : 474

TGI Paris, 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c. SA Keljob et autres* : 516

TGI de Strasbourg, 22 juillet 2003 : 485

## Décisions et Avis du Conseil de la Concurrence

---

Décision n° 92-D-35 du 13 mai 1992, relative à la saisine de la société du journal téléphoné à l'encontre de la direction de la météorologie nationale : 578, 583

Décision n° 94-MC-10, 14 septembre 1994, *Béton prêt à l'emploi du Tarn* : 658

Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, relatif à une demande d'avis de l'association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la poste au regard du droit de la concurrence : 659

Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996, concernant les pratiques mises en œuvre dans l'exploitation de l'hélistation de Saint-Crescent-le-Viel à Narbonne : 185, 614

Avis n° 97-A-10 du 25 février 1997, relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautique portant sur des questions de concurrences soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la marine : 587, 659

Décision n° 97-D-53 du 1er juillet 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données : 661

Avis n° 98-A-24 du 16 décembre 1998, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant les conditions des offres sur mesure de France Télécom : 661

Décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone : 184, 582, 585, 588, 632

Décision n° 99-MC-01 du 12 janvier 1999, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société NC Numéricable : 613

Avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999, relatif à une demande d'avis de la chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général : 664

Décision n° 02-MC-04 du 11 avril 2002, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Antalis : 180,

Décision n° 00-D-27 du 13 juin 2000, *relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val d'Oise* : 627, 628, 637

Décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000, *relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélium sur le marché de l'éclairage public* : 670, 675

Décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir* : 658, 663, 671

Décision n° 00-D-70, du 31 janvier 2000 *relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris*

Avis, 01-A-01 du 16 mars 2001, *portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers* : 658

Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001, *relative à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE* : 505, 569, 576, 578, 602, 625, 642,

Décision n° 01-D-70 du 24 octobre 2001, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du Rhum à la Réunion* : 635

Décision 02-MC-02 du 19 février 2002, *relative à une saisine au fond et à une demande de mesures conservatoires de la société maBalade.com à l'encontre des pratiques mises en œuvre par l'institut géographique national* : 558

Avis n° 02-A-05 du 18 avril 2002, *relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité* : 207, 210

Décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002, *relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de France Télécom par la Cour d'appel de Paris* : 206

Décision n° 03-D-18 du 10 avril 2003, *relative à une saisine de la société GLEM* : 587, 625, 628

Décision n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, *relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 2001* : 206, 207, 517, 528, 652

Avis n°04-A-12 du 30 juin 2004, *relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par l'Institut de géographie national (IGN)* : 611

Décision n° 04-D-53 du 9 novembre 2004, *concernant les pratiques mises en œuvre par les centres d'études techniques de l'équipement, les directions départementales de l'équipement et les directions départementales de l'agriculture de la forêt dans les secteurs des services d'ingénierie* : 663

Décision n° 04-D-73 du 21 décembre 2004, *relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet* : 663

Décision n° 04-D-79 du 23 décembre 2004, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée* : 205, 660

Décision n° 05-D-13 du 18 mars 2005, *relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage* : 658

Décision n° 05-D-25 du 31 mai 2005 *relative à des pratiques mises en œuvres par la société Yvert et Tellier sur le marché des cotation des timbres postes* : 598



Décision n°05-D-54 du 6 octobre 2005  
*relative à une saisine de la société Geodys :*  
**663**

Décision n° 05-D-53 du 6 octobre 2005,  
*relative à la situation de la concurrence dans le*  
*secteur des espaces publicitaires du réseau de*  
*transports en commun urbains :* **663**

Décision n° 05-D-63 du 17 novembre 2005,  
*relative d'une part, à des pratiques mises en*  
*œuvre par la Poste et certaines de ses filiales*  
*dans le secteur du traitement du courrier et*  
*d'autre part, à des pratiques reprochées à la*  
*Poste et certains syndicats de routeurs dans le*  
*secteur de la préparation des objets postaux :*  
**663**

Décision n°06-D-23 du 21 juillet 2006,  
*relative à la situation de la concurrence dans*  
*les secteurs de l'édition cartographique et de*  
*l'information touristique :* **558, 642**

## Avis et Conseils de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs

Avis du 16 avril 1980, *Amadou :* **106**

Avis du 20 mai 1980, *Ablancourt :* **106,**

Avis n°20002031 du 11 mai 2000, *Syndicat*  
*d'agglomération de Saint-Quentin-en-*  
*Yvelines :* **59**

Avis n° 20002163, du 25 mai 2000,  
*Directeur général de France Télécom :* **99**

Avis n° 20002701, du 6 juillet 2000,  
*Président de la société d'économie mixte pour*

*le développement et l'aménagement du Gers*  
*(SEM GERS) :* **49**

Conseil n°20022265, 3 juillet 2000, *Ville de*  
*Marseille :* **99**

Avis n°20003464, du 21 septembre 2000,  
*Ville de Lourdes :* **99**

Avis n° 20003417, du 5 octobre 2000,  
*Premier président de la Cour des comptes :* **49**  
Avis n° 20003890 du 19 octobre 2000, *Préfet*  
*de Maine-et-Loire :* **49**

Conseil n° 20010024 du 11 janvier 2001,  
*Maire de Charleville-Mézières :* **99**

Conseil n°20053242 du 20 octobre 2005,  
*Maire de Roubaix :* **99**

Conseil du 12 février 2006, n°20060864,  
*Maire de Paris :* **49, 101**

Conseil du 16 mars 2006, n°20061210,  
*Président de la communauté urbaine de*  
*Bordeaux :* **128**

Avis du 16 mars 2006, n°20060771,  
*Direction régionale de l'environnement des*  
*Pays-de-Loire :* **101, 148, 268**

Conseil du 13 avril 2006, n° 20061580,  
*Maire de Melun :* **101**

Conseil du 27 avril 2006, n° 20066361,  
*Maire de Chatou :* **233**

Avis du 29 juin 2006, n°20062682, *G.*  
*Franz-Olivier (Le point) :* **101, 148**

Avis du 29 juin 2006, n°20062243, *Société*  
*France Examen :* **49, 85, 101, 108, 152,**  
**163**

Conseil du 14 septembre 2006, 20063777,  
*Président de la communauté d'agglomération*  
*du grand Toulouse :* **129**

Conseil du 14 septembre 2006, n°20063781,  
*Maire de Foug* : 152

Conseil n°20063704 du 28 septembre 2006,  
*Maire de Lilliers* : 140

Conseil du 21 décembre 2006, n°20065534,  
*Préfet maritime de l'atlantique* : 10, 119

Avis n°20070320 du 25 janvier 2007, *Maire de Quinssaines* : 49

Conseil n°20070034, du 5 avril 2007,  
*Président de la communauté urbaine Marseille Provence Métropole* : 108

Conseil n° 20071573 du 19 avril 2007, *maire de Calais* : 79

Avis n° 20071023, du 3 mai 2007, *Directeur national de l'Institut géographique national* : 49, 397, 752

Conseil, n°20072043 du 26 juillet 2007,  
*Conseil général des Hautes Alpes* : 101

## Avis, Conseils et recommandations de la Commission nationale informatique et Libertés

---

Délibération n° 81-03 du 10 mars 1981,  
*portant avis relatif à la création de traitements automatisés d'informations nominatives effectués sur la base des informations collectées à l'occasion du recensement général de la population* : 452

Délibération n°81-88 du 21 juillet 1981  
*portant avis sur la mise en œuvre d'un traitement automatisé du répertoire national des entreprises et de leurs établissements (SIRENE)* : 1, 461

Délibération n°82-02 du 2 février 1982  
*portant adoption d'un conseil relatif à la communication à des tiers des renseignements*

*d'ordre nominatif figurant dans les fichiers d'EDF-GDF* : 444

Délibération n°83-35 du 7 juin 1983 *relative au fichier central des automobiles* : 435, 450

Délibération n° 83-47 du 5 juillet 1983  
*portant avis sur la cession commerciale des listes d'abonnée au téléphone par l'administration des PTT* : 1, 456, 468

Délibération n° 84-40 du 20 novembre 1984  
*relative au détournement du fichier de gestion du personnel sur ordinateur d'EDF-GDF* : 445

Délibération n° 85-22 du 18 juin 1985  
*portant avis d'une par sur les déclarations de modification présentées par le ministère des Postes et des Télécommunications-Télédiffusion concernant le traitement relatif à la constitution d'un fichier des inscriptions dans le système d'information des usagers et à leur commercialisation, et d'autre part sur la collecte d'informations destinées à ce fichier* : 446

Délibération n°87-63 du 16 juin 1987,  
*portant avis sur la demande d'avis n° 104.760 présentée par la direction générale de la Poste relative au traitement automatisé d'informations indirectement nominatives destinées à déterminer les caractéristiques dominantes des tournées postales des communes de plus de cinq mille habitants* : 450

Délibération n° 88-48 du 10 mai 1988,  
*portant avis sur la mise en œuvre par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI) d'un traitement automatisé d'informations nominatives relatif à la gestion du registre national du commerce et des sociétés* : 461

Délibération n° 88-49 du 10 mai 1988  
*portant avis sur la création par l'Institut National de la Propriété Industrielle d'une*

*banque de données télématique destinée à assurer la publicité légale du contenu du registre national du commerce et des sociétés : 461*

Délibération n° 89-10 du 14 février 1989 portant avis relatif à la création de traitements automatisés d'informations nominatives effectués sur la base de données collectées à l'occasion du recensement général de la population de 1990 : 452

Délibération n° 91-032 du 7 mai 1991, portant avis sur le projet d'acte réglementaire présenté par France Télécom, modifiant l'arrêté du 30 décembre 1983 modifié relatif à la constitution du fichier des inscriptions dans le système d'information des usagers et à leur commercialisation par l'administration des PTT—Service Marketis : 459

Délibération n° 94-022 du 29 mars 1994 relative à la demande d'avis de la caisse centrale de la mutualité sociale agricole (CCMSA) concernant l'utilisation du fichier des assurés des caisses départementales et pluri départementales de la mutualité sociale agricole à des fins publicitaires : 445

Délibération n° 96-105 du 3 décembre 1996, relative à l'utilisation des fichiers à des fins politiques au regard de la loi du 6 janvier 1978 : 467

Délibération n° 95-108 du 19 septembre 1995, relative à la demande d'avis modificative d'EDF-GDF visant à étendre la finalité du traitement OPTIMIA en vue de d'utiliser les enveloppes de facturation afin d'adresser aux abonnés des appels à la générosité publique pour le compte de la fondation « Energies pour le monde : 445

Délibération n° 97-010 du 4 février 1997, portant sur le projet de décret d'application de l'article L.35-4 du code des Postes et télécommunications relatif à l'annuaire universel : 459

Délibération n° 98-001 du 13 janvier 1998, concernant une demande d'avis présentée par France Télécom relative à la gestion de la base annuaire : 459

Délibération n° 98-023 du 24 mars 1998, portant avis relatif à la création d'un traitement automatisé réalisé, par l'INSEE, à l'occasion du recensement général de la population (RGP) de 1999 : 452

Délibération n° 00-040 du 4 juillet 2000, relative à une demande d'avis sur un projet de décret relatif à la transposition en droit français des directives 97/66/CE et 98/10/CE et modifiant le code des postes et télécommunications : 459

Délibération n° 01-018 du 3 mai 2001, portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information : 135, 279

Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence : 462

Délibération n° 03-009 du 27 février 2003 concernant la mise en place par la direction générale des impôts d'un serveur professionnel des données cadastrales consultable par Internet

Délibération n° 2004-074 du 21 septembre 2004, portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données personnelles mis en œuvre par les communes aux fins de consultation de données issues de la matrice cadastrale, modifiée par la délibération n° 2007-190 du 10 juillet 2007 : 287

Délibération n° 2005-094 du 19 mai 2005, portant avis sur le projet d'ordonnance relatif à la réutilisation des informations publiques et modifiant la loi 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 : 279, 290*

Délibération n°2005-312 du 20 décembre 2005, portant avis sur le projet de décret pour l'application de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 modifiée 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*

Délibération n°2006-091 du 6 avril 2006, portant autorisation de mise en œuvre par l'Institut géographique national d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé référentiel à grande échelle à partir d'un système d'information géographique



# Index

## A

**Accès**

Aux documents administratifs : **39 s.**  
 Aux informations publiques : **21 s., 52, 163 s.**

**Actualité de l'information** : 270, 368, 372, 383, 578

**Anonymisation des données à caractères personnel** : 135, 452, 462

**Agent public créateur** : 122 s., 546, 548

## C

**Clause exorbitante de droit commun**

Notion : **320**  
 Pouvoir de contrôle de l'administration sur les activités de son cocontractant : **326**  
 Pouvoir de modification unilatéral : **327 s.**  
 Pouvoir de résiliation unilatéral : **330 s.**

**Clause limitative et exonératoire de responsabilité** : 379 et s.

**Commission d'accès aux documents administratifs**

Compétences en matière de réutilisation de l'information publique : **393 s.**  
 Pouvoir de sanction : **398 s.**  
 Régulation : **391, 404, 429**

**Confidentialité**

**Consentement au traitement de données à caractère personnel** (v. aussi, consentement à la réutilisation) : **218 s.**

**Contrat de bail** : 338 s.

**Contrat de concession** : 555

**Contrat de vente** : 337

**Contrat d'édition** : 343 s.

**Contrat entreprise** : 341 s.

**Correspondant données publiques** : 425 s.

**Critère de l'objet du service public** : 305

**Coûts**

Orientation des prix vers les coûts : **178 et ss.**  
 Notion de coût incrémental : **205**  
 Notion de coût marginal : **194**  
 Politique du coût marginal : **195 s.**  
 Notion de coût total : **201**  
 Politique de recouvrement des coûts : **202**

## D

**Diffusion**

Diffusion des données publiques : **43, 64**  
 Notion de diffusion publique : 48-49

**Document administratif**

Notion de document administratif : **98**  
 Documents inachevés : **137**  
 Documents préparatoires : **138**

Documents réalisés par une autorité administrative dans le cadre d'une prestation de service : **139**

**Droits de propriété intellectuelle** : 119, 218, 263, 272, 317, 490

**Droit du producteur des bases de données** : 217, 344

Objet de la protection : 507, 511

Investissement substantiel : 516 s.

Risque de l'investissement : 558

Initiative de l'investissement : 563

**Droit d'accès aux documents administratifs** : 42, 60-63, 67 s.

**Droit d'audit** (v. pouvoir de contrôle)

**Droit d'auteur** (v. originalité)

**Droit de réutilisation** (v. réutilisation)

**Données à caractère personnel**

Notion de données à caractère personnel : 435

Notion de données personnelles accessibles au public : 453

Notion de données personnelles de gestion du service public : 441 et ss.

**Données publiques**

Notion de données publiques : 5, 92

**Echange d'informations entre organismes publics** : 154 s.

**Effet d'éviction** : 605

**Effet de ciseau tarifaire** : 633

**Exactitude de l'information** : 367, 371

**Exhaustivité de l'information** : 368, 373, 578

(principe de) **Finalité du traitement** : 279, 438 et ss.

**Gratuité du service public** : 168

**Information primaire** : 573

**Information publique**

Notion d'information publique : 94 s. 108 (rapp. données publiques)

**Investissement substantiel** (v. droit du producteur des bases de données)

**Infrastructure essentielles** : 4, 571, 625, 632

Théorie des infrastructures essentielles : 596

**Intégrité des informations publiques** : 271 s.

**Justifications objectives** : 608, 636

**Licences**

Licences d'usage et de rediffusion : 303, 332

Licences de réutilisation : 295 s.



**Marge bénéficiaire** : 187, 208 s.

**Mise à disposition de l'information publique**

Délais : 238 s.

Procédure : 250 s.

(v. aussi transparence de l'offre)

**Modification unilatérale du contrat** (v. clause exorbitante)

**Monopole de fait** (pour la production des données publiques) : 581, 582

**Mission de service public** : 104

**Mission d'intérêt économique général** : 611 s.

**Obligation de mise à jour** : 270, 383

**Obligation de mention de la source** : 270, 384

**Obligation de moyens** : 375 s.

**Obligation de résultat** : 378 s.

**Organismes publics culturels et d'enseignement** : 99 s.

**Orientation des prix vers les coûts** (v. coûts)

**Originalité**

Notion : 477

Disposition des matières : 484 s. 493 s.

Sélection des matières : 482 s. 489 s.

**Œuvre de l'esprit** : 496

**Œuvre collective**

Notion : 537

Promoteur de l'œuvre : 539

Fusion des contributions : 542

**Prix**

Disproportion entre prix et coût de revient : 634

Prix discriminatoire : 639 s.

Prix excessif : 620 s.

Prix prédateurs : 656 s.

Prix abusivement bas : 664

Prix anormalement bas entraînant une perturbation durable du marché : 663

**Produit nouveau** : 599 s.

**Redevance pour service rendu**

Conditions de mise en œuvre : 168 s. 295

Plafonnement : 213

Redevance pour services rendus et droits privatifs : 168, 506

**Redevance de propriété intellectuelle** : 217

**Répertoires des documents administratifs** : 230

**Rémunération de l'investissement** (v. marge bénéficiaire)

**Résiliation unilatérale** (v. clause exorbitante)

**Réutilisation**

Notion de réutilisation : 58, 59, 144 s.

Consentement à la réutilisation : 284 s.

Droit de réutilisation : 10, 11

Restriction à la réutilisation : 299

**Ressource essentielle** (v. infrastructure essentielle)

Plafonnement de la tarification : 223, 616

**Transparence de l'offre des organismes publics** : 226 s.

**Transparence tarifaire et comptable** : 647

**Sanctions** (v. Commission d'accès aux documents administratifs)

**Secrets**

Secrets relatifs : 134

Secrets absolus : 133

**Sécurité publique** : 609

**Segmentation des marchés** : 4, 575

**Service public**

Service public administratif : 112 s.

Service public à caractère industriels ou commercial : 111 s.

**Substituabilité des données publiques** : 575 et ss.

**Subventions croisées** : 668 s.

**Textes officiels** : 497

**Traitement de l'information**

Qualité du traitement des données publiques : 256, 260, 365

**Traitement de données à caractère personnel** : 435

**Traitement d'usage courant** : 252

**Tarification des de l'accès aux données publiques** (voir coûts, marge bénéficiaire, prix et redevances)



# Table des matières

|                   |   |
|-------------------|---|
| Introduction..... | I |
|-------------------|---|

## Première Partie

### Le commerce des données publiques

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| dans la loi du 17 juillet 1978..... | 17 |
|-------------------------------------|----|

## TITRE PREMIER

|                                                          |    |
|----------------------------------------------------------|----|
| LE DROIT DE REUTILISATION DE L'INFORMATION PUBLIQUE..... | 21 |
|----------------------------------------------------------|----|

### Chapitre I

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| <i>La création du droit de réutilisation</i> ..... | 23 |
|----------------------------------------------------|----|

#### Section I

|                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------|----|
| La recherche de la réglementation du commerce des données publiques..... | 25 |
|--------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| §1 – La promotion de l'exploitation économique des données publiques : La politique de la Commission européenne à propos de l'information du secteur public, des origines à la directive 2003/98/ CE ..... | 25 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Justifications et objectifs économiques de l'exploitation des documents informations du secteur public : le fondement de la politique communautaire ..... | 28 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| B. Les conditions juridiques d'exploitation des informations du secteur public : Le sens de la politique communautaire..... | 31 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. <i>L'impératif d'ouverture des fonds informationnels du secteur public</i> ..... | 31 |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. <i>Les conditions d'accès aux fonds informationnels du secteur public</i> ..... | 35 |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a. La définition des conditions d'accès aux fonds informationnels du secteur public dans les lignes directrices sur la synergie entre secteur public et privé..... | 36 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| b. La définition des conditions d'accès aux fonds informationnels du secteur public dans la directive 2003/98 CE ..... | 37 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| §2 – La protection des besoins du service public : la politique du gouvernement français à propos de l'exploitation des informations du secteur public, des origines à l'ordonnance du 6 juin 2005 ..... | 39 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                            |    |
|------------------------------------------------------------|----|
| A. L'orientation de la circulaire du 14 février 1994 ..... | 40 |
|------------------------------------------------------------|----|

|                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------|----|
| B. L'orientation du projet de loi sur la société de l'information ..... | 43 |
|-------------------------------------------------------------------------|----|

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| C. L'ordonnance du 6 juin 2005 ..... | 45 |
|--------------------------------------|----|

|                 |    |
|-----------------|----|
| Section 2 ..... | 49 |
|-----------------|----|

|                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| La réglementation du commerce des données publiques saisie par la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs ..... | 49 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| §1 – Les raisons du rattachement de la réglementation du commerce des données publiques à la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs ..... | 49 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Les liens entre l'accès, la diffusion et la réutilisation des données publiques ..... | 50 |
|------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. <i>La diffusion publique et l'accès aux documents administratifs</i> ..... | 50 |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a. L'accès aux documents administratifs et la diffusion des données publiques comme modes alternatifs de communication de l'information administrative ..... | 51 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| - Des modalités de mise en œuvre divergentes..... | 52 |
|---------------------------------------------------|----|

|                                                            |    |
|------------------------------------------------------------|----|
| - Des finalités et des régimes juridiques divergents ..... | 53 |
|------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| b. Le rapprochement de l'accès aux documents administratifs et de la diffusion des données publiques..... | 56 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| - La filiation accès-diffusion selon la doctrine ..... | 57 |
|--------------------------------------------------------|----|

|                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------|----|
| - La liaison accès-diffusion publique dans la loi du 17 juillet 1978 ..... | 58 |
|----------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| c. L'accès et la diffusion comme supports alternatifs de l'exploitation commerciale des données publiques ..... | 62 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| - L'accès aux documents administratifs et la mise à disposition des données publiques à des fins d'exploitation commerciale .....                                 | 62  |
| - La diffusion et l'exploitation des données publiques .....                                                                                                      | 65  |
| 2. <i>La réutilisation et la diffusion publique</i> .....                                                                                                         | 68  |
| 3. <i>La réutilisation et l'accès aux documents administratifs</i> .....                                                                                          | 70  |
| B. Le danger supposé du contournement du régime de la réutilisation des informations publiques par le régime de l'accès aux documents administratifs.....         | 72  |
| 1. <i>L'énoncé du danger</i> .....                                                                                                                                | 72  |
| 2. <i>La portée du danger</i> .....                                                                                                                               | 75  |
| §2 - La valeur du rattachement de la réglementation du commerce des données publiques à la loi sur l'accès aux documents administratifs .....                     | 78  |
| A. Le droit d'accès aux documents administratifs, fondement juridique de la réutilisation ? .....                                                                 | 79  |
| B. Le droit d'accès aux documents administratifs, instrument de la réutilisation.....                                                                             | 81  |
| <br><i>Chapitre 2</i>                                                                                                                                             |     |
| <i>Le champ d'application du droit de réutilisation</i> .....                                                                                                     | 90  |
| <br>Section I                                                                                                                                                     |     |
| Le champ d'application organique .....                                                                                                                            | 93  |
| §1- L'application du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 aux personnes publiques .....                                                                       | 94  |
| § 2- L'application du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 aux personnes privées .....                                                                        | 96  |
| § 3 - Le cas des organismes culturels et d'enseignement.....                                                                                                      | 98  |
| A. La portée de l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978.....                                                                                                    | 99  |
| B. Les justifications de la dérogation de l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978.....                                                                          | 102 |
| 1. <i>La raison économique</i> .....                                                                                                                              | 102 |
| 2. <i>La raison juridique</i> .....                                                                                                                               | 103 |
| 3. <i>Le statut social des biens culturels et des documents relatifs à la recherche</i> .....                                                                     | 104 |
| <br>Section 2                                                                                                                                                     |     |
| Le champ d'application matériel .....                                                                                                                             | 107 |
| <br>Sous-Section 1                                                                                                                                                |     |
| L'information publique.....                                                                                                                                       | 108 |
| §1 – La notion d'information publique .....                                                                                                                       | 108 |
| A. <i>L'information publique comme contenu du document administratif</i> .....                                                                                    | 110 |
| 1. L'information et le document .....                                                                                                                             | 110 |
| a. Informations et documents du secteur public dans la directive 2003/98.....                                                                                     | 110 |
| b. Information publique et document administratif dans la loi du 17 juillet 1978 .....                                                                            | 112 |
| -La Notion de document administratif.....                                                                                                                         | 112 |
| -Définition de l'information publique au regard du document administratif .....                                                                                   | 114 |
| 2. L'incidence, sur le champ d'application du régime de la réutilisation, de la référence au service public dans la définition des documents administratifs ..... | 119 |
| B. <i>L'information publique, contenu d'un document administratif communicable ou diffusé</i> .....                                                               | 124 |
| §2 - Les informations exclues du champ d'application de la loi .....                                                                                              | 125 |
| A - <i>L'information contenue dans les documents élaborés ou produits dans le cadre d'un service public à caractère industriel ou commercial</i> .....            | 126 |
| 1. Le fondement de l'exclusion .....                                                                                                                              | 127 |
| 2. Les raisons supposées de l'exclusion .....                                                                                                                     | 130 |
| 3. La portée de l'exclusion .....                                                                                                                                 | 133 |

|                                                                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>B - Les informations contenues dans les documents sur lesquels les tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle</i> .....                                                   | 134 |
| 1. Les droits de propriété intellectuelle concernés par l'exception .....                                                                                                                 | 135 |
| 2. Les tiers concernés par l'exception .....                                                                                                                                              | 136 |
| a. Les agents publics .....                                                                                                                                                               | 136 |
| b. Les personnes morales ou physiques extérieures à l'administration ayant participé à l'élaboration d'un document administratif .....                                                    | 141 |
| <i>C - Les informations contenues dans les documents non accessibles</i> .....                                                                                                            | 142 |
| 1. Les secrets de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 .....                                                                                                                          | 144 |
| a. Les secrets absolus .....                                                                                                                                                              | 145 |
| b. Les secrets relatifs .....                                                                                                                                                             | 146 |
| c. La possibilité de disjoindre ou d'occulter les informations portant atteinte à des secrets relatifs ou absolus .....                                                                   | 147 |
| 2. Les dispositions de l'article 2 al. 2 de la loi du 17 juillet 1978 .....                                                                                                               | 149 |
| a. Les documents inachevés .....                                                                                                                                                          | 149 |
| b. Les documents préparatoires .....                                                                                                                                                      | 150 |
| 3. Les documents réalisés par une autorité administrative dans le cadre d'un contrat de prestation de service pour le compte d'une ou plusieurs personnes déterminées .....               | 150 |
| <i>D - Les informations contenues dans les documents soumis à des régimes de communication particuliers</i> .....                                                                         | 152 |
| Sous-Section 2                                                                                                                                                                            |     |
| La réutilisation .....                                                                                                                                                                    | 153 |
| § 1 — L'utilisation des informations publiques .....                                                                                                                                      | 154 |
| A. L'exploitation commerciale des informations publiques comme forme principale d'utilisation des informations publiques .....                                                            | 155 |
| B. Les autres formes d'utilisation .....                                                                                                                                                  | 157 |
| § 2 - L'utilisation des informations publiques « à des fins étrangères à la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus » ..... | 158 |
| § 3 — La réutilisation et l'échange d'information entre organismes publics .....                                                                                                          | 163 |
| TITRE DEUXIEME .....                                                                                                                                                                      | 173 |
| LE REGIME DE LA REUTILISATION DE L'INFORMATION PUBLIQUE .....                                                                                                                             | 173 |
| <i>Chapitre I</i>                                                                                                                                                                         |     |
| <i>Les modalités d'accès à l'information publique</i> .....                                                                                                                               | 175 |
| Section I                                                                                                                                                                                 |     |
| La tarification de l'accès aux informations publiques .....                                                                                                                               | 177 |
| Sous-Section 1                                                                                                                                                                            |     |
| Le choix de l'établissement d'une redevance pour la communication des informations publiques .....                                                                                        | 181 |
| § 1. Les conditions de légalité de l'établissement d'une redevance pour service rendu .....                                                                                               | 182 |
| § 2. L'opportunité du choix de la tarification .....                                                                                                                                      | 187 |
| A. L'argument budgétaire .....                                                                                                                                                            | 187 |
| B. L'argument économique .....                                                                                                                                                            | 190 |
| Sous-Section 2                                                                                                                                                                            |     |
| La politique de tarification .....                                                                                                                                                        | 191 |
| § 1. La détermination des coûts .....                                                                                                                                                     | 192 |
| A. L'exigence de prise en considération des coûts .....                                                                                                                                   | 193 |
| 1. L'établissement de la tarification d'accès aux informations publiques en fonction des coûts .....                                                                                      | 193 |

|                                                                                                                                                                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| a. Les dispositions incitatives de la directive 2003/98 : l'absence d'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts .....                                                                                                                  | 195        |
| b. Les dispositions législatives : la nécessité de prise en considération des coûts .....                                                                                                                                                       | 196        |
| - La portée de l'expression « prise en compte des coûts » .....                                                                                                                                                                                 | 197        |
| - La portée de la rédaction dissymétrique de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 .....                                                                                                                                                    | 202        |
| 2. La pertinence d'une tarification d'accès aux informations publiques dépendante des coûts .....                                                                                                                                               | 204        |
| <i>B. La détermination des coûts pertinents .....</i>                                                                                                                                                                                           | <i>207</i> |
| 1. La politique du coût marginal .....                                                                                                                                                                                                          | 209        |
| a. Les arguments favorables à la politique de tarification au coût marginal .....                                                                                                                                                               | 210        |
| b. Une politique tarifaire envisageable pour certains producteurs et certains modes de diffusion ....                                                                                                                                           | 213        |
| 2. La politique de recouvrement des coûts .....                                                                                                                                                                                                 | 216        |
| a. La politique de recouvrement des coûts : une méthode tenant compte de la réalité technique et des contraintes économiques pesant sur certains organismes producteurs .....                                                                   | 217        |
| b. La difficulté de détermination des coûts pertinents .....                                                                                                                                                                                    | 219        |
| 3. La politique des coûts incrémentaux .....                                                                                                                                                                                                    | 221        |
| §2. La détermination de la marge bénéficiaire .....                                                                                                                                                                                             | 227        |
| <i>A. Les justifications de la marge bénéficiaire .....</i>                                                                                                                                                                                     | <i>228</i> |
| 1. Les justifications de l'intégration d'une marge bénéficiaire raisonnable au sein de la tarification de l'accès à une ressource essentielle telles quelles ressortent des réglementations sectorielles et des analyses concurrentielles ..... | 229        |
| a. Les justifications .....                                                                                                                                                                                                                     | 229        |
| b. La valeur de ces justifications pour l'élaboration de la tarification de l'accès aux informations publiques .....                                                                                                                            | 231        |
| 2. Les justifications d'une marge bénéficiaire au sein de la redevance de mise à disposition des données publiques telles quelles ressortent de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux redevances pour service rendu .....             | 234        |
| <i>B. La nature de la marge bénéficiaire .....</i>                                                                                                                                                                                              | <i>236</i> |
| 1. Les redevances de propriété intellectuelle comme facteur de rémunération de l'investissement .....                                                                                                                                           | 237        |
| 2. Le taux de rémunération déterminé par l'organisme public producteur comme mode de rémunération de l'investissement .....                                                                                                                     | 241        |
| 3. Les résultats financiers du co-contractant comme référence pour la rémunération des investissements .....                                                                                                                                    | 244        |
| Section II                                                                                                                                                                                                                                      |            |
| Les autres modalités d'accès aux informations publiques .....                                                                                                                                                                                   | 247        |
| § 1 La connaissance de l'offre des organismes publics .....                                                                                                                                                                                     | 247        |
| A. La transparence de l'offre d'accès à l'information publique .....                                                                                                                                                                            | 248        |
| 1. L'obligation de publier le montant de la redevance et les conditions de réutilisation de l'information publique .....                                                                                                                        | 248        |
| 2. La finalité de l'obligation de publicité .....                                                                                                                                                                                               | 250        |
| B. Les répertoires de documents administratifs .....                                                                                                                                                                                            | 251        |
| 1. L'utilité des répertoires .....                                                                                                                                                                                                              | 252        |
| 2. La portée de l'obligation imposée par la loi .....                                                                                                                                                                                           | 253        |
| 3. Le contenu des répertoires .....                                                                                                                                                                                                             | 256        |
| §2 - La procédure de mise à disposition .....                                                                                                                                                                                                   | 257        |
| A. Les délais de réponse aux demandes de réutilisation .....                                                                                                                                                                                    | 257        |
| B - L'indication des délais et voies de recours et la motivation des décisions négatives .....                                                                                                                                                  | 261        |
| § 3 - Les modalités techniques de mise à disposition .....                                                                                                                                                                                      | 262        |
| A. Les modalités techniques de mise à disposition dans la directive 2003/98/CE .....                                                                                                                                                            | 263        |
| 1. Les formats des documents mis à disposition .....                                                                                                                                                                                            | 263        |
| 2. La protection de l'organisme public contre les demandes engendrant des efforts disproportionnés .....                                                                                                                                        | 265        |



|                                                                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a. L'hypothèse de l'adaptation des documents .....                                                                                                                                 | 265 |
| b. L'hypothèse de l'extraction .....                                                                                                                                               | 266 |
| B - Les modalités techniques de mise à disposition dans la loi du 17 juillet 1978.....                                                                                             | 267 |
| 1. <i>Le format numérique dans la loi du 17 juillet 1978</i> .....                                                                                                                 | 267 |
| 2. <i>L'absence de garanties justifiant un refus de réutilisation fondé sur des efforts disproportionnés.</i> .....                                                                | 268 |
| <br><i>Chapitre 2</i>                                                                                                                                                              |     |
| <i>Les modalités d'usage de l'information publique</i> .....                                                                                                                       | 271 |
| <br>Section I.....                                                                                                                                                                 |     |
| Les conditions de réutilisation de l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978 .....                                                                                                 | 273 |
| § 1 - La fonction et le fondement des obligations .....                                                                                                                            | 274 |
| de l'article 12 .....                                                                                                                                                              | 274 |
| A - La préservation de la qualité des données publiques .....                                                                                                                      | 274 |
| 1. <i>Une préoccupation majeure de l'administration</i> .....                                                                                                                      | 274 |
| a. L'absence de réglementation de la réutilisation dans la directive 2003/98/CE .....                                                                                              | 274 |
| b. Les propositions de réglementation du commerce des données publiques et la préservation de la qualité des informations publiques .....                                          | 276 |
| 2. <i>La pratique du commerce des données publiques et la préservation de la qualité des informations</i> .....                                                                    | 278 |
| B - Le fondement incertain des obligations de l'article 12 .....                                                                                                                   | 279 |
| 1. <i>Les droits de propriété intellectuelle comme fondement des conditions de réutilisation relatives à l'intégrité de l'information et à la mention de la source</i> .....       | 279 |
| 2. <i>L'intérêt général comme fondement des conditions de réutilisation relatives à l'intégrité de l'information, à la mention de la source et à l'actualité des données</i> ..... | 281 |
| a. L'exploitation des informations publiques : une activité dommageable.....                                                                                                       | 282 |
| b. L'exploitation de l'information publique par le réutilisateur et la responsabilité de l'administration .....                                                                    | 283 |
| § 2 - Le contenu des obligations de l'article 12 .....                                                                                                                             | 286 |
| A. L'obligation de mise à jour et l'obligation de mention de la source .....                                                                                                       | 287 |
| B. L'obligation de respecter l'intégrité des informations publiques .....                                                                                                          | 288 |
| 1. <i>Le contenu de l'obligation d'intégrité</i> .....                                                                                                                             | 288 |
| 2. <i>La portée de l'obligation d'intégrité</i> .....                                                                                                                              | 290 |
| <br>Section II                                                                                                                                                                     |     |
| Les conditions de réutilisation de l'article 13 de la loi du 17 juillet 1978 .....                                                                                                 | 293 |
| § 1. Consentement à la réutilisation .....                                                                                                                                         | 296 |
| A. Le consentement au traitement dans la loi du 6 janvier 1978 .....                                                                                                               | 296 |
| 1. <i>L'exigence de consentement au traitement</i> .....                                                                                                                           | 296 |
| 2. <i>Les exceptions à l'exigence de consentement au traitement</i> .....                                                                                                          | 298 |
| B. Le consentement à la réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978.....                                                                                                          | 300 |
| 1. <i>La portée du consentement à la réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978</i> .....                                                                                        | 301 |
| 2. <i>L'expression du consentement à la réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978</i> .....                                                                                     | 302 |
| § 2 - L'anonymisation .....                                                                                                                                                        | 303 |
| § 3 - La règle de renvoi aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 : l'article 13 al. 1 <sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978.....                                         | 305 |
| <br>Section III                                                                                                                                                                    |     |
| Les licences de réutilisation .....                                                                                                                                                | 307 |
| <br>Sous-Section I                                                                                                                                                                 |     |
| Les licences de réutilisation dans la loi du 17 juillet 1978 .....                                                                                                                 | 308 |
| § 1 - L'objet des licences de réutilisation.....                                                                                                                                   | 308 |
| A. <i>La possibilité de conclure des licences de réutilisation en dehors de la perception d'une redevance</i> .....                                                                | 309 |
| B. <i>Les justifications de l'obligation de conclure une licence pour la perception d'une redevance</i> .....                                                                      | 311 |
| § 2 - Le contenu des licences de réutilisation .....                                                                                                                               | 312 |
| A. <i>Les restrictions à la réutilisation et le principe de proportionnalité</i> .....                                                                                             | 312 |
| B. <i>Les conditions de réutilisation et le respect du droit de la concurrence</i> .....                                                                                           | 313 |

|                                                                                                                       |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| §3 - Les dispositions pratiques relatives aux licences de réutilisation .....                                         | 314        |
| Sous- Section 2                                                                                                       |            |
| Le régime général des licences relatives à la réutilisation de l'information publique.....                            | 316        |
| §1- La nature des licences.....                                                                                       | 317        |
| <i>A. La nature des licences de rediffusion .....</i>                                                                 | <i>317</i> |
| 1. Les licences de rediffusion et le critère lié de la relation du contrat avec le service public.....                | 318        |
| a. Le critère de l'objet du service public .....                                                                      | 318        |
| b. Les licences de rediffusion des données publiques au regard du critère de l'objet du service.....                  | 321        |
| - L'exemple de la licence de distribution RNCS. ....                                                                  | 321        |
| - L'exemple de la licence de rediffusion de la base de données SIRENE .....                                           | 329        |
| 2. Les licences de rediffusion et le critère de la clause exorbitante .....                                           | 332        |
| a. La notion de clause exorbitante .....                                                                              | 333        |
| b. Les conventions de fourniture de l'information au regard du critère de la clause exorbitante..                     | 336        |
| - Le pouvoir de contrôle .....                                                                                        | 336        |
| - Le pouvoir de modification unilatérale du contrat .....                                                             | 338        |
| - Le pouvoir de résiliation unilatérale .....                                                                         | 341        |
| <i>B. La nature des licences d'usage final .....</i>                                                                  | <i>343</i> |
| §2 - La qualification des licences.....                                                                               | 345        |
| <i>A. La qualification des licences de rediffusion .....</i>                                                          | <i>345</i> |
| 1. La qualification des licences de rediffusion en présence d'une protection privative .....                          | 347        |
| a. Les licences de rediffusion et la vente .....                                                                      | 347        |
| b. Les licences de rediffusion et le louage de choses.....                                                            | 348        |
| c. Les licences de rediffusion et le louage d'ouvrage .....                                                           | 350        |
| d. Les licences de rediffusion des données publiques et le contrat d'édition.....                                     | 351        |
| 2. La qualification des licences de rediffusion en l'absence d'une protection privative .....                         | 354        |
| a. L'analyse doctrinale des contrats liant les producteurs aux utilisateurs de bases de données.....                  | 355        |
| b. La qualification des licences de réutilisation des données publiques .....                                         | 356        |
| <i>B. La qualification des licences d'usage final.....</i>                                                            | <i>358</i> |
| 1. Présentation des licences d'usage liant l'administration détentrice du fond informationnel à un usager final.....  | 359        |
| 2. Qualification des licences d'usage liant l'administration détentrice du fond informationnel à un usager final..... | 360        |
| a. Les thèses de la doctrine en droit privé à propos de la qualification de licence d'usage final.....                | 360        |
| b. Les qualifications retenues .....                                                                                  | 362        |
| §3- Le régime des licences .....                                                                                      | 364        |
| <i>A. Les obligations du fournisseur des données publiques .....</i>                                                  | <i>364</i> |
| 1. Le contenu des obligations du fournisseur de données publiques.....                                                | 365        |
| a. La fourniture des données .....                                                                                    | 365        |
| b. La qualité des données.....                                                                                        | 365        |
| 2. La nature des obligations du fournisseur des données publiques .....                                               | 372        |
| a. Les arguments en faveur de l'obligation de moyens.....                                                             | 372        |
| b. Les arguments en faveur de l'obligation de résultat.....                                                           | 373        |
| c. Le sort des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.....                                            | 375        |
| <i>B. Les obligations du bénéficiaire de la fourniture des données publiques .....</i>                                | <i>377</i> |
| 1. Les obligations relatives à la qualité de l'information .....                                                      | 377        |
| 2. Les obligations relatives à l'usage de l'information.....                                                          | 379        |

*Chapitre III*

|                                              |            |
|----------------------------------------------|------------|
| <i>Le contrôle de la réutilisation .....</i> | <i>385</i> |
|----------------------------------------------|------------|

## Section 1

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| Les attributions de la CADA..... | 386 |
|----------------------------------|-----|

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| §1- Les attributions consultatives de la CADA ..... | 387 |
|-----------------------------------------------------|-----|

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| A. Un pouvoir non-univoque ..... | 387 |
|----------------------------------|-----|

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 1. <i>La fonction d'expertise</i> ..... | 388 |
|-----------------------------------------|-----|

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| 2. <i>La fonction de médiation</i> ..... | 388 |
|------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Les conditions d'exercice des attributions consultatives et le formalisme de l'interprétation de la loi du 17 juillet 1978..... | 390 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| §2- Les attributions répressives de la CADA..... | 392 |
|--------------------------------------------------|-----|

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Les justifications du pouvoir de sanction attribué à la CADA..... | 393 |
|----------------------------------------------------------------------|-----|

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| 1. <i>Les comportements réprimés</i> ..... | 393 |
|--------------------------------------------|-----|

|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| 2. <i>Les raisons supposées de la sanction</i> ..... | 394 |
|------------------------------------------------------|-----|

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| B. Le caractère asymétrique des sanctions ..... | 395 |
|-------------------------------------------------|-----|

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| C. Le régime des sanctions ..... | 398 |
|----------------------------------|-----|

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 1. <i>Les sanctions pécuniaires</i> ..... | 398 |
|-------------------------------------------|-----|

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| 2. <i>Les sanctions à caractère professionnel</i> ..... | 399 |
|---------------------------------------------------------|-----|

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| D. La procédure de sanction ..... | 399 |
|-----------------------------------|-----|

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 1. <i>L'instruction</i> ..... | 399 |
|-------------------------------|-----|

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 2. <i>Le jugement</i> ..... | 401 |
|-----------------------------|-----|

## Section 2

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| La composition de la CADA ..... | 401 |
|---------------------------------|-----|

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| §1- La composition renouvelée de la CADA ..... | 402 |
|------------------------------------------------|-----|

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. L'adéquation de la composition aux nouvelles missions de la CADA ..... | 402 |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. La présence d'un commissaire du gouvernement auprès de la CADA ..... | 404 |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                       |     |
|-------------------------------------------------------|-----|
| §2- L'absence de représentation du secteur privé..... | 404 |
|-------------------------------------------------------|-----|

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| A. L'intérêt de la représentation du secteur privé..... | 404 |
|---------------------------------------------------------|-----|

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| B. Les raisons supposées du choix du gouvernement ..... | 406 |
|---------------------------------------------------------|-----|

## Section 3

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| Le relais de la CADA ..... | 408 |
|----------------------------|-----|

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| §1 - Les conditions de nomination du correspondant données publiques..... | 408 |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| §2- Les attributions du correspondant données publiques..... | 409 |
|--------------------------------------------------------------|-----|

**Seconde Partie**

|                                                                                 |            |
|---------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Les règles générales applicables au commerce des données publiques .....</b> | <b>415</b> |
|---------------------------------------------------------------------------------|------------|

## TITRE PREMIER

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LE DROIT DES DONNEES PERSONNELLES ET LE COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES ..... | 419 |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Chapitre 1*

|                                                                                                                            |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <i>L'incidence du principe de finalité du traitement à l'égard des données personnelles de gestion du service public</i> . | <i>429</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

## Section 1

|                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| Le principe de confidentialité des données personnelles de gestion..... | 430 |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §1. Le principe de finalité du traitement et la confidentialité des données personnelles de gestion ..... | 430 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §2 - Les destinataires de l'information et la confidentialité des données personnelles de gestion..... | 435 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §3 - La notion de clientèle captive et la confidentialité des données personnelles de gestion..... | 437 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## Section 2

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Les exceptions au principe de confidentialité des données personnelles de gestion ..... | 438 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §1- Les exceptions justifiées par des considérations d'intérêt général ou d'intérêts économiques reconnus..... | 439 |
| § 2- L'anonymisation des données à caractère personnel de gestion .....                                        | 440 |

## Chapitre II

|                                                                                                                         |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <i>L'incidence du principe de finalité du traitement à l'égard des données personnelles accessibles au public .....</i> | <i>445</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

### Section 1

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Le principe de disponibilité des données personnelles accessibles au public..... | 446 |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §1 - Les données personnelles de l'annuaire téléphonique.....                            | 447 |
| A. Le principe de disponibilité des données personnelles de l'annuaire .....             | 448 |
| B. Les garanties entourant la communication des données personnelles de l'annuaire ..... | 450 |
| §2- Les données personnelles des répertoires relatifs aux entreprises .....              | 453 |
| §3 - Les données personnelles et les bases de données de jurisprudence .....             | 456 |

### Section 2

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Les limites à la disponibilité des données personnelles accessibles au public ..... | 458 |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §1- Le principe d'adéquation comme obstacle à la communication des données personnelles .....                        | 459 |
| §2. L'utilisation de l'information comme obstacle à la communication des données personnelles rendues publiques .... | 461 |
| A. La finalité d'utilisation des données personnelles .....                                                          | 461 |
| B. Les modes d'utilisation des données personnelles.....                                                             | 462 |

## TITRE SECOND

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE COMMERCE DES DONNÉES PUBLIQUES..... | 465 |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|

## Chapitre I

|                                                                                           |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <i>L'existence des droits de propriété intellectuelle sur les données publiques .....</i> | <i>471</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

### Section 1

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| La réservation des bases de données publiques par le droit d'auteur..... | 472 |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §1- La protection des bases de données publiques au regard du droit d'auteur.....                               | 473 |
| A. La protection de la structure de la base de données .....                                                    | 474 |
| 1. <i>L'originalité de la structure</i> .....                                                                   | 474 |
| a. L'originalité de la sélection des matières .....                                                             | 475 |
| b. L'originalité de la disposition des matières.....                                                            | 477 |
| 2. <i>L'accès des bases de données publiques à la protection du droit d'auteur</i> .....                        | 481 |
| a. Les bases de données publiques face au critère du choix des données.....                                     | 481 |
| b. Les bases de données publiques face au critère de la disposition des données .....                           | 485 |
| B. La protection du contenu des bases de données publiques .....                                                | 488 |
| 1. <i>La variabilité de la protection du contenu des bases de données publiques par le droit d'auteur</i> ..... | 488 |
| 2. <i>Les données publiques échappant à la réservation en raison de leur destination</i> .....                  | 489 |

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §2- La protection d'une base de données publique par le Conseil d'Etat.....                                                                    | 492 |
| A. La signification de l'expression « droits privatifs issus de la propriété intellectuelle » dans l'arrêt Société Direct Mail Promotion ..... | 493 |
| B. L'objet de la protection du droit d'auteur dans l'arrêt Société Direct Mail Promotion .....                                                 | 495 |

### Section 2

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La réservation des bases de données publiques par le droit <i>sui generis</i> ..... | 502 |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §1- L'applicabilité du droit <i>sui generis</i> .....                                                                                  | 504 |
| A. L'applicabilité du droit <i>sui generis</i> au regard de la finalité du financement des organismes publics.....                     | 505 |
| 1. <i>L'objet de la protection du droit sui generis</i> .....                                                                          | 505 |
| 2. <i>L'objet du financement des obligations de service public</i> .....                                                               | 506 |
| B. L'applicabilité du droit <i>sui generis</i> au regard du critère de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle ..... | 508 |
| §2- L'application du droit <i>sui generis</i> .....                                                                                    | 509 |

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. L'appréciation du critère de « l'investissement substantiel ».....                                                                       | 510 |
| 1. <i>L'appréciation du critère de l'investissement substantiel par les juridictions nationales</i> .....                                   | 511 |
| 2. <i>L'appréciation du critère de l'investissement substantiel par la Cour de justice des communautés européennes</i> .....                | 512 |
| B. Le critère de « l'investissement substantiel » et la protection des bases de données publiques .....                                     | 516 |
| 1. <i>Le cas des organismes publics procédant au rassemblement du contenu de la base de données</i> .....                                   | 517 |
| 2. <i>Le cas des organismes publics procédant à la création du contenu de la base de données</i> .....                                      | 519 |
| 3. <i>Le cas de la base de données composite</i> .....                                                                                      | 520 |
| a. L'exemple de l'annuaire téléphonique .....                                                                                               | 521 |
| b. l'exemple de la base de données SIRENE.....                                                                                              | 523 |
| §3- La portée de l'application du droit <i>sui generis</i> .....                                                                            | 525 |
| A. La finalité de la protection des bases de données .....                                                                                  | 525 |
| B. L'application limitée du droit <i>sui generis</i> aux bases de données publiques .....                                                   | 526 |
| <br><i>Chapitre II</i>                                                                                                                      |     |
| <i>L'attribution des droits de propriété intellectuelle aux personnes publiques</i> .....                                                   | 531 |
| <br>Section 1                                                                                                                               |     |
| L'attribution du droit d'auteur .....                                                                                                       | 533 |
| § 1 - L'attribution du droit d'auteur aux personnes publiques à titre originaire .....                                                      | 533 |
| A. L'œuvre collective comme mode d'attribution privilégié du droit d'auteur aux personnes publiques .....                                   | 534 |
| 1. <i>L'applicabilité de la notion d'œuvre collective aux personnes publiques</i> .....                                                     | 535 |
| a. Le rôle du promoteur .....                                                                                                               | 535 |
| b. La fusion des contributions .....                                                                                                        | 537 |
| 2. <i>L'application de la notion d'œuvre collective par le Conseil d'Etat</i> .....                                                         | 538 |
| B. Les modes d'attributions supplétifs du droit d'auteur aux personnes publiques: les mécanismes institués par la loi du 1er août 2006..... | 539 |
| 1. <i>L'exploitation non commerciale de l'œuvre</i> .....                                                                                   | 541 |
| 2. <i>L'exploitation commerciale de l'œuvre</i> .....                                                                                       | 543 |
| § 2 - L'attribution du droit d'auteur aux personnes publiques à titre dérivé .....                                                          | 545 |
| A. Le contrat, instrument d'attribution de propriété intellectuelle .....                                                                   | 546 |
| B. Le contrat de concession et l'attribution de propriété intellectuelle .....                                                              | 547 |
| <br>Section 2                                                                                                                               |     |
| L'attribution du droit <i>sui generis</i> .....                                                                                             | 549 |
| §1- La notion de producteur des bases de données.....                                                                                       | 549 |
| A. La notion de risque des investissements .....                                                                                            | 549 |
| 1. <i>L'identification de la notion de risque de l'investissement</i> .....                                                                 | 550 |
| 2. <i>L'interprétation de la notion de risque par la jurisprudence</i> .....                                                                | 552 |
| B. La notion d'initiative.....                                                                                                              | 553 |
| §2- Les bénéficiaires du droit <i>sui generis</i> .....                                                                                     | 554 |
| <br>TITRE TROISIEME                                                                                                                         |     |
| LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LE COMMERCE DES DONNEES PUBLIQUES .....                                                                       | 558 |
| <br><i>Chapitre I</i>                                                                                                                       |     |
| <i>L'accès aux données publiques par le droit de la concurrence</i> .....                                                                   | 563 |
| <br>Section 1                                                                                                                               |     |
| Les données publiques comme “facilités essentielles” .....                                                                                  | 564 |
| §1- La détention de l'information primaire, facteur essentiel de dépendance pour la fourniture des données publiques .....                  | 565 |

|                                                                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. L'information primaire comme bien non-substituable.....                                                                                                                   | 565 |
| 1. <i>L'absence de substituabilité et le contenu de l'information primaire</i> .....                                                                                         | 566 |
| 2. <i>L'absence de substituabilité et les qualités de l'information primaire</i> .....                                                                                       | 568 |
| 3. <i>L'absence de substituabilité et les utilités de l'information primaire</i> .....                                                                                       | 569 |
| B. L'information primaire comme bien non-duplicable.....                                                                                                                     | 570 |
| 1. <i>Les obstacles économiques à la production alternative d'information par le secteur privé</i> .....                                                                     | 570 |
| 2. <i>Les obstacles réglementaires à la production alternative d'information par le secteur privé</i> .....                                                                  | 575 |
| §2- La titularité de droits privatifs sur les ensembles informationnels, facteur résiduel de dépendance pour la<br>fourniture des données publiques.....                     | 577 |
| A. L'indifférence des droits de propriété intellectuelle dans l'analyse concurrentielle.....                                                                                 | 578 |
| 1. <i>L'indifférence des droits de propriété intellectuelle lors du constat de position dominante</i> .....                                                                  | 578 |
| 2. <i>L'indifférence des droits de propriété intellectuelle pour la caractérisation de la facilité essentielle</i> .....                                                     | 581 |
| B. L'influence relative des droits de propriété intellectuelle lors de la caractérisation des pratiques<br>anticoncurrentielles.....                                         | 583 |
| Section 2                                                                                                                                                                    |     |
| Les données publiques saisies par la théorie des facilités essentielle .....                                                                                                 | 585 |
| §1- « Facilités essentielles » et théorie des facilités essentielles .....                                                                                                   | 586 |
| §2- L'application de la théorie des facilités essentielles aux données publiques .....                                                                                       | 591 |
| A. L'exigence d'un produit nouveau.....                                                                                                                                      | 592 |
| 1. <i>La notion de produit nouveau</i> .....                                                                                                                                 | 593 |
| 2. <i>La condition de produit nouveau et les données publiques</i> .....                                                                                                     | 597 |
| 3. <i>Le dépassement de la condition de produit nouveau?</i> .....                                                                                                           | 598 |
| B. Les conditions relatives au refus .....                                                                                                                                   | 599 |
| 1. <i>L'effet du refus</i> .....                                                                                                                                             | 600 |
| 2. <i>Les justifications du refus</i> .....                                                                                                                                  | 601 |
| a. Les justifications objectives.....                                                                                                                                        | 601 |
| b. Les justifications liées au bon accomplissement d'une mission d'intérêt économique général.....                                                                           | 604 |
| C. L'absence d'exploitation par les personnes publiques des informations sur le marché.....                                                                                  | 608 |
| <i>Chapitre II</i>                                                                                                                                                           |     |
| <i>La tarification des données publiques face au droit de la concurrence</i> .....                                                                                           | 615 |
| Section 1                                                                                                                                                                    |     |
| La régulation par le droit de la concurrence de la tarification de l'accès aux données publiques .....                                                                       | 618 |
| Sous section 1. La prohibition des prix d'accès excessifs à l'information publique .....                                                                                     | 618 |
| §1 - Les conditions de la prohibition .....                                                                                                                                  | 619 |
| A. <i>L'existence d'un prix disproportionné par rapport à la valeur économique de la prestation</i> .....                                                                    | 620 |
| 1. Mesure de la valeur de la prestation.....                                                                                                                                 | 621 |
| a. Mesure de la valeur de la prestation rendue par une entreprise en position dominante dans<br>l'hypothèse où la pratique de prix excessifs ne provoque pas l'éviction..... | 622 |
| b. Mesure de la valeur de la prestation rendue par une entreprise en position dominante dans<br>l'hypothèse où la pratique de prix excessifs provoque l'éviction .....       | 628 |

|                                                                                                                                       |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2. Appréciation de la disproportion entre le prix pratiqué par l'entreprise en position dominante et la valeur de la prestation ..... | 633        |
| <i>B. L'existence d'un lien de causalité entre le prix excessif et la position dominante .....</i>                                    | <i>635</i> |
| <i>C. L'absence de justifications objectives .....</i>                                                                                | <i>635</i> |
| §2 - L'importance des considérations relatives à la structure du marché.....                                                          | 636        |
| Sous-section 2 - La prohibition des prix discriminatoires .....                                                                       | 638        |
| §1- Le principe de non-discrimination : l'absence de rupture de l'égalité des chances dans la concurrence.....                        | 639        |
| <i>A. Les situations de discrimination .....</i>                                                                                      | <i>640</i> |
| <i>B. Les justifications de la discrimination .....</i>                                                                               | <i>643</i> |
| §2- Les garanties du principe de non-discrimination .....                                                                             | 644        |
| <i>A. La transparence comptable .....</i>                                                                                             | <i>647</i> |
| 1. L'applicabilité limitée des dispositions de la directive 2000/52/CEE aux organismes publics producteurs d'informations .....       | 648        |
| 2. L'ordonnance organique du 1 <sup>er</sup> août 2001 et la mise en place d'une comptabilité d'analyse des coûts..                   | 648        |
| <i>B. La séparation juridique.....</i>                                                                                                | <i>649</i> |
| Section 2                                                                                                                             |            |
| Les limites à la fixation des prix des produits ou services d'information écoulés auprès du consommateur final .....                  | 650        |
| §1 - La prohibition des prix anormalement bas .....                                                                                   | 651        |
| A. Les prix anormalement bas entraînant l'éviction .....                                                                              | 651        |
| 1. <i>Les prix prédateurs.....</i>                                                                                                    | <i>652</i> |
| 2. <i>Les prix d'éviction hors prédation .....</i>                                                                                    | <i>660</i> |
| B. Les prix anormalement bas entraînant « une perturbation durable du marché » .....                                                  | 662        |
| C. Les prix abusivement bas de l'article L. 420 –5 du Code de commerce .....                                                          | 664        |
| §2 – La prohibition partielle des subventions croisées .....                                                                          | 666        |
| A. La notion de subventions croisées .....                                                                                            | 667        |
| B. Le contrôle des subventions croisées par le droit de la concurrence.....                                                           | 670        |
| 1. <i>Subventions croisées et pratiques abusives .....</i>                                                                            | <i>671</i> |
| 2. <i>Subventions croisées et aides d'Etat .....</i>                                                                                  | <i>673</i> |
| <b>Bibliographie .....</b>                                                                                                            | <b>689</b> |
| <b>Index des décisions juridictionnelles .....</b>                                                                                    | <b>707</b> |
| <b>et non juridictionnelles citées .....</b>                                                                                          | <b>707</b> |
| <b>Index.....</b>                                                                                                                     | <b>719</b> |
| <b>Table des matières .....</b>                                                                                                       | <b>725</b> |