

Le principe de disponibilité des données publiques : mythe ou réalité ?

Par Sulliman Omarjee

DEA de Droit des Créations Immatérielles

Stagiaire chez LEGER ROBIC RICHARD – ROBIC, Montréal *

sullimano@ifrance.com

Le principe de disponibilité des données publiques est-il une réalité ?¹

Ce principe en vertu duquel les données produites par l'administration dans le cadre de leur activité de service publique devraient être mises à la disposition du public souffre en effet d'une absence de consécration législative.

L'enjeu est pourtant de taille lorsque l'on sait que le marché des données publiques représente 10 milliards d'Euros en France et 68 milliards d'Euros en Europe (source : Pyra International)

Certes, il existe bien quelques textes qui prônent la reconnaissance de son existence : la Commission Européenne, dans son souci de construire un marché européen de l'information, a émis une « proposition de directive concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des informations du secteur public » qui se prononce en ce sens, mais demeure toujours en cours de discussion. De même, la récente recommandation du Forum des Droits sur l'Internet intitulée « Quelle politique de diffusion pour les données publiques » invite à sa consécration. Enfin, au niveau national, le défunt projet de loi sur la société de l'information du précédent gouvernement Jospin comportait une disposition affirmant le principe dans son volet consacré aux données publiques. L'actuel gouvernement a cependant préféré ne pas reprendre cette question dans son projet de loi CEN, laissant la construction du cadre juridique de la disponibilité des données publiques toujours en chantier.

Faut-il pour autant en conclure qu'en l'absence de consécration législative, ce principe ne serait qu'un mythe ?

I. Les sources du mythe

Un retour sur les fondements du principe (A) permettra de mieux en cerner l'intérêt (B).

A. Les fondements textuels

Les sources mêmes du principe remontent vers des textes européens (1), qu'une initiative nationale a par la suite tenté de donner forme (2).

1. Une naissance européenne

Le principe de disponibilité des données publiques apparaît pour la première fois dans les « **Lignes directrices pour améliorer la synergie entre les secteurs publics et privés dans le marché de l'information** » publié en 1989 par la Commission Européenne², suite à la

* Cet article a été écrit par Sulliman Omarjee dans le cadre de son stage auprès du cabinet d'avocats LEGER ROBIC RICHARD, s.e.n.c. et du cabinet d'agents de brevets et de marques de commerce ROBIC, s.e.n.c.

¹ L'auteur souhaiterait expressément dédier cet article à toutes les personnes qu'il a rencontré au sein du cabinet LEGER ROBIC RICHARD – ROBIC pour leur accueil chaleureux et leur amitié durant son stage à Montréal.

² [\] ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/1989_public_sector_guidelines_en.pdf](ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/1989_public_sector_guidelines_en.pdf)

décision du Conseil de l'Europe du 26 juillet 1988 de créer un marché européen de l'information.

L'idée est que les données émanant du secteur public doivent être mises à disposition du secteur privé pour la constitution et la vente de bases de données. Cette mise à disposition ne signifie pas forcément gratuité et l'opérateur privé pourra avoir à s'acquitter des coûts de mise à disposition ; cependant ce prix « *n'inclura pas nécessairement la totalité des coûts de collecte et de traitement des données lorsque celles ci sont produites dans le cadre des opérations courantes de l'administration. De plus ce prix pourra être réduit quand la prestation du service d'information qui en résulte est jugée nécessaire au nom de l'intérêt général* »³.

Ces lignes directrices n'ayant pas eu l'écho espéré, la Commission Européenne publiera ensuite le 20 janvier 1999 un **Livre Vert** intitulé « **L'information du secteur public : une ressource clef pour l'Europe** » qui, en pointant le désavantage compétitif des entreprises européennes face aux entreprises américaines, affirmera qu'une « *mise à disposition sans entrave de l'information publique est une condition absolument préalable à la compétitivité de l'industrie européenne* »⁴.

Bien que n'ayant pas valeur légale, ces textes placent néanmoins le principe de disponibilité au cœur même du marché européen de l'information : si les données ne sont pas mises à disposition, le marché ne peut naître ni prospérer.

Dès lors, il n'est pas surprenant que la **proposition de directive** émise par la commission européenne le 5 juin 2002⁵ visant à doter l'Europe d'un cadre juridique en matière de données publiques propose de consacrer ce principe à son article 5 en disposant que : « *Les organismes du secteur public mettent leurs informations à la disposition du public dans tout format ou toute langue préexistants, si possible et s'il y a lieu sous forme électronique* ».

2. Une tentative nationale

Le défunt **projet de loi sur la société de l'information (LSI)** présenté par le gouvernement Jospin le 18 juin 2001 comportait un volet consacré aux données publiques et proposait d'étendre à la diffusion des données publiques la loi No 78-753 du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs (dite loi CADA). Ce texte, critiquable pour ce qui est de la confusion qu'il opérait entre les notions pourtant distinctes d'accès et de diffusion, disposait en son article 3 que : « *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 **mise à la disposition** de toute personne qui en fait la demande* ».

Outre l'avantage d'une proposition de définition légale de la notion de donnée publique (celle ci fait en effet cruellement défaut même encore à ce jour), c'est surtout le principe de disponibilité des données publiques que cet article 3 se proposait également de reconnaître. Le

³ Recommandation du Forum des droits sur l'Internet, "Quelle politique de diffusion des données publiques?", 14 avril 2003

⁴ ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_fr.pdf

⁵ Proposition de directive concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des informations du secteur public, présentée par la Commission le 5 juin 2002 et modifiée le 17 mars 2003

régime suggéré par le même article 3 était celui de la liberté d'utilisation « *à condition qu'elles ne subissent pas d'altération et que leur source soit mentionnée et sous réserve, le cas échéant, du respect des droits de la propriété intellectuelle. [De plus] leur mise à disposition peut donner lieu à la perception d'une redevance qui inclut une participation forfaitaire aux dépenses de création, de maintenance et de mise à jour nécessaires à leur collecte et à leur traitement. [Enfin] lorsque la mise à disposition des données mentionnées à l'alinéa premier est demandée à des fins commerciales, elle est subordonnée à la conclusion d'une convention entre l'autorité qui détient les données et le demandeur. Cette convention peut prévoir, outre la redevance mentionnée à l'alinéa précédent, une rémunération qui tient compte des ressources tirées de l'exploitation commerciale* ».

Le projet LSI proposait également de reconnaître la disponibilité des **données essentielles** (article 4), notion qui engloberait les données ayant une obligation de publication (données juridiques principalement), les données concernant le fonctionnement des administrations, des études et rapport concernant l'amélioration des relations entre l'administration et le public, cette liste pouvant être étendue à d'autres catégories de données par Décret en Conseil d'Etat. Le régime attaché à ces données aurait été celui de leur mise à disposition gratuite au public sur des sites accessibles en ligne ainsi que la gratuité de leur utilisation et de leur rediffusion y compris à des fins commerciales à condition de ne pas les altérer et de mentionner leur source.

Cette notion a reçu un accueil très mitigé par la doctrine, reprochant en particulier au qualificatif « essentiel » d'être inapproprié et même dangereux s'agissant de données visant principalement celles nécessaires à un citoyen pour pouvoir exercer ses droits⁶.

Le forum des droits sur l'Internet, dans sa **recommandation du 14 avril 2003 « Quelle politique de diffusion pour les données publiques »** l'a d'ailleurs expressément rejeté, préférant privilégier la notion de données publiques citoyennes, auquel s'appliquerait le régime de la gratuité.

Par contre, ce même forum consacre le principe de disponibilité avec une force remarquable lorsqu'il estime « *que les producteurs et détenteurs des données publiques ne peuvent s'opposer, sauf motifs légitimes, à la diffusion de celles-ci. Ils sont dans l'obligation de mettre leurs données publiques à disposition des opérateurs privés* ».

Enfin, pour ce qui est de la **circulaire Balladur de 1994 relative à la diffusion des données publiques**, seul texte applicable pour le moment au niveau national et dans l'attente de l'adoption éventuelle d'une loi, bien que celle ci invite fortement l'administration à diffuser les données qu'elle détient, nulle part elle ne mentionne l'existence du principe de disponibilité.

Pour qu'intéressants que sont ces textes au regard du principe de disponibilité des données publiques, malheureusement force est de constater qu'aucun d'entre eux n'a de valeur légale : le projet de LSI a été abandonné du fait du changement de législature et non repris par le nouveau gouvernement ; la proposition de directive quant à elle est toujours en cours de discussion ; la recommandation du forum des droits de l'Internet n'a qu'une valeur indicative ; enfin la circulaire Balladur néglige son existence.

⁶ voir Jean Michel Bruguière, *Le débat de la diffusion des données publiques*, no 13

Le principe de disponibilité n'en est pas pour autant dénué d'intérêt...

B. L'intérêt du principe

Le principe de disponibilité des données publique revêt un triple intérêt : il permet la transparence de l'action administrative, favorise le développement du marché de l'information (1), enfin il limite les droits de l'administration sur ces données (2).

1. La transparence de l'action administrative et le développement du marché de l'information

Le principe de disponibilité des données publiques reflète tout d'abord la **transparence** de l'action administrative, contribuant à l'érection d'un **droit du public à l'information administrative**, qualifié par M. Braibant en 1981 de « troisième génération des droits de l'homme », après la génération des droits politiques et celle des droits économiques et sociaux⁷. En effet, la mise à disposition des données détenues par l'administration permet une meilleure lisibilité de son action par les citoyens : ceux ci, mieux informés seront plus à même d'exercer leurs droits, ce qui est caractéristique d'une société démocratique et du contrôle par celle ci des autorités publiques. Ce droit du public à l'information est consacré en France par la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs dite loi CADA, qui instaure un droit de communication au profit des administrés bien qu'elle exclut toutes possibilités de réexploitation commerciale des données communiquées. La transparence de l'action administrative s'étend également aux cas où l'administration décide de commercialiser elle même ses données, « *les éléments de mise sur le marché [devant] être connus de tous, à moins que l'intérêt général ne s'y oppose* »⁸.

Le principe de disponibilité des données publiques est ensuite une condition essentielle du **développement du marché de l'information**, comme le dit clairement le premier ministre français de l'époque M. Lionel Jospin dans son discours prononcé le 16 juillet 1998 : « *Il existe un champ considérable de données dont l'accès constitue l'une des conditions primordiales au développement de l'industrie et du marché français de l'information* ». En mettant les données à la disposition des entreprises privées et en leur permettant de pouvoir les réutiliser voire de les commercialiser (sous réserve bien entendu de la conclusion d'une licence), l'Etat aide au développement de l'économie nationale. Avec le développement des bases de données et du monde des réseaux, l'Etat favorise ainsi l'apparition de nouveaux produits multimédia créé par des opérateurs privés qui utilisent ses propres ressources, et certainement de manière plus efficace que si ce fut l'Etat lui même qui aurait tenté de développer ces produits. Cette idée se retrouve dans la circulaire Balladur de 1994 précitée où le Premier Ministre de l'époque invitait l'administration au « faire faire » plutôt qu'au « faire » aux motifs que « *ni leur moyens, ni leur culture ne prédisposent [les administrations] à prendre en charge une activité commerciale [...] les entreprises privées peuvent offrir un service plus étendu et plus personnalisé qu'une administration publique* ». En témoignent le marché des données judiciaires (qui fait l'objet de dispositions réglementaires spécifiques) et qui a permis l'apparition de produits multimédia en ligne et de qualité à destination de tous les professionnels du droit, ou encore les concessions de certaines administrations à des entreprises privées chargées de mettre en ligne leur données (l'INPI par exemple et ses concessions avec les sociétés ORT, QUESTEL et JOUVE).

⁷ voir Pierre Mayeur, *Des données publiques à l'information publique : un essai de définition*,

⁸ Charles-Henry Dubail, *La commercialisation des données publiques*, Légipresse no 148 Janvier/Février 1998

2. La limitation des droits de l'Administration

Le principe de disponibilité s'oppose aux mécanismes d'appropriation des données par l'administration : il permet de limiter les droits que celle-ci peut avoir sur ses données, en l'obligeant à les fournir alors même qu'elle pourrait le refuser ou tout au plus les fournir à des conditions plus avantageuses pour elle, en particulier sur le plan financier.

Sont d'abord visés **les droits de propriété intellectuelle** pouvant être détenus par l'administration sur ces données. L'article 10 de la loi CADA dispose en effet que dans le cadre du droit d'accès aux documents administratifs, ceux-ci sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraires et artistiques. De même, la circulaire Balladur de 1994 relative à la diffusion des données publiques précise que la valeur ajoutée par l'administration aux données brutes est susceptible d'appropriation intellectuelle, sous réserve d'en remplir les conditions. Enfin, la jurisprudence administrative est venue affirmer que « *les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits d'auteurs sur les œuvres de l'esprit [...] pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service* » (avis du Conseil d'Etat OFRATEME)⁹ ; elle a pu également reconnaître le droit pour l'Etat de percevoir des droits privatifs sur ces données à la condition que celles-ci soient considérées comme des œuvres de l'esprit au regard des lois sur la propriété littéraire et artistique¹⁰. Toutefois, la question du droit d'auteur de l'Etat demeure encore fortement controversée en raison de l'absence de dispositions spécifiques à ce sujet dans le code de propriété intellectuelle et de la fragilité de la doctrine OFRATEME¹¹. L'avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, chargé de transposer la directive européenne du même nom et actuellement en cours de discussion devant le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), se propose, non sans peine, d'y remédier¹².

Sans chercher à entrer dans le débat tumultueux du droit d'auteur de l'Etat, on constate que ce ne sont que les données que l'administration aura enrichi¹³ qui peuvent faire l'objet d'une appropriation intellectuelle, celles « *brutes élémentaires, sans mise en forme originale [n'étant] la propriété de personne* »¹⁴ ; ces dernières peuvent donc être librement accessibles, mises à disposition, exploitées ou réutilisées.

En obligeant l'administration à mettre à disposition des données pouvant être protégées par un droit de propriété intellectuelle, le principe de disponibilité restreint l'exercice par l'administration de ses droits de propriété intellectuelle. Cet exercice n'est en effet plus discrétionnaire comme cela est normalement le cas puisque soumis à une obligation de mise à disposition. Cependant, limitation ne signifie pas paralysie et encore moins anéantissement,

⁹ Avis CE no 309-721 21 novembre 1972, OFRATEME.

¹⁰ CE 10 juillet 1996 Société Direct Mail Promotion ; CE 29 juillet 2002 Société Cegedim

¹¹ Sur ces questions, voir Marie Cornu, *Les créations intellectuelles des agents publics*, disponible sur le site du Programme Numérisation pour l'Enseignement et la Recherche (PNER) <http://www1.msh-paris.fr:8099/index.asp?choix=2-3>

¹² voir Marie Cornu, *La création des agents publics dans l'avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Légipresse mars 2003 no 199

¹³ Sur les modes d'enrichissement des données par l'administration voir JM Bruguière, *Les données publiques et le droit*, Litec 2002, no 72 et s, ou l'auteur distingue plus value documentaire, intellectuelle, et technologique.

¹⁴ pour reprendre les termes mêmes de la circulaire Balladur de 1994 relative à la diffusion des données publiques. A titre d'exemple, les données statistiques brutes de l'INSEE, avant que celle-ci ne les commente, ou ne les analyse, sont librement accessibles parce qu'à l'état brute.

car le rediffuseur potentiel des données, quel que soit l'usage qu'il envisage, ne demeure pas moins soumis à la conclusion d'une licence auprès de l'administration ; d'autre part il peut peser sur lui une obligation de mentionner la source des données ainsi que leur date de mise à jour, résultante du droit moral de l'administration.

Par ailleurs, **disponibilité ne signifie pas forcément gratuité** : le rediffuseur devra en effet s'acquitter du coût de mise à disposition des dites données, et l'administration pourra lui demander de verser une redevance au titre de ses droits privatifs sur l'utilisation des données. En revanche, ces sommes ne devront pas être excessives compte tenu du caractère public de ces données et là, « disponibilité » peut être rattachée à « prix non excessif ». L'idée est que des prix forts peuvent affecter l'accessibilité des données et leur réutilisation par des opérateurs privés désireux de développer des produits informationnels et partant de là, entraver le développement du marché de l'information.

Enfin, disponibilité signifie mise à disposition des données sous une **forme accessible à tous**. Ceci prend tout son sens dans l'environnement numérique : il n'appartient pas à l'administration de choisir de mettre les données à disposition dans un format qu'elle juge avantageux ou plus économique pour elle mais qui n'est utilisé que par une partie infime du public ou à l'inverse, de fournir les données sous le format demandé par chaque demandeur. Au contraire, l'administration se doit d'adopter le format le plus accessible possible de mise à disposition des données.

Par contre, il est à noter que les droits de la personne sur certaines données en vertu de la loi « Informatique et liberté » de 1978, ou les règles protégeant le secret (art 6 de la loi CADA) peuvent s'opposer à la mise à disposition des données.

Les sources du principe étant désormais éclaircies, il ne reste plus qu'à confronter le mythe à la réalité...

II. La réalité du mythe

En dépit de l'absence de consécration législative, le principe de disponibilité a pourtant été reconnu par la jurisprudence (A). Toutefois certaines données demeurent indisponibles (B).

A. La reconnaissance jurisprudentielle du principe de disponibilité des données publiques

L'Administration est soumise aux règles du droit de la concurrence (1). En vertu de celle-ci, elle peut avoir l'obligation de fournir les données dont elle dispose (2) ou de les fournir à un prix non excessif (3).

1. Application du droit de la concurrence

L'administration est en effet soumise à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, dont l'article 53 dispose que « *les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celle qui sont le fait de personnes publiques* ». Il s'agit ici de préserver le principe de la liberté de commerce et de l'industrie, voûte du droit de la concurrence.

Ainsi, la liberté de concurrence est chargée d'encadrer l'intervention de l'Etat sur le marché et veiller à ce qu'il n'abuse pas de sa position dominante, en particulier dans le cas qui nous concerne du fait de la détention des données : un refus de sa part de fournir des données que lui seul détient fausserait le libre jeu de la concurrence et porterait atteinte aux règles du marché.

La conséquence est que l'Etat peut se voir imposé une obligation d'égalité de concurrence voire dans certains cas de non concurrence afin qu'il ne fausse pas les règles du marché en usant de ses avantages financiers et autres prérogatives de puissance publique¹⁵.

A titre d'illustration, lorsque l'administration souhaite créer un nouveau service public, conformément à la jurisprudence administrative, elle ne peut le faire que si le service public envisagé satisfait à un besoin d'intérêt général et qu'il y a carence de l'initiative privée en la matière.

2. L'obligation de fournir les données

Conséquemment, le refus de l'administration de fournir les données, a pu être condamné. C'est le cas de l'affaire France Télécom concernant la fourniture de la liste orange¹⁶.

En l'espèce, il s'agissait d'informations nominatives au sens de la loi « informatique et libertés » de 1978. France Telecom, producteur (et donc fournisseur) exclusif des listes d'abonnés en raison du monopole qu'il détenait pour la fourniture du service téléphonique, était tenu de par son cahier des charges de délivrer, dans le cadre d'un marché libéralisé, un service d'annuaire téléphonique prenant en compte la volonté des personnes qui ne souhaitent pas la divulgation au public des informations les concernant. L'opérateur propose ainsi trois services différents : la liste rouge, la liste orange et la liste safran. La liste orange dont il est question permet aux usagers de ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'exploitant public.

La société CMS éditait un annuaire des abonnés utilisateurs professionnels du réseau des télécommunications concernant plusieurs zones géographiques de Paris et d'île de France. Elle avait conclu des contrats annuels avec France Télécom lui permettant d'utiliser l'ensemble des informations nominatives extraites des fichiers issus du système d'informations des utilisateurs des services de l'opérateur public.

Alors que les contrats n'excluaient que les noms des usagers figurant sur la liste rouge, France Télécom a refusé de communiquer également les noms des usagers figurant sur la liste orange en vertu notamment de l'article 26 de la loi « Informatique et Libertés » et l'article R 10-1 du Code des Postes et Télécommunications. La société CMS a alors attaqué l'opérateur public afin de l'obliger à fournir les données de la liste orange.

Bien que vainqueur en première instance, France Télécom a finalement été condamné par la Cour de Cassation confirmant la décision de la Cour d'appel, aux motifs qu'en vertu de la primauté des textes communautaires, l'article R 10-1 ne pouvait « *faire obstacle au libre*

¹⁵ Voir Jean Michel Bruguière, *La diffusion des données publiques*, Programme Numérisation pour l'Enseignement et la Recherche, <http://www1.msh-paris.fr:8099/index.asp?choix=2-3>

¹⁶ Cassation, Chambre Commerciale, 6 mai 1996.

exercice de la concurrence quant à la publication des listes d'abonnés par des éditeurs d'annuaires concurrents de celui publié par l'entreprise publique qui fait apparaître le nom des personnes figurant sur la liste orange » ; d'autre part « les informations figurant sur les annuaires n'entrent pas dans la mission de service public confiée à France Télécom et l'édition par des entreprises privées de liste d'abonnés similaires et concurrentes de celles rendues publiques par France Télécom ne suppose aucun traitement autre que l'insertion dans un annuaire imprimé » ; enfin, en ce qui concerne le respect de la loi « Informatique et Libertés », il n'apparaissait pas « qu'une interprétation stricte de des disposition de l'article R 10-1 du Code des postes et Télécommunications alors en vigueur soit nécessaire à son application dès lors que France Télécom précise aux personnes éditant des annuaires professionnels, et qui demandent à pouvoir publier les noms des abonnés figurant sur la liste orange, qu'elles doivent respecter la volonté tendant à ce que leur noms ne soient pas extraits des annuaires pour des traitement à des fins commerciales ».

En d'autres termes, le refus de fournir la liste orange, même en raison de la nature des données concernées à savoir des données personnelles, constitue un abus de position dominante. Cette solution paraît très surprenante lorsque l'on considère nos précédents développements à la fin de notre première partie, sur le caractère indisponible de certaines données notamment en raison de la loi « Informatique et Libertés » : le droit de la concurrence paralyserait-il celui des données personnelles en vertu de la primauté du principe communautaire de la liberté de concurrence ? L'arrêt retient néanmoins qu'en précisant aux personnes désireuse de publier la liste orange, les limites du droit d'exploitation de cette liste, c'est à dire ici le respect de la volonté des personnes, France Télécom respecte la loi « Informatique et Libertés » .

3. La fourniture des données à un prix excessif.

La fourniture des données à un prix excessif a été condamné tout d'abord par le juge judiciaire dans une décision « Lectiel » de la Cour de Cassation du 4 décembre 2001¹⁷, mettant en cause une fois de plus France Télécom et la commercialisation des fameuses listes orange sur le marché des fichiers de prospection. La Cour de Cassation considère en effet 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 des opérateurs exerçant une activité concurrentielle, subordonner l'accès à cette base de données au paiement d'un prix excessif ». En l'espèce, France Télécom, compte tenu de son monopole légal, était le seul en mesure de fournir un fichier d'une telle taille, exhaustif et continuellement mis à jour. Or les prix « excessifs et discriminatoires » qu'il pratiquait étaient de nature à entraver « l'accès au marché des fichiers de prospection et de faire obstacle au développement technologique de ce marché ». Par conséquent, la Cour considère que le fait d'avoir pratiqué une tarification à un prix sans rapport raisonnable avec le coût de la prestation fournie constitue un abus de position dominante ; aussi condamne-t-elle l'opérateur public à « **mettre à la disposition** de toute personne qui lui en fait la demande, la liste consolidée comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel à un prix reflétant les coûts », confirmant ainsi la décision de la Cour d'Appel.

¹⁷ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 4 décembre 2001

Ce critère des **ressources essentielles** a été tout récemment repris par le juge administratif dans une affaire « Société Cégédim »¹⁸ concernant la commercialisation par l'INSEE de son répertoire des entreprises SIRENE sur le marché des fichiers de prospection. Le Conseil d'Etat a ainsi pu considérer que « *si l'Etat peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit, 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 qui diffèrent de ceux produits par l'Etat. Dans un tel cas, la perception des droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante méconnaissant les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce* »

Ces décisions sont particulièrement intéressantes d'une part parce qu'elles confirment l'existence d'un droit de propriété intellectuelle de l'Etat et le droit de celui-ci à percevoir une rémunération à ce titre, en particulier sur ses bases de données (sous réserve de remplir les conditions de la protection) ; en ce sens, elle se place dans la continuité de la décision du Conseil d'Etat de 1996 « Société Direct Mail Promotion » précitée. D'autre part, l'analyse effectuée aussi bien par le juge judiciaire que le juge administratif des opérations d'enrichissements des fichiers originels publics par les opérateurs privés est très instructive : c'est parce que ces opérations d'enrichissement aboutissent à un produit final différent de ceux proposés par l'administration que le fichier originel constitue une ressource essentielle.

Pour mémoire, France Télécom vient de faire l'objet d'une énième condamnation, cette fois pas le conseil de la concurrence, dans le prolongement de l'affaire Lectiel, pour ne pas s'être conformé aux injonctions contre elle prononcées¹⁹.

Qu'il s'agisse du refus par l'administration de fournir les données ou de la fourniture de celles-ci à un prix excessif, le résultat final de chacune des diverses affaires mentionnées est la condamnation des opérateurs public de **mettre à disposition** leurs données au profit des opérateurs privés, ce qui revient à consacrer le principe de disponibilité des données publiques.

Certaines données demeurent néanmoins indisponibles...

B. L'indisponibilité de certaines données

Le refus par l'administration de fournir les données qu'elle détient peut être licite dans certains cas : il s'agit tout d'abord du cas où l'existence du service est menacée par la fourniture des données ; d'autre part, il a pu être jugé que la rétention de certaines données par l'administration peut être licite en vertu d'un impératif de sécurité.

1. Cas où l'existence du service est menacée

¹⁸ CE 29 juillet 2002, Société Cégédim

¹⁹ 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 1999

Ce cas est prévu par la circulaire de 1994 relative à la diffusion des données publiques : « lorsque la diffusion des données publiques est constitutive d'un service public, l'application des règles de la concurrence est alors à concilier avec les exigences du service public. Ainsi, la fourniture des données à un tiers diffuseur peut être légitimement refusée si elle menace l'existence du service, par exemple en mettant en cause l'équilibre économique du délégataire de ce service ²⁰ ».

En clair, il s'agit de l'hypothèse où l'opérateur privé entre directement en concurrence avec le service public, au point de remettre en cause son existence. On parle de risques « d'écrémages commercial ». L'administration détient de par sa mission d'immenses quantités de données qu'elle stocke en tant qu'archives, même si celles-ci peuvent être dénuées de tout intérêt commercial dans le cadre du marché de l'information. Les missions de l'administration la conduisent pourtant à les stocker au cas où un éventuel chercheur demandait à y accéder. Le coût de ce stockage est compensé par la commercialisation par le service public des informations ayant une forte valeur économique : la commercialisation de 10 à 15 % du fond informationnel permet d'assurer les coûts de conservation de la totalité du fond informationnel. Si la gestion de ces fonds venait à être privatisée, il est fort probable que l'opérateur privé ne conserverait que les informations présentant une valeur commerciale, sacrifiant ainsi les autres informations jugées comme étant désuètes. De plus, si un opérateur privé entrait en concurrence directe avec l'administration au point que l'administration ne parvienne plus à « équilibrer » ses coûts de financement ni ne puisse continuer à assurer la gestion du fond total informationnel, c'est alors l'existence du service public lui-même qui est menacé.

Pour citer l'exemple du CNRS proposé par Jean Michel Bruguière ; « il faut donc éviter que les opérateurs privés exploitent les secteurs rentables privant ainsi le détenteur des droits exclusifs des ressources financières nécessaires à l'accomplissement de sa mission [...] Cela signifierait concrètement que les opérateurs privés concurrents de CNRS diffusion ne pourraient librement exploiter les fonds informationnels les plus rentables au risque de remettre en cause les missions de cet organisme »²¹.

2. L'impératif de sécurité : l'affaire Météo France

Dans cette affaire, la Société du journal téléphonique (SJT) souhaitait obtenir communication par la Direction de la Météorologie Nationale (DMN) des informations météorologiques aéronautiques TAF et METAR, afin d'en assurer la diffusion auprès du grand public. Après avoir envisagé un projet de collaboration, la DMN finalement refuse de communiquer ces données au motif de contestations éventuelles pouvant survenir dans le milieu aéronautique quant au montant des redevances ; d'autre part en raison des responsabilités en cause dans la diffusion touchant au premier chef à la sécurité. La SJT porte alors plainte contre la DMN auprès du conseil de la concurrence pour abus de position dominante.

Par une décision du 13 mai 1992, le Conseil de la Concurrence refuse de faire droit à la demande de la SJT aux motifs que le refus de vente desdites données n'était pas constitutif d'un abus de position dominante en raison de l'impératif de sécurité attaché à ces données. Réformé par la Cour d'appel de Paris le 18 mars 1992, la Cour de Cassation confirmera

²⁰ Et la circulaire de citer en référence les décisions de la CJCE 19 mai 1993, aff. C 320/91 Corbeau ; CJCE 30 avril 1994, aff. 155/73 Sacchi ; enfin Cour Administrative d'Appel de Paris, 4 juin 1992, SA Tahiti Moorea Services.

²¹ Jean Michel Bruguière, *La diffusion des données publiques*, PNER op.cit.

finalement la décision du Conseil de la Concurrence en mettant en avant l'impératif de sécurité attaché à ces données²².

Le principe de disponibilité peut donc être limité en raison de l'impératif de sécurité attaché à certaines données. L'affaire Météo France reste néanmoins le seul cas d'application jusqu'à présent de cet impératif.

Conclusion : Bien que non consacré par une loi, le principe de disponibilité trouve néanmoins consécration à travers l'application des règles du droit de la concurrence. Ceci nous fait abonder dans le sens de certains auteurs qui considèrent que le fondement même du principe réside dans la liberté du commerce et de l'industrie, en particulier la liberté d'entreprendre²³. En effet, cette analyse nous semble la bonne si l'on considère les restrictions importantes pouvant être imposées à l'administration sur l'utilisation de ses données au nom du droit de la concurrence. La jurisprudence est sur ce point édifiante, ce qui fait du mythe de la disponibilité des données publiques, une « réalité bien réelle » !

²² Cassation 12 décembre 1995, Météo France

²³ Jean Michel Bruguière, *Données publiques : le cadre imprécis du projet de directive du 5 juin 2002*, no 11, Communication & Commerce électronique, novembre 2002.