Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Rapport relatif aux données d'intérêt général

Établi par

CONSEIL GÉNÉRAL DE L'ÉCONOMIE
DE L'INDUSTRIE, DE L'ÉNERGIE ET DES TECHNOLOGIES

IGF
INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES

Claudine DUCHESNE
Contrôleur général économique et financier

Laurent CYTERMANN*
Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Laurent VACHEY
Inspecteur Général des Finances

Mathieu MOREL
Ingénieur des mines

Tristan AUREAU*
Auditeur au Conseil d'Etat

- Septembre 2015 -

** Les opinions exprimées dans ce rapport n'engagent que leurs auteurs et ne représentent pas les positions du Conseil d'Etat.*

Synthèse

Les données jouent aujourd'hui un rôle central dans l'économie : en quantité exponentiellement croissantes, elles représentent pour les entreprises un **levier d'opportunité** (optimisation des processus internes, amélioration de la relation client, personnalisation du service, etc.) et un **actif stratégique** (l'amas de grandes quantités de données renforce les positions dominantes et la captivité des utilisateurs).

La métaphore souvent utilisée de « l'or noir du XXIème siècle » est toutefois trompeuse : les données sont en effet un **bien non-rival**[1], au coût de production marginal très faible, et qui génère de fortes externalités positives (nouveaux usages, développement de l'activité économique, information citoyenne, etc.). A ce titre, **une large ouverture et circulation des données est pertinente et peut être encouragée par la puissance publique**.

* * *

En ce qui concerne les données publiques, la démarche d'ouverture est déjà largement engagée, et la France apparaît bien placée en la matière au niveau international : droit d'accès et de réutilisation des documents administratifs (dans le cadre de la loi « CADA » du 18 janvier 1978) et publication en ligne de plus de 18 000 jeux de données sur le site *data.gouv.fr*. S'il est vrai que cette démarche vise avant tout une meilleure transparence de l'action publique, la mission regrette cependant l'absence d'évaluation de l'activité économique générée par cette ouverture.

* * *

Concernant les acteurs privés, de nombreuses initiatives spontanées d'ouvertures de données ont été signalées à la mission : soit dans le cadre d'une stratégie d'entreprise (par exemple ouverture – gratuite ou tarifée – à une communauté de développeurs pour faire apparaître de nouveaux usages, ou dans un objectif de transparence), soit dans le cas d'une démarche d'innovation collaborative (échanges avec des startups au sein d'un écosystème, ouvertures ponctuelles de type « *hackathons* », etc.).

Au-delà de ces initiatives, **imposer l'ouverture de certaines données détenues par des personnes privées pourrait concourir à l'intérêt général (i) en permettant une conduite plus efficace de politiques publiques sectorielles, (ii) en assurant une meilleure information des citoyens, (iii) en concourant à la recherche scientifique, (iv) ou en bénéficiant au développement économique**.

Les personnes rencontrées par la mission ont fait part de leur intérêt pour une telle notion de « données d'intérêt général », mais ont également exprimé des réserves sur un dispositif transversal et contraignant : pour tenir compte de la grande diversité des données potentiellement concernées, et de la diversité des positions des acteurs privés dans leur rapport avec la puissance publique, il est préférable d'**adopter une démarche différenciée et progressive**.

La mission distingue ainsi le cas des personnes dont l'activité relève de l'intérêt général en raison d'un lien spécifique avec la puissance publique, constitué par l'exercice d'une mission de service public ou par l'octroi d'une subvention, de celui des autres acteurs privés, ainsi que du sujet particulier de l'accès de la statistique publique aux bases de données privées.

* * *

Les activités de certaines entreprises relèvent de l'intérêt général en raison d'un lien spécifique avec la puissance publique, constitué par l'exercice d'une mission de service public ou par l'octroi d'une subvention. La mission propose d'engager une large ouverture des données générées dans le cadre de ces activités, considérant que cette ouverture est une composante à part entière du service public du XXIème siècle.

[1] i.e. qui n'est pas détruit ni immobilisé lors de son utilisation par un agent économique.

La mission propose à ce titre d'**imposer la publication des données essentielles des SPIC[2] et des contrats de subventions**, et d'**introduire par défaut dans les contrats de concessions ou de subventions des clauses *open data* concernant les données d'exploitation**.

Par ailleurs, la mission propose d'élargir les droits de réutilisation de ces données, tout en veillant à ne pas déstabiliser les SPIC au sein de leur environnement concurrentiel : d'une part en **étendant la liberté de réutilisation[3] aux données des SPIC en situation de monopole** (et à ceux listés explicitement par la loi, par exemple car jugés en situation de faible concurrence) ; d'autre part en **appliquant aux autres SPIC un régime de réutilisation modulable**[4].

* * *

Concernant les autres personnes privées, l'analyse juridique conduit à penser que la majorité des ensembles de données traités par les entreprises dans le cadre de leur activité relèvent du droit de propriété : soit au titre du droit *sui generis*[5] (si la base de données a fait l'objet d'un investissement substantiel), soit en tant qu'actif incorporel.

Cependant, les motifs d'intérêts généraux cités *supra* permettent de porter atteinte à ces droits et d'imposer l'ouverture des données. Cette ouverture, pour ne pas être qualifiée de privation de droit de propriété, **ne devrait pas être imposée gratuitement.** La rémunération perçue par les détenteurs des données pourrait en revanche être **régulée.**

Au vu de la grande diversité des secteurs et des données concernées, la mission estime qu'**un régime juridique unique des données d'intérêt général n'est ni souhaitable ni possible juridiquement**, et qu'**il convient de retenir une approche sectorielle** dans la démarche d'ouverture de ces données. La définition d'un cadre commun au niveau législatif pour ces lois sectorielles peut être envisagée, mais risquerait d'être peu normative et d'introduire des règles de procédures s'avérant *a posteriori* peu adaptées aux spécificités des différents secteurs.

Une **poursuite de la mission sous forme d'approfondissements sectoriels** pourrait donc être envisagée, consistant à cartographier les données de quelques secteurs clés[6] et à proposer les modalités d'ouverture des données pertinentes.

En outre, ces dispositions législatives devraient être **complétées par une politique d'incitation des acteurs privés à l'échange de leurs données** : en contribuant à la mise en relation entre les acteurs (organisation de tables rondes sectorielles, appels à projets de type « *data challenge* », etc.) et en aidant à la sécurisation juridique des contrats d'échanges (établissements de contrats type, publication d'un *vade-mecum* de l'anonymisation par la CNIL, etc.).

* * *

Un motif important d'intérêt général concernant l'accès à des bases de données privées est l'élaboration de la statistique publique : un accès automatisé à ces bases permettrait une meilleure efficience et une fiabilité accrue. La mission propose sur ce point des modifications des dispositions issues de la loi du 22 mars 2012, afin de **permettre l'accès de la statistique publique aux bases de données privées tout en renforçant les garanties pour les personnes concernées**.

* * *

Enfin, la France, pionnière dans le domaine de l'ouverture des données, devrait **promouvoir le concept de données d'intérêt général au niveau international**, par exemple à la faveur de la présidence à venir de l'*Open Government Partnership*. Une **révision de la directive du 11 mars 1996 sur les bases de données devrait également être proposée**, afin de l'adapter à la nouvelle économie numérique et aux enjeux de circulation des données.

---

[2] concessions, régie, EPIC, SPIC concédé par des dispositions législatives et réglementaires. A noter que la publication des données essentielles des concessions est déjà prévue dans le projet d'ordonnance soumis à consultation publique.
[3] prévue par la loi CADA du 17 juillet 1978
[4] prévu par l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 pour les établissements culturels, d'enseignement et de recherche.
[5] Prévu par la directive 96/9/CE
[6] Par exemple : l'emploi, le logement, l'énergie, le tourisme.

Synthèse des propositions

Ouverture des données des services publics industriels et commerciaux et des personnes subventionnées

Proposition n°1 : Publier les données essentielles des concessions, comme le prévoit le projet d'ordonnance soumis à consultation publique.

Vecteur : ordonnance et décret d'application

Proposition n°2 : Publier les données essentielles de tout SPIC exercé dans un autre cadre que celui de la concession (régie, EPIC, SPIC concédé par des dispositions législatives et réglementaires).

Vecteur : loi et décrets d'application

Proposition n°3 : Etendre la liberté de réutilisation aux données des SPIC en situation de monopole, ou explicitement mentionnés dans la loi.

Vecteur : loi

Proposition n°4 : Appliquer aux autres SPIC le régime de liberté de réutilisation modulable aujourd'hui prévu par l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 pour les établissements culturels, d'enseignement et de recherche.

Vecteur : loi

Proposition n°5 : Prévoir dans la loi la possibilité pour les SPIC d'inscrire dans les licences des clauses de compatibilité avec le service public.

Vecteur : loi

Proposition n°6 : Faire de la « clause *open data* » une clause par défaut des concessions.

Vecteur : loi ou ordonnance

Proposition n°7 : Inscrire dans les contrats de concession l'inventaire des données nécessaires au fonctionnement du service public, qui doivent revenir à la collectivité publique à l'issue de la concession en application de la jurisprudence sur les biens de retour.

Vecteur : pratique des autorités concédantes

Proposition n° 8 : Publier les données essentielles des contrats de subvention.

Vecteur : loi et décret d'application

Proposition n°9 : Prévoir dans la loi la faculté d'inclure une « clause open data » dans les contrats de subvention.

Vecteur : loi

<u>Proposition n°10</u> : Appliquer les obligations de communication de données aux concessions en cours.

Vecteur : loi

Ouverture des données des autres personnes privées pour des motifs d'intérêt général

<u>Proposition n° 11</u> : Procéder de manière sectorielle et au cas par cas à l'ouverture de données détenues par des personnes privées, à condition que cette ouverture soit justifiée par des motifs d'intérêt général et repose sur des modalités proportionnées.

Vecteur : loi

A cette fin, une poursuite de la mission sous forme d'approfondissements sectoriels pourrait être envisagée, consistant à cartographier les données de quelques secteurs clés et à proposer les modalités d'ouverture des données pertinentes.

Accès de la statistique publique aux bases de données privées

<u>Proposition n°12</u> : Modifier les dispositions issues de la loi du 22 mars 2012, afin de permettre l'accès de la statistique publique aux bases de données privées tout en renforçant les garanties pour les personnes concernées.
Vecteur : loi

<u>Proposition n°13</u> : Renforcer les sanctions du refus de répondre à une demande obligatoire de la statistique publique et créer un système d'astreinte journalière prononcé par le juge administratif.

Dispositifs incitatifs

<u>Proposition n°14</u> : faciliter la mise en relation des entreprises dans un cadre de partage des données en :

- organisant des tables rondes sectorielles sur le partage des données (*Responsabilité : Hub Bpifrance, DG)*

- incluant la thématique du partage des données dans les appels à projet (PIA, etc.) (*Responsabilité : CGI, Bpifrance, DGE)*

<u>Proposition n°15</u> : accompagner et conseiller les entreprises dans la contractualisation de leurs échanges de données en

- établissant des guides de bonnes pratiques et des contrats types
(Responsabilité : agence du numérique, ETALAB, avec les fédérations professionnelles)

- établissant un vade-mecum de l'anonymisation des données
(Responsabilité : CNIL)

<u>Proposition n°16</u> : Confier à un service du ministère de l'économie, par exemple à l'agence du numérique, une mission de médiation sur le partage des données privées.

Vecteur : décret

Promotion du sujet au niveau international

<u>Proposition n° 17</u> : Promouvoir le concept de données d'intérêt général, notamment à la faveur de la présidence française de l'Open Governement Partnership.

Vecteur : action dans les organisations internationales

<u>Proposition n° 18</u> : Engager la révision de la directive du 11 mars 1996 sur les bases de données, afin de parvenir à un meilleur équilibre entre la protection des investisseurs et l'intérêt qui s'attache à la circulation des données.

Vecteur : directive

* * *

NB : l'ensemble des évolutions législatives proposées dans ce rapport ont été reprises en annexe 1 sous forme d'articles de loi qui pourraient être intégrés dans les prochains véhicules législatifs.

* * *

Sommaire

Introduction 9

Première partie : Constats et opportunités 11

1. Les conséquences positives de l'ouverture des données ont justifié la démarche engagée par l'Etat sur les données publiques et les données de certains opérateurs privés 12

1.1. Les caractéristiques des données en tant que bien économique plaident en faveur de leur ouverture, afin de favoriser leur circulation et l'émergence de nouveaux usages 12

1.2. L'ouverture des données publiques s'inscrit dans cette perspective, ainsi que dans une logique de transparence de l'action publique 16

1.3. Au-delà des données publiques, la puissance publique impose déjà l'ouverture ponctuelle de données détenues par des opérateurs privés, pour mettre fin à des abus de position dominante, et pour faciliter l'exécution de politiques sectorielles 18

2. Les acteurs rencontrés par la mission ont souligné les nombreuses initiatives d'ouverture de données déjà existantes et fait part de leurs réserves envers un dispositif contraignant d'ordre général 21

2.1. Dans le secteur privé, de nombreuses initiatives spontanées de mise en circulation des données voient le jour, à des degrés divers d'ouverture 21

2.2. Les acteurs consultés manifestent un intérêt pour la notion de données d'intérêt général mais des réserves sur un dispositif transversal et contraignant 24

Deuxième partie : Propositions pour une approche différenciée et progressive . 29

3. L'ouverture des données des services publics industriels et commerciaux et des personnes subventionnées doit être développée 30

3.1. Les données des SPIC : les voies pour sortir d'un régime hybride 30

3.2. Les données des bénéficiaires de subvention : une ouverture justifiée par la transparence de l'action publique et dans certains cas, par des enjeux économiques 37

3.3. La possibilité de modifier les contrats en cours 39

4. Des lois sectorielles peuvent prévoir l'ouverture des données des autres personnes privées pour des motifs d'intérêt général 40

4.1. Les personnes privées sont titulaires de certains droits envers les ensembles de données dont elles disposent 40

4.2. Il est cependant possible de porter atteinte aux droits dont disposent les personnes privées envers leurs données, à condition que cette atteinte soit justifiée par des motifs d'intérêt général et proportionnée aux objectifs poursuivis 44

4.3. Tout dispositif consistant à ouvrir l'accès à des bases de données détenues par des personnes privées devrait, en tout état de cause, respecter la législation applicable à certains types de données 49

4.4. Des dispositions sectorielles, éventuellement adoptées après une loi-cadre, apparaissent comme la voie privilégiée pour procéder à une telle ouverture 50

5. L'accès de la statistique publique aux bases de données privées doit être permis et assorti de garanties pour les personnes concernées 54

5.1. L'accès direct de la statistique publique à certaines bases de données privées est une évolution souhaitable de l'obligation statistique 54

5.2. Cette évolution ne se heurte pas à des obstacles de principe sur le plan constitutionnel ou conventionnel 57

5.3. Les dispositions issues de la loi du 22 mars 2012 devraient être clarifiées et assorties de garanties renforcées pour les personnes privées 58

6. Des instruments incitatifs peuvent accompagner ce mouvement 61

7. Cette démarche d'ouverture doit être promue dans les enceintes internationales 64

7.1. Promouvoir le concept de données d'intérêt général dans les enceintes internationales 64

7.2. Ouvrir le débat sur la directive de 1996 relative aux bases de données 64

ANNEXES 67

Annexe 1 : propositions d'articles de lois 68

Annexe 2 : liste des personnes auditionnées 75

Annexe 3 : lettre de mission 78

Annexe 4 : Analyse juridique détaillée 81

Introduction

Par courrier du 4 juin 2015 (cf. annexe 3), le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et la secrétaire d'Etat chargée du numérique ont demandé au vice-président du Conseil d'Etat, au vice-président du Conseil général de l'économie et à la chef du service de l'Inspection générale des finances de conduire une mission sur la notion de « données d'intérêt général » dans le cadre de la préparation du projet de loi relatif au numérique.

Nouvelle, cette notion figure dans la Stratégie numérique du Gouvernement présentée par le Premier ministre le 18 juin 2015. Elle désigne des données, d'acteurs publics comme privés, dont l'ouverture présente un fort enjeu d'intérêt général. Comme l'indique la Stratégie numérique du Gouvernement, la création d'une telle catégorie de données : « *génèrerait de nombreux bénéfices sur le plan économique et social : des entreprises réutilisatrices pourraient proposer, grâce à ces données, des services innovants ; des champs nouveaux seraient ouverts à la recherche ; la statistique publique pourrait exploiter de nouvelles sources d'information* ».

Dans cette perspective, il a été demandé à la mission de préciser les enjeux qui s'attachent à l'ouverture des données d'intérêt général ; de définir le périmètre des données d'intérêt général et les critères qui permettraient de retenir cette qualification ; d'apporter des éléments de réponse aux questions juridiques posées ; de formuler des propositions et, enfin, le cas échéant, des mesures législatives et réglementaires susceptibles de traduire l'ambition du gouvernement.

Afin de remplir ces objectifs, la mission a rencontré les administrations centrales et des opérateurs publics dans des secteurs cibles (transports, santé, environnement, logement, emploi) déterminés avec les commanditaires de la mission, ainsi que des grandes entreprises, des collectivités locales, des personnalités et des startups concernées par cette problématique d'ouverture des données (cf. liste des personnes rencontrées en annexe 2). En accord avec les commanditaires, la remise du rapport a été reportée à la fin août, afin notamment d'effectuer une analyse juridique exhaustive des problèmes que posent les dispositions législatives envisagées.

Première partie :

Constats et opportunités

1. Les conséquences positives de l'ouverture des données ont justifié la démarche engagée par l'Etat sur les données publiques et les données de certains opérateurs privés

1.1. Les caractéristiques des données en tant que bien économique plaident en faveur de leur ouverture, afin de favoriser leur circulation et l'émergence de nouveaux usages

Les données jouent aujourd'hui un rôle central dans l'économie numérique

La diffusion du numérique dans tous les secteurs d'activités s'accompagne d'une **explosion du volume de « données » informatiques produites** (une étude IDC pour le cabinet EMC[7] estime ainsi qu'en 2020, le volume de données produites par l'univers numérique sera de 44 000 milliards de Go, soit dix fois plus qu'en 2013). Ces données sont extrêmement variées en termes de nature et de format (données transactionnelles, données collaboratives, données issues de systèmes de gestion, données des médias sociaux, issues des objets connectés, etc.). Une part croissante de ces données est d'ailleurs qualifiée de « données non structurées », c'est-à-dire ne présentant pas un format uniforme permettant un accès immédiat aux informations qu'elles contiennent (données produites sur les médias sociaux, contenu d'un tweet, etc.).

Cette masse de données joue aujourd'hui un rôle essentiel dans l'économie numérique. Selon les auteurs de *Datanomics*[8], on peut ainsi distinguer **trois facettes de la valeur des données** pour les agents économiques :

- les données comme **matière première** : les entreprises ou acteurs publics peuvent vendre et acheter des données, souvent via des *brokers*[9], qui les agrègent ;
- les données comme **levier et gain d'opportunité** : les entreprises ou acteurs publics utilisent les données pour améliorer l'efficacité de leurs systèmes d'information (mise en place d'outils de *customer relationship management* - CRM, et d'*entreprise resource planning* - ERP), pour l'aide à la décision (prédiction de vente, détermination du prix d'un bien pour un client, profilage des clients, personnalisation du service, etc.) ;
- les données comme **actif stratégique** sur un marché : ainsi, le modèle stratégique des plateformes numériques (Google, Facebook, Twitter, etc.) repose sur la maîtrise des données récupérées auprès de leurs utilisateurs, qu'elles valorisent auprès de leurs clients (principe des marchés bifaces).

  Cette maîtrise des données des utilisateurs tend également à accentuer les positions dominantes (plus la masse de données est importante, plus l'entreprise peut proposer des services personnalisés et pertinents) et les effets de captivité (mobilité réduite des utilisateurs d'un service qui possède toutes leurs données) ;

  Par ailleurs, les données sont parfois utilisées par les entreprises pour faire évoluer leur modèle économique, notamment vers un modèle de services (ex : Xerox est passé de la vente d'imprimantes à de la location tarifée à l'usage).

Si les données constituent donc un actif essentiel, **elles sont réparties de manière très inégale** entre des acteurs qui en collectent en quantité très importante à travers leur activité (grandes plateformes du

[7] *The digital universe of opportunities*, EMC et IDC, avril 2014
[8] Voir *Datanomics, les nouveaux business models des données*, Simon Chignard et Louis-David Benyayer, 2015
[9] Les *data brokers* sont des sociétés (comme Acxiom ou Bluekai aux Etats-Unis) spécialisées dans la collecte de données, généralement personnelles, récupérées sur les sites publics internets ou achetées auprès d'autres entreprises (sites de commerce en ligne, entreprise de grande distribution, etc.). Ces données sont ensuite agrégées, triées et vendues à des entreprises souhaitant par exemple mieux connaître leurs clients ou cibler leurs publicités. Acxiom prétend ainsi détenir en moyenne 1 500 informations différentes sur près de 200 millions d'américains, et sa base « Infobase multicanal » contient des informations sur 30 millions de français.

numérique, moteurs de recherche, banques et sociétés de cartes bancaires, distributeurs, opérateurs de télécommunications, assureurs, administrations, etc.) et d'autres qui en sont dépourvus faute d'un accès à des sources de données.

Il résulte de cette situation une tension économique entre les acteurs qui possèdent les données, ceux qui ont les compétences pour les analyser et ceux qui conçoivent des usages originaux pour ces données. Cette tension se cristallise souvent entre les entreprises des secteurs traditionnels, les grands du numérique et les nouveaux entrants.

Les données constituent un bien économique présentant certaines spécificités

L'importance stratégique des données a souvent amené les commentateurs à les désigner comme « l'or noir du XXIème siècle ». Cette comparaison avec une matière première apparaît peu pertinente sur le plan économique, en raison des spécificités intrinsèques des données :

- **les données constituent un bien « non rival »** : contrairement aux matières premières classiques qui sont détruites ou immobilisées lors de leur consommation par un agent économique, l'utilisation des données n'implique pas leur disparition. Les données peuvent de plus être utilisées simultanément par plusieurs agents, et être reproduites sans limite ;
- **la quantité de données n'est pas finie** : les matières premières usuelles existent en quantité finie, et l'évaluation de cette quantité disponible est généralement déterminante pour la fixation du prix de la matière. Au contraire, la quantité de données produites augmente chaque jour, et les capacités de stockage informatique ne constituent plus aujourd'hui un frein à leur conservation ;
- **le coût marginal des données est très faible, voire nul** : si la production et la mise à disposition de la donnée nécessitent souvent des investissements importants (capteurs, réseaux, stockage, sécurisation, traitement, etc.), le coût marginal généré pour chaque utilisation des données est dans le cas général très faible ;
- **la valeur des données est déterminée par leur usage** : les données ne prennent de la valeur que lorsqu'elles sont utilisées (pour mesurer un phénomène, pour réaliser des opérations plus rapidement ou plus économiquement, pour densifier la relation avec un client ou un utilisateur, pour s'arroger une place centrale dans un écosystème, pour rendre une décision en temps réel, etc.) ;
- **les données génèrent de fortes externalités positives** : le cas le plus emblématique est celui de l'ouverture gratuite de l'accès aux données du système de géolocalisation américain, le GPS. Si le système a nécessité 14 Md$ d'investissement, ses retombées économiques en termes de valeur créée sont estimées à 70 Md$ annuels pour les seuls Etats-Unis[10].

Ces spécificités plaident en faveur d'une ouverture des données au bénéfice des différents agents économiques

Du point de vue de la théorie économique, **les caractéristiques des données décrites *supra* plaident en première analyse pour leur large ouverture** : pour un bien non-rival, une économie est d'autant plus efficace qu'elle réussit à allouer ce bien à l'ensemble des agents qui le valorisent plus que son coût[11]. Dans la mesure où ce ne sont pas toujours ceux qui détiennent les données qui sont en mesure d'en extraire la valeur maximale, les données doivent donc circuler.

L'ouverture des données peut également contribuer à corriger des imperfections de marché : réduction de l'asymétrie d'information entre les agents économiques (ex : fichier positif bancaire, interconnexion des réseaux de transport), diminution des barrières à l'entrée (ex : ouverture des fichiers clients des anciens monopoles).

Dit autrement, **la circulation des données favorise l'émergence de nouveaux usages et génère de l'activité économique** : les startups ou écosystèmes créés autour des données ouvertes peuvent

[10] Source : *Datanomics, les nouveaux business models des données*, Simon Chignard et Louis-David Benyayer, 2015
[11] Voir la note de la Direction Générale du Trésor, *Quelles justifications économiques à l'ouverture de différents type de données ?*, POLSEC2 n°201500083, janvier 2015

concevoir des usages originaux, que l'entreprise ouvrant ses données n'était pas à même de développer elle-même.

Ces usages s'appuient souvent sur l'exploitation de plusieurs jeux de données : tous les interlocuteurs de la mission ont rappelé que **les données voient leur valeur et leurs possibilités d'usage démultipliées lorsqu'elles sont croisées entre elles** (dans le domaine des transports par exemple, c'est le croisement entre les horaires des différents transporteurs, les incidents de trafic, les données cartographiques, etc. qui permettent de proposer aux utilisateurs des services innovants). Le sociologue Bruno Marzloff estime ainsi que « *la valeur d'une donnée est proportionnelle au carré du nombre de données auxquelles elle est associée* »[12]. Les possibilités de croisement sont naturellement augmentées avec l'ouverture des données.

La numérisation de l'économie et l'émergence de nouveaux usages sont donc favorisés par **une approche dynamique de la donnée vue comme un actif stratégique liquide** (levier de transformation de l'entreprise, source de partenariats visant à en renforcer le flux et à en développer les réutilisations), à l'inverse d'**une approche patrimoniale des données souvent adoptée aujourd'hui par les entreprises** (conservation et commercialisation directe dans un objectif de rentabilisation)**.**

Encadré 1 - la théorie des biens communs

En économie, sont qualifiées de biens communs les ressources matérielles et immatérielles relevant d'une appropriation, d'un usage et d'une exploitation collectifs.

Selon la théorie énoncée par Elinor Ostrom, prix Nobel d'économie en 2009, ces biens ne sont pas considérés pour eux-mêmes mais dans leurs relations avec les groupes qui participent à leur production et définissent des règles pour protéger les biens ainsi partagés. La communauté gérant les biens communs doit éviter la dégradation du bien commun dans le temps, selon la théorie de la « tragédie des biens communs » de Garett Harding[13].

Philippe Aigrain[14] propose de considérer l'information, bien non rival, comme un bien commun et non comme un bien privé.

Le collectif Savoirs com1 définit les biens communs informationnels comme des « *biens communs qui peuvent être créés, échangés et manipulés sous forme d'information, et dont les outils de création et le traitement sont souvent eux-mêmes informationnels (logiciels). Il peut s'agir de données, de connaissances, de créations dans tous les médias, d'idées, de logiciels. Les biens communs informationnels sont des biens publics parfaits au sens économique, contrairement aux biens communs physiques, qui gardent toujours une part de rivalité ou d'excluabilité* ».

Des initiatives de bases de données produites et alimentées par les citoyens, comme *OpenStreetMap* ou *Open food facts*, illustrent une telle approche.

Source : mission.

Les gains économiques liés à l'ouverture des données, bien que difficiles à quantifier, seraient potentiellement de l'ordre de plusieurs points de PIB

La quantification économique des gains permis par les démarches d'ouverture des données est délicate, dans la mesure où il faut prendre en compte à la fois les **gains « directs »** (bénéfices retirés par des entreprises de l'utilisation des données), mais aussi les **gains indirects** (bénéfice retiré par un utilisateur d'une application qui serait basée sur la réutilisation de données : par exemple gain de temps dans les transports grâce à une application de calcul d'itinéraire).

On trouve dans la littérature plusieurs estimations chiffrées concernant les bénéfices économiques de l'ouverture des données[15], qui sont variables mais de l'ordre de plusieurs points de PIB :

[12] *Sans bureau fixe*, Bruno Marzloff, 2013
[13] *La tragédie des communaux,* Garrett Hardin (trad. Michel Roudot)
[14] *Cause commune, l'information entre bien commun et propriété*, Philippe Aigrain
[15] Voir pour une revue des estimations existantes : *Open data for economic growth,* Banque Mondiale, 2014

- d'après le rapport de Graham Vickery[16], l'ouverture des données publiques au sein de l'union européenne aurait généré une activité économique directe (réutilisation) de 32 Md€ en 2010. Le même rapport évaluait l'impact économique agrégé direct et indirect d'une ouverture plus large des données publiques et d'un accès facilité à ces données à environ 200 Md€ annuels (soit **1,7% du PIB européen**).
- Au Royaume-Uni, l'un des pays en pointe de l'ouverture des données publiques, une étude indépendante[17] chiffrait à 1,8 Md£ (0,1% du PIB britannique) le gain économique annuel direct du programme gouvernemental « Open data », et à 6,8 Md£ les gains directs et indirects (**0,4% du PIB britannique**).
- une étude de McKinsey de 2013[18] évalue le potentiel mondial de valeur économique de l'open data (public et privé) dans 7 domaines (éducation, transport, consommation, électricité, pétrole et gaz, santé, finance) à 3 000 Md$ annuels (soit **4% du PIB mondial**) dont 900 Md$ pour l'Europe.

La mission relève cependant que **les éléments empiriques permettant d'étayer ces estimations chiffrées restent très peu nombreux**. De nombreux acteurs auditionnés ont ainsi fait part de leurs doutes quant à la création concrète de valeur associée à l'ouverture des données. A ce stade, on constate d'ailleurs que les « *success stories* » du numérique reposent généralement sur des modèles d'entreprises collectant elles-mêmes leurs données (principe des modèles bifaces[19]).

Les données dont l'ouverture pourrait bénéficier à l'économie sont de nature très variée, dans tous les domaines, et possédées par des acteurs économiques divers

Les entretiens réalisés par la mission et l'étude des différents rapports relatifs à l'*open data* font apparaître la **très grande diversité des données concernées, ainsi que la grande variété des champs d'application possible.**

Ainsi, les personnes interrogées ont par exemple cité comme « données d'intérêt général »

- les consommations énergétiques individuelles des compteurs Linky ;
- les données relatives à la pollution de l'air (collectées par les agences pour la qualité de l'air et les capteurs personnels connectés) ;
- les données de déplacements des personnes (collectées par les applications de géolocalisation type waze, les données du pass navigo, etc.) ;
- les horaires en temps réel des différents modes de transport collectifs ;
- les données produites par les voitures connectées (position, état de l'habitacle, régime moteur, etc.) ;
- la base de données des notaires (pour une connaissance plus fine des prix immobiliers par zone géographique) ;
- les bases de données d'offre d'emploi et de CV détenues par Pôle emploi ou les acteurs privés (type Linkedn, Qapa, etc.) ;
- …

[16] Review of recent studies on PSI re-use and related market developments, Graham Vickery, 2008
[17] An independant review of public sector information, Shakespeare Review, 2013
[18] Open data : unlocking innovation and performance with liquid information, McKinsey&Company, 2013
[19] Par exemple, Google collecte des informations sur ses utilisateurs (requêtes sur le moteur de recherche, contenus des mails Gmail, etc.) qui lui permet de proposer un ciblage publicitaire aux annonceurs, qui sont ses clients. De même pour Facebook, dont les revenus proviennent de la publicité, ciblée par utilisateur grâce aux données collectées par le réseau social.

1.2. L'ouverture des données publiques s'inscrit dans cette perspective, ainsi que dans une logique de transparence de l'action publique

La politique nationale d'ouverture des données publiques est largement engagée

La démarche nationale d'ouverture des données publique est déjà largement engagée, d'abord avec la mise en place de sites dédiés à l'information des citoyens, puis dans le cadre de la politique d'*open data.*

Sur le premier point, selon le rapport parlementaire de de la sénatrice Corinne Bouchoux[20] sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, les cinq premiers sites de l'Etat (service-public.fr, legifrance.gouv.fr, impôts.gouv.fr, education.gouv.fr, sytadin.fr) reçoivent 500 millions de visites par an pour la consultation de 2,5 milliards de pages.

La création, en 2011, d'Etalab, service du secrétariat général à la modernisation de l'Etat chargé de coordonner l'action des services de l'Etat et de ses établissements publics pour faciliter la réutilisation la plus large possible de leurs informations publiques, suivant de peu des démarches similaires aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, **a illustré une volonté d'accélération dans la mise à disposition des données publiques**. Les principes affichés sont ceux de la liberté de réutilisation et de la gratuité, sauf exception.

Etalab administre le portail unique interministériel ***data.gouv.fr*** destiné à rassembler et à mettre à disposition librement les informations publiques de l'Etat, de ses établissements publics, des collectivités territoriales et des personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public. A ce jour, le site annonce mettre à la disposition du public plus de 18 000 jeux de données (et 1 227 réutilisations).

Les collectivités territoriales mènent également des démarches d'ouverture de leurs données. Par exemple, la métropole du Grand Lyon a engagé une démarche volontariste d'ouverture de ses données sur sa plateforme *data.grandlyon.com* (qui regroupe des données de la collectivité et d'acteurs privés), et encourage le développement de l'écosystème de réutilisation de ces données à travers son « *living lab* TUBA » (voir encadré 5 *infra*).

Cette démarche d'ouverture des données publiques poursuit un double objectif de transparence démocratique et d'émergence de nouveaux services marchands autour des données, donc de développement de l'économie.

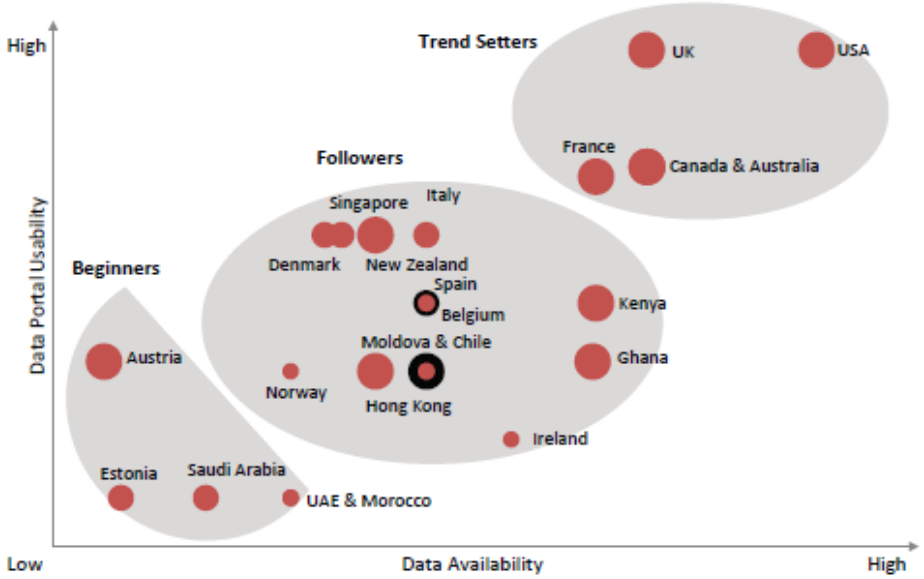
La politique volontariste de la France en la matière lui permet d'être en pointe sur l'ouverture des données publiques, en comparaison internationale

D'après une étude de Capgemini[21] analysant les démarches d'open data dans différents pays et les comparant suivant plusieurs critères (disponibilité des données, facilité d'utilisation du portail, engagement politique), **la France se positionne parmi les pays leader en matière d'open data** (cf. Figure 1).

[20] Refonder le droit à l'information publique à l'heure du numérique : un enjeu citoyen, une opportunité stratégique, rapport d'information de Mme Corinne BOUCHOUX, juin 2014

[21] *The open data economy - unlocking economic value by opening government and public data*, Capgemini Consulting, 2013

Figure 1 - Comparaison des initiatives "open data" dans différents pays, 2012



Source : The open data economy - unlocking economic value by opening government and public data, Capgemini Consulting, 2013

De même, selon le classement mondial 2014 « Open Data Index » de l'Open Knowledge Foundation (OKF), la France se classe **3ème sur 97 pays classés**, soit une progression de douze places par rapport à l'édition 2013, compte tenu de l'ouverture des bases juridiques de la DILA (base LEGI), de certaines données géographiques de l'IGN (France Raster v4), de l'ensemble des résultats électoraux publiés par le Ministère de l'Intérieur, et de la base officielle des codes postaux détenue par La Poste.

Peu d'informations sont toutefois disponibles sur les réutilisations et les créations de nouveaux usages fondés sur les données ouvertes sur le site data.gouv.fr.

La mission n'a pas eu connaissance d'étude chiffrant *a posteriori* les bénéfices économiques retirés de la démarche d'open data publique.

Quelques exemples de réutilisation des jeux de données publiques ouverts sont présentés sur le site *data.gouv.fr.* Il s'agit toutefois pour l'essentiel de visualisations originales des données (par exemple sous forme cartographique) et non d'applications liées à un modèle économique.

L'organisation d'évènements de type *hackathon*, ou les concours *Dataconnexions*[22], sont l'occasion pour Etalab de mieux appréhender les usages nouveaux des données imaginés par les développeurs. **La mission regrette néanmoins l'absence d'étude sur le devenir des lauréats de ces concours,** qui serait un indicateur de l'activité économique générée par la politique d'open data.

Ainsi, d'après les investigations de la mission, si la majorité des 24 entreprises (essentiellement des startups) lauréates des précédentes éditions du concours *Dataconnexions* semblent perdurer aujourd'hui, aucune d'entre elle n'a dépassé les 15 employés à ce stade. De même, d'après plusieurs bases de données sur les startups (Crunchbase, Myfrenchstartup), les lauréats de Dataconnexions semblent peu nombreux à avoir réalisé des levées de fonds significatives.

Cette situation apparaît assez symptomatique de l'**absence de « *figure emblématique* » de l'ouverture des données en France**, la mission n'ayant pas identifié de manière générale de « *success stories* » significatives d'entreprises françaises ayant exploité des données ouvertes pour mettre en place des modèles économiques vertueux.

[22] Concours organisés par Etalab récompensant les meilleures applications réutilisant au moins un jeu de données publiques. 5 éditions du concours ont déjà été organisées à ce jour.

Il convient cependant de reconnaître que la démarche d'ouverture des données publiques n'a pas pour seul objectif le développement de l'activité économique, mais aussi l'information du citoyen dans une approche de transparence démocratique.

Au niveau international, des dispositifs incitent ou contraignent les Etats à l'ouverture des données publiques

Au-delà de la démarche française, de nombreux pays se mobilisent pour l'ouverture des données publiques. Ce mouvement donne lieu à des dispositifs contraignants (directive communautaire en Europe) ou incitatifs (partenariat *open government partnership*).

Ainsi, la **directive européenne du 17 novembre 2003 relative à la réutilisation des informations du secteur public** (directive ISP[23]) fixe les conditions applicables à la réutilisation des informations du secteur public dans l'Union et tend à éliminer les obstacles qui s'y opposent dans le marché intérieur. Elle encourage ainsi la **mise à disposition gratuite ou quasi-gratuite d'un certain nombre de données émanant du secteur public.**

Une nouvelle directive du 26 juin 2013[24] (qui doit être transposée par le projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public) est venue renforcer les obligations d'ouverture des données publiques imposées aux Etats membres. La possibilité de réutilisation des informations est étendue à celles qui sont détenues par les musées, les bibliothèques et les services d'archives. Seuls les organismes à caractère commercial ou industriel (comme les autorités de transport public), les établissements de recherche et d'enseignement, les institutions culturelles telles que les opéras, les théâtres, ne sont pas concernés.

Les données devront être fournies sous un format facilement exploitable. Les pouvoirs publics ne pourront pas fixer des redevances qui dépassent les coûts marginaux de reproduction et de diffusion. Les États membres devront, enfin, désigner une« *autorité indépendante investie de pouvoirs réglementaires* » chargée de contrôler l'application des mesures issues de la transposition de la directive.

Initiée en 2011, la démarche internationale de partenariat pour un gouvernement ouvert (***open governement partnership***) est un partenariat multilatéral visant à promouvoir un gouvernement ouvert, par une augmentation de la participation civique, la lutte contre la corruption et la mise en œuvre des nouvelles technologies afin d'offrir un service plus efficace et plus responsable. Un des objectifs poursuivis est d'accroître la disponibilité des données publiques, notamment de celles relatives aux dépenses publiques et à la performance des gouvernements. **La France en assurera la présidence pour un an d'octobre 2016 à octobre 2017.**

1.3. Au-delà des données publiques, la puissance publique impose déjà l'ouverture ponctuelle de données détenues par des opérateurs privés, pour mettre fin à des abus de position dominante, et pour faciliter l'exécution de politiques sectorielles

L'ouverture des données détenues par des opérateurs privés en situation d'abus de position dominante

En l'état actuel du droit de la concurrence, **il est possible d'imposer l'ouverture d'une base de données en cas d'abus de position dominante** : lorsque l'accès aux données est indispensable à l'exercice d'une concurrence efficace. Les principaux cas traités concernent les bases de données constituées par des opérateurs lorsqu'ils étaient en situation de monopole.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence a ordonné en septembre 2014 à GDF Suez[25] d'accorder à ses concurrents un accès à une partie des données de son fichier clients, afin de permettre aux opérateurs

[23] Directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.
[24] Directive 2013/37/CE du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.
[25] Décision 14-MC-02 du 9 septembre 2014, Autorité de la concurrence

concurrents de mieux faire connaître leurs offres. L'Autorité de la concurrence a constaté, d'une part, que les avantages tirés de l'utilisation de cette base n'étaient pas réplicables dans la mesure où qu'il n'existait pas de base de donnée permettant de localiser précisément les consommateurs de gaz et de connaître leur niveau de consommation, afin de leur proposer les offres les plus adaptées à leur profil, et, d'autre part, que l'utilisation par GDF Suez de sa base de données pour commercialiser des offres de marché était étrangère à une concurrence par les mérites, puisqu'elle n'est pas le fruit d'une innovation spécifique mais l'héritage de son statut d'ancien monopole de fournisseur de gaz. L'obligation imposée à GDF Suez incluait la mise à jour de la base et l'établissement d'une application d'accès.

Pour le même motif, la Commission européenne a imposé, en 2004, à Microsoft la divulgation à ses concurrents des informations sur les interfaces[26] nécessaires pour que leurs produits puissent dialoguer avec le système d'exploitation Windows[27].

Enfin, La Cour de justice européenne, dans deux arrêts de 1995[28] et de 2004[29] a considéré que l'exercice d'un droit de propriété protégé peut être constitutif d'un abus de position dominante.

Des dispositions sectorielles imposant l'ouverture des données détenues par des opérateurs privés, pour des motifs d'intérêt général

Dans plusieurs secteurs, la puissance publique contraint les opérateurs privés à « ouvrir » leurs données, pour les besoins de la conduite des politiques publiques et du développement économique.

- **Dans le domaine des transports,** l'intermodalité nécessite des partages de données auxquels les collectivités territoriales prennent une part active.
- **En matière d'environnement**, les concessionnaires de service public, les associations agréées pour la surveillance de la qualité de l'air et les organismes missionnés pour gérer les sites protégés doivent assurer l'accès du public à l'information.
- **Dans le domaine de l'énergie**, des plates formes européennes d'ouverture des données se mettent en place. Ainsi, tous les producteurs d'électricité doivent transmettre le même niveau d'information, sur la base de normes « standards ».

Plusieurs initiatives nationales récentes illustrent la volonté de la puissance publique de renforcer les obligations d'ouverture des données imposées à des acteurs privés.

- La puissance publique décide de la création de registres nationaux
    - L'article 60 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques[30] comporte une disposition améliorant la diffusion et la réutilisation d'informations contenues dans le **registre national du commerce et des sociétés**, alimenté par des données d'entreprises collectées lors du dépôt d'actes.
    - L'article 179 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte[31] prévoit la création d'un **registre national des installations de production et de stockage d'électricité** tenu à jour par le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité. Ce registre sera mis à la disposition du ministre chargé de l'énergie.
- Des dispositions législatives sectorielles obligent certains opérateurs à ouvrir leurs données
- L'article 4 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques[32] prévoit la diffusion par les exploitants des services de transport et de mobilité et, le cas échéant, par les autorités organisatrices de transport, par voie électronique, au public et aux autres exploitants,

[26] Points d'accès aux codes sources grâce auxquels les produits peuvent dialoguer entre eux.
[27] Décision de la Commission du 24 mars 2004.
[28] Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes. 6 avril 1995.
[29] IMS Health GmbH & Co. OHG contre NDC Health GmbH & Co. KG, 29 avril 2004.
[30] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques
[31] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte
[32] modification de l'article L. 1115-1 du code des transports.

sous format ouvert destiné à permettre leur réutilisation libre, immédiate et gratuite, des **données des services réguliers de transport public de personnes et des services de mobilité (arrêts, tarifs publics, horaires planifiés et en temps réel, etc.)**

- L'article 28 de la a loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte permet au fournisseur d'électricité de recevoir gratuitement, de la part des gestionnaires de réseau, les **données de comptage, les alertes et les éléments de comparaison** qui devront être fournis au consommateur en application du code de l'énergie.

- La loi peut prévoir l'alimentation des statistiques publiques par des données d'opérateurs privés
  - Le projet de loi de modernisation du système de santé prévoit l'alimentation du système national des données de santé par des données en provenance des assurances complémentaires de santé[33].

[33] Article 47 : nouvel article L. 1461-1 du code de la santé publique.

2. Les acteurs rencontrés par la mission ont souligné les nombreuses initiatives d'ouverture de données déjà existantes et fait part de leurs réserves envers un dispositif contraignant d'ordre général

2.1. Dans le secteur privé, de nombreuses initiatives spontanées de mise en circulation des données voient le jour, à des degrés divers d'ouverture

De nombreuses entreprises privées ont déjà engagé des initiatives spontanées de mise en circulation de leurs données

Plusieurs entreprises, françaises ou étrangères se sont engagées dans des initiatives d'ouverture d'une partie de leurs données, de manière large, au sein d'écosystèmes ou avec leurs partenaires directs. Ces démarches prennent différentes formes, en fonction du niveau d'ouverture des données :

- **Des échanges entre entreprises dans le cadre de partenariats bilatéraux**, entre donneurs d'ordre et sous-traitants ou au sein d'un « écosystème » donné. Ainsi, Veolia et IBM ont conclu un partenariat visant à optimiser la gestion de l'eau dans les villes, sur la base de l'exploitation des données[34].
- **Des ouvertures ponctuelles de jeux de données par une entreprise**, souvent sous forme de *hackathons*[35], **dans une démarche exploratoire** pour stimuler la créativité autour de nouveaux usages possibles de ces données. Il s'agit ici d'une logique de co-construction de nouveaux usages avec un écosystème de développeurs ou de startups, par tâtonnements ou expérimentations. Orange organise ainsi depuis deux ans les *challenges* « *data for development* », pour lesquels les données de géolocalisation des utilisateurs de téléphones portables dans des pays en développement[36] (anonymisées) sont mise à disposition d'équipes de recherche et de développeurs.

  Bpifrance a lancé une expérimentation similaire dans le cadre de « Bpifrance le Lab», où 7 équipes de chercheurs ont été sélectionnés pour exploiter de manière innovante les données de crédits des 15 dernières années de la banque publique.
  Le Crédit Agricole a pour sa part lancé depuis 2011 un « CA store » d'applications développées par des entreprises externes. Ces applications ont accès aux données anonymisées des comptes bancaires du client qui les utilise.
- **L'ouverture d'une sélection de données de l'entreprise *via* une API**[37], de manière gratuite ou payante (cf. encadré 2 ci-dessous). L'objectif de ces démarches est d'encourager le développement de nouveaux services autour des données, ces usages générant *in fine* de la valeur pour l'entreprise ouvrant ses données.
- **Certaines entreprises publient des données dans un objectif de transparence** et d'amélioration de leur image. Par exemple, Lyonnaise des eaux publie sur son site depuis juin 2013 des données sur la qualité de l'eau des communes[38], et Nike les informations sur sa chaîne d'approvisionnement, suite au scandale lié au travail des enfants. Ce type de démarche est à

[34] solution « *smarter water* », partenariat annoncé en novembre 2014
[35] Un *hackaton* est un évènement où des développeurs se réunissent pour travailler de manière collaborative autour d'un thème donné.
[36] Côte d'ivoire en 2013, Sénégal en 2014
[37] *Application programming interface* : interface de programmation permettant à une application externe d'envoyer des requêtes aux serveurs de l'entreprise, sous un format standardisé
[38] https://www.lyonnaise-des-eaux.fr/eau-dans-ma-commune/

rapprocher de la publication des informations sociales, environnementales et sociétales des entreprises dans le cadre de la RSE[39].

- **Enfin, certaines plateformes mettent en œuvre un principe d'ouverture maximale de leurs données.** Il s'agit souvent de plateformes dont les données proviennent des utilisateurs eux-mêmes, dans une logique de *crowdsourcing*. L'initiative O*penStreetMap* procède de cette logique (il s'agit toutefois ici d'une initiative portée par une communauté de développeurs, et non par une entreprise à but commercial). De même pour *Open Food Facts*, projet citoyen à but non lucratif consistant à élaborer une base de données sur les produits alimentaires.

Encadré 2 – Les *Application programming interfaces* (API)

Techniquement, l'accès aux données d'un système d'information (SI) se fait aujourd'hui généralement par des API (*application programming interfaces*) : il s'agit d'un ensemble normalisé de fonctions informatiques par lesquelles un logiciel offre des services à d'autres logiciels[40]. Les formats normalisés des requêtes et des réponses sont documentés et publiés pour faciliter leur utilisation.

L'introduction d'API au sein du système d'information d'une entreprise présente plusieurs avantages :

- du point de vue de la gestion interne, les API permettent d'assurer l'intégrabilité et la modularité du système d'information, vu comme un ensemble de briques logicielles élémentaires avec des points de connexion permis par les API ;
- les API permettent de formaliser la stratégie d'ouverture des données (périmètre des données accessible, méthodes d'interrogation de la base de données, etc.)
- les API facilitent les communications du système d'information avec l'extérieur, permettant des échanges avec l'ensemble des technologies et des plateformes (approche « *one to many* » : réutilisabilité des services pour un nombre inconnu d'utilisateurs). Les API sont ainsi la solution technique permettant de positionner l'entreprise comme une plateforme, où des développeurs extérieurs viennent utiliser des données ou développer de nouveaux services.

Quelques exemples d'API :

- Le site de cartographie *Google Maps* offre un ensemble d'API permettant aux développeurs d'application de personnaliser les plans, de calculer des itinéraires, etc.
- Nike, qui propose une gamme de produits « *wearable* » mesurant l'activité, a développé une API (« Nikeplus ») permettant d'interagir avec ces objets connectés et les données qu'ils collectent. Cette API est librement utilisable par les développeurs.
- Les voitures les plus récentes du constructeur General Motors sont munies d'une API qui permet à des applications mobiles d'interagir avec la voiture, en récupérant des données (régime moteur, température de l'habitacle, etc.) ou en contrôlant certains paramètres.
- Le site d'open data de la SNCF, *data.sncf.fr*, offre une API permettant de récupérer les horaires des trains, les arrêts en gare, et de calculer des itinéraires.

Lorsque les API sont accessibles depuis l'extérieur, elles peuvent alors être associées à des modèles économiques de multiples natures :

- soit l'utilisation de l'API est gratuite : l'entreprise privilégie les gains indirects d'une large utilisation de son API (fréquentation plus importante de son site internet, image de marque, captivité accrue des clients…). C'est par exemple le cas de Facebook.

[39] Responsabilité sociétale des entreprises, article L225-102-1 du code de commerce qui impose la publication par les entreprises des données relatives à 42 thématiques dans leur rapport annuel. En pratique, les informations communiquées sont néanmoins essentiellement qualitatives.

[40] Il peut s'agir par exemple d'un ensemble de requêtes HTTP que l'on peut envoyer au logiciel, qui répondra par des fichiers au format XML contenant les informations demandées.

- soit les développeurs souhaitant utiliser l'API doivent rémunérer l'entreprise. Cette méthode est généralement privilégiée par les plateformes en position dominante. La facturation peut se faire à la requête (Amazon webservices), par palier en fonction du nombre de requêtes (mailchimp), avec une facturation de type « freemium » associée à un seuil d'utilisation (Google Maps), en prenant une commission sur la transaction (Paypal) ou encore en croisant un ensemble de critères géographiques et de type de requête (Orange)
- soit les développeurs utilisant l'API sont rémunérés par l'entreprise : cette rémunération est généralement liée aux revenus apportés à l'entreprise par l'application du développeur, par exemple dans le cas d'un site de commerce en ligne (Google AdSense, amazon.com, shoppping.com)

Sources : API business models, John Musser, API strategy conference, 2013 ; *Winning in the API economy, 3SCALE, S. Willmott et G. Balas, 2013*

Des institutions internationales mènent des démarches incitatives de partage des données privées, dans un objectif de transparence et de développement durable

La charte sur l'accessibilité des données adoptée lors de la réunion du G8 de juin 2013 identifie les domaines dans lesquels les données essentielles doivent être ouvertes progressivement.

Plusieurs concrétisations ont été initiées dans ce cadre par la **Banque Mondiale** :

- établissement d'un registre commun (*Open Company Data Index*) des sociétés, afin d'améliorer la transparence et la compétitivité, et de lutter contre la corruption ;
- prototype de « *open supply chain dashboard* » qui permet aux sociétés volontaires de retracer leurs sources d'approvisionnement, d'afficher leurs objectifs environnementaux et de comparer entre elles leurs performances ;
- l'objectif du « *Constituent Feedback App Store* » est de poursuivre le mouvement d'ouverture des sociétés privées vers leurs parties prenantes avec la mise en place un site permettant la remontée et l'agrégation des retours des différentes parties prenantes tout au long de la chaîne des sous-traitants ;
- *l'open contracting* vise à améliorer la transparence sur les marchés publics et différentes modalités d'association du secteur privé à la réalisation des politiques publiques.

On peut citer aussi **l'initiative de l'ONU « *Data for Climate Action* »** qui, sur la base de projets antérieurs d'Orange Telecom (« *D4D Challenge* ») et du « *Big Data Climate Challenge* » présenté au sommet pour le climat de 2014, vise à encourager le partage de données collectées ou produites par des acteurs privés, venant de différents pays et d'industries variées. Le but est de permettre à des chercheurs d'imaginer, à partir de ces données agrégées et anonymisées, des solutions innovantes pour la résilience climatique. Les premiers résultats doivent être présentés lors de la conférence COP21 de Paris.

Plusieurs pays conduisent par ailleurs des politiques incitatives au partage de données privées

Au Royaume-Uni, *l'Open Data Institute*, créé en 2012 avec le soutien du Conseil de la stratégie technologique du gouvernement (*Technology Strategy Board*) qui le finance à hauteur de 10 M£ sur cinq ans, promeut cette ouverture volontaire des données privées afin de favoriser les initiatives de développement économique[41].

[41] Parmi les nombreux projets soutenus par *l'Open Data Institute* (13 cités sur le site), on peut noter *l'Open Bank Project* (mise en ligne via une API des données bancaires individuelles ouvertes par des individus, des entreprises ou des organisations, de façon plus ou moins large, afin de permettre des échanges avec leur environnement et le développement de nouveaux services à partir de ces données) ; et *Demand Logic*, qui cible la consommation d'énergie des immeubles commerciaux, en permettant un partage des données, des diagnostics énergétiques et l'accès à une ressource commune pour améliorer la performance. Au-delà des données de consommation et de construction de

Aux Etats-Unis, le *Bureau of Transportation Statistics* (BTS) a lancé un programme sur la mise en commun de certains jeux de données des compagnies aériennes sur la fréquentation de lignes de vol domestiques. Les données ainsi récupérées sont agrégées puis traitées statistiquement, avant d'être mises à disposition par le BTS. Les compagnies aériennes peuvent ensuite se saisir de cette base pour construire leurs stratégies.

2.2. Les acteurs consultés manifestent un intérêt pour la notion de données d'intérêt général mais des réserves sur un dispositif transversal et contraignant

Une consultation par Etalab de ses correspondants étrangers montre un réel intérêt pour la notion de données d'intérêt général, plutôt dans une approche sectorielle.

A la demande de la mission, Etalab a adressé un questionnaire à ses correspondants étrangers pour leur demander si le sujet de l'ouverture de données privées avait été abordé, et comment. 24 réponses ont été recueillies, provenant de 19 pays et de deux institutions internationales (OCDE et agence de développement des USA). Les réponses n'engagent pas les autorités publiques de ces pays, et sont donc plutôt significatives d'opinions des acteurs et agences, pas toujours gouvernementaux, impliqués dans *l'open data.*

Aucune des réponses ne fait mention d'obligations légales actuelles d'ouverture des données privées, à l'exception de dispositions sectorielles (industries du secteur extractif au Canada, en cas de financement public en Bulgarie et prochainement au Mexique et en Uruguay). Seuls le Canada, les USA et le Mexique mentionnent un soutien gouvernemental à des initiatives privées d'ouverture des données.

Quant à l'utilité d'introduire de telles obligations légales, la grande majorité des correspondants souligne l'intérêt de l'idée. Les réponses favorables mentionnent le plus souvent l'utilité d'une ouverture sectorielle, en vue de l'information des citoyens (Géorgie, Arménie, USA, Bulgarie) ou de la lutte contre la corruption (Mozambique) ; dans un cas l'objectif de développement économique est mentionné (Géorgie). Certaines réponses soulignent néanmoins la difficulté de l'exercice (Canada, Mexique), et la nécessité de procéder par dialogue avec le secteur privé (Espagne, Mexique). Une des réponses (agence internationale de développement des USA) suggère que l'ouverture des données pourrait être seulement à destination de l'Etat pour la conduite des politiques publiques, sans aller jusqu'à l'*open data*. Le correspondant de l'OCDE estime que cette thématique est importante et devrait faire l'objet de discussions internationales.

Une majorité d'acteurs rencontrés par la mission sont réservés sur la pertinence d'une mesure contraignante d'ordre général imposant l'ouverture des « données d'intérêt général »

Une petite minorité d'acteurs auditionnés se sont prononcés en faveur d'une mesure générale imposant l'ouverture de données privées pour des motifs d'intérêt général.

La plupart des acteurs rencontrés se sont, en revanche**, montrés plus réservés**, y compris parmi les acteurs du numérique, **sur la création éventuelle d'un nouveau statut de « données d'intérêt général » qui serait soumises à une obligation d'ouverture.**

Ces acteurs s'interrogent, d'une part, sur la possibilité d'inscrire dans une loi des critères d'intérêt général ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des secteurs ; d'autre part, sur l'organisation nécessaire au sein de l'Etat pour déterminer le bon équilibre entre l'intérêt général et les atteintes portées à la liberté d'entreprendre.

Les opposants à une telle disposition évoquent le **risque de compromettre l'émergence de nouveaux services en fragilisant l'équilibre des écosystèmes naissants**, la volonté des entreprises d'être autonomes dans la stratégie d'utilisation de leurs données, et le risque qu'une ouverture des données

---

chaque bâtiment, *Demand Logic* prévoit d'incorporer les données météorologiques et de publier les synthèses de ses mesures pour faciliter l'optimisation du travail des architectes.

privées bénéficie essentiellement aux grandes plateformes américaines de l'internet (souvent ramenées à l'acronyme des « GAFA »[42]).

Ainsi, dans son rapport remis au Premier ministre en juin 2015, le Conseil National du Numérique estime qu'une notion de donnée d'intérêt général « *par définition trop large et floue* », risque d'être « *trop complexe pour être mobilisable simplement* » et qu'elle pourrait « *créer une insécurité juridique chez les acteurs privés, fragilisant la construction de services et de modèles d'affaires intégrant la donnée* ».

Des acteurs rencontrés dans le cadre de la mission (Ville de Paris, Snips, Plumelabs, Fondation Abbé Pierre, Pôle emploi, etc.) comme les correspondants étrangers d'Etalab se sont montrés **plutôt favorables à des dispositions prévoyant une ouverture obligatoire ciblée :**

- imposant l'ouverture de certaines données des opérateurs dans l'exercice d'une mission de service public, sous réserve de la préservation des équilibres concurrentiels ;
- imposant « l'ouverture » de certaines données d'opérateurs privés au profit uniquement de l'administration, pour la conduite de ses politiques publiques.

Par ailleurs, de nombreux acteurs ne manquent pas de souligner que d'éventuelles obligations d'ouverture des données des acteurs privés **devraient s'accompagner d'une poursuite des efforts réalisés pour faciliter l'accès et l'exploitation des données publiques** (homogénéisation des formats, possibilité de croisement des données, identification de données de référence, etc.).

La crainte, exprimée par plusieurs acteurs, de renforcer l'hégémonie des grandes plateformes de l'internet à travers l'ouverture des données privées apparaît surestimée

Plusieurs entreprises rencontrées ont signalé leur crainte qu'une ouverture large de leurs données conduise les grands acteurs du numérique déjà en place (essentiellement américains) à s'approprier ces données et à en extraire un maximum de valeur en les croisant avec l'ensemble des données dont elles disposent en interne, concourant ainsi à accroitre leur position dominante.

Plusieurs éléments montrent cependant que les stratégies de rétention des données sont souvent inefficaces :

- le positionnement des « GAFA » rend peu stratégique pour eux l'accès libre à des jeux de données extérieurs : d'une part **ce sont les acteurs qui possèdent déjà la plus grande part des données** (notamment personnelles), d'autre part **leur capacité financière extrêmement importante leur permet d'obtenir les données qui les intéressent** soient à travers des partenariats commerciaux, soit en les collectant directement sur le terrain (par exemple, Google possède une flotte de voitures sillonnant les rues du monde entier pour acquérir les images nécessaires à *Google Street View* ; ou encore, une proposition de partenariat avec la RATP ayant été refusée par cette dernière, Google a recruté des étudiants pour chronométrer les trajets d'une station de métro à l'autre) ;
- à l'inverse, l'ouverture de jeux de données utiles pour le développement de nouveaux usages permet d'**abaisser le coût d'entrée sur le marché de nouveaux acteurs**, qui ne disposeraient pas de la capacité financière à collecter eux même ces données ;
- l'ouverture contrainte des données privées **s'appliquerait également à certaines données détenues par les grandes plateformes**, au bénéfice de l'ensemble des acteurs économiques (cf. encadré 3) ;
- le risque de « désintermédiation » exprimé par certains acteurs qui craignent que les plateformes du numérique créent des usages à valeur ajoutée autour de leurs données peut aussi être appréhendé comme une **opportunité de développer leur chiffre d'affaire, dans une logique « gagnant-gagnant »** : Deutsche Bahn et Renfe ont ainsi fait le choix d'un partenariat avec Google[43], à la différence de la SNCF. De même, les éditeurs de presse un temps hostiles au service

[42] Google, Amazon, Facebook, Apple

[43] Ainsi, lors de la recherche d'un itinéraire sur Google maps en Allemagne ou en Espagne, l'utilisateur voit s'afficher parmi les différents modes de transports les déplacements possibles en train Deutsche Bahn et Renfe, et un lien renvoie vers la page de réservation de ces compagnies.

Google Actualités y sont aujourd'hui favorables, dans la mesure où celui-ci génère une part importante de leurs trafic ;

- enfin, certains dispositifs peuvent être mis en œuvre pour limiter la captation de valeur ajoutée par les réutilisateurs : redevance d'accès à la donnée ouverte (proportionnelle au nombre d'accès), ou encore licence de type ODbL[44] (voir tableau 1 ci-dessous) dont la clause *share alike* impose aux réutilisateurs de restituer à la communauté les données enrichies aux mêmes conditions que les données initiales (« effet contaminant ») afin d'éviter les phénomènes de réappropriation (« *enclosure* »).

  L'efficacité de ces dispositifs est toutefois discutée : faible impact financier pour un acteur comme Google de l'acquittement d'une redevance d'accès aux données ; capacité limitée des acteurs à s'engager dans un conflit juridique contre les grandes plateformes ; crainte d'une difficulté à évaluer l'exécution effective et de bonne foi de la clause de *share alike* (l'entreprise réutilisatrice ne reverserait qu'un enrichissement minimal et conserverait les données les plus enrichies par devers elle).

A l'inverse, il convient toutefois de reconnaître que les grands acteurs déjà en place, d'une part, ont, les compétences internes leur permettant d'exploiter de nouveaux jeux de données et d'en tirer rapidement de nouveaux usages, et, d'autre part, peuvent croiser ces données avec celles dont ils disposent déjà, en démultipliant ainsi la valeur.

Tableau 1 – Différents exemples de licences applicables aux données

Licence	Principe	Exemples d'utilisation
Licence ouverte	Licence ouverte créée par Etalab dans le cadre de l'ouverture des données publiques. Les données peuvent être utilisées librement et gratuitement, sans restriction sur les conditions de réutilisation ou de commercialisation. La seule obligation est de citer la source des données.	Licence appliquée à l'ensemble des données publiques disponibles sur data.gouv.fr
Licence ODbL	Les données peuvent être utilisées librement et gratuitement, sous réserve de mentionner la source de la donnée et de partager à l'identique les bases de données dérivées qui doivent rester ouvertes	Cette licence est utilisée pour les données du projet OpenStreetMap. Elle est également utilisée par la Ville de Paris
Licence engagée ville de Lyon	Permet la réutilisation des données avec authentification du réutilisateur. Comporte une clause de compatibilité des usages avec les politiques publiques (ex : cas de uber pop)	Cette licence a été élaborée par la communauté du Grand Lyon et est utilisée pour certains de ses jeux de données.

Source : mission.

[44] Open Data base Licence.

Encadré 3 - Une loi sur les données d'intérêt général peut-elle s'appliquer à des entreprises étrangères ?

Plusieurs des acteurs auditionnés par la mission ont exprimé leur crainte qu'une législation sur les données d'intérêt général ne puisse s'appliquer qu'aux entreprises françaises et ne les désavantage dans la concurrence internationale. Ce désavantage serait d'autant plus important que les acteurs de l'économie de la donnée, en mesure d'exploiter les données ainsi ouvertes, seraient majoritairement de nationalité étrangère, notamment américaine.

Le droit international public n'interdit pourtant pas aux Etats d'appliquer leur législation à des situations dont tous les éléments ne sont pas localisés sur leur territoire. Selon l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'affaire du Lotus (7 septembre 1927), « *loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables* ». Les Etats peuvent donc choisir les « *critères de rattachement* » qui détermineront l'application de leur législation : ces critères peuvent notamment être liés au territoire, à la nationalité des personnes en cause ou encore à l'utilisation de la monnaie.

Une loi sur les données d'intérêt général pourrait ainsi prévoir son application à des entreprises dont le siège social mondial n'est pas en France, sur la base d'autres critères de rattachement : présence d'une filiale ou d'un établissement en France, données en rapport avec le territoire français, données de personnes résidant sur le territoire français. Ainsi, si la loi devait s'appliquer aux locations d'appartements dans le cadre de séjours touristiques ou aux déplacements réalisés grâce à une plateforme de voitures avec chauffeur, elle pourrait concerner les locations ou les déplacements réalisés sur le territoire français, même si les exploitants de ces sites internet sont des groupes étrangers.

- La liberté du législateur est plus restreinte si les activités économiques concernées sont des « *services de la société de l'information* » au sens du droit de l'Union européenne. Selon l'article 1er de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, il s'agit de « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ». Selon la directive dite « commerce électronique » du 8 juin 2000[45], les Etats ne peuvent restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre en leur imposant des règles concernant l'exercice de leur activité, sauf pour des motifs de santé publique, d'ordre public, de sécurité publique ou de protection des consommateurs. Dans la plupart des cas, le législateur ne pourrait donc imposer des obligations de communication de données qu'à des entreprises établies en France. Cependant, une entreprise dont le siège social est étranger peut être considérée comme établie en France, si elle y exerce une activité stable et si le service est fourni depuis cet établissement.
- La qualification de service de la société de l'information peut être sujette à débat. Ainsi, la justice espagnole a récemment transmis à la CJUE une question préjudicielle pour déterminer si la société Uber est une entreprise de transport, un service de la société de l'information ou une combinaison des deux.

Somme toute, la crainte selon laquelle une loi sur les données d'intérêt général ne pourrait s'appliquer qu'à des entreprises françaises n'est pas confirmée par l'analyse du droit international, même s'il convient de veiller pour les services de la société de l'information au respect de la directive «commerce électronique».

Source : mission.

[45] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

Dans certains cas, l'ouverture contrainte de données privées pourrait toutefois remettre en cause certains modèles économiques et introduire des asymétries de marché en termes concurrentiels

Si la théorie économique invite à faire circuler davantage les données, de nombreux interlocuteurs de la mission ont souligné la nécessaire **prise en compte de l'impact sur le plan de la concurrence de l'ouverture des données d'une entreprise.**

D'une part, la contrainte d'ouverture des données ne s'appliquerait pas aux entreprises basées et exerçant leur activité hors de France : selon les secteurs et les données concernées, cette situation pourrait s'avérer préjudiciable aux entreprises françaises (cf. *supra*).

D'autre part, **certaines entreprises, notamment du numérique, appuient leur modèle économique sur la collecte puis l'exploitation commerciale** (à travers des services à valeur ajoutée) **de données**. Dans le secteur public, les établissements chargés d'une mission de service public industriel et commercial et parfois même les établissements publics administratifs sont incités par l'Etat à développer leurs ressources propres par la fourniture d'informations payantes.

En matière de transport, l'ouverture des données d'opérateurs publics nationaux comme la RATP ou la SNCF peut affecter leur cœur de métier en les transformant de prescripteurs de mobilité en fournisseurs de services pour d'autres opérateurs. Les modalités d'une ouverture des données potentiellement créatrice de valeur doivent garantir la protection de leurs missions.

Pour ces entreprises et ces établissements, l'ouverture forcée des données dont ils disposent constituerait une remise en cause parfois structurante de leur mode de fonctionnement dont l'impact économique et financier doit être, dans la mesure du possible, mesuré préalablement.

Enfin, **des principes contraignants d'ouverture gratuite des données pourraient dissuader la collecte de ces données**, si celle-ci n'est pas indispensable à l'activité de l'entreprise ou, à défaut, nuire à la qualité des données collectées.

A l'inverse, il apparaît clairement que certains jeux de données, aujourd'hui possédés par des acteurs privés et des établissements publics industriels et commerciaux, peuvent être ouverts de manière large sans menacer les équilibres concurrentiels.

Ces différents éléments, tout comme la grande variété des données pouvant potentiellement être ouvertes pour des motifs « d'intérêt général », prêchent en faveur de dispositions législatives ou réglementaires permettant une différenciation de traitement au cas par cas, selon les secteurs et les jeux de données concernées.

Deuxième partie :

Propositions pour une approche différenciée et progressive

Comme l'a montré la première partie, une grande diversité de données est susceptible de présenter des enjeux d'intérêt général. En raison de cette diversité, l'objectif d'ouverture des données doit être poursuivi par des voies différenciées. Il n'a paru à la mission ni souhaitable, ni possible juridiquement de retenir un régime juridique unique des données d'intérêt général, qui se serait appliqué indifféremment du statut des personnes concernées, de leur lien avec la puissance publique, de la nature des données et des finalités poursuivies.

Une distinction s'impose en particulier : celle entre, d'une part, les personnes dont l'activité relève de l'intérêt général en raison d'un lien spécifique avec la puissance publique, constitué par l'exercice d'une mission de service public ou par l'octroi d'une subvention, et d'autre part les autres personnes privées. Pour la première catégorie, la mission propose des dispositions législatives générales tendant à renforcer l'ouverture de leurs données (3) ; pour la seconde, elle estime qu'il convient de retenir une approche sectorielle, le cas échéant dans un cadre commun (4). La mission préconise également de développer l'accès direct de la statistique publique aux bases de données des personnes privées, tout en renforçant les garanties pour ces personnes (5). Ces dispositions législatives devraient être complétées par une politique d'incitation des acteurs privés à l'ouverture de leurs données (6) et par une promotion du concept de données d'intérêt général au niveau international (7).

3. L'ouverture des données des services publics industriels et commerciaux et des personnes subventionnées doit être développée

3.1. Les données des SPIC : les voies pour sortir d'un régime hybride

Les SPIC, un ensemble d'acteurs aux statuts variés

Sous l'acronyme de « SPIC », on s'intéresse ici à l'ensemble des organismes chargés d'une mission de service public à caractère industriel et commercial. Les SPIC peuvent en effet être assurés par quatre catégories de personnes :

- **L'Etat, les collectivités territoriales ou leurs groupements, qui les exploitent directement sous la forme d'une régie**[46]. La gestion directe par une régie est assez répandue pour un certain nombre de services publics communaux, par exemple dans les domaines de l'eau, des transports, de la culture ou des pompes funèbres.
- **Les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC)**, qui sont placés sous la tutelle de l'Etat ou d'une collectivité territoriale. Parmi les EPIC nationaux, on trouve certaines grandes entreprises publiques ayant conservé ce statut (SNCF, RATP, les grands ports maritimes), des institutions culturelles (Opéra de Paris, Comédie française, Centre des musées nationaux), des institutions financières publiques (Bpifrance, AFD) et des institutions nationales diverses telles que le CEA, le CNES ou encore l'ADEME. Parmi les EPIC locaux, on peut notamment mentionner les offices publics de l'habitat, les établissements publics fonciers locaux, les établissements publics d'aménagement ou encore les offices de tourisme n'ayant pas la forme associative.
- **Les personnes de droit privé gérant un service public dans le cadre d'une relation contractuelle avec une personne publique.** Ce contrat peut être un marché de service public, lorsque la rémunération de la personne privée est assurée principalement par le paiement d'un prix, ou une délégation de service public (**DSP**), lorsque la rémunération est substantiellement liée aux résultats du service. Dans le cadre de la transposition de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, il est prévu de remplacer la notion de DSP par celle de concession de service public, dont la définition resterait proche[47].
- **Les personnes de droit privé gérant un service public en vertu d'une disposition législative ou réglementaire.** C'est notamment le cas d'anciens EPIC devenus des entreprises de droit privé, comme La Poste ou EDF.

Pour toutes ces catégories, le SPIC se distingue du service public administratif, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*), par la réunion de trois caractéristiques qui l'apparentent à une entreprise : l'objet du service, l'origine des ressources et les modalités de son organisation et de son fonctionnement.

Un régime hybride insatisfaisant, qui combine droit de communication et absence de liberté de réutilisation, et qui doit être dépassé

Du point de vue de la communication des données, le régime des SPIC peut être qualifié d'hybride. Les organismes chargés de la gestion d'un SPIC font partie, quel que soit leur statut, des « *administrations* » au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978, régies par le droit de communication des documents administratifs. Tous les documents produits ou reçus dans le cadre de leur mission de service public

[46] Selon le code général des collectivités territoriales, celle-ci peut être dotée de la seule autonomie financière ou de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Elle est alors un EPIC et relève de la seconde catégorie.

[47] Selon le projet d'ordonnance de transposition rendu public le 23 juillet 2015, la concession de service public se définira comme auparavant la DSP par la réunion de deux caractéristiques : la rémunération du concessionnaire consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix, avec un transfert de risque lié à l'exploitation substantiel ; le service confié est un service public.

doivent donc être communiqués à quiconque en fait la demande – sous réserve des exceptions énumérées par l'article 6, notamment les documents dont la communication porterait atteinte au secret industriel et commercial, exception qui joue un rôle important pour les SPIC[48].

En revanche, l'article 10 prévoit que les documents « produits ou reçus par les administrations (…) dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial » ne sont pas des informations publiques au sens de la loi et ne sont donc pas régies par la liberté de réutilisation. **Alors que pour les services publics administratifs, le droit de communication coïncide avec la liberté de réutilisation, il en est dissocié pour les SPIC.** Cette situation découle de la directive « informations du secteur public » (ISP) de l'Union européenne de 2003, dont est issu le principe de liberté de réutilisation des données publiques : elle ne couvre en effet que les données de l'Etat, des collectivités territoriales et des organismes créés « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

Encadré 4 - L'avis *AFIMB*[49] de la CADA de 2011 et le débat sur les données produites par un SPIC mais reçues par un service public administratif (SPA)

La CADA a rendu le 17 février 2011 un avis (n° 20104559) sur les conditions dans lesquelles les informations collectées par les collectivités locales dans le cadre de leur mission légale d'information des voyageurs sur les modes de transports pouvaient faire l'objet d'une réutilisation au sens de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978.

La CADA a estimé que la mission d'information des voyageurs ayant le caractère d'un service public administratif, les données élaborées ou détenues par l'autorité organisatrice dans le cadre de cette mission revêtaient, quelle que soit leur provenance, le caractère d'informations publiques librement réutilisables. Même lorsque les données ont été produites dans le cadre de l'exécution du service public des transports, qui est un SPIC, le fait qu'elles soient reçues par la collectivité locale dans le cadre de sa mission de SPA les place sous le régime de la liberté de réutilisation.

On peut se demander, au vu de cet avis, si de manière générale, les données produites par les SPIC qui seraient transmises à la collectivité publique pour lui permettre d'accomplir une mission relevant d'un SPA ne deviendraient pas librement réutilisables. La commission sur l'ouverture des données de transport[50] a cependant soulevé des interrogations juridiques sur la robustesse de cette position de la CADA. Elle a aussi émis la crainte qu'une telle interprétation du droit ne dissuade les entreprises chargées du service public des transports de transmettre des informations à l'autorité organisatrice, par crainte qu'elles ne deviennent librement réutilisables de ce fait.

L'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 dispose que ne sont pas considérées comme des informations publiques les informations contenues dans des documents « *produits ou reçus par les administrations mentionnées à l'article 1er dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial* ». Il suffit que les documents entrent dans l'une des deux branches de l'alternative (« *produits* » ou « *reçus* ») pour tomber dans l'exception prévue par la loi. Dans la question soumise à la CADA, les documents étaient certes reçus par la collectivité locale dans l'exercice d'une mission de SPA, mais ils étaient produits par le délégataire (qui est une administration au sens de l'article 1er de la loi) dans l'exercice d'une mission de SPIC.

La mission estime donc, comme la commission sur l'ouverture des données de transport, que la seule transmission des données des SPIC à la collectivité publique pour qu'elle les utilise dans le cadre d'une mission de SPA ne suffit pas à garantir la liberté de réutilisation avec une sécurité juridique suffisante.

Source : mission.

[48] Pour une présentation de la doctrine de la CADA sur cette notion de secret industriel et commercial, cf. point 5.3. de ce rapport – annexe relative au secret industriel et commercial.
[49] Agence française pour l'information multimodale et la billettique ; il s'agit d'un service à compétence nationale du ministère de l'écologie et du développement durable, qui était à l'origine de la demande de conseil à la CADA.
[50] Travaux de la commission relative aux données de transport, mars 2015.

Ce régime hybride n'est pourtant pas satisfaisant. Lorsqu'il a été conçu en 1978, le droit de communication des documents administratifs se suffisait à lui-même. L'objectif recherché était la transparence de l'action administrative et, dans les conditions techniques de l'époque, l'accès au document permettait de l'atteindre. Aujourd'hui, un droit de communication sans liberté de réutilisation ne présente qu'un intérêt limité : il ne permet ni d'assurer la diffusion de l'information sur internet, au détriment de l'objectif de transparence, ni de développer des services exploitant cette information.

Les deux objectifs de l'ouverture des données publiques, la transparence de l'action publique et le développement économique, sont aussi pertinents pour les SPIC que pour les SPA. Pour le citoyen, il est aussi intéressant de savoir comment sont rendus les services publics de transport ou de distribution de l'eau que ceux de l'éducation ou de la police. Du point de vue du développement économique, les données des SPIC ont une valeur certaine, puisqu'elles touchent à des services essentiels utilisés par l'ensemble de la population. En outre, à la différence des SPA, le développement économique entre dans l'objet même des SPIC : si la puissance publique décide de prendre en charge une activité de nature industrielle ou commerciale, c'est parce qu'elle estime que son intervention sera favorable au développement économique de la collectivité. Dans la mesure où l'ouverture des données favorise le développement de nouvelles activités, elle entre pleinement dans la vocation des SPIC. Plusieurs SPIC, comme la SNCF, la RATP ou le Centre des musées nationaux, se sont d'ailleurs engagés de manière volontaire dans des démarches d'ouverture des données.

Pour autant, les SPIC ont vocation à être en concurrence avec d'autres entreprises n'exerçant pas une mission de service public. C'est d'ailleurs la justification historique du régime juridique des SPIC : lorsque la puissance publique intervient dans le domaine naturel de l'initiative privée, elle doit être soumise au droit privé, notamment dans les relations avec ses agents (application du droit du travail), ses usagers (contrats de droit privé) et les tiers (responsabilité de droit commun). L'application d'un régime de liberté de réutilisation introduirait une forte spécificité des SPIC par rapport aux autres entreprises. Il convient de s'assurer qu'elle ne contrevienne pas au droit de la concurrence et qu'elle ne nuise pas *in fine* au bon fonctionnement du service public.

A cet égard, l'ensemble des SPIC ne sont pas placés dans la même situation. Le degré de concurrence auquel ils sont exposés est en effet très inégal. Quatre catégories peuvent être distinguées :

- Certains acteurs ont été qualifiés d'EPIC par le législateur afin de leur appliquer un régime de droit privé mais jouent en réalité un rôle administratif. Rien ne s'oppose dès lors à ce que la liberté de réutilisation leur soit appliquée[51]. On peut mentionner notamment l'ADEME, l'ANRU, Business France ou l'IRSN.

- D'autres acteurs ont une véritable activité économique mais jouissent d'un monopole légal ou d'une situation quasi-monopolistique de fait. C'est le cas, dans le domaine de l'énergie, des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution (RTE et ERDF pour l'électricité, GRTgaz, TIGF et GRDF pour le gaz). On peut aussi mentionner l'AFD, le CEA, l'ONF ou le BRGM. Là encore, les enjeux concurrentiels ne s'opposent pas à la liberté de réutilisation et le fonctionnement du service public ne devrait pas être affecté[52].

- Certains acteurs interviennent dans un domaine entièrement régi par le service public mais où les opérateurs sont périodiquement remis en concurrence. C'est le cas de nombre de services publics locaux, par exemple en matière de transports urbains, d'eau ou de déchets. Dans de tels domaines, la liberté de réutilisation s'appliquerait à tous les acteurs en concurrence, ce qui limiterait l'impact sur les équilibres concurrentiels, et ce d'autant plus que les données couvertes par le secret industriel et commercial ne seraient pas ouvertes. Il convient cependant de veiller à ce que cette plus grande diffusion de données n'accroisse pas les risques d'entente.

- Enfin, certains acteurs interviennent sur des marchés où ils sont en concurrence avec des entreprises n'exerçant pas de mission de service public. C'est par exemple le cas des transports

[51] On peut même se demander si du point de vue du droit de l'Union européenne, qui ne s'arrête pas aux qualifications nationales, ils ne doivent pas être considérés comme des organismes créés dans un but autre qu'industriel ou commercial.

[52] Sous réserve d'autres considérations, comme celles relatives à la sécurité nationale.

interurbains, où la SNCF est en concurrence avec d'autres modes de transport, ou des services sociaux comme l'accueil des jeunes enfants ou la prise en charge des personnes âgées[53].

L'ouverture des données doit devenir progressivement une partie intégrante de la mission de service public

La mutabilité du service public, c'est-à-dire la possibilité d'en faire évoluer le contenu pour mieux répondre aux besoins économiques et sociaux, est avec la continuité et l'égalité une des trois grandes « lois » de la conception française du service public. A l'ère du numérique, le service public ne peut plus consister seulement à faire rouler les trains ou à distribuer l'eau : il implique d'**assurer la disponibilité, la qualité et la diffusion des données associées à ces activités**. La place et la légitimité des services publics dans la société seront renforcées si ces services deviennent une source abondante de données pour leurs utilisateurs et les autres activités économiques. Lorsque le service public est délégué, l'ouverture des données contribue en outre à ce que la collectivité publique puisse jouer de manière effective son rôle d'autorité organisatrice.

Quatre voies complémentaires sont explorées ici pour renforcer l'ouverture des données des SPIC.

(1) La publication de données essentielles du contrat : une voie utile mais qui comporte plusieurs limites

La loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, dite « loi Mazeaud », a prévu que le délégataire d'un service public devait remettre chaque année un rapport à l'autorité délégante, dit « rapport annuel du délégataire ». Ce rapport, dont le contenu a été précisé par un décret du 14 mars 2005, comprend notamment les données comptables sur l'exploitation de la délégation et des données sur la qualité de service. Des acteurs rencontrés par la mission ont souligné qu'une meilleure diffusion de ces rapports, associée à une plus grande standardisation des données, représenterait déjà un progrès conséquent dans l'ouverture des données des SPIC, sans qu'il soit besoin pour cela de demander des données supplémentaires aux entreprises délégataires.

Si certaines collectivités mettent volontairement en ligne les rapports annuels, une telle démarche n'a aujourd'hui rien de systématique. La loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (« loi NOTRe »), n'impose pas la publicité de ce rapport : en effet, le principe d'ouverture des données publiques par défaut prévu par son article 106 ne s'étend pas aux informations « *produites ou reçues dans l'exercice d'une mission de service public industriel et commercial* », ce qui est le cas des rapports annuels du délégataire.

Le projet d'ordonnance relative aux contrats de concession, mis en consultation publique en juillet 2015, reprend le principe d'un rapport annuel à l'autorité concédante[54]. Elle y ajoute un nouveau mode de mise à disposition de données, la publication par l'autorité concédante des « *données essentielles* » de la concession. Ces données essentielles, dont le contenu est précisé par un projet de décret, comporteraient trois catégories de données : des données connues avant le début du contrat, telles que l'identité du concessionnaire, l'objet du contrat, sa durée et sa valeur financière ; chaque année, des données relatives à l'exécution du contrat, comme les dépenses d'investissement réalisées par le concessionnaire et les tarifs supportés par les usagers ; enfin, des données relatives à chaque modification du contrat. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui s'appliquera aux marchés de service public, prévoit également le principe de la publication des données essentielles de chaque contrat.

---

[53] Dans de tels domaines, il pourrait être envisagé d'imposer par une loi sectorielle les mêmes obligations d'ouverture des données à tous les acteurs, comme l'a fait pour les transports l'article 4 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

[54] Article 42 : « Les autorités concédantes peuvent exiger du concessionnaire de produire chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.
Pour les contrats de concession de service public, ce rapport est obligatoire. Il est assorti d'une annexe permettant aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public. »

Ces dispositions représentent des avancées indéniables par rapport à la situation actuelle. Elles imposent la publication des données aux autorités concédantes et impliquent une certaine standardisation des données mises en ligne, qui facilitera leur réutilisation.

Proposition n°1 : Publier les données essentielles des concessions, comme le prévoit le projet d'ordonnance soumis à consultation publique.

Vecteur : ordonnance et décret d'application

Pour autant, le système de publication des données essentielles des contrats issu de ces ordonnances comporte trois limites :

- D'une part, il ne s'applique qu'à la troisième des quatre catégories de SPIC présentées au début de cette annexe, celle dans laquelle le prestataire du service public est le délégataire d'une collectivité publique.
- D'autre part, les données mises en ligne ne seront pas réutilisables. Produites « *dans l'exercice d'une mission de service public industriel et commercial* », selon les termes de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, elles ne seront pas considérées comme des informations publiques au sens de cette loi. Ceci limite l'intérêt de la publication.
- Enfin, l'obligation de publication concerne des données sur le contrat, mais ne couvre pas l'ensemble beaucoup plus vaste des données produites dans le cadre de l'exécution du service public. En effet, l'exploitation de tout SPIC donne aujourd'hui lieu à la production d'un volume croissant de données. Dans le domaine de l'eau par exemple, l'organisme chargé du service constitue des bases de données sur les consommations des ménages et des entreprises, sur les opérations d'entretien du réseau ou sur les fuites. Pour des services publics de vélopartage et d'autopartage, ce sont des données sur les déplacements, les durées d'utilisation ou encore l'usure du parc qui sont générées. Ces données ont une valeur importante pour la collectivité publique, car elles l'aident à faire évoluer l'organisation du service et à conduire ses politiques.

C'est pourquoi des mesures complémentaires sont proposées ici pour répondre à chacune de ces trois limites.

(2) L'extension du principe de publication des données essentielles à l'ensemble des SPIC

Il apparaît tout d'abord nécessaire d'étendre le principe de publication des données essentielles à l'ensemble des SPIC. Les motifs qui justifient la publication de ces données pour les concessions et les marchés de service public sont tout aussi valables pour les autres modes de fourniture du service. Un même service public, par exemple celui de l'eau ou des transports urbains, pouvant être assuré soit par un concessionnaire soit par une régie, il ne serait ni cohérent ni équitable de ne soumettre que les concessionnaires à la transparence des données essentielles.

La loi pourrait donc prévoir que tout opérateur d'un SPIC n'intervenant pas dans le cadre d'une concession ou d'un marché assure lui-même la mise en ligne des données essentielles du service. Ces données essentielles, dont la liste serait définie par décret, pourraient comporter notamment l'objet du service, son périmètre géographique, les tarifs payés par les usagers et les dépenses d'investissement réalisées. Des décrets sectoriels pourraient compléter la liste des données mises en ligne dans certains domaines particuliers.

Proposition n°2 : Publier les données essentielles de tout SPIC exercé dans un autre cadre que celui de la concession (régie, EPIC, SPIC concédé par des dispositions législatives et réglementaires).

Vecteur : loi et décrets d'application

Il n'est pas inédit qu'une même règle juridique s'applique à l'ensemble des services publics. Outre les principes de continuité, d'égalité et de mutabilité reconnus par la jurisprudence administrative, on peut mentionner les règles relatives au droit de communication des documents administratifs, qui figurent dans la loi du 17 juillet 1978 et celles relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics issues de la loi du 31 juillet 1963[55].

(3) L'extension maîtrisée de la liberté de réutilisation des données publiques

La liberté de réutilisation pourrait d'abord être étendue à l'ensemble des organismes chargés d'un SPIC qui ne sont pas soumis à la concurrence d'autres entreprises. La loi pourrait prévoir son application aux catégories suivantes :

- les organismes chargés d'une mission de SPIC en situation de monopole légal ;
- des EPIC ou catégories d'EPIC explicitement énumérés par la loi. En pratique, ils devraient être choisis parmi les EPIC faiblement exposés à la concurrence.

Proposition n°3 : Etendre la liberté de réutilisation aux données des SPIC en situation de monopole, ou explicitement mentionnés dans la loi.

Vecteur : loi

Pour les SPIC exposés à une véritable concurrence, une approche plus expérimentale et progressive paraît souhaitable, car les incidences économiques de la liberté de réutilisation sont encore mal appréhendées. Une première voie pourrait être de leur appliquer le régime aujourd'hui prévu par l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 pour les établissements et institutions d'enseignement et de recherche et les établissements, organismes ou services culturels : si le principe de liberté de réutilisation s'applique à ces organismes, ceux-ci conservent la possibilité d'en fixer les conditions[56]. Les SPIC ne pourraient ainsi exclure toute liberté de réutilisation de leurs données mais conserveraient la capacité de la moduler.

Proposition n°4 : Appliquer aux autres SPIC le régime de liberté de réutilisation modulable aujourd'hui prévu par l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 pour les établissements culturels, d'enseignement et de recherche.

Vecteur : loi

Une seconde voie, qui n'est pas forcément exclusive de la première, pourrait s'inspirer de la politique de licences mise en place par la métropole du Grand Lyon. Celle-ci applique à certaines de ces données une licence dite « engagée ». A la différence de la licence ouverte d'Etalab, cette licence implique une authentification du réutilisateur et une déclaration sur l'usage de la donnée et comporte une clause de « compatibilité avec les politiques publiques ». La loi pourrait reconnaître la possibilité aux SPIC de proposer des licences comportant des clauses d'authentification, de déclaration sur l'usage des données et de compatibilité avec la mission de service public : le réutilisateur ne pourrait employer la donnée à des fins qui perturbent le bon fonctionnement de celui-ci ou portent préjudice à l'organisme chargé du SPIC.

Proposition n°5 : Prévoir dans la loi la possibilité pour les SPIC d'inscrire dans les licences des clauses de compatibilité avec le service public.

Vecteur : loi

[55] Qui figurent aujourd'hui aux articles L. 2512-1 à L. 2512-5 du code du travail.

[56] Il est envisagé dans le cadre du projet de loi sur le numérique d'abroger ce régime spécifique pour appliquer à ces organismes la liberté de réutilisation pleine et entière. Ceci n'interdit pas de le reprendre pour les SPIC.

Comme c'est le cas pour les services publics administratifs, la liberté de réutilisation pourrait être subordonnée au paiement d'une redevance par le réutilisateur. Le législateur ne serait pas contraint en la matière par la directive ISP, qui ne s'applique pas aux services publics industriels et commerciaux. Cependant, l'application des dispositions prévues par le projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, qui transposent cette directive, ne poserait sans doute pas de difficulté pratique. En effet, si ce projet de loi énonce un principe de gratuité de la réutilisation, il prévoit que les administrations peuvent établir une redevance "*lorsqu'elles sont tenues de couvrir, par des recettes propres, une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public*". Or, cette condition est toujours remplie pour les SPIC, puisque c'est un des éléments de leur définition. La redevance serait limitée aux coûts liés à la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion.

Il n'est pas nécessaire de modifier le texte du projet de loi qui, dans sa rédaction actuelle, applique ces dispositions relatives aux redevances à l'ensemble des "administrations mentionnés à l'article 1er" de la loi du 17 juillet 1978, donc y compris aux SPIC.

(4) La diffusion des données créées dans le cadre de l'exploitation du service public

Certaines collectivités se sont emparées de la problématique des données créées dans le cadre des marchés publics. La ville de Paris a introduit en avril 2014 dans le cahier des charges-types de ses marchés publics une clause dite « *open data* », qui prévoit que le titulaire du marché lui fournit, dans des formats ouverts, les données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exécution du marché, et l'autorise à les extraire et à les exploiter librement, notamment en vue de la mise à disposition du public à titre gratuit. D'autres collectivités, comme le département des Hauts-de-Seine et la ville de Saint-Malo, se sont engagées dans des démarches similaires. En juillet 2015, la France s'est engagée dans le cadre de son plan d'action pour l'*Open Governement Partnership*[57] à inclure une telle clause dans le cahier des clauses administratives générales (CCAG). Le CCAG n'est pas obligatoire et les acheteurs publics peuvent choisir d'écarter telle ou telle de ses clauses ou de ne pas s'y référer du tout ; les acheteurs publics les plus importants définissent d'ailleurs souvent leur propre cahier des clauses générales. Cependant, dès lors qu'il s'applique par défaut, l'introduction d'une « clause *open data* » dans le CCAG est susceptible d'accélérer sa diffusion de manière importante, notamment dans les collectivités petites et moyennes.

La mission n'a pas eu connaissance d'une démarche similaire dans les délégations de service public. Il n'existe pas pour les DSP d'équivalent du CCAG. Cependant, il serait intéressant qu'un travail d'élaboration d'une clause-type soit conduit par les acteurs concernés (Etat, associations d'élus, fédérations professionnelles, etc).

Afin de renforcer la prévisibilité de cette clause, les parties pourraient y faire figurer une liste indicative des types de données concernées.

La loi pourrait même prévoir qu'une clause d'ouverture des données s'applique à défaut de clause contraire.

Proposition n°6 : Faire de la « clause *open data* » une clause par défaut des concessions.

Vecteur : loi ou ordonnance

Une autre approche consiste à s'interroger sur la propriété des données créées dans le cadre d'une concession. Dès lors que pour les raisons indiquées dans la chapitre 4 du rapport, les données peuvent faire l'objet d'un droit de propriété, la jurisprudence administrative sur la propriété des biens acquis ou créés dans le cadre de l'exécution de la concession trouve à s'appliquer. Elle distingue classiquement trois

[57] Pour une action publique transparente et collaborative. Plan d'action national pour la France 2015-2017.

catégories de bien : les « biens de retour », qui reviennent obligatoirement et gratuitement[58] au concédant à la fin de la concession ; les « biens de reprise », que le concédant n'a que la faculté de reprendre à l'issue de la concession, et qu'il doit alors acquérir à leur valeur vénale, sauf stipulation contraire du contrat ; les biens propres du concessionnaire, qui demeurent sa propriété. Par une décision *Commune de Douai* (CE Ass., 21/12/2012, n° 342788), le Conseil d'Etat a confirmé que les biens nécessaires au fonctionnement du service public devaient avoir le statut de biens de retour. Les biens de retour sont en principe la propriété de la personne publique dès leur création. Cependant, le contrat peut prévoir une propriété temporaire du concessionnaire pendant la durée de la concession, à condition de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, des droits détenus par le concessionnaire.

Si l'on transpose cette jurisprudence aux données collectées dans le cadre de la concession, il en résulte que les données nécessaires au fonctionnement du service public doivent revenir gratuitement à la collectivité à l'issue du contrat. La fin de la concession, qui s'accompagne d'une remise en concurrence, est un moment critique pour le devenir des données : l'ancien concessionnaire peut souhaiter conserver des données générées par ses investissements alors que la collectivité en a besoin pour établir son nouveau cahier des charges et mettre les concurrents sur un pied d'égalité. L'application de la jurisprudence sur les biens de retour permet de tracer une ligne de partage : les données nécessaires au fonctionnement du service public doivent revenir gratuitement à la collectivité ; les autres données générées dans le cadre de la concession sont la propriété du concessionnaire, et si la collectivité souhaite les acquérir, elle doit les payer à leur valeur vénale. L'identification des données nécessaires au fonctionnement du service public pouvant donner lieu à débat, il serait souhaitable que les parties les définissent dans le contrat.

Proposition n°7 : Inscrire dans les contrats de concession l'inventaire des données nécessaires au fonctionnement du service public, qui doivent revenir à la collectivité publique à l'issue de la concession en application de la jurisprudence sur les biens de retour.

Vecteur : pratique des autorités concédantes

Les deux approches sont complémentaires. L'introduction d'une « clause open data » permet de définir les droits de la collectivité publique durant la concession et d'organiser l'ouverture des données. L'application de la jurisprudence sur les biens de retour permet de régler le sort des données à l'issue du contrat.

3.2. Les données des bénéficiaires de subvention : une ouverture justifiée par la transparence de l'action publique et dans certains cas, par des enjeux économiques

L'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations définit les subventions comme « *les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire* ». La loi ajoute que « *ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires* », ce qui les distingue des missions de service public, dont le contenu est défini par la collectivité publique. L'activité subventionnée a en revanche ceci de commun avec la mission de service public qu'elle poursuit un but d'intérêt général.

L'ouverture des données des subventions présente un enjeu indéniable de transparence démocratique. La subvention relève d'une décision discrétionnaire de la puissance publique et procure un

[58] Sauf si le coût pour le concédant de la construction ou de l'acquisition des biens n'a pas encore été totalement amorti, ce qui peut notamment être le cas si le contrat est rompu avant son terme ; le concessionnaire a alors le droit d'être indemnisé à hauteur de la valeur non amortie.

avantage financier direct à son bénéficiaire : ces deux caractéristiques expliquent sans doute l'intérêt du grand public pour l'emploi des subventions et soulignent la nécessité de s'assurer qu'elles sont bien versées conformément à l'intérêt général. Des dispositions sur la transparence financière des subventions existent d'ailleurs depuis la loi du 12 avril 2000, qui a notamment prévu que le budget et les comptes de tout organisme de droit privé ayant reçu une subvention étaient communicables à toute personne qui en faisait la demande. La publication de ces informations n'est cependant pas organisée, sauf dans des domaines particuliers tels que les aides à la presse, la politique agricole commune (PAC) ou l'aide publique au développement. Il est d'ailleurs significatif que dans ces deux derniers domaines, la publication résulte d'une impulsion internationale : s'agissant de la PAC, elle est imposée par les règlements européens[59] ; pour l'aide publique au développement, elle est promue dans le cadre de l'Initiative internationale pour la transparence de l'aide (IITA), un standard international[60].

Les données des subventions peuvent aussi présenter des enjeux économiques. Les aides aux entreprises, qui sont des subventions lorsque leur attribution ne résulte pas de dispositions législatives ou réglementaires contraignantes, peuvent servir d'incitation au partage de données entre acteurs économiques. Même lorsque le bénéficiaire de la subvention est une association, des enjeux économiques peuvent être présents : les acteurs associatifs jouent un rôle important dans certains secteurs économiques tels que le secteur sanitaire et social, la culture ou le sport.

La loi impose déjà que toute subvention d'un montant annuel supérieur à 23 000 euros[61] donne lieu à la conclusion d'un contrat, qui détermine l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée ; lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, l'association doit produire un compte-rendu financier. De même que pour les marchés publics et les concessions, la loi devrait prévoir que la publication des données essentielles des subventions donnant lieu à un contrat est assurée sur le site internet de la collectivité publique qui les verse ; un site national pourrait agréger ces informations. L'intérêt de la publication serait renforcé par la standardisation des données déjà imposée par la réglementation, les comptes-rendus financiers devant être réalisés selon un modèle défini par arrêté du Premier ministre[62]. Les organismes subventionnés ne supporteraient aucune charge administrative supplémentaire, puisqu'elles transmettent déjà ces informations à leurs financeurs.

Proposition n°8 : Publier les données essentielles des contrats de subvention.

Vecteur : loi et décret d'application

De manière complémentaire, le contrat de subvention pourrait comporter une « clause open data », prévoyant que les données produites dans le cadre de l'action subventionnée sont mises à la disposition de la collectivité publique, en vue de leur mise en ligne et de leur réutilisation. Faute de recul, il serait sans doute prématuré de prévoir dans la loi la généralisation de cette clause ; le fait que la loi mentionne cette faculté pourrait cependant en favoriser le développement.

Comme dans le cas des concessions, les parties pourraient utilement faire figurer dans cette clause une liste indicative des types de données concernées.

Proposition n°9 : Prévoir dans la loi la faculté d'inclure une « clause open data » dans les contrats de subvention.

Vecteur : loi

[59] Cf. notamment les articles 111 à 114 du règlement 1306/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune.
[60] L'objectif de transparence est inscrit dans la loi depuis la loi du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale, qui fait référence à ce standard.
[61] Montant fixé par le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001.
[62] Arrêté du 11 octobre 2006 relatif au compte rendu financier prévu par l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

3.3. La possibilité de modifier les contrats en cours

Nombre des dispositions examinées ci-dessus auraient vocation à être déclinées dans des contrats entre les personnes publiques et des acteurs privés : concessions, marchés de service public, subventions. La question se pose de savoir si la loi pourrait prévoir la modification des contrats en cours pour y incorporer des obligations de communication de données.

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le législateur ne peut porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 (cf. par exemple la décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, § 13). Deux conditions doivent donc être réunies : d'une part, l'existence d'un motif d'intérêt général, d'autre part, le caractère non excessif de l'atteinte au regard du but poursuivi.

L'atteinte aux contrats en cours paraît justifiée dans le cas des concessions. Compte tenu de la longue durée de ces contrats, souvent plusieurs dizaines d'années, la portée des dispositions nouvelles serait assez limitée si elles ne pouvaient concerner que les nouveaux contrats. L'obligation de communiquer des données ne porterait qu'une atteinte limitée à des contrats dont les enjeux financiers sont le plus souvent importants. Enfin, les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel tiennent compte du caractère administratif du contrat : les contrats administratifs étant soumis au principe de mutabilité, l'atteinte portée à la liberté contractuelle est jugée moindre que pour un contrat de droit privé. Le Conseil d'Etat juge que pour les contrats administratifs, l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant « *s'apprécie en tenant compte des règles applicables à ces contrats, notamment du principe de mutabilité* » (CE Ass., 4/4/2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, n° 271737). Quant au Conseil constitutionnel, il tient compte du fait que les entreprises concernées exercent des activités réglementées et relevant du service public (cf. les décisions n° 2009-578 DC du 18 mars 2009 et 2015-470 QPC du 29 mai 2015, respectivement pour les organismes de logement social et pour les entreprises de distribution d'eau).

En revanche, la constitutionnalité paraît plus incertaine pour les marchés et les subventions. Leur durée étant plus courte que celle des concessions, l'inconvénient d'attendre leur expiration est moindre et le motif d'intérêt général est donc moins pressant. L'obligation de communiquer des données peut représenter une charge plus importante relativement à la valeur du contrat.

Il est donc souhaitable que la loi prévoie explicitement l'application des obligations de communication de données qu'elle instaure aux concessions en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur[63]. Une ordonnance ne pouvant prévoir son application aux contrats en cours[64], il conviendra d'ajouter cette disposition lors de sa ratification par le législateur.

Proposition n°10 : Appliquer les obligations de communication de données aux concessions en cours.

Vecteur : loi

Il n'est pas nécessaire de prévoir la compensation financière du coût, sans doute limité dans la plupart des cas, de l'obligation de communication des données mise à la charge du concessionnaire. Lorsque dans les décisions précitées, le Conseil constitutionnel a jugé que la modification par le législateur de contrats administratifs en cours était conforme à la Constitution, il n'a pas jugé qu'une indemnisation de la charge supplémentaire pour les cocontractants était requise. Ce n'est que dans l'hypothèse peu probable où les concessionnaires subiraient un « *préjudice anormal et spécial* » qu'ils auraient la possibilité de demander à être indemnisés par l'Etat sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait des lois.

[63] Il s'agira souvent en pratique de contrats conclus sous l'ancien régime des délégations de service public.
[64] L'application aux contrats en cours équivaut à la rétroactivité, or une ordonnance est un acte administratif jusqu'à sa ratification par le législateur et elle ne peut donc être rétroactive.

4. Des lois sectorielles peuvent prévoir l'ouverture des données des autres personnes privées pour des motifs d'intérêt général

4.1. Les personnes privées sont titulaires de certains droits envers les ensembles de données dont elles disposent

Une personne privée peut disposer d'une base de données, dont la définition figure à l'article 1er de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996. Aux termes de ces dispositions, transposées à l'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle, une base de données consiste en « *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'une autre manière* ».

Tous les ensembles de données dont peut disposer une personne privée ne sont cependant pas couverts par le droit *sui generis* reconnu par la directive :

- D'une part, de plus en plus de données dont disposent les personnes privées sont en effet qualifiées de « données non structurées », dans la mesure où elles ne sont pas présentées sous un format uniforme permettant un accès immédiat aux informations qu'elles contiennent. Une des innovations qui a permis l'essor du « Big Data » dans les années 2000 est l'apparition d'outils de traitement de ces données non structurées. Bien qu'il n'y ait pas encore de jurisprudence à ce sujet, les données non structurées ne paraissent pas relever de la directive 96/9/CE. En effet, la CJUE a jugé que « *la notion de base de données (…) vise tout recueil comprenant des œuvres, des données ou d'autres éléments, séparables les uns des autres sans que la valeur de leur contenu s'en trouve affectée, et comportant une méthode ou un système, de quelque nature que ce soit, permettant de retrouver chacun de ses éléments constitutifs* »[65]. Les ensembles de données régis par la directive sont donc ceux qui comportent en eux-mêmes le moyen de retrouver leurs éléments constitutifs ; or, les outils de traitement associés au Big Data permettent précisément d'analyser des ensembles de données ne comportant pas en eux-mêmes ce moyen.

- D'autre part, seules les bases de données ayant fait l'objet d'un investissement « *substantiel* » sont couverts par le droit *sui generis* défini par la directive. Selon l'arrêt *British Horseracing Ltd* de la CJUE, seuls les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants, à leur rassemblement dans une base et au contrôle de leur exactitude sont pris en compte pour caractériser un investissement substantiel ; ce n'est pas le cas des moyens consacrés à la création des éléments contenus dans la base. Lorsque la constitution de la base est liée à l'activité principale de la personne concernée, il faut qu'elle ait procédé à un investissement substantiel distinct de celui lié à la création des éléments de celle-ci.

Il sera montré ici que tant les ensembles de données répondant aux conditions fixées par la directive que ceux qui ne le sont pas **sont protégés par des droits dont sont titulaires leurs créateurs et leurs producteurs**. Ces droits ont trait à la liberté d'entreprendre ainsi qu'au droit de propriété, qui font tous deux l'objet de protection en droit européen comme en droit interne.

La décision d'une personne privée de produire et d'exploiter un ensemble de données, structuré ou non sous forme de base de données, relève de sa liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre a été reconnue dès 1982 comme un principe de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel[66]. Or cette liberté, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789[67], comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique, mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité[68].

A cet égard, on peut raisonnablement penser que la décision d'une personne privée de constituer un ensemble de données dans un cadre professionnel, de même que l'usage qu'elle fait de celui-ci,

[65] CJCE Grande chambre, 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd*, C-444/02.
[66] Décision n° 31-132 DC du 16 janvier 1982.
[67] Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, considérant 26.
[68] Décision n° 2012-285 QPC du 30 nombre 2012, considérant 7.

relèvent de sa liberté d'entreprendre. Certes, le Conseil constitutionnel n'a encore jamais rendu de décision faisant application du principe de la liberté d'entreprendre aux droits dont disposent les personnes privées envers leurs données. Pour autant, l'abondante jurisprudence consacrée par le Conseil constitutionnel au principe de liberté d'entreprendre démontre que toute règle encadrant l'exercice d'une profession est susceptible d'être contestée au regard de ce principe. Or la définition par le législateur d'une obligation d'ouverture qui s'imposerait aux données dont disposent les personnes privées dans le cadre de leur activité professionnelle, que ce soit sous la forme d'un ensemble structuré ou non, pourrait être regardée comme une atteinte à cette liberté.

Dans ces conditions, tout dispositif d'ouverture des données dont disposent les personnes privées, sous une forme structurée ou non, devrait être défini au regard de ce principe de valeur constitutionnelle.

Le producteur d'une base de données structurée ayant fait l'objet d'un investissement substantiel est protégé par un droit sui generis, qui lui permet d'interdire l'extraction ou la réutilisation du contenu de la base

Le droit sui generis des bases de données est défini par l'article 7 de **la directive 96/9/CE et permet au fabricant d'une base de données « *d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* »**. Comme le souligne le 41ème considérant de cette directive, la logique de ce droit sui generis tient à ce que le fabricant d'une base de données est la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements permettant la constitution d'une telle base ; d'où la possibilité qui lui revient, en contrepartie, de protéger ses investissements en empêchant l'extraction ou la réutilisation d'une partie substantielle du contenu de cette base de données. Il s'agit, en d'autres termes, de « *permettre à une entreprise de financer les coûts de collection et de traitement de cette matière première que constituent les données* »[69]. A cet égard, il est à noter que le titulaire du droit n'est pas l'auteur, mais l'investisseur, qui sera, dans la plupart des cas, une personne morale.

La portée de ces dispositions a été précisée par deux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. Par une première décision du 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd et autres*, C-203/02, la Cour a tout d'abord précisé les notions d'investissement, d'extraction, de réutilisation et de partie substantielle. Les investissements dont il est question correspondent ainsi à l'ensemble des moyens consacrés à la recherche d'éléments existants, à leur rassemblement dans une base de données et au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés tant lors de la constitution de cette base que pendant la période de fonctionnement de celle-ci. Les notions d'extraction et de réutilisation correspondent, ensuite, à tout acte non autorisé et de diffusion au public de tout ou partie du contenu d'une base de données. La notion de partie substantielle doit, enfin, être appréciée par rapport au volume du contenu total de la base. Une fois ces notions clarifiées, la Cour a, par une seconde décision du 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing GmbH*, C-304/07, montré qu'elle retenait une conception extensive de la notion d'extraction en jugeant que constituait une telle extraction la simple reprise d'éléments d'une base de données protégée dans une autre base de données à l'issue d'une consultation de la première base sur écran.

Ces dispositions ont été transposées en droit interne et figurent désormais aux articles L. 341-1 à L. 343-7 du code de la propriété intellectuelle. Celles-ci reprennent les notions de la directive 96/9/CE, en indiquant notamment que le producteur d'une base de données a le droit d'en interdire l'extraction ou la réutilisation (L. 342-1) et en définissant les sanctions applicables en cas d'atteinte à ce droit ; est ainsi puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait de porter atteinte au droit sui generis du producteur d'une base de données (L. 343-4).

Ces dispositions ont, depuis lors, été mises en œuvre par les juridictions nationales à de nombreuses reprises. Par un arrêt du 23 mars 2010, la Cour de cassation (Cass., comm., 23 mars 2010, n° 08-20.427, n° 08-21.768) a, par exemple, jugé que la société France Telecom était titulaire d'un droit sui generis envers sa base de données « annuaire électronique », dans la mesure où celle-ci constitue un

[69] V. *Droits des producteurs des bases de données*, A. Lucas, Jurisclasseur Civil Annexes, Fasc. 1650, § 37, mai 2015.

ensemble structuré, mis en exploitation de manière spécifique par la société France Telecom, et pour lequel ont été consentis des investissements substantiels s'élevant à 703 hommes / mois de travail correspondant à 10,6 millions d'euros entre 1992 et 2000.

Dans ces conditions, **la possibilité pour une personne privée de s'opposer à l'extraction et à la réutilisation de tout ou partie du contenu d'une base de données pour laquelle elle a consenti un investissement substantiel fait l'objet de solides garanties** tant en droit européen qu'en droit interne. **A l'inverse, une base de données dont la production n'aurait engendré aucun investissement substantiel ne saurait être protégée par ce droit sui generis**.

Pour mémoire, la directive 96/9/CE reconnaît également l'existence d'un droit d'auteur sur les bases de données « *qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur* ». Ces dispositions ont été transposées en droit français et figurent à l'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle. Comme le précise ensuite ce même article, ce droit d'auteur s'applique uniquement à la structure d'une base de données et non à son contenu, auquel s'applique un droit *sui generis*. Dès lors que des obligations de communication de données d'intérêt général porteraient plutôt sur le contenu de sa base et non sur sa structure, le droit d'auteur, lorsqu'il existe, ne devrait pas faire obstacle à ces obligations.

Le droit sui generis présente le caractère d'un droit de propriété

Dès 2006, par sa décision portant sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information[70], le Conseil constitutionnel a jugé que le droit d'auteur et les droits voisins relevaient du droit de propriété[71]. Cette décision, qui portait sur les mesures techniques de protection (cryptage, brouillage) utilisées par les artistes pour protéger leurs œuvres en ligne, l'a ainsi conduit à achever un mouvement, amorcé à propos de la propriété des marques[72], de reconnaissance de la propriété incorporelle dans le champ de la protection constitutionnelle du droit de propriété[73] .

En 2009, le Conseil constitutionnel a réitéré cette position à propos de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet[74]. Ce faisant, il a retenu une formulation qui indique que la protection constitutionnelle du droit de propriété intellectuelle est appliquée aux droits d'auteur et aux droits voisins dans leur globalité, c'est-à-dire aussi bien les droits moraux que patrimoniaux, tout en reconnaissant la spécificité du régime juridique de cette propriété, organisée par des règles particulières.

La directive 96/9/CE n'emploie pas l'expression de droit de propriété pour qualifier le droit *sui generis* et le Conseil constitutionnel n'a pas été conduit à ce joir à se prononcer sur le statut du droit sui generis des bases de données. Cependant, **on peut raisonnablement penser, au vu de ces décisions, qu'il l'analyserait comme un droit de propriété, comme il l'a fait pour les droits voisins.** Les prérogatives du titulaire du droit *sui generis* sont très proches de celles des titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. L'objet de ce droit est de garantir la rentabilité de l'investissement d'un producteur, comme c'est le cas des droits voisins (qui concernent notamment les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes) ou, en matière de propriété industrielle, du brevet. Enfin, l'article L. 343-4 du code de la propriété intellectuelle prévoit, en cas de violation, les mêmes sanctions que l'article L. 335-4 pour les droits voisins en général[75].

---

[70] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (considérant 15 : « *les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* »).

[71] Cette position est également celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à l'article 1er du 1er protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (V. par exemple: CEDH, 29 janvier 2008, *Balan c. Moldavie*, 19247/03, § 34).

[72] Décisions n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 (considérant 7) et 91-303 DC du 15 janvier 1992 (considérant 9).

[73] V. « Commentaire de la décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009 », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27.

[74] Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

[75] V. *Droits des producteurs des bases de données*, A. Lucas, Jurisclasseur Civil Annexes, Fasc. 1650, § 39, mai 2015.

Même non structuré, un ensemble de données pourrait enfin être couvert par le droit de propriété, à condition de pouvoir être regardé comme un actif incorporel

Les droits consacrés par la directive 96/9/ ne s'appliquent pas, on l'a vu, à tous les ensembles de données dont peut disposer une personne privée. Cela ne signifie pas pour autant qu'une personne privée qui disposerait d'un ensemble de données non couvert ne serait titulaire d'aucun droit.

Un ensemble de données non structuré dont disposerait une personne privée, ou n'ayant pas fait l'objet d'un investissement substantiel, est en effet susceptible d'être qualifié d'actif incorporel. Au sens de la réglementation comptable, un actif est défini comme un élément identifiable du patrimoine de l'entreprise, ayant une valeur économique positive pour celle-ci, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entreprise contrôle du fait d'évènements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs. Le coût ou la valeur d'un actif doit par ailleurs pouvoir être évalué avec une fiabilité suffisante. Une immobilisation incorporelle est, quant à elle, définie comme un actif non monétaire sans substance physique[76]. La réglementation comptable précise qu'une immobilisation incorporelle est identifiable si elle est séparable des activités de l'entreprise – c'est-à-dire susceptible d'être vendue, transférée, louée ou échangée de manière isolée avec un contrat, un autre actif ou passif – ou si elle résulte d'un droit légal ou contractuel, même si ce droit n'est pas transférable ou séparable de l'entité ou des autres droits et obligations. Or un ensemble de données non structurée est susceptible de remplir les critères d'une telle définition.

Bien qu'aucune juridiction européenne ou nationale ne se soit encore prononcée sur ce point et que des débats persistent[77], **on peut raisonnablement en déduire qu'une personne privée qui démontrerait qu'un ensemble de données non structuré dont elle dispose constitue un actif incorporel ayant une valeur économique disposerait envers celui-ci d'un droit de propriété**. Un dispositif législatif imposant l'ouverture d'un ensemble de données non structuré, même non couvert par la directive 96/9/CE, relèverait donc également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la protection du droit de propriété.

Saisi d'une loi imposant des obligations de communication de données pour des motifs d'intérêt général, le Conseil constitutionnel l'analyserait sans doute au regard du droit de propriété

En règle générale, les ensembles de données traités par les entreprises dans le cadre de leur activité apparaissent relever du droit de propriété : soit au titre du droit *sui generis* (cas d'un investissement substantiel) soit en tant qu'actif incorporel. Il est certes possible que certaines bases de données n'entrent dans aucune de ces catégories. Pour autant, le Conseil constitutionnel s'il est saisit d'une loi imposant la communication de données se livrera à un contrôle *in abstracto* et considérerait probablement qu'un tel dispositif met en cause le droit de propriété.

La décision récemment rendue le 5 août 2015[78] à propos de la loi pour la croissance, l'activité l'égalité des chances économiques (§ 107), conforte l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel analyse, de manière générale, les dispositifs d'ouverture de données au regard du droit de propriété. Par cette décision, le Conseil constitutionnel a en effet estimé que l'obligation faite aux greffiers des tribunaux de commerce de transmettre à l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) les données relatives aux registres des sociétés, et non la base de données elle-même qu'ils constituent dans le cadre de l'exploitation privée de ces données, ne portait pas atteinte au droit de propriété. Il semble ainsi qu'*a contrario*, une obligation de communication de bases de données constituées dans le cadre d'une activité privée serait regardée comme une atteinte au droit de propriété.

---

[76] Plan comptable général, art. 211-1.
[77] V. *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, P. Colin et N. Collin, janvier 2013, p. 81 à 85.
[78] Décision n° 2015-715 DC.

4.2. Il est cependant possible de porter atteinte aux droits dont disposent les personnes privées envers leurs données, à condition que cette atteinte soit justifiée par des motifs d'intérêt général et proportionnée aux objectifs poursuivis

Le droit de propriété est protégé tant par la Constitution que par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme sont convergentes. Pour déterminer si une loi affectant le droit de propriété est constitutionnelle et conventionnelle, il convient de conduire l'analyse suivante :

- Il faut en premier lieu déterminer si la loi opère une privation du droit de propriété ou ne fait que lui porter atteinte.
- Si la loi opère une privation, une indemnisation juste et préalable du propriétaire s'impose.
- Si la loi opère une simple atteinte, il convient d'examiner si celle-ci est justifiée par des motifs d'intérêt général, proportionnée à ces motifs et suffisamment encadrée par la loi.

S'agissant des atteintes à la liberté d'entreprendre, elles doivent également être justifiées par des motifs d'intérêt général, proportionnée à ces motifs et suffisamment encadrée par la loi.

Si en règle générale, une obligation de communication de données s'analyse comme une simple atteinte au droit de propriété, elle pourrait être regardée comme une privation si elle s'accompagnait d'une obligation de gratuité envers tous les destinataires

L'ouverture des données dont disposent les personnes privées, sous la forme de bases de données structurées ou non, constitue, dans tous les cas, une atteinte aux droits décrits précédemment. Qu'elles qu'en soient les modalités, cette ouverture serait en effet imposée aux personnes privées sans leur consentement, ce qui est de nature à porter atteinte tant à leur liberté d'entreprendre qu'à leur droit de propriété, dont on a vu qu'ils concernaient tant les bases de données couvertes par la directive 96/9/CE que les ensembles de données non structurés.

La nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel envers un dispositif d'ouverture des données dont disposent les personnes privées varierait néanmoins selon qu'il le qualifierait de simple atteinte ou de privation du droit de propriété. Lorsqu'un dispositif législatif est qualifié d'atteinte au droit de propriété, le Conseil constitutionnel s'assure qu'il est justifié par un motif d'intérêt général et que les modalités retenues par le législateur sont proportionnées aux objectifs poursuivis. En revanche, lorsque le Conseil constitutionnel estime qu'un dispositif doit être regardé comme une privation du droit de propriété, alors il s'assure que la nécessité publique l'impose et qu'est prévue une juste et préalable indemnité versée par la puissance publique à celui qui en est la cible. Depuis 2010[79], le Conseil constitutionnel a systématisé cette distinction entre atteinte et privation du droit de propriété, dont il a d'ores et déjà fait application en matière de transmission de données. Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme est similaire.

De prime abord, une obligation de communication de données se présente comme une simple atteinte, en raison du caractère « non-rival » des données. En effet, une telle obligation ne prive le propriétaire de la base de données d'aucune des trois composantes du droit de propriété : le droit d'usage (*usus*), le droit d'en retirer les fruits (*fructus*) et le droit de céder la base (*abusus*). Le propriétaire de la base pourrait continuer à l'utiliser lui-même, à en retirer une rémunération auprès de tiers utilisateurs ou à la céder à un tiers (auquel cas ce tiers serait à son tour tenu de satisfaire aux obligations de communication instaurées par la loi).

Cependant, si l'obligation de communication de données était accompagnée d'une obligation de gratuité envers tous les destinataires, y compris ceux exerçant une activité économique, elle pourrait être qualifiée de privation, car elle priverait le propriétaire d'une de ces trois prérogatives, le *fructus*. Deux décisions du Conseil constitutionnel sont en ce sens :

[79] Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010.

- Dans une décision rendue en 2006 au sujet de la loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins[80], le Conseil constitutionnel a estimé que l'obligation faite aux concepteurs de mesures techniques de protection (cryptage, brouillage) de transmettre à d'autres personnes privées les données essentielles à l'interopérabilité de ces mesures impliquait, à défaut de leur consentement le versement d'une indemnisation, ce qui revenait à qualifier implicitement ce dispositif de privation du droit de propriété[81].

- Dans une décision de 1996[82], le Conseil constitutionnel a jugé qu'une limitation importante au droit de cession des propriétaires, « *attribut essentiel du droit de propriété* », devait être analysée comme une privation de ce droit. Il suffit donc qu'une loi remette en cause la substance de l'une des trois prérogatives du droit de propriété pour qu'il y ait privation.

Une obligation de communication gratuite de données à des acteurs économiques (comme c'était le cas pour la loi sur les mesures techniques) encourt un risque élevé d'être qualifié de privation, car les relations entre acteurs économiques ont vocation à déboucher sur des échanges marchands. Si les données ont une valeur économique pour le demandeur, celui-ci est prêt à les acquérir à titre onéreux ; si une loi imposant leur communication gratuite appauvrit donc le titulaire des droits sur la mesure technique.

En revanche, une communication gratuite pourrait être imposée si la puissance publique est le seul destinataire ou si la gratuité est limitée aux réutilisations non commerciales. Nombre d'autorités publiques disposent du pouvoir d'exiger la communication de données par les personnes privées, sans que cela ne soit accompagné d'une indemnisation. Ainsi, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et l'Autorité des marchés financiers (AMF) ont toutes en vertu de la loi le pouvoir d'exiger la communication des informations nécessaires à l'exercice de leur mission[83]. C'est aussi le cas de la statistique publique dans le cadre fixé par la loi du 7 juin 1951. L'obligation de communication de données est ici de nature régalienne et n'affecte pas des échanges de nature économique.

Un dispositif qualifié de privation du droit de propriété, en ce qu'il impliquerait l'indemnisation de l'ensemble des personnes privées qui en seraient la cible, ne présenterait qu'un intérêt limité au regard des objectifs assignés par le Gouvernement à l'ouverture de données d'intérêt général. **Il convient, dans ces conditions, d'envisager en priorité les dispositifs qui ne seraient qualifiés que d'atteintes au droit de propriété,** c'est-à-dire qui imposeraient la communication de données mais sans l'accompagner d'une obligation de gratuité, ou qui réserveraient cette gratuité aux communications à la puissance publique ou aux réutilisations à des fins non commerciales.

Pour ces dispositifs constituant de simples atteintes au droit de propriété, il convient de se pencher sur les motifs d'intérêt général susceptibles d'être retenus, puis sur les modalités d'ouverture qui pourraient être mises en œuvre en fonction de ces motifs.

De telles atteintes sont susceptibles d'être justifiées par des motifs d'intérêt général relatifs à l'optimisation de politiques publiques sectorielles, à l'information des citoyens, à la recherche ou au développement économique

Quatre types de motifs d'intérêt général sont susceptibles d'être retenus par le législateur pour justifier qu'il soit porté atteinte aux droits dont disposent les personnes privées envers leurs bases de données.

Parmi ces motifs d'intérêt général pourraient figurer, tout d'abord, ceux qui tiennent à une conduite plus efficace de politiques publiques sectorielles.

---

[80] Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

[81] Ceci a conduit le pouvoir réglementaire à mettre en place, non une indemnisation par la puissance publique, mais une rémunération du titulaire des droits sur la mesure technique par le demandeur des informations essentielles à l'interopérabilité (article R. 331-68 du code de la propriété intellectuelle).

[82] Décision n ° 96-373 DC du 09 avril 1996, § 22.

[83] Cf. respectivement les articles L. 32-4 et L. 36-13 du code des postes et des communications électroniques, L. 135-4 du code de l'énergie et L. 621-8-4 du code monétaire et financier.

Les politiques publiques sectorielles – par exemple en matière de transports, de santé[84], de logement ou d'emploi[85] – s'inscrivent en effet dans la poursuite de finalités d'intérêt général. Un motif d'intérêt général tenant à l'optimisation de leur exécution peut ainsi, dans un secteur donné, justifier, sous certaines conditions, que soit ouvert l'accès à certaines donnés détenues par des personnes privées. C'est un raisonnement de ce type qui a été retenu dans l'article 4 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques s'agissant des services réguliers de transport public de personnes et des services de mobilité. L'ouverture des données détenues par des acteurs privés – en l'occurrence des entreprises de transport – s'est dans ce cas trouvée justifiée par des motifs d'intérêt général tenant à l'information des usagers et à la fourniture du meilleur service, « *notamment en permettant l'organisation optimale des services de mobilité et des modes de transport* »[86]. Une telle approche pourrait, demain, être retenue dans le cadre d'autres politiques sectorielles, dont il apparaîtrait que l'ouverture de données détenues par des personnes privées est la condition d'une conduite optimisée.

Parmi ces motifs d'intérêt général pourraient ensuite figurer ceux qui s'attachent à l'information des citoyens.

L'information des citoyens est un motif d'intérêt général qui peut aujourd'hui justifier l'accès à des informations détenues par les autorités publiques. Tel est le cas en matière environnementale depuis l'adoption en 2005 de la Charte de l'environnement, dont l'article 7 dispose que : « *Toute personne a droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques* ». Au-delà des informations détenues par les autorités publiques, il est possible d'envisager qu'un motif d'intérêt général de cette nature puisse justifier, demain, que soient ouvertes, sous certaines conditions, des données environnementales détenues par des personnes privées, ce d'autant que la protection de l'environnement a été reconnue comme un but d'intérêt général par le Conseil constitutionnel[87]. Une telle logique est susceptible d'être retenue dans d'autres domaines. Il est par exemple possible d'imaginer qu'un motif d'intérêt général tenant à l'information des citoyens et à la sécurité alimentaire pourrait justifier que soient ouvertes, sous certaines conditions, des données relatives aux risques que font encourir aux citoyens la présence dans des aliments d'un composant particulier.

Parmi ces motifs d'intérêt général pourraient également figurer ceux qui s'attachent à la recherche scientifique.

L'article L. 111-1 du code de la recherche dispose que « *La politique nationale de la recherche et du développement technologique vise à : / 1° Accroître les connaissances ; / 2° Partager la culture scientifique, technique et industrielle* (…) ». Il fait peu de doute qu'il s'agit là d'un motif d'intérêt général qui pourrait, sous certaines conditions, justifier que soient ouvertes des bases de données produites par des personnes privées. Le Conseil constitutionnel a, en effet, déjà reconnu qu'un intérêt général spécifique pouvait s'attacher à l'objet et aux activités d'associations ayant notamment pour but la recherche scientifique[88]. De même, il a jugé que n'étaient pas punissables des actes portant atteinte aux mesures de protection des droits d'auteur, lorsque de tels actes sont poursuivis à des fins de recherche scientifique[89].

Parmi ces motifs d'intérêt général pourraient, enfin, figurer des motifs relatifs au développement économique.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel offre de nombreux exemples de motifs d'intérêt général à caractère économique. Tel est le cas du fait de favoriser la création et le développement d'entreprises, qualifié d'objectif d'intérêt général[90], du maintien de l'activité et de la préservation de l'emploi, qualifié d'exigence à valeur constitutionnelle[91], ou encore du renforcement de l'attractivité touristique, qualifié de

[84] Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, qui reconnaît la protection de la santé publique comme un principe constitutionnel.
[85] Décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, qui reconnaît la lutte contre le chômage comme une finalité d'intérêt général (considérant n° 26).
[86] Article 4 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
[87] Décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, considérant n° 8.
[88] Décision n° 2014-444 QPC du 29 janvier 2015, considérants n° 8 et 9.
[89] Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, considérants n° 58 et 62.
[90] Décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014, considérant n° 9.
[91] Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, considérant n° 8.

but d'intérêt général suffisant[92]. Il importe toutefois de souligner que, dès lors qu'est en cause une privation ou une atteinte au droit de propriété, le Conseil constitutionnel exige du législateur qu'il se montre d'une précision suffisante quant aux motifs d'intérêt général qu'il poursuit[93]. Aussi la notion de développement économique pourrait-elle, à elle seule, apparaître trop vaste et mériterait d'être précisée pour justifier que soit porté atteinte aux droits de propriété intellectuelle dont dispose une personne privée envers ses données.

Afin d'être validé par le Conseil constitutionnel, tout dispositif d'ouverture des données détenues par des personnes privées devrait reposer sur des modalités proportionnées à l'objectif poursuivi

Le caractère plus ou moins contraignant d'un dispositif d'ouverture des données dont disposent les personnes privées peut s'apprécier au regard de quatre critères[94] :

- le degré d'ouverture :
  - maximum : accès ouvert à tous ;
  - minimum : accès restreint à des personnes précisément identifiées.
- la lisibilité des formats :
  - maximum : données disponibles dans un format uniforme et directement lisible ;
  - minimum : données présentées dans des formats hétérogènes peu lisibles.
- l'étendue des droits des bénéficiaires :
  - maximum : droits de réutilisation et de rediffusion ;
  - maximum : absence de droits de réutilisation et de rediffusion.
- le coût :
  - maximum : accès gratuit ;
  - minimum : accès à un tarif significatif.

Pour chacun de ces quatre critères, le caractère proportionné des modalités retenues serait apprécié par le Conseil constitutionnel au regard des motifs d'intérêt général poursuivis. On peut ainsi raisonnablement penser que seraient regardées comme proportionnées les modalités des dispositifs suivants :

- un dispositif motivé par l'information des citoyens en matière environnementale pourrait justifier une obligation d'accès de tous, dans un format lisible et gratuitement à des données détenues par une personne privée et précisément identifiées, avec des droits de réutilisation et de rediffusion étendus pour les bénéficiaires ;
- un dispositif reposant sur un motif relatif au développement économique et à l'innovation pourrait justifier une obligation d'accès, dans un format lisible et avec un droit de réutilisation à des données détenues par une personne privée et précisément identifiées, mais à condition que le bénéficiaire s'acquitte d'un tarif d'accès.

Un dispositif d'ouverture de données détenues par des personnes privées à destination d'autres personnes privées pour un motif d'intérêt général relatif au développement économique impliquerait la mise en place d'une régulation, notamment des rémunérations pouvant être demandées par le détenteur des données

Un dispositif d'ouverture des données détenues par des personnes privées au bénéfice d'autres personnes privées pour un motif d'intérêt général relatif au développement économique, s'il reposait sur la gratuité, pourrait, on l'a vu, être qualifié de privation du droit de propriété par le

---

92 Décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012, considérant n° 5.

93 V. pour des exemples : CC, décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 ; CC, décision n° 2014-426 QPC du 14 novembre 2014.

94 V. « How data are open or closed, based on four characteristics », *Open data: Unlocking innovation and performance with liquid information*, Mc Kinsey Global Institute, octobre 2013, p. 3

Conseil constitutionnel. Dans un tel scénario, il reviendrait à la puissance publique de verser une juste et préalable indemnité aux personnes privées ciblées par un tel dispositif.

Cependant, si le détenteur des données dispose d'une totale liberté pour fixer le prix des données, il pourrait vider de sa substance l'obligation de communication, en fixant un prix prohibitif. Il convient donc d'envisager une régulation de ces prix. Le principe retenu pourrait ainsi être celui d'un tarif ne pouvant excéder les coûts, à l'instar de ce qui a été prévu à l'article 4 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Il pourrait également être celui d'un tarif reflétant les coûts, voire celui d'un tarif raisonnable susceptible d'excéder les coûts.

Dans tous les cas, il reviendrait à une autorité administrative d'assurer cette fonction de régulation, en fixant dans le cadre défini par la loi les principes de l'encadrement du prix et le cas échéant en réglant les différends entre détenteurs et demandeurs des données. Il s'agirait ainsi d'un rôle analogue à celui joué par les régulateurs sectoriels dans des domaines tels que les communications électroniques ou l'énergie. Différents scénarios peuvent être envisagés pour la désignation de cette autorité. Le premier consisterait à désigner une autorité exerçant ces fonctions pour l'ensemble des données d'intérêt général. Deux autorités pourraient être envisagées dans ce schéma : l'Autorité de la concurrence, qui exerce un rôle général sur l'ensemble des activités économiques ; l'ARCEP, qui par ses fonctions est le régulateur sectoriel le plus proche de l'économie numérique et qui est familière de ces instruments de régulation. Cependant, une telle mission constituerait un changement important dans les attributions de ces autorités. L'Autorité de la concurrence se verrait confier un rôle d'intervention *a priori* dans la fixation des tarifs, alors que ses missions principales portent sur le contrôle *a posteriori* des pratiques anticoncurrentielles. Quant à l'ARCEP, elle s'éloignerait du cœur de ses compétences qui porte sur les opérateurs de communications électroniques.

Un second scénario consisterait à opérer la désignation d'une autorité différente par chaque loi sectorielle reconnaissant l'existence de données d'intérêt général. Cette autorité pourrait être une AAI, lorsqu'elle existe, ou un ministre. C'est cette dernière option qui a été retenue par la loi du 7 août 2015 pour l'ouverture des données de transport, les ministres chargés du transport et du numérique homologuant les codes de conduite définissant les conditions de mise en œuvre de la loi.

Aucun de ces scénarios ne s'impose avec évidence. Compte tenu des délais impartis à la mission, celle-ci n'a pas été en mesure d'identifier l'option la plus appropriée sur ce point.

L'obstacle que pose la directive 96/9/CE envers la mise en œuvre de tels dispositifs apparaît surmontable

Les dispositifs évoqués ci-dessus analysent la possibilité d'une ouverture imposée de bases de données détenues par des personnes privées au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit de propriété et non au regard du droit européen.

Or, si le législateur ne saurait méconnaître le droit de propriété tel que consacré par la Constitution, il ne saurait non plus méconnaître le droit européen, et en particulier le droit *sui generis* défini par les termes de la directive 96/9/CE, au risque d'adopter une loi inconventionnelle.

Plusieurs arguments laissent toutefois penser que cette directive, et le droit *sui generis* qu'elle définit, ne sauraient constituer un obstacle insurmontable aux dispositifs évoqués :

- d'une part, le droit *sui generis* défini par la directive ne concerne pas toutes les bases de données dont disposent les personnes privées, mais uniquement celles ayant fait l'objet d'un investissement substantiel (cf. supra). Les bases de données n'ayant pas fait l'objet d'un investissement substantiel pourraient donc, en tout état de cause, être concernées ;
- d'autre part, la directive elle-même prévoit, à son article 9, des exceptions à ce droit. En dépit de l'absence de jurisprudence sur le sujet, il paraît acquis qu'une obligation de transmission de données à la puissance publique pourrait entrer dans le cadre de « *l'exception de procédure administrative* » prévue par ces dispositions ;
- enfin, si la directive était interprétée comme faisant obstacle à ce qu'une atteinte, justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, soit portée au droit *sui generis*, alors cela aboutirait à un déséquilibre entre la protection des intérêts privés et l'intérêt général, ne correspondant pas aux traditions constitutionnelles des Etats membres et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

4.3. Tout dispositif consistant à ouvrir l'accès à des bases de données détenues par des personnes privées devrait, en tout état de cause, respecter la législation applicable à certains types de données

Un tel dispositif devra pleinement respecter la législation applicable aux données personnelles

Le cadre législatif de la protection des données personnelles est fixé en France par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cependant, l'exigence de protection des données personnelles résulte également de normes constitutionnelles et internationales, dont l'autorité est supérieure à la loi et dont le respect s'impose au législateur : jurisprudence constitutionnelle, droit de l'Union européenne (directive 95/46/CE, article 8 de la Charte des droits fondamentaux), convention n° 108 du Conseil de l'Europe et article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le contenu de ces normes est en grande partie commun.

Toute opération d'ouverture ou de partage de données doit respecter ce cadre juridique dès lors que les données peuvent être rattachées à une personne physique identifiée ou identifiable. Toutes les données entrant dans le périmètre de la mission ne sont pas des données à caractère personnel, mais dès lors que les données concernées relèvent de ce champ, toute opération d'ouverture ou de partage de celles-ci constitue un traitement de données à caractère personnel, qui doit respecter la loi du 6 janvier 1978.

Or il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le législateur peut imposer la communication de données à caractère personnel à deux conditions : la communication doit être justifiée par un motif d'intérêt général ; elle doit être mise en œuvre « de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ». Par construction, dans le schéma envisagé, l'ouverture des données serait justifiée par des motifs d'intérêt général. La question de la proportionnalité ne se pose ensuite pas dans les mêmes termes selon que les données en cause sont précisément identifiées ou non.

Si le dispositif envisagé définissait précisément les jeux de données concernés, à travers une loi sectorielle, le Conseil constitutionnel analyserait sans doute directement la proportionnalité des traitements de données personnelles imposés par le législateur. Il tiendrait compte de la sensibilité des données (les données dont le traitement est en principe interdit en application de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, telles que les données de santé, faisant l'objet d'une attention particulière), de l'ampleur des obligations d'ouverture (une obligation de communication sur demande portant une moindre atteinte à la vie privée qu'une obligation de publication sur internet) et du motif d'intérêt général en cause (selon les commentaires par le Conseil de ses propres décisions, son contrôle est plus étroit lorsque ne sont pas en cause des fichiers de police ou de justice).

Si le dispositif envisagé définissait de manière abstraite les jeux de données concernés, à travers une loi générale, le Conseil constitutionnel se bornerait sans doute à relever que le législateur n'a pas entendu déroger à la loi du 6 janvier 1978. En effet, dans une telle hypothèse, les traitements de données personnelles concernés seraient ensuite définis au cas par cas, en application de la loi générale, par des actes administratifs, qui seraient soumis au respect de la loi du 6 janvier 1978 et pourraient être contestés devant le juge administratif.

Le principe d'une loi imposant la communication de certaines données personnelles en raison de motifs d'intérêt général n'est donc pas contraire à la Constitution. En revanche, il importerait de veiller, soit pour chaque loi sectorielle, soit pour chaque mise en œuvre de la loi générale, au respect du principe de proportionnalité et de l'ensemble des dispositions de la loi du 6 janvier 1978.

Les données relatives au secret des affaires devront également faire l'objet d'une protection spécifique

Le secret des affaires est reconnu par de nombreuses dispositions en droit français mais son périmètre n'est pas défini. La proposition de directive sur le secret des affaires, en cours de discussion entre le Parlement européen et le Conseil, prévoit une telle définition. Cependant, elle ne concerne pas en l'état la problématique traitée par la mission, car son objet est d'empêcher les atteintes illicites au secret des affaires, et non celles qui seraient prévues par la loi.

L'exigence de protection du secret des affaires résulte du droit à la vie privée des personnes morales, reconnu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil d'Etat. Le législateur peut y porter des atteintes à condition qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt général, proportionnées et prévisibles. Il doit aussi exercer pleinement sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution, en circonscrivant ces atteintes.

Dès lors, une loi générale n'aurait d'autre possibilité que de prévoir que les obligations de communication des données qu'elle énonce s'imposent sous réserve du secret des affaires. Ceci limiterait son intérêt car le périmètre de cette exception serait à la fois étendu et incertain.

En revanche, une loi sectorielle pourrait imposer la communication de certaines données protégées par le secret des affaires. D'une part, il est admis que le législateur puisse porter des atteintes limitées à ce secret, lorsque cela est justifié par un principe constitutionnel (tel que le principe du contradictoire) ou par des motifs d'intérêt général. D'autre part, le législateur dispose aussi d'un pouvoir plus large, celui de déplacer la frontière entre les informations protégées et celles qui doivent au contraire être rendues publiques. Bien sûr, même le législateur sectoriel ne peut imposer une transparence sans limite. Il doit veiller à ne pas dénaturer la liberté d'entreprendre en empêchant les entreprises concernées d'exercer normalement leur activité.

L'accès à des bases de données détenues par des personnes privées, bien que justifié par des motifs d'intérêt général, ne saurait enfin porter sur des données protégées à des fins de sécurité nationale

Selon les dispositions du code de la défense[95], les données intéressant la défense nationale doivent faire l'objet d'une protection qui impose le respect de règles de classification et d'habilitation des personnes autorisées à y avoir accès. Ces règles déterminent les modes de production, de conservation et de circulation de ces données.

Par ailleurs, les systèmes d'information des opérateurs d'importance vitale (OIV), définis par l'article L. 1332-1 du code de la défense comme « *les opérateurs publics ou privés exploitant des établissements ou utilisant des installations et ouvrages, dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation* » et désignés au sein de chaque secteur d'activité d'importance vitale[96] par arrêté du ministre coordonnateur de ce secteur, sont soumis à des règles de protection spécifiques.

Ces règles sont fixées par les directives nationales de sécurité qui identifient, à partir d'une analyse des scénarios de menace, les enjeux, les objectifs et la politique de sécurité de chaque secteur[97] et encadrent les plans de sécurité préparés par les opérateurs d'importance vitale.

L'accès aux bases de données détenues par ces opérateurs, bien que justifié par des motifs d'intérêt général, ne saurait porter sur les données ainsi protégées.

4.4. Des dispositions sectorielles, éventuellement adoptées après une loi-cadre, apparaissent comme la voie privilégiée pour procéder à une telle ouverture

Une loi générale imposant l'ouverture de données détenues par des personnes privées pour des motifs d'intérêt général présente un fort risque d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité

Une loi générale définirait les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier l'ouverture de données détenues par des personnes privées, la procédure préalable à respecter pour procéder à cette ouverture et les conséquences juridiques s'attachant à la qualification de données d'intérêt

[95] Articles R. 2311-1 et suivants.
[96] Arrêté du Premier ministre du 2 juin 2006 fixant la liste des secteurs d'activités d'importance vitale et désignant les ministres coordonnateurs desdits secteurs, modifié par un arrêté du 3 juillet 2008.
[97] Instruction générale interministérielle n°6600/SGDSN/PSE/PSN du 7 janvier 2014 relative à la sécurité des activités d'importance vitale.

général. Faute de pouvoir être suffisamment précise, elle renverrait nécessairement à l'autorité administrative le soin de décider au cas par cas les obligations d'ouverture de données justifiées par un motif d'intérêt général ainsi que les modalités de cette ouverture.

Le risque d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité posé par une telle loi générale est élevé. Même si cette loi définissait la procédure et les critères permettant de qualifier des données d'intérêt général ainsi que les conséquences juridiques s'attachant à cette qualification, la généralité des critères donnerait nécessairement un important pouvoir d'appréciation à l'autorité administrative pour définir le périmètre des sujétions imposées aux personnes privées. Pour ce motif, la loi pourrait être censurée par le juge constitutionnel pour incompétence négative du législateur, ou écartée par les juges ordinaires pour méconnaissance de l'exigence de prévisibilité de la loi issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le précédent du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans lequel la loi ne fixe aucun critère permettant de déterminer ce qui est d'utilité publique, doit sans doute être considéré comme spécifique ; il serait hasardeux d'en déduire que ce schéma peut être reproduit pour définir des obligations de communication de données, alors même que le droit de l'expropriation n'a jamais été mis en œuvre envers des biens mobiliers et, a fortiori, incorporels.

A supposer qu'une telle loi puisse être jugée constitutionnelle et conventionnelle, elle devrait en outre exempter de l'obligation de communication les informations protégées par le secret des affaires et par celui de la défense nationale ainsi que par la législative relative aux données personnelles, ce qui pourrait diminuer sensiblement sa portée.

Une loi-cadre renvoyant à des lois sectorielles le soin de définir les jeux de données concernés présente un intérêt méthodologique, mais suscite des interrogations sur sa portée normative

Une loi-cadre fixerait la procédure permettant de qualifier des données d'intérêt général et les conséquences juridiques s'attachant à cette qualification, ainsi que, le cas échéant, les critères généraux présidant à celle-ci. Elle ne serait cependant pas applicable par elle-même, des lois sectorielles devant définir les données concernées.

Le principal intérêt d'une telle loi cadre serait d'envoyer un signal politique fort en faveur de l'ouverture de données détenues par des personnes privées et fournir un cadre commun aux dispositions législatives sectorielles qui seraient adoptées ultérieurement. L'élaboration des différents dispositifs existants de transmission de données détenues par des personnes privées (cf. partie 1) a fait ressortir l'inexistence d'une doctrine claire en la matière. La principale conséquence de cette absence de principes communs est de faire naître, à propos de chaque nouveau dispositif, des interrogations identiques sur les fondements et les modalités à retenir. En cela, une loi-cadre fournirait des repères utiles. **Cet argument est toutefois à double tranchant : le cadre fixé par une loi pourrait définir des règles de procédure qui s'avèreraient ensuite inadaptées aux spécificités propres à certaines applications sectorielles.**

On peut par ailleurs s'interroger sur le caractère normatif d'une telle loi-cadre. Le Conseil constitutionnel a en effet dégagé, sur le fondement de l'article 6 de la Déclaration de 1789, un principe de normativité de la loi[98]. Or une loi-cadre, qui se bornerait à renvoyer à des lois sectorielles le soin d'identifier des données susceptibles d'être ouvertes et à fixer des principes généraux pour ce faire, ne produirait en elle-même aucun effet de droit. Le cadre ainsi posé serait virtuel et il reviendrait au législateur de le rendre ou non opératoire.

Une voie pour surmonter cet écueil consisterait, comme cela a été fait pour la loi relative aux actions de groupe, à fournir dans la loi-cadre une première application sectorielle. Un renvoi aux obligations de transmission de données imposées aux services de transport public de voyageurs et aux services de mobilités définies par l'article 4 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques pourrait par exemple fournir, dans une loi-cadre, une première application sectorielle.

En dépit de ces interrogations sur l'opportunité comme sur la normativité d'une telle loi-cadre, une rédaction des dispositions qu'elle pourrait comporter figure en annexe 1 pour information.

[98] Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, considérant 8.

Des dispositions législatives sectorielles apparaissent en définitive comme le vecteur privilégié pour procéder, au cas par cas, à l'ouverture de données détenues par des personnes privées

Des dispositions législatives sectorielles détermineraient les données dont l'ouverture répond à un motif d'intérêt général et les modalités de cette ouverture, à l'exemple des démarches déjà engagées par le législateur au cours des derniers mois en matière de transports et de santé.

La loi sectorielle présente pour avantage de circonscrire de manière précise les atteintes portées au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre et au secret des affaires. Ceci permet de s'assurer de la proportionnalité de ces atteintes aux motifs d'intérêt général en cause et de prévenir le risque d'incompétence négative du législateur. Pour cette raison, **une loi sectorielle permet d'ailleurs d'aller plus loin dans les restrictions au secret des affaires que ne le permettrait une loi générale**. La proportionnalité de l'atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre implique en revanche de ne pas exclure la rémunération de l'entreprise détentrice des données lorsque la communication est destinée à des acteurs économiques, sauf à ce que l'Etat indemnise ce qui constituerait alors une privation de propriété.

Dans ce mode d'intervention du législateur, la principale source d'insécurité qui demeure tient à la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données. Les questions sur la portée de l'exception de procédure administrative et sur la possibilité d'apporter au droit sui generis, comme à tout droit de propriété, des restrictions justifiées par des motifs d'intérêt général, sont à ce jour sans réponse nette dans la jurisprudence. En tout état de cause, même si les raisonnements fondés sur l'exception de procédure administrative et sur les restrictions justifiées par des motifs d'intérêt général n'étaient pas retenus à l'avenir par la jurisprudence, la directive ne pourrait rendre la loi inconventionnelle dans son ensemble. Elle n'empêcherait l'application de la loi ni aux bases n'ayant pas fait l'objet d'un investissement substantiel au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ni, pour les bases ayant fait l'objet d'un tel investissement, à des extractions ou des réutilisations non substantielles.

Le fait de procéder par des lois sectorielles présenterait également des avantages en termes d'opportunité. Il répondrait aux préoccupations exprimées par les acteurs, notamment de l'économie numérique, à l'égard d'un dispositif général et contraignant. Il permettrait aussi d'accumuler de l'expérience sur la mise en œuvre de ces dispositifs, ce qui peut être précieux compte tenu du caractère pionnier de cette démarche.

Le tableau 2 ci-dessous présente plusieurs secteurs dans lesquels les exemples de données fournis pourraient faire l'objet de dispositifs d'ouverture sectoriels de ce type.

La loi relative aux nouvelles opportunités économiques annoncée par le Gouvernement, qui devrait porter notamment sur l'impact du numérique, pourrait être le vecteur d'une identification des secteurs prioritaires d'ouverture des données, et fixer une procédure commune qui servirait de référence.

<u>Proposition n° 11</u> : Procéder de manière sectorielle et au cas par cas à l'ouverture de données détenues par des personnes privées, à condition que cette ouverture soit justifiée par des motifs d'intérêt général et repose sur des modalités proportionnées.

Vecteur : loi

Une poursuite de la mission sous forme d'approfondissements sectoriels pourrait être envisagée, consistant à cartographier les données de quelques secteurs clés et à proposer les modalités d'ouverture des données pertinentes.

Tableau 2 – Différents exemples de données pouvant faire l'objet de dispositifs d'ouverture

Domaine	Exemple de données	Exemple d'usage
Environnement / Energie / Urbanisme	Consommations énergétiques individuelles (données récoltées par les compteurs Linky).	Optimisation de leur consommation par les particuliers, meilleure prévision et lissage du pic.
	Données de consommation individuelle des distributeurs d'eau	Connaissance plus fine de la saisonnalité des consommations.
	Cadastre solaire des villes.	Politique d'urbanisme : optimisation des parcs ENR, de la végétalisation, etc.
	Données de pollution de l'air (des agences pour la qualité de l'air, des capteurs personnels connectés, etc.)	Information citoyenne sur la qualité de l'air, prévisions de pollution
Déplacements/ localisation géographique	Horaires en temps réel des différents modes de transport collectifs.	Calcul d'itinéraire multimodal.
	Données temps réels sur le trafic routier, données météo, données sur les travaux en cours et prévus, etc.	Optimisation de la planification du transport de marchandises.
	Données de géolocalisation des personnes (téléphonie mobile, applications de géolocalisation type Waze, données du pass navigo etc.)	Meilleure connaissance des flux de population, pour l'aménagement du territoire (transport, ville intelligente) et la gestion des crises (épidémies).
	Base de données des adresses géolocalisées (BAN)	Toute application nécessitant la localisation sur une carte d'une adresse
	Données produites par les voitures connectées (position, état de la voiture, régime moteur, etc.)	Recommandations personnalisées de mode de conduite
	Données de géolocalisation des points d'intérêts (restaurants, cinémas, lieux culturels, etc.)	Applications de recommandations aux usagers (téléphone mobile)
Logement	Base de données des notaires.	Connaissance fine des loyers par zone géographique.
Emploi	Base de données des offres d'emploi	Recommandation d'offres aux personnes en recherche d'emploi

Source : mission.

5. L'accès de la statistique publique aux bases de données privées doit être permis et assorti de garanties pour les personnes concernées

5.1. L'accès direct de la statistique publique[99] à certaines bases de données privées est une évolution souhaitable de l'obligation statistique

La puissance publique dispose de longue date de prérogatives contraignantes pour que les personnes privées lui communiquent des données, en particulier dans le cadre de la statistique publique

La loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière statistique a dès l'origine prévue une obligation de réponse à la charge des personnes privées, assortie de sanctions pécuniaires. Dans le texte actuel, lorsque le ministre arrête le programme annuel d'enquêtes défini sur proposition du Conseil national de l'information statistique (CNIS)[100], il décide celles de ces enquêtes qui auront un caractère obligatoire. L'absence de réponse ou la réponse sciemment inexacte sont punies d'une amende prononcée par le ministre après avis du CNIS réuni en comité du contentieux des enquêtes statistiques obligatoires. Le montant des amendes est certes limité puisqu'il ne peut dépasser 2 250 euros pour chaque infraction.

Le principe d'une obligation statistique se retrouve au niveau européen. Le code de bonnes pratiques de la statistique européenne[101] prévoit sous son deuxième principe, intitulé « *mandat pour la collecte des données* », que « *les autorités statistiques peuvent rendre obligatoire la réponse aux enquêtes statistiques en se fondant sur un acte juridique* ».

Au-delà du champ de la statistique publique, il est fréquent que les autorités publiques disposent du pouvoir d'exiger la communication par les personnes privées de données utiles à la conduite de leurs missions. Par exemple, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et l'Autorité des marchés financiers (AMF) ont chacune en vertu de la loi le pouvoir d'exiger la communication des informations nécessaires à l'exercice de leur mission[102].

La statistique publique cherche aujourd'hui à développer l'accès direct à des bases de données de personnes privées

L'INSEE cherche depuis plusieurs années à développer l'accès aux « données de caisse » de la grande distribution pour construire l'indice des prix à la consommation (IPC). Traditionnellement, l'IPC est calculé par l'INSEE au moyen de 180 000 prix relevés chaque mois par des enquêteurs de l'Institut dans 27 000 points de vente[103]. Les données de caisse des enseignes de la grande distribution

---

[99] Le service statistique public est défini par la loi comme l'ensemble composé de l'INSEE et des services statistiques ministériels (SSM).

[100] Le CNIS est défini par la loi comme une instance de concertation entre les producteurs et les utilisateurs de la statistique publique. Il comporte notamment des représentants des partenaires sociaux et des organismes consulaires (chambres de commerce et d'industrie, chambres des métiers et de l'artisanat et chambres d'agriculture).

[101] Le code de bonnes pratiques de la statistique européenne est un instrument de droit souple qui n'a pas en lui-même de valeur contraignante. Toutefois, l'article 1er du règlement 223/2009/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 relatif aux statistiques européennes y fait référence en prévoyant que les statistiques européennes « *sont développées, produites et diffusées en conformité avec les principes statistiques énoncés à l'article 285, paragraphe 2,* [aujourd'hui article 338.2] *du traité et précisés dans le code de bonnes pratiques de la statistique européenne* ». Le code est adopté par le comité du système statistique européen, qui est composé des représentants des instituts statistiques nationaux et présidé par Eurostat.

[102] Cf. respectivement les articles L. 32-4 et L. 36-13 du code des postes et des communications électroniques, L. 135-4 du code de l'énergie et L. 621-8-4 du code monétaire et financier.

[103] *Quel partenariat pour permettre à la statistique publique d'utiliser les données de caisse pour le suivi des prix à la consommation ?*, rapport du groupe de travail INSEE – distribution, présidé par J.-L. Lhéritier, 2011.

retracent quant à elles quotidiennement l'ensemble des prix et des quantités des produits vendus. L'accès de l'INSEE à ces données de caisse présenterait plusieurs avantages : meilleure exhaustivité, absence d'erreurs de saisie et réduction du coût de production de l'indice.

Suite à un groupe de travail tenu en 2010-2011 entre l'INSEE et les représentants de six grandes enseignes, l'INSEE a lancé un projet pilote avec des entreprises volontaires, dans un cadre conventionnel. Cependant, certains groupes importants refusent de s'engager dans cette démarche, ce qui en limite l'intérêt ; la démarche demeure à ce stade expérimentale et ne sert pas encore à la production de l'IPC. A l'étranger, quatre pays utiliseraient les données de caisse pour construire leur IPC : les Pays-Bas, la Norvège, la Suisse et la Suède[104].

Au-delà du seul cas des données de caisse, d'autres bases de données privées pourraient être utiles à la statistique publique. Dans le cadre de la préparation du projet stratégique 2025 de l'INSEE, un groupe de travail « nouvelles sources » a notamment identifié comme sources à fort enjeu :

- les données des opérateurs de téléphonie mobile, qui pourraient permettre d'améliorer les statistiques de transport, de mesurer la population présente (et pas seulement résidente) sur le territoire et d'améliorer les statistiques sur le tourisme ;
- les données des offres d'emploi publiées sur internet, qui pourraient pallier les lacunes des sources actuellement utilisées par la statistique publique.

Un groupe de travail INSEE-CNIS sur l'accès de la statistique publique aux données privées, présidé par M. Michel Bon, a été lancé à la fin de l'année 2014.

L'accès de la statistique publique à des bases de données est souhaitable pour des raisons d'efficience et de qualité, et présente des enjeux stratégiques

Les statistiques publiques sont aujourd'hui produites à partir de deux sources :

- les enquêtes auprès des particuliers ou des personnes morales (faisant intervenir le cas échéant un nombre conséquent d'enquêteurs employés par la statistique publique, comme pour le recensement ou l'IPC) ;
- les fichiers administratifs, auxquels la statistique publique peut avoir accès dans le cadre défini par l'article 7 bis de la loi du 7 juin 1951.

L'accès direct de la statistique publique aux données privées (accès à la base données informatique) est susceptible de présenter plusieurs avantages par rapport à ces modes « traditionnels » de collecte.

Tout d'abord, il peut engendrer des économies pour la statistique publique. Alors que les services de l'Etat sont durablement soumis à des efforts annuels importants de réduction de leurs coûts de fonctionnement, de nouveaux modes de collecte moins onéreux pourraient s'avérer nécessaires pour maintenir la qualité de certains indicateurs.

L'accès direct peut aussi être source d'économies pour les personnes privées, en particulier pour les entreprises. En effet, la réponse aux enquêtes implique la mobilisation de ressources humaines et s'ajoute à d'autres obligations administratives. L'accès direct peut être source de coûts d'adaptation du système informatique pour permettre son utilisation par la statistique publique, mais une fois cet effort consenti, il devrait représenter une charge inférieure à celle représentée aujourd'hui par la réponse aux enquêtes. La minimisation du coût pour les entreprises est un principe important de la statistique européenne : il est notamment prévu par l'article 338.2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, selon lequel l'établissement des statistiques « *ne doit pas entraîner de charges excessives pour les opérateurs économiques* » et constitue le neuvième principe du code de bonnes pratiques de la statistique européenne. Celui-ci précise que « *des moyens électroniques sont utilisés, à chaque fois que cela est faisable, pour faciliter la transmission* » des informations recherchées auprès des entreprises. En France, le conseil de la simplification pour les entreprises a retenu en octobre 2014 une mesure intitulée « *Garantir zéro charge nouvelle pour les enquêtes statistiques* » (mesure n° 38).

[104] F. Lenglart, « Le projet « données de caisse » pour les prix à la consommation », présentation au CNIS, janvier 2013.

Comme le montre l'exemple de l'IPC, l'accès aux bases de données peut améliorer la qualité des statistiques produites, par l'utilisation de sources plus riches et plus exhaustives. Il pourrait aussi fournir des informations entièrement nouvelles, comme la population présente sur le territoire par l'utilisation des données de téléphonie mobile.

Enfin, l'accès direct présente des enjeux stratégiques pour le service statistique public. L'essor du numérique fait apparaître de nouvelles sources de données, qui peuvent être exploitées à moindre coût par des acteurs économiques pour produire des statistiques et concurrencer ainsi la statistique publique,. Ainsi, dans le cadre du Billion Price Project, des chercheurs du *Massachussetts Institute of Technology* (MIT) construisent depuis 2006 un indice de prix quotidien par l'utilisation des données issues du commerce en ligne[105]. Cette fréquence plus importante que celle des indices officiels leur permet de déceler certaines tendances de manière plus précoce, comme cela a été le cas après la faillite de Lehman Brothers en octobre 2008. La société Premise, fondée en 2012, construit des séries inédites sur le prix des denrées alimentaires et des matières premières, et compte l'entité de capital-risque de Google parmi ses investisseurs. En France, la société Trendeo propose des séries statistiques sur l'emploi et l'investissement à partir de données collectées sur internet.

Il est dès lors important que le service statistique public puisse accéder à de nouvelles sources caractérisées par leur richesse, leur diversité et leur coût marginal proche de zéro. Il en va du maintien de sa pertinence dans ce nouvel environnement.

L'accès à des bases de données est une nouvelle modalité de l'obligation statistique, qui appelle des garanties complémentaires à celles du secret statistique

L'accès du service statistique public à des bases de données ne représente pas un changement de nature de l'obligation statistique : les personnes privées sont déjà tenues de transmettre les informations dont l'utilité a justifié l'inscription dans le programme annuel d'enquêtes. Il s'agit d'une modalité nouvelle de mise en œuvre de cette obligation, le service statistique public accédant directement à certains éléments des bases de données de la personne privée au lieu de demander à celle-ci d'en extraire les informations nécessaires.

Pour autant, l'accès aux bases de données soulève des questions nouvelles par rapport aux modes traditionnels de collecte. Lorsqu'une entreprise répond à une enquête, elle maîtrise les informations qu'elle communique et n'a pas à ouvrir ses systèmes d'information à des personnes qui lui sont extérieures. En ouvrant ses bases de données aux agents du service statistique public, l'entreprise leur donne accès à un ensemble d'informations beaucoup plus important que celles qui sont nécessaires à l'enquête ; selon la sensibilité des données, se posent des questions de sécurité inédites dans la relation entre la statistique publique et les entreprises.

Le secret statistique, en vertu duquel les agents du service statistique public sont astreints au secret professionnel sous les sanctions prévues à l'article 226-13 du code pénal, serait bien sûr applicable aux informations obtenues par l'accès aux bases de données des personnes privées. Cependant, deux garanties complémentaires, adaptées à ce nouveau mode de collecte, devraient être instaurées :

- La limitation de l'accès et de la réutilisation aux données nécessaires à l'enquête : l'ouverture des bases de données ne doit servir que pour répondre aux besoins de l'enquête, préalablement définis dans le projet d'enquête ayant reçu le visa ministériel prévu par l'article 2 de la loi du 7 juin 1951. Il n'est pas envisageable que le service statistique public puisse « jouer » avec les données pour en déterminer les futurs usages, comme le ferait un chercheur ou une startup dans le cadre d'un « hackathon »[106].
- La sécurité des données : les conditions techniques de l'accès aux données devraient être définies en accord avec la personne privée, de manière à en garantir la sécurité.

[105] http://bpp.mit.edu/

[106] Il est possible en revanche que l'exploitation de la base révèle au service statistique public des usages non envisagés au départ ; dans ce cas, un nouveau projet d'enquête devrait être établi et soumis au visa afin que les données puissent recevoir cette utilisation.

5.2. Cette évolution ne se heurte pas à des obstacles de principe sur le plan constitutionnel ou conventionnel

Les développements du chapitre 4 sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une obligation de communication de données imposée à des personnes privées s'appliquent lorsque la statistique publique est le destinataire des données.

En premier lieu, l'obligation de donner à la statistique publique un accès aux données s'analyse comme une simple atteinte au droit de propriété, et non comme une privation de ce droit. Elle doit donc être justifiée par des motifs d'intérêt général, proportionnée et suffisamment encadrée par la loi.

En deuxième lieu, pour les raisons indiquées ci-dessus (5.1), il n'est pas douteux que la réalisation de statistiques publiques réponde à un but d'intérêt général. L'obligation de communication de données peut concourir à la fois à améliorer la qualité des statistiques et à diminuer le coût de leur réalisation.

En troisième lieu, plusieurs arguments permettent aussi d'établir la proportionnalité de l'atteinte au droit de propriété, ou, pour reprendre les termes de la CEDH, « *un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de protection des droits fondamentaux de l'individu* » :

- L'obligation de communication de données est appropriée pour satisfaire les besoins de la statistique publique. L'expérience de l'accès aux données de caisse dans un cadre volontaire est éclairante : il suffit qu'un acteur économique important refuse de se prêter à l'exercice pour fragiliser tout le dispositif.
- Elle renforce l'efficience de la collecte et est susceptible de limiter son coût pour les entreprises.
- Les intérêts de l'entreprise détentrice des données et son droit à la vie privée sont protégés par la règle du secret statistique énoncée par la loi du 7 juin 1951.

Enfin, le caractère obligatoire de l'enquête implique déjà un certain encadrement. En effet, pour qu'une enquête soit rendue obligatoire, deux étapes doivent être franchies. En premier lieu, elle doit recevoir en vertu de l'article 2 le visa ministériel, après avis du comité du label[107]. Selon l'article 20 du décret du 20 mars 2009[108], le comité du label se prononce notamment au vu de la qualité statistique du projet, de la charge qu'implique l'enquête pour les personnes physiques ou morales qui en font l'objet et du degré de concertation avec les utilisateurs. En second lieu, l'enquête doit en vertu de l'article 1er bis de la loi être inscrite au programme annuel défini par le ministre chargé de l'économie sur proposition du CNIS, avec mention de son caractère obligatoire.

Cependant, cet encadrement général prévu par la loi du 7 juin 1951 devrait recevoir des compléments spécifiques pour les enquêtes reposant sur l'accès direct aux bases de données des personnes concernées. La loi devrait mentionner le principe de limitation de l'accès et de la réutilisation aux données nécessaires à l'enquête et le principe de sécurité, exposés ci-dessus. Elle pourrait en outre réserver cette modalité de collecte aux enquêtes pour lesquelles l'accès direct présente une plus-value établie pour la qualité ou le coût des statistiques produites.

S'agissant du respect de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données, l'obligation de communication de données à des fins relevant de la statistique publique pourrait relever de l'exception prévue par l'article 9 de la directive. Cet article dispose que les Etats « *peuvent établir que l'utilisateur légitime d'une base de données qui est mise à la disposition du public de quelque manière que ce soit peut, sans autorisation du fabricant de la base, extraire et/ou réutiliser une partie substantielle du contenu de celle-ci : (…) c) lorsqu'il s'agit d'une extraction et / ou d'une réutilisation à des fins de sécurité publique ou aux fins d'une procédure administrative ou juridictionnelle* ». Il ne semble pas exister de jurisprudence sur cette notion de réutilisation aux fins d'une procédure administrative. Le considérant 50 de la directive précise « *qu'il importe que ces opérations ne portent pas préjudice aux droits exclusifs du fabricant d'exploiter la base de données et que leur but ne revête pas un caractère commercial* ». Une

[107] Le comité du label comprend quatre formations compétentes selon le public concerné par l'enquête. La formation compétente pour les entreprises comprend notamment des représentants des organisations patronales et des organismes consulaires.

[108] Décret n° 2009-318 du 20 mars 2009 relatif au Conseil national de l'information statistique, au comité du secret statistique et au comité du label de la statistique publique.

procédure d'obligation de communication de données telle que celle prévue par l'article 3 de la loi du 7 juin 1951 est bien de nature administrative, elle ne porte pas préjudice aux droits d'exploitation du fabricant et son but n'est pas commercial. Bien que l'on ne puisse s'appuyer sur un précédent jurisprudentiel, on peut raisonnablement penser que le dispositif envisagé relève de l'exception de procédure administrative, de même que toute obligation de communication à une autorité publique à des fins relevant de la mission de celle-ci.

5.3. Les dispositions issues de la loi du 22 mars 2012 devraient être clarifiées et assorties de garanties renforcées pour les personnes privées

La loi du 22 mars 2012 ne semble avoir traité le sujet de l'accès aux bases de données privées que par inadvertance

La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives a créé un second alinéa à l'article 3 de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, qui est ainsi rédigé :

« *Sur demande du ministre chargé de l'économie, après avis du Conseil national de l'information statistique, les informations d'ordre économique ou financier détenues par une personne morale de droit privé sont cédées, à des fins exclusives d'établissement de statistiques, à l'Institut national de la statistique et des études économiques ou aux services statistiques ministériels lorsque ces informations sont recherchées pour les besoins d'enquêtes statistiques obligatoires ayant reçu le visa ministériel prévu à l'article 2.* »

Il existe un certain décalage entre l'intention manifestée par le législateur au cours des travaux préparatoires, assez ciblée, et la lettre du texte, beaucoup plus large. La disposition est issue d'une proposition de loi de M. Jean-Luc Warsmann, alors président de la commission des lois de l'Assemblée nationale. L'exposé des motifs indique que la mesure a été proposée lors des « assises de la simplification » afin de simplifier les modalités d'enquête statistiques, en permettant à l'INSEE et aux services statistiques ministériels (SSM) d'accéder aux données détenues par une entreprise sur d'autres entreprises. Les exemples cités par les travaux parlementaires sont ceux des données détenues sur des entreprises par des fournisseurs de celles-ci, telles que des entreprises d'électricité ou de télécommunications, ou des agences d'intérim. La loi devait permettre de passer par ces entreprises « centralisatrices » plutôt que par chacune des entreprises concernées.

Cependant, la lettre du texte ne porte pas seulement sur les données détenues par une entreprise sur d'autres entreprises, mais de manière générale sur « *les informations d'ordre économique ou financier détenues par une personne morale de droit privé* ». Toutes les données économiques et financières des personnes privées sont donc potentiellement concernées ; la seule restriction est que ces informations doivent être utiles à la réalisation d'enquêtes statistiques obligatoires ayant reçu un visa ministériel. La lettre du texte étant claire, elle prévaut sur l'intention manifestée par le législateur : selon la jurisprudence *Commune de Houdan* du Conseil d'Etat (CE Sect., 27 octobre 1999, n° 188685), il n'y a pas lieu de se référer aux travaux parlementaires lorsque la lettre de la loi est claire.

Le Conseil d'Etat avait rendu un avis sur la proposition de loi et n'avait pas soulevé d'interrogation sur la constitutionnalité de cet article, qui figurait en des termes quasi identiques dans le texte initial de la proposition. Le Conseil constitutionnel n'a pas relevé d'office un grief contre cet article[109].

La disposition issue de la loi du 22 mars 2012 ne semble pas avoir été mise en œuvre à ce jour, notamment en raison de doutes manifestés par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie sur sa constitutionnalité.

[109] Ce qui n'équivaut pas à une déclaration de conformité à la Constitution, et n'empêcherait pas de former une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à l'encontre de cet article.

La loi devrait définir des garanties renforcées pour les personnes privées concernées

Comme il a été montré ci-dessus, l'accès de la statistique publique à des bases de données privées ne se heurte pas, dans son principe, à des obstacles constitutionnels ou conventionnels. Les dispositions issues de la loi du 22 mars 2012 soulèvent cependant deux difficultés :

Tout d'abord, elles disposent que les informations d'ordre économique et financier détenues par une personne morale de droit privé sont « *cédées* » à l'INSEE ou à un SSM. Si cette expression est reprise de l'article 7 bis de la loi du 7 juin 1951, qui organise l'accès de la statistique publique aux fichiers administratifs, elle paraît peu appropriée pour l'accès aux données des personnes privées. Mal comprise, elle peut laisser croire qu'il s'agit d'un transfert de propriété, qui constituerait une expropriation et devrait donc être indemnisé. Il n'en est rien en réalité : comme pour les fichiers administratifs, la « *cession* » ne prive en rien la personne privée de ses droits sur les données. Le terme de cession peut aussi faire penser que l'INSEE ou le SSM utilise librement les données qui lui ont été communiquées, même si la loi précise que la cession intervient « *pour les besoins d'enquêtes statistiques obligatoires ayant reçu le visa ministériel prévu à l'article 2* ».

Ensuite, elles ne prévoient pas explicitement les garanties de limitation de l'accès et de la réutilisation aux besoins de l'enquête et de sécurité des données.

Une réécriture de ces dispositions apparaît donc souhaitable. Outre l'amélioration du dispositif sur le fond, elle permettrait également au Parlement de se prononcer cette fois-ci de manière éclairée sur ses enjeux, ce qui conforterait la légitimité du service statistique public à accéder aux bases de données des personnes privées.

La loi devrait comporter les dispositions suivantes :

- **La définition de la procédure préalable à la mise en œuvre du dispositif** : comme le prévoit l'actuel article 3 issu de la loi du 22 mars 2012, l'accès direct ne devrait servir que pour les besoins d'enquêtes statistiques obligatoires ayant reçu le visa ministériel ; la loi devrait ajouter qu'elle est subordonnée à une étude de faisabilité montrant la capacité de ce mode de collecte à répondre aux besoins d'enquête, ainsi que ses avantages en termes de coût pour le service statistique publique ou les répondants ou de qualité des données produites.

  Un décret préciserait l'insertion de cette étude de faisabilité dans la procédure d'octroi du visa ; il devrait sans doute prévoir que le comité du label se prononce sur l'opportunité de recourir à ce mode de collecte.

- **La limitation de l'accès et de l'utilisation des données aux besoins de l'enquête.**

- **Des garanties de sécurité**, telles que la définition par convention entre le service statistique et la personne privée de conditions techniques d'accès garantissant la sécurité des données, ainsi que la désignation par le chef du service statistique d'agents individuellement habilités à cet accès.

En revanche, **il ne paraît pas souhaitable de restreindre *a priori* le champ des données pouvant faire l'objet de ce mode de collecte**. La définition dans la loi des statistiques pour la production desquelles la communication de données pourrait être exigée conduirait à une grande rigidité du dispositif, puisqu'il faudrait modifier la loi à chaque fois que l'on souhaite étendre l'obligation. De même, des critères tels que l'utilisation de l'indicateur pour l'indexation de contrats ou l'existence d'une obligation de production statistique issue du droit international ou du droit de l'Union européenne constitueraient des restrictions importantes qui ne paraissent pas nécessaires pour assurer la sécurité juridique du dispositif.

Proposition n°12 : Modifier les dispositions issues de la loi du 22 mars 2012, afin de permettre l'accès de la statistique publique aux bases de données privées tout en renforçant les garanties pour les personnes concernées.

Vecteur : loi

La sanction du refus de donner accès aux bases de données

L'expérience des pays recourant aux données de caisse pour construire l'IPC montre que certains distributeurs refusent de laisser les services statistiques accéder à leurs données. De manière générale, la problématique des conséquences attachées au non-respect d'une obligation de communication des données doit être traitée.

Les sanctions définies par l'article 7 de la loi du 7 juin 1951 pour le refus de répondre à une enquête seraient applicables au refus de laisser le service statistique accéder à des données. **La faiblesse de leur montant n'assure cependant pas leur caractère dissuasif.** Une augmentation significative du plafond des sanctions serait sans doute envisageable, sans que soit méconnu le principe constitutionnel de proportionnalité ; elle devrait cependant concerner l'ensemble des refus, car il n'y a pas de motif de punir plus lourdement le refus de laisser l'accès à sa base de données que le refus de répondre à une enquête. La loi pourrait prévoir que le montant de la sanction est fixé en fonction du préjudice causé par le refus à la production des statistiques publiques, ce qui permettrait de prononcer des sanctions plus importantes à l'encontre des acteurs économiques majeurs sur des marchés oligopolistiques. La loi pourrait aussi prévoir la possibilité de rendre la sanction publique, ce qui accroîtrait son caractère dissuasif.

Une autre voie consisterait à i**nstaurer une astreinte journalière, qui augmenterait tant que la personne concernée n'aurait pas rempli ses obligations de communication de données à la statistique publique.** La loi pourrait prévoir à cette fin une procédure spécifique devant le juge administratif statuant en référé.

Proposition n°13 : Renforcer les sanctions du refus de répondre à une demande obligatoire de la statistique publique et créer un système d'astreinte journalière prononcé par le juge administratif.

6. Des instruments incitatifs peuvent accompagner ce mouvement

Comme retracé dans le chapitre 2, l'Etat et ses opérateurs mettent déjà en œuvre des actions de soutien aux partages de données entre acteurs (challenges « big data », Bpifrance « Le Lab » et « le Hub », etc.), et cette politique est reprise au niveau des collectivités locales par des initiatives comme celles de la Ville de Paris ou du Grand Lyon. Certains acteurs privés ont eux aussi entrepris une ouverture contrôlée de leurs données, dans une logique d'écosystème.

Pour amplifier et accélérer ce mouvement, des mesures incitatives sont souhaitables :

- au stade initial, il faut **favoriser les rencontres entre détenteurs de données, souvent de grandes entreprises privées ou publiques, et les startups ou autres acteurs de l'économie digitale** qui peuvent en proposer de nouvelles valorisations, parfois en croisant des sources diverses (par exemple pour ce qui concerne la mobilité) ;

Proposition n°14 : faciliter la mise en relation des entreprises dans un cadre de partage des données en :

- organisant des tables rondes sectorielles sur le partage des données (*Responsabilité : Hub Bpifrance, DG)*

- incluant la thématique du partage des données dans les appels à projet (PIA, etc.) (*Responsabilité : CGI, Bpifrance, DGE)*

- lorsque les contacts initiaux sont établis et des projets envisagés, il peut être parfois nécessaire, notamment pour des startups qui ont peu de ressources et un modèle économique fragile, de **fournir un soutien méthodologique et juridique pour que le projet puisse démontrer son intérêt dans des délais rapides, et de façon équilibrée entre les parties.** L'exemple donné par la BPI, pour une exploitation dans le cadre d'appels à projets de ses données historiques de crédit et d'aide à l'innovation (non-anonymisées pour permettre des croisements, dans le cadre du Centre d'Accès Sécurisé aux Données) montre que ce peut être une démarche complexe : il a fallu presque un an pour que les conventions relatives aux projets retenus puissent aboutir ;

  Un soutien, pour ce qui est des startups, peut déjà se trouver au sein des multiples incubateurs qui se sont créés ces dernières années pour les questions communes à tous les créateurs d'entreprise (projet d'entreprise, structure de financement, cadre juridique et fiscal…). Mais l'ouverture des données induit des questions spécifiques, notamment juridiques, (anonymisation, secret industriel, concurrence…) comme le montre le chapitre 4 de ce rapport, questions qui se retrouvent au niveau particulier des acteurs concernés ;

Proposition n°15 : accompagner et conseiller les entreprises dans la contractualisation de leurs échanges de données en

- établissant des guides de bonnes pratiques et des contrats types
(Responsabilité : agence du numérique, ETALAB, avec les fédérations professionnelles)

- établissant un vade-mecum de l'anonymisation des données
(Responsabilité : CNIL)

- il faut, par ailleurs, que les détenteurs des données intègrent le caractère novateur d'une exploitation dont la finalité ne peut pas toujours être anticipée, ce qui suppose alors une mise à disposition pendant un délai prédéfini dont l'issue n'est pas connue ex ante : la diffusion de bonnes pratiques, parfois une intermédiation, peuvent permettre de passer ce premier cap.

Proposition n°16 : Confier à un service du ministère de l'économie, par exemple à l'agence du numérique, une mission de médiation sur le partage des données privées.

Vecteur : décret

Outre les initiatives nationales existantes et à développer, **la diversité des acteurs et des territoires plaide pour des mesures incitatives et de soutien déclinées au niveau local** : c'est en fonction de la présence des acteurs économiques, détenteurs de données, chercheurs et créateurs du digital, que des projets peuvent émerger : l'exemple du Grand Lyon et de son « *living lab TUBÀ* », centré sur la problématique de la « ville intelligente », montre que c'est la présence conjointe sur ce territoire de ces entreprises, créateurs et chercheurs (INSA de Lyon notamment) qui a permis de développer une stratégie adaptée de contacts, de prise de connaissance réciproque, puis d'émergence de projets concrets[110].

Encadré 5 - Le laboratoire « TUBÀ »

TUBÀ est une association d'acteurs privés et publics, de grandes entreprises comme EDF, ERDF, KEOLIS Lyon, SOPRA et Veolia, des universités, de pôles de compétitivité et de clusters économiques, avec le soutien du Grand Lyon et de la Région Rhône Alpes.

Ses objectifs sont de :

- **Permettre à tous les usagers de tester** les services de demain et de participer à leur amélioration;
- Accompagner / héberger / aider les porteurs de projets dans le développement de leur services;
- Être un lieu de rencontre / d'échange / de partage.

Le challenge du TUBÀ : aider au **développement de services innovants** tout en privilégiant **la participation des citoyens** à cette dynamique de création et d'innovation.

Les deux espaces du TUBÀ :

- Le laboratoire urbain collaboratif (TubaMix) est la plateforme de travail pour les porteurs de projets, et de rencontre pour tous.
- Le LAB (TubaLab) sert de lieu d'expérimentation, de sensibilisation et de partage des connaissances.

Les contributeurs du TUBÀ :

Afin d'atteindre son objectif de création de la ville intelligente, le TUBÀ doit s'entourer de tous les acteurs indispensable à son évolution:

- Les grandes entreprises, qui ont la volonté de mettre à disposition des porteurs de projets des jeux de données pour les aider à se développer;
- les porteurs de projets (« startup »), qui veulent expérimenter leurs technologies ou services innovants, ou qui recherchent les ressources nécessaires à l'aboutissement de leurs projets ;
- Les pôles de compétitivité, les laboratoires de recherches et les clusters spécialisés dans des domaines précis, qui visent à soutenir le développement de ces innovations.

Source : documentation TUBA

110 Comme TCL Sytral qui permet un accès temps réel et multimodal aux données de déplacement, ou Watt et moi, qui exploite les données de consommation électrique pour les premiers foyers équipés des terminaux intelligents LINKY. Cf. site du TUBA.

Une mise en œuvre territorialisée de ces mesures incitatives et de soutien est cohérente avec ce qui vient d'être décidé par la loi « NOTRe » du 7 août 2015, qui renforce le rôle des régions en matière de développement économique. Les régions seront notamment responsables de la politique de soutien aux petites et moyennes entreprises et aux entreprises de taille intermédiaire, et devront établir un schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation (SRDEII) qui fixera les orientations régionales pour une durée de cinq ans.

Les métropoles (et les communes dans le cadre de la clause de compétence générale qui leur est maintenue) peuvent être aussi les initiateurs de ces mesures incitatives et de soutien au partage de données[111].

[111] L'association Opendata France, créée en 1993, regroupe et soutient les collectivités territoriales (dont la ville de Paris et le Grand Lyon) engagées dans une démarche d'ouverture des données publiques ; elle réunit aujourd'hui 18 collectivités (et Etalab en tant que membre associé), et sept autres doivent prochainement la rejoindre, compte non tenu des initiatives prises par des collectivités non adhérentes (Le site d'Opendata propose des liens avec plus de 80 sites de partage de données issues de collectivités territoriales et de leurs établissements). Elle peut être un relais et l'acteur d'une mise en commun de ces initiatives

7. Cette démarche d'ouverture doit être promue dans les enceintes internationales

7.1. Promouvoir le concept de données d'intérêt général dans les enceintes internationales

L'ouverture des données publiques est aujourd'hui promue de manière active par plusieurs organisations ou instances internationales : G8 (dont les chefs d'Etat et de gouvernement ont signé en 2013 une charte pour l'ouverture des données publiques), OCDE, Union européenne, *Open Government Partnership* (OGP). Par le dynamisme de sa politique depuis 2011, la France a acquis une reconnaissance internationale dans ce domaine, illustrée notamment par sa présidence de l'OGP en 2016-2017.

Les initiatives internationales décrites dans la première partie et l'enquête menée par Etalab auprès de ses homologues étrangers montrent l'intérêt que peut susciter une démarche d'ouverture étendue à des données privées, lorsqu'elles présentent des enjeux d'intérêt général. Cet intérêt s'explique par plusieurs tendances structurelles :

- La part respective des secteurs publics et secteurs privés est très variable selon les Etats. En revanche, des services tels que la santé, l'éducation, l'énergie, les transports ou le logement sont largement considérés comme des services essentiels, même lorsqu'ils sont pris en charge par le secteur privé. Une démarche d'ouverture des données restreinte au secteur public n'est donc pas toujours à même de couvrir de manière satisfaisante ces secteurs et les enjeux qui leurs sont associés.
- La circulation des données entre entreprises étant un facteur de développement de l'économie numérique, les Etats s'interrogent sur les moyens d'encourager ces démarches de partage.
- Les données collectées par les grandes entreprises du numérique surpassent désormais, par leur volume et leur richesse, les informations accessibles aux pouvoirs publics dans un nombre croissant de domaines.

Premier pays à avoir lancé une démarche d'ensemble sur les données d'intérêt général, la France devrait promouvoir ce thème de réflexion dans les enceintes internationales auxquelles elle participe. **Les démarches suivantes pourraient par exemple être engagées : recueil de bonnes pratiques sur les démarches d'ouverture des données du secteur privé ; identification des enjeux d'intérêt général liés à certaines catégories de données ; instruments des pouvoirs publics pour promouvoir le partage des données d'intérêt général, l'intervention du législateur ne devant être appréhendée que comme un instrument parmi d'autres.**

La France pourrait notamment engager ces initiatives à la faveur de sa présidence de l'OGP.

Proposition n°17 : Promouvoir le concept de données d'intérêt général, notamment à la faveur de la présidence française de l'Open Governement Partnership.

Vecteur : action dans les organisations internationales

7.2. Ouvrir le débat sur la directive de 1996 relative aux bases de données

La directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données a aujourd'hui près de vingt ans. Elle a été écrite à une époque où l'économie numérique n'en était qu'à ses balbutiements et où seules existaient les bases de données structurées. Conçue pour faire de l'Union européenne un espace particulièrement attractif pour les investissements dans les systèmes de traitement de la donnée, elle n'a pas atteint son objectif.

Les Etats-Unis ont atteint dans ce domaine une position bien supérieure à celle de l'Europe sans disposer d'une protection juridique similaire. La Cour suprême a en effet refusé d'admettre qu'une personne puisse prévaloir d'un droit d'auteur au motif de l'ampleur de son investissement dans la constitution d'une base (*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 1991), ce qui

est précisément le critère retenu par la directive européenne pour le droit *sui generis*. La jurisprudence ou les lois de certains états prévoient des protections plus limitées, telles que la doctrine dite des « hot news » (lorsqu'une entreprise a consenti un effort important pour obtenir des informations de forte valeur pendant une faible durée, leur réutilisation au détriment de celui qui a consenti cet effort est assimilable à du parasitisme) ou l'interdiction « d'aspirer » systématiquement des données mises en ligne si l'exploitant du site internet s'y est opposé. Plusieurs propositions de loi ont été déposées au Congrès pour doter les Etats-Unis d'un système analogue au système européen, mais aucune n'a été adoptée.

La directive du 11 mars 1996, telle qu'elle a été interprétée par la CJUE, combine aujourd'hui plusieurs inconvénients :

- Par le caractère très restreint des exceptions qu'elle prévoit, elle est un obstacle à la circulation des données, et fait peser un risque juridique sur des législations imposant la communication de données pour des motifs d'intérêt général.
- Elle n'atteint pas pour autant son objectif de protection, en raison des incertitudes sur son champ d'application. La distinction opérée par l'arrêt *British Horseracing* entre l'investissement dans la production des données et l'investissement dans la constitution de la base pouvant être difficile à manier en pratique, application incertaine aux ensembles de données non structurées en raison de sa définition des bases de données.
- Son intérêt est limité par le récent arrêt *Ryanair* (CJUE 15 janvier 2015, C-30/14), selon lequel une base de données non éligible à la protection par la directive, en raison de l'absence d'investissement substantiel, peut être protégée de manière pourtant plus stricte par ses conditions contractuelles d'utilisation ; celles-ci ne sont en effet pas tenues de donner à l'utilisateur légitime de la base les mêmes droits que ceux prévus par la directive.

Il apparaît donc souhaitable de rouvrir le débat au niveau européen sur la directive du 11 mars 1996, afin de parvenir à un meilleur équilibre entre la protection des investisseurs et l'intérêt qui s'attache à la circulation des données. L'article 16.3 de la directive invitait d'ailleurs la Commission à présenter dès 2001 « *des propositions visant à adapter la présente directive à l'évolution du secteur des bases de données* ». L'agenda européen des prochaines années se prête à l'ouverture de ce débat : la Commission devrait en effet proposer une révision de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, qui présente une forte connexité avec la directive du 11 mars 1996.

<u>Proposition n°18</u> : Engager la révision de la directive du 11 mars 1996 sur les bases de données, afin de parvenir à un meilleur équilibre entre la protection des investisseurs et l'intérêt qui s'attache à la circulation des données.

Vecteur : directive

ANNEXES

Annexe 1 : propositions d'articles de lois

Chapitre Ier – Ouverture des données des services publics industriels et commerciaux

Article V1

[Conditions de publication et de réutilisation des données des SPIC]

La 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 est ainsi modifiée :

1° Il est inséré un article 7-1 ainsi rédigé :

« *Art. 7-1.-* Les administrations mentionnées à l'article 1er chargées d'une mission de service public à caractère industriel et commercial rendent accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles décrivant leur activité, dans des conditions fixées par voie règlementaire.

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux personnes chargées de cette mission dans le cadre d'une concession ou d'un marché.

2° Le quatrième alinéa de l'article 10 est abrogé ;

3° A l'article 11 :

a) Les mots : « a et b du présent article » sont remplacés par les mots : « a à c du présent article » ;

b) Il est ajouté trois alinéas ainsi rédigés :

« c) Les administrations mentionnées à l'article 1er dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial.

« Les administrations mentionnées au c peuvent notamment subordonner la réutilisation à sa compatibilité avec le bon fonctionnement du service public.

« Les dispositions des deux précédents alinéas ne sont pas applicables aux administrations exerçant leur mission de service public à caractère industriel ou commercial dans le cadre d'un monopole légal ou qui sont désignées par la loi.

Article V2

[Ratification de l'ordonnance concessions]

L'ordonnance n° … du … relative aux contrats de concession est ratifiée.

Article V3

[« Clause open data » par défaut dans les concessions]

Dans le chapitre II du titre IV de la même ordonnance, il est ajouté un article 43-1 ainsi rédigé :

« *Art. 43-1.*- Sauf stipulation contraire, le titulaire de la concession fournit au pouvoir adjudicateur, dans un format ouvert et librement réutilisable, les données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exécution du présent marché. Il autorise par ailleurs le pouvoir adjudicateur, ou un tiers désigné par celui-ci, à extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux.

Article V4

[Application aux contrats en cours]

L'article 43 de la même ordonnance est applicable aux contrats en cours à la date de publication de la présente loi, conclus en application du chapitre IV du titre II de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, ainsi qu'aux autres contrats répondant à la définition prévue par le I de l'article 4 de l'ordonnance.

L'article 43-1 est également applicable, sauf lorsque les parties conviennent de l'écarter dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi. Lorsque les parties n'ont pas fait usage de cette faculté, il s'applique aux données et bases de données collectées ou produites à compter de l'expiration de ce délai.

Chapitre II – Ouverture des données des subventions

Article W1

L'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations est ainsi modifié :

1° Au cinquième alinéa, les mots : « le seuil mentionné au troisième alinéa » sont remplacés par les mots : « le seuil mentionné au quatrième alinéa » ;

2° Au sixième alinéa, il est ajouté deux phrases ainsi rédigées : « L'autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial mentionné au premier alinéa de l'article 9-1 qui attribue une subvention dépassant le seuil mentionné au quatrième alinéa peut prévoir une clause selon laquelle l'organisme bénéficiaire lui fournit, dans un format ouvert et librement réutilisable, les données et bases de données collectées ou produites dans le cadre de l'action subventionnée. Cette clause permet à l'autorité administrative, ou à un tiers désigné par celle-ci, d'extraire et d'exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux. » ;

3° Après le septième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« L'autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial mentionné au premier alinéa de l'article 9-1 qui attribue une subvention dépassant le seuil mentionné au quatrième alinéa du présent article rend accessible, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles de la convention de subvention, dans des conditions fixées par voie règlementaire.

Chapitre III – Ouverture des données d'intérêt général

[dans le cas où le choix de dispositions cadres encadrant les lois sectorielles serait fait]

Article X1

[Définition des DIG]

Sont considérées comme des données d'intérêt général les informations qui répondent aux conditions suivantes :

1° Elles sont contenues dans des documents, au sens de l'article 1er de la 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, produits ou reçus par des personnes de droit public ou de droit privé ;

2° Elles sont mises à disposition des tiers et librement réutilisables en vertu de lois particulières ;

3° Leur mise à disposition des tiers est justifiée par leur importance majeure au regard d'un ou plusieurs des motifs d'intérêt général suivants :

a) L'information des citoyens ou des consommateurs ;

b) La conduite des politiques publiques ou l'amélioration du fonctionnement des services publics ;

c) Le développement d'activités économiques nouvelles ou la transformation d'activités économiques existantes par l'utilisation des données ;

d) La recherche.

Les données d'intérêt général sont désignées comme telles par des lois particulières. Les conditions d'élaboration de ces lois et de leur mise à disposition des données d'intérêt général sont définies par le présent chapitre.

Article X2

[Inventaire des lois DIG]

Les dispositions du présent chapitre sont, sous réserve des dispositions particulières prévues pour chacune de ces données, applicables :

1° Aux données nécessaires à l'information du voyageur mentionnées à l'article L. 1115-1 du code des transports.

Article X3

[Procédure d'élaboration des lois DIG]

Les projets de loi désignant des données d'intérêt général sont précédés d'une concertation publique. Cette concertation implique notamment les personnes produisant ou recevant ces données et les personnes intéressées à leur réutilisation.

Un rapport est établi à l'issue de la concertation. Il présente la cartographie des données concernées, l'opinion des participants à la concertation sur l'importance des données au regard des motifs d'intérêt général mentionnés à l'article X1 et les modalités envisageables de réutilisation.

Lorsque les données concernées comportent des données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la Commission nationale de l'informatique et des libertés participe à la concertation. Elle est consultée sur le projet de loi et son avis est rendu public.

Lorsque les données concernées sont produites ou reçues par des opérateurs d'importance vitale au sens de l'article L. 1332-1 du code de la défense, l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information mentionnée à l'article L. 1332-6-1 du même code participe à la concertation.

Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent article, notamment l'autorité chargée de conduire la concertation, le déroulement de celle-ci et le contenu du rapport.

Article X4

[Ouverture des DIG]

Les données d'intérêt général sont diffusées au public par voie électronique, dans un format ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Elles sont librement réutilisables. Les dispositions de l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978 mentionnée ci-dessus leur sont applicables.

Lorsque les données concernées comportent des données à caractère personnel, leur diffusion au public par voie électronique est subordonnée à leur anonymisation préalable. Lorsque l'anonymisation est de nature à faire perdre aux données leur importance au regard des motifs d'intérêt général mentionnés à l'article X1, la communication des données aux personnes qui en font la demande doit être autorisée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés. La Commission peut adopter une décision unique dans les conditions définies au II de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 mentionnées ci-dessus.

Les données dont la communication porterait atteinte aux intérêts mentionnés au 2° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 ou au secret en matière commerciale et industrielle ne peuvent être diffusées au public par voie électronique. Des modalités spéciales de communication, de nature à assurer la protection de ces intérêts peuvent être prévues.

Article X5

[Gratuité ou caractère onéreux des réutilisations]

La réutilisation des données d'intérêt général à des fins non commerciales est gratuite.

Les personnes mettant à disposition les données d'intérêt général peuvent soumettre à une redevance la réutilisation à des fins commerciales. La convention conclue entre les parties est transmise à sa demande à l'Autorité mentionnée à l'article X6.

Article X6

[Régulation de la mise à disposition]

Les lois particulières désignant des données d'intérêt général déterminent une autorité administrative chargée de réguler leur mise à disposition.

Lorsque la réalisation des motifs d'intérêt général mentionnés à l'article X1 l'exige, cette autorité peut imposer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités techniques et financières de la mise à disposition des données.

La décision intervient soit de sa propre initiative, après consultation publique, soit à la demande d'une des parties, dans les conditions prévues à l'article X7. Elle est motivée et précise les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles la mise à disposition des données est assurée.

Article X7

[Règlement des différends]

En cas de différend sur la négociation ou l'exécution d'une convention de mise à disposition des données, l'autorité mentionnée à l'article X6 peut être saisie par l'une ou l'autre des parties.

L'autorité se prononce, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations et, le cas échéant, procédé à des consultations techniques, économiques ou juridiques, ou expertises respectant le secret de l'instruction du litige dans les conditions prévues par le présent code. Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles la mise à disposition des données doit être assurée.

L'autorité peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires. Ces pièces sont alors retirées du dossier.

Les décisions prises par l'autorité en application du présent article peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation dans le délai d'un mois à compter de leur notification. Ce recours relève de la compétence de la cour d'appel de Paris.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné, si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Le pourvoi en cassation formé le cas échéant contre l'arrêt de la cour d'appel est exercé dans le délai d'un mois suivant la notification de cet arrêt.

Chapitre IV : ouverture de l'accès aux données pour la statistique publique

Article Y1

[Accès du service statistique public aux données privées]

La loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques est ainsi modifiée :

1° Le second alinéa de l'article 3 est abrogé ;

2° Il est inséré un article 3-1 ainsi rédigé :

« *Art. 3-1.*- Pour les besoins d'enquêtes statistiques obligatoires ayant reçu le visa ministériel prévu à l'article 2, le ministre chargé de l'économie peut décider que le service statistique public accède à des bases de données des personnes enquêtées.

« Cette décision est précédée d'une étude de faisabilité et d'opportunité. L'accès à des bases de données ne peut être décidé que si, au regard de l'étude, il est établi :

« 1° que ce mode de collecte est adapté aux besoins de l'enquête ;

« 2° et qu'il présente, par rapport à d'autres modes de collecte, des avantages en termes de coût pour le service statistique public ou les personnes enquêtées ou de qualité des données produites.

« L'accès aux données et leur utilisation par les agents du service statistique public n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour répondre aux besoins de l'enquête.

« Une convention entre le service statistique concerné et la personne enquêtée définit les conditions techniques de l'accès aux données. Les agents habilités à accéder aux données sont individuellement désignés par le chef du service. »

Article Y2

[Publicité des sanctions]

L'article 7 de la même loi un alinéa est ainsi modifié :

1° Au cinquième alinéa, les mots : « ou morale » sont supprimés et il est ajouté une phrase ainsi rédigée : « Pour une personne morale, il ne peut dépasser XXX euros. » ;

2° A la fin du sixième alinéa, sont ajoutés les mots : « , pour une personne physique. Pour une personne morale, ces montants sont portés respectivement à XXX euros et XXX euros. » ;

3° Sont ajoutés deux alinéas ainsi rédigés :

« Le ministre peut rendre publiques les sanctions qu'il prononce. Il peut également ordonner leur insertion dans des publications, journaux et supports qu'il désigne aux frais des personnes sanctionnées.

« Le ministre peut également saisir le juge administratif afin qu'il prononce une astreinte dans les conditions prévues par le livre IX du code de justice administrative. Le juge administratif se prononce selon la procédure mentionnée à l'article L. 521-3 du même code.

Annexe 2 : liste des personnes auditionnées

Cabinets

- **M. Julien Pouget**, conseiller industrie, Présidence de la République
- **Mme Adrienne Brotons**, conseillère innovation, Présidence de la République
- **Mme Maud Bailly**, conseillère économique au cabinet du Premier ministre
- **M. George-Etienne Faure**, conseiller numérique au cabinet du Premier ministre
- **M. Alexis Kohler**, directeur de cabinet du ministre de l'économie
- **M. Emmanuel Lacresse**, directeur adjoint du cabinet du ministre de l'économie
- **M. Etienne Hans**, conseiller au cabinet du ministre de l'économie
- **Mme Julie Bonamy**, conseillère au cabinet du ministre de l'économie
- **Mme Anne-Gaelle Javelle**, conseillère au cabinet du ministre de la santé
- **Mme Célia Vérot**, directrice du cabinet du secrétaire d'Etat à la réforme de l'Etat et à la simplification
- **M. Boris Jamet-Fournier**, conseiller au cabinet du secrétaire d'Etat à la réforme de l'Etat et à la simplification

Administrations et collectivités locales

- **M. Franck von Lennep**, directeur de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes
- **M. André Loth**, Directeur de projet, DREES, ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes,
- **M. Francis Jutand**, directeur scientifique, Institut Mines Telecom
- **Mme Jehanne Richet**, adjointe au chef de bureau POLSEC2, direction générale du Trésor, ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique
- **Mme Constance Valigny**, chef du bureau POLSEC2, direction générale du Trésor, ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique
- **M. Henri Verdier**, chef de la mission ETALAB, secrétariat général pour la modernisation de l'action publique
- **Mme Laure Lucchesi**, adjointe au chef de la mission ETALAB
- **Mme Suzanne Vergnolle**, mission ETALAB
- **M. Simon Chignard**, mission ETALAB
- **M. Christophe Ravier**, adjoint au chef du service de l'économie numérique, direction générale des entreprises, ministère de l'économie
- **Mme Virginie Beaumeunier**, rapporteur général, Autorité de la concurrence
- **M. Nicolas Deffieux,** rapporteur général adjoint, Autorité de la concurrence
- **M. Mathias Lafont,** économiste, Autorité de la concurrence
- **M. Sylvain Moreau**, chef du service de l'observation et des statistiques (SOeS), commissariat général au développement durable, ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie
- **M. François-Xavier Dussud**, chef du bureau des statistiques de la demande d'énergie (SOeS)
- **M. Jean-Louis Coster**, chef du bureau des statistiques de la multimodalité, (SOeS)
- **Mme Sylvie Lefranc**, chef du bureau des synthèses sur le logement et l'immobilier (SOeS)
- **M. Jean-Luc Tavernier**, directeur général, Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique

- **M. Fabrice Lenglart**, directeur des statistiques démographiques et sociales (INSEE)
- **M. Michel Isnard**, chef de l'unité des affaires juridiques et contentieuses (INSEE)
- **M. Jean Maïa**, directeur des affaires juridiques (DAJ), ministère de l'économie de l'industrie et du numérique
- **M. Benoît Dingremont**, sous-directeur du droit de la commande publique (DAJ)
- **M. Antoine de Château-Thierry**, sous-directeur du droit des régulations économiques (DAJ)
- **M. Edouard Geffray**, secrétaire général, Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)
- **M. Emile Gabrié**, chef du service des affaires régaliennes et des collectivités territoriales (CNIL)
- **M. Marc Dandelot**, président, Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)
- **M. Nicolas Polge**, rapporteur général, CADA
- **M. Thomas Cazenave**, directeur général adjoint, Pôle emploi
- **M. Reynald Chapuis**, directeur digital innovation, Pôle emploi
- **M. Baptiste Thornay**, responsable du Pôle Evaluation-Conjoncture-Macroéconomie, Bpifrance
- **M. Jean-Philippe Mochon**, chef du service des affaires juridiques et internationales, ministère de la culture
- **Mme Claire Sibille de Grimoüard,** sous-directrice de la politique archivistique, service interministériel des archives de France
- **M. Ludovic Zekian,** sous-directeur du développement de l'économie culturelle, direction générale des médias et des industries culturelles
- **M. Jean-Philippe Clément**, chef de la mission ville intelligente et durable, Ville de Paris
- **M. Damien Botteghi**, directeur des affaires juridiques, Ville de Paris
- **Mme Nina Bitoun**, adjointe au chef du bureau du patrimoine immatériel, direction des affaires juridiques, Ville de Paris
- **Mme Karine Dognin-Sauze**, adjointe au maire en charge des relations internationales, Métropole du Grand Lyon
- **M. Jean Coldefy**, adjoint au responsable du service mobilité urbaine, Métropole du Grand Lyon
- **M. Alain Puricelli**, reponsable du service géomatique et données métropolitaines, Métropole du Grand Lyon
- **M. Hervé Groleas**, directeur innovation numérique et systèmes d'information, Métropole du Grand Lyon
- **M. Benoît Loeillet**, responsable de l'innovation numérique, TUBA-Lyon
- **Mme Christine Solnon**, professeur des universités, INSA Lyon

Entreprises

- **M. Maël Primet**, Associé fondateur de Snips
- **M. Réda Gomery**, associé, responsable data et analytics, Deloitte
- **M. Yann Fleureau**, CEO, Cardiologs
- **M. Olivier Grunberg**, secrétaire général, Veolia
- **M. Jean-Philippe Paraboschi**, directeur de l'exploitation, Veolia
- **M. David Colon**, Veolia
- **M. Frédéric Blanchet,** Veolia
- **Mme Nathalie Dufresne**, Veolia
- **M. Manuel Domergue**, directeur des études, Fondation Abbé Pierre
- **M. Yves Tyrode**, directeur digital et communication, SNCF

- **M. Paul Duan**, BayesImpact, CEO
- **M. Romain Lacombe**, Plumelabs, CEO
- **M. Olivier Grabette**, directeur R&D innovation, RTE
- **M. Eric Pharabod,** directeur du département information et transparence, RTE
- **M. Jean-Philippe Grelot**, directeur général adjoint, IGN
- **M. Claude Pénicand**, directeur de la stratégie, de l'international et de la valorisation, IGN
- **M. Frédéric Cantat,** chef du service des études et du marketing, IGN
- **M. Vincent Bataille**, Open Food Facts
- **M. Stéphane Gigandet**, Open Food Facts
- **Mme Stéphanie Delestre**, CEO, Qapa
- **M. Francis Donnat**, directeur des relations institutionnelles, Google France
- **M. Thibault Guiroy**, relations institutionnelles, Google France
- **M. Cédric Manara**, Google France
- **M. Jérôme Gueydan**, DSI division innovation, Orange
- **M. Pascal Malingue**, directeur pôle entreprises, Invoke
- **M. Laurent Briant**, directeur général, Cityway
- **M. Frédéric Derkx**, directeur technique, ForCity

Personnalités qualifiées

- **M. Nicolas Colin**, Associé fondateur, The Family
- **Mme Valérie-Laure Benabou**, professeur de droit, UVSQ
- **M. Philippe Lemoine**, président, FING
- **M. Benoît Thieulin**, président, Conseil National du Numérique
- **M. Marc Tessier**, membre du Conseil National du Numérique
- **Mme Valérie Peugeot**, vice-présidente du Conseil National du Numérique
- **Mme Blandine Poidevin**, Avocate
- **Mme Charlotte Baylac**, chargée de mission affaires publiques, Syntec numérique
- **M. Mathieu Coulaud**, délégué aux affaires juridiques, Syntec numérique
- **Mme Clara Brenot**, responsable des affaires publiques, AFDEL
- **M. Lionel Maurel**, Savoirscom1
- **M. Julien Dora**, Savoirscom1
- **M. Michaël Cousin**, associé, cabinet Ashurst

Annexe 3 : lettre de mission

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE

LA SECRETAIRE D'ETAT CHARGEE DU NUMERIQUE

Paris, le - 4 JUIN 2015

Les ministres

à

Monsieur le Vice-Président du Conseil d'Etat
Monsieur le Vice-Président du Conseil général de l'économie
Madame la chef de service de l'Inspection générale des finances

Objet : Mission relative aux « données d'intérêt général », dans le cadre de la préparation du projet de loi relatif au numérique.

Les données représentent un enjeu croissant dans l'économie. Grâce à l'amélioration des puissances de calcul, au développement de l'informatique en nuage et des algorithmes de traitement « big data », le traitement des données connaît des progrès très rapides, et constitue une dimension essentielle de la transition numérique qui touche progressivement l'ensemble des secteurs d'activité. Dans ce contexte, l'accès aux données est devenu stratégique pour les entreprises. La mise en place d'une politique favorable à la circulation et à l'exploitation des données favorisera ainsi l'innovation et le développement des entreprises.

Le gouvernement conduit depuis plusieurs années une politique volontariste d'ouverture des données publiques, dont les termes ont été notamment définis par le comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP) du 18 décembre 2013. Elle s'est traduite en particulier par la création de la mission Etalab et de la plateforme www.data.gouv.fr. Le projet de loi à venir sur le numérique devrait être l'occasion de consacrer au niveau législatif les principes d'ouverture des données publiques.

Or, seules sont qualifiées de « données publiques », et relèvent à ce titre du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978, relatif à la réutilisation des informations publiques, les données de l'Etat, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privées chargées d'une mission de service public administratif. Ne relèvent en revanche pas de ce champ les données d'autres personnes pourtant chargées d'une activité d'intérêt général, comme les délégataires d'un service public industriel ou commercial, les établissements publics industriels ou commerciaux ou les bénéficiaires de subvention.

Le gouvernement envisage la définition d'une nouvelle catégorie de données, que l'on peut qualifier, en raison de leur intérêt pour l'innovation et le passage à une économie de la connaissance, de « données d'intérêt général ».

En effet, un intérêt général peut motiver l'ouverture de données détenues par des personnes privées sans nécessairement un lien particulier avec une personne publique. Cet intérêt général peut tenir notamment à leur contribution à la mise en œuvre d'une politique publique (par exemple au travers de l'accès de la statistique publique à ces données), à la recherche, au développement d'activités économiques nouvelles ou à l'efficacité concurrentielle du marché. Des secteurs tels que les transports, l'environnement, l'énergie, l'éducation, le logement ou la santé sont particulièrement concernés, en raison du caractère essentiel des biens ou services qui y sont échangés.

Des textes législatifs récents ou en cours de discussion prévoient des dispositions imposant ou encourageant l'ouverture de données qui pourraient être qualifiées d'intérêt général. La loi du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur a créé un registre national de disponibilité des taxis. Le nouveau code minier, issu d'une ordonnance du 20 janvier 2011, impose la publication de certaines informations recueillies à l'occasion de travaux exécutés en mer. Le projet de loi relatif à la santé, adopté en conseil des ministres le 15 octobre 2014, crée un « système national des données de santé » qui comporte les données de remboursement des organismes de protection sociale complémentaire. L'article 7 bis et l'article 51 du projet de loi pour la transition énergétique et la croissance verte, dans leur rédaction issue des travaux de l'Assemblée nationale prévoient des mises à dispositions de données.

Le gouvernement souhaite disposer aujourd'hui d'une doctrine cohérente et d'un cadre juridique clair pour étendre ces dispositifs, éviter de se montrer restrictif par méconnaissance des enjeux et des besoins des entreprises. L'enjeu est de favoriser le développement de celles-ci notamment en évitant de conforter les rentes de situation.

Par la suite, nous parlons de l'« ouverture des données d'intérêt général » pour désigner la mise à disposition de ces données à des tiers, sans préjudice des modalités techniques, économiques et juridiques de cette mise à disposition.

Dans le cadre de votre mission, vous aborderez les questions suivantes :

1° Définir le périmètre des données d'intérêt général et les critères qui permettraient de retenir cette qualification ; identifier à cet égard, les données déjà ouvertes au titre du droit de la concurrence en vue de lutter contre les abus de position dominante ou en application d'obligations sectorielles destinées à faciliter l'exécution de politiques publiques ;

2° Préciser les enjeux qui s'attachent à l'ouverture des données d'intérêt général, en s'appuyant notamment sur les débats thématiques sur l'ouverture des données, achevés ou en cours, en matière de santé, de transports et de logement et en consultant les acteurs économiques concernés intéressés par la poursuite de la transformation numérique de l'économie et le développement de l'innovation ;

3° Identifier la manière de répondre aux questions juridiques posées le cas échéant par l'ouverture de ces données, au regard notamment du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre, du droit de la concurrence et de la protection de la vie privée et des secrets protégés par la loi ;

4° Proposer des modalités de mise en œuvre de l'ouverture des données d'intérêt général. Vous pourrez, en fonction des réponses apportées au point précédent, recommander l'implication des autorités administratives (ministres, AAI) appropriées dans le mécanisme concret d'ouverture de telles données ;

5° Proposer des mesures législatives et réglementaires à même de traduire l'ambition du gouvernement. Vous pourrez également examiner, à titre complémentaire, l'opportunité d'instruments de droit souple susceptibles d'encourager les démarches volontaires d'ouverture.

Vous procéderez pour cela à l'ensemble des consultations nécessaires et vous pourrez vous appuyer, dans cette réflexion, sur l'ensemble des services des départements ministériels concernés, en particulier ceux de l'économie, du numérique et du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. Vous veillerez également à consulter les autorités administratives concernées (CNIL, CADA, Autorité de la concurrence, etc.)

Dans la mesure du possible, deux membres du Conseil d'Etat, dont M. Laurent Cytermann pourraient être mobilisés pour cette mission.

Nous souhaitons obtenir de votre mission des informations régulières et vous nous remettrez vos propositions avant le 15 juillet 2015.

Emmanuel MACRON

Axelle LEMAIRE

Annexe 4 : Analyse juridique détaillée

1. Les exigences de protection des données personnelles

1.1. Les sources juridiques de l'exigence de protection des données personnelles

Le cadre législatif de la protection des données personnelles est fixé en France par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cependant, l'exigence de protection des données personnelles résulte également de normes constitutionnelles et internationales, dont l'autorité est supérieure à la loi et dont le respect s'impose au législateur. Ces normes sont les suivantes :

- La jurisprudence constitutionnelle : le Conseil constitutionnel déduit de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen le droit à la vie privée, qui implique que « *la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* » (cf. notamment la décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014).
- Le droit de l'Union européenne : le cadre juridique actuel est fixé par la directive 95/46/CE 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. En outre, l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit à la protection des données personnelles : il s'impose aux institutions de l'Union et aux Etats membres lorsqu'ils interviennent dans le champ d'application du droit de l'Union.
- La convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.
- La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : sur le fondement de l'article 8 de la convention, relatif au droit à la vie privée, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a développé une jurisprudence sur le droit à la protection des données personnelles.

Toutes ces sources ayant un contenu en grande partie commun, le Conseil d'Etat a synthétisé l'ensemble des obligations qui en découlent dans une décision *Association pour la promotion de l'image et autres*[112] : selon cette décision, « *l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collecte, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives, ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités* ».

La directive 95/46/CE est appelée à être remplacée par un règlement de l'Union européenne, proposé par la Commission le 25 janvier 2012. Après avoir fait l'objet d'un vote du Parlement européen le 12 mars 2014 et d'une approche générale du Conseil le 15 juin 2015, le règlement est en cours de discussion entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil dans le cadre de « trilogues ». S'il est adopté d'ici la fin de l'année, objectif que se sont fixés les institutions européennes, il pourrait entrer en vigueur au début de l'année 2018. Toute intervention législative en la matière doit donc à la fois respecter la directive mais aussi veiller à tenir compte du règlement en cours de discussion.

La convention n° 108 du Conseil de l'Europe est également en cours de révision. Le comité ad hoc du Conseil de l'Europe sur la protection des données a approuvé le 3 décembre 2014 des propositions de modernisation et un protocole d'amendement doit être préparé sur cette base afin d'être adopté par le Comité des ministres.

[112] CE Ass., 26 octobre 2011, n° 317827.

1.2. Toute opération d'ouverture ou de partage de données doit respecter ce cadre juridique dès lors que les données peuvent être rattachées à une personne physique identifiée ou identifiable

Toutes les données entrant dans le périmètre de la mission ne sont pas des données à caractère personnel. Selon l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978, « *constitue une donnée à caractère personnel 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* ». Les informations relatives aux personnes morales (entreprises, associations, etc) ne relèvent pas de la protection des données personnelles ; elles peuvent en revanche être protégées par d'autres principes tels que le secret industriel et commercial (cf. *infra*). Ce n'est que dans les mesure où les données des acteurs privés livrent des informations sur des personnes physiques identifiées ou identifiables que les règles de protection des données personnelles doivent être respectées. Par exemple, pour une entreprise de transport, les informations sur les billets vendus à chaque client sont des données personnelles, à la différence de celles sur les itinéraires ou les horaires.

En revanche, dès lors que les données concernées relèvent de ce champ, toute opération d'ouverture ou de partage de celles-ci constitue un traitement de données à caractère personnel, qui doit respecter la loi du 6 janvier 1978. En effet, selon le même article 2, « *constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, 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 ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* ». Relèvent en particulier du périmètre de la mission les opérations de consultation, de communication et de rapprochement ou d'interconnexion.

Le responsable du traitement est, selon l'article 3 de la loi, la personne qui en détermine les finalités et les moyens. C'est au responsable du traitement qu'incombe l'ensemble des obligations définies par la loi. Deux responsables de traitement sont en cause ici : le détenteur des données partagées ; le réutilisateur de ces données. Le détenteur des données est responsable du traitement consistant dans la diffusion publique ou la mise à disposition des données ; le réutilisateur des traitements mis en œuvre pour la réutilisation.

1.3. Des dispositions imposant la communication de données personnelles en raison de motifs d'intérêt général ne poseraient, sur le principe, de problème de constitutionnalité

Jusqu'à présent, le Conseil constitutionnel n'a eu l'occasion que de se prononcer que sur la création de fichiers par le législateur[113]. Cependant, les termes de sa jurisprudence sont plus généraux, puisqu'elle mentionne « *la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel* ». La constitutionnalité du schéma envisagé pour les données d'intérêt général, c'est-à-dire des obligations d'ouverture et de diffusion des données imposées par le législateur, peut donc bien s'examiner au regard de cette jurisprudence.

Il résulte de celle-ci que le législateur peut imposer la communication de données à caractère personnel, à deux conditions :

- La communication doit être justifiée par un motif d'intérêt général ;
- Elle doit être mise en œuvre « de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ».

Par construction, dans le schéma envisagé, l'ouverture des données serait justifiée par des motifs d'intérêt général. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'intérêt général peut recouvrir des objectifs variés, tels que le bon fonctionnement des services publics, la protection du consommateur (décision n°

[113] Cf. par exemple les décisions n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 (sur les fichiers mis en œuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale), n° 2012-652 DC du 22 mars 2012 (sur la création d'un fichier biométrique des titres d'identité), n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 (sur la création d'un registre national des crédits aux particuliers).

91-303 DC du 15 janvier 1992, § 10) ou la prévention et la lutte contre les conflits d'intérêt (décision n° 2013-675 DC du 09 octobre 2013, § 28). Il peut avoir trait notamment à des enjeux économiques, comme la prise en compte de la situation d'un secteur d'activité jouant un rôle essentiel pour l'économie nationale et l'emploi (décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, § 21), le renforcement de l'attractivité touristique (décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012, § 5) ou encore la création et le développement d'entreprises (décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014).

La question de la proportionnalité ne se pose pas dans les mêmes termes selon que l'on est en présence d'une loi sectorielle ou d'une loi générale. En présence d'une loi sectorielle, le Conseil constitutionnel analyserait sans doute directement la proportionnalité des traitements de données personnelles imposés par le législateur. Il tiendrait compte de la sensibilité des données (les données dont le traitement est en principe interdit en application de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, telles que les données de santé, faisant l'objet d'une attention particulière), de l'ampleur des obligations d'ouverture (une obligation de communication sur demande portant une moindre atteinte à la vie privée qu'une obligation de publication sur internet) et du motif d'intérêt général en cause (selon les commentaires par le Conseil de ses propres décisions, son contrôle est plus étroit lorsque ne sont pas en cause des fichiers de police ou de justice).

En présence d'une loi générale, le Conseil se bornerait sans doute à relever que le législateur n'a pas entendu déroger à la loi du 6 janvier 1978 (en ce sens, cf. les décisions n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, § 46 et 47, et n° 2013-684 du 29 décembre 2013, § 13). En effet, les traitements de données personnelles concernés seraient définis au cas par cas, en application de la loi générale, par des actes administratifs, qui seraient soumis au respect de la loi du 6 janvier 1978 et pourraient être contestés devant le juge administratif.

Le principe d'une loi imposant la communication de certaines données personnelles en raison de motifs d'intérêt général n'est donc pas contraire à la Constitution. En revanche, il importerait de veiller, soit pour chaque loi sectorielle, soit pour chaque mise en œuvre de la loi générale, au respect du principe de proportionnalité et de l'ensemble des dispositions de la loi du 6 janvier 1978.

1.4. La loi du 6 janvier 1978 soumet le partage de données personnelles à plusieurs séries d'obligations

Afin d'être conforme à la loi du 6 janvier 1978, un traitement de données personnelles doit remplir trois conditions :

- respecter les principes relatifs à la qualité des donnés, définis par l'article 6 (a) ;
- être fondé sur l'un des motifs énumérés par l'article 7 (b) ;
- respecter les formalités préalables à sa mise en œuvre définies par les articles 22 à 29 (c) ;
- respecter les obligations d'information des personnes concernées (d).

Le cas particulier des données de santé sera enfin évoqué (e).

(a) Les principes relatifs à la qualité des données sont les suivants : loyauté et licéité de la collecte et du traitement ; collecte pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ; caractère adéquat, pertinent et non excessif au regard de ces finalités (en d'autres termes, principe de proportionnalité) ; caractère adéquat, complet et mis à jour ; limitation de la durée de conservation au regard des finalités de la collecte et du traitement. Tous doivent être cumulativement respectés par chaque traitement.

Outre le principe de proportionnalité évoqué ci-dessus, c'est le principe de collecte pour des finalités déterminées, explicites et légitimes qui nécessite le plus d'attention. En effet, par construction, une loi qui imposerait, pour des motifs d'intérêt général, l'ouverture et le partage de données personnelles, conduirait à la réutilisation de ces données pour d'autres finalités que celle de leur collecte. L'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 dispose que les traitements ultérieurs ne doivent pas être incompatibles avec les finalités de la collecte.

Les motifs d'intérêt général ayant trait à la statistique publique ou à la recherche ne posent pas de difficultés. En effet, l'article 6 prévoit qu'un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, dès lors qu'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées.

Pour d'autres motifs d'intérêt général, tels que le bon fonctionnement des services publics, l'information des citoyens ou le développement d'activités économiques nouvelles, la compatibilité avec les finalités initiales de la collecte doit être appréciée au cas par cas. Selon un avis du G29[114], les éléments suivants doivent être pris en compte pour évaluer la compatibilité : la relation entre les finalités de la collecte initiale et les finalités du traitement ultérieur ; le contexte dans lequel les données ont été collectées et les attentes raisonnables des personnes concernées au vu de ce contexte ; la nature des données (pour des données sensibles, telles que les données de santé, les données biométriques ou les données de géolocalisation, le contrôle de la compatibilité serait plus strict) et l'impact du traitement ultérieur sur les personnes concernées ; les précautions prises par le responsable du traitement pour éviter tout impact indésirable pour les personnes concernées. Ces éléments sont repris par la version du projet de règlement adopté par le Conseil en juin 2015 (article 6.3 bis).

Si ce règlement était définitivement adopté dans les termes définis par le Conseil, il pourrait être passé outre une incompatibilité. En effet, l'article 6.4 de la version du Conseil permet de procéder à des traitements incompatibles avec les finalités initiales si ces traitements sont fondés sur l'un des motifs définis aux a) à e) de l'article 7.1, parmi lesquels figure l'obligation légale à laquelle est soumise le responsable de traitement. Dans le schéma envisagé, une obligation légale existerait puisque la communication serait imposée par la loi. Cette disposition est cependant critiquée par le G29, qui a souligné dans une lettre adressée le 17 juin aux trois institutions participant au trilogue qu'elle se heurtait au principe de détermination des finalités du traitement énoncé par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(b) Selon l'article 7 de la loi du 6 janvier 1978, tout traitement doit reposer sur l'un des fondements suivants : le consentement de la personne concernée ; le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ; la sauvegarde de la vie de la personne concernée ; l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ; l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ; la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou son destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée.

Dans le schéma envisagé, la communication des données personnelles résulterait d'une obligation légale et l'article 7 serait donc respecté.

En revanche, les démarches volontaires de partage des données engagées par des acteurs ne sont pas fondées sur une obligation légale et doivent donc reposer sur un autre fondement. Trois fondements sont envisageables en pratique : le consentement de la personne concernée, ce qui suppose qu'il ait été recueilli par avance au moment de la collecte ou que la personne soit recontactée préalablement à la communication ; la mission de service public, lorsque le destinataire de la communication est un organisme investi d'une telle mission ; l'intérêt légitime du destinataire de la communication. Ce dernier fondement présente une certaine plasticité, mais il convient alors de vérifier que les intérêts de la personne concernée ne l'emportent pas sur cet intérêt légitime[115].

(c) En règle générale, un traitement de données personnelles doit seulement être déclaré à la CNIL ; cette déclaration n'est pas nécessaire si le responsable du traitement a désigné un « correspondant informatique et libertés » (CIL), chargé de veiller de manière indépendante au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978.

Une autorisation de la CNIL n'est requise que dans les cas énumérés par l'article 25 de la loi.

En pratique, dans le périmètre étudié par la mission, trois cas pourraient se rencontrer :

- le traitement des données énumérées par l'article 8, en particulier les données de santé ;
- l'interconnexion de fichiers dont les finalités principales sont différentes ;

[114] Article 29 Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, avril 2013.
[115] Pour la conduite de cette démarche de « pesée des intérêts », cf. l'avis du G29 : *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, avril 2014.

- le traitement de données comportant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes.

La notion d'interconnexion de fichiers est assez restrictive. D'une part, un fichier est défini par l'article 2 de la loi comme un « *ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés* » : les partages de données non structurées ou à l'architecture évolutive ne sont donc pas concernés. D'autre part, il n'y a interconnexion que s'il y a élargissement du champ de collecte par rapport à celui de chacun des deux fichiers : un rapprochement qui vise seulement à fiabiliser les données en vérifiant une même information (par exemple, les revenus d'une personne) contenue dans deux fichiers différents n'est pas une interconnexion (CE, 19 juillet 2010, n° 317182).

Le futur règlement devrait supprimer l'obligation de déclaration : la majorité des traitements ne serait subordonnée à aucune formalité. Selon le texte adopté par le Conseil, les traitements susceptibles d'exposer les personnes concernées à un risque élevé au regard de leurs droits et libertés[116] sont subordonnés à une étude d'impact préalable. Les autorités de contrôle nationales (la CNIL et ses homologues) pourraient adopter des listes de traitements soumis ou non soumis à étude d'impact. Lorsque l'étude d'impact montre un risque élevé, le traitement est soumis à la consultation préalable de l'autorité de contrôle, qui peut ordonner que le traitement soit mis en conformité avec le règlement.

(d) L'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 distingue deux cas de figure :

- Lorsque les données traitées sont recueillies auprès de la personne concernée, la personne doit recevoir une série d'informations définie par la loi[117].
- Lorsque les données traitées n'ont pas été recueillies auprès de la personne concernée, celle-ci doit être informée par le responsable du traitement 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.

Pour le détenteur des données partagées, si les données ont été recueillies auprès de la personne et que celle-ci a été informée de la possibilité du partage (et plus précisément des catégories de destinataires de celui-ci) au moment de la collecte, une nouvelle information ne sera pas nécessaire. En revanche, si les données n'ont pas été recueillies auprès de la personne ou si celle-ci n'a pas été informée de la possibilité du partage (par exemple parce que celui-ci a été imposé par le législateur postérieurement à la collecte), le détenteur des données devra informer chacune des personnes concernées du partage.

Quant au réutilisateur, n'ayant pas recueilli les données auprès de la personne concernée, il devra dès l'enregistrement des données l'informer des traitements qu'il envisage.

L'article 32 prévoit plusieurs exceptions à ces obligations d'information :

- Lorsque l'information des personnes « *se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche* », le responsable du traitement n'est pas tenu d'y procéder. Le Conseil d'Etat a développé une interprétation assez stricte de cette exception, en jugeant notamment que le groupe Pages Jaunes, qui avait agrégé au service d'annuaire des particuliers Pages Blanches des résultats collectés sur des réseaux sociaux : il a jugé « *qu'eu égard à l'intérêt qui s'attache au respect des libertés et droits fondamentaux des vingt-cinq millions de personnes touchées par le traitement litigieux, et notamment au respect de leur vie privée, la société Pages Jaunes Groupe n'est pas fondée à soutenir que l'information de ces personnes, dont elle avait les coordonnées, exigeait des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche au sens des dispositions précitées du III de l'article 32* » (CE, 12 mars 2014, *Société Pages Jaunes Groupe*, n° 353193). L'importance du nombre de personnes à informer ne suffit donc pas à échapper à

[116] L'article 33.1 de la version du Conseil mentionne notamment une discrimination, un vol ou une usurpation d'identité, une perte financière, une atteinte à la réputation, un renversement non autorisé de la pseudonymisation, une perte de confidentialité de données protégées par le secret professionnel ou tout autre dommage économique ou social important.

[117] Identité du responsable de traitement, finalité du traitement, caractère obligatoire ou facultatif des réponses, conséquences d'un défaut de réponse, destinataires ou catégories de destinataires des données, droits prévus par la loi (droits d'accès, de rectification, d'effacement, d'opposition), transferts envisagés à destination d'Etats non membres de l'Union européenne.

l'obligation d'information. Cependant, dans cette affaire, le Conseil a tenu compte de l'ampleur de l'atteinte à la vie privée et du fait que le groupe Pages Jaunes avait déjà les coordonnées des personnes concernées. L'exception pourrait donc jouer dans d'autres configurations.

- Lorsque les données sont appelées « *à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme* » par la CNIL, l'information peut se limiter à l'identité du responsable du traitement et à la finalité de celui-ci.

(e) Les données de santé occupent une place particulière dans la loi du 6 janvier 1978. Elles font partie des données énumérées par l'article 8, dont le traitement est en principe interdit. Cependant, à la différence des autres données mentionnées par cet article (origines raciales ou ethniques, opinions politiques, philosophiques ou religieuses, appartenance syndicale, vie sexuelle), les données de santé sont fréquemment utilisées dans la société contemporaine. Elles présentent à l'évidence des enjeux d'intérêt général particuliers.

Pour être autorisé, le partage de données de santé devra entrer dans l'une des exceptions à l'interdiction mentionnées par l'article 8. Les exceptions pouvant être opérantes sont les suivantes :

- le consentement exprès de la personne concernée ;
- la recherche dans le domaine de la santé ;
- les traitements justifiés par l'intérêt public ; cette exception pourrait être particulièrement pertinente pour des données dont l'ouverture est imposée par le législateur en raison de motifs d'intérêt général.

Dans le deuxième et le troisième cas, le partage des données de santé devrait être autorisé par la CNIL. Pour la recherche en santé, cette autorisation est délivrée après une procédure spécifique définie par le chapitre IX de la loi, qui est en cours de réforme par le projet de loi de modernisation de notre système de santé ; la CNIL décide au vu de l'avis d'un comité d'experts scientifiques qui se prononce sur la nécessité des données et sur la qualité scientifique du projet.

En matière de santé, le partage des données personnelles est donc souvent soumis à une autorisation de la CNIL.

1.5. L'anonymisation et la pseudonymisation peuvent faciliter le partage des données personnelles

Selon l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978, une donnée personnelle est une donnée rattachable à une personne identifiée ou identifiable ; cet article dispose que « *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 toute autre personne* ». Des données totalement anonymisées, qui ne peuvent plus être rattachées à des personnes identifiables, ne relèvent plus du champ de la loi du 6 janvier 1978 et peuvent dès lors être partagées librement.

Cette condition est cependant difficile à remplir. Il ne suffit pas d'enlever les données directement identifiantes telles que le nom, le prénom ou le numéro de téléphone pour que des données puissent être considérées comme anonymes. La réidentification de données non directement identifiantes est possible, dès lors que l'on connaît certaines caractéristiques qui singularisent un individu. Ainsi, les données de géolocalisation sont difficiles à anonymiser, car les déplacements de chaque individu sont caractéristiques, notamment en raison de la récurrence des déplacements domicile-travail. En matière de santé, il a été calculé que dans la base de données des séjours hospitaliers (le PSMI), 89 % des personnes ayant été hospitalisées une fois dans l'année peuvent être caractérisées de manière unique par le mois du séjour, l'âge, le sexe, le code postal et le nom de l'établissement[118].

[118] Rapport de la commission open data en santé, juillet 2014.

L'anonymisation stricte peut donc conduire à un appauvrissement de l'intérêt d'une base de données, notamment par l'agrégation des données individuelles. Des données agrégées peuvent répondre à un certain nombre de besoins mais elles n'ont pas la même valeur que les données individuelles.

C'est pourquoi il convient d'envisager d'autres manières de favoriser le partage de données personnelles. L'une d'entre elles est la pseudonymisation. Selon le G29, celle-ci consiste une variable identifiant de manière unique un individu par une autre variable non identifiante[119] : par exemple, le nom et le prénom sont remplacés par un numéro d'ordre non signifiant. Le G29 considère que la pseudonymisation n'est pas une méthode d'anonymisation mais qu'elle constitue une mesure de sécurité utile, car elle rend plus difficile le lien entre les données et la personne concernée.

Le cadre juridique actuel ne prévoit pas de disposition spécifique concernant la pseudonymisation. Pour autant, on peut considérer que la pseudonymisation favorise le respect du principe de proportionnalité, puisqu'elle réduit le nombre de données traitées. Lorsque le traitement ne requiert pas de connaître l'identité des personnes concernées, la pseudonymisation rend les données plus adéquates aux finalités du traitement.

Le futur règlement contient plusieurs dispositions relatives à la pseudonymisation. Il définit celle-ci de manière plus précise que l'avis précité du G29 : la pseudonymisation est le « *traitement de données à caractère personnel de telle façon qu'elles ne puissent plus être attribuées à une personne concernée sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que celles-ci soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir cette non-attribution à une personne identifiée ou identifiable* » (article 4.3 ter de la version du Conseil). Les données directement identifiantes sont conservées de manière séparée des autres données, et le responsable du traitement doit veiller à empêcher leur utilisation non justifiée. La pseudonymisation fait partie des mesures que les responsables de traitement doivent envisager pour remplir leurs obligations de protection des données dès la conception et par défaut (privacy by design and by default ; article 23) et de sécurité des traitements (article 30). Les méthodes de pseudonymisation peuvent faire l'objet de codes de conduite (article 38).

Synthèse récapitulative sur la protection des données

Le principe d'une loi imposant la communication de données personnelles en raison de motifs d'intérêt général ne pose pas de problème de constitutionnalité. En revanche, il convient de veiller dans chaque cas (pour chaque législation sectorielle, ou pour chaque mise en œuvre d'une législation générale) au respect de la loi du 6 janvier 1978, tant au stade de la communication que de la réutilisation des données. Une attention particulière doit être portée à la compatibilité des finalités des réutilisations avec les finalités initiales de la collecte, ainsi qu'à la proportionnalité des données traitées dans le cadre de ces réutilisations.

Le partage de données personnelles ne requiert en règle générale qu'une déclaration à la CNIL, à l'exception des données de santé, soumises le plus souvent à un régime d'autorisation.

L'anonymisation complète des données permet de sortir du champ d'application de la loi du 6 janvier 1978 mais elle limite leur intérêt. La pseudonymisation (la conservation séparée des données directement identifiantes) peut faciliter le respect de la loi, notamment du principe de proportionnalité.

[119] Article 29 Working Party, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, avril 2014.

2. Les exigences liées au secret des affaires

2.1. Les sources juridiques du secret des affaires

De nombreux textes de loi renvoient au secret des affaires ou au secret industriel et commercial, sans les définir

Les notions de secret des affaires ou de secret industriel et commercial ou des notions voisines figurent dans de nombreuses législations. On peut notamment mentionner les textes suivants :

- Dans le cadre des procédures devant l'Autorité de la concurrence (ADLC), les articles L. 430-10 et L. 463-4 du code de commerce organisent la prise en compte du secret des affaires. En matière de contrôle des concentrations, l'article L. 430-10 dispose que l'ADLC « *tient compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués* », tant dans le cadre de l'interrogation des tiers sur les effets de l'opération que de la publication de la décision. En matière de répression des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante), les articles L. 463-4 et R. 463-13 à R. 463-15-1 organisent la conciliation du caractère contradictoire de la procédure et de la protection du secret des affaires[120]. Sur demande de la personne en cause ou de sa propre initiative, le rapporteur général de l'ADLC peut refuser à une partie la communication de pièces mettant en cause le secret des affaires et ne leur communiquer qu'une version non confidentielle. Il peut cependant décider de passer outre le secret des affaires lorsqu'il considère que la communication de ces pièces est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie. En tout état de cause, l'article L. 463-6 punit des mêmes peines que celles prévues pour la violation du secret professionnel la divulgation par une partie d'informations dont elle a eu connaissance dans le cadre de la procédure.
- De manière similaire, des dispositions législatives organisent la prise en compte du secret des affaires dans le cadre des procédures devant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL)[121].
- En matière de commande publique, l'article 80 du code des marchés publics prévoit que si le pouvoir adjudicateur doit notifier aux candidats non retenus le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre, il ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation violerait le secret industriel et commercial.
- En matière de droit du travail, l'article L. 1227-1 du code du travail punit de deux ans de prison et de 30 000 euros d'amende le fait pour un directeur ou un salarié de révéler un « *secret de fabrication* ». De même, les membres du comité d'entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication et à la discrétion « *à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur* » (article L. 2325-5).
- -ne entreprise peut obtenir réparation du préjudice causé par une violation de son secret industriel et commercial dans le cadre d'une action en concurrence déloyale. L'action en concurrence déloyale repose sur l'article 1382 du code civil, fondement général de la responsabilité pour faute en droit civil. Le plaignant doit établir l'existence d'une faute, le préjudice subi et le lien de causalité entre les deux.
- Enfin, selon l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, le secret en matière commerciale et industrielle fait partie des motifs justifiant qu'il soit dérogé au droit de communication des documents administratifs.

---

120 Pour une présentation plus complète de ce dispositif, cf. notamment C. Lemaire, « La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue », *JCP E*, n° 4, 26 Janvier 2006, 1161

121 Cf. respectivement les articles L. 5-6 et L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques, L. 612-24 du code monétaire et financier et 43 de la loi n° 2010–476 du 12 mai 2010.

En revanche, aucun de ces textes ne fournit une définition du secret des affaires. Dans le cadre de certain de ces textes, la jurisprudence ou la pratique administrative a pu fournir des éléments de définition, mais il ne s'en dégage pas une définition générale et cohérente.

C'est la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui, dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978, a conduit l'effort de systématisation le plus important. Dans un avis n° 20062458 du 15 juin 2006, elle a estimé que le secret en matière commerciale ou industrielle recouvrait trois catégories de documents : les mentions protégées par le secret des procédés, telles que le savoir-faire et les techniques de fabrication ; les mentions protégées par le secret des informations économiques et financières, telles que son chiffres d'affaires, l'état de son crédit ou les informations de nature à révéler son niveau d'activité ; les mentions protégées par le secret des stratégies commerciales, telles que la liste des fournisseurs et les remises consenties. La CADA a ainsi retenu une conception objective du secret industriel et commercial : c'est en raison de leur nature même que des informations sont couvertes par le secret.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur les secrets de fabrication procède également d'une conception objective : la Cour juge que constitue un secret de fabrique « *tout procédé de fabrication, offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché à ses concurrents* » (Crim., 12 juin 1974).

En revanche, les règles applicables devant l'ADLC et la pratique de celle-ci s'inscrivent dans une conception plus subjective du secret des affaires. La demande de protection du secret des affaires est formulée par la personne concernée auprès de l'ADLC (article R. 463-13 du code de commerce). Les documents pour lesquels aucune demande n'a été formulée sont réputés ne pas mettre en jeu ce secret (article R. 463-14). Le rapporteur général de l'ADLC ne peut rejeter une demande de protection que pour des raisons de procédure ou si elle est « *manifestement infondée* ». Il revient donc en grande partie à l'entreprise de définir le périmètre qu'elle souhaite voir protégé, l'autorité publique ne pouvant remettre en cause que les demandes manifestement excessives.

En 2011, le Conseil d'Etat a été saisi par le gouvernement d'une demande d'avis sur l'instauration d'un « régime de protection des informations sensibles des entreprises relevant du secret des affaires », qui posait notamment la question de la définition de celui-ci[122]. Le Conseil d'Etat a considéré que dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur pouvait « *librement définir les conditions d'accès des personnels de l'entreprise aux informations détenues par l'entreprise* », sous les seules réserves de la participation des travailleurs à la gestion des entreprises (assurée notamment par l'information des membres du comité d'entreprise) et de l'information des actionnaires. Il peut sanctionner la méconnaissance de ces règles dans le cadre de son pouvoir disciplinaire. En revanche, si le législateur souhaite créer une infraction pénalement sanctionnée de divulgation d'informations protégées par le secret des affaires, il ne peut renvoyer la définition du champ de celles-ci à l'appréciation du chef d'entreprise, car « *la délimitation du champ d'application de la loi pénale serait alors, en effet, définie par une personne privée et non par la loi* ». En matière pénale, une conception objective du secret des affaires s'impose donc.

Une exigence qui procède du droit à la vie privée des personnes morales

La protection du secret des affaires ne résulte pas seulement de dispositions législatives. Elle procède du droit à la vie privée des personnes morales, reconnu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Sur le fondement de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le droit à la vie privée, la CEDH juge qu'il n'y a « *aucune raison de principe de considérer (…) la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales* » (16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, n° 13710/88) et que « *les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels* » (16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c/ France*, n° 37971/97). La Cour juge cependant que l'ingérence exercée par la personne publique peut aller plus que lorsqu'est en cause le droit à la vie privée d'une personne physique (cf. arrêt *Niemietz*, § 31).

[122] Conseil d'Etat, *Rapport public 2012. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, p. 308.

S'agissant du droit de l'Union européenne, le secret des affaires a été partiellement reconnu dès le traité de Rome de 1957 dans le cadre du secret professionnel auquel sont tenus les agents des institutions de l'Union : l'article 339 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) stipule aujourd'hui que « *les membres des institutions de l'Union, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de l'Union sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient* ». Dans un arrêt *Akzo Chemie c/ Commission européenne* (24 juin 1986, C-53/85), la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'au-delà du champ de cet article, le secret des affaires était protégé par un principe général du droit communautaire. Statuant dans le cadre d'un litige en matière de concurrence, elle a considéré que « *le principe général, applicable durant tout le déroulement de la procédure administrative, de protection des secrets d'affaires s'oppose à ce qu'un tiers plaignant reçoive communication de documents contenant de tels secrets* ». En matière de commande publique, la CJCE juge que le principe de secret des affaires impose certaines limites au caractère contradictoire des procédures juridictionnelles (14 février 2008, *Varec SA c/ Etat belge*, C-450/06) : le juge doit garantir la confidentialité des secrets d'affaires, tout en pouvant lui-même connaître de ces informations et les prendre en considération. Dans cet arrêt, la CJCE renvoie expressément au droit à la vie privée des personnes morales reconnu par la CEDH.

En France, le Conseil d'Etat a fait sienne cette notion de droit à la vie privée des personnes morales. Dans son avis précité de 2011, il a considéré « *qu'aucun principe n'impose la libre communication des informations détenues par les entreprises* » et « *qu'au contraire, les informations relatives à la vie de l'entreprise, relevant du secret des affaires, sont un élément du droit au respect de la vie privée* ». Au contentieux, il a jugé que le droit au respect du domicile énoncé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'appliquait dans certaines circonstances aux locaux professionnels où des personnes morales exercent leurs activités (CE Sect., 6 novembre 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300) et que le droit à la vie privée énoncé par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, en tant que motif de dérogation au droit de communication des documents administratifs, protégeait également les personnes morales (CE, 17 avril 2013, *Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c/ Cabinet de la Taille*, n° 344924). La loi du 17 juillet 1978 protégeant à la fois le droit à la vie privée et le secret industriel et commercial, le droit à la vie privée n'a sans doute vocation à jouer que pour les personnes morales ne pouvant bénéficier de ce secret, comme en l'espèce une organisation patronale. Dans ses conclusions, le rapporteur public Delphine Hédary estime que pour les personnes morales, la notion de vie privée doit être utilisée de manière « *résiduelle* ».

Ainsi, de même qu'une personne physique a le droit d'être protégée contre la divulgation d'informations relevant de son intimité, une personne morale jouit d'un droit fondamental concernant certaines informations sensibles, même si elle ne bénéficie pas d'une protection aussi forte.

La proposition de directive sur le secret des affaires ne paraît pas, en l'état, avoir d'incidence sur la problématique traitée par la mission

Au cours des dernières années, il a été envisagé de renforcer la protection du secret des affaires dans plusieurs textes nationaux et européens. En France, deux propositions de loi ont été successivement déposées pour sanctionner pénalement la violation du secret des affaires et pour renforcer sa protection dans le cadre des procédures juridictionnelles[123], mais n'ont pas abouti à ce jour. Au sein de l'Union européenne, la Commission a adopté le 28 novembre 2013 une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites[124]. Le Conseil a adopté une « approche générale » le 26 mai 2014 ; au niveau du Parlement européen, la commission compétente a adopté sa position le 16 juin 2015 et le vote en séance plénière est prévu en novembre 2015. Une adoption définitive pourrait donc intervenir au cours de l'année 2016 et la France aurait alors deux ans pour

[123] Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, présentée par M. Bernard Carayon, député, 22 novembre 2011, n° 3985 ; proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, présentée par MM. Bruno Le Roux, Jean-Jacques Urvoas et les membres du groupe socialiste, républicain et citoyen et apparentés, 16 juillet 2014, n° 2139.

[124] 2013/0402 (COD).

transposer la directive. Le texte fait cependant l'objet de controverses quant à ses incidences pour les journalistes, les lanceurs d'alerte et la mobilité professionnelle des salariés[125].

La proposition de directive donne d'abord une définition du secret d'affaires. Pour être qualifiées de secret d'affaires, des informations doivent répondre à trois conditions cumulatives : elles doivent être secrètes, c'est-à-dire ne pas être « *généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question* » ; elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ; elles font l'objet de mesures raisonnables de précaution destinées à les garder secrètes. Cette définition, qui présente un caractère objectif, s'inspire fortement de l'article 39 des accords de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« accords ADPIC »).

La proposition de directive impose ensuite aux Etats plusieurs obligations : ils doivent notamment prévoir un recours civil efficace et dissuasif contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires ; organiser la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires ; prévoir la possibilité pour les autorités judiciaires compétentes de prononcer des sanctions.

On peut se demander si la directive, si elle était définitivement adoptée, ferait obstacle à une loi imposant à une entreprise de communiquer des données ayant le caractère de secrets d'affaires. Cependant, la directive ne paraît pas avoir cet objet. Comme l'indique son titre, elle vise à assurer la protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : une communication exigée par la loi ne saurait être qualifiée d'illicite. L'article 3.2 de la proposition ne qualifie l'obtention d'illicite que si elle résulte d'un accès non autorisé, d'un vol, d'un acte de corruption, d'un abus de confiance, du non-respect d'un accord de confidentialité ou de tout autre comportement contraire aux usages commerciaux honnêtes. Seul l'article 8, relatif à la protection des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires, a pour objet d'encadrer la communication de ces secrets dans un cadre légal. Dans l'approche générale adoptée par le Conseil le 26 mai 2014, il est expressément confirmé que l'obtention, l'utilisation et la divulgation des secrets d'affaires sont licites lorsqu'elles sont exigées ou autorisées par le droit de l'Union ou le droit national (article 4.1 a).

En l'état, la proposition de directive n'a donc pas d'incidence sur la problématique traitée par la mission. Il convient cependant de veiller à ce que les évolutions ultérieures du texte ne remettent pas en cause cette interprétation.

2.2. Une loi générale imposant la communication de données d'intérêt général devrait prévoir une exception pour les informations couvertes par le secret des affaires

Une législation générale, qui définirait les motifs et la procédure sur la base desquels une autorité administrative pourrait qualifier des données d'intérêt général et imposer leur ouverture, devrait prévoir la protection du secret des affaires. Trois arguments conduisent à cette conclusion.

Tout d'abord, l'exigence de protection du secret des affaires résulte du droit à la vie privée des personnes morales que sont les entreprises. Une obligation légale de communication de données couvertes par ce secret constituerait une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de ce droit. Il résulte de l'article 8.2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la jurisprudence de la CEDH qu'une telle ingérence doit respecter trois conditions : elle doit être justifiée par un motif d'intérêt général, proportionnée et prévue par la loi. Cette dernière exigence s'apprécie elle-même au regard de plusieurs conditions : la disposition permettant l'ingérence doit être accessible au citoyen, lui permettre raisonnablement de prévoir les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé et prévoir des garanties adéquates contre des atteintes arbitraires. Une loi qui n'apporterait aucune précision quant aux limites à l'intérieur desquelles il peut être porté atteinte au secret des affaires ne répondrait pas à cette exigence de prévisibilité.

[125] Dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution qui permet au Parlement de donner sa position sur les projets d'actes de l'Union européenne, l'Assemblée nationale a adopté le 30 juin 2015 une résolution (n° 2917) qui se fait l'écho de ces préoccupations.

Sur le plan constitutionnel, comme il a été exposé ci-dessus, le législateur doit circonscrire les atteintes qu'il porte, en vertu de motifs d'intérêt général, à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. S'agissant en particulier de l'atteinte aux secrets des entreprises, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas très développée. Lors de l'examen d'une loi de 2008 sur les organismes génétiquement modifiés (OGM), le Conseil constitutionnel a cependant jugé qu'en « *se bornant à renvoyer de manière générale au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste des informations qui ne peuvent en aucun cas demeurer confidentielles, le législateur a, eu égard à l'atteinte portée au secret protégé, méconnu l'étendue de sa compétence* »[126] (décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, § 57). Le Conseil a ainsi jugé que le législateur ne pouvait entièrement renvoyer au décret la définition des informations pour lesquelles il serait porté atteinte au secret des affaires.

Enfin, la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs exerce une certaine attraction. Dans le cadre de cette loi, les documents administratifs portant atteinte à la vie privée ou au secret industriel et commercial ne sont communicables qu'à l'intéressé. Alors que les informations confidentielles des entreprises sont protégées du droit de communication lorsqu'elles sont transmises à l'administration, il serait peu cohérent qu'elles ne le soient plus lorsqu'elles sont conservées par les entreprises elles-mêmes, même en présence de motifs d'intérêt général.

Une législation générale devrait donc prévoir dans quelle mesure il peut être porté atteinte au secret des affaires. Or, il serait difficile de circonscrire cette atteinte dans un texte général, d'autant plus qu'il n'existe pas à ce jour de définition reconnue du secret des affaires en droit français. La seule option qui se présente est donc, comme dans la loi du 17 juillet 1978, de prévoir que l'obligation de communication des données d'intérêt général s'exerce sous réserve du secret des affaires (ou du secret industriel et commercial).

Une telle restriction limiterait l'intérêt d'une législation générale. En effet, le champ des données non communicables serait à la fois étendu, si l'on se réfère à la définition de la CADA, et incertain, ce qui affaiblirait la sécurité juridique du dispositif.

2.3. En revanche, des lois sectorielles peuvent renforcer les obligations de transparence incombant aux entreprises concernées

Dans le cadre de lois sectorielles, il serait en revanche possible de prévoir la communication de certaines données protégées par le secret des affaires.

Tout d'abord, il est admis que le législateur puisse porter des atteintes limitées à ce secret, lorsque cela est justifié par un principe constitutionnel ou par des motifs d'intérêt général :

- L'article L. 463-4 du code de commerce impose au rapporteur général de l'ADLC de passer outre la protection du secret des affaires lorsque la communication ou la consultation des documents concernés est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause.
- Selon un schéma similaire, le Conseil d'Etat a jugé que dans le cadre de ses pouvoirs de règlement des différends sur l'interopérabilité, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) pouvait autoriser la communication aux parties en cause de documents protégés par le secret des affaires, dès lors que les parties ne peuvent utiliser ces documents en dehors de la procédure (CE, 30 décembre 2013, *Société Apple Inc et Société iTunes SARL*, n° 347076).
- De même, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité d'obligations de communication à la commission pour la transparence et le pluralisme de la presse de renseignement sur la propriété, le contrôle et le financement des publications, en relevant que les renseignements ne peuvent être utilisés à d'autres fins que l'accomplissement des missions de la commission et que les divulgations illicites sont sanctionnées de peines d'amende (décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, §34).

[126] Les dispositions législatives en cause prévoyaient que dans le cadre de la mise à disposition du public d'informations sur les OGM, les informations confidentielles ou affectant des droits de propriété intellectuelles étaient protégées. Elles instauraient cependant une « exception à l'exception » en prévoyant qu'un décret fixerait les informations ne pouvant en aucun cas demeurer confidentielles.

Dans ces trois cas de figure, les atteintes portées au secret des affaires sont limitées, le législateur permettant seulement la communication d'informations protégées à une autorité administrative ou dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Cependant, le législateur dispose aussi d'un pouvoir plus large, celui de déplacer la frontière entre les informations protégées et celles qui doivent au contraire être rendues publiques.

Ce pouvoir trouve de multiples illustrations, s'agissant notamment des informations économiques et financières, la deuxième des trois catégories d'informations protégées identifiée par la CADA. La loi impose notamment la publication des comptes sociaux, qui doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce et accessibles auprès de celui-ci (articles L. 232-21 à L. 232-25 du code de commerce) ; les sociétés cotées sont soumises à de multiples obligations de transparence destinées à assurer la protection des investisseurs. Au cours des années récentes, le législateur a également renforcé les obligations de transparence des sociétés cotées et des sociétés non cotées d'une certaine taille en matière de responsabilité sociale et environnementale (RSE ; cf. l'article L. 225-102-1 du même code). Ceci impose de dévoiler certains aspects de leurs stratégies commerciales, notamment sur leurs relations avec leurs fournisseurs.

Bien sûr, même le législateur sectoriel ne peut imposer une transparence sans limite. Il doit veiller à ne pas dénaturer la liberté d'entreprendre en empêchant les entreprises concernées d'exercer normalement leur activité. Pour autant, dans le cadre d'une loi sectorielle, le législateur n'est pas tenu de respecter systématiquement le secret des affaires. Il peut y porter des atteintes justifiées par des motifs d'intérêt général ; dans un cadre sectoriel, il peut définir ces atteintes (notamment en précisant la nature des données soumises à obligation de communication) de manière suffisamment précise pour échapper aux griefs d'incompétence négative et de manque de prévisibilité de la loi.

Synthèse récapitulative sur le secret des affaires

Le secret des affaires est reconnu par de nombreuses dispositions en droit français mais son périmètre n'est pas défini. La proposition de directive sur le secret des affaires, en cours de discussion entre le Parlement européen et le Conseil, prévoit une telle définition. Cependant, elle ne concerne pas en l'état la problématique traitée par la mission, car son objet est d'empêcher les atteintes illicites au secret des affaires, et non celles qui seraient prévues par la loi.

L'exigence de protection du secret des affaires résulte du droit à la vie privée des personnes morales, reconnu par la jurisprudence de la CEDH, de la CJUE et du Conseil d'Etat. Le législateur peut y porter des atteintes à condition qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt général, proportionnées et prévisibles. Il doit aussi exercer pleinement sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution, en circonscrivant ces atteintes.

Dès lors, une loi générale n'aurait d'autre possibilité que de prévoir que les obligations de communication des données qu'elle énonce s'imposent sous réserve du secret des affaires. Ceci limiterait son intérêt car le périmètre de cette exception serait à la fois étendu et incertain.

En revanche, une loi sectorielle pourrait imposer la communication de données protégées par le secret des affaires, à condition de bien préciser la nature des données en cause et de ne pas dénaturer la liberté d'entreprendre.