

Etic : Compte rendu du juriste.

Garino Valentin

Groupe 6.

Encadrant : Michael Baker

Rappel du sujet : LES DONNÉES OUVERTES ET LES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES : VERS LA TRANSPARENCE STRATÉGIQUEMENT OPAQUE ?

Présentation de la controverse

L'open data, c'est-à-dire, la tendance visant à mettre à disposition de tous une donnée gratuitement, quelle que soit sa provenance, est aujourd'hui en plein essor grâce à l'explosion du numérique. Elle s'inscrit ainsi dans une mouvance globale d'ouverture, représentée également par l'open source et l'open access. Ce mouvement open vise ainsi à un renforcement de la démocratie en permettant un meilleur accès à l'information, plus de transparence. L'enjeu économique est également de taille.

L'open data est ainsi devenue une réalité que les états doivent prendre en compte depuis le début des années 2010 ; ainsi en France, les institutions et collectivités sont de plus en plus incitées à mettre leurs données à disposition des citoyens, et les portails gouvernementaux se multiplient. Cependant, cette marche vers l'ouverture ne se fait pas sans heurts ni oppositions. Jusqu'où peut-on aller sans se heurter au respect de la vie privée ? Quel coût pour quels résultats ? Qui s'oppose à l'open data, et quels sont leurs arguments ? L'open data soulève ainsi d'épineuses questions, notamment d'un point de vue juridique. L'objet de ce document sera ainsi d'étudier la législation relative à l'open data en France. Nous ferons une synthèse du cadre législatif déjà existant en dégagant les limites de celui-ci et les jurisprudences rendues, et nous étudierons ensuite les projets de loi en cours ayant un lien avec l'open data. Nous étudierons principalement les points de tensions concernant les données de santé et de transport.

Historique de la législation sur les opens datas en France

La loi Cada (1978)

La première grande loi allant dans le sens de l'ouverture des fichiers administratifs en France est la **loi du 17 Juillet 1978**. Celle-ci reconnaît à tout citoyen le droit d'accès aux documents administratifs. Ainsi, le second article de cette loi stipule que « Sous réserve des dispositions de l'article 6, les autorités mentionnées à l'article 1er sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent titre. » Les autorités dont il est fait mention regroupent « *l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission.* » (Article 1). La consultation peut se faire via une consultation gratuite sur place, ou via l'envoi d'un courrier électronique. La loi prévoit également la création d'une entité, La CADA (Commission d'accès aux documents administratifs). Celle-ci est chargée de « veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs et aux archives publiques » (article 20). En pratique, celle-ci accuse réception de la demande de consultation d'un document et émet un avis concernant celui-ci (favorable-mitigé-défavorable). En cas de refus d'accès au dit document de la part de l'administration concernée, le demandeur peut effectuer un recours auprès d'un tribunal administratif, qui tiendra alors compte de l'avis émis par la CADA pour rendre sa décision.

En revanche, la loi initiale n'autorise pas la réutilisation de ces documents par les personnes les consultants. En outre, l'article 6 de cette loi établit des restrictions sur les documents accessibles : ainsi, ne sont pas communicables « *Les avis du Conseil d'Etat et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 141-10 du code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 241-6 du même code, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision, les documents élaborés ou détenus par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans le cadre des missions prévues à l'article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du code de la santé publique, les documents préalables à l'accréditation des personnels de santé prévue à l'article L. 1414-3-3 du code de la santé publique, et les documents réalisés en exécution d'un contrat de prestation de services exécuté pour le compte d'une ou de plusieurs personnes déterminées* ». De même, les documents touchant au secret d'état, au secret médical et à la défense nationale ne sont pas consultables. On voit ainsi que les problématiques liées à la sécurité du pays ou au secret des affaires passent devant le droit à l'information. De plus, le texte se montre particulièrement vigilant sur la question du respect de la vie privée puisque, toujours selon l'article 6, les documents à caractères personnels ne sont consultables que par le seul intéressé. Le second article stipule en outre que seuls les documents achevés peuvent être consultés. « Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte :

- a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;
- b) Au secret de la défense nationale ;
- c) A la conduite de la politique extérieure de la France ;
- d) A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ;
- e) A la monnaie et au crédit public ;
- f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;
- g) A la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ;
- h) Ou, sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi »

Nous voyons ainsi que cette loi s'annonce comme un précurseur de cette tendance « open data », même si ce terme n'était pas employé à cette époque, et même si des restrictions viennent limiter cette ouverture

Modifications de la loi Cada et divers décrets européens (1978-2016)

Par la suite, plusieurs lois et décrets sont venus modifier et compléter la loi de 1978. Ainsi, la **loi du 12 avril 2000** vient modifier la procédure de communication des documents ; par exemple, elle lève l'anonymat des agents de service publiques : *« Dans ses relations avec l'une des autorités administratives mentionnées à l'article 1er, toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administratives de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne ; ces éléments figurent sur les correspondances qui lui sont adressées »* (article 4). L'article 24 stipule également que l'administration se voit dans l'obligation de recueillir les observations des administrés. Cette loi a également renforcée les pouvoirs de la CADA, et élargi le nombre de documents pouvant être consultés (les documents relevant de l'autorité du ministère de la justice n'étaient pas auparavant considérés comme relevant d'une autorité administrative, ce qui est désormais le cas).

En 2005, divers **décrets (6 juin 2005, 28 janvier 2005, 2 octobre 2005)** viennent harmoniser la France par rapport à une **directive européenne de 2003**. Une définition plus générale de la notion de document administratif est alors donnée : *« Sont considérés comme documents administratifs [...] les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission [...] notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions. »* Une innovation importante est que les documents et fichiers non soumis au droit d'auteur peuvent désormais être réutilisés par les personnes les consultants : *« Les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1er, quel que soit le support,*

peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus » (article 10 de l'ordonnance du 6 juin). Cette notion de réutilisation s'avèrera par la suite être un des sujets majeurs liés à l'open data. Une autre modification due aux textes de 2005 est l'obligation pour les administrations et les collectivités locales dont la population dépasse 10 000 hab. et les établissements publics dont l'effectif dépasse 200 personnes de désigner une personne responsable de l'accès aux documents et de leur réutilisation. Ainsi, cette politique d'ouverture prend de l'ampleur et devient plus organisée.

A partir de 2011, la mission Etalab entreprend une politique d'ouverture des données gouvernementales en ligne via les sites data.gouv : le terme d'open datas commence dès lors à émerger. Les collectivités sont également incitées à participer à ce mouvement d'ouverture.

Le **10 avril 2013**, une nouvelle **directive européenne** (dite directive « PSI ») est adoptée. Celle-ci remanie celle de 2003, et amplifie ainsi le droit à la réutilisation des données. En effet, la version originale de la directive de 2003 ne comportait pas d'obligation stricte faite aux états membres d'autoriser la réutilisation des données. Cette nouvelle directive déclare ainsi « Il convient, dès lors, de modifier la directive 2003/98/CE de manière à imposer aux États membres une obligation claire de rendre tous les documents réutilisables » (article 8). Le catalogue des données réutilisables est également élargi, puisque désormais, bibliothèques et musées sont concernés : « *Le champ d'application de la directive 2003/98/CE devrait être étendu aux bibliothèques, y compris aux bibliothèques universitaires, aux musées et aux archives* ». Concernant la tarification de la réutilisation des documents (point non abordé en 2003), la directive de 2013 impose une limite stricte. L'article 6 de 2003 est remplacé de la manière suivante : « *Lorsque la réutilisation de documents est soumise à des redevances, lesdites redevances sont limitées aux coûts marginaux de reproduction, de mise à disposition et de diffusion* ». (L'article exempté cependant de cette obligation les organismes publics comme les bibliothèques). Les états sont également incités à privilégier la numérisation, de manière à ce que ce coût marginal soit proche de zéro.

Enfin, **en 2015**, une nouvelle **révision de la loi Cada** portée par Clothilde Valter (secrétaire d'état en charge de la réforme de l'état) vient synthétiser les points précédents et transposer fidèlement la directive de 2013. Le principe de gratuité « par défaut » est adopté : ainsi, l'article 15 affirme que « *I.-La réutilisation d'informations publiques est gratuite. Toutefois, les administrations mentionnées à l'article 1er peuvent établir une redevance de réutilisation lorsqu'elles sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public.*

Le produit total du montant de cette redevance, évalué sur une période comptable appropriée, ne dépasse pas le montant total des coûts liés à la collecte, à la production, à la mise à la disposition du public ou à la diffusion de leurs informations publiques.

Une redevance de réutilisation ne peut être établie pour des informations qui ont fait précédemment l'objet d'un accord d'exclusivité prévu à l'article 14.

II.-La réutilisation peut également donner lieu au versement d'une redevance lorsqu'elle porte sur des informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques,

y compris des bibliothèques universitaires, des musées et des archives et, le cas échéant, sur des informations qui y sont associées lorsque ces dernières sont commercialisées conjointement. Le produit total du montant de cette redevance, évalué sur une période comptable appropriée, ne dépasse pas le montant total des coûts de collecte, de production, de mise à disposition ou de diffusion, de conservation de leurs informations et d'acquisition des droits de propriété intellectuelle.

III.-Le montant des redevances mentionnées aux I et II est fixé selon des critères objectifs, transparents, vérifiables et non discriminatoires. Ce montant est révisé au moins tous les cinq ans »

En résumé, d'un point de vue législatif, le mouvement vers l'ouverture des données en France s'est amorcé par le texte fondateur de 1978 garantissant le libre accès aux documents administratifs, puis suite à l'essor du numérique par l'accumulation de mesures permettant au citoyen de s'emparer de ces données et de les réutiliser. La législation se montre ainsi de plus en plus favorable à l'open data (tout en restant vigilante sur les questions de vie privée, de sécurité de l'état et de droit d'auteur).

Limites de la législation actuelle et jurisprudences

Les lois votées ne sont pas exemptes de points de d'imperfection et de vides juridiques, comme le relève par exemple le site *Numérama*. On a vu par exemple que les parlementaires étaient relativement peu enthousiastes vis-à-vis de l'open data. Les administrations peuvent ainsi jouer sur la notion parfois floue de droit d'auteur pour s'abstenir de publier leurs données. Il existe ainsi un flou juridique concernant la levée du droit d'auteur sur les bases de données, ce qui a permis par exemple au conseil général de la Vienne de se réserver l'exclusivité sur les archives d'état civil, lors du conflit juridique opposant celui-ci au site *Notrefamille.com*. Voici le compte rendu de ce jugement par le conseil constitutionnel :

« Par des mémoires, enregistrés les 16 juin et 9 juillet 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la société NotreFamille.com demande au Conseil d'Etat, à l'appui de son pourvoi tendant à l'annulation de l'arrêt n° 13BX00856 du 26 février 2015 de la cour administrative d'appel de Bordeaux concernant la légalité de la décision du président du conseil général de la Vienne rejetant sa demande tendant à l'abrogation de la délibération fixant les conditions de réutilisation par des tiers des archives publiques, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article L. 342-I du code de la propriété intellectuelle[...]

Article 1er : Il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité
soulevée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société NotreFamille.com et à la ministre de la culture et de la communication. »

Cette jurisprudence est problématique car elle pourrait inciter d'autre administration à contourner les lois en utilisant ce type d'arguments.

Un autre exemple cité par *Numérama* est celui de la publication des conclusions établies par les rapporteurs publics du conseil d'état, qui se gardent l'exclusivité de la distribution de leurs rapports en jouant sur le droit d'auteur, alors que ces rapports sont d'une grande utilité pour comprendre les décisions rendues.

Au travers ces deux exemples, on voit que la législation actuelle présente des « trous », qui sont en partie dues au fait que la loi évolue moins vite que l'univers numérique ne se développe. C'est en partie à ce problème que la loi numérique portée par Axelle Lemaire entend remédier.

Projet de loi pour une République numérique

Ce texte, qui a été porté devant l'assemblée, adopté le 26 janvier 2016 (et actuellement en cours de discussion au sénat) est une loi majeure dans le domaine informatique, et comporte un volet important concernant l'open data. Notons déjà que cette loi s'inscrit par sa nature même dans le mouvement open, puisque une partie des articles ont été débattus avec les internautes.

Ainsi, ce texte instaure une obligation de diffusion du mode de fonctionnement des algorithmes publics : « Art. L. 311-3-1. – Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5, lorsqu'une décision individuelle est prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande. »

Le vide concernant les bases de données est également comblé, puisque sont désormais consultables et réutilisables « Les bases de données, mises à jour de façon régulière, qu'elles produisent ou qu'elles reçoivent et qui ne font pas l'objet, par ailleurs, d'une diffusion publique dans un standard ouvert aisément réutilisable, c'est-à-dire lisible par une machine »

La notion la plus importante portée par cette loi est peut être celle d'*ouverture par défaut*. En effet, jusqu'à présent, les administrés étaient tenus de réclamer à l'administration concernée le document qu'il souhaite consulter. En revanche, avec la loi Lemaire, les administrations publiques devront systématiquement ouvrir leurs données en format numérique.

Enfin, une nouveauté est l'instauration d'un « domaine public informationnel » visant à la défense de ces données contre les velléités d'appropriation : « Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil.

Elles ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous, autre que l'exercice du droit moral. »

Acteurs législatifs, rapports de force et points de tension.

L'Etat est un acteur majeur de cette politique d'ouverture des données via la collaboration active des ministères ainsi que des sites data.gouv, qui recense les données ouvertes ainsi que leur réutilisation. Le gouvernement Hollande s'est en particulier montré très favorable à la diffusion des données numériques (comme le montre la loi numérique portée par Axel Lemaire). Quelques réserves cependant : **la loi santé** portée par Marisol Touraine, ministre de la Santé, et adoptée le 17 décembre 2015, a marqué un coup d'arrêt, voir une régression concernant l'open data sur les données de santé, en unifiant deux bases de données déjà existantes : le PMSI (programme de médicalisation des systèmes d'information), qui recueille toutes les informations relatives aux hospitalisations, et le SNIIRAM (système national d'information inter-régime de l'assurance maladie). Le SNIIRAM étant assez verrouillé d'accès au public, ce regroupement risque d'avoir pour effet de limiter l'accès aux bases de données du PMSI, jusque là facilement accessibles.

Le gouvernement actuel travail en bonne harmonie avec l'assemblée nationale sur le sujet des open datas; en revanche, les relations sont plus tendues avec le sénat, qui s'avère réticent voir hostile à l'encontre de l'ouverture des données, surtout celles les concernant. Les sénateurs ont ainsi refusés cette année que l'obligation d'ouverture des données « par défaut » s'applique à eux ; ils ne seront donc pas tenus de publier leurs documents et travaux. L'obligation de publication des décisions du conseil d'état, présente dans la loi Lemaire, à été retoquée Autre crispation importante entre sénat et gouvernement : les données de transport. En effet, les députés socialistes ont adoptés un **amendement (23 janvier 2015)** instaurant l'obligation pour les sociétés de transport d'ouvrir leurs données concernant les suivis des trajets et les horaires :

« Le titre I^{er} du livre I^{er} de la première partie du code des transports est complété par un chapitre V ainsi rédigé :

« Chapitre V

« L'accès aux données nécessaires à l'information du voyageur

« Art. L. III4-8. – Les principales données des services réguliers de transport public de personnes sont rendues accessibles par leur détenteur de manière à permettre leur réutilisation aisée.

« Ces données incluent les arrêts et les horaires planifiés. » »

Cette mesure, en plus de susciter l'opposition de la SNCF, a fait l'objet d'une forte opposition au sénat, puisqu'un **amendement** visant à la supprimer a été déposé en avril 2015 par des sénateurs de la majorité, menés par Gérard Collomb, sous prétexte que :

« Une ouverture sans limite [des données mobiles] pourrait être contre-productive : ce sont les plus grands groupes internationaux de l'économie numérique (dont aucun n'est basé en France) qui pourraient profiter de cette ouverture sans aucun encadrement juridique et mettre en difficulté les modèles développés par les acteurs locaux : collectivités territoriales, PME... » L'argument est ici que l'open data risquerait plus de servir l'intérêt de grands groupes que des citoyens. On retrouve aussi la crainte que l'open data déstabilise les systèmes économiques établis (de la même manière que le modèle Uber).

L'open data concernant les données de transport rencontre donc une forte opposition, d'autant plus que la SNCF s'est toujours montré très réticente à fournir ses données. Ainsi, sous la pression de ce lobby, l'obligation de diffusion des données de transport a été considérablement affaiblie dans un **amendement de la loi Macron** adopté par l'assemblée (grâce au 49-3) en juin 2015, qui donne une marge aux sociétés de transport pour définir elles mêmes leurs modalités de transmission de données :

« Les données des services réguliers de transport public de personnes et des services de mobilité sont diffusées librement, immédiatement et gratuitement en vue d'informer les usagers[...]Les personnes soumises au présent article sont réputées remplir leurs obligations dès lors qu'elles sont adhérentes à des codes de conduite, des protocoles ou des lignes directrices préalablement établis par elles et rendus publics. »

Un autre rapport de force oppose la CNIL, vigilante sur la protection des libertés individuelles et de la vie privée au gouvernement et à la CADA, qui sont au contraire favorables à l'open data. Ainsi, leurs avis sont parfois contradictoires. Pour pallier à ce problème, la loi numérique prévoit une fusion des deux organismes.

Enfin, des tensions existent également au niveau des communes et collectivités. Celles-ci sont en effet un acteur essentiel, de part la richesse des données que leurs administrations possèdent (archives d'état civil, données de transport...). Elles sont cependant parfois réticentes à rendre celles-ci disponibles (comme le montre l'exemple du conseil général de la Vienne cité précédemment), et peuvent s'arranger pour rendre celles-ci peu lisibles en raison des possibles appels d'air et revendications que cela pourrait engendrer (pourquoi telle association est mieux subventionnée qu'une autre ? Pourquoi telle zone est mieux desservie par les transports qu'une autre ?). La loi numérique, en rendant obligatoire la diffusion de toutes les données détenues par les administrations publiques (et donc par les mairies), risque ainsi d'amplifier ces protestations. Ainsi, dans certains quartiers, les secours et Taxis rechignent à intervenir pour des questions de sécurité. En révélant ces disparités, l'open data pourrait ainsi amplifier les tensions sociales.

Bibliographie

Droit français (ordre chronologique)

-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

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

-Conseil d'État, 10ème / 9ème SSR, 14/09/2015, 389806 (jurisprudence pour la réutilisation des bases de données)

-AMENDEMENT N°2910 du 23 janvier 2015 (concernant l'obligation pour les sociétés de transport de diffuser leurs données).

-AMENDEMENT N°1197 du 16 juin 2015

-Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public

-Projet de loi pour une République numérique (EINI524250L) (adopté par l'assemblée le 26 janvier 2016).

Droit européen

-DIRECTIVE 2013/37/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public (directive PSI)

Pages internet

- <http://www.numerama.com/magazine/20835-le-droit-d-auteur-plus-important-que-la-comprehension-de-la-justice.html> (sur la jurisprudence concernant les conclusions des rapporteurs du ministère de la justice).

-http://www.lesechos.fr/16/12/2014/LesEchos/21836-020-ECH_projet-de-loi-touraine---le-grand-fichier-des-donnees-de-sante-fait-peur.htm

-<http://www.nextinpact.com/news/93731-les-senateurs-ps-veulent-limiter-l-open-data-sur-donnees-transport.htm>

-<http://www.nextinpact.com/news/96310-comment-gouvernement-a-recule-sur-mise-en-open-data-donnees-transport.htm>