

L'impossible valorisation des données publiques ?

Par **Aloïs Ramel** et **David Conerardy**, avocats à la Cour, SCP Seban et associés

Le patrimoine informationnel est l'une des composantes du patrimoine immatériel des administrations locales et nationales. Il est constitué par l'ensemble des informations dont dispose l'organisme public, qu'il s'agisse par exemple des informations cadastrales ou d'état civil pour les communes, d'informations sectorielles pour les directions générales affectées à certains ministères ou encore des données de santé pour les centres hospitaliers universitaires.

À partir d'informations traditionnelles, il a pu être possible, au travers des nouvelles technologies, de l'essor des systèmes d'information et une profonde mutation des processus organisationnels, de développer de nouvelles informations plus riches, utiles et donc valorisables pour les différents organismes publics. De manière corrélée, l'expansion du domaine de l'informationnel des organismes publics est plus complexe qu'il n'y paraît. Pas de patrimoine sans propriété, or la propriété des données est une problématique récente, complexe en ce qu'il n'existe pas encore de cadre juridique suffisamment mature et à même d'apporter des réponses certaines, claires et précises sur la maîtrise des données. Cette maîtrise pourrait par ailleurs évoluer en fonction de la typologie des données concernées, du droit afférant et de ce qui est recherché : les données ou les supports structurés de données. De fait, le régime juridique applicable en la matière est éclaté entre un certain nombre de législations différentes (code de la propriété intel-

lectuelle, code des relations entre le public et l'administration, code de la commande publique, règlement général sur la protection des données, loi informatique et libertés, règles sectorielles (énergie, télécoms, transports, etc.)) peu cohérentes entre elles en raison du fait du manque d'anticipation des conséquences des législations sur l'ensemble des secteurs ou, dans le cas des règles sectorielles, de leur articulation avec le cadre général. Aujourd'hui, de plus en plus d'administrations locales et nationales recherchent un accompagnement sur l'épineuse question de la valorisation des données publiques qu'elles recueillent et qu'elles traitent, soit pour répondre à leur cœur de mission, soit de façon plus accessoire, afin de proposer des services à valeur ajoutée à leurs administrés ainsi qu'aux entreprises et start-up de leur territoire. Le cadre juridique de l'open data constitue néanmoins un écueil assez puissant pour toute velléité d'appropriation et de valorisation des données.



© JULIEN_EICHINGER-ADOBESTOCK

État du droit ne favorisant pas la valorisation des données publiques

Impact de la loi pour une République numérique

Structuration du cadre législatif autour de l'open data

Lorsqu'est évoquée l'ouverture des données publiques de l'administration, et de manière sous-jacente la question de leur valorisation, il est fait référence à deux situations coexistantes mais de natures différentes qui sont le droit pour tout individu d'obtenir communication sur demande de documents administratifs et l'obligation de diffusion spontanée à charge des administrations. Ici, seul l'état du droit relatif à la diffusion spontanée à la charge des administrations sera évoqué puisque c'est à travers lui qu'il est possible de monétiser les informations détenues par les organismes publics. La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a profondément modifié le cadre de l'ouverture des données publiques de l'administration par rapport à ce qui prévalait jusqu'alors, en mettant en place une obligation de diffusion spontanée à la charge des administrations. Cette obligation est celle permettant à certains organismes de monétiser les produits et services qu'ils auraient collectés ou créés. Dans ce cadre, c'est l'article L.312-1-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) qui prévoit que : « Sous

réserve des articles L.311-5 et L.311-6 et lorsque ces documents sont disponibles sous forme électronique, les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L.300-2, à l'exception des personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret [pour rappel ce seuil est fixé à 50 agents ou salariés exprimé en équivalent-temps plein (CRPA, art. D.312-1-1-1)], publient en ligne les documents administratifs suivants :

- 1° Les documents qu'elles communiquent en application des procédures prévues au présent titre, ainsi que leurs versions mises à jour ;
- 2° Les documents qui figurent dans le répertoire mentionné au premier alinéa de l'article L.322-6 ;
- 3° Les bases de données, mises à jour de façon régulière, qu'elles produisent ou qu'elles reçoivent et qui ne font pas l'objet d'une diffusion publique par ailleurs ;
- 4° Les données, mises à jour de façon régulière, dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental.

Le présent article ne s'applique pas aux collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants ».

Aussi, il existe bien des obligations de diffusion concernant les bases de données et les données qui sont mises à jour de façon régulière par les administrations visées par le premier alinéa de l'article L.300-2 du CRPA, c'est-à-dire 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.

Débat autour de la notion de régularité

Cette notion de régularité soulève, selon nous, de nombreuses interrogations. Puisqu'il n'existe à ce jour aucune précision sur le pas de mesure exact obligeant les administrations à publier leurs bases de données. En effet, il n'est fait mention ni dans la partie réglementaire du CRPA, ni dans les décrets ultérieurs, ni dans les avis de la commission d'accès aux documents administratifs (Cada), d'une quelconque mention de la périodicité selon laquelle ces bases de données devraient être publiées. Il est intéressant de noter que les rapports des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat à propos du projet de loi pour une République numérique ne font aucunement référence à un quelconque pas de mesure. Pour rappel, le Gouvernement a engagé la procédure accélérée sur ce texte le 9 décembre 2015, réduisant à une seule lecture par chambre ce projet de loi, qui a finalement été adopté en commission mixte paritaire en juillet 2016.

Conditions pour soumettre l'exploitation de la donnée à une redevance

Trois conditions pour soumettre une redevance d'utilisation

Dès lors qu'il existe une obligation de diffusion, que l'on est un organisme visé par le premier alinéa de l'article L.300-2 du CRPA .../...

.../... et qu'il s'agit d'une mission de service public, il peut se poser la question de la mise en place de redevances.

Les dispositions de la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public ont introduit différents articles du CRPA.

L'alinéa 1 de l'article L.324-1 du CRPA a posé le principe de gratuité par défaut de la réutilisation d'informations publiques. Toutefois, ces dispositions ne sont pas exemptes de dérogations mais restent rigoureusement encadrées. En effet, ce même alinéa, après avoir posé le principe, vient en tempérer les effets en précisant : « Les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L.300-2 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 ».

L'article L.324-4 du CRPA est venu préciser les dispositions de l'article L.324-1 en indiquant les moyens par lesquels il serait possible d'établir des redevances d'utilisation : « Les modalités de fixation des redevances mentionnées aux articles L.324-1 et L.324-2 sont fixées par décret en Conseil d'État, après avis de l'autorité compétente. Ce décret fixe la liste des catégories d'administrations qui sont autorisées, en raison de la nature de leur activité et des conditions de leur financement, à établir des redevances en application de l'article L.324-1. La liste des catégories d'administrations est révisée tous les cinq ans ».

Ce décret a été adopté le 28 juillet 2016 (1), en intégrant au CRPA les articles R.324-4-1, R.324-4-2, R.324-4-3, R.324-4-4 et R.324-4-5, et met en place un principe général permettant aux administrations et services de l'État d'établir une redevance de réutilisation à titre payant sous conditions : « Sont seuls autorisés à établir des redevances de réutilisation en application de l'article L.324-1 les services de l'État et les autres personnes mentionnées à l'article L.300-2 dont l'activité principale consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques, lorsque la couverture des coûts liés à cette activité principale est assurée à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions ». Il existe donc trois conditions pour soumettre une redevance d'utilisation.

La première condition suppose que l'organisme qui établit une redevance d'utilisation soit une personne mentionnée par l'article L.300-2 du CRPA qui vise : « l'État, les collectivités territoriales ainsi que [...] les autres personnes de droit public ou les

personnes de droit privé chargées d'une telle mission ».

La deuxième condition prévoit que l'activité principale de l'organisme concerné consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques.

La troisième condition prévoit que la couverture des coûts liés à cette activité principale soit assurée à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions.

Critiques autour du décret du 28 juillet 2016

À ce stade, il est possible d'émettre un certain nombre de critiques à l'encontre du décret du 28 juillet 2016. Alors qu'il devait être élaboré en application de l'article L.324-1 du CRPA, le décret a énoncé des conditions pour mettre en place des redevances d'utilisation qui rendent quasiment impossible l'établissement desdites redevances.

En effet, alors que l'article L.324-1 du CRPA reste assez équilibré en imposant aux administrations souhaitant mettre en place les redevances de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public, le décret va dénaturer ces conditions en imposant :

- la nécessité d'une activité principale correspondant en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques qui n'a jamais été prévue par le législateur ;
- que cette activité principale soit assurée à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions.

À la lecture de ces éléments, on peut légitimement considérer que la quasi-totalité des administrations, telles que mentionnées à l'article L.300-2 du CRPA, sont exclues de la possibilité d'établir des redevances de réutilisation.

Il peut sembler préjudiciable que la quasi-totalité des administrations ne puissent pas établir de redevances d'utilisation alors même qu'elles seraient en mesure de produire et d'offrir des services qui pourraient aller au-delà de la simple mise à disposition de données, et d'offrir par là même des données agrégées, utiles, qui seraient au service des citoyens et leur offriraient un service innovant et à haute valeur ajoutée.

Avec l'essor de l'ouverture des données publiques à titre gratuit, on peut constater la fin d'une pratique où les administrations étaient prêtes à fournir des biens et des services immatériels demandés par des citoyens qui n'étaient pas directement dans le cœur de leurs missions de service public ;

cette production était rétribuée par la redevance. Aussi, avec l'obligation de publication en ligne gratuitement, ces informations publiques ne seraient plus produites par les administrations.

L'adoption d'un principe général de gratuité, accompagné de dérogations, et le décret du 28 juillet 2016 ont certes été un progrès dans l'accroissement de la circulation des données et du savoir mais pourraient aussi entraîner un appauvrissement des informations publiques et de leur qualité.

Le pouvoir réglementaire serait bien inspiré de modifier ce décret à la légalité douteuse dont l'un des effets, paradoxal, conduit à l'appauvrissement de l'innovation autour des data publiques.

Crainces issues du règlement général sur la protection des données

Au-delà de ce qui a été présenté, il est possible de constater que les organismes publics ont été particulièrement frileux quant à la mise à disposition de documents contenant des données à caractère personnel depuis l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données. Les sanctions pouvant monter jusqu'à 10 millions d'euros pour la violation de ce règlement (20 millions d'euros lorsqu'il s'agit d'une atteinte sur les droits des personnes ou en cas de récidive) ont semblé refréner toute prise de risque de leur part concernant des documents susceptibles de contenir de telles données.

Perspectives autour de la valorisation de la donnée publique

Référé du président de la Cour des comptes du 18 décembre 2018

Référé en lui-même

Si l'adoption de la loi Valter en 2015 et de la loi pour une République numérique en 2016 a donné un cap clair à l'ouverture des données publiques des différentes administrations, force est de constater que la complexité de ce droit et le principe général de gratuité ont entraîné de nombreuses réticences de la part des administrations. C'est dans ce cadre que, le 11 décembre 2018, le Premier président de la Cour des comptes, en vertu de l'article R.143-11 du code des juridictions financières, a adressé un référé (2) au Premier ministre portant sur des questions de principe relatives à la gouvernance et à l'économie du processus d'ouverture des données des administrations publiques.

Après avoir examiné l'enjeu de l'ouverture des données publiques de trois opérateurs du ministère de la Transition écologique et solidaire (Institut national de l'information géographique et forestière (IGN), Météo-France, centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (Cerema)), les services de la Cour ont pointé de nombreux problèmes quant à l'application de l'ouverture des données des administrations.

Au sujet de la loi pour une République numérique, le référé indique que son application « ne se fait pas sans difficulté pour ces opérateurs, du fait de la complexité technique de la matière, de sa nouveauté radicale, mais aussi d'un manque d'orientations claires de la part de l'État ».

En effet, la Cour des comptes constate que sur les trois établissements publics qu'elle a choisis, les licences ne sont pas toutes homologuées (Météo-France) ou le sont à titre dérogatoire et temporaire (IGN) ; alors que le troisième établissement (Cerema) est totalement hors habilitation à percevoir des redevances. Pour les licences, elles sont qualifiées comme contraignantes tant pour les opérateurs que les réutilisateurs.

La Cour des comptes profite de ce référé pour rappeler les insuffisances du pilotage de l'État (au moyen de l'exemple de la Base adresse nationale, un projet de l'État n'ayant pas suffisamment progressé du fait des réticences de diverses administrations), et rappelle que tant que l'État ne définit pas le périmètre des informations publiques devant être mises à disposition gratuitement, en particulier « en ce qui concerne les logiciels produits par les administrations, leurs bases de données « intermédiaires » et leurs publications », l'ouverture des données publiques ne pourra jamais réellement être effective. Sans ce pilotage de l'État, la Cour constate que de nombreuses administrations restent frileuses quant à la mise à disposition de leurs données.

Enfin, le Premier président de la Cour des comptes fait deux recommandations :

- « Recommandation n° 1 : clarifier la doctrine et les conditions d'application des règles relatives à l'ouverture des données et des codes sources des logiciels, ainsi que celles afférant à la gestion des licences ;
- Recommandation n° 2 : redéfinir les modèles économiques des opérateurs en tirant les conséquences de l'ouverture des données publiques et de l'attrition des ressources propres correspondantes ».

Réponse du Premier ministre

Le Premier ministre a reconnu le 4 mars 2019 que l'ouverture des données publiques pré-

sentait divers problèmes et qu'il convenait de « corriger » certains points. Dans cette perspective, celui-ci a demandé à l'Inspection générale des finances d'établir « sous six mois », avec le soutien de la Direction interministérielle au numérique (DINSIC), « un premier bilan de la mise en œuvre de l'ouverture des données et de ses impacts, des difficultés rencontrées par les ministères et leurs opérateurs ». Or, ce premier bilan n'a toujours pas été publié.

En matière d'open data, il indique « qu'il ne s'agit pas tant d'adapter le corpus législatif et réglementaire – a priori robuste – que de clarifier son interprétation et sa mise en œuvre par les administrations et leurs opérateurs ».

Le Premier ministre a aussi annoncé vouloir généraliser la gratuité pour 2022 afin de « simplifier de manière efficace la question de l'utilisation des licences dans la mesure où elle permettra de s'affranchir des doubles licences existantes (payantes ou gratuites avec obligation de repartage) ». Celui-ci semble avoir pris délibérément et définitivement le chemin de la gratuité pour la mise à disposition et la réutilisation des informations publiques.

Propositions du rapport Trojette

Le point de vue du Premier ministre peut paraître d'autant plus dommageable que M. Trojette, dans son rapport (3) qui a posé les bases de la réflexion sur l'open data, avait promu des systèmes privilégiant des modèles combinant gratuité et progressivité de la redevance en fonction de l'utilisation et, par exemple, du chiffre d'affaires de l'entreprise réutilisatrice.

Comme l'indiquait M. Trojette, il ne fait pas de doute que « les coûts de production et de collecte des informations publiques devraient, en toute rigueur, peser exclusivement sur le budget de l'État, puisque ce sont des dépenses permanentes du service public. La prise en charge de ces coûts par les réutilisateurs fait peser un risque important sur la pérennité du service public ». Sauf qu'une fois collectées, ces informations publiques font très souvent l'objet d'un travail de valorisation par les organismes publics dont on peut dire qu'il est légitime de répartir le coût entre l'organisme créateur et le réutilisateur futur. On pourrait par ailleurs imaginer que puisse s'installer un dialogue entre différentes entreprises et un organisme créateur pour que celui-ci adapte les données mises à disposition contre une redevance dédiée.

De plus, M. Trojette avait aussi proposé que le financement de l'investissement initial permettant l'ouverture de nouveaux jeux de données ou leur montée en gamme puisse

se faire de manière collaborative, c'est-à-dire reposant sur un investissement public et privé. Ce financement aurait pu être la contribution volontaire d'un ou plusieurs acteurs extra-étatiques ou prendre directement la forme du crowdfunding.

Ensuite, celui-ci indiquait que « les coûts marginaux inhérents à la diffusion des informations sur les plateformes peuvent éventuellement être couverts par une redevance, sous réserve qu'elle ne constitue ni un frein à la réutilisation ni une barrière à l'entrée des réutilisateurs. Les modèles combinant gratuité et tarification progressive, selon le type de réutilisateurs et en fonction de critères correctement définis au regard de la valeur ajoutée par la plateforme, devraient être privilégiés ».

Il peut paraître dommageable que le mouvement de l'ouverture des données publiques n'ait pas repris des positions intermédiaires, c'est-à-dire combinant gratuité et tarification progressive, et l'on peut légitimement se demander si ce n'est pas ce point qui, aujourd'hui, est un des plus grands freins à la mise à disposition plus générale des données publiques.

Aujourd'hui, il semble y avoir peu de possibilités permettant de faire évoluer le cadre légal en faveur d'une meilleure prise en compte de la valeur de la donnée, publique comme privée, produite ou détenue par les collectivités territoriales et leurs groupements.

Il semble aussi que le mouvement de l'ouverture des données publiques de l'administration à titre gratuit soit définitivement lancé et l'on voit mal aujourd'hui ce qui permettrait aux administrations locales de valoriser leur patrimoine immatériel informationnel.

Cet objectif tout à fait louable de transparence et d'accessibilité de la donnée publique pourrait en réalité recéler des effets pervers sur la capacité et la volonté des pouvoirs publics à devenir des acteurs majeurs de la révolution numérique en cours, en dépit des discours prononcés.

(1) Décret n° 2016-1036 du 28 juillet 2016 relatif au principe et aux modalités de fixation des redevances de réutilisation des informations du secteur public.

(2) Référé sur la valorisation des données de l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN), de Météo-France et du Centre d'études et d'expertise sur les risques, de l'environnement, la mobilité et l'aménagement (Cerema) : l'enjeu de l'ouverture des données publiques, Cour des comptes, 18 décembre 2018.

(3) Rapport au Premier ministre, « Ouverture des données publiques : les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ? », Mohammed Adnène Trojette, juillet 2013.