

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Pour un cadre juridique d'une politique de diffusion des données détenues par le secteur public : colloque de Buenos Aires octobre 1990

Davio, Thérèse; de Terwangne , Cécile; Pouillet, Yves

Publication date:
1990

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Davio, T, de Terwangne , C & Pouillet, Y 1990, 'Pour un cadre juridique d'une politique de diffusion des données détenues par le secteur public : colloque de Buenos Aires octobre 1990'.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

10

3 2 3

**POUR UN CADRE JURIDIQUE
D'UNE POLITIQUE DE DIFFUSION
DES DONNEES DETENUES
PAR LE SECTEUR PUBLIC**

**Colloque de Buenos Aires
Octobre 1990**

Thérèse DAVIO
Cécile de TERWANGNE

Attachées de recherche au
Centre de Recherches
Informatique et Droit
(C.R.I.D.) des Facultés
Universitaires Notre Dame de la
Paix à Namur

Yves POULLET

- Doyen de la Faculté de Droit
de Namur
- Directeur du Centre de
Recherches Informatique et
Droit (C.R.I.D.) des Facultés
Universitaires Notre-Dame de la
Paix à Namur

Ce rapport reprend des réflexions émises par les auteurs dans le cadre d'une recherche menée pour la Commission des Communautés européennes : PUBLAW. L'étude a été confiée à l'University College of London (J. MICHAEL), à la Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung (H. BURKERT) et au C.R.I.D.

INTRODUCTION

1. Dans le cadre de l'exécution de ses missions réglementaires, l'administration publique collecte systématiquement et régulièrement de l'information. Cette information, qu'il s'agisse de données bilantaires, d'informations sur les détenteurs de licences automobiles ou sur les propriétaires de parcelles cadastrales, est précieuse à la fois pour le public en général mais également pour les entreprises qui, y ajoutant ou non de la valeur, la commercialiseront.

La valeur des informations est accrue du fait des caractéristiques même du mode de collecte propre à l'autorité publique. A priori, l'information est complète (tous les citoyens visés par la réglementation sont tenus de la fournir), fiable (des sanctions sont attachées à la délivrance de fausses données) et peu coûteuse (l'administration n'ayant pas pour but de faire du profit).

2. Ceci explique la volonté de certaines entités administratives, voire de certaines entreprises, de commercialiser les données détenues par l'administration. La Commission des Communautés européennes, dans sa volonté de promouvoir un marché européen de l'information ¹, encourage cette commercialisation de données "publiques". Récemment, elle a promulgué des "Lignes directrices pour l'amélioration de la synergie entre secteurs public et privé sur le marché de l'information" ². Les buts essentiels de ces lignes directrices - qui par ailleurs ne constituent que de simples recommandations- sont les suivants :

- l'information détenue par le secteur public doit être accessible, excepté celle qui a trait à la sécurité publique ou à la sûreté de l'Etat ou encore celle qui touche à des intérêts privés (libertés individuelles et secrets d'affaires)³;

¹ Ainsi, il a été reconnu que 90 % du marché de l'information distribuée en Europe provenait d'acteurs américains. Le développement d'un marché réellement européen des services d'information est une priorité de la Communauté (Décision du Conseil des Ministres, 26 juillet 1988, J.O. L 288, p. 39, 88/524/EEC).

² Publiée par la Commission, 1989, Publication officielle des Communautés, ISBN 92.825.9238.3.

³ Cf. les recommandations n° 1, 3, 7. A noter que la recommandation n° 1 affirme même l'obligation pour l'administration de motiver ses refus de rendre accessible les données.

- l'information doit être accessible à des coûts raisonnables, sinon gratuitement ¹;
- l'information doit être aisément "reformatable" et réutilisable ²;
- enfin, l'information détenue par le secteur public doit être accessible et distribuée suivant des principes de concurrence loyale ³.

Selon les recommandations des Lignes Directrices, ce dernier principe, le plus important, suppose:

- a) l'établissement de contrats types afin de garantir l'égalité d'accès à l'information et ce, sans discrimination de nationalité;
- b) l'abstention de commercialisation par le pouvoir public chaque fois que la distribution par le secteur privé est plus adéquate ⁴, et la promotion de "joint ventures" avec le secteur privé;
- c) l'abstention par l'Etat de mesures d'aide de toute nature en faveur des banques de données publiques.

3. Ainsi se trouve affirmée la volonté d'une commercialisation des données détenues par le secteur public. Le cadre juridique de cette commercialisation reste à déterminer. Nous développerons à ce sujet les trois titres suivants:

- les facteurs réglementaires qui encouragent la commercialisation (les lois d'accès aux documents administratifs, "Freedom of Information Acts");
- ceux qui limitent cette commercialisation (en particulier les lois sur le secret administratif et sur la protection des données nominatives récemment relayées au niveau européen par un projet de directive);
- enfin, deux questions influençant les modes de distribution de l'information et les rapports entre acteurs privés et publics : celle de l'existence de droits d'auteur dans le chef de l'administration et celle de la concurrence.

¹ "Le prix doit refléter les coûts de préparation et de transfert au secteur privé mais sans nécessairement reprendre le coût complet de la collecte et du traitement opérés dans le cadre du travail de l'administration" (Recommandation n° 4).

² Ceci signifiera notamment l'utilisation des standards et normes dans la constitution des fichiers (cf. recommandation n° 3).

³ Recommandations n° 1, 8, 9, 11 et s.

⁴ Cf. en particulier la recommandation n° 8 qui limite le maintien d'une commercialisation directe par le secteur public aux cas où:

- cela est essentiel à la satisfaction d'un intérêt public que le secteur privé ne peut lui même combler.
- cela est le prolongement du service public.
- la nécessité d'un service neutre indépendant du secteur privé est requise.

TITRE I LES FACTEURS DE PROMOTION : LES LOIS D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

4. Nombre de pays européens ont, à la suite de la recommandation du Conseil de l'Europe ¹, adopté des réglementations d'accès aux documents administratifs inspirées par le modèle américain du Freedom of Information Act. En ce sens, citons les lois autrichienne ², danoise ³, finlandaise ⁴, française ⁵, néerlandaise ⁶, norvégienne ⁷ et suédoise ⁸. Ces législations visent essentiellement à assurer la transparence de l'action administrative pour chaque citoyen ⁹. Il est évident que la commercialisation de l'information administrative, si elle n'est pas l'objectif premier de telles législations, s'y trouve indirectement encouragée - hormis le cas célèbre de la loi française ¹⁰. Un court aperçu du contenu de ces lois nous permettra de saisir la portée de cette dernière réflexion.

5. La loi hollandaise du 9 novembre 1978 prescrit la transparence de l'Etat, à l'exception de certains impératifs: sécurité

1 Recommandation n° R (81) 19 du comité des Ministres sur l'accès aux documents détenus par l'Administration. A noter que le Conseil des Communautés européennes a adopté récemment une directive à propos de l'accès (81) 19 du comité des Ministres sur l'accès aux documents sur l'environnement.

2 Bundesgrundgesetz vom 15 Mai 1987 über die Auskunftspflicht der Verwaltung der Länder und Gemeinden. BGBl, 1987, 169.

3 Lov n° 572 af 19 december 1985 om offentlighed i forvaltningen.

4 Laki ylesiten asiarkirjain julkisuudesta 9.2.1951/83 amended by the amendment act of 1987.

5 Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 : Titre premier : De la liberté d'accès aux documents administratifs et Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

6 Wet van 9 november 1978, Stb. 581, houdende regelen betreffende de openheid en openbaarheid van bestuur.

7 Lov av 19 juni 1970 n° 69 om offentlighet i forvaltningen amended by lov n° 10 av 8 mars 1985.

8 Tryckfrihetsförordningen du 5 avril 1949 amendée le 1er janvier 1978 et le Sekretesslag du 1er juillet 1982 avec divers amendements.

9 "Le sens véritable des lois d'accès à l'information, à savoir permettre de contrôler l'Administration. La valeur qui devrait transcender toute les autres dans l'interprétation d'une loi d'accès : permettre à tous, peu importe leur statut économique ou social, d'exercer ce contrôle, selon les modalités prévues par les lois d'accès à l'information" (Mc Nicoll, Peladeau, Prémont, 1988).

10 Art. 10 de la loi française. A propos de la difficulté de donner une quelconque efficacité à cette disposition, cf. le 2e rapport de la Commission d'Accès aux documents administratifs (CADA), 2e rapport d'activité, Paris, 1982, 61 et s.

publique, intérêts économiques ou financiers de l'Etat ou d'autorités publiques, secrets d'affaires, incriminations pénales, opérations de contrôle et de surveillance, enfin, vie privée ou protection de résultats médicaux ou psychologiques. Pareilles réserves sont usuelles dans l'ensemble des législations.

Cette même loi hollandaise distingue deux types d'obligations pour l'Etat : l'une, active, oblige les autorités publiques à divulguer les décisions et politiques adoptées; l'autre, passive, établit à charge de l'administration le devoir de délivrer, sur demande de toute personne, des informations à propos du contenu de documents officiels.

La notion de "documents" est très vaste. En témoigne l'impressionnante énumération par laquelle la loi française du 17 juillet 1978 définit les documents administratifs non nominatifs¹.

Les lois d'accès ouvrent à toute personne le droit de prendre connaissance des documents administratifs sans caractère nominatif (cf. par exemple l'article 1 de la loi française du 17 juillet 1978). En ce qui concerne le droit d'accès direct à des informations nominatives, il est réservé à la personne concernée ou à son représentant. Le droit d'accès au sens strict va de pair avec un droit de réponse de la part de la personne concernée et un droit de complément d'information. Un principe encore est d'importance, celui de la quasi-gratuité de l'accès aux documents administratifs².

6. Ce dernier point confirme, si besoin en était, que les lois d'accès n'ont pas comme objectif premier la commercialisation des données détenues par l'administration. On notera en effet que la commercialisation ne pourrait porter que sur des données administratives non nominatives et que, même dans ce cas, elle entraînerait une diffusion à un tarif couvrant tout au plus les frais

¹ Sont considérés comme documents administratifs au sens du présent titre tous les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis (à l'exception des avis du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs), prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non nominatives.

² En France, un tarif officiel uniforme est prévu.

de cette diffusion ¹ et non ceux de la collecte ni de la constitution ou de l'exploitation des banques de données. A cet égard, l'affaire Medlars, rapportée amplement par les auteurs européens (Scoffoni, 1986; MAISL, 1988; BURKERT, 1990), est exemplaire :

"L'affaire Medlars : Medlars est une banque de données bibliographiques en matière médicale créée par une agence gouvernementale américaine, la National Library of Medicine. Cette agence a établi un système de tarification de l'accès à la banque de données distinguant plusieurs hypothèses : l'interrogation pour 15 à 20 dollars ou l'acquisition d'une copie de la banque de données pour 50.000 dollars par an. Sous prétexte de vouloir maintenir l'intégrité de sa banque de données, l'agence réclame des droits d'auteurs déguisés : elle fixe un coût élevé à l'acquisition et à la consultation, elle interdit la revente et la redistribution des données obtenues, et elle contrôle les utilisations. Cette banque de données compte 3.000 abonnés et a fait l'objet en 1985 de trois millions d'interrogations.

Une société, s'appuyant sur le Freedom of Information Act, réclama une copie des données et proposa de payer 500 dollars, prix de la recherche et de la reproduction des documents sur base de cette législation. L'affaire alla devant les tribunaux qui, dans une décision contestée, jugèrent que cette banque de données ne relevait pas de la catégorie des documents administratifs (SDC Development Corporation v. Mathews, 542 F, 2d 1118, 1976). Le Comité sur les opérations gouvernementales a fortement critiqué cette solution : le montant des droits perçus lui paraissait en effet sans rapport avec la qualité des informations fournies ou avec les missions de l'agence gouvernementale en cause. En outre, la détermination d'un droit d'auteur dissimulé n'aboutit qu'à limiter la diffusion de l'information. Or, les administrations fédérales ne peuvent procéder à ce type de restriction. Cela serait contraire au premier amendement à la Constitution américaine qui supprime l'application du copyright aux documents publics, aux fins de permettre à tout citoyen d'accéder aux informations."

7. Enfin, la diffusion d'information à coût réduit vis-à-vis de l'ensemble du public interdit toute exclusivité pour un fournisseur privé qui désirerait commercialiser cette information et oblige ce dernier à offrir une valeur ajoutée importante pour avoir un prix adapté aux lois de profit du secteur privé.

¹ Aux Etats-Unis, les administrations ne peuvent facturer que le coût direct de la recherche et de l'envoi des documents (60 à 70 dollars l'heure, 10 cents la copie) (Scoffoni, 1986).

Deux autres exemples américains illustrent cette affirmation :

"L'affaire Legi-Tech c. Keiper ¹ : En 1984, une administration de l'Etat de New York créa une banque de données législatives, the Legislative retrieval service (LRS); la société Legi-Tech ne fut pas autorisée à souscrire à ce service, la législation interdisant la vente de LRS à des entreprises concurrentes. Cette législation fut jugée inconstitutionnelle parce qu'elle établissait une censure dans la distribution des informations.

La politique du Patent and Trademark Office (PTO): l'Office des brevets a adopté une démarche qui illustre clairement comment certaines administrations, pour informatiser leurs données, en arrivent à passer des accords avec des entreprises et à limiter l'accès aux données, dans des conditions discutables. Ainsi, trois sociétés ont participé à l'informatisation des données détenues par le P.T.O. Elles se réserveront par la suite le monopole d'accès à cette nouvelle banque de données qu'elles partageront avec le P.T.O. Le public pour sa part n'a plus accès, sauf exception, qu'à des documents sur papier. L'accord dut être renégocié car, d'une manière générale, le public doit bénéficier des améliorations apportées par l'administration à la qualité de ses données. Il s'agit là en effet de la transposition d'un principe notoire de droit administratif, à savoir le principe d'adaptation du service public." ²

8. En conclusion, même si les lois d'accès aux documents administratifs ont incontestablement créé un mouvement d'intérêt du public et du marché pour les banques de données du secteur public, les principes et les objectifs des lois d'accès ne paraissent cependant pas adéquats pour une véritable commercialisation des données administratives.

Les récents débats américains à ce sujet illustrent notre propos de façon pertinente. Dans un premier temps, la transmission au secteur privé de la commercialisation des données a été encouragée. Les administrations étaient confinées dans un rôle accessoire ³. Il leur était néanmoins permis de tarifier différemment cette cession selon un prix dit de valeur, tenant compte de l'utilisation commerciale qui serait faite des données et de la nature du support

¹ 766 F 2d 728, 2nd circ. 1985.

² MAISL H., "l'utilisation commerciale des données administratives : l'exemple américain", D.I.T., 88/4, 1988, p. 23.

³ Cf à cet égard, la circulaire n° A 130 de l'Office of Management and Budget, à propos du "Management of Federal Information Resource" (Fed. Reg. vol 50, n° 247, 24 déc. 1985).

de la transmission ¹. Dans un second temps, suite aux remarques de l'O.T.A. (Office of Technology Assessment), un amendement au "Paperwork Reduction Act" fut introduit par le gouvernement, pour maintenir le rôle prépondérant du secteur public, seul garant d'un droit égal de tous les citoyens à l'information administrative ², tout en permettant à ce secteur une valorisation de ses ressources informationnelles.

¹ Office of Management and Budget Circular A 130, Federal Register, vol 50, n° 247, 24 déc. 1985 et du même office, Uniform Freedom of Information Act fee schedule and guidelines, vol 52, n° 59, 27 mars 1987, qui permet, moyennant tarification appropriée, l'accès pour utilisation commerciale.

² Cf. le rapport de l'O.T.A. (1988) à propos de "l'Electronic Freedom of Information" cité dans la bibliographie et le récent projet "The Information Policy Act", de 1989, H.R., 23481 (99e session).

TITRE II LES FACTEURS DE DISSUASION : LE DEVOIR DE SECRET DES FONCTIONNAIRES - LA PROTECTION DES DONNEES

A. LE DEVOIR DE SECRET DES FONCTIONNAIRES

9. Le devoir de secret des fonctionnaires est affirmé par nombre de législations d'Europe occidentale ¹ comme un devoir légal sanctionné pénalement ou disciplinairement ². Il est traditionnellement considéré comme une condition nécessaire pour que le citoyen donne à l'administration l'information correcte requise. Ainsi, le secret statistique impose aux agents de l'administration statistique, un devoir de secret à l'égard des informations nominatives qu'ils collectent. Ce devoir de secret est le corollaire de l'obligation d'information qui existe dans le chef de la personne qui subit l'enquête statistique.

On conçoit dès lors sans difficulté que la commercialisation de l'information puisse heurter les tenants du secret de l'administration. Accès et Secret sont a priori deux notions contradictoires.

Les lois d'accès aux documents administratifs représentent une exception claire au principe du secret dans la mesure où elles ont pour objectif la transparence de l'action administrative, conçue comme un droit du citoyen. Certes, les lois d'accès ne permettent pas un regard de tous sur chacun mais réservent à la personne concernée l'accès aux informations nominatives. Elles instituent néanmoins un renversement de la charge de la preuve ³, le devoir de communiquer l'information au public représentant désormais la règle et non plus l'exception. Aussi, pour échapper à la transparence, l'administration a dorénavant le devoir de prouver que le maintien du secret est non seulement nécessaire à l'accomplissement de sa mission légale mais est en outre justifié par la protection des intérêts des citoyens. En ce sens, l'administration

Cf à cet égard les références législatives de BURKERT, 1987 a.

2 L'article 378 du code pénal français définit le secret professionnel; l'ordonnance du 4 février 1958 portant statut général des fonctionnaires évoque le devoir de discrétion des fonctionnaires. On note que la distinction entre ces deux notions est fondée comme suit : le secret professionnel vise les intérêts du citoyen, sa violation est sanctionnée pénalement. Ce devoir de secret concerne tous les fonctionnaires recevant des secrets dans le cadre de leur mission. Le devoir de discrétion, sanctionné disciplinairement, vise les intérêts de l'administration et vaut pour tous les fonctionnaires.

3 BURKERT, 1987 b.

n'aura aucune peine à refuser l'accès lorsqu'il s'agira de documents collectés dans le cadre d'une instruction criminelle ou lorsque le droit d'accès entraînerait la violation d'un secret d'affaires ¹.

B. LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

10. La commercialisation des données administratives suppose le respect des règles de protection des données personnelles, telles qu'elles sont établies par les législations nationales ² et internationales ³ dites de "protection des données". Déjà les lois d'accès aux documents administratifs exceptaient du droit d'accès "toute information relative à la vie privée et en particulier les données psychologiques et médicales" ⁴.

Il nous est apparu que les réglementations de protection des données peuvent affecter la commercialisation des données administratives de diverses manières.

11. Dans un premier temps, si la commercialisation est le fait du secteur public lui-même, les législations susnommées auront les conséquences suivantes :

- certaines législations exigent que la création de banques de données dans le secteur public fasse l'objet de précautions. Ainsi, en France, au Danemark, aux Pays Bas, des procédures d'autorisation préalable et d'enregistrement obligatoire sont

¹ Les législations d'accès à l'information administrative prévoient effectivement comme exceptions les cas où l'Administration serait tenue au secret de par la nature confidentielle des documents reçus ou par les impératifs de sécurité publique. Cf. par exemple, l'article 4 de la loi hollandaise.

² Cf. BURKERT H., Public Sector Information and the Private Sector, Information Market, notes 11 à 22

³ Il s'agit:

- des lignes directrices de l'OCDE édictées en septembre 1980;
- de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981, suivie de nombreuses recommandations dans des secteurs particuliers;
- du projet de directive des Communautés européennes.

⁴ Pour reprendre l'expression de l'article 4 de la loi néerlandaise d'accès aux documents administratifs (cf. également la section 12 sub section 1, n° 1 de la loi danoise qui exclut de l'accès les données individuelles qui peuvent être regardées comme sensibles par la société). Le test du caractère sensible n'est pas un test individuel, au cas par cas, mais se réfère à ce qui est objectivement considéré comme sensible par la population. A cet égard, la décision de la Cour Suprême danoise considère que l'information donnée par la municipalité à des parents d'élèves sur la participation de professeurs à des grèves n'est pas contraire à la loi, quelle qu'en soit l'utilisation faite par les parents.

prévues. La mise sur pied d'une banque de données commercialisable sera donc accompagnée d'une série de contrôles a priori par les autorités de protection des données;

- un contrôle a posteriori portera sur la "pertinence" de la commercialisation des données au regard des missions de l'administration. L'article 5 b de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, et la Recommandation n° 9 des Lignes Directrices de l'OCDE affirment que "les buts pour lesquels les données personnelles sont collectées doivent être spécifiés au moment de la collecte de l'information et (que) les usages subséquents des données doivent être limités à l'exécution de tels buts ou d'autres objectifs non incompatibles avec les précédents et respécifiés à chaque modification".

De ce principe de finalité découle l'interdiction de toute diffusion de l'information pour des raisons autres que celles spécifiées, sauf consentement de l'intéressé ou autorisation de la loi. En d'autres termes, toute commercialisation par les autorités publiques nécessite :

1. que l'on s'interroge sur la pertinence de la commercialisation par rapport aux buts poursuivis par l'administration;
2. que cette commercialisation soit l'objet d'informations claires auprès des citoyens.

12. Ici encore l'exemple nord-américain tiré des lois d'accès peut être utile pour poursuivre notre réflexion. Pour résoudre le dilemme des administrations tenues, selon les lois d'accès, d'être transparentes et, selon les lois de protection des données, de refuser l'accès à l'information nominative, Mc Camus (1990) distingue trois tendances :

- la loi américaine laisse à chaque administration le soin de refuser l'accès "lorsque la privacy est en danger";
- la loi canadienne d'accès (GRIC, 1988) exclut d'emblée les données nominatives de toute diffusion. Cependant, si l'intérêt public à la diffusion l'emporte manifestement sur le danger d'invasion dans la vie privée, alors le Privacy Act autorise l'accès aux données;
- entre ces deux positions, l'une autorisant la diffusion a priori, l'autre la refusant a priori sauf exceptions légitimes, l'Ontario Freedom of Information Act propose une solution médiane : le droit d'accès est affirmé en même temps que celui du refus de toute diffusion de données personnelles, hormis les cas où "la diffusion ne constitue pas une atteinte illégitime à la vie privée".

De ces réflexions sur le difficile équilibre à trouver entre le droit d'accès aux documents administratifs et le droit à la protection des données personnelles, se dégagent deux règles :

- la commercialisation par l'administration de données personnelles nécessite que celle-ci démontre

- qu'une telle commercialisation ne risque pas de porter atteinte aux intérêts légitimes des personnes concernées, compte tenu des méthodes de diffusion et des garanties et règles entourant cette diffusion ¹;

- que la diffusion de telles informations répond à un intérêt public que l'administration en question a pour mission de promouvoir ²;

- le public doit être averti du projet de commercialisation et doit pouvoir s'y opposer.

13. Dans un second temps, si la commercialisation est le fait du secteur privé, les réglementations de protection des données auront pour conséquence de limiter le transfert de données du public vers le privé. La loi allemande ³, par exemple, prévoit qu'un tel transfert de données nominatives ne peut avoir lieu que s'il entre dans la mission légale de l'autorité publique, ou si le destinataire a un intérêt légitime à recevoir les données et si aucune atteinte à des intérêts dignes de protection de la personne concernée n'est à craindre.

La section 16 de la loi danoise est tout aussi restrictive. En principe, la cession d'informations nominatives à des tiers est interdite, sous réserve des exceptions suivantes à légitimer par l'autorité de protection des données :

- a) consentement écrit de la personne concernée;
- b) loi ou réglementation obligeant à un tel transfert;
- c) transfert nécessaire à la promotion d'intérêts publics ou privés qui manifestement dépassent les raisons de maintenir le secret;

Ceci peut inclure par exemple la commercialisation par des méthodes qui interdisent le mélange des données commercialisées avec d'autres données (par ex. C.D. Rom only readable).

² Par exemple, le registre central des immatriculations automobiles peut parfaitement démontrer qu'un accès limité aux entreprises du secteur automobile répond à des besoins légitimes de ce secteur de développer leurs potentialités de vente. A noter l'article 18 de la loi néerlandaise : "une banque de données ne sera établie que dans les cas où cet établissement est essentiel pour l'accomplissement effectif des missions légales de l'autorité".

³ Cf. l'article 10 de la loi allemande. Un projet de réforme ajoute à ces conditions la nécessité d'informer la personne concernée.

- d) transfert nécessaire à l'accomplissement par le destinataire de tâches dévolues par l'autorité publique;
- e) transfert nécessaire à l'établissement de rapports scientifiques ou statistiques d'intérêt public.

La loi danoise ajoute la nécessité d'un contrat avec le bénéficiaire du transfert, spécifiant le type d'usages susceptibles d'être opérés par ce dernier. Cette dernière précaution nous apparaît utile. Une information, en l'occurrence banale, comme la détention d'une automobile peut être couplée avec des informations tout aussi banales comme le niveau culturel, le prénom, l'adresse et donner lieu néanmoins à une image précise de la personnalité de l'intéressé. A la limite, le transfert d'informations anonymes, comme par exemple le revenu moyen d'habitants d'un quartier, peut, au travers du croisement avec d'autres données, nominatives ou non, permettre de cibler très précisément les caractéristiques d'un groupe d'habitants. En ce sens, on peut parler de "désanonymisation" des données. Le caractère complet et correct des informations reçues du secteur public, la puissance de nos systèmes d'information modernes font craindre que le critère "nominatif" de la donnée ne soit plus suffisant pour assurer la protection des libertés individuelles. ¹

14. Le récent projet de directive européenne sur la protection des données distingue, pour les secteurs public et privé, différentes étapes dans le traitement d'informations, depuis la création jusqu'à la diffusion d'un fichier.

La création d'un fichier public doit répondre à une nécessité au regard de l'accomplissement des tâches de l'autorité publique. Un changement de finalité dans le traitement du fichier n'est légitime qu'avec le consentement du sujet, avec l'appui d'une loi, ou dès lors que les intérêts légitimes du sujet n'en seraient pas lésés. Eventuellement encore un tel changement sera considéré comme légitime s'il est nécessaire pour éviter une menace imminente à l'ordre public.

La création et le traitement d'un fichier privé, d'autre part, nécessite le consentement de l'intéressé. A défaut, le traitement sera légitime s'il provient d'un contrat avec l'intéressé, s'il est affecté à un simple but de correspondance, si encore les données contenues ont une source publique, ou enfin si la création du fichier répond à un intérêt légitime du maître du fichier.

¹ BING, 1990.

Il peut être procédé à la communication d'un fichier public soit si cela s'avère nécessaire pour l'accomplissement des tâches de l'autorité concernée, soit si cela est demandé sur base d'un intérêt légitime par le secteur privé.

La communication d'un fichier privé doit, elle, être compatible avec les buts du fichier et ne peut être contraire à l'ordre public.

TITRE III LES FACTEURS STRUCTURANT LA DIFFUSION DES INFORMATIONS DETENUES PAR LE SECTEUR PUBLIC : LE DROIT D'AUTEUR DES AUTORITES PUBLIQUES ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

A. LE DROIT D'AUTEUR DES AUTORITES PUBLIQUES

15. Différents facteurs peuvent concourir à structurer la diffusion d'informations détenues par le secteur public. Des législations permettent par des règles spécifiques d'inclure ou d'exclure de la protection du droit d'auteur certains produits informationnels du secteur public. Cette question est d'importance lorsqu'il s'agit des banques de données publiques. L'Etat ou l'administration étatique sont-ils en droit de revendiquer l'application d'un droit d'auteur sur les banques de données qu'ils détiennent ? Le droit d'auteur peut être un moyen pour le secteur public de garder le contrôle sur les matériaux qu'il collecte de par sa fonction. Par là, il remet en question la notion même de service public et la gratuité qui lui semble a priori attachée.

Si la possibilité d'application des principes généraux du droit d'auteur aux banques de données soulève déjà d'importantes questions, l'application de tels principes aux banques de données détenues par le secteur public pose des problèmes plus délicats encore.

16. Les différents pays de la CEE distinguent habituellement les banques de données protégées par le droit d'auteur et celles qui ne le sont pas. Cette distinction est rarement exprimée dans les textes et est plutôt le fait de la doctrine et de la jurisprudence. La France permet ainsi l'application du droit d'auteur aux banques de données originales. La Belgique de même que l'Espagne et le Portugal reprennent également le critère d'originalité pour permettre la protection au titre du droit d'auteur des banques de données détenues par le secteur public.

Les banques de données sont considérées comme originales si leur élaboration requiert "sélection et structure".

17. Les agents publics de leur côté, ne bénéficient pas toujours d'un droit d'auteur lorsque leurs travaux sont effectués dans le cadre de leur fonction officielle. Le droit d'auteur des agents est l'obstacle le plus important au droit d'auteur de l'administration. A titre d'exemple, les droits français et belge reconnaissent un droit d'auteur aux individus mais non aux personnes morales. Cependant, les agents publics peuvent transférer le droit d'auteurs

qu'ils détiennent sur les travaux effectués dans l'accomplissement de leur tâche à l'administration qui voudrait en bénéficier. Le droit d'auteur pourrait par ce biais devenir un moyen adéquat de commercialisation de l'information publique. Les cas de l'Angleterre et de l'Irlande sont particulièrement intéressants : ces deux pays fournissent une protection par le droit d'auteur pour tout travail effectué par le Gouvernement. Le droit d'auteur s'étend dès lors d'une manière très générale aux travaux enregistrés sur des banques de données du Gouvernement.

B. LE DROIT DE LA CONCURRENCE

18. Lorsqu'elle intervient d'une manière ou d'une autre, sur le marché de l'information, l'administration doit-elle observer les règles de concurrence libre et loyale, qui régissent le marché ?

Si le service offert par le secteur public est produit exclusivement par des personnes publiques - ce qui est le cas lors de la diffusion par les soins mêmes de l'administration de l'information qu'elle détient - les questions de concurrence seront moins susceptibles d'apparaître étant donné le monopole de fait qu'exerce alors le secteur public.

La prise en compte par le secteur public des règles et principes organisant la liberté et la loyauté de la concurrence s'imposera lorsque l'Etat intervenant sur le marché vient concurrencer un secteur privé déjà présent, ou lorsqu'il offre des services qui peuvent être fournis par l'activité privée. Ou encore, à un autre niveau, lorsque l'administration fait appel au secteur privé pour procéder à la diffusion des données publiques.

19. L'ensemble des Etats membres de la Communauté européenne soumettent, ou sont en voie de le faire expressément (ainsi la Belgique et l'Espagne qui verront bientôt l'adoption de leurs projets de loi), l'activité commerciale des personnes publiques aux mêmes limitations en matière de pratiques de concurrence déloyale que celles s'appliquant au secteur privé.

Dans la même mesure, les pratiques restrictives de concurrence et principalement l'abus de position dominante, sont combattus. Les lois danoise et grecque, l'ordonnance française de 1986 ¹, et le projet de loi belge sont, à cet égard, explicites et précis.

¹ Ordonnance du 1er décembre 1986, concernant la liberté des prix et de la concurrence.

Si la commercialisation s'effectue par l'intermédiaire d'entreprises privées, la sélection des partenaires de l'autorité publique doit se faire conformément au principe fondamental de l'égalité. C'est ce principe aussi qui doit guider l'administration dans le traitement qu'elle accorde à ces entreprises. Nul privilège, nulle clause discriminatoire ne peut venir réduire ou supprimer l'égalité.

20. Quelle que soit la teneur des législations nationales, la matière est gouvernée également par les dispositions essentielles et incontournables du Traité de Rome.

Dans la mesure où l'administration intervient directement en tant qu'agent sur le marché de l'information, elle doit observer les articles 85 et suivants du Traité qui condamnent les pratiques restreignant le jeu de la concurrence, et principalement l'article 86 aux termes duquel l'abus de position dominante est interdit. La position dominante doit être considérée comme abusive dès lors qu'elle "fait obstacle (...) au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence" ¹.

Si le secteur public fait appel aux personnes privées pour réaliser la diffusion de ses informations, il ne peut d'aucune manière introduire de discrimination fondée sur la nationalité des entreprises désirant participer à cette diffusion.

En outre, aux termes de l'article 92 du Traité, sont condamnées les aides directes ou indirectes par lesquelles l'Etat "fausse la concurrence en favorisant certaines entreprises" (§1), que ces entreprises soient publiques ou privées.

¹ Arrêt Hoffmann-La Roche, aff. 85/76, 13.2.79.

CONCLUSION

21. Au terme de cet exposé, il nous faut réaliser que la question de la diffusion , de la commercialisation des données publiques est une question complexe.

Un conflit de libertés et de droits est en jeu.

On ne peut disposer n'importe comment de certaines informations. Dans ce sens notamment, les principes de protection des données sont particulièrement éclairants dans la mesure où ils permettent de nuancer la valeur de l'information. Mais la diffusion de l'information est le prolongement d'un autre droit : le droit à la transparence de l'administration. Droit dont il n'a longtemps jamais été question mais qu'une tendance récente de plus en plus répandue développe peu à peu.

Dans bien des pays, le débat est encore largement anticipatif. Mais à notre sens il a toute sa place car c'est en suscitant aujourd'hui une réflexion que l'on pourra apporter des solutions et orienter les situations de demain.

BIBLIOGRAPHIE

BING J., Reflexions on a data protection policy for 1992, texte présenté à la conférence organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la Commission des Communautés européennes, Mars 1990

BURKERT H., Une approche fonctionnelle des règles juridiques régissant le secret et la transparence, in Secret et transparence : l'individu, l'entreprise et l'Administration. Conseil de l'Europe, Affaires Juridiques, Actes du 17e colloque de droit européen, Saragosse, 21-23 octobre 1987, Strasbourg, 1988, 11-50 (BURKERT 1987 a).

BURKERT H., Legal basis for selling information by the public sector, in International Chamber of Commerce, International Contracts for sale of information services. The Dossiers of the Institute of International Business Law and Practice, Paris, 1989, S.61-90 (BURKERT 1989).

BURKERT H., The Law of International Technology. Basic Concept, in ABDI/BVIR (ed.) : Computer and Telecommunications : is there a lawyer in this room ? Brussel, 1989, 15-24 (BURKERT 1989a).

BURKERT H., Public Sector Information and the Private Sector Information Market, texte présenté à la conférence organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la Commission des Communautés européennes, Mars 1990 (BURKERT 1990).

Mc CAMUS J.D., A cass to Information held by the State and Privacy, Rapport général, XIII, Congrès de droit comparé, Montréal, 1990 (Mc CAMUS 1990).

Mc NICOLL, PELADEAU, PREMONT, Implications juridiques d'une politique de diffusion des banques d'informations gouvernementales, GRIG, Faculté de droit de l'Université de Laval, 1988

SCOFFONI G., Le droit à la communication des documents administratifs aux Etats-Unis, Thèse, Polycopié, Paris II, 1986 (SCOFFONI 1986).