

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Commercialisation des données détenues par le secteur public : légitimité et conditions

Poullet, Yves

Publication date:
1992

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Poullet, Y 1992, *Commercialisation des données détenues par le secteur public : légitimité et conditions*. s.n., Paris.

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.

**COMMERCIALISATION DES DONNEES
DETENUES PAR LE SECTEUR PUBLIC**

— LEGITIMITE ET CONDITIONS —

Y. POULLET,
Doyen de la Faculté de Droit
de Namur
Directeur du Centre de Recherches
Informatique et Droit (CRID) de
Namur

XVI^e Réunion Annuelle de l'Institut

Le Droit de la Concurrence et
les Services d'Information

Paris, les 27 et 28 octobre 1992

Nous tenons à remercier en particulier Monsieur. H. BURKERT (G.M.D./Köln) et Mademoiselle C. de TERWANGNE (C.R.I.D./Namur) pour leurs réflexions critiques.

Introduction ¹

1. L'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication rend l'Administration plus sensible aux ressources informationnelles dont elle dispose. Progressivement, s'est organisée l'amélioration des outils de collecte, de stockage et de diffusion de l'information administrative.

Cette meilleure organisation des ressources informationnelles et des flux s'est d'abord opérée en vue d'une amélioration de l'efficacité administrative. Dans cette première étape, l'information détenue par le secteur public continue à être considérée comme un auxiliaire de l'action administrative.

2. L'amélioration des circuits d'information a provoqué, dans une seconde étape, une prise de conscience dans le public en général de l'accroissement de pouvoirs que peut représenter cette amélioration. Des législations dites de transparence administrative (les lois de motivation des actes administratifs et celles d'accès aux documents administratifs) et celles dites de protection des données entendent permettre un contrôle de ce pouvoir grandissant de l'Administration à la fois par le citoyen lui-même et par des autorités indépendantes (p.ex. en France, la CADA et la CNIL), en même temps, qu'elles obligent le pouvoir administratif à rendre plus transparentes ses ressources informationnelles et leurs finalités.

3. Progressivement avec la prise de conscience de ses ressources informationnelles, l'Administration assigne à l'information administrative de nouvelles fonctions. Il ne s'agit plus simplement de considérer l'information comme une ressource au service de l'action interne de l'administration mais au-delà de l'envisager comme un produit susceptible d'être commercialisé sur le marché.

4. Ce changement profond de nature de l'information détenue par l'administration, considérée hier comme un auxiliaire à la fonction administrative, demain comme une ressource susceptible d'être rentabilisée en soi, engendre espoir et inquiétude.

¹ Sur cette modification de la fonction de l'information dans la politique de l'administration, BURKERT, 1992.

Espoir : l'administration est un "gisement naturel d'information"² où chacun aimerait puiser. Ce gisement, outre qu'il est infini, présente des qualités dont peuvent rarement se targuer les produits informationnels privés : il est exhaustif et l'information y contenue est souvent fiable étant donné le caractère obligatoire et sanctionné de la collecte d'informations.

Inquiétude : l'administration si elle entre sur le marché informationnel privé risque de bouleverser le fragile équilibre de celui-ci. Déjà, les opérateurs privés s'interrogent : à quel prix, l'administration commercialisera-t-elle cette information ? Peut-elle disposer de droits exclusifs sur les produits informationnels qu'elle développe et créer elle-même, ou par des alliances privilégiées, des produits informationnels nouveaux ?

Cette inquiétude a conduit les Communautés européennes en 1989 à émettre des "Lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et secteur privé sur le marché de l'information" sur le modèle américain. On en rappellera le principe essentiel : "Although certain functions are inherently governmental in nature, being intimately related to the public interest ..., the government should look first to private sources, where available, to provide commercial goods and services needed by the government to act on the public's behalf particularly when cost comparisons indicate that private performance will be the most economical...".

L'inquiétude des opérateurs se double de celle des citoyens : peut-on, au nom de la nécessaire transparence administrative, commercialiser toute information y compris nominative ? Le droit d'accès ne doit-il pas céder au droit à la vie privée ?

5. Notre propos entend tracer les grandes lignes d'un cadre réglementaire de la commercialisation des données détenues par l'administration.

A cet égard, les lois d'accès apparaissent à tout le moins comme le fondement d'une mise à disposition par l'entreprise de ses produits informationnels comme un service universel de base en même temps qu'elles indiquent les limites et les conditions de cette mise à disposition (I).

Au-delà, les lois d'accès pourraient justifier le développement par l'administration de services informationnels supplémentaires, les lois de concurrence indiquant alors de sérieuses restrictions à un tel développement (II).

² Cf. GAUDRAT, 1992.

I. Les lois dites de transparence administrative et la mise à disposition par l'administration d'un service universel : limites et conditions

A. Le droit d'accès et l'obligation de mise à disposition par l'Etat de ses produits informationnels

6. Dans une étude sur le droit de connaître (the "Right to know"), M. KIRKY cite cette phrase d'un président américain : "A popular government without popular information or the means of acquiring it, is but a prologue to a farce or a tragedy, or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance; and a people who mean to be their own governors must arm themselves with the power which knowledge gives".

Cette déclaration illustre le lien évident qui existe entre la liberté d'expression et le droit à l'information en particulier vis-à-vis du secteur public. "Le droit de libre accès à l'information détenue par le secteur public, ainsi que le laisse entendre son appellation courante de "liberté d'information" (cf. notamment le Freedom of Information Act américain) est étroitement lié aux droits de l'homme et libertés fondamentales"³.

L'article 10 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre ce lien : "Toute personne a (le) droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques et sans considération de frontières (...)".

En d'autres termes, la liberté de recevoir des informations implique que soit assurée la libre circulation des supports de l'information, qu'il s'agisse de supports écrits, sonores, visuels ou tout autre. Cela entraîne pour les pouvoirs publics à la fois une obligation d'abstention, dans la mesure où ils ne peuvent en aucune manière entraver la liberté de recevoir et de communiquer, et une obligation d'action, dans le sens où ils sont tenus d'assurer la libre circulation des informations⁴.

On comprend dès lors que ce soit sur base de l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe, qu'ont fleuri, dans de nombreux pays, des lois d'accès à l'information détenue par les autorités publiques.

³ C. de TERWANGNE, 1992

⁴ F. SUDRE, Droit communautaire et liberté d'information au sens de la convention européenne des droits de l'homme, E.J.I.L., 1991, p. 5 et s.

7. La référence à l'article 10 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe est utile à notre propos car elle permet de préciser l'étendue de ce droit du citoyen à l'accès et ce en particulier dans la perspective d'une commercialisation détenue par l'administration⁵.

Ainsi, la nature purement commerciale d'une information ne la soustrait pas au droit d'accès⁶, le fait que l'objet de la demande porte non sur une information brute mais dérivée voire sur un produit informationnel complet ne justifie pas une réponse négative de l'Administration⁷. Aucun obstacle ne peut être mis à l'accès du fait que l'information est destinée à être transférée hors frontières⁸. Enfin, et surtout, le droit d'accès est ouvert même à celui qui entend faire une utilisation commerciale des données transmises⁹.

En d'autres termes, le droit d'accès justifie la mise sur le marché commercial des banques de données constituées par l'administration dans le cadre de ces activités mieux elle l'y oblige.

8. L'article 10 § 2 contient cependant d'importantes réserves relayées par l'ensemble des législations nationales sur le droit d'accès : "L'exercice de ces libertés comportant des droits et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions,

⁵ Sur cette filiation, l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne et des recommandations en ce sens du Conseil de l'Europe, lire C. de TERWANGNE, 1992.

⁶ CEDH, arrêt Muller et alii, 24 mai 1988, série A, n° 133, § 27. Cf également l'arrêt Groppera Radio, 28 mars 1990, série A, n° 173, p. 55.

⁷ C'est notamment le cas de l'affaire De Guillustreerde Pers où la demande portait sur des listes de programmes de radio et de télévision publiés chaque semaine par la Fondation néerlandaise de radiodiffusion. Il s'agit en effet dit la Commission des droits de l'homme d'une "compilation de faits qui constituent des nouvelles en ce sens qu'elles fournissent un guide et aux auditeurs ou téléspectateurs (...)" (Commission, 6 juillet 1976, de Guillustreerde Pers N.V. c. Pays-Bas, Décision et Rapports 8, p. 5). On comparera ce cas à celui dit Magill jugé par la Cour de justice des Communautés européennes (infra n° 26).

⁸ Cf. le texte même de l'article 10 § 1 de la C.E.D.H. "sans considération de frontière". Les Etats parties à la Convention sont tenus de respecter les droits énumérés à l'égard de "toute personne relevant effectivement de leur autorité et de leur responsabilité, que cette autorité s'exerce sur le territoire ou à l'étranger".

⁹ Arrêt Autronic A.G. c. Suisse. La Cour européenne y affirme de manière claire que la protection de l'article 10 s'étend à toute personne, que celle-ci se présente sous le statut d'une société anonyme ou sous une autre forme et que ses activités soient de caractère commercial ou non. Cette précision de la Cour vient en réponse à une argumentation subtile du gouvernement suisse qui prétendait que poursuivre un but lucratif est incompatible avec la notion de liberté d'expression telle que protégée par la Convention, et qu'il ne peut être question d'exercer cette dernière à des fins purement commerciales. Pareille activité relèverait, en effet, de la liberté économique, liberté d'entreprise, non garantie par la Convention. La Cour refuse d'une manière très nette de suivre ce raisonnement.

Cette prise de position de la Cour ruine définitivement certaines interprétations de l'article 10 de la loi française du 17 juillet 1978 relative aux droits d'accès (loi n° 78.753 du 17 juillet 1978, J.O. 18 juillet 1978) qui "exclut pour ses bénéficiaires ou pour les tiers, la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués". La Commission française d'Accès aux Documents Administratifs (C.A.D.A.) a elle même interprété ce texte et montré que la loi d'accès française peut servir de base au développement de la commercialisation de données administratives. En effet, elle considère que les législations d'accès ne permettent pas de s'interroger sur la finalité de la demande d'accès.

restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire".

Nous nous arrêterons en particulier à l'une de ces exceptions : l'interdiction de "divulgaration d'informations confidentielles"¹⁰. La notion utilisée n'est pas à strictement parler équivalente à celle de données nominatives. "Une donnée nominative, au sens des lois de protection des données, est toute information qui permet directement ou indirectement d'identifier un individu"¹¹. Il n'empêche que l'exercice du droit d'accès doit tenir compte des impératifs de protection des données, consacrés par les lois de protection des données et l'article 8 de la C.E.D.H.

9. Harmoniser les impératifs des législations de protection des données et ceux des législations de transparence administrative n'est pas chose facile¹². Il ne s'agit pas d'interdire toute mise sur le marché des données nominatives détenues par l'Etat mais de poser certaines limites. La recommandation n° R (91) 10 sur la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics¹³ pose une première limite : "les données à caractère personnel ne doivent pas être communiquées à des tierces personnes pour des fins incompatibles avec ce pour lesquelles les données ont été collectées".

Si les lois d'accès légitiment a priori la mise à disposition vis-à-vis des tiers des données nominatives non confidentielles, cette mise à disposition doit faire l'objet d'un examen au cas par cas et se voir appliquer les principes du droit du fiché à l'information

¹⁰ Ainsi les travaux parlementaires de la loi française du 17 juillet 1978 proposent de regarder comme tels: les documents qui "portent une appréciation personnelle ou décrivent le comportement d'une personne". La CADA a retenu une définition très proche en considérant comme nominatifs : "les documents qui portent une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable. B. LASERRE (in B. LASERRE, N. Lenoir et B. STIRN, La transparence administrative, Paris, PUF, 1987, 106 et s.) approuve une telle définition plus restrictive que celle de données nominatives au sens des lois de protection des données. S'agissant d'une loi qui a pour objet de garantir le droit de toute personne à l'information : il serait excessif de lui nier ce droit sous prétexte que le document demandé cite le nom d'un tiers.

¹¹ Définition classique présente notamment dans la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe relative à la protection des données.

¹² On citera cependant l'approche souple réalisée au Québec où accès et protection des données font l'objet d'un seul texte législatif (Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, C.R.G., chap. 1.2.1.

¹³ Recommandation du 9 septembre 1991 (cf. en particulier l'annexe 2.2 de cette recommandation).

voire au refus¹⁴, principes tirés des législations de protection des données. En outre, une vérification des buts poursuivis par celui qui réclame le droit d'accès est justifiée par l'application des législations de protection des données¹⁵. Celui qui réclame l'accès à une banque de données nominatives devra justifier la pertinence de l'utilisation de telles données au regard des finalités légitimes qu'il poursuit et l'absence d'intérêt supérieur du fiché à voir protéger ses données¹⁶. On conçoit que cette subtile pondération d'intérêts devra s'opérer au cas par cas et justifier, le cas échéant, des réglementations spécifiques eu égard non seulement au produit informationnel en cause mais également et surtout à la qualité du demandeur de ce produit.

B. L'objet et les conditions de cette mise à disposition

10. La problématique tarifaire de la mise à disposition est celle la plus souvent évoquée. Sans vouloir nier son importance, elle nous apparaît secondaire. La première question à soulever est celle de l'objet même sur lequel porte l'obligation de mise à disposition : dans quelle mesure, l'Administration peut-elle être contrainte dans le cadre de sa mission de service public d'apporter certaines plus-values à l'information brute qu'elle collecte et qu'elle produit dans le cadre habituel de ses tâches.

La deuxième question qui suppose résolue la première envisage les conditions de cette mise à disposition. Le parallèle avec les règles dites de l'ONP (Open Network Provision) nous amènera à déborder le cadre étroit de la seule condition tarifaire.

La troisième question envisage le problème spécifique de la mise à disposition par un tiers en l'occurrence un opérateur privé opérant sur le marché.

a. L'objet mis à disposition

11. L'exemple de l'accès aux décisions de justice rendues par le pouvoir judiciaire permet d'illustrer la question. Dira-t-on que l'Administration satisfait à son obligation d'informer lorsqu'elle autorise chacun à prendre copie au greffe des décisions rendues par le tribunal du ressort ou estimera-t-on que l'obligation d'informer s'entend de l'obligation de constituer une vaste banque de données ou à partir de mots clés et d'un

¹⁴ Une autre limite peut être tirée de la recommandation n° R (85) 20 relative au marketing direct qui octroie au fiché un droit à l'information sur la destination du fichier communiqué et le droit de refus de voir figurer son nom dans la liste communiquée (cf. en matière d'annuaire téléphonique, la liste rose ou orange).

¹⁵ Ce qui n'est pas le cas avons-nous dit (supra, n°6 et surtout note (9)) lorsqu'il s'agit de données non nominatives.

¹⁶ Sur cette opération délicate de pondération d'intérêts, T. LEONARD, Y. POULLET, 1992.

langage d'accès convivial, toute personne intéressée pourra à partir de multiples lieux ouverts ou de son cabinet d'avocat, prendre connaissance non seulement d'une décision déterminée mais de son contexte voire d'autres références qu'elle jugerait utile.

En d'autres termes, quelle est la limite de l'obligation du service informationnel universel auquel l'article 10 de la CEDH astreint l'Administration ?

La réponse n'est pas simple. Elle dépend, dira-t-on, de l'état des techniques, de décisions politiques, Ces dernières se devront de prendre en considération l'état du marché ou plus précisément la mesure dans laquelle les opérateurs privés répondent déjà partiellement ou totalement à la légitime expectative du public d'être informé. Notre propos est d'apporter quelques critères à la solution de cette question.

12. Monsieur GAUDRAT¹⁷ distingue trois types de plus-value de l'information susceptibles d'être apportés par l'Administration à l'information brute qu'elle collecte ou produit : la plus-value intellectuelle (p. ex. une liste de mots clés pour référencer les jugements produits), la plus-value documentaire par le fait du classement, de la sélection ou de l'organisation d'informations et la plus-value technique par la présentation sur l'un ou l'autre support (p. ex. création de banque de données électroniques sur C.D.-ROM) ou l'utilisation de telle ou telle technique de communication. Bref, quelle plus-value se doit d'apporter l'administration par rapport à son devoir minimal, celui de permettre la consultation sur place de tel document ?

Notre réflexion sur les fondements du droit d'accès établissait que le droit du citoyen d'être informé prescrivait une obligation positive à charge de l'Etat d'assurer la libre circulation des informations. Il va de soi que cette obligation positive impose à l'Administration la mise à disposition non seulement d'informations brutes mais également des produits informationnels qu'elle constitue pour son propre usage. Si l'Administration de la Justice développe pour ses besoins internes des banques de données à l'usage de ses propres magistrats, celles-ci doivent progressivement eu égard aux seules contraintes de temps qu'impose la mise en place des outils techniques et organisationnels adéquats¹⁸, être mises à disposition du public.

13. Au-delà, l'obligation d'assurer la circulation de l'information vis-à-vis de tous peut amener l'Administration à estimer nécessaire l'amélioration de son produit

¹⁷ GAUDRAT, 1992

¹⁸ ... et non financières (cf. infra, le problème de la tarification). Il s'agira p. ex. des contraintes liées à la nécessité d'organiser un centre serveur, de développer des logiciels conviviaux ou de contrôle d'accès, etc.

informationnel. Elle aura en particulier égard au fait que les règles du marché privé peuvent amener une confiscation de l'information au seul profit de certains. C'est donc dans le cadre de sa mission de service public et en motivant de façon transparente sa décision, qu'elle répondra à la demande des citoyens voire anticipera cette demande¹⁹. Il s'agit bien pour l'Administration de démontrer en effet que le droit d'accès de tous à l'information utile, nécessaire à la bonne compréhension de l'action de l'Administration conduit à cette amélioration de la qualité du produit informationnel²⁰.

b. Les conditions de cette mise à disposition

14. La réflexion qui précède conduit à définir le service public informationnel de base que l'Administration se doit de mettre en oeuvre dans le cadre de sa mission. Une analogie avec les règles de l'ONP définies en matière de service public de télécommunications par la Communauté européenne²¹, nous amène à préciser les conditions d'offre de ce service.

Il s'agit de règles tarifaires, de publicité, de normalisation et de non-discrimination. Ces règles s'imposent si on entend conserver les conditions d'une concurrence loyale sur le marché²².

¹⁹ Pour ne reprendre qu'un exemple, l'Administration des Affaires économiques peut légitimement estimer que la mise à disposition d'un système expert d'aide à la décision en matière de réglementation sur les aides étatiques ou européennes relève de sa mission de service public lorsqu'elle constate qu'à défaut d'un tel système, les petites et moyennes entreprises à défaut de maîtriser la complexité de telles législations n'ont pas accès à ces aides publiques.

²⁰ Une analogie avec le service public des télécommunications peut également être utile à la démonstration de cette thèse. Le droit au service universel de transport de la voix justifie non seulement la connexion de tous les abonnés mais également une constante amélioration de la qualité de l'infrastructure (notamment en termes de capacités) pour rendre effectif le droit de tous à pouvoir entrer en relation avec autrui à tout moment.

Ainsi, pour nous, la mission de service public ne s'épuise pas, comme l'affirme GAUDRAT (1992), "à la technique de communication la plus rudimentaire susceptible de toucher tous les publics que la mission de service public impose de contacter".

²¹ Cf. en particulier la directive du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, J.O.C.E., n° L 192/1.

²² Cf. l'article 2.10 de la directive O.N.P. définissant les conditions de fourniture : "Sans préjudice de leur application cas par cas, les conditions de fourniture du réseau ouvert peuvent comprendre des conditions harmonisées concernant :

- les interfaces techniques, y compris, le cas échéant, la définition et la mise en œuvre des points de terminaison du réseau,
- les conditions d'utilisation, y compris, le cas échéant, l'accès aux fréquences,
- les principes de tarification;"

et l'article 3.1. définissant les principes de cette fourniture:

"Les conditions de fourniture du réseau ouvert doivent répondre aux principes de base énoncés ci-après :

- elles doivent être fondées sur des critères objectifs,
- elles doivent être transparentes et publiées d'une manière appropriée,
- elles doivent garantir l'égalité d'accès et être non discriminatoires, conformément au droit communautaire.

15. En ce qui concerne les tarifs, l'obligation faite à l'Administration de communiquer des informations au public et la tarification de leur mise à disposition sont, dans la plupart des législations, définies par le principe de gratuité. L'interprétation de ce principe ne peut signifier que l'Administration prenne à sa charge tous les coûts nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Certes, tel serait le cas, hormis le coût de l'éventuelle copie, si le service public informationnel consistait en un simple droit de consultation sur place²³. Mais si ce service public emporte quelque plus-value soit destinée à assurer la mise à disposition de tous (par exemple, la constitution d'un centre serveur, la location de lignes, la création de bornes publiques) soit destiné à améliorer le produit informationnel mis en place dans le cadre des stricts besoins de l'Administration²⁴, le principe de gratuité n'interdit pas à l'Administration la possibilité de mettre à charge des utilisateurs du droit d'accès ainsi élargi, les frais supplémentaires destinés à couvrir le surcoût pour l'Administration. En toute hypothèse, ce principe interdit la mise à charge des frais de collecte et d'élaboration du produit que l'Administration se devait de supporter dans le cadre de ses besoins internes et prescrit ce qu'en matière de réglementation des télécommunications, on qualifie d'approche basée sur les coûts (cost based)²⁵.

16. Le principe de publicité se conçoit comme un corollaire du principe de non-discrimination²⁶. Les conditions tarifaires et d'utilisation du service informationnel public doivent être connues de tous et faire l'objet d'une publication. Chaque administration appréciera la manière dont elle opérera afin que chaque utilisateur potentiel puisse être conscient des sources d'informations que lui offre l'Administration, des qualités de tels produits et des conditions de leur utilisation.

En ce qui concerne les conditions d'utilisation, elles peuvent être "normalisées". La normalisation n'est pas ici simplement technique, et ainsi décrire par exemple les

²³ C'est ce service réduit que considère la plupart des lois d'accès aux documents administratifs, ainsi, l'article 4 de la loi française du 17 juillet 1978 prévoit : "l'accès aux documents administratifs s'exerce : a) par la consultation gratuite sur place, sauf si la préservation du document ne le permet pas ou n'en permet pas la reproduction; b) sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par délivrance de copies en un seul exemplaire, aux frais de la personne qui les sollicite, et sans que ces frais ne puissent excéder le coût réel des charges de fonctionnement créées par l'application du présent titre".

²⁴ Cf. l'exemple cité note 19.

²⁵ Une telle politique de tarification est recommandée par la 4^e ligne directrice pour la synergie : "Le prix fixé ne devrait repercuter les coûts induits par les travaux préparatoires et la mise à disposition du secteur privé, mais sans nécessairement inclure la totalité des coûts de collecte et de traitement des données, lorsque celles-ci sont produites dans le cadre des opérations courantes d'une administration".

²⁶ La Cour et la Commission européenne des droits de l'homme sont d'accord pour estimer que la discrimination constatée n'est pas admissible dès lors qu'un des deux éléments suivants est présent :
— lorsque la distinction n'a pas un but légitime, c'est-à-dire qu'elle est dépourvue de justification objective et raisonnable compte tenu du but et des effets de la mesure en question; et
— lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

conditions d'interconnexion au centre serveur mais également organisationnelles (heures d'ouverture des bureaux, etc.).

17. La mise en place de ces principes, on le constatera, répond de façon essentielle aux vœux de l'Information Industry Association américaine²⁷ :

"INFORMATION INDUSTRY ASSOCIATION

Government Information Policy Access Principles State and Local Information Policy

1. Citizens have a right of access to information held by government entities which should only be restricted by enactment of narrowly drawn statutes necessary to protect certain specific legitimate interests such as privacy [...]

3. Information held by a government entity should be available to all persons on an equal and timely basis in all reproducible media used by the government entity to store or to distribute the information.

4. No person, public or private, should have a monopoly control over information held by a government entity, nor should government impose or claim any copyright or other restrictions on the ability of citizens to use and disseminate such information.

5. Government should encourage the widest possible dissemination of public information by making it available at a price not to exceed the marginal cost of dissemination [...]"

18. Cette position mérite une réflexion supplémentaire, elle interdit à l'administration de se prévaloir de tout copyright sur les produits informationnels qu'elle diffuse. Cette position est conforme à la réglementation américaine qui ne reconnaît aucun copyright à l'Administration. Elle heurte le juriste européen pour qui le droit d'auteur profite à l'Etat comme aux autres personnes privées (cf. sur ce point les développements in H. Burket et alii, 1992).

A notre avis le droit d'accès des citoyens ne dénie pas le droit de l'Etat à la protection par la propriété intellectuelle mais en limite l'efficacité. En particulier, le droit d'auteur ne peut s'opposer aux droits des personnes au libre accès défini ci-dessus. Nous reviendrons sur ce point lors de l'étude de la commercialisation par l'Administration des produits et services informationnels dits supplémentaires.

²⁷ Cf. la Position Paper de l'"American Information Industry" de 1990.

C. Le cas particulier de la mise à disposition par l'intermédiaire d'un tiers

19. L'hypothèse visée est celle où les pouvoirs publics soit font appel à un opérateur privé, soit créent avec ou sans apport de capitaux extérieurs une filiale pour assurer la mise à disposition du service public informationnel décrit plus haut. Les cas ne manquent pas et s'expliquent notamment par la volonté de l'Administration de se doter de compétences qu'elle peut difficilement trouver en son sein ou par la volonté d'asseoir financièrement des activités en dehors du budget de l'Etat.

20. Selon la 5^o Ligne Directrice européenne "Quand les données et informations du secteur public sont mises à la disposition du secteur privé pour exploitation, aucune restriction ne devrait être imposée en ce qui concerne les catégories de clients [...]. Cela rejoint donc le principe de l'accès général et égal de la population à l'information (cf. les lois d'accès). Si l'administration n'effectue pas elle-même la commercialisation de son information et recourt à l'intermédiaire du privé, le principe de l'accès général pour tous justifie l'imposition d'un cahier des charges à l'entreprise qui bénéficie des droits exclusifs".

Ce cahier des charges garantit le respect par l'entreprise privée des conditions de mise à disposition imposées à l'administration. En cas de non-respect et bien que la doctrine de la "Drittwirkung" des droits et libertés fondamentales contenue dans la Convention européenne des droits de l'Homme soit encore débattue, il semble qu'on puisse élargir la portée du droit à la transparence et l'exiger des tiers chargés par l'Etat de gérer les informations et données du secteur public.

II. La commercialisation de services informationnels supplémentaires

A. Le principe

21. Au-delà de la commercialisation du service informationnel universel dit de base, soumis à des règles strictes, l'Administration peut-elle adopter une attitude plus agressive et offrir des services informationnels supplémentaires²⁸ : l'administration de la justice est-elle autorisée à développer des services de recherche payants sur base des banques de données que par ailleurs elle met à disposition du public en général ? Un institut public de statistique peut-il répondre à des demandes spécifiques portant sur l'évolution de tel ou tel secteur ?

²⁸ Nous employons à dessein le mot "supplémentaire". S'il s'agit en effet de services non compris dans le service universel de base, l'emploi des termes "à valeur ajoutée" eut été trompeur vu que le service universel de base peut inclure de nombreuses "valeurs ajoutées" (cf. supra, n^o 10 et s.).

22. Sans doute est-ce à ce propos que doivent se comprendre le principe mis en exergue par l'Office américain du budget (cité supra n°) et la 8e ligne de conduite émise par la Commission des Communautés européennes : "Quand une administration publique fournit directement des services électroniques d'information, elle devrait éviter toute pratique faussant la concurrence. Avant de mettre en place un nouveau service électronique d'information ou de poursuivre l'exploitation d'un service existant, une administration devrait s'assurer qu'aucun service du secteur privé ne peut être utilisé ou adapté pour satisfaire ce besoin".

23. Une interprétation extensive d'un tel prescrit aurait pour effet de remettre en cause le service informationnel universel ou en tout cas de le réduire au strict service minimal. Elle contreviendrait, nous l'avons montré, au devoir positif de l'Administration d'assurer la circulation des informations, corollaire du droit des citoyens d'informer.

L'interprétation restrictive apparaît par contre respectueuse d'une telle obligation de l'Etat. Elle limite le devoir de circonspection de l'Administration à tout ce qui dépasse ce service informationnel universel et l'invite conformément à la ligne 9 des recommandations européennes à procéder périodiquement à un examen des services électroniques d'information qu'il exploite directement, afin de décider s'ils doivent être fournis par le secteur public ou par le secteur privé, s'il est souhaitable que le secteur privé participe à leur production ou à leur distribution, ou encore qu'ils soient remplacés par des services commerciaux appropriés. Ainsi, la technique du "joint venture" avec le secteur privé ou celle de filialisation développée en particulier aux Pays-Bas²⁹ pourrait être des solutions acceptables pour la commercialisation de ces produits ou services informationnels dérivés³⁰.

En résumé, l'intervention de l'Administration dans une telle commercialisation ne peut être justifiée qu'en cas de carence du secteur privé³¹ et dans le respect strict des règles de concurrence avec le secteur privé.

²⁹ Sur l'exemple hollandais, lire BURKERT et alii, 1992.

³⁰ Ces techniques présentent un autre avantage, celui de distraire les ressources de l'Administration de sa tâche fondamentale, assurer le service public. En effet, on peut craindre que l'Administration ne soit tentée d'investir dans la mise sur pied de services informationnels nouveaux, dans la perspective des revenus substantiels qu'elle pourrait à terme en retirer.

³¹ C'est semble-t-il la nouvelle position prise par l'INSEE, Office français des statistiques à propos des résultats des diverses études statistiques auxquelles il procède.

L'Institut dispose de moyens techniques et humains et d'une expérience qui lui confèrent un monopole de fait pour la réalisation de nombreuses études statistiques sur la société et l'économie françaises, en raison de l'ampleur des enquêtes et recherches. Les coûts qu'entraîne, par exemple, le recensement de la population, ne pourraient être assumés par une entreprise privée, encore moins par plusieurs entrepreneurs privés concurrents. D'autre part, une telle étude sera utilisée par le gouvernement ou par des collectivités locales. Elle présente donc une utilité collective qui justifie son financement par l'impôt.

B. Les conditions

24. Qu'implique le respect des règles de concurrence auquel doit être soumis le secteur public dès que son activité excède les limites du service public ?

A nouveau, l'analogie avec le secteur des télécommunications s'avère utile. Deux règles essentielles peuvent être posées. Même lorsque l'Administration commercialise elle-même ces services ou produits informationnels supplémentaires, elle ne peut le faire grâce à des subsidiations croisées, c'est-à-dire en finançant l'extension de ses activités par les bénéfices résultant de ses activités de service public. En outre, elle ne peut bénéficier par rapport à d'autres concurrents d'aucun avantage en ce qui concerne l'accès au service public informationnel. En d'autres termes, elle se verra appliquer les mêmes règles tarifaires, les mêmes normes d'interface que ses concurrents³².

Ainsi, s'appliquent les principes du droit de la concurrence. "Lorsqu'une personne publique agit comme une personne privée ou encore lorsqu'elle intervient sur un marché par l'intermédiaire de personnes privées, il paraît naturel de lui appliquer les règles de la concurrence, comme on le ferait pour un opérateur privé"³³.

25. Le respect des règles du jeu du marché implique un devoir positif des pouvoirs publics de livrer l'information et un devoir négatif de s'abstenir de tout monopole. Une affaire récente³⁴ jugée par le Conseil de la Concurrence en France l'illustre. En l'occurrence, il s'agissait de données météorologiques collectées par la Direction Nationale (D.M.N.). Cette administration avait développé une exploitation commerciale de ses données sous la forme d'un service de renseignements météorologiques par téléphone pour le grand public. Le Conseil de la Concurrence relève qu'il s'agit d'une activité de services à laquelle s'applique l'article 53 de l'Ordonnance de 1986 sur la liberté des prix et la concurrence. Sur le marché de l'information météorologique téléphonée au grand public, la D.M.N. jouit d'une position dominante. Une société privée a tenté de

En revanche, la controverse porte sur l'exploitation à des fins commerciales des résultats de ces diverses études statistiques. L'INSEE diffuse ses informations sous forme d'un certain nombre de produits standardisés. Par contre, l'INSEE considère que la conception d'études pour un client ne relève pas de sa mission (tout en se réservant de façon exceptionnelle cette possibilité). La limite que l'INSEE pose à la commercialisation directe de ses informations est double : il doit s'agir d'informations intéressantes la (ou une) collectivité, et le coût fixe de production de l'information doit être élevé, ce qui signifie que l'entrée sur le marché pour le secteur privé est très difficile. Cependant, une commercialisation en dehors de ces cas de figure n'est pas exclue, mais sera plus sélective.

³² Ceci impliquera vraisemblablement la création à tous le moins de centres de profit ou de filiales jouissant d'une comptabilité distincte.

³³ M.C. BOUTARD-LABARDE et L. VOGEL, 1989.

³⁴ Décision n° 92-D.35 du Conseil de la concurrence, 13 mai 1992, relative à une saisine de la société du journal téléphoné à l'encontre de la direction de la météorologie nationale, B.O.C.C.R.F., 6 juillet 1992, 224.

créer un service concurrent, en sollicitant auprès de la D.M.N. la possibilité d'utiliser les messages aéronautiques codés. L'administration a opposé à cette demande un refus légitime pour des raisons de sécurité liées aux obligations internationales de l'Etat (les messages aéronautiques sont réservés aux exploitants d'aéronefs). En revanche, si l'administration avait refusé de fournir les messages sur les informations météorologiques générales, le refus n'aurait pas été justifié. Il y aurait abus de sa position dominante par la D.M.N. si elle privait "directement ou indirectement la Société du Journal Téléphoné, son concurrent, de toute source d'informations météorologiques lui permettant de subsister sur le marché". Le droit de la concurrence peut ainsi être utilisé comme un moyen de contraindre une administration à fournir ses données au secteur privé pour que celui-ci puisse les commercialiser, même s'il concurrence l'administration par cette activité. Enfin, lorsqu'elle commercialise par l'intermédiaire de tiers, la concession octroyée à ce tiers devra respecter de même ces règles de concurrence.

La 6° Ligne Directrice pour la Synergie stipule à cet égard que "les conventions et accords de tout type conclus avec les fournisseurs de bases de données ou centres serveurs du secteur privé ne devraient pas concéder de droits exclusifs, si ceux-ci peuvent fausser la concurrence". Elle précise que "si pour des motifs tels que la pénétration d'un nouveau marché ou la fourniture d'un service d'intérêt général, un droit exclusif est jugé nécessaire, celui-ci devra être réexaminé périodiquement".

26. Les réflexions déjà esquissées à propos de la titularité au profit de l'Administration de droits d'auteur sur les biens informationnels amènent quelques considérations complémentaires.

On rappelle à ce sujet le principe déjà noté (supra n° 18 in fine) à propos du service informationnel public, que le projet de directive (art. 8.1.) en matière de protection des banques de données s'apprête à consacrer : "Nonobstant le droit prévu à l'article 2 § 5 d'interdire l'extraction et la réutilisation non autorisées du contenu de la base de données, si les oeuvres ou les matières contenues dans une base de données rendue accessible au public ne peuvent être créées, rassemblées ou obtenues d'une autre source, le droit d'extraction et de réutilisation de tout ou d'une partie des oeuvres en matières contenues, à des fins commerciales, devra faire l'objet de licences à des conditions équitables et non discriminatoires".

Certes, dira-t-on, une telle disposition ne vise, semble-t-il, que les cas de commercialisation de produits informationnels relevant du service public, en est-il de même des services supplémentaires non diffusés à l'ensemble du public mais pour

lesquels vu la carence du secteur privé, l'Administration pourrait se trouver en position dominante.

A ce propos, on rappellera la décision récente du Tribunal européen de l'instance de Luxembourg, dans l'affaire Magill³⁵. La société Magill souhaitait publier un magazine comportant l'ensemble des programmes de télévision diffusés en Irlande et en Irlande du Nord. Or la BBC publie elle-même l'intégralité de ses programmes dans son propre magazine de télévision, et se réserve l'exclusivité de cette publication en se fondant sur le droit d'auteur qu'elle détient sur les grilles de programmes. La Cour relève qu'"au moment des faits, aucun guide général hebdomadaire de télévision n'était disponible sur le marché en Irlande". La société Magill dépose donc une plainte contre la BBC, sur le fondement des articles 85 et 86 du Traité de Rome, auprès de la Commission. Celle-ci décide d'imposer à la BBC l'obligation d'accorder une licence sur ses grilles de programmes. Le Tribunal constate le monopole de fait de la BBC, ainsi que le monopole de droit qu'elle tire du droit d'auteur sur les grilles de programmes. Il en conclut que la BBC "occupait manifestement, à l'époque considérée, une position dominante, tant sur le marché représenté par ses grilles hebdomadaires, que celui des magazines dans lesquels elles étaient publiées, en Irlande et en Irlande du Nord". La BBC a-t-elle abusé de cette position dominante et a-t-elle enfreint les dispositions de l'article 86. Selon les juges, la BBC a abusé de sa position dominante car elle l'a utilisée "pour empêcher l'introduction sur le marché d'un nouveau produit", grâce à son droit d'auteur, ainsi détourné de sa finalité première. En conséquence, la société Magill s'est vue accorder une licence sur les grilles de programmes de la BBC.

La solution jurisprudentielle de l'affaire Magill est donc similaire à ce que prévoit maintenant la proposition de directive dans son article 8. On peut la résumer comme suit : " la protection des banques de données par la propriété intellectuelle crée dans le chef de son créateur une situation de position dominante dont ce dernier ne peut abuser". On se trouve ici à la croisée des chemins entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Quant à la portée de cette décision sur la commercialisation des banques de données du secteur public, elle constitue un pas supplémentaire vers une plus grande synergie entre l'administration et les fournisseurs privés d'information. Lorsque le secteur public détient un droit d'auteur sur une banque de données réalisée par ses agents dans le cadre de leurs fonctions, il ne pourra plus se retrancher derrière le droit d'auteur pour en assurer lui-même seul l'exploitation commerciale et faire obstacle à la concurrence privée. L'arrêt Magill et la proposition de directive contraignent les administrations à mettre leurs

³⁵ Arrêt T-70/89, 10 juillet 1991, (MAGILL). Cet arrêt a notamment été commenté par B. HUGENHOLTZ, "Copying without infringing - three easy pieces on the "protection" of information", *Managing Intellectual Property*, 1992, p. 38; cf. également Y. POULLET, D.I.T., 1992, p. 40.

informations à la disposition du secteur privé, par le biais de licences d'exploitation et réalisent ainsi ce que la Commission avait souhaité en 1989 avec l'adoption des Lignes Directrices.

Conclusions

Elles s'énoncent comme suit :

1. la commercialisation par l'Administration des données détenues par celle-ci se fonde en définitive sur le droit d'être informé des citoyens;
2. sous réserve de l'application notamment des législations de protection des données, un tel fondement oblige de façon positive l'Administration au-delà du droit d'accès minimal réduit aux informations brutes communiquées sur place, à mettre sur pied de façon évolutive des produits et services informationnels, permettant d'assurer effectivement à tous l'accès à une information de qualité;
3. la mise à disposition de ce service informationnel universel s'opère selon des règles transparentes et non discriminatoires. Les tarifs doivent être basés sur les seuls coûts de la mise à disposition du produit informationnel;
4. au-delà de sa mission de service public, l'Administration ne développera des services et produits informationnels qu'en cas de carence du marché. Elle le fera dans le respect des règles de concurrence et ne pourra abuser des droits d'auteur dont elle disposerait éventuellement.

BIBLIOGRAPHIE

- Ph. GAUDRAT, Commercialisation des données publiques, Rapport pour l'Observatoire Juridique des Nouvelles Technologies de l'Information, 70 pages, cité Ph. GAUDRAT, 1992.
- C. de TERWANGNE, La liberté de l'information, article à paraître, cité C. de TERWANGNE, 1992.
- H. BURKERT, From the commercialization of public information to Administrative Information Law, Informatique et Droit, Congrès International de Montréal, 30 sept.-3 oct. 1992, cité H. BURKERT, 1992.
- Gouvernement du Québec, Groupe de travail sur la commercialisation des données des organismes publics, Rapport au ministre des communications du Québec, fév. 1991.
- Th. LEONARD, Y. POULLET, Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives, in La protection de la vie privée, F. RIGAUX (éd.), 1992,) paraître, cité Th. LEONARD - Y. POULLET.
- H. MAISL, La commercialisation des données administratives, une nouvelle question à débattre, A.J.D.A., nov. 1988, cité H. MAISL, 88.
- H. BURKERT, J. MICHAEL, Th. DAVIO, C. de TERWANGNE, Y. POULLET, Commercialization of data held by the public sector, PUBLAW rapport, DG XIII/EEC, to be published, cité H. BURKERT et alii, 1992 .
- Th. DAVIO, C. de TERWANGNE, Y. POULLET, A la recherche d'un cadre conceptuel pour la commercialisation des données détenues par le secteur public, Colloque de Buenos Aires, Lamy, 1991.
- F. LLORENS et P. SOGER COUTEAUX, La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence, D., 1989, Chr. 67.
- M. PATTISON, The european Commission's proposal on the protection of computer databases, E.I.P.R., 1992, 113 et s.
- J.E. SCHOETTL, L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ?, D.I.T., 1988, 11 et s.
- Y. POULLET, note sous l'arrêt Magill, D.I.T., 1992, 40 et s.
- M. KIRBY, "Media Law Reform - Beyond Shringi-La, The Right to Know, Granada, Guildhall Lectures, 1985, cité M. KIRBY.
- F. SUDRE, Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Convention européenne, E.J.I.L., 1991, 5 et s.