



HAL
open science

La diffusion des données publiques produites dans le cadre de l'enseignement et la recherche

Jean-Michel Bruguière

► **To cite this version:**

Jean-Michel Bruguière. La diffusion des données publiques produites dans le cadre de l'enseignement et la recherche. <http://www.msh-paris.fr>, 2002. edutice-00000034

HAL Id: edutice-00000034

<https://edutice.hal.science/edutice-00000034>

Submitted on 19 Jun 2003

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**La diffusion des données
publiques produites dans le
cadre de l'enseignement
et la recherche**

Jean-Michel Bruguière

Maître de conférence à l'université d'Avignon

Correspondants étrangers ayant répondu à l'enquête :

- Maximilian Herberger, Professeur à l'université de Sarrebruck (Allemagne)
- Pierre Trudel, Professeur à l'université de Montréal (Canada)

Correspondant français ayant répondu à l'enquête :

- Renaud de Vernejoul, Directeur de CNRS - Diffusion - Vidéotheque

Table des matières

La diffusion des données publiques produites dans le cadre de l'enseignement et la recherche	1
Table des matières	3
Introduction	5
1. Définition de l'étude	5
2. Intérêt de l'étude	7
3. La démarche suivie dans l'étude	13
4. Le plan de l'étude	13
I - Typologie des données de l'enseignement et de la recherche	13
A - Les conditions de la production	14
1. Données moyen et données objet. Teneur de la distinction	14
B - Les formes du produit	20
1. Le produit collecté	20
2. Le produit traité	22
II - Diffusion des données de l'enseignement et de la recherche	25
Préliminaire : deux exemples de diffusion de données publiques	26
A - La diffusion par l'opérateur public	28
1. Principe de la diffusion	28
2. Modalités de la diffusion	40
B - La rediffusion par l'opérateur privé	54
1. Le principe de disponibilité des données publiques	54
2. Les limites du principe de disponibilité	59
Annexe 1 - Réponse de CNRS Diffusion	63
Annexe 2 - Droit comparé - Canada/Québec	67
Annexe 2 - Droit comparé - Allemagne	70
Annexe 3.1 – Convention de production	74
Annexe 3.2 – Contrat de cession de droits de reproduction et de représentation	79

Introduction

1. Définition de l'étude

a) Les données publiques

1. **Des informations.** Les activités d'enseignement et de recherche sont à l'origine de la production de nombre de données publiques. Dans le cadre de ses missions, le ministère de l'Éducation nationale ou le ministère de la Recherche collectent et/ou traitent et/ou diffusent de nombreuses informations. Il faut en effet « administrer » les personnes, agents et usagers du service et donc à cette fin constituer d'importants gisements de données. Il faut informer le public afin de lui permettre d'accomplir ses démarches. Il faut adopter un certain nombre de décisions, ce qui suppose là encore de réunir un certain nombre de données. À un autre niveau, l'activité (et non plus l'action) du service public de l'Éducation nationale ou de la Recherche implique la création de richesses informationnelles pour elles-mêmes. Ce n'est plus l'action de ces services qui suscite occasionnellement certains sous-produits administratifs. C'est l'activité, l'objet de l'activité qui oblige à la création de bases de données, à la mise en place de nouveaux sites, à la numérisation de fonds... Dans cette perspective, on a pu plus particulièrement analyser les bases de données du CNRS¹ en appelant à une valorisation respectueuse du droit (de la concurrence, du service public...).

2. **Des informations et/ou données.** Dans le cadre de nos développements nous parlerons indifféremment de données ou d'informations. On sait que la donnée est classiquement définie comme « la représentation d'une information sous une forme conventionnelle destinée à faciliter son traitement ». La donnée est donc de l'information produite « formatée » pour pouvoir être traitée par un système informatique. C'est cet objet précis que nous considérerons principalement car les difficultés juridiques se « posent essentiellement à propos de produits informatiques intégrant »² des informations publiques. Hier avec la télématique et la constitution des bases de données, aujourd'hui avec internet et la numérisation des données. Le phénomène technologique est bien à l'origine de la problématique. Pour autant, il faut bien prendre

¹ Peu d'articles sont directement consacrés à la question des données produites par l'enseignement et la recherche. On lira donc avec intérêt la chronique de I. de Lamberterie, « La valorisation des bases de données du CNRS », *RFD adm.*, n° 72, 1994, p. 675.

² P. Gaudrat, *Commercialisation des données publiques*, Paris, La Documentation française, 1992, qui souligne par ailleurs, p. 7 : « Même si l'information ne se confond pas avec l'informatique, même si l'information a préexisté à l'informatique, c'est la dimension informatique qui ouvre largement le marché de l'information au travers des banques et bases de données dont elle rend la constitution possible et dont elle facilite la commercialisation par la télématique ».

conscience que nombre de documents administratifs, d'archives (d'informations publiques donc) ne sont encore ni automatisés, ni numérisés. La diffusion papier reste encore très présente. Le rapport d'un enseignant n'a *a priori* aucune raison d'être traité différemment de la thèse d'un chercheur *on line*... Dans les deux cas, il y a des données publiques. Nous prendrons dans nos développements les notions d'informations et de données comme synonymes, comme y invitent d'ailleurs certains textes³ même si les difficultés posées concernent principalement les données entendues au sens strict.

3. Des informations et/ou données publiques. Les informations ou données que nous envisagerons dans le cadre de la présente étude peuvent être qualifiées de publiques en ce sens qu'elles sont produites (collectées et/ou traitées et/ou diffusées) dans le cadre de l'activité du service public. L'information procède bien en effet de l'activité de deux ministères, l'Éducation nationale et la Recherche, qui représentent pour reprendre la formule extensive de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs « des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public »⁴.

b) La diffusion

La diffusion que nous envisagerons est souvent confondue avec l'accès. Or tant d'un point de vue matériel que juridique, il est important de ne pas mélanger les deux notions. Dans l'avant-propos à notre questionnaire (cf. *infra* annexes) notre correspondant allemand souligne fortement ce point.

4. Détenir et diffuser. D'un strict point de vue matériel, l'information accessible et l'information diffusée ne sauraient être confondues. L'information accessible est en effet une information détenue à laquelle on peut, sous réserve de certaines conditions, avoir accès. Elle suppose donc une démarche volontaire de la part de celui ou celle qui y prête un intérêt. En ce sens, le processus est bilatéral. Cela peut être le cas d'un rapport administratif sur le compte d'un enseignant ou chercheur. L'information diffusée, disséminée, pour reprendre l'expression des Anglo-saxons, qui est par définition même non détenue, procède en revanche de la volonté de la personne qui a produit cette information de la faire parvenir au plus grand nombre. En ce sens le processus est ici unilatéral. L'INIST (Institut national de l'information scientifique et

³ Nous songeons ici à nouveau à la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques, *JO*, 19 février 1994, p. 2864.

⁴ Ces informations peuvent également être qualifiées de publiques au regard de la définition des données publiques adoptée par la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques, *op. cit.* « Par publique, il faut entendre une donnée collectée ou produite, dans le cadre de sa mission, par un service public, sur fonds publics ».

technique) a précisément pour mission de diffuser des données scientifiques spécialisées. Seule la seconde dimension sera développée dans notre étude.

5. Connaître et exploiter. La distinction de l'accès et de la diffusion peut également être justifiée d'un point de vue intellectuel. À adopter une lecture juridique, l'information diffusée et l'information accessible ne suscitent pas en effet les mêmes valeurs. Le droit d'accès à l'information suscite des valeurs intellectuelles. Fruit d'une vague législative⁵ que certains n'ont pas hésité à qualifier de véritable « révolution juridique »⁶ ou tout simplement expression d'un concept en vogue, le droit d'accès à l'information vise avant tout à répondre à un certain besoin de lisibilité sociale des administrés. La diffusion des données suscite quant à elle des valeurs économiques. Il s'agit ici en effet de l'exercice par une personne (généralement morale) d'une activité de mise à disposition d'informations pour elles-mêmes⁷.

2. Intérêt de l'étude

6. La problématique de la diffusion des données publiques. Les données produites par le ministère de l'Éducation nationale et le ministère de la Recherche s'insèrent plus largement dans la problématique de la diffusion des données publiques⁸. Elles représentent aujourd'hui une richesse économique (A). Une richesse économique mais également sociale (B). C'est donc de cette confrontation entre ces valeurs, économiques, sociales, que naît tout l'intérêt de l'étude.

a) Une richesse économique

Les données publiques sont une richesse économique pour les opérateurs privés et pour les opérateurs publics que représentent le ministère de l'Éducation nationale et le ministère de la Recherche.

⁵ À s'en tenir au secteur public, nous visons essentiellement ici la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'améliorations des relations entre l'administration et le public et la loi du 3 janvier 1979 sur les archives.

⁶ A. Holleaux, « Le secret professionnel », *Le Monde* 24 mai 1981. Dans le même sens G. Morange, « Le secret en droit public français », *D.*, 1978, p. 1, s'interroge sur le fait de savoir si ce mouvement législatif ne serait pas « la révolution la plus importante depuis 1789 ».

⁷ Cette définition correspond en partie à celle adoptée par *L'Information Industry Association*. Sur ce point, cf. T. Ribault, *Formes et limites de la marchandisation de l'information. Pour une approche patrimoniale de l'économie de l'information*, Thèse Lille, 1991, p. 22.

⁸ Cf. notre thèse, J.-M. Bruguière, *La diffusion de l'information publique. Le service public face au marché de l'information*, Thèse Montpellier 1996. Cf. également J.-M. Bruguière, *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002.

- Pour les opérateurs privés

7. **Commission européenne. Marché de l'information.** La volonté de diffusion des données publiques par les opérateurs privés s'inscrit essentiellement dans le cadre du développement du marché européen de l'information auquel la Commission des Communautés européennes invite depuis maintenant plus de dix ans⁹ afin de ne pas trop subir le marché américain. Certaines études ont démontré en effet que 90 % du marché de l'information distribuée en Europe proviendrait dans les années 1990 d'acteurs américains. Fortement appuyée par les industriels de l'information et comme fort souvent vivement inspirée du modèle américain (qui s'avérera par la suite beaucoup moins libéral), la Commission ne conçoit alors la réalisation de ce marché intérieur des services d'information qu'au travers d'une large ouverture des gisements publics de données. Plusieurs textes vont poser un principe de la disponibilité des données publiques : « Les lignes directrices pour l'amélioration de la synergie entre le secteur public et le secteur privé sur le marché de l'information »¹⁰ ; « Le Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information »¹¹. Tout récemment, la Commission dans une communication du 23 octobre 2001 intitulée « eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public » relance le projet d'une directive sur l'accès aux données publiques (qui contient un même principe de libre accès) tout en soutenant d'un point de vue économique les projets de valorisation économique des données publiques¹².

8. **Revendications des opérateurs privés.** Ces recommandations sont relayées au niveau national par différentes revendications, ou actions, d'acteurs économiques. C'est ainsi que la Fédération nationale de la presse française a pu adresser un mémorandum¹³ particulièrement virulent aux pouvoirs publics, en dénonçant pêle-mêle : les pratiques du droit d'auteur, la politique tarifaire, les ententes ou les abus de position dominante de l'administration. C'est également ainsi que différents opérateurs publics diffusant des données (la direction de la Météorologie nationale, France Télécom...) ont été poursuivis

⁹ Sur ce point, cf. les travaux de la Commission de Bruxelles, dont il est régulièrement rendu compte dans le rapport général sur l'activité des Communautés européennes sous la rubrique « services d'informations ».

¹⁰ Publié par la Commission, 1989, Publication officielle des Communautés, ISBN 92.825.9238.3.

¹¹ Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information, *L'information émanant du secteur public ; une ressource clef pour l'Europe*, COM (1998) 585.

¹² Communication de la Commission au Conseil au Parlement européen, au comité économique et social et au comité des régions. « eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public », 23 octobre 2001, COM (2001) 607 final.

¹³ Mémorandum de la FNPF du 16 septembre 1992, *DIT*, 1992/4, p. 85.

sur la base du droit de la concurrence afin de délivrer l'information qu'ils entendaient se réserver.

9. Rapports et circulaires. Afin de répondre à ces inquiétudes, de nombreux rapports et circulaires concernant directement les données publiques ont été adoptés. Les travaux doctrinaux se sont multipliés¹⁴. Sans souci d'exhaustivité, nous songeons au rapport Gaudrat, au rapport Soubie¹⁵ ou au rapport Mandelkern¹⁶. Chaque rapport est animé d'une préoccupation particulière, conforter une politique de tarification, intégrer de nouvelles technologies de l'information et d'une doctrine propre. Globalement, il faut bien reconnaître que ces travaux sont plutôt favorables aux intérêts de l'administration (peut-être aussi parce que les intérêts des opérateurs privés sont présentés de manière excessive). D'un autre point de vue, une partie de ces rapports oublie souvent qu'avant de solliciter un droit à l'information (comme d'autres ont pu revendiquer un droit au bonheur !) ou de découvrir un « État providence télématique garant d'un droit de savoir à valeur constitutionnelle »¹⁷, les données publiques peuvent être appréhendées sous l'angle du droit de la concurrence, du droit des contrats ou du droit public économique. Les circulaires du 14 février 1994 relatives à la diffusion des données publiques, la circulaire du 20 mars 1998 relative à l'activité éditoriale des administrations et des établissements publics de l'État, la circulaire du 17 décembre 1998 relative à la diffusion de données juridiques sur les sites internet des administrations, la circulaire du 7 octobre 1999 relative aux sites internet des services et des établissements publics de l'État, la circulaire du 9 décembre 1999 relative à l'institution d'un médiateur de l'édition publique¹⁸ et le projet de loi sur la société de l'information qui comporte tout un volet relatif aux données publiques ne sont pas tombés dans ce travers. Tout au plus peut-on leur reprocher (malgré l'indéniable clarification qu'elles apportent) de s'appuyer sur une doctrine et jurisprudence administratives (parfois tombées en désuétude) qui ignorent certaines réalités économiques.

¹⁴ Il nous est impossible de citer ici les multiples travaux sur les données publiques. Nous les envisagerons au cours de nos développements. Rendons néanmoins ici hommage à M. Maisl qui a été l'un des tout premiers en France à poser la problématique de notre objet d'étude. On peut donc lire : H. Maisl, *Le droit des données publiques*, Paris, LGDJ 1996. Cf. également notre thèse *op. cit. supra* note n° 8.

¹⁵ P. Soubie, *Diffusion des données publiques et marché de l'information*, décembre 1997, Association Communication publique.

¹⁶ D. Mandelkern, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, Paris, La Documentation française, 2000.

¹⁷ Pour reprendre l'excellente formule de M. Schoettl, Entretien avec J.-E. Schoettl, *RFD adm.*, 1994, « Les données publiques ; un gisement à exploiter ? », p. 609.

¹⁸ Cf. respectivement *JO*, 22 mars 1998, p. 4301 ; 24 décembre 1998, p. 19487 ; 12 octobre 1999, p. 15167 ; 21 décembre 1999, p. 18983.

10. Caractéristiques des données publiques. La volonté de diffusion des données publiques par les opérateurs privés s'explique essentiellement par les caractéristiques attachées à l'information produite. L'information produite dans le cadre de l'activité du service public est en effet une information exhaustive de par le principe d'égalité, stable et complète en raison d'un principe de continuité qui impose une collecte ou un traitement sans interruption. Elle est aussi une information fiable en ce sens que des sanctions directes ou indirectes peuvent être attachées aux refus de la personne auprès de laquelle elle est recueillie¹⁹. À la suite des investissements technologiques consentis par l'État²⁰, elle est enfin une information aujourd'hui en grande partie automatisée ou numérisée de sorte que les opérateurs privés peuvent s'épargner certains coûts de saisies non négligeables.

- Pour les opérateurs publics

11. Investissements en nouvelles technologies de l'information. L'entreprise de la diffusion des données par les opérateurs publics à des fins commerciales trouve son explication dans différents facteurs interdépendants. L'utilisation des nouvelles techniques informatiques par nombre d'opérateurs publics, jugée conforme par certains, à l'implication progressive de l'État dans l'économie technologique²¹, a profondément modifié l'appréhension de l'information²². Celle-ci n'est plus en effet seulement perçue comme un outil de l'action administrative, une ressource au service de l'action interne, qu'il s'agit de mieux organiser à des fins d'efficacité²³ et de plus contrôler à des fins de transparence. Elle est aussi une ressource qu'il est possible de valoriser. Les données produites par les ministères de l'Éducation nationale et de la Recherche n'échappent pas à cette logique. Les nouvelles technologies suscitent la création de données plus fiables et précises. Les informations circulent mieux, s'agrègent et se modifient, se croisent et s'enrichissent. Peuvent être désormais réalisés, des agrégats et des synthèses, sources de revenus financiers parfois conséquents.

¹⁹ Que l'on songe sur ce point au recensement. La fiabilité peut également tenir aux sanctions attachées à la délivrance de fausses informations.

²⁰ Cf. *infra* n° 46.

²¹ En ce sens cf. H. Fustfeld, *The technical Enterprise ; Present and Future Patterns*, Cambridge, Ballinger Publishing Company, 1986, p. 38.

²² Cf. en ce sens H. Burkert, « From the commercialization of public information to administrative information law », Colloque *Informatique et droit*, Montréal, 1992, qui distingue trois « âges » (le secret, la transparence et le marché) dans l'évolution de la fonction assignée à l'information.

²³ C. Stener, « Les nouvelles techniques informatiques et la modernisation du travail administratif », *Rev. Fr. Adm. Pub.*, 1986, p. 17.

12. Restrictions budgétaires. Dans une période qui n'était pas (et qui n'est toujours pas) propice aux largesses budgétaires, parfois à défaut de toute initiative privée, les opérateurs publics prennent conscience qu'au-delà de leurs préoccupations internes, les gisements d'informations peuvent être envisagés comme une ressource financière externe non négligeable ²⁴.

b) Une richesse sociale

La diffusion des données publiques à des fins commerciales, qu'elle soit le fait d'opérateurs privés ou publics, ne doit en aucun cas occulter la dimension sociale qui préside à la production de la richesse.

13. Finalités de la production. On ne peut en effet faire abstraction de la finalité pour laquelle l'information publique a été produite. Les données publiques apparaissent en grande partie avant tout comme une « matière première de l'activité administrative » ²⁵, matière première créée le plus souvent, afin de permettre aux opérateurs publics d'accomplir leurs propres missions. Préparer, adopter ou exécuter des actes, lever l'impôt, rendre la justice ou assurer la sécurité d'un pays implique de « disposer d'informations fines et exactes sur la population » ²⁶. Pour autant, la seule « détention » de ce qui apparaît bien ici comme un « sous-produit administratif » ne confère aucun droit à une diffusion marchande au profit des opérateurs publics ²⁷. Pas plus que cette valeur décisionnelle initiale, la commercialisation des données publiques, cette fois-ci envisagée, côté opérateurs privés, ne saurait éclipser la

²⁴ Cf. sur ce point les propos tenus par M. Pavé à la fin des années 1990 à propos de la météorologie (« Modernisation et démocratisation aperçu des actions en cours », in « Réinventer le service public », Revue *Projet*, décembre 1989, p. 76 et 77) : « Les évolutions technologiques permettent de remplacer ce dévouement au bien commun par des stations d'observation automatisées, très performantes et très fiables. Les capacités de calcul des ordinateurs de type CRAY 2, la richesse des informations collectées grâce aux satellites, permettent des avancées dans la modélisation et la connaissance des phénomènes atmosphériques. Aussi les prévisions météorologiques ont-elles gagné en précision et en fiabilité sur le court et le long terme, au point que certaines sociétés commerciales se sont intéressées à ces informations qui leur permettent de mieux maîtriser leur planification et donc d'améliorer leurs performances économiques ; c'est le cas des producteurs de boissons, intéressés à prévoir les périodes de canicules, des agriculteurs, des sociétés autoroutières, des camionneurs... ». Le lien avec les problèmes budgétaires rencontrés par les opérateurs publics apparaît aussitôt ; « La mise en œuvre d'une technologie de haut niveau est onéreuse. Si les équipements publics peuvent être financés, en partie, par la rétribution de services à caractère marchand, et que, par ailleurs, les usagers du service public bénéficient eux aussi d'une plus grande qualité de prestation, tout le monde est gagnant ».

²⁵ B. Even, « La notion de document administratif », *AJDA*, 1985, p. 529.

²⁶ J. Lemasurier, « Vers une démocratie administrative ; du refus d'informer au droit d'être informé », *RDP*, 1980, p. 1242.

²⁷ Ce point est souligné, de manière très saine, par la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

valeur cognitive qui peut être attachée à la constitution de la richesse. La création de nombre de gisements publics d'information procède en effet, de la volonté de tout État moderne de développer ce qu'un auteur a pu désigner par « infrastructure cognitive » des sociétés. La rediffusion de cette information, en l'état ou après traitement, par les opérateurs privés ne doit en aucune manière menacer la constitution de ce savoir social et ce, d'autant plus, qu'à la constitution de ce savoir social, peut être également attachée l'idée de souveraineté, de police, de sécurité de l'organe producteur (que l'on songe aux données de santé publique, météorologiques, routières...).

14. Conditions de la production. On ne peut pas plus faire abstraction des conditions dans lesquelles les données publiques sont produites. D'un strict point de vue économique, la constitution de certains gisements d'informations entraîne des investissements considérables pour la communauté. Le coût de l'avant dernier recensement de population était de l'ordre de 1 milliard de francs, la réalisation d'une carte géographique nationale représente quant à elle cinquante années de travail... Une gestion rationnelle de cette valeur ne peut donc raisonnablement se satisfaire d'une vision, aujourd'hui encore largement répandue, où les données publiques apparaissent comme de vulgaires *res nullius* offertes gratuitement au premier occupant. D'un point de vue juridique, la diffusion à des fins commerciales par les opérateurs publics d'une information financée par l'impôt et de surcroît collectée et traitée sous une certaine contrainte peut laisser songeur.

15. Finalités de la diffusion. En contrepoint, il faut bien prendre conscience que les opérateurs publics ont des missions d'information propres. Or nul ne peut plaider en faveur du maintien de certains dans l'ignorance. Voilà pourquoi le gouvernement actuel a entrepris un programme d'action pour « Préparer l'entrée de la France dans la société de l'information »²⁸ (PAGSI) depuis 1997. Pour le Premier ministre, « pour répondre à l'exigence démocratique de transparence de l'État, un accès plus aisé à l'information publique » est « indispensable » (discours dit d'Hourtin) Sur cette base, de nombreux projets ont été mis en place. Nous songeons, plus particulièrement dans le cadre de notre objet d'étude, aux espaces publics numériques d'éducation²⁹, par lesquels les grands services publics d'information mettent librement à la disposition des enseignants, des élèves et des étudiants des données publiques (météos, culturelles, médicales...). Plus généralement, une circulaire du 23 août 2001³⁰ organise des « espaces publics numériques » qui consistent à labelliser toutes initiatives (et pas seulement les initiatives publiques) favorisant l'usage de matériel informatique et des accès internet. Il s'agit en quelque sorte de réduire

²⁸ Programme consultable à l'adresse : www.internet.gouv.fr.

²⁹ Cf. *Le Monde*, 21 août 2001.

³⁰ *JO*, 24 août 2001, p. 18591.

(ce que certains ont nommé) la « fracture numérique » ou plus simplement d'assurer la diffusion des données publiques dans le respect d'un principe d'égalité devant l'information. Cette exigence est fondamentale à propos des données produites par le ministère de l'Éducation nationale et de la Recherche. Notre étude se propose ainsi de traiter de la diffusion des données produites par l'enseignement et la recherche dans cette double perspective.

3. La démarche suivie dans l'étude

16. Droit comparé. Notre travail s'inscrit également, comme l'ensemble des études menées dans le cadre du projet PNER, dans une démarche de droit comparé. Plus précisément deux exemples étrangers ont été adoptés : le Canada et l'Allemagne. Afin de mieux connaître la situation de la diffusion des données publiques dans ces deux pays nous avons soumis un questionnaire aux correspondants étrangers. Des éléments de leurs réponses sont exploités au sein de nos développements ³¹.

17. Pratiques de l'administration. Afin que notre étude ne soit pas trop théorique, nous avons également élaboré un questionnaire à destination des ministères concernés afin de mieux identifier les données produites et les conditions de mise à disposition. On trouvera en annexe la réponse de CNRS Diffusion.

4. Le plan de l'étude

18. Pour traiter la question de la diffusion des données de l'enseignement et de la recherche, il est impératif, au préalable, de bien cerner la richesse que représentent les informations produites. On ne peut s'attacher en aval à la distribution si l'on ne comprend pas en amont le contexte de la production. Dit autrement, les conditions de la production déterminent véritablement la politique de la diffusion. C'est la raison pour laquelle nous envisagerons dans un premier chapitre une typologie des données de l'enseignement et de la recherche (I). Par la suite nous envisagerons la diffusion proprement dite (II).

I - Typologie des données de l'enseignement et de la recherche

19. Diversité. Les données de l'enseignement et de la recherche sont marquées par la diversité. Diversité des producteurs, de la production ou du produit élaboré. Cette diversité confère aux données une grande richesse (ce pourquoi elles sont, comme beaucoup de données publiques, convoitées). Pour présenter

³¹ Deux correspondants étrangers ont répondu (Canada et Allemagne). Cf. annexes.

cette richesse nous nous attacherons aux conditions de la production (A), et aux formes du produit (B).

A - Les conditions de la production

20. **Production de l'information. Agents publics.** Les premiers producteurs des données publiques sont les agents publics. Dans le cadre de leurs fonctions, les agents des ministères de l'Éducation nationale et de la Recherche produisent des documents, des notes, des rapports, des actes des travaux... qui contiennent des informations publiques. Des rapports sur un enseignant au film documentaire d'un chercheur, l'agent public crée l'information aujourd'hui convoitée.

21. **Production de l'information. Services publics.** Cette création procède plus largement de l'activité du service public. C'est bien en effet l'activité du service qui est à l'origine de la production de l'information, l'agent se contentant finalement de produire dans le cadre de ses fonctions. Cette production de données au sein du service public n'intervient pas toujours dans les mêmes conditions. Elle peut être accessoire ou principale. Plus précisément l'information est dans certaines hypothèses le moyen de l'action du service public, dans d'autres l'objet de son activité. Cette distinction, qu'il convient de présenter (1) et d'apprécier (2), est fondamentale³².

1. Données moyen et données objet. Teneur de la distinction

La distinction que nous proposons ne peut faire abstraction des typologies déjà élaborées. Il convient donc de présenter les distinctions possibles (a) avant d'examiner celle qui est retenue (b).

a) Les distinctions possibles

22. **Typologie des typologies.** Les données publiques dans lesquelles se rangent les données de l'enseignement et de la recherche ont donné lieu à tant de typologies que l'on pourrait presque dresser une typologie des typologies. Selon la source, car différentes autorités ont proposé de classer les informations publiques (« législateur », doctrine académique, doctrine administrative...). Selon la nature de l'information. Selon ses supports. Selon la finalité, car les classifications ont été élaborées dans un but bien précis. Nous nous attacherons ici aux typologies orientées vers la connaissance et/ou la diffusion des données.

23. **Typologie orientée vers la connaissance des données.** La première typologie dite « de la documentation administrative » qui doit être évoquée est

³² Voir notre thèse, *op. cit.*, p. 47 et s.

celle qui est retenue par la Commission de la coordination de la documentation administrative³³. Délaissant les critères de source (qui a produit ?) et de destination (qui a accès ?), la Commission fait appel à « des critères croisés de contenu et de forme » pour distinguer cinq grandes catégories d'informations :

- les « documents normatifs et de référence » ;
- une information dite « médiatisée à destination du grand public ou de l'administration elle-même » ;
- une information dite « non normative » qui absorbe beaucoup de données de l'enseignement et la recherche (données scientifiques, documentation produite par l'administration à des fins de conservation : bibliothèque, archives...) ;
- une information constituée à « des fins de gestion et d'orientation » ;
- enfin une information sous la rubrique « autres documents » qui intègre les rapports, lettres, comptes rendus établis par les agents dans le cadre de leurs fonctions.

24. Typologie orientée vers la diffusion des données. Cette typologie, essentiellement élaborée, d'un point de vue interne, à des fins d'automatisation des ressources informationnelles en vue d'une amélioration de l'efficacité administrative, ne doit pas être confondue avec celles qui ont été construites afin de répondre, d'un point de vue externe, à des problèmes de diffusion. Ainsi Madame de La Presle³⁴ envisage les données publiques autour des « trois activités distinctes de l'État » : l'émission de textes officiels, la collecte d'informations dans une finalité de service public (recensement, casier judiciaire...) et enfin la conservation des données à des fins de gestion (les fichiers des agents, ceux des administrés...). D'autres classifications vont plus loin, puisqu'elles envisagent directement la commercialisation même de l'information³⁵.

25. Typologie orientée vers la connaissance et la diffusion des données. D'autres typologies associent encore logique d'accès et de diffusion. C'est le cas du *Livre Vert sur l'information* émanant du secteur public dans la société de l'information (*op. cit.*) qui opère quatre distinctions : information administrative et non administrative, information essentielle au fonctionnement démocratique, information d'intérêt public, information à forte valeur économique. Le second groupe d'informations rejoint les données essentielles du rapport Mandelkern (*op. cit.*), données essentielles reprises en partie dans le

³³ *Administration et Documentation. D'une commission à l'autre*, sixième rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1985, p. 23 et s.

³⁴ A. de La Presle, « Vers un statut des données publiques ? », *Brisés* n° 12, novembre 1988, p. 40.

³⁵ H. Maisl, « La commercialisation des données administratives : une nouvelle question à débattre », *AJDA*, 1988, p. 637.

projet de loi sur la société de l'information, définies comme « les données ... dont la mise à disposition est une condition indispensable à l'exercice des droits du citoyen, ainsi que des étrangers résidant sur notre sol ».

b) La distinction retenue

26. **Nécessité d'une approche finaliste.** À l'analyse, les typologies que nous venons de présenter omettent presque toutes de s'interroger sur les finalités de la production des données au sein du service public. Nous savons de quoi cette information est constituée, l'information sur l'administré, sur l'observation de la nature, une information avec ou sans support, protégée ou non par un droit d'auteur... à partir de quoi : l'information est générée par un agent administratif dans le cadre de ses fonctions ou par un administré dans le cadre d'un questionnaire. Rien en revanche du pourquoi de la production. Une approche finaliste paraît pourtant essentielle.

27. **Enoncé de la distinction.** L'information publique que nous avons définie comme l'information produite dans le cadre de l'activité du service public (cf. *supra* n° 3), répond bien à deux fins qui peuvent être appréhendées à partir d'une distinction faite par Duguit³⁶ en matière de domanialité. Pour le savant auteur, la distinction « la plus importante à faire » en ce domaine et « qui est en général inaperçue » est « la distinction entre l'affectation de la chose à un service public tantôt comme objet du service public, tantôt moyen pour le service public ». En nous inspirant de cette distinction, nous pouvons bien isoler au sein des données de l'enseignement et de la recherche une information moyen de l'action du service public et une information objet de son activité. Reprenons ces deux groupes.

- Les données « moyen »

28. **Définition.** L'information moyen de l'action du service public peut se définir comme l'ensemble des données collectées et/ou traitées et (dans une très faible mesure) diffusées par un service public afin de lui permettre d'accomplir des missions dont l'objet statutaire n'est pas précisément la mise à disposition d'informations. Trois séries de données trouvent leur place à l'intérieur de ce premier groupe.

Il y a tout d'abord, les **données de gestion** que l'opérateur public a réuni pour ses besoins propres afin « d'administrer » les personnes, agents et administrés, et les biens, patrimoine privé et public. Les ministères de l'Éducation nationale et de la Recherche produisent bien des rapports sur les fonctionnaires. Elles constituent des groupements d'information liés à des procédures administratives telles que des inscriptions à des concours, des avancements....

³⁶ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, De Bocart, 3^{ème} éd., 1927, p. 353.

Il y a ensuite les **données d'information** que l'opérateur produit pour les besoins des usagers, du public afin de permettre l'accomplissement de démarches et de formalités (une brochure thématique de présentation d'un concours tel que celui de professeur des écoles), de faciliter des recherches (accéder à une liste de sujets de thèses), de renseigner sur des dates ou des résultats de concours ou d'examen.

Il y a enfin les **données de décision** qui sont attachées à tous les actes que l'opérateur public adopte dans le cadre de ses missions. Ici les données sont orientées dans un processus décisionnel et largement absorbées par la notion de documents administratifs. Cela renvoie à des rapports de recherche, à des notations d'agent.

Les données « objet »

29. Définition. Ce premier groupe d'informations ne doit pas être confondu avec l'information objet de l'activité du service public et qui peut se définir comme l'ensemble des données collectées et/ou traitées et /ou diffusées par un service public afin de répondre aux missions dont l'objet statutaire impose à titre principal ou dérivé, la mise à disposition directe d'informations. De nombreuses distinctions peuvent être établies au sein de ces grands services publics d'informations.

30. Production et diffusion des données au sein du service public. Il faut ainsi dissocier parmi ces services publics d'informations, les services publics de production et/ou de diffusion des données. Certains services publics peuvent en effet être investis d'une mission de collecte, de traitement, et de diffusion de l'information (comme l'INSEE) pendant que d'autres services publics ne sont investis que d'une mission de diffusion, la production (la collecte et/ou le traitement) ne relevant pas de leurs compétences (La Direction des Journaux Officiels diffuse des jugements produits par d'autres). Par exemple, l'INIST (l'Institut national de l'information scientifique et technique) assume des missions de diffusion de l'information et non de création. De la même manière CNRS Diffusion dissémine des produits audiovisuels qui sont créés par des agents du CNRS. Même si le rattachement des données à un fonds documentaire peut être assimilable à une création puisque producteur de sens, il ne faut pas confondre les deux activités.

31. Activité principale et activités accessoires de production et/ou de diffusion des données. On doit également distinguer les hypothèses où l'information est l'objet principal de l'activité du service de celles où elle est un objet dérivé. Au sein de l'information objet de l'activité du service public, il existe bien une information qui est requise statutairement à titre principal de même qu'il existe une information dérivée élaborée à partir de cette information-source. Le

rapport Groshens³⁷ sur les relations entre le secteur public et le secteur privé dans le domaine de l'industrie éditoriale a bien mis en valeur ce point en dissociant « l'édition occasionnelle, l'édition institutionnelle et l'édition accessoire à une mission de service public ». Pour CNRS Diffusion par exemple, une chose est de mettre à disposition des films scientifiques au contenu informatif approfondi (malheureusement peu sollicité par le marché, cf. questionnaire en annexes), une autre serait de confectionner de petits ouvrages grand public de vulgarisation à partir de ces films. L'imprécision des textes ayant institué les grands services publics d'informations³⁸ a largement favorisé les diffusions d'opportunité. C'est sur ce point que se concentrent d'ailleurs les difficultés avec les opérateurs privés.

32. Données professionnelles et grand public. Dans la continuité de cette classification, on pourrait s'attacher à la destination de cette information pour départager les hypothèses où les données bien que disséminées, à l'origine, pour le compte d'un nombre d'utilisateurs restreint, tendent à s'ouvrir sur un public plus large.

- Données « moyen » et données « objet ». Valeur de la distinction

Confondre l'information moyen de l'action du service public et celle qui est objet de son activité revient finalement à rassembler deux types de données que tout oppose. Les données « moyen » et les données « objet » n'ont pas les mêmes caractéristiques, n'obéissent pas à la même logique et ne suscitent pas les mêmes valeurs

*** Des caractéristiques différentes**

33. Mise en évidence des caractères. L'information de gestion et l'information de décision composant le premier groupe sont des informations relevant d'une activité centripète n'ayant aucune vocation à être diffusées contrairement à « l'information d'information » qui est disséminée naturellement vers le citoyen. En contrepoint, l'information du second groupe est une information qui ne relève plus d'une activité centripète puisque mise à disposition du public, de l'utilisateur proprement dit à ce qui peut devenir un client. Ces différences de caractères s'expliquent en partie par le fait que les données sont produites selon deux logiques opposées.

*** Des logiques opposées**

34. État ordonnateur, État prestataire. L'information « moyen » et l'information « objet » ne relèvent pas de la même logique de production. Même si certaines

³⁷ « Rapport sur les relations entre le secteur public et le secteur privé dans le domaine de l'industrie éditoriale », J.-C Groshens, septembre 1997.

³⁸ Cf. *infra* n° 58.

données passent d'un ensemble à un autre, il ne faut pas en effet confondre ce qui relève de l'État « ordonnateur » et ce qui relève de l'État « prestataire de services ou de biens ». L'information « moyen » relève bien de cet État qui ordonne des actes ; l'information « objet », d'un État producteur de biens et de services. Dans un cas, il s'agit de produire de l'information pour exécuter les missions, dans l'autre, la production de l'information est la raison même du service et de l'activité. Cette distinction qui ne trouve aujourd'hui encore aucune assise légale (le projet de loi sur la société de l'information³⁹ mélange tout au contraire les deux choses) est implicitement reconnue par la doctrine. M. Gaudrat⁴⁰ souligne ainsi très justement que « le service public de la justice a pour mission de trancher les différends, ce qui donne lieu à une production judiciaire riche en informations... » mais « qu'on ne saurait pourtant soutenir que le service de la justice a pour mission de produire de l'information judiciaire ». Le propos vaut également pour nos données de l'enseignement et de la recherche.

Les valeurs que suscite chaque groupe de données ne sont pas en effet de même nature.

* Des valeurs contradictoires

35. Données moyen, accès et valeurs sociales. Les données moyen de l'action du service public qui regroupent les informations de gestion, d'information ou de décision correspondent en grande partie aux informations conceptualisées dans les notions de documents administratifs, de fichiers ou d'archives. Par exemple je veux connaître l'appréciation qui est portée à l'égard de mon activité de chercheur. Il s'agit ici de connaître, de contrôler l'usage de l'information publique « détenue » par les opérateurs publics. Les problèmes juridiques posés sont alors des problèmes de libertés publiques.

36. Données objet, diffusion et valeurs économiques. Tout autre est la logique des données objet de l'activité du service public. Dans ce cadre, la logique est économique puisqu'il est avant tout question de « vente » de l'information. C'est bien en effet l'opérateur public, ou l'opérateur privé, dans le cadre du service public, ou dans le cadre du marché qui collectent, traitent, diffusent, rediffusent l'information. Les données publiques représentent dans cette perspective un matériau doté d'une valeur d'échange. Les problèmes juridiques posés ne seront alors pas de même nature. Les difficultés se concentreront ici autour du droit de la concurrence, pour savoir si l'opérateur public peut ou non intervenir sur le marché de l'information. S'il le fait, à quelles conditions (exclusivité, prix...). À un autre niveau se posera la question de l'appropriation des données par un droit de propriété intellectuelle.

³⁹ Cf. *infra* n° 111.

⁴⁰ *Op. cit.*, n° 85.

B - Les formes du produit

L'identification des formes du produit invite à décomposer les choses. Il y a le produit collecté (1) et traité (2).

1. Le produit collecté

Comment s'opère la collecte (a) et à partir de quoi (b) ?

a) Les modes de collecte

37. Formulaire. Dialogue entre l'administration et l'administré. Le premier instrument destiné à collecter l'information auprès des personnes physiques et morales est le formulaire (ceci en faisant abstraction du recueil de l'information par la voie orale qui représente le mode de collecte le plus rudimentaire). Une demande de permis de construire, une réponse à un recensement, une déclaration de revenus ou pour ce qui nous intéresse l'inscription à un examen ou un concours suppose de disposer d'un formulaire. Le formulaire mode privilégié de collecte d'information (mais aussi mode de diffusion de certains renseignements) participe, comme cela a été démontré dans une fort intéressante étude publiée il y a quelques années, du dialogue entre l'administration et les administrés⁴¹. Le dialogue suppose une certaine simplicité de formulation et l'usage d'une langue... compréhensible. À défaut, le dialogue risque d'être un dialogue de sourds. Voilà pourquoi un Comité d'orientation pour la simplification du langage administratif est chargé depuis août 2001⁴² de réécrire près de 1 500 formulaires administratifs existants.

38. Formulaire. Dématérialisation. Le formulaire aujourd'hui tend à se dématérialiser. Le développement des EDI (échange de données informatisées) illustre parfaitement ce mouvement de dématérialisation. Dans les relations entre les administrations et les entreprises, les échanges de données sociales, fiscales, comptables... sous cette forme se sont en effet multipliés. Les modes de transmission électroniques ne se limitent d'ailleurs pas aux EDI. Il peut y avoir transmission de supports magnétiques, transferts de fichiers en ligne, envoi en clair par fax ou télex... Le programme d'action gouvernemental pour la société de l'information, la circulaire du 7 octobre 1999 relative aux sites internet des services et des établissements publics de l'État⁴³ préconisent fortement la mise en place de téléprocédures pour l'accomplissement des démarches administratives (cf. 1.2 de la circulaire *in fine* le point 2.1.5 sur la

⁴¹ F. Galouédec-Genuys, *Le dialogue écrit administration administrés*, Paris, La Documentation française, 1981.

⁴² *Le Monde*, 3 août 2001.

⁴³ Cf. *supra* n° 9.

mise en ligne des formulaires administratifs). Là encore, les organismes de recherche n'échappent pas à cette évolution. Un enseignant chercheur peut en effet aujourd'hui facilement présenter son activité scientifique en remplissant un formulaire électronique. Ces nouveaux modes de collecte suscitent de nouvelles réflexions doctrinales⁴⁴.

39. Guichets uniques. Le dialogue entre l'administration et les administrés ne doit pas se multiplier inutilement. Pour éviter la répétition des collectes, les formalités redondantes, il faut, dans toute la mesure du possible, favoriser l'ouverture des guichets uniques. Le décret n° 96-650 du 19 juillet 1996 ayant créé des centres de formalités des entreprises en est une bonne illustration.

b) Les domaines de la collecte

40. Les personnes et les biens. Les données de l'enseignement et de la recherche collectées portent sur les personnes et sur les biens. Les chercheurs peuvent en effet collecter et traiter, pour les besoins de leurs travaux, des données personnelles ou réelles. Ces données s'attacheront à l'étude de certaines populations ou l'état de certains biens. Pour les besoins du service, les ministères constituent d'importants gisements de données sensibles. La considération de la source de ces données appelle deux observations.

41. Sensibilité de l'information personnelle. Quel lien unit la personne et l'information qui la concerne ? S'agit-il d'un droit de propriété ? d'un droit de la personnalité ? d'une simple liberté, les droits subjectifs étant ici incapables de rendre compte de la nature du lien des données avec la personne. Sans entrer ici dans cette discussion⁴⁵, on peut observer la sensibilité de certaines informations collectées par le ministère de l'Éducation nationale ou de la Recherche (que l'on songe au fichier scolaire).

42. Valeur identitaire de certaines informations. Certains gisements d'informations ne peuvent pas toujours être appréhendés comme de simples marchandises. Certaines informations publiques, tant du point de vue collectif qu'individuel, présentent une valeur identitaire. D'un point de vue collectif, le besoin identitaire attaché à certains gisements publics d'information est en effet très fort. Nous verrons⁴⁶ que cet aspect (implicitement soulevé dans les réponses de CNRS Diffusion lorsque sont évoqués des documents composant « un patrimoine intéressant l'histoire des sciences et techniques » à propos des

⁴⁴ Cf. « Administration et nouvelles technologies de l'information », *AJDA*, 2001, p. 617 et le colloque *L'administration électronique*, 21/22 janvier 2002, organisé par l'Université de Paris I et le Sénat, Actes à paraître aux éditions Bruylant.

⁴⁵ Sur ce point, cf. l'étude de N. Mallet-Poujol, « Collecte, utilisation et diffusion des données nominatives à des fins d'enseignement et de recherche ».

⁴⁶ Cf. *infra* n° 67 et n° 120 et s.

difficultés de diffusion dues au droit d'auteur) est fondamental dans la définition de la mission de service public.

2. Le produit traité

43. Traitement social, traitement économique. Les données, avant d'être diffusées par un opérateur, font l'objet de différents traitements. Ces traitements obéissent à plusieurs impératifs : sociaux, économiques... L'impératif est social lorsque le traitement effectué est essentiellement tourné vers le souci de protection de la vie privée de la personne. Ce sera le cas lorsque l'opérateur s'assurera d'un certain niveau d'agrégation de l'information pour éviter le profilage de l'individu ou d'une communauté ou plus radicalement lorsqu'il optera pour une anonymisation des données⁴⁷. L'impératif peut être également purement économique. L'information est collectée, automatisée, commentée, systématisée, compilée, corrélée... Tout ce travail valorise les données. C'est cette optique de valorisation qu'il convient ici de présenter

À cette fin, nous pouvons observer que différentes plus-values sur l'information (non exclusives les unes des autres⁴⁸) peuvent être apportées : la plus-value technique (b), intellectuelle (c) et documentaire (d). Reprenons cette classification présentée dans le rapport Gaudrat après avoir envisagé, la matière première, la donnée de base : l'information brute (a).

a) L'information brute

44. L'information source. L'information, avant d'être envisagée au sein de corpus enrichis, est une information brute. Plus précisément une information brute de collecte. Ce terme est bien sur éminemment relatif. L'information brute n'est en définitive que l'information considérée dans un état antérieur à tout enrichissement. Dit autrement, l'information, même brute, est toujours le résultat d'un traitement de l'esprit humain. Cette réserve faite, il est possible d'isoler au sein des données publiques un ensemble d'informations brutes, sortes de *primary commodity* qui, à l'image de certaines ressources naturelles en droit international public, sont voulues comme librement accessibles. Les relevés scientifiques d'un chercheur, les réponses initiales aux demandes de l'Éducation nationale, les résultats d'un examen sont des informations brutes en ce sens qu'elles ont une existence propre avant tout conditionnement intellectuel (exemple d'un commentaire d'un tableau de statistiques) ou

⁴⁷ Sur toutes ces discussions, cf. l'étude de N. Mallet Poujol précitée.

⁴⁸ Il est en effet fort difficile de concevoir, dans le domaine des bases de données par exemple, une plus-value documentaire sans plus-value économique, de même que la plus-value intellectuelle, est très souvent réalisée à partir d'une plus-value documentaire (exemple d'une carte géographique).

documentaire (l'information se fondant dans un ensemble plus large ce qui renvoie, par exemple, à toutes les bases de données du CNRS).

b) La plus-value technique

45. Sens de la plus-value. L'information, une fois collectée (ou avec la collecte), peut faire l'objet d'une plus-value technique. Cette plus-value consiste à présenter l'information sur un support autre que son support d'origine à des fins d'adaptation et/ou de communication et/ou de conservation particulières. L'intérêt de cette plus-value est la plus grande facilité, quantitative ou qualitative, de traitement, pour ceux qui disposent des systèmes adéquats. Plus simplement encore, il s'agit de s'épargner un coût de la saisie. Pour certains opérateurs privés, partenaires de l'administration dans la diffusion des données, la présentation sur un support informatique sera presque toujours une plus-value.

46. Diversité des supports. Les contenants de l'information publique réalisant cette plus-value sont aujourd'hui multiples. On songe de prime abord aux formes papiers, aux fichiers, aux nomenclatures, aux répertoires... Les nouvelles technologies de l'information ont considérablement accru cette diversité des supports (supports optiques, disquettes, CD-Rom, microfilm...) et les formes de collecte (sonore, audiovisuelle, informatique, iconographique...). La numérisation et la mise en ligne des données prônées par les autorités politiques (cf. introduction) s'inscrivent dans cette évolution et suscitent, au-delà des diffusions papier ou télématique, de nouvelles interrogations. La numérisation des données représente en effet une plus-value, en elle-même, en ce sens qu'elle favorise, pour les opérateurs publics, comme pour les opérateurs privés, une diffusion/rediffusion plus large, *a priori* moins coûteuse, plus rapide et plus riche (la mise à disposition des données de base pouvant s'accompagner de services accessoires tels que des conseils, des analyses...). Les réponses de CNRS Diffusion montrent bien combien le ministère de la Recherche a intégré les nouvelles technologies de l'information dans la diffusion des données. « La diffusion s'effectue sur support vidéo pour les films (VHS, Beta...) et de diapositives et fichiers numériques pour les clichés. Une diffusion de films en ligne, sur internet, est prévue par le biais d'un projet universitaire (Canal-U). Sa vocation est de permettre au monde de la recherche et de l'enseignement de trouver une information audiovisuelle riche en contenu scientifique, par le biais de l'exploitation de la technique du *streaming* ».

c) La plus-value intellectuelle

47. La production du sens. L'information collectée peut être commentée, systématisée, à l'image d'un rapport de recherche ou des commentaires de statistiques d'un enseignant. Le rapport de fouilles d'un agent du CNRS,

document administratif⁴⁹ par excellence, regroupe, outre des faits bruts, le constat qu'en tel lieu figure tel vestige, toute une documentation archéologique tels des graphiques, photos, voire films susceptibles d'une protection au titre du droit d'auteur et au-delà, tout un travail d'analyse, de commentaire de données qui méritent une égale protection.

d) La plus-value documentaire

48. Les ensembles informationnels. L'information commentée et systématisée peut aussi être enrichie à la suite de sa sélection, de sa compilation, de son classement, de sa corrélation. Cette plus-value documentaire est susceptible de degrés. Comme l'a démontré M. Gaudrat : « Le seul fait de collecter et de rassembler des informations isolées constitue déjà une plus-value » puisque par définition « l'information existe déjà en deçà de ce rassemblement, mais le rassemblement apporte un plus : une chose est de savoir la température qu'il fait aujourd'hui à midi ; une autre est de savoir la température qu'il a fait chaque jour à midi, dans ce lieu, depuis un demi-siècle ». Concrètement, cela renvoie aux compilations papiers ou électroniques telles que les annuaires, les recueils de textes sélectionnés tels que des guides administratifs et toutes les bases de données produites par les grands services publics d'information. Nous retrouvons ici toutes les bases de données du CNRS présentées par Mme de Lamberterie.

49. Protection. Droit d'auteur. Renvoi. Les différentes plus-values que nous venons de présenter représentent des valeurs économiques que les ministères vont, en certaines occasions, s'efforcer de réserver. En ce sens la protection la plus efficace est la propriété intellectuelle. Se pose alors la question de savoir à quelles conditions la réunion des données est protégeable par droit d'auteur⁵⁰. La protection des données par ce droit renvoie également à la question de la création des fonctionnaires publics⁵¹.

⁴⁹ Cf. à ce sujet le fort intéressant rapport du séminaire de réflexion juridique sur cette notion organisé par la Direction de l'administration générale et la Direction du Patrimoine avec la participation de la CADA et du Conseil d'État, *Rapports de fouilles, documents publics ou non ?*, Paris 15 novembre 1990, ministère de la Culture.

⁵⁰ Sur ce point, cf. l'étude de A. Maffre-Baugé, « L'état du droit des bases de données ».

⁵¹ Cf. l'étude de M. Cornu, « Les créations intellectuelles des agents publics et fonctionnaires de la recherche, de l'enseignement et de la culture ».

II - Diffusion des données de l'enseignement et de la recherche

La richesse des données produites par l'enseignement et la recherche identifiée, il est plus facile d'envisager la question de la diffusion. Cela implique, au préalable, certaines précisions terminologiques et méthodologiques.

50. Accès, diffusion, commercialisation. Tout d'abord, il est important de dissocier accès, diffusion et commercialisation. Au-delà de la distinction entre l'accès et la diffusion⁵², il nous paraît important de bien dissocier la diffusion et la commercialisation. La diffusion des données, c'est-à-dire l'activité de mise à disposition de l'information (pour elle-même cf. introduction) quelle que soit la personne qui l'exerce, n'est pas nécessairement une commercialisation. Autrement dit toute diffusion n'est pas commerciale de la même manière que toute commercialisation n'implique pas une diffusion. Un opérateur peut mettre à disposition des données gratuitement ou en contrepartie de la collecte de données. Il y a diffusion sans qu'il y ait commercialisation, c'est-à-dire ici une contrepartie financière. Dans de nombreuses hypothèses, le ministère de la Recherche diffuse de l'information scientifique sans contrepartie économique. À l'inverse, la commercialisation des données ne se limite pas à la diffusion. La commercialisation de l'information peut s'effectuer au moyen de traitements sur l'information, la donnée étant alors dotée d'une valeur d'échange⁵³. La commercialisation peut également se réaliser au moyen d'un accès des opérateurs privés aux gisements publics d'informations. L'opérateur privé achetant l'information pour la rediffuser à des fins commerciales. On ne peut pas dire ici que l'opérateur public diffuse de l'information lorsqu'il cède celle-ci à un opérateur privé qui envisage de la rediffuser à des fins commerciales. Nous adoptons ici le terme de la diffusion dans le sens qui lui a été donné dans notre introduction. Ceci présente l'avantage de ne pas préjuger du résultat de la diffusion et de laisser la place à une diffusion qui ne serait précisément pas commerciale ce qui correspond plus justement à la logique des données de l'enseignement et de la recherche.

51. Droit comparé. La diffusion des données publiques n'intéresse pas seulement la France. Certains exemples étrangers peuvent servir de modèles ce qui est précisément l'un des objectifs du PNER. Nous songeons à l'Amérique dont la politique fournit de nombreux cas que nous développerons ultérieurement. Nous songeons également à Israël qui mène une politique originale ainsi qu'en témoigne le programme *Super Highway Information*

⁵² Cf. *supra*, introduction.

⁵³ Cf. *supra* n° 5.

Initiative assuré par le bureau central de la statistique, programme consistant en de nombreuses diffusions de données gratuites. Plus récemment, nos voisins britanniques ont posé un certain nombre de règles assez simples afin de faciliter la diffusion de la richesse. Toutes les données dites brutes produites par les administrations centrales (l'équivalent de ce que nous avons qualifié d'information « moyen ») doivent être mises à disposition de tout opérateur qui en fait la demande. Cette mise à disposition se fait dans le cadre de contrats non exclusifs au coût de la mise à disposition. Ce principe de disponibilité des données publiques ne concerne pas les grandes agences publiques productrices de données (les *Companies House*, le *Meteorological Office*...) ce que nous avons qualifié d'information « objet », puisque ces agences sont juste invitées à réviser leur politique commerciale. Un organisme, le *HMSO (Her Majesty's Stationary Office)* se voit reconnaître un rôle important de guichet central d'accès aux données publiques et de gestionnaire des licences. Des contrats forts simples⁵⁴ sont proposés. Ces mesures en vigueur depuis avril 2001 complètent le *Code of practice on Access to Government Information*. En deux années le Royaume-Uni a su se doter de règles claires et de mécanismes simples.

52. Deux exemples. Ces précisions apportées, nous pouvons nous attacher à la question de la diffusion des données. Pour adopter une présentation concrète, nous raisonnerons à partir de deux exemples pratiques. L'un concernant le ministère de l'Éducation nationale, l'autre le ministère de la Recherche. À partir de ces deux exemples (présentés en préliminaire) et dans la perspective de droit comparé suggérée par le PNER, nous envisagerons : la diffusion entreprise par l'opérateur public (A), puis celle envisagée par l'opérateur privé (B).

Préliminaire : deux exemples de diffusion de données publiques

- Données de l'éducation nationale. La diffusion des résultats d'examen

53. Le premier exemple que l'on peut développer⁵⁵ pour illustrer concrètement la problématique de la diffusion des données de l'enseignement et de la recherche est celui de la diffusion des résultats du baccalauréat. À la veille des vacances d'été, chaque année, un grand nombre de familles attend les résultats du baccalauréat. Traditionnellement, la presse publie la liste des reçus dans ses éditions datées au lendemain des délibérations des jurys (cela fait d'ailleurs partie des meilleurs tirages). Aujourd'hui les organes de presse qui se sont dotés de moyens télématiques souhaitent fournir ces résultats sur minitel

⁵⁴ Cf. *infra* n° 104.

⁵⁵ Exemple emprunté à H. Maisl, « Un exemple d'informations détenues par l'administration : la diffusion télématique des résultats d'examen par la presse », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 26, numéro spécial « Banques de données ».

dès la veille au soir, soit quelques heures après les délibérations. Ce service implique que les rectorats d'académie qui ont en charge l'organisation du baccalauréat puissent communiquer une extraction de leur fichier des candidats (numéro du candidat, nom, prénom, série, numéro de jury...); le jour des résultats, la presse complétant son information en recueillant la liste des reçus dans les centres d'examens. La presse revendique fortement un droit à diffuser cette information. Pourrait-on imaginer (hypothèse qui est loin d'être une hypothèse d'école) que le rectorat d'une académie diffuse par lui-même ses données en utilisant ses propres serveurs de gestion interne ?

- Données de la recherche

54. Le deuxième exemple concerne la diffusion de certaines données scientifiques par CNRS Diffusion-Vidéotheque-Phototèque. Conformément à la mission de diffusion de l'information scientifique du CNRS organisée par différents textes législatifs et réglementaires⁵⁶, cette entité dissémine des productions audiovisuelles (films et vidéos) et des photographies de recherches prises dans le cadre du CNRS. Cette diffusion s'effectue à titre onéreux sauf lorsque la dissémination s'intègre dans une action de communication valorisant le CNRS ou la recherche (par exemple, une fête de la science). Elle est mise en œuvre au moyen de contrats comportant des clauses sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir. Comme nous l'avons observé, cette diffusion s'effectue au moyen des supports les plus variés et à des coûts qui varient selon l'usage des données.

55. Ces deux exemples illustrent déjà la distinction des deux séries de données que nous avons présentées : les données « moyen » et les données « objet ». Dans le premier exemple sont en cause des données « moyen » en ce sens qu'elles sont produites par le service à l'occasion de son action. On ne peut pas dire que le rectorat a pour mission générale de diffuser l'information qu'il détient à l'occasion de son activité. L'activité principale consiste ici à organiser les épreuves du baccalauréat. Cela nécessite accessoirement la mise à disposition des résultats. La question qui se pose est ici avant tout de savoir si l'on peut mettre à disposition cette information autrement. (Un affichage télématique plutôt que papier).

Le second exemple met tout au contraire en jeu des données « objet ». CNRS Diffusion est bien investi à titre principal d'une mission de diffusion de certaines données scientifiques. Il y a d'ailleurs une véritable politique de diffusion (un prix, des droits, des contrats...). On comprend bien qu'il n'est pas possible de mettre sur le même plan ces deux séries de données.

⁵⁶ Cf. *infra* n° 58.

56. Ces deux exemples n'illustrent pas seulement la distinction des données moyen et objet. Ils illustrent également les difficultés de certaines questions à propos (du principe et des modalités) de la diffusion.

Les rectorats peuvent-ils envisager cette diffusion alors que traditionnellement cette diffusion était assurée par le secteur de la presse ? N'y a-t-il pas un risque de concurrence déloyale ? S'ils décident de faire diffuser plutôt que de diffuser eux-mêmes, comment doivent-ils se comporter vis-à-vis d'autres opérateurs désireux de rediffuser ? Que doivent-ils faire payer à ces opérateurs ? Quels droits doivent-ils respecter à l'occasion de la communication des données (droits d'auteur, droit de la personne...)?

De semblables questions pourraient être posées à propos de CNRS Diffusion. Ainsi dans quelles conditions CNRS Diffusion pourrait-il développer la diffusion de films de science grand public et commerciaux plutôt que des films sur la recherche pure à destination d'enseignants-chercheurs ? La tarification différente selon l'usage des données (scientifique, commercial, pédagogique...) est-elle bien respectueuse du principe d'égalité ? Peut-il s'opposer à la rediffusion de certaines données au prétexte que l'opérateur privé ne respecte pas toujours l'intégrité des films communiqués ?

A - La diffusion par l'opérateur public

L'opérateur public peut-il diffuser les données produites ? Dans l'affirmative, à quelles conditions peut-il le faire ? Cela revient à s'interroger sur le principe (1) et les modalités (2) de la diffusion.

1. Principe de la diffusion

57. **Plan.** Les questions relatives à la diffusion des données publiques doivent être posées à deux niveaux. Au niveau du droit de la concurrence tout d'abord (a). Au niveau du droit du service public ensuite (b). Sans cesse l'opérateur public est tiraillé entre ces deux exigences (même si les règles du droit de la concurrence sont progressivement intégrées par les règles du service public).

58. **Imprécision des textes d'origine.** La nécessité de raisonner à ces deux niveaux est en grande partie conditionnée par le fait que les textes (quand ils existent !) définissant la politique de diffusion des données par l'opérateur public sont la plupart du temps lacunaires. La loi d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France⁵⁷ envisage ainsi dans différentes dispositions « la valorisation des résultats de la recherche » et pose clairement que la recherche est une mission

⁵⁷ Loi du 15 juillet 1982, *JO*, 16 juillet 1982.

d'intérêt national impliquant le développement des connaissances et la diffusion de l'information scientifique. Dans le même esprit, le décret portant sur l'organisation et le fonctionnement du CNRS⁵⁸ assigne à ce dernier pour mission « de contribuer à l'application et à la valorisation des résultats de ces recherches ». Sur la base de ces dispositions, il est aisé de comprendre que la recherche est une véritable activité de service public et d'en déduire que cette activité implique une diffusion des résultats de la recherche. De nombreuses questions restent sans réponses. Ainsi comment entendre ces « résultats de la recherche » ? Peut-on inclure dans les résultats de la recherche et au-delà des résultats industriels (savoir-faire, technologies...) les bases de données constituées par le CNRS ? Les bases de données constituées pour les besoins internes de la recherche peuvent-elles être ouvertes à un public plus large ? Si oui à quelles conditions⁵⁹ ? Aucune réponse précise n'est apportée par ces textes. Voilà pourquoi il est important de raisonner par rapport aux grands principes gouvernant le droit de la concurrence et le droit du service public.

a) Droit de la concurrence

59. Liberté du commerce et de l'industrie. Le droit de la concurrence ayant vocation à structurer la diffusion des données produites par l'enseignement et la recherche s'ordonne autour du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le principe de liberté du commerce tel qu'il est interprété par la jurisprudence administrative française, est doté d'un double contenu⁶⁰. Le principe vise en premier lieu la liberté d'entreprendre qui, très souvent de manière hautement symbolique, est comprise comme le respect de l'autonomie de l'activité économique des particuliers, tant au stade de sa création que de son exercice. Il vise en second lieu la liberté de concurrence, liberté pouvant elle-même être interprétée comme principe de non-concurrence des collectivités publiques dès lors que l'intervention publique se situe dans le régime classique du service public, ou avec plus d'insistance aujourd'hui, comme principe d'égalité de concurrence dès lors que cette intervention s'accomplit dans un régime concurrentiel de droit commun⁶¹. Sur le principe de la diffusion, c'est la non-concurrence qui doit retenir notre attention. Ce principe a été dégagé par le Conseil d'État sur la base d'une interprétation du décret d'Allarde. À sa base il y a l'idée que l'opérateur public bénéficie de

⁵⁸ Décret du 24 novembre 1982, *JO*, 25 novembre 1982.

⁵⁹ Sur cette discussion, cf. l'article de I. de Lamberterie, *op. cit.*

⁶⁰ Sur ce constat cf. A. de Laubadère, P. Delvolpe, *Droit public économique*, Paris, Dalloz 1986, p. 203 ; D. Linotte, A. Mestre, R. Romi, *Services publics et Droit public économique*, Paris, Litec 1992, p. 134 ; M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; mythe ou réalité ? », *D.*, 1994, p. 30.

⁶¹ Sur cette évolution désormais classique, cf. D. Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privés », *AJDA*, 1971, 261.

prérogatives de puissance publique, d'avantages financiers qui risquent, si l'opérateur public intervient trop facilement sur le marché, de fausser la concurrence. D'une certaine manière certains grands textes comme les Lignes directrices pour l'amélioration de la synergie entre opérateur privé et public sur le marché de l'information reprennent ce principe en posant comme règle que la réalisation de la valeur ajoutée sur l'information incombe prioritairement aux opérateurs privés. Sans rentrer dans cette distinction, il n'est pas sûr que ce principe de non-concurrence soit aujourd'hui encore pleinement opératoire. À supposer qu'il existe, il convient de savoir en quoi il consiste.

- L'existence du principe de non-concurrence

60. **Le principe de non-concurrence existe-t-il ?** Poser une telle interrogation peut paraître fort surprenant alors que la plupart des circulaires administratives (mais aussi certains opérateurs privés dans des positions officielles) se réfèrent au principe. Le laxisme du juge administratif dans l'appréciation des critères autorisant l'extension du service public⁶² conduit à douter de l'existence de la règle de limitation des interventions des opérateurs publics sur le marché, du moins de faire preuve de plus de cohérence dans l'articulation de ce principe avec celui d'égalité de concurrence. Au-delà de cette observation, il faut bien reconnaître que de forts arguments militent en faveur de l'abandon d'un tel principe. Il est tentant tout d'abord d'observer que le Conseil d'État a, dans l'interprétation du décret d'Allarde⁶³, préféré faire primer l'esprit de la philosophie économique qui l'inspire sur la lettre du texte. Là où la loi ne distingue pas il n'y a pas lieu de distinguer... Dès lors que la loi proclame cette liberté au profit de « toute personne », rien ne permettrait de faire une discrimination entre personnes de droit public et personnes privées. Au-delà de cette élémentaire exégèse juridique, on peut ensuite souligner que le juge administratif ne s'est pratiquement plus référé au principe de non-concurrence (hormis dans certaines affaires bien pittoresques) depuis 1986... Date précisément à laquelle, le législateur a soumis les personnes publiques au droit de la concurrence, préférant ainsi privilégier l'égalité de concurrence à la non-concurrence. Cette jurisprudence tombée en « quasi-désuétude » s'explique très certainement par le fait que des plaideurs privés préfèrent attaquer l'opérateur public, sur le terrain de l'égalité de concurrence, devant le Conseil de la concurrence plutôt que devant le juge administratif, sur le terrain de la non-concurrence. Enfin ce principe de non-concurrence qui n'a pas de valeur constitutionnelle (la liberté d'entreprendre constitutionnalisée dans la décision du 16 janvier 1982 n'englobant pas, selon les constitutionnalistes, la non-concurrence) ne

⁶² Sur cette discussion, cf. *infra* n° 71.

⁶³ Celui-ci dispose comme on le sait qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon mais elle sera tenue auparavant de se munir d'une patente ».

serait-il pas aujourd'hui battu en brèche (primauté du droit communautaire oblige) par le principe de non-discrimination entre opérateurs publics et privés de l'ancien article 222 du Traité de Rome ? La limitation de l'accès des opérateurs publics au marché représente bien une discrimination prohibée par le texte communautaire. En tout état de cause il semble bien que l'avis rendu par le Conseil d'État le 8 novembre 2001 ⁶⁴ entérine cette évolution.

61. Conséquences. Concrètement, et à admettre cette argumentation, il faudrait alors conclure que nos rectorats peuvent, sous cet aspect, librement diffuser les résultats d'examen. CNRS Diffusion peut librement investir certaines activités de mise à disposition de données plus lucratives et traditionnellement investies par des opérateurs privés. En bref si l'on admet que le principe de non-concurrence n'existe plus alors il faut dire clairement que tout opérateur public (dont le ministère de la Recherche et de l'Éducation nationale) peut librement faire concurrence à tout opérateur privé. Cela ne veut pas dire, pour autant, dans n'importe quelles conditions. Il faudra respecter la même règle du jeu que l'opérateur privé ce qu'exprime la règle de l'égalité concurrence. Ne pas se livrer à des ententes, à des abus de position dominante, à des prix trop bas. Justifiée au regard de la non-concurrence, la diffusion des données ne l'est peut-être plus au regard des règles du service public. On peut en effet considérer que la diffusion n'est pas très opportune parce qu'elle détourne les moyens du service vers une activité qui n'est pas principale ⁶⁵.

- Le contenu du principe de non-concurrence

62. Création et extension du service public. Dans l'esprit du principe de non-concurrence, les personnes publiques ne peuvent intervenir en tant qu'acteurs dans la vie économique qu'à la condition que leur activité ait pour but de satisfaire un besoin d'intérêt général. Cette règle doit être appréciée soit au stade de la création, soit au stade de l'extension des services publics d'information.

* La création du service public d'information

63. Intérêt public, défaillance de l'initiative privée. Conformément à la jurisprudence administrative française développée à propos des initiatives économiques locales ⁶⁶ l'intervention du service public sur le marché suppose :

⁶⁴ Avis du Conseil du 8 novembre 2001, Société Jean-Louis Bernard Consultants, *RFD adm.*, 2001, p. 120.

⁶⁵ Sur cette discussion, cf. *infra* n° 81.

⁶⁶ Jurisprudence dite du « socialisme municipal » qui s'applique en tous points aux services publics nationaux.

la satisfaction d'un besoin d'intérêt public et la carence ou la défaillance de l'initiative privée ⁶⁷.

- L'intérêt public attaché à la diffusion de l'information

Deux séries de considérations peuvent justifier de la prise en charge de la diffusion de certaines données par le procédé du service public : la valeur régaliennne des informations et éventuellement la valeur identitaire.

64. La valeur régaliennne de l'information. Données essentielles. La valeur régaliennne que l'on peut prêter à certaines informations afin de justifier la diffusion par le procédé du service public a été très tôt mise en avant par la doctrine. Par exemple M. Schoettl ⁶⁸ soulignait : « La nature des informations diffusées est fondamentale... Peut-on par exemple mettre sur le même pied les lois et règlements (que chacun a le devoir de connaître) et le répertoire des collections des musées nationaux ? ». Dans cet esprit, ne pourrait-on pas en effet admettre qu'existent certains résultats de la recherche que le citoyen serait en mesure de connaître ? Nous songeons à certaines recherches sensibles dans le domaine de la santé (Sida par exemple) ou de l'alimentation (maladie dite la « vache folle »). En tout état de cause, cela rejoint très largement la définition des données essentielles livrée dans le rapport Mandelkern ⁶⁹ c'est-à-dire « les données publiques dont la mise à disposition est une condition indispensable à l'exercice des droits du citoyen... » .

65. Critiques. Conséquences attachées à la qualification ? Dans le débat sur la diffusion des données publiques, il n'est pas sûr que le critère de données essentielles soit bien opératoire. Tout d'abord parce que l'on ne sait pas déjà quelles conséquences précises sont attachées à la qualification de données essentielles. S'agit-t-il d'une gratuité de telles données ? D'une obligation, à la charge des opérateurs publics, de mise à disposition des données aux fins de rediffusion ? Si oui selon quelles modalités technologiques et juridiques ces données essentielles doivent-elles être mises en œuvre ? Le projet de loi sur la

⁶⁷ En ce sens cf. D. Linotte, A. Mestre, R. Romi, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁸ J.-E. Schoettl, « L'exploitation des gisements de données administratifs », *Gaz. Pal.*, numéro spécial « Banques de données », 1994, p. 8.

⁶⁹ Le projet de loi sur la société de l'information (art. 15) contient également une référence à ce critère des données essentielles : « constituent des données essentielles au sens du présent article : 1° L'ensemble des actes et décisions pris par l'État ou un de ses établissements publics administratifs qui sont soumis à une obligation de publication en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que les documents qui leur sont annexés. 2° Les informations sur l'organisation et le fonctionnement des services publics de nature à faciliter les démarches des usagers. 3° Les rapports et études sur les missions, l'organisation et le fonctionnement des services publics... Des décrets en Conseil d'État peuvent préciser les catégories de données regardées comme essentielles en application des dispositions ci-dessus. Ces décrets peuvent en outre qualifier d'essentielles d'autres catégories de données détenues par l'État ou ses établissements publics administratifs ».

société de l'information en son dernier état disposait : « Les services et établissements publics administratifs de l'État mettent gratuitement à la disposition du public, sur des sites accessibles en ligne, les données essentielles qui les concernent. Ces données peuvent être gratuitement utilisées et rediffusées, y compris à des fins commerciales, à condition qu'elles ne subissent pas d'altération et que leur source soit mentionnée ». Ici donc les règles sont plus précises. Il y a une obligation de mise en ligne à la charge des opérateurs publics, un principe de disponibilité des données essentielles ce qui implique gratuité et respect d'une certaine intégrité et paternité.

66. Qu'est-ce qui est essentiel ? Il reste néanmoins (mais la réserve est de taille) à savoir ce qu'il faut entendre par données essentielles. Doit-on définir la donnée essentielle à partir du contexte de production ? En ce sens, la donnée essentielle correspondrait aux « données sources » c'est-à-dire le matériau de base que l'on va par la suite enrichir, traiter. Les données brutes d'un chercheur sur le terrain (croquis, statistiques...) par exemple. D'une certaine manière cette analyse rejoindrait la notion « d'infrastructure essentielle » que connaît le droit de la concurrence, ce qui aurait le mérite de la clarté. Doit-on considérer que la donnée essentielle est celle qui est attachée à l'exercice de la citoyenneté ce qui résulte clairement du rapport Mandelkern ? Autrement dit, il ne s'agirait plus de s'attacher au contexte économique de la production mais à la finalité juridique de l'usage. La donnée essentielle serait alors intimement attachée à l'exercice des droits du citoyen. Cela regrouperait avant tout les données juridiques (toutes normes que les usagers ou agents des ministères de l'Éducation nationale ou de la Recherche seraient tenus de connaître). On pourrait également associer à la donnée essentielle certains contenus scientifiques jugés indispensables à la compréhension de certains mécanismes (des données essentielles pour expliquer les techniques du clonage par exemple). On pourrait également lier données essentielles et données régaliennes. Néanmoins, on retombe dans les mêmes difficultés. Car quelles données peuvent-elles être considérées comme régaliennes ? Les théories visant à identifier ces données sont éminemment relatives puisque construites à partir de l'idée que gouvernants et gouvernés se font à un moment donné de l'intérêt général. L'imprécision du concept invite donc à une conclusion (bien décevante) à savoir que le concept n'est vraiment pas... essentiel !

67. Valeur identitaire de l'information. Outre la motivation attachée au caractère régalien de l'information, l'intérêt public attaché à la production et ou la diffusion de certaines données peut être apprécié à partir de l'idée (plus particulièrement développée en matière de bases de données juridiques ⁷⁰)

⁷⁰ P. Leclercq, *Rapport de mission sur les banques de données juridiques*, 1984. La prise en compte de cette dimension se retrouve également par la force des choses dans la circulaire du Premier ministre du 11 février 1985, *JO*, 7 mars 1985.

selon laquelle l'action des pouvoirs publics doit tendre à « la sauvegarde de l'identité culturelle »⁷¹. Nous avons vu⁷² que certains contenus scientifiques traités par le CNRS pouvaient apparaître comme identitaires. Nous verrons⁷³ que la rediffusion de ces contenus par les opérateurs privés ne doit pas menacer la préservation de ce « savoir social ».

- La défaillance de l'initiative privée dans la diffusion de l'information.

68. Logiques de service public. Dans la logique du principe de non-concurrence, l'opérateur public ne peut intervenir qu'à défaut d'initiative privée ou en présence d'une initiative privée « défectueuse ». Dans cette perspective, cela devrait conduire les rectorats à abandonner la diffusion télématique des résultats du baccalauréat, le secteur de la presse ayant investi ce domaine. Lorsque les interventions des opérateurs privés se limitent à la diffusion de produits rentables, les opérateurs publics doivent compléter « l'offre ». On peut penser qu'en matière de production audiovisuelle scientifique, les films au contenu informatif approfondi correspondent rarement aux exigences de forte vulgarisation de la télévision (en ce sens voir les réponses du questionnaire CNRS). L'opérateur public (et c'est ce à quoi s'emploie CNRS Diffusion) doit alors produire et diffuser ce type de films (plus particulièrement auprès des médiathèques). On doit même admettre⁷⁴ qu'en raison du caractère déficitaire de cette activité, l'opérateur public peut concurrencer l'opérateur privé dans la diffusion de films grand public plus rentable. Cette activité commerciale permettant de financer la diffusion de films produits dans la logique du service public. À un autre niveau, la défaillance de l'initiative privée peut résulter d'une concurrence exacerbée des opérateurs privés. La diffusion de l'information juridique est à ce titre exemplaire. Avant 1984, c'est-à-dire avant la mise en place d'un service public de l'informatique juridique, la concurrence menée par les quatre banques de données alors présentes sur le marché s'est traduite par une forte dispersion, tant au niveau des produits, qu'au niveau des techniques proposées. La politique commerciale adoptée a en effet « largement poussé les banques de données à sortir des domaines correspondants à leurs vocations initiales » et par là même « à empiéter de plus en plus les unes sur les autres ». Or les chevauchements entre les contenus respectifs des différentes banques

⁷¹ P. Delivet, « Service public et informatique juridique ; le service public, outil de cohérence pour l'informatique juridique ? », *Lamy droit de l'informatique* juillet 1988, p. 14. Rappelons qu'au-delà de ces enjeux de souveraineté et d'identité culturelle, le développement des banques de données juridiques entendait également répondre à des enjeux stratégiques, l'informatique documentaire juridique étant en effet voulue comme un élément moteur et un facteur d'attraction pour l'informatique documentaire en général. Cette analyse est aisément transposable à l'action des ministères de l'Éducation nationale et de la Recherche.

⁷² Cf. *supra* n° 42.

⁷³ Cf. *infra* n° 120.

⁷⁴ Sur cette discussion, cf. *infra* n° 73

ont très largement contribué à la réticence des usagers. Cette réticence des usagers ⁷⁵ était également provoquée par la multiplicité des techniques utilisées : procédure de connexion, langage d'interrogation ou contrat d'abonnement, il convenait d'unifier les systèmes et les méthodes d'interrogation afin de rendre, conformément aux impératifs du service public, l'accès plus aisé.

* L'extension du service public d'information

69. Extension et adaptation. Une fois légalement institué, le service public d'information peut être tenté de développer certaines activités susceptibles de concurrencer les opérateurs privés. Les hypothèses d'extension du service public d'information ne doivent pas être confondues avec celles d'adaptation que nous envisagerons plus tard.

70. Sens de l'extension. L'extension du service public d'information recouvre selon nous deux formes différentes. Elle peut consister d'abord en un simple accroissement de l'activité qui constitue l'objet même du service, accroissement tenant par exemple à l'offre des prestations du service informationnel à une clientèle nouvelle. À partir de films d'un haut niveau scientifique, CNRS Diffusion pourrait ainsi réaliser des films grand public. Ici le service public accroît son activité. L'objet même du service n'étant pas ici touché, cette extension doit selon nous être justifiée, au même titre qu'une création, à la satisfaction d'un besoin public et à la carence d'une initiative privée. L'extension du service public d'information peut ensuite consister en une adjonction d'une activité nouvelle, accessoire à celle qui constitue l'objet du service public. Par exemple, à l'occasion d'une fête de la Science, le CNRS se lance dans une activité de *merchandising* (confections de *t-shirt*, de porte-clefs...). Dans ce cas précis, cette activité accessoire doit d'une part être complémentaire de l'activité principale, d'autre part répondre à l'idée d'une meilleure exécution du service d'intérêt général ⁷⁶.

71. Laxisme du juge administratif. Toute l'application de la jurisprudence relative à la légalité de l'extension du service public par adjonction d'activité nouvelle se caractérise par le laxisme du juge administratif dans l'application de ces deux conditions. Sans revenir sur une évolution très largement

⁷⁵ Cf. à ce titre l'enquête réalisée par l'association pour le développement de l'informatique juridique citée dans le rapport Leclercq, A.D.I.J., journée actuelle sur les banques de données juridiques organisée au SICOB, le 27 septembre 1983, qui met bien en lumière les réserves des utilisateurs face aux coûts élevés des interrogations et à la disparité et la technicité des modes d'interrogations.

⁷⁶ En ce sens cf. C.E. 19 avril 1918, Chapelon, R. 343 ; C.E. 12 avril 1935, Société des glaciers toulousains et du Bazacle, R.511 ; C.E. 27 février 1942, Mollet, *S.* 1942, 3, 41 ; C.E. 14 octobre 1955, Association des concerts Colonne, *AJDA* 1955, 426, concl. Heuman.

commentée ⁷⁷, le juge est en effet passé : d'une justification de l'extension par l'amélioration des prestations fournies, à une justification, implicite puis expresse, de l'extension par le seul intérêt financier du service, vidant par là même le principe de non-concurrence de toute signification ⁷⁸.

72. Besoin de cohérence. Par souci de cohérence, nous serions enclin à considérer que l'extension du service public d'information ne peut être raisonnablement construite sur la base d'une telle jurisprudence. L'on ne peut en effet, en amont, d'un côté soutenir l'existence d'un principe de non-concurrence et de l'autre tolérer la quasi-totalité des interventions commerciales des personnes publiques. L'on ne peut pas plus, en aval, réclamer d'un côté une conciliation « des règles de la concurrence » avec « les exigences du droit public » ⁷⁹ et de l'autre tolérer n'importe quelles extensions du service public d'information ⁸⁰. En d'autres termes, si le service public peut intervenir sur le marché comme n'importe quel opérateur privé, ce à quoi conduit bien cette jurisprudence, il n'y a aucune raison de maintenir le principe de non-concurrence et de ne pas appliquer celui d'égalité de concurrence.

73. Proposition. Pour être acceptable, l'extension du service public d'information devrait donc selon nous, être bâtie sur l'idée, plus particulièrement avancée par le commissaire du gouvernement Rivet dans l'arrêt Planche du Conseil d'État du 23 juin 1933 ⁸¹, (et récemment « redécouverte » par la CJCE ⁸²), que l'activité accessoire, nécessairement liée par un lien matériel avec l'activité principale, concourt exclusivement à financer la mission d'intérêt général du service principal. Par le lien matériel de proximité, on rejeterait ainsi toute diffusion de l'information n'émanant pas d'un service public informationnel ce qui rejoint très largement le principe de disponibilité des données publiques posé par le projet de loi sur la société de l'information et par ailleurs adopté au Royaume-Uni. L'activité principale

⁷⁷ Cf. avant tout D. Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA* 1971, p. 261 ; cf. également C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981, spéc. p. 178 et s.

⁷⁸ Sur cette discussion, cf. *supra* n° 60.

⁷⁹ Circulaire du 14 février 1994, *op. cit.*, (article 2).

⁸⁰ « Au fur et à mesure que le service public englobe des domaines d'activité de plus en plus étendus, sa spécificité s'atténue. Et ceci explique que ses rapports avec les activités privées soient soumis à des règles qui s'apparentent plus étroitement qu'auparavant au droit commun de la concurrence », (D. Loschak, *op. cit.*, p. 273).

⁸¹ CE 23 juin 1933, Planche, *S.* 1933, 3, 81, concl. Rivet, note Alibert. Il s'agissait en l'espèce pour le juge administratif de se prononcer sur la légalité de délibérations du Conseil général du Rhône autorisant la Régie des chemins de fer du Rhône à remplacer une partie de ses trains par des autocars et à prolonger l'itinéraire suivi, au-delà de la voie ferrée jusqu'au chef-lieu du département.

⁸² CJCE 19 mai 1993, Corbeau (C 320/91) ; Rec. I-2533 cf. *infra* n° 124.

d'EDF/GDF, de la Poste ou de France Télécom ne consiste pas, par exemple, à diffuser de l'information à des fins commerciales. L'activité des rectorats ne consiste pas à diffuser à des fins commerciales des résultats d'examen. Pour les seuls services publics informationnels (dont CNRS Diffusion, l'INIST...), la recherche de la rentabilité financière (au moyen du développement des informations services) serait intimement attachée à la réalisation de l'intérêt public (à la fin de la préservation sociale des informations sources) tout comme, il est important de le noter, la transformation du service public dans l'arrêt *Planche* était avant tout motivée par un souci d'aménagement du territoire⁸³. Pour reprendre notre exemple, CNRS Diffusion peut bien produire et diffuser à des fins commerciales des films grand public. Cette activité commerciale permettant de financer une diffusion de films beaucoup moins sollicités.

b) Droit du service public

L'opérateur public désireux de diffuser les données produites doit également considérer les règles du service public et plus particulièrement la règle d'adaptation.

74. Sens du principe d'adaptation. Le principe d'adaptation du service public en matière d'information n'a que rarement retenu l'attention. En dépit de ces silences, il faut tout de même se rendre à l'évidence : dès lors que le service public est juridiquement tenu d'une mise à disposition de l'information, (ce qui différencie ici cette hypothèse de celle de l'extension du service public d'information⁸⁴) il doit alors recourir aux nouvelles technologies de l'information afin d'améliorer le niveau et la qualité de ses prestations.

75. Reconnaissance « légale ». Depuis une dizaine d'années, l'administration s'efforce de recourir aux nouvelles technologies de l'information afin de collecter, de traiter et de diffuser les données. Nous avons déjà observé que le ministère de l'Éducation nationale et le ministère de la Recherche usaient de

⁸³ Renoncer à l'extension du service revenait en fait à abandonner toute exploitation sur tous les parcours, « situation qui eût certes pu profiter à l'entreprise *Planche*, mais à laquelle du point de vue de l'intérêt public, l'existence de l'entreprise *Planche* n'eût apporté qu'un remède totalement insuffisant, puisque les voitures de la société requérante **ne devaient desservir que les régions productives** » (concl. Rivet, *op. cit.*, sur le rapprochement de cette idée fondamentale avec celle de l'écrémage commercial du patrimoine informationnel, cf. *infra* n° 119 et s.).

⁸⁴ L'extension du service public d'information sous la forme de l'accroissement de l'activité existante ou de l'adjonction d'une activité nouvelle (sur cette distinction, cf. *infra* n° 70 et s.) correspond à des hypothèses où le service public va au-delà de l'activité qui est expressément prévue par les textes qui l'ont créé. L'adaptation du service public d'information consiste à améliorer un service d'information qui existe, sans aller au-delà de l'activité statutairement définie.

différents supports pour disséminer les données publiques⁸⁵. Sans que le principe d'adaptation ne soit directement visé, on peut considérer que ce principe anime la diffusion de l'information administrative du public par la voie télématique encadrée par la circulaire du 31 janvier 1990⁸⁶ ou plus récemment la mise en place des sites internet des services et des établissements publics de l'État organisée par la circulaire du 7 octobre 1999⁸⁷.

76. Reconnaissance jurisprudentielle. Pour l'information « objet », le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Paris dans l'affaire Météo-France⁸⁸ ont implicitement reconnu ce principe à propos de la mise à disposition de l'information aéronautique au moyen d'un service électronique. De la même manière, le Conseil d'État dans sa décision du 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour de Paris⁸⁹ souligne que la diffusion de l'information juridique doit se faire « dans les conditions adaptées à l'état des techniques ».

77. Reconnaissance doctrinale. Dans le domaine de l'information économique, M. Pouillet⁹⁰ vise également ce principe d'adaptation lorsqu'il souligne : « 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 ».

78. L'exemple de la diffusion télématique des résultats d'examen. À propos de la diffusion télématique des résultats d'examen par les rectorats (à supposer que la mise en place de ce service d'information ne crée pas de charges trop lourdes pour l'administration, et à délaier les questions relatives aux modalités de cette mise à disposition : tarification, respect de la loi informatique, fichiers et libertés...), il faut clairement dire que les opérateurs qui ont en charge l'organisation du baccalauréat peuvent en effet très bien, au nom d'une mission d'information ici incontestable, passer de l'affichage papier de ces données à une diffusion par le biais du minitel.

79. Portée du principe d'adaptation. Si principe d'adaptation il y a, celui-ci ne justifie cependant pas n'importe quelle initiative publique. Là encore, c'est bien

⁸⁵ Cf. *supra* n° 46.

⁸⁶ *JO*, 4 février 1990.

⁸⁷ *JO*, 12 octobre 1999.

⁸⁸ Sur cette affaire cf. les références citées *infra* n° 112 et s.

⁸⁹ CE 17 décembre 1992, Ordre des avocats à la cour de Paris, *Leb.* p. 491.

⁹⁰ Y. Pouillet, *Commercialisation des données détenues par le secteur public, légitimité et conditions*, note n° 19, p. 9, *op. cit. supra*.

l'intérêt général qui commande un tel principe et qui le différencie de « la règle commerciale du même genre que s'efforce de suivre l'entreprise privée dans son intérêt matériel bien compris »⁹¹.

80. Vis-à-vis du public. La mise en place d'un système automatisé à des fins de diffusion de l'information par le service public suppose donc, dans une vision dynamique, une réévaluation de ses responsabilités vis-à-vis du public et par là même une large concertation des usagers. À défaut, le gestionnaire risquerait de négliger l'accès du public à l'information et ce, soit parce que le médium ne correspond pas à sa volonté⁹², soit parce qu'il est inadapté à sa situation financière. C'est en cela d'ailleurs que l'idée selon laquelle il y aurait épuisement de la mission de service public « par l'acte de communication le plus rudimentaire susceptible de toucher »⁹³ tous les usagers nous paraît devoir être relativisée. Le principe d'égalité des usagers dans l'accès au service public d'information postule selon nous, tout au contraire comme le souligne justement M. Schoettl, de « jouer » parfois « de plusieurs supports »⁹⁴.

81. Vis-à-vis du service public. La mise en place d'un système automatisé à des fins de diffusion de l'information suppose également une réflexion sur le coût de sa mise en œuvre pour le service public. L'instauration d'un système électronique ne doit pas en effet créer de difficultés dans le fonctionnement du service. La circulaire ministérielle du 4 novembre 1991 relative à la diffusion des résultats d'examen⁹⁵ souligne en ce sens que le « recours aux serveurs de gestion », dont les rectorats disposent, est exclu dans la mesure où il impliquerait « une augmentation permanente et coûteuse de configuration pour une utilisation intensive de courte durée ». Admettre le contraire reviendrait à détourner l'affectation des moyens d'une administration de l'accomplissement de ses missions légales.

82. Conclusion. Les deux exemples que nous avons développés montrent bien qu'il est important de dissocier les données moyen et les données objet. À propos des données moyen, les résultats du baccalauréat, il nous semble que le principe de non-concurrence (s'il existe encore) s'oppose fortement à la diffusion des informations par les rectorats. Les opérateurs privés (secteur de la

⁹¹ D. Linotte, A. Mestre, R. Romi, *op. cit.* p. 86. Et ce, même si la règle d'adaptation se traduit très souvent par ce qui autorise en partie l'extension du service public : l'amélioration des prestations fournies.

⁹² Un exemple quelque peu caricatural nous est fourni par M. Ribault, *op. cit.* p. 29, à propos du *Bureau of Census* dont les bandes informatiques contenant les registres de 1960 ne peuvent être lues que par deux ordinateurs : l'un au *Smithsonian Institute* à Washington et l'autre au Japon !

⁹³ P. Gaudrat, *Commercialisation des données publiques, op. cit.*

⁹⁴ J.-E. Schoettl, « L'exploitation des gisements de données administratifs », *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵ Citée par H. Maisl, *op. cit.*, p. 27.

presse locale) procèdent déjà à cette activité. Il est bien difficile d'admettre un lien matériel avec l'activité principale. À supposer que le principe de non-concurrence n'interdise pas une telle diffusion, il faudrait encore considérer les règles de fonctionnement du service public et plus particulièrement celle d'adaptabilité. Si cette règle pousse le service public à diffuser au moyen de différents supports et donc de s'adapter (ce qu'il fait très bien) aux nouvelles technologies de l'information, encore faut-il savoir si cette diffusion au moyen de nouvelles technologies ne risque pas de conduire à un détournement de l'affectation des moyens de l'opérateur public de l'accomplissement de ses missions légales. En ce qui concerne les données diffusées par CNRS Diffusion, la problématique est différente. Il y a là une véritable activité et les problèmes posés sont plus des problèmes de concurrence que d'adaptation du service public à telle ou telle technologie de l'information. La diffusion des données doit s'effectuer dans le respect du principe de non-concurrence (encore une fois s'il existe). Cela oblige à distinguer rigoureusement les questions de création et d'extension de l'activité. En ce qui concerne l'extension c'est-à-dire, soit l'accroissement d'une activité existante, soit l'adjonction d'une activité nouvelle, il nous semble important que l'activité accessoire, nécessairement liée par un lien matériel avec l'activité principale, serve exclusivement à financer la mission d'intérêt général du service principal. Si le principe de non-concurrence n'existe pas, l'opérateur public n'est pas pour autant libre de tout mouvement. Il est tenu de respecter les règles d'égalité de concurrence et de fonctionnement du service public. En bref la problématique se déporte alors vers les modalités de la diffusion et non plus le principe.

2. Modalités de la diffusion

83. Actes et structures de la diffusion. Matériellement les modalités de diffusion des données publiques concernent les opérations de diffusion c'est-à-dire les actes (le prix des données, les contrats de mise à disposition...) et les structures de diffusion (l'organisation de l'activité de diffusion). Nos développements seront essentiellement tournés vers les actes de la diffusion de l'information. En préliminaire, certaines observations relatives à l'organisation de l'activité, plus précisément les difficultés d'encaissement des recettes (puisque recettes il y a) sont nécessaires.

84. Structures de la diffusion. Difficultés d'encaissement des recettes. Le mode d'encaissement des recettes provenant de la diffusion de l'information peut être la source de difficultés non négligeables lorsqu'elle est le fait d'un organisme public dépourvu de la personnalité morale⁹⁶. La situation comptable de la Direction de la Météorologie nationale avant l'intervention du décret

⁹⁶ A. de La Presle, « Vers un statut des données publiques », *Brèves*, n° 12, novembre 1988, p. 43, a été l'un des premiers auteurs à souligner cette difficulté.

n° 93-861 du 18 juin 1993 est à ce sujet tout à fait révélatrice⁹⁷. Afin de pouvoir encaisser les recettes provenant de la valorisation économique de l'information source, la Météorologie nationale, alors service public en régie, et tenu à ce titre aux principes de l'unité et de l'universalité des recettes et surtout à celui de non-affectation des recettes aux dépenses posées dans l'ordonnance du 2 janvier 1959⁹⁸, se devait d'opter pour l'une des procédures dérogeant à ces principes. Or, à l'examen, ce choix fut difficile. Outre la formule du budget annexe à un moment envisagé⁹⁹, et celles des comptes de commerces ou de rétablissements de crédits profondément inadaptés au statut de la Météorologie nationale, seule la procédure des fonds de concours paraissait envisageable¹⁰⁰. En l'espèce néanmoins, elle ne pouvait être pratiquée, car bien que l'article 19 de l'ordonnance de 1959 envisage que ces fonds de concours peuvent émaner de personnes morales ou physiques et donc de particuliers, l'article 12 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 organisant les services de la Météorologie, ne prévoyait sa mise en place que pour la diffusion d'informations au profit d'autres collectivités publiques, ce qui n'était manifestement pas le cas pour les usagers de l'aéronautique et encore moins pour le grand public. Pour cette raison, le procédé semble-t-il employé, fut celui de la régie de recettes prévu à l'époque par le décret du 28 mai 1964 ce qui n'était pas là encore sans poser de problèmes dès lors que l'on sait que cette formule, très contraignante dans sa mise en œuvre, reste en principe réservée à des activités portant sur des sommes peu importantes¹⁰¹.

85. Solution préconisée par la circulaire du 14 février 1994. La circulaire du 14 février 1994 (point 4) relative à la diffusion des données publiques invite sur ce sujet à une même prudence. Prenant acte de la nécessité de « rechercher un mode d'encaissement des recettes qui permette de faire face aux dépenses supplémentaires entraînées par la diffusion de données publiques et qui soit en

⁹⁷ Pour de plus amples développements sur ce sujet, cf. la note de R. Drago, « L'application du droit de la concurrence à un service de l'État », Note sous cour d'appel de Paris 18 mars 1993, *RFD adm.*, 1994, p. 83.

⁹⁸ L'article 18 de l'ordonnance dispose clairement on le rappelle que « l'ensemble des recettes assurent l'exécution de l'ensemble des dépenses ». Sur ces principes cf. J.-C. Martinez et P. Di Malta, *Droit budgétaire*, 2^{ème} éd, 1988, p. 407.

⁹⁹ Cf. à ce sujet la note citée par R. Drago, *op. cit.*

¹⁰⁰ Rappelons que les fonds de concours, qui regroupent en pratique trois catégories de fonds (contribution de tiers, remboursements de services rendus et produits assimilés) prévus à l'article 19, alinéa 2 de l'ordonnance de 1959 « sont directement portés en recette au budget et donnent lieu à l'ouverture d'un crédit budgétaire correspondant par arrêté du ministère des Finances au profit du ministère intéressé. » R. Drago, *op. cit.* p. 85. Ils permettent ainsi à un ministère dénué de la personnalité morale de bénéficier indirectement de cette sorte de recettes.

¹⁰¹ Cette procédure permet de recouvrer les droits d'entrée dans les musées nationaux, les redevances ou droits de visites perçus sur les aérodromes... nous sommes loin des recettes issues de la diffusion de l'information météo grand public...

même temps incitatif pour les organismes publics » et préconisant à cette fin l'adoption des fonds de concours par assimilation¹⁰², la circulaire émet cependant une double réserve quant au choix de ce procédé. Pratique tout d'abord, car la procédure de création est longue dès lors qu'elle nécessite l'intervention successive d'un décret en Conseil d'État, pour instituer la redevance, puis d'un décret et d'un arrêté interministériel, pour affecter la recette et fixer les modalités de rattachement du fonds¹⁰³. Économique ensuite car la formule ne présente un intérêt que lorsque « le rendement du fonds est supérieur à ses coûts de gestion » ce qui est loin d'être le cas général puisque parmi les 55 fonds relatifs à la diffusion de l'information publique sur les 650 fonds de concours existants, qui totalisent 181 millions de francs, 4 à eux seuls représentent 162 millions de francs.

86. Actes de la diffusion. Une fois que le principe et l'organisation de la diffusion des données sont acquis, il reste à savoir selon quelles modalités l'information va être disséminée.

87. Droits de la personne. Renvoi. Les données publiques peuvent être couvertes par des droits de la personne¹⁰⁴. L'inscription au baccalauréat suppose la collecte et le traitement d'informations nominatives (nom, prénom, date de naissance, options...). Toute communication à des opérateurs privés aux fins de rediffusion doit être autorisée¹⁰⁵.

88. Droit d'auteur. Renvoi. Les données (certaines données) produites par l'Éducation nationale et la Recherche sont également couvertes par un droit d'auteur. Plus précisément, les ministères peuvent détenir les œuvres de tiers couvertes par un droit d'auteur. Ils peuvent également être à l'origine de la création d'œuvres. Détenir les œuvres d'autrui et produire ses propres œuvres ne pose pas les mêmes problèmes. Un chercheur peut, dans le cadre de sa recherche, intégrer les droits d'un tiers (un ouvrage, un film...). Il peut aussi réaliser une recherche qui sera couverte par un droit d'auteur¹⁰⁶. Les questions de droit d'auteur sur les données sont multiples. Ainsi se pose la question de savoir ce qui justifie l'attribution à titre originaire du droit d'auteur au ministère de l'Éducation nationale ou de la Recherche afin que l'agent public ne bloque

¹⁰² Cette dernière catégorie permet d'assimiler aux recettes de fonds de concours tant la rémunération de services rendus par l'État à des tiers que le produit des droits d'auteur revenant à l'administration. Sur cette pratique en matière de droit d'auteur, cf. l'article de J.-E. Schoettl, « L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? », *DIT*, 1998/4, p. 16.

¹⁰³ Cf. à ce sujet l'arrêté du 17 décembre 1982, *JO*, p. 11764, relatif à la banque de donnée Lex.

¹⁰⁴ Cf. *supra* n° 41.

¹⁰⁵ Sur les difficultés suscitées par certains traitements de données nominatives cf. l'étude de N. Mallet Poujol précitée.

¹⁰⁶ Sur ce double aspect cf. les réponses de CNRS Diffusion en annexe.

pas le service. Cette question de la création des fonctionnaires fait l'objet d'une étude particulière¹⁰⁷. On peut également se demander à quelles conditions les données de l'Éducation nationale et de la Recherche seront couvertes par un droit d'auteur. Cela renvoie en grande partie à l'étude de Mme Maffre Baugé¹⁰⁸. Nous nous contenterons d'observer ici que la protection par le droit d'auteur peut, en certaines occasions, être un obstacle à la diffusion de certaines recherches. Il est parfois très difficile d'identifier, après le départ d'un chercheur, dans quelles conditions l'agent a obtenu le droit d'exploiter l'œuvre qu'il incorpore à ses recherches. À un autre niveau, il se peut que le chercheur (n'ayant pas la conscience de difficultés à venir) n'ait même pas eu le réflexe de solliciter une autorisation. L'opérateur public ne doit pas alors prendre le risque d'une contrefaçon.

89. Prix et contrats. La production des données a également un coût. Cela pose donc clairement la question des modalités tarifaires de mise à disposition de la richesse. Par ailleurs, on peut se demander selon quels contrats l'information est-elle disséminée ? À partir de quelles clauses protège-t-on les données ? Les questions des droits de la personne et du droit d'auteur étant traitées dans des études spécifiques, notre attention se portera essentiellement sur la tarification de l'information (a) et sur les techniques contractuelles de mise à disposition (b).

a) Le prix des données

Les données de l'Éducation nationale et de la Recherche doivent-elles être diffusées gratuitement ? À supposer que cela ne soit pas le cas, que peut-on faire payer ? Il faut répondre à ces deux questions.

- Peut-on faire payer ?

Existe-t-il un principe de gratuité des données publiques ? Pour prendre position sur l'existence de ce principe, ici entendu comme gratuité du service public à l'égard de l'utilisateur un bref rappel des solutions de droit positif est nécessaire. Nous nous livrerons ensuite à quelques explications.

*** Rappel des solutions de droit positif.**

Parmi les textes envisageant expressément les modalités financières de mise à disposition de l'information, il convient impérativement de distinguer à nouveau l'information « moyen » de l'action du service public et l'information « objet » de l'activité du service public. Si l'on maintient l'idée de la gratuité pour la première, le principe est clairement exclu pour la seconde.

¹⁰⁷ Cf. l'étude de M. Cornu précitée.

¹⁰⁸ A. Maffre Baugé, « L'état du droit des bases de données ».

- Le principe de gratuité pour l'information « moyen »

90. Énoncé du droit. En s'attachant aux concepts majeurs de documents administratifs, de fichiers ou d'archives, le principe de gratuité n'est pas remis en cause par le paiement des frais occasionnés par « l'emport » (copie) ou le transport (envoi) de l'information. L'accès à l'information conceptualisée dans un document administratif, qu'il soit individuel ou collectif, s'exerce selon l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 « par la consultation gratuite sur place ». La même solution est adoptée lorsque l'information est insérée dans le moule d'un fichier public (même si, ici, la gratuité de la consultation, nécessairement individuelle, est attachée à la recherche du responsable faisant suite au droit d'interrogation reconnu par la loi à l'individu¹⁰⁹) ou en présence d'une archive publique, puisque la loi du 3 janvier 1979 n'a semble-t-il pas remis en cause, par son silence, le principe de la consultation gratuite affirmé par la loi du 7 Messidor An II. La gratuité de la consultation n'est pas remise en cause par le paiement des droits d'emport ou de transport de l'information, les frais occasionnés par une copie (photocopie, microfilmage, photographie...) n'excédant jamais le coût réel du service¹¹⁰.

- L'exclusion du principe de gratuité pour l'information « objet »

91. Dispositions légales. Les textes qui reconnaissent la possibilité d'une diffusion de l'information dans le cadre du service public rejettent toute idée de gratuité (à défaut de textes, la non-gratuité peut résulter de la forme du service public, un service public industriel et commercial ne peut être un service public gratuit). Cela ressort très clairement de l'examen de l'arrêté du 13 mai 1987¹¹¹ relatif au traitement informatisé de SIRENE qui prévoit expressément dans son article 5, « que l'accès au service public d'information... créé par le décret du 14 mai 1973 donne lieu au paiement d'une redevance »¹¹², l'INSEE ayant la possibilité de « passer avec des sociétés ou organismes spécialisés des conventions les chargeant de la diffusion du répertoire pour son compte et sous son contrôle ». Cela résulte également de l'observation des dispositions du décret n° 93-861 du 18 juin 1993 portant création de l'établissement « Météo-

¹⁰⁹ Cf. article 34 de la loi du 6 janvier 1978. La consultation directe sur écran étant jugée techniquement difficile à organiser, du moins juridiquement dangereuse puisque pouvant permettre l'accès de tiers à des informations nominatives.

¹¹⁰ Clairement énoncé aux cours des travaux préparatoires, cf. *JO*, Débats AN, décembre 1977, p. 5882, ce point est aujourd'hui repris à l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 « sans que ces frais excèdent le coût réel des charges de fonctionnement ».

¹¹¹ *JO*, 1987, p. 5478. Dans le même sens, cf. le décret n° 95-171 du 17 février 1995 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'INSEE, *JO*, 19 février 1995, p. 2729.

¹¹² Sur les modalités concrètes de rémunération du service, cf. l'arrêté du 14 août 1987, *JO*, 1987, p. 10398.

France »¹¹³ et plus précisément de son article 16 disposant que l'établissement pourra percevoir en recettes « le produit des prestations exécutées à titre onéreux... dans les cas où cette faculté est ouverte ». Les prestations étant facturées soit sur la base d'un tarif publié soit sur la base « de stipulations contractuelles insérées dans des conventions particulières ». CNRS Diffusion pratique bien une tarification à l'occasion de la communication de produits audiovisuels selon l'usage (scientifique ou commercial) des données.

92. Position du Conseil d'État. Le Conseil d'État dans l'affaire *Direct Mail Promotion*¹¹⁴ a clairement posé à propos du décret du 17 février 1995 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'INSEE, plus précisément l'article premier, « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'une rémunération perçue à l'occasion de la communication par l'État à des tiers de données publiques en vue de leur commercialisation puisse être assortie » de la perception de droits. Sans reprendre le débat de l'existence du droit d'auteur, le Conseil d'État reconnaît clairement la non-gratuité de l'information.

* Explications.

93. Technique. À l'analyse, plusieurs arguments justifient l'exclusion du principe de gratuité des données objet. Tout d'abord, il faut observer qu'il est possible techniquement de faire « payer » l'information. La spécification croissante des services d'informations par l'intermédiaire notamment de l'électronisation des opérations de traitement et de diffusion de l'information, la prise en charge de tout ou partie du processus d'utilisation par les structures d'offre de services ou l'évolution du droit de la propriété intellectuelle permettent en effet de rendre la rémunération de l'information techniquement possible.

94. Juridique. D'un point de vue strictement juridique, la rémunération des données est tout à fait possible. On sait que la compétence financière de l'administration existe, reconnue par l'ordonnance du 2 janvier 1959 à travers les rémunérations pour services rendus dans ses articles 3 et 5 et depuis lors consacrée par une forte jurisprudence¹¹⁵, elle n'invite pas à plus de commentaire sauf à rappeler que c'est majoritairement sous cette forme que les usagers rémunèrent les prestations en matière d'information que le service

¹¹³ JO, 23 juin 1993.

¹¹⁴ CE 10 juillet 1996, *AJDA* 1997, p. 189 note H. Maisl.

¹¹⁵ Cf. les décisions du Conseil constitutionnel du 10 mars 1966, R. 26, du 30 janvier 1968, R. 33, et du 24 août 1969, R. 32.

public délivre ¹¹⁶. En amont (en aval et sur les difficultés de l'encaissement des recettes de la diffusion ¹¹⁷) le critère de la rémunération de service rendu peut en revanche poser quelques problèmes eu égard aux conditions de production et/ou d'utilisation de l'information publique. Admettre que la proportionnalité entre le coût de la prestation et le droit perçu est l'élément caractéristique de la rémunération pour service rendu ne règle pas en effet tout le problème. Il est fort difficile, d'établir l'exacte « mesure d'une contrepartie directe entre le prélèvement et la prestation » ¹¹⁸, de valider un critère qui, selon M. Trotabas ¹¹⁹, pourrait fort bien, à la limite, permettre au Garde des Sceaux de faire supporter à l'usager de la justice le prix de revient d'un jugement. En bref, déterminer le coût d'une prestation oblige à connaître très précisément le financement et le coût du service, or en matière d'information, cela est aujourd'hui impossible faute précisément d'une procédure d'identification à l'image de celle instaurée en partie aux États-Unis dans le *Paperwork Reduction Act* de 1980 ou la circulaire « A-130 » de l'OMB, ces difficultés d'évaluation étant en outre aggravées en présence de pratiques de compensation entre produits et services de faible et de large diffusions ¹²⁰. Aucun principe ne semble s'opposer à cette rémunération. Seule la gratuité semble être attachée constitutionnellement à l'enseignement ¹²¹. La même conclusion peut être adoptée quant à l'éventuel obstacle des principes généraux du droit, puisqu'il est toujours admis que si la gratuité n'est pas en tant que telle un principe général du droit, elle ne résulte pas non plus d'autres principes généraux et notamment de celui d'égalité. Techniquement possible, et juridiquement envisageable, il reste à se demander si la rémunération de l'information par le service public est politiquement souhaitable.

95. Politique. On sait qu'en dernier lieu, la gratuité du service public est aussi un choix politique fondamental. Plusieurs pays ont d'ailleurs clarifié leur position sur ce point. C'est le cas des États-Unis puisque la circulaire « A-130 » de l'OMB exclut le principe de gratuité : « L'information gouvernementale ne

¹¹⁶ Cf. à titre d'exemple le décret n° 75-1057 du 5 novembre 1975 relatif à la délivrance de certains documents par le Conseil d'État ; ce point est rappelé par la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

¹¹⁷ Cf. *supra* n° 84.

¹¹⁸ H. Lesguillons, « L'intervention du pouvoir exécutif dans la procédure de décision budgétaire en France », in *Le contrôle parlementaire sur la politique économique et budgétaire*, Paris, PUF, 1964, p. 196.

¹¹⁹ L. Trotabas, note sous CE, 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, *D.*, 1959 p. 475.

¹²⁰ Sur cette pratique, cf. les réponses au questionnaire adressé à CNRS Diffusion.

¹²¹ Le préambule de 1946, dont on sait qu'il fait partie du bloc de constitutionnalité depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, pose clairement que « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ».

doit plus être considérée comme un bien gratuit mais comme une ressource dont la valeur économique est substantielle... Le gouvernement doit faire payer les services d'information qu'il fournit. »¹²². Cela a d'ailleurs entraîné l'adoption de la procédure consacrée par le *Paperwork Reduction Act* permettant d'évaluer avec précision le coût de l'information. L'Allemagne également opte pour l'idée d'une onérosité limitée ce qui paraît très sain. La loi fédérale pour le budget (*Bundeshaushaltsordnung*) pose que le gouvernement ne peut pas distribuer gratuitement le patrimoine de la fédération. Cela s'applique aux données publiques même si l'on a eu quelques vives discussions à propos des données juridiques¹²³.

- Que peut-on faire payer ?

Une fois le principe de la gratuité de l'information publique écarté, la problématique se déplace vers ce que les opérateurs publics peuvent être amenés à faire payer. À supposer en amont que le service qu'entreprend l'opérateur public soit jugé licite¹²⁴, et à délaisser en aval la compatibilité de la tarification de ce service avec les règles de fonctionnement du marché, la mise à disposition de l'information publique doit, par principe, être assurée au coût marginal. Cette politique de diffusion au coût marginal qu'il convient de présenter, est modulable dans sa mise en œuvre.

*** La politique du coût marginal**

Le choix de la politique de la diffusion de l'information publique au coût marginal semble aujourd'hui largement consacré puisque à la réflexion largement justifié.

- Un choix largement consacré

96. États-Unis, Europe et la France ? Les recommandations visant à consacrer la distinction entre les coûts de création et de dissémination de l'information publique sont nombreuses. Ainsi aux États-Unis, la circulaire « A-130 » de l'OMB, dans son interprétation de la circulaire « A-25 »¹²⁵, adopte clairement cette position, « cette circulaire exige des frais de la part de l'utilisateur uniquement pour recouvrir les coûts de dissémination du gouvernement, et non pour la création, la collecte le traitement... ». Les mêmes conclusions sont

¹²² Cité par T. Ribault, Rapport de mission, *op. cit.* p. 15.

¹²³ Cf. réponses au questionnaire allemand, annexes.

¹²⁴ Cf. *supra* n° 59 et s.

¹²⁵ Management of Federal Information Resources, Final Publication of O.M.B. Circular n° A-130, Federal Register, December 24, 1985, p. 52733, § a. (8).

suivies au Canada ¹²⁶, et en Europe, à travers les Lignes directrices ¹²⁷. En France, bien que fortement recommandée ¹²⁸, elle ne semble pas pleinement consacrée dans le projet de loi sur la société de l'information. L'article 14 qui serait inséré dans la loi du 17 juillet 1978 prévoit en effet qu'en cas de rediffusion, peut être exigée: «une redevance incluant une participation forfaitaire aux dépenses de la création, de maintenance et de mise à jour». Cette formule est ambiguë car elle pourrait permettre de faire payer deux fois l'information communiquée. Il faut en effet bien comprendre le fondement du coût marginal.

- Un choix largement justifié.

97. Le contribuable n'a pas à payer deux fois... Autoriser l'État à récupérer l'intégralité des coûts de collecte et de traitement de l'information revient à admettre le bien-fondé d'une pratique visant à faire payer deux fois le contribuable, ce qui n'est pas acceptable. Ce point est unanimement adopté par la doctrine. Ainsi, M. Schoettl ¹²⁹, souligne qu'il n'est pas «question de facturer à l'utilisateur du service d'information public le coût d'obtention ou de mise en forme des données " primaires ", c'est-à-dire d'opérations qui seront réalisées en tout état de cause, car nécessaires à l'activité courante du service public dont est chargée l'Administration concernée. Ce serait le faire payer deux fois : en tant que contribuable et en tant qu'utilisateur ». Ce principe est valable quels que soient les usages auxquels peut répondre l'information au sein du service public.

98. Données « moyen ». L'information « moyen » de l'action du service public qui est une information, on le rappelle, le plus souvent imposée, suggérée, par la mission, voire créée à des fins d'amélioration de la productivité ou de l'efficacité du service, et avant tout à usage interne, peut répondre aujourd'hui aux besoins d'un public plus large. En admettant la licéité de cette extension, va-t-on pouvoir faire payer au public le coût de création de cette information ? Si l'on pouvait de prime abord le soutenir, « puisque la mission de création n'a été définie qu'en fonction de la mission de communication, laquelle ne concerne que certains destinataires » ¹³⁰, cette position nous paraît à la réflexion non tenable. Dans la plupart des cas, le coût de base attaché à la constitution et

¹²⁶ Rapport du groupe de travail sur la commercialisation des banques de données des organismes publics, Québec, 1^{er} février 1991, Chapitre 3, Critères et conditions de commercialisation.

¹²⁷ *Op. cit.*, Ligne 4.

¹²⁸ Cf. le rapport Gaudrat, *op. cit.* p. 49 et s., qui distingue clairement création et diffusion de l'information, la circulaire du 14 février 1994, *op. cit.*, point 3.2.

¹²⁹ J.-E. Schoettl, « L'exploitation des gisements de données administratifs », *op. cit.*, p. 9.

¹³⁰ Rapport Gaudrat, *op. cit.*

au maintien d'un système d'information suppose des dépenses imposées, que ce système ait été conçu pour des usagers externes ou pas. Le coût de l'informatisation étant en quelque sorte incontournable, il revient donc au service public de le supporter. Voilà pourquoi il nous semble que le CNRS ne devrait pas faire payer la mise à disposition des bases de données initialement confectionnées pour des usages internes.

99. Données « objet ». En ce qui concerne l'information « objet » de l'activité du service public, qu'il s'agisse de services publics informationnels de création ou de diffusion¹³¹, le même raisonnement doit être tenu. L'information peut être créée puis diffusée à des usagers statutairement définis, dès lors que le service public envisage une diffusion à un public plus large et là encore sous la réserve de la licéité de cette ouverture, on n'imagine pas que ces tiers rémunèrent la création de l'information. Encore que la situation évoquée puisse recouvrir différentes hypothèses. Le service public peut diffuser en l'état, c'est-à-dire sans nouveau traitement auquel cas il n'y a pas de problème. Il peut également diffuser après de nouveaux traitements réalisés à partir de l'information produite dans le cadre de sa mission strictement entendue, sur sa propre initiative ou à la demande de particuliers, auquel cas la nouvelle mise en forme de cette information devrait être payée par ceux qui vont en bénéficier. Le principe se justifie encore (et surtout) lorsque l'information est l'objet d'une activité de service public de diffusion puisque ici le service n'a pas à supporter le coût initial de sa création. Ainsi l'INIST qui est un service public de diffusion de l'information scientifique ne va pas faire payer la constitution des données de la même manière que le *Journal officiel* ne va pas faire payer une information qui est déjà produite par le juge ou le législateur.

100. L'exemple des données de Landsat. L'application d'une politique visant à récupérer l'intégralité des coûts de collecte et de traitement de l'information conduirait rapidement à rendre cette information inabordable et par là même à ne plus considérer la mission de service public¹³². La tarification des images et données numériques de *Landsat* pratiquée par la société commerciale EOSAT en est une bonne illustration¹³³. Durant les années 1980, cette société, afin de récupérer une part plus importante des coûts totaux de cette information a fortement augmenté ses prix. Ceux-ci, en presque dix ans, ont en effet été multipliés par neuf pour les images et par trois pour les données numériques. Si certains groupes privés, américains et étrangers ont pu se permettre de payer l'intégralité des coûts, en revanche, des particuliers, petites sociétés mais

¹³¹ Sur cette distinction, cf. *supra* n° 31.

¹³² Ce qui signifie très clairement selon nous que l'État n'aurait plus de rôle à jouer et qu'il devrait donc laisser sa place aux opérateurs privés.

¹³³ Cet exemple est tiré d'un rapport inédit du Bureau d'évaluation technologique du Congrès, 1990, *Helping America to compete*, p.33.

surtout certaines agences fédérales dont par ironie du sort le Centre d'études géologiques des États-Unis, et les universités ont dû réduire leurs activités de recherche puisque leurs budgets étaient insuffisants pour financer les coûts de cette information¹³⁴. Cet exemple peut aisément être transposé dans le domaine de la recherche.

* La mise en œuvre de la politique

101. **Modulations. Impératifs économiques et sociaux.** Acceptable dans son fondement, la diffusion de l'information au coût marginal est aussi modulable dans sa mise en œuvre afin de prendre en compte différents paramètres susceptibles d'intervenir. L'information peut se prêter à différents usages ou être plus particulièrement destinée à différents usagers ; les conditions de son élaboration, au vu du droit d'auteur, ou de sa destination, au vu de son volume de diffusion, ne sont pas toujours identiques. Les opérateurs publics peuvent donc opter pour une tarification qui va au-delà du coût marginal, par exemple lorsque les bénéficiaires entendent rediffuser l'information à des fins commerciales, et à ce titre faire valoir un droit d'auteur¹³⁵ qui permettra ici de rémunérer l'information pour sa valeur intrinsèque¹³⁶. Ils peuvent à l'inverse opter pour une tarification qui se situe en deçà du coût marginal afin de prendre en compte la situation de certains destinataires de l'information. En bref, différentes logiques, économique, sociale, peuvent être déclinées à partir de ce principe. Nous nous attachons ici exclusivement à la dimension sociale afin de prendre en compte les données nécessaires aux enseignants ou aux chercheurs.

102. **Impératif social. Égalité en matière d'information.** Le principe d'égalité, solidement attaché à notre système juridique, se conçoit aisément en matière d'information. On ne peut en effet mettre sur un pied d'égalité dans la communication des données : des sociétés de service en informatique, des bureaux d'études, des centres de recherches, des éditeurs de presse, des chercheurs... La réalisation de la mission de service public impose tout au contraire de prendre en compte les destinataires de l'information et d'établir parfois certaines discriminations tarifaires. C'est d'ailleurs ce à quoi se livre CNRS Diffusion dans la communication des produits audiovisuels. La circulaire A-130 de l'OMB comme notre circulaire du 14 février 1994 (art. 3 point 3.3.2.) reconnaît cette possibilité. À défaut de ces recommandations, la

¹³⁴ La baisse pour les universités était de l'ordre de 50 %.

¹³⁵ À supposer : 1) que cette information soit protégeable au titre du droit d'auteur ; 2) que le service public soit bien autorisé à le faire valoir. Sur cette question cf. *infra*.

¹³⁶ En ce sens, la législation américaine, en supprimant tout droit de copie sur l'information gouvernementale, permet de maintenir une politique de diffusion au coût marginal puisque l'information est « vendue » à son coût de reproduction et non pas à sa valeur.

reconnaissance de l'aménagement d'un principe d'égalité en matière d'information peut être déduit de certains avis de la CNIL et de la CADA. Ces deux autorités administratives ont répondu de façon positive aux chercheurs qui souhaitaient constituer des échantillons de personnes à partir de fichiers administratifs. On doit dès lors admettre que s'il existe un droit à la connaissance privilégié, il existe également un droit à la délivrance des données à un tarif préférentiel dès lors du moins que les chercheurs sont véritablement animés d'une volonté de savoir...

103. Mise en œuvre du principe d'égalité. Si l'on admet l'idée d'un principe d'égalité en matière d'information (ce qui pour nous ne fait pas de doute), il reste encore à savoir comment il va être concrètement mis en œuvre. Pour cela il faut considérer le très pédagogique arrêt du Conseil d'État du 10 mai 1974¹³⁷. Deux critères permettent précisément d'aménager le principe d'égalité : la différence de situation entre les usagers ou l'intérêt général. Sur le premier point, on peut admettre qu'il n'est pas possible de mettre sur le même plan la communauté des chercheurs le plus souvent usager terminal de l'information et ceux qui ont pour profession de faire commerce des données (pour les revendre). La communauté des chercheurs participe d'ailleurs à une activité de diffusion du savoir dans l'intérêt général. Sur le second point, il faut bien voir que certains opérateurs jouent un rôle actif dans la circulation des idées et dans le débat démocratique. Que l'on songe par exemple au secteur de la presse. Il nous paraît dès lors tout à fait justifié de ne pas « tarifier » les données de la même manière que pour les opérateurs qui achètent l'information pour la revendre.

b) Les contrats sur les données

104. *Click and Use.* La diffusion des données s'effectue au moyen de différents contrats. Nos voisins anglais afin de mettre en œuvre leur politique de diffusion¹³⁸ proposent ainsi des contrats de licences (type) en ligne *Click and Use* permettant d'accéder de manière immédiate aux gisements d'information (la contractualisation s'effectuant elle aussi immédiatement par le simple *click*). Nous privilégions ici des modèles plus classiques à savoir les licences d'usage et de rediffusion puisque ces contrats sont (semble-t-il) adoptés par CNRS Diffusion. Ensuite nous verrons quelles difficultés suscitent certaines clauses telles que celles relatives aux limitations de responsabilité.

*** Licences d'usage et de rediffusion**

En quoi consistent ces contrats et quelles difficultés suscitent-ils ?

¹³⁷ CE, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, *AJDA*, 1974, p. 298.

¹³⁸ Cf. *supra* n° 51.

- Contenu des contrats

105. **Présentation.** L'INSEE, après avoir présenté deux licences, d'usage et de commercialisation¹³⁹, propose aujourd'hui une licence d'usage et de rediffusion. La licence d'usage concerne, par exemple, les informations de SIRENE qu'un tiers veut utiliser pour ses besoins propres sans qu'il puisse ensuite les mettre à disposition de tiers. La licence de rediffusion fait l'objet d'une autorisation préalable de l'INSEE et correspond aux hypothèses où le contractant (qui va acquitter une redevance de rediffusion au titre des droits privatifs de l'INSEE) rediffuse, après de nouveaux traitements l'information auprès de tiers. Avec cette nouvelle qualification (licence de rediffusion et non plus de commercialisation) on aura compris que plus que de savoir si l'information est destinée à procurer un quelconque profit à celui qui la diffuse auprès de tiers ou si celui qui la diffuse a la qualité de commerçant (licence de commercialisation) il importe de savoir si l'information « cédée » au départ par l'opérateur et rediffusée par le destinataire se retrouve (licence de rediffusion) ou non (licence d'usage) après avoir subi des traitements. Par exemple, dans cette définition, le bureau d'étude qui « acquiert » des informations auprès de l'INSEE puis qui les diffuse après des traitements qui en font un produit nouveau ne procède pas à un usage commercial de l'information.

- Difficultés suscitées par ces contrats

106. **Service public et droit de la concurrence.** Ces deux contrats méritent un double examen. Au regard des règles du fonctionnement du service public tout d'abord car la distinction (usage terminal et usage pour rediffusion) conduit à des discriminations tarifaires qui doivent être justifiées par une différence de situation entre les usagers ou l'intérêt général¹⁴⁰. Au regard des règles de fonctionnement du marché ensuite, car l'on pourrait fort bien à la limite analyser ces contrats comme des pratiques sélectives de diffusion manifestant des abus de position dominante. En ce sens M. Huet¹⁴¹ semble implicitement souligner ce point : « Certains détenteurs d'informations, en effet, mettent en place, par des contrats, des modalités différenciées de distribution de l'information qui distinguent selon que le client est un rediffuseur de l'information (sujet à une redevance plus élevée) ou un consommateur final (sujet à une redevance moins élevée), la raison étant que les premiers concurrencent directement le détenteur d'informations et non les seconds ».

¹³⁹ Sur la présentation des contrats de licences d'usage et de commercialisation portant sur le fichier SIRENE, cf. J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 598 et s. INSEE, note de service n° 2/700, Département de la diffusion, 8 janvier 1988.

¹⁴⁰ Sur cette discussion cf. *supra* n° 103.

¹⁴¹ J. Huet, « Droit de la concurrence et services d'information : accès à l'information primaire et possibilité d'abus de position dominante », *Petites affiches*, 30 juin 1993, n° 78, p. 46.

D'un autre côté, on pourrait faire valoir que la rediffusion (le plus souvent à des fins commerciales) présume le marché et restitue au droit d'auteur sa fonction économique. Dit autrement, par cette licence, l'opérateur public s'efforcerait au moyen du droit d'auteur de préserver économiquement son investissement, chose qui n'est pas prohibée pour autant que l'on admette que cet opérateur puisse bien intervenir sur le marché.

- Les clauses limitatives de responsabilité

107. **Responsabilité du fait de l'information.** De la célèbre affaire de la ciguë jugée par le tribunal de grande instance de Paris aux classiques affaires portant sur des renseignements commerciaux périmés, la production de l'information peut être à l'origine d'un préjudice matériel ou moral pour le public et engager à ce titre la responsabilité de ses auteurs¹⁴². L'information publique qui n'échappe pas à cette réalité (que l'on songe aux données relatives aux annuaires, à des renseignements administratifs erronés...) peut donc susciter diverses clauses d'irresponsabilité. Il en est de même pour les données produites par l'enseignement et la recherche.

108. **Clauses limitatives de responsabilité.** C'est ainsi que dans les conditions générales de la licence d'usage de données issues du recensement octroyée par l'INSEE, on pouvait lire : « L'INSEE a apporté tous les soins nécessaires à la constitution du fichier de données qui est l'objet de la présente licence. Toutefois, au cas où il resterait des erreurs ou anomalies, l'INSEE ne pourrait être tenu pour responsable de leurs conséquences ». Cette clause appelle deux séries d'observations. Au regard du droit des contrats tout d'abord, on sait que pour être valable sur le principe (entre professionnels de même spécialité), cette clause peut être déclarée inopposable au contractant de l'opérateur public en cas de mauvaise foi, dol, de faute lourde ou si la clause contredit une obligation essentielle (affaire Chronopost¹⁴³). La faute lourde peut être éventuellement attachée au fait de l'absence de vérification préalable du contenu de l'information comme cela a été jugé par la Cour de cassation dans l'affaire ODA¹⁴⁴. Cette société a été en effet condamnée sur ce point par la Cour de cassation au motif qu'elle ne se « livrait à aucune vérification avant impression de l'annuaire bien que l'intérêt principal de l'annonce litigieuse fût d'assurer à des fins commerciales la publicité du numéro de téléphone de

¹⁴² Sur la responsabilité du fait de l'information, cf. J. Huet, « La responsabilité dans la fourniture d'informations inexactes », *RTD civ.*, 1984, 517, « La responsabilité du fait de l'information : obligations de l'éditeur et obligations de l'auteur (à propos de l'affaire de la ciguë) », *RTD civ.*, 1987, 552 ; A. Zoppini, « Les systèmes experts et la responsabilité civile », *DIT*, 1989/1, p. 54.

¹⁴³ Cass. com 22 octobre 1996, *Bull. civ.*, IV n° 261.

¹⁴⁴ Com. 9 mai 1990, Aff. ODA c. Leroux, *DIT*, 1991/2, p. 39, note F. Dupuis-Toubol, C. Coscas.

l'annonceur, de sorte que la mention de celui-ci dans l'annonce commandée était un élément substantiel de son consentement ». Au regard du droit de la concurrence ensuite, il ne faut pas oublier qu'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, peut manifester un abus de position dominante dès lors qu'elle est imposée de façon « quasi-administrative » (pour reprendre les termes de l'arrêt du 30 juin 1988 de la cour d'appel de Paris, confirmé par l'arrêt ODA de la Cour de cassation en date du 9 mai 1990).

B - La rediffusion par l'opérateur privé

109. Libre accès aux données publiques ? Les données publiques de l'enseignement et de la recherche peuvent également être diffusées par les opérateurs privés. L'exemple de la diffusion des résultats du baccalauréat en témoigne. Pour envisager une rediffusion, en l'état ou après de nouveaux traitements, l'opérateur privé doit donc accéder aux gisements d'informations. À ce stade, l'opérateur public désireux de protéger son « patrimoine » informationnel peut être tenté de refuser de communiquer les données convoitées. Le peut-il ? Dans l'affirmative, quelles justifications doit-il mettre en avant ? Doit-il au contraire permettre aux opérateurs privés d'accéder librement aux données produites ? À l'analyse, notre droit positif semble s'orienter vers un principe de disponibilité (1). Ce principe, dans le domaine des données de l'enseignement et de la recherche comme ailleurs, doit parfois être limité (2).

1. Le principe de disponibilité des données publiques

Le principe de disponibilité des données publiques pleinement consacré par nos voisins britanniques ¹⁴⁵ résulte de deux sources : « légale » et jurisprudentielle.

a) Source légale

110. Commission européenne. Le principe de disponibilité des données publiques résulte au niveau européen d'une répartition fort simple des rôles entre secteurs public et privé induite dans les *Lignes directrices*. Elle consiste à confier la production des données de base au secteur public et d'attribuer au secteur privé la diffusion de services à valeur ajoutée. Une telle répartition doit avant tout être comprise comme une volonté politique d'imitation du modèle américain ¹⁴⁶. À nous en tenir à la position européenne, il convient d'observer

¹⁴⁵ Cf. *supra* n° 51.

¹⁴⁶ Cette politique publique américaine en matière d'information repose sur le *Paperwork Reduction Act* de 1980 et la Circulaire A-130 de l'*Office of Management and Budget* de 1985, Management of Federal Information Resources, Final Publication of O.M.B., Circular n° A-130, Federal Register, December 24, 1985, p. 52736. Sur les facteurs ayant présidé à

que la répartition est expressément consacrée par les textes ayant présidé à l'adoption de la recommandation ¹⁴⁷ et implicitement reconnue dans les *Lignes*. La première ligne pose ainsi un principe de disponibilité des informations de base produites sous la très classique réserve des intérêts publics et privés : « Les organismes publics devraient, autant que possible et sous la réserve de la protection des intérêts publics et privés, rendre possible l'utilisation par le secteur privé et l'exploitation par l'industrie de l'information de ces données et informations de base sous la forme de services électroniques d'information » et fait donc du secteur public, un producteur primaire. L'attitude de la Commission des Communautés européennes à l'égard du secteur public participe du même esprit libéral lorsque celui-ci est fournisseur de services électroniques d'informations. Le producteur public est un fournisseur subsidiaire (cf. les Lignes 7 et 8). On retrouve ces positions également dans le Livre vert et la Communication du 23 octobre 2001 ¹⁴⁸, même si ces textes ne s'appuient pas sur la notion de valeur ajoutée.

111. Projet de loi sur la société de l'information. Le projet de loi sur la société de l'information contient, comme on le sait, tout un chapitre relatif aux données publiques. Le nouvel article 14 qui viendrait compléter la loi du 17 juillet 1978 (puisque malencontreusement, selon nous, c'est la loi du 17 juillet 1978 qui a vocation à consolider les dispositions relatives à la diffusion des données) contient également un principe de disponibilité de l'information publique. « Les données numérisées, collectées ou produites sont mises à disposition de toute personne qui en fait la demande ». Le champ d'application de ce principe semble restreint. L'article 14 de la loi pose qu'à « l'exception de celles qui ne sont pas communicables en application de l'article 6 ou de l'article L. 124-1 du Code de l'environnement », les données sont disponibles. Ce principe de disponibilité ne semble donc concerner que les données numérisées qui rentrent dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978.

l'élaboration de ces textes, de l'électronisation des activités de collecte et de dissémination de l'information rendue possible par les investissements en N.T.I. opérés par les agences fédérales à la vive pression des industriels de l'information, essentiellement de l'*Information Industry Association*, cf. T. Ribault, *La politique fédérale américaine en matière de systèmes électroniques d'information. Rapport de mission*, Commissariat général du Plan, juillet 1988, p. 10 et s. Sur la question, cf. également, H. Maisl, « L'utilisation commerciale des données administratives : l'exemple américain », *DIT*, 1988/4, p. 23.

¹⁴⁷ Lors des travaux préparatoires, un auteur a pu souligner : « Toute donnée ou information qui est systématiquement et régulièrement rassemblée et reçue par les services administratifs gouvernementaux, régionaux ou locaux, auxquels l'accès n'est pas confidentiel pour des raisons de sécurité nationale, vie privée, confidentialité commerciale ou droit d'auteur, devrait être disponible à l'industrie de l'information afin d'être utilisée dans la construction des services à valeur ajoutée et des produits ».

¹⁴⁸ Cf. *supra*, introduction n° 7.

b) Source jurisprudentielle

D'une certaine manière la jurisprudence relative à la diffusion des données publiques ¹⁴⁹ rejoint les positions que nous venons de présenter. Lorsque le juge condamne le refus d'accès d'un opérateur public en position dominante, cela revient bien à dire que l'information publique est disponible. La chambre commerciale de la Cour de cassation (à se limiter à cette jurisprudence) ne dit pas néanmoins les mêmes choses (parce que l'information ne présentait pas la même nature dans les deux espèces) dans l'affaire Météo France et dans l'affaire France Télécom.

* L'affaire Météo France

112. Faits. Sollicitée par la Société du Journal Téléphoné (SJT) afin de lui livrer les informations aéronautiques TAF et METAR ¹⁵⁰ pour développer un nouveau service de diffusion de bulletins automatiques grand public, la Direction de la Météorologie Nationale (DMN), après avoir envisagé un projet de collaboration, refusait finalement de procurer lesdites données à la société. Ce refus était alors justifié pour les risques de contestations qu'une telle rediffusion pouvait « alimenter de la part du secteur aéronautique... quant au montant des redevances... » mais également, pour les confusions susceptibles de survenir « quant aux responsabilités en cause dans la diffusion touchant au premier chef à la sécurité » ¹⁵¹. Estimant ce refus comme la manifestation d'un abus de position dominante, la SJT saisissait logiquement le Conseil de la concurrence.

113. Conseil de la concurrence et cour d'appel de Paris. Celui-ci, le 13 mai 1992 ¹⁵², tout en estimant que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 était applicable à l'activité de diffusion des informations météorologiques destinées à l'aéronautique, rejetait, à travers une motivation prudente, cette prétention. Le refus de vente des dits messages n'étant pas constitutif d'un abus de position dominante eu égard, notamment, aux raisons de sécurité invoquées par la DMN. En optant pour une application exclusive des règles de concurrence à l'activité de diffusion des informations aéronautiques et pour

¹⁴⁹ Sur cette jurisprudence, cf. notre ouvrage, *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002.

¹⁵⁰ Parmi les messages concernés par l'assistance météorologique aux pilotes d'aéronefs, on trouve des messages d'observations dits METAR et de prévisions dits TAF. L'anticipation météorologique à court et moyen termes, la précision locale de ces messages constituant les arguments commerciaux déterminants aux yeux de la SJT.

¹⁵¹ Lettre du directeur de la DMN du 30 avril 1990 en réponse à la demande de la SJT rapportée par le Conseil de la concurrence.

¹⁵² Décision n° 92-D-35 du Conseil de la concurrence en date du 13 mai 1992, *BOCCRF*, 4 juillet 1992, p. 225. Pour un commentaire de cette décision, cf. V. Selinski, *Recueil Lamy des décisions et avis du Conseil de la concurrence*, n° 496, M. Huet, J. Huet, *DIT*, 1992/4, p.80.

une appréciation quelque peu sélective du refus de diffusion de ces informations, la cour d'appel de Paris le 18 mars ¹⁵³ réforme cette décision.

114. Cour de cassation. Cette décision est cassée par la chambre commerciale le 12 décembre 1995 ¹⁵⁴. En décidant « qu'il résultait des énonciations de l'arrêt que la DMN gérait, en application des dispositions de droit international et de réglementation interne, le service public de la météorologie aérienne et réservait aux seuls usagers de l'aviation civile des messages propres à assurer leur sécurité et celle des passagers » sans « qu'il ait été constaté une commercialisation, auprès du grand public, des informations recueillies dans le cadre de sa mission » la Cour de cassation constate positivement la présence d'une mission de service public et négativement l'absence d'une commercialisation de l'information. Elle rejette par la même la qualification d'activité de services retenue par la cour d'appel de Paris sur la base de l'article 53 de l'ordonnance de 1986. Elle met fortement en avant les raisons de sécurité attachées à la diffusion de ces données. Cela rejoint d'une certaine manière la valeur sociale de l'exhaustivité que l'opérateur public (dont le ministère de la Recherche) doit préserver et qui justifie selon nous une limite au principe de disponibilité.

* L'affaire France Télécom

115. Position du problème. France Télécom, producteur (et donc fournisseur) exclusif des listes d'abonnés en raison du monopole dont il disposait pour la fourniture du service téléphonique, était tenu de par son cahier des charges, de délivrer, dans le cadre d'un marché libéralisé, un service d'annuaire téléphonique ¹⁵⁵ prenant en compte la volonté des personnes qui ne souhaitent pas la divulgation au public des informations les concernant. À cette fin, il propose trois services différents : la liste « rouge », la liste « orange » et la liste « safran » ¹⁵⁶.

¹⁵³ CA Paris, 1^{ère} ch. sect. conc. 18 mars 1993, *BOCCRF*, 26 mars 1993, p. 110. Pour un commentaire de cette décision, L. Idot, *CJEG*, n° 492, octobre 1993, p. 453 ; J.-M. Bruguière, « L'information publique balayée par le vent du marché », *Lamy du droit de l'informatique*, supplément au n° 56, février 1994 ; R. Drago, « L'application du droit de la concurrence à un service de l'État », *RFD adm.*, janvier-février 1994.

¹⁵⁴ Cass. Com. 12 décembre 1995, *DIT*, 95/4 p. 18 et notre commentaire.

¹⁵⁵ Dont on sait qu'il suscite, en raison de l'importance quantitative (28 millions d'abonnés au téléphone) ou qualitative des informations produites, du support publicitaire qu'il offre, nombres d'appétits commerciaux.

¹⁵⁶ La liste « rouge » correspond aux usagers qui ne souhaitent pas figurer sur l'annuaire, la liste « orange », à ceux qui n'entendent pas être démarchés par téléphone ou par courrier, quant à la liste « safran », elle concerne les usagers d'un équipement terminal de type télex ou télécopie qui ne souhaitent pas être démarchés par télex ou télécopie.

116. Liste orange. Seul le service correspondant à la liste « orange » est en cause ici. Ce service est visé par l'article R.10-1 du Code des postes et télécommunications qui est pris en application des dispositions de l'article 26, alinéa 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978¹⁵⁷ relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés sous les recommandations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés¹⁵⁸. Il protège les usagers qui ont demandé ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'exploitant public et a été à l'origine d'un service dit *Merkatis* qui n'est pas sans susciter quelques problèmes¹⁵⁹. Faisant une application stricte de ses obligations, France Télécom s'est cru fondé à ne fournir à la Société Communication Média Services (CMS), créatrice d'un annuaire des abonnés professionnels du réseau téléphonique des zones de Paris et l'Île-de-France depuis la libéralisation du marché, qu'une liste partielle de ses abonnés à savoir, non seulement ceux figurant sur la liste « rouge », mais également, comme le prévoit l'article R.10-1, ceux figurant sur la liste « orange ». C'est ici que se noue le contentieux.

117. Contentieux. La CMS estimait que la non-cession des coordonnées des personnes inscrites sur la liste « orange » manifestait une attitude anticoncurrentielle de la part de l'exploitant public contraire, selon elle, tant aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en France, qu'à celles des anciens articles 85 et 86 du Traité de Rome au niveau communautaire. En première instance, le tribunal de commerce de Paris¹⁶⁰ a rejeté son recours en estimant que l'impossibilité pour France Télécom de céder la liste orange résultait de l'application de textes réglementaires au sens de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Se fondant sur les dispositions du droit communautaire, la cour d'appel de Paris¹⁶¹, dans une décision qui doit en grande partie être approuvée¹⁶², annule ce jugement. La chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁶³ a entièrement conforté cette position. Le refus de fournir la liste orange constitue bien un abus de position dominante au sens de l'ancien article 86 ne pouvant être justifié par les dispositions de l'article R. 10-1 du Code des postes et télécommunications. Ici donc les raisons sociales

¹⁵⁷ Qui dispose, on le rappelle, que « toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

¹⁵⁸ Cf. les avis n° 83-47 du 5 juillet 1983, 85-22 du 18 juin 1985, 5^{ème} rapport, p. 69 et 291.

¹⁵⁹ Cf. à ce sujet la décision n° 92-MC-11 du Conseil de la concurrence en date du 15 décembre 1992, *BOCCRF*, 30 janvier 1993, p. 31

¹⁶⁰ Trib. com. Paris, 1^{ère} ch. A, 8 mars 1993 (C.M.S./France Télécom), note M.-G. Choisy, *Petites affiches*, 29 septembre 1993, n° 117.

¹⁶¹ CA Paris, 1^{ère} ch, 7 février 1994, (C.M.S./France Télécom) n° 93-8769.

¹⁶² Pour un commentaire de cette décision, cf. J. Frayssinet, « Les annuaires de France Télécom entre le droit de la concurrence et le droit de la protection des données personnelles », *Juris PTT*, 1994, n° 35, p. 15.

¹⁶³ Cass. Com., 6 mai 1996, *Bull. civ.*, IV n° 125 ; *AJDA*, 1996, n° 1033, note Bazex.

avancées, à savoir la protection des données personnelles, sont jugées ne pas pouvoir justifier le maintien des droits exclusifs. Plus exactement un monopole justifié par la protection des données personnelles offre une solution intrinsèquement disproportionnée dès lors qu'un cadre réglementaire (ce qui est bien le cas après la nouvelle rédaction de l'article R. 10-1¹⁶⁴) approprié est susceptible de protéger ces intérêts. Au vu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dont s'inspire fortement notre juge, il semblerait que la règle qui se dégage des solutions soit la suivante : **tout opérateur public qui produit de l'information en situation de position dominante en raison de sa mission commet un abus dès lors que le refus d'accès à ces informations qui est opposé aux opérateurs privés qui se traduit par une restriction de concurrence n'est pas motivé par des justifications économiques (l'équilibre financier du service notamment).** Cela ne signifie pas que ce principe de disponibilité soit sans limites.

2. Les limites du principe de disponibilité

118. **Distinguer à nouveau l'information « moyen » et l'information « objet ».** Le principe de disponibilité des données publiques semble solidement acquis. Sans le remettre en cause, il faut néanmoins bien prendre conscience que ce principe n'est pas absolu. Déjà, il faudrait peut-être à nouveau distinguer, comme le font nos voisins anglais, entre l'information « moyen » et l'information « objet ». Le principe de disponibilité des données publiques que posent les Britanniques ne concerne pas les grandes agences publiques productrices de données (les *Compagnies House*, le *Meteorological Office*...) puisque ces agences sont seulement invitées à réviser leur politique commerciale. Il ne concerne que l'information produite par les administrations centrales. Ne pourrait-on pas considérer que toute information collectée et/ou traitée afin de permettre aux services publics d'accomplir leurs missions est disponible pour les opérateurs privés, sous réserve bien sûr des intérêts privés (respect du droit de la personne notamment) et publics (secrets administratifs). Un même principe serait posé à propos de l'information « objet » sous réserve, cette fois-ci, de ne pas compromettre l'activité du service public d'information. Une menace (b) qu'expriment notamment les pratiques d'écœurement commercial (a). Un danger qui est une réalité pour CNRS Diffusion.

a) Les risques « d'écœurement commercial »

119. **Signification du risque.** Parmi les critères plus particulièrement mis en avant par la CJCE afin de définir le service universel, le service d'intérêt économique général au sens de l'ancien article 90-2 du Traité de Rome figure le critère de non-rentabilité. Nous l'avons déjà rencontré¹⁶⁵ lorsque nous avons souligné à propos de CNRS Diffusion que cet organisme se devait, même si l'activité n'était pas rentable, de produire des films à haut niveau scientifique.

¹⁶⁴ Cf. *JO*, 14 mai 1994, p. 7021.

¹⁶⁵ Cf. *supra* n° 68.

Vestige d'une conception libérale aujourd'hui largement contredite, ce critère témoigne d'un singulier irréalisme en fermant les yeux sur le problème de la viabilité financière de l'entreprise détentrice des droits exclusifs ou spéciaux. Si l'on concédait à une entreprise l'exclusivité sur la prestation de certains services, tous économiquement non-rentables, l'entreprise déposerait alors ses bilans et le service universel ferait inévitablement faillite. Ce point est très justement souligné dans le rapport Larcher sur l'avenir du secteur des télécommunications en Europe¹⁶⁶ : « Il faut le dire clairement, aucune entreprise commerciale ne saurait, simultanément, assurer le financement d'activités par nature déficitaires et affronter sur des marchés rentables, des concurrents ne connaissant pas cette contrainte ».

120. Application au domaine de l'information. Pour empêcher ce qui à juste titre est nommé « écrémage commercial », il faut donc éviter que les opérateurs privés exploitent les secteurs rentables privant ainsi le détenteur des droits exclusifs des ressources financières nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Ces prétentions ont été très clairement formulées dans le domaine de l'information¹⁶⁷ à propos de la mise en place des licences autoritaires (aujourd'hui abandonnées) sur certains fonds informationnels prévues par les différentes propositions de directive sur la protection des bases de données par M. Schoettl¹⁶⁸. « Conforme aux impératifs de transparence administrative et de pluralisme, cette exploitation concurrente des gisements de données publics peut cependant, dans certaines situations se révéler préjudiciable à l'intérêt général. Il en est ainsi lorsque se trouvent simultanément réalisées les hypothèses suivantes : le service public d'information s'autofinance ; l'extraction réalisée par les opérateurs privés vise à « écrémer » la partie solvable de la demande ; la collectivité publique ne peut ou ne veut combler le manque à gagner par des crédits budgétaires ». Cela signifierait concrètement que les opérateurs privés concurrents de CNRS Diffusion ne pourraient librement exploiter les fonds informationnels les plus rentables au risque de remettre en cause les missions de cet organisme.

b) Les dangers pour le maintien du patrimoine d'informations

121. L'exhaustivité. À l'image de la politique d'aménagement du territoire que la réservation de certains services permet de réaliser dans le secteur des télécommunications¹⁶⁹, la valorisation économique de l'information source par

¹⁶⁶ *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur l'avenir du secteur des télécommunications en Europe*, M. G. Larcher, Sénat, n° 129.

¹⁶⁷ On les retrouve également formulées dans le domaine des postes et dans celui des télécommunications à propos du projet de libéralisation de la téléphonie vocale.

¹⁶⁸ J.-E. Schoettl, « L'exploitation des gisements de données administratifs », *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁹ Rappelons qu'en application des principes d'universalité et d'égalité du service public, et grâce à un système de péréquation tarifaire, l'opérateur public organise une solidarité financière entre tous ses clients, les mieux situés acquittant un prix plus élevé pour financer la desserte de

le service public permet de maintenir un patrimoine exhaustif. Afin de mesurer tout l'intérêt du maintien de cette règle d'exhaustivité, il convient de s'appuyer sur le modèle américain en illustrant notre propos par le projet de privatisation du *National Technical Information Service*¹⁷⁰ (NTIS). On peut aisément transposer cet exemple à notre sujet d'étude et notamment au cas de CNRS Diffusion qui, dans les réponses de notre questionnaire, faisait valoir son souci de préserver certaines productions audiovisuelles¹⁷¹.

122. L'exemple de la privatisation du *National Technical Information Service*.

Investi depuis plus de quarante ans d'une mission fondamentale de collecte et de dissémination des informations gouvernementales auprès du public, le NTIS (qui, par analogie, pourrait être assimilé à notre Documentation française), fit l'objet d'un vif débat politique lorsque l'*Office of Management and Budget* (OMB), pour des raisons essentiellement idéologiques, rendit publique en 1987, sa décision de privatisation de l'organisme¹⁷². Parmi les différents méfaits de l'entière privatisation du service qui ont été soulevés au lendemain de cette décision, l'un d'entre eux doit être particulièrement souligné. Il s'agit de l'effet de la privatisation sur la fonction d'archivage de l'organisme qui concerne directement la règle d'exhaustivité. Le NTIS, comme tout organisme investi d'une mission de service public, est tenu de stocker, de par la règle de continuité, l'information collectée en permanence et surtout de la maintenir même si elle ne répond pas à une demande commerciale. Sachant qu'il est admis que seuls 10 à 15 % de l'information diffusée permet de financer le maintien du reste des informations qui sont très rarement consultées, on pouvait légitimement craindre qu'avec une privatisation, le secteur privé ne garde les documents dans la seule limite de leur rentabilité commerciale, pour, par là même, exposer la collectivité à une perte de mémoire manifeste.

123. L'INPI également... L'obligation de respecter cette règle d'exhaustivité se retrouve également au sein de nos services publics nationaux. L'INPI, par exemple, est ainsi tenu de maintenir l'information sur les brevets enregistrée au début du siècle car si aujourd'hui cette information ne répond à aucune demande solvable, elle pourra demain répondre à la demande sociale d'un chercheur¹⁷³. Le même souci est exprimé par CNRS Diffusion. Même si

ceux installés dans des zones difficiles d'accès, assurant par la même une égalité de traitement territorial.

¹⁷⁰ Sur cette question, cf. le Rapport de mission de T. Ribault sur la politique américaine en matière de systèmes électroniques d'information réalisé pour le compte du Commissariat général du Plan, p. 59 et s., *op. cit.*

¹⁷¹ Cf. *supra* n° 42 et n° 67.

¹⁷² Rappelons qu'en raison de l'impact économique, politique et social de la privatisation, le projet a été abandonné. Cf. T. Ribault, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷³ Nous retrouvons par là même une application de l'idée selon laquelle le titulaire du patrimoine informationnel est tenu de léguer aux générations futures un patrimoine en état de se renouveler. Cf. *infra*.

certains films ne répondent pas à une demande commerciale, l'organisme public se doit de les maintenir.

124. Arrêt *Corbeau*. Remise en cause de la perspective ? Avec l'arrêt *Corbeau*¹⁷⁴, la Cour de justice a vivement atténué, voire renversé, la perspective que nous venons de présenter en proposant une appréhension nouvelle de la notion de service d'intérêt économique général. Sur le principe de la dérogation à la concurrence du secteur privé, l'arrêt pose « il faut partir de la prémisse que l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiques rentables ». Le critère d'équilibre économique qui est adopté semble prendre en compte la logique particulière de fonctionnement du service public et les risques d'écrémage commercial que nous avons soulevés. « En effet, autoriser des entrepreneurs particuliers de faire concurrence au titulaire de droits exclusifs dans les secteurs de leurs choix correspondant à ces droits les mettrait en mesure de se concentrer sur les activités économiquement rentables et d'y offrir des tarifs plus avantageux que ceux pratiqués par les titulaires des droits exclusifs... ». Sur les limites de ce principe de dérogation, si la Cour décide que « l'exclusion de la concurrence ne se justifie cependant pas dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires... », elle réserve toujours les cas dans lesquels cette offre spécifique compromettrait l'équilibre économique du service « et dans la mesure où ces services... ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire des droits exclusifs », de sorte que le critère de rentabilité de l'entreprise chargée de gérer le service d'intérêt général reste le critère déterminant.

125. Arrêt *Almelo*. Confirmation. L'arrêt *Almelo*¹⁷⁵ nous semble confirmer ce renversement de perspective, et à l'analyse même aller plus loin puisque s'il reprend implicitement le critère de l'équilibre économique adopté par l'arrêt *Corbeau*, il va même jusqu'à ajouter un critère propre au service de l'électricité : la protection de l'environnement. Outre donc dans la méthode employée la même volonté de partir de « la logique particulière du service public »¹⁷⁶, cette décision introduit dans le fond un critère qui autorise la prise en compte de valeurs propres au domaine de l'information telles que celle de l'exhaustivité.

¹⁷⁴ CJCE 19 mai 1993, *Corbeau* (C 320/91) : Rec. I-2533.

¹⁷⁵ CJCE 27 avril 1994, *Gemeente Almelo et autres contre Energiebedrijf Ijsselmij NV, D.*, 1995, p. 17, note J. Dutheil de la Rochère.

¹⁷⁶ F. Hamon, note sous CJCE 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, *AJDA*, 1993, p. 866.

**Annexe 1 - Réponse de CNRS Diffusion
au questionnaire « Administration »**

La notion de donnée publique renvoie très souvent à celle d'écrit, aussi, le secteur audiovisuel risque d'apparaître assez spécifique.

1) Quels sont les types de données dont vous disposez ?

Informations nominatives, non nominatives, mesures scientifiques initialement sur supports informatiques ou informations sur papier à saisir, informations couvertes par un droit d'auteur.....

Nous disposons de productions audiovisuelles (films et vidéos) et de photographies des recherches menées au CNRS. A cet égard, nous avons essentiellement des données couvertes par le droit d'auteur : films & clichés dont les droits de diffusion sont restreints, selon les droits de reproduction et de représentation acquis (documents obtenus auprès de tiers, extraits de films non CNRS, images provenant d'agence photographie).

Pour ce qui est des auteurs CNRS, nous suivons l'avis du Conseil d'État du 21/11/72 selon lequel les droits patrimoniaux de l'œuvre d'un fonctionnaire appartiennent à l'organisme dont il relève, lorsque cette œuvre a été réalisée dans le cadre de sa mission de service public.

2) Au sein de ces informations, quelles sont celles que vous mettez actuellement à disposition du public ?

Photographies et films, séquences vidéos et conférences sont mis à disposition du public.

3) En contrepoint de la question précédente, existe-t-il des informations potentiellement diffusables qu'il vous semblerait inopportun de diffuser et pour quelles raisons ?

Un certain nombre de documents audiovisuels (films et photographies) pose des problèmes de droit d'auteur et ne font de ce fait pas l'objet de la diffusion qu'ils mériteraient. Il est parfois difficile de clarifier les problèmes de droit d'auteur sur les documents produits par les chercheurs (pas toujours conscients des conséquences juridiques que suppose par exemple l'intégration d'une image non CNRS dans une de leurs productions). Il est ensuite peu aisé de repérer les éléments dont le CNRS n'a pas les droits (surtout lorsque la mémoire des conditions de réalisation du document audiovisuel de recherche n'a pas été conservée : cas du départ d'un chercheur à la retraite laissant de nombreuses archives audiovisuelles au contenu riche, mais dont l'exploitation est incertaine). En bloquer la diffusion s'avère préjudiciable à la mission de diffusion de l'information scientifique et technique du CNRS.

Pour ce qui est des films d'archives (années 20, 30), il est quasiment impossible de déterminer précisément quels sont les droits dont dispose le CNRS, ce qui a souvent pour effet d'en limiter, voire bloquer la diffusion, alors que ces documents constituent un patrimoine intéressant l'Histoire des sciences et techniques.

4) Selon quelles modalités diffusez-vous les informations que vous jugez communicables ?

- gratuité, onérosité
- contrat écrit, verbal
- support papier, informatique, accès sur site par le biais d'un support papier, accès télématique, diffusion de rapports papier, accès en ligne....

Cette pratique résulte-t-elle d'un texte (règlement, circulaire....) ou d'un usage ?

Nous diffusons les produits de l'audiovisuel du CNRS à titre onéreux, sauf si la diffusion s'intègre dans le cadre d'une action de communication valorisant le CNRS ou la recherche française (action au sein du milieu enseignement-recherche, fête de la science, actions de la direction de la communication du CNRS, expositions photos valorisant les métiers de la recherche, actions auprès des jeunes, etc.). Lorsque nous vendons des vidéocassettes, nous ne devons pas pratiquer de concurrence déloyale à l'égard des sociétés privées qui ont une activité analogue. Réglementairement, nos tarifs doivent donc tenir compte de tous les coûts induits par la réalisation d'une vidéocassette (prix du marché) : appliquer à la lettre cette mesure réglementaire à une activité par nature déficitaire reviendrait d'ailleurs à fixer un prix suffisamment dissuasif pour empêcher toute diffusion du document !

Les cessions de droits de diffusion se présentent sous forme de contrats écrits (indispensables pour définir l'étendue et la durée des droits consentis). La diffusion s'effectue sur support vidéo pour les films (VHS, Beta...) et de diapositives et fichiers numériques pour les clichés. Une diffusion de films en ligne, sur internet, est prévue par le biais d'un projet universitaire (Canal-U). Sa vocation est de permettre au monde de la recherche et de l'enseignement de trouver une information audiovisuelle riche en contenu scientifique, par le biais de l'exploitation de la technique du *streaming*.

5) Selon vous, dans quelle mesure la mission de service public confiée à votre organisme implique-t-elle une diffusion des données produites et sous quelles formes ?

Les chercheurs du CNRS ont pour mission de consacrer une partie de leur temps à la diffusion de l'information scientifique et technique. Dans les faits et pour l'audiovisuel, les obstacles à cette diffusion sont nombreux :

- manque de disponibilité des chercheurs pour cette mission peu valorisée par les instances d'évaluation (alors que les laboratoires ont de plus en plus besoin d'attirer les jeunes vers les métiers de la recherche !);
- absence de reconnaissance de l'outil audiovisuel comme moyen d'expression des travaux de recherche (cela est moins vrai pour certaines sciences humaines, notamment en ethnologie et en archéologie où l'image est devenue un véritable outil de travail) ;
- méconnaissance des règles de la propriété littéraire et artistique et du droit à l'image ;
- absence d'intéressement financier des fonctionnaires aux œuvres audiovisuelles produites dans le cadre d'une mission de service public (alors qu'il existe une forme d'intéressement pour l'écrit). Des sociétés privées se chargent souvent d'intéresser les chercheurs aux images qu'ils leur fournissent. Les images deviennent alors des objets commerciaux et

non des « données publiques » susceptibles d'être mises à disposition du milieu enseignement-recherche.

- 6) Que faites-vous payer lors de la diffusion des données :
- la collecte de l'information ?
 - le traitement de l'information ?
 - * plus-value documentaire, l'information est rassemblée avec d'autres informations ?
 - * plus-value intellectuelle, l'information est commentée, systématisée comme l'information contenue dans un rapport public.
 - * plus-value technologique, l'information est portée sur un support informatique nouveau permettant un accès plus facile.

Nous ne faisons pas payer le temps de traitement de l'information (cela s'intègre dans une mission de service public). Les recherches documentaires sont gratuites et l'information traitée mise à disposition du public est gratuite.

- 7) Faites-vous une distinction en terme de tarification selon l'usage de l'information que vous communiquez dans le cadre d'un contrat ? Usage commercial ou de rediffusion ou usage privé ? Si vous faites cette distinction, procédez-vous par présomption à partir de l'activité du demandeur ?

Oui. Pour une utilisation commerciale, nos tarifs sont plus élevés. Les rediffusions donnent lieu à des prix remisés. Pour s'assurer de l'usage des images, nous nous fondons sur un critère organique (d'où vient la demande : société privée, institution, association à but non lucratif, particulier) et un critère fonctionnel : nous vérifions le but de l'utilisation (la diffusion est-elle associée à une manifestation scientifique, à caractère pédagogique ?).

- 8) Surveillez-vous contractuellement (au moyen de clauses adaptées) l'usage des informations communiquées ou l'exactitude des données divulguées ?

Dans la mesure du possible, oui : contrôle des mentions obligatoires apportées aux clichés dans les revues scientifiques, contrôle des génériques de films, etc. Mais un véritable contrôle est impossible.

- 9) Si vous utilisez un contrat écrit, serait-il possible de le connaître, du moins ses clauses essentielles ?

Nous utilisons divers types de contrat écrit. À titre d'exemple, je vous en joins deux exemplaires.

- 10) Les modes de diffusion de votre service conduisent-ils à une diffusion exclusive constitutive d'un monopole (concession exclusive, par exemple...) ?

Nous n'avons pas de monopole. À noter toutefois, la spécificité des productions audiovisuelles du CNRS. Les films scientifiques au contenu informatif approfondi ne correspondent que très rarement aux exigences de grande vulgarisation attrayante posées par la télévision. À cet égard, ces films constituent d'un point de vue commercial une activité très déficitaire. Le but de leur production est de diffuser la science (sur des sujets parfois peu médiatiques) auprès du public sensibilisé (notamment à travers les

bibliothèques et médiathèques). Ces dernières années, ces films essentiellement axés sur le monde enseignement-recherche se font plus rares, la plupart des organismes de recherche privilégiant la visibilité télévisuelle des images de science aux films de recherche. Or, les coproductions réalisées pour la télévision ne permettent que rarement aux organismes publics de recherche d'obtenir en retour de leurs apports des droits de diffusion conséquents, car il existe des accords d'exclusivité entre les sociétés de production partenaires des organismes publics et les chaînes de télévision pour lesquelles le film sera télédiffusé.

Annexe 2 - Droit comparé - Canada/Québec
Réponse de Pierre Trudel

- Régulation de la diffusion des données

1) La question de la diffusion de l'information publique fait-elle l'objet d'une réglementation générale (loi, décrets...) dans votre pays ou résulte-t-elle, comme en France, d'une régulation administrative au moyen de circulaires ?

Au Canada, hormis les lois affirmant et organisant les droits d'accès aux documents détenus par l'administration, il n'y a pas de textes généraux organisant la diffusion des données et de l'information publique.

Ces lois prévoient que le droit d'accès aux documents détenus par les organismes publics s'exerce dans le respect de la propriété intellectuelle. Par conséquent, le droit d'accès n'emporte pas, en lui-même, le droit de diffuser soi-même le document obtenu sans avoir obtenu les autorisations appropriées.

2) La diffusion plus spécifique des données produites par l'Éducation nationale est-elle réglementée ? Au moyen de quels textes (décrets, circulaires...) ?

Il n'y a pas de réglementation spécifique.

3) Les pratiques de diffusion des données au sein de l'administration de l'Éducation nationale (ou d'une autre administration) ont-elles suscité une réflexion particulière dans le cadre de rapports publics ? Quelles recommandations suggèrent ces rapports ?

Un rapport a été publié en 1991 par le groupe de travail sur la commercialisation des banques de données des organismes publics. Ce rapport proposait une politique de commercialisation des banques de données des organismes publics. Mais depuis, rien ne permet de dire si cette politique a été effectivement suivie.

- Principe de la diffusion des données

4) Sur le principe, le droit de la concurrence s'oppose-t-il à la diffusion des données produites ?

Non.

5) En contrepoint, certains principes juridiques tels que le service public, le service universel, justifieraient-ils une diffusion de l'information par le ministère de l'Éducation nationale ou le ministère de la Recherche ?

Ces ministères ne se considèrent pas investis d'une quelconque mission de diffusion de données outre celles qu'ils produisent déjà dans le cadre étroit de leurs activités.

Certains chercheurs soutiennent que des principes rattachés au droit du public à l'information et à la préservation du processus démocratique fondent une certaine obligation de diffuser certains documents produits par l'État. Mais à ce jour, ces principes ne sont pas reçus dans le droit positif.

6) Pouvez-vous donner des exemples de principes (l'égalité, la continuité, la fiabilité..) justifiant cette diffusion par un opérateur public ?

- Modalités de la diffusion des données

7) Lorsque l'opérateur public diffuse par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers l'information, fait-il payer cette diffusion ? Si oui, que fait-il payer ?

- la collecte de l'information ?

- le traitement de l'information ?

* plus-value documentaire, l'information est rassemblée avec d'autres informations.

* plus-value intellectuelle, l'information est commentée, systématisée comme par exemple l'information contenue dans un rapport public.

* plus-value technologique, l'information est portée sur un support informatique nouveau permettant un accès plus facile.

Il n'y a pas de politique générale établie à cet égard. La politique proposée en 1991 prévoyait les critères et conditions suivants lorsqu'il est jugé pertinent de diffuser une banque de données publique :

- dans le cas où l'organisme ne diffuse pas lui-même, le choix d'un diffuseur public dont le mandat est la commercialisation, soit d'un diffuseur privé ;

- une étude de la valeur économique et des besoins ;

- une tarification qui n'est pas maintenue artificiellement sous la valeur marchande ;

- une évaluation des ressources à consentir pour maintenir le produit sur le marché et en garantir la qualité ;

- une tarification qui ne doit pas tendre à récupérer les coûts de création et de collecte déjà assumés par l'organisme en fonction de sa mission ;

- une tarification qui fait au moins recouvrer les coûts d'adaptation et de commercialisation ;

- un mode de diffusion qui assure la sécurité des systèmes et des applications gouvernementales ;

- un choix de diffusion fondé sur le principe de la non-exclusivité.

8) L'opérateur public fait-il une distinction en terme de tarification selon l'usage de l'information communiquée dans le cadre contractuel ? Usage commercial ou de rediffusion ou usage privé ? La distinction est-elle établie à partir de présomptions sur l'activité du demandeur ?

Pas de politique établie à cet égard.

9) Surveille-t-il contractuellement (au moyen de clauses adaptées) l'usage des informations communiquées ou l'exactitude des données divulguées ?

Pas de politique établie à cet égard. La politique proposée en 1991 prévoit que les ententes de commercialisation doivent prévoir, notamment :

- les modalités d'accès à des fins de contrôle, de surveillance et d'utilisation ;

- les mécanismes de contrôle de la qualité de l'information, y compris sa mise à jour, sa durée de vie et sa conservation.

10) Fait-il jouer un droit d'auteur ou un droit équivalent lors de la mise à disposition des données ?

Au Canada, il existe un droit d'auteur de la Couronne. Ce droit porte sur toutes les œuvres littéraires et autres qui sont créées par une entité gouvernementale. L'article 12 de la Loi sur la droit d'auteur prévoit en effet que : sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l'auteur, à Sa Majesté et, dans ce cas, il subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l'œuvre. Loi sur le Droit d'auteur, (L.R. 1985, ch. C-42) <http://lois.justice.gc.ca/fr/C-42/index.htm>. Le maintien de ce droit d'auteur aux mains de l'État est fortement critiqué par la doctrine (Voir David Vaver, « Copyright and the State in Canada and in United States, » dans Centre de recherche en droit public, *Le droit d'auteur de la Couronne à l'heure de l'autoroute de l'information*, <http://www.lexum.umontreal.ca/en/equipes/technologie/conferences/dac/vaver/vaver.htm>. Le maintien de la capacité de contrôle du gouvernement sur les documents publics, la protection de l'authenticité des documents et le maintien de la faculté de l'État d'infléchir les tendances en se servant de son droit d'auteur sont parmi les motifs les plus souvent mentionnés afin de justifier le maintien de ce droit.

11) En contrepoint, l'administration pratique-t-elle une diffusion gratuite des données ? Si oui, laquelle ?

Les différentes administrations appliquent des politiques de diffusion variables selon les données, selon les époques et selon les priorités du moment.

12) La diffusion de l'information des données a-t-elle suscité des décisions sur le terrain du droit de la concurrence ? Pouvez-vous développer ?

Le droit de la concurrence n'a pas été, à ce jour, invoqué en matière de données publiques.

Annexe 2 - Droit comparé - Allemagne
Réponses du Prof. Dr. Maximilian Herberger,
Université de la Sarre, Allemagne

Avant-propos

Les réponses données se basent sur deux hypothèses :

- il s'agit d'une question de la diffusion de l'information, pas d'une question de l'accès à l'information. On peut regarder ces deux notions comme notions complémentaires, mais en ce qui concerne les règles juridiques applicables, la question de l'accès en droit allemand est une question spécifique.
- les réponses visent le rôle de l'opérateur public qui a la possibilité de diffuser des informations électroniquement.

- Régulation de la diffusion des données

1) La question de la diffusion de l'information publique fait-elle l'objet d'une réglementation générale (loi, décrets...) dans votre pays ou résulte-t-elle, comme en France, d'une régulation administrative au moyen de circulaires ?

L'information publique la plus importante est la loi. Pour la loi fédérale, art. 82 de la Loi fondamentale stipule l'obligation de publication (<http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/art82.htm>). Sur le niveau des *Länder*, il y a des réglementations comparables pour la publication des lois. En général, on peut trouver pour chaque norme juridique, pour lesquelles l'État exige le respect par les citoyens, une obligation de publication. Pour la diffusion des autres genres de l'information publique, il n'y a pas une réglementation générale.

2) La diffusion plus spécifique des données produites par l'Éducation nationale est-elle réglementée ? Au moyen de quels textes (décrets, circulaires...) ?

Pour les données produites par l'Éducation nationale, il n'y a pas de règles spéciales. Pour les programmes de cours, le principe élaboré sous 1^o) est pertinent. Les programmes de cours sont publiés comme norme légale.

3) Les pratiques de diffusion des données au sein de l'administration de l'Éducation nationale (ou d'une autre administration) ont-elles suscité une réflexion particulière dans le cadre de rapports publics ? Quelles recommandations suggèrent ces rapports ?

Je ne connais pas de rapports spécifiques dans ce domaine. Il y a des discussions de propositions qui ont comme but d'améliorer la diffusion des données au sein de l'administration de l'éducation avec les moyens électroniques. Ceci, en Allemagne, fait partie d'une discussion générale sur la réforme de l'administration. Beaucoup des espoirs se fondent sur les possibilités de l'internet. Le gouvernement fédéral a créé un portail (www.staat-modern.de) pour accompagner ces activités. Le rapport central respectif est le rapport sur la « Initiative BundOnline 2005 », mais en

matière d'éducation on doit tenir compte du fait que l'éducation est une matière réservée aux *Länder*.

- Principe de la diffusion des données

4) Sur le principe, le droit de la concurrence s'oppose-t-il à la diffusion des données produites ?

Le droit de la concurrence ne permet pas à l'État une activité économique qui, en utilisant des fonds publics, fait de la concurrence aux entreprises privées. Mais si l'État se trouve dans l'obligation d'informer les citoyens (par exemple sur la loi, cf. 1°) la diffusion des données comme « matière brute » ne pose pas de problèmes en droit de la concurrence. Mais cela n'implique pas que l'État puisse ajouter et distribuer une « valeur ajoutée » parce que là la question de la concurrence interdite se pose.

5) En contrepoint, certains principes juridiques tels que le service public, le service universel, justifieraient-ils une diffusion de l'information par le ministère de l'Éducation nationale ou le ministère de la Recherche ?

Comme déjà expliqué sous 1°) et 4°), la diffusion est permise si l'idée d'un service obligatoire implique la nécessité d'informer les citoyens ou autrement dit : si un service ne peut pas être efficace sans la distribution des informations, la distribution n'est pas seulement permise, mais obligatoire.

6) Pouvez-vous donner des exemples de principes (l'égalité, la continuité, la fiabilité...) justifiant cette diffusion par un opérateur public ?

Dans la logique de la réponse à la question 5, les éléments de l'égalité et de la continuité peuvent être évoqués comme éléments justificatifs d'un service de diffusion de données.

- Modalités de la diffusion des données

7) Lorsque l'opérateur public diffuse par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers l'information, fait-il payer cette diffusion ? Si oui, que fait-il payer ?

- la collecte de l'information ?

- le traitement de l'information ?

* plus-value documentaire, l'information est rassemblée avec d'autres informations.

* plus-value intellectuelle, l'information est commentée, systématisée comme par exemple l'information contenue dans un rapport public.

* plus-value technologique, l'information est portée sur un support informatique nouveau permettant un accès plus facile.

En général, les institutions de l'État peuvent demander des émoluments (*Gebühren*) couvrant les coûts d'une activité étatique. Pour donner un exemple, il y a des émoluments pour l'émission du permis de conduire parce que les émoluments couvrent seulement les coûts. Il est exclu de faire du profit à travers les émoluments. Ce principe permet de demander des émoluments pour toutes les activités évoquées dans la question 7°). Mais pour les raisons données sous 4°), les activités de genre plus-value sont seulement légales si la fabrication de cette plus-value est prévue par la loi

comme activité étatique. La gestion des valeurs économiques par le gouvernement fédéral est soumise aux règles de la loi fédérale pour le budget (*Bundeshaushaltsordnung*). La règle de base est que le gouvernement ne peut pas distribuer gratuitement le patrimoine de la fédération. Ceci a comme conséquence que pour la distribution des informations qui font partie du patrimoine la collection des émoluments est indispensable. Il y a eu une vive discussion quant à la question de savoir si cette règle s'applique aussi pour la diffusion des textes de loi et de jurisprudence. Les uns ont soutenu la thèse que l'État doit obligatoirement donner la loi gratuitement aux citoyens (droit libre pour des citoyens libres ; *freies Recht für freie Bürger*), les autres ont proposé que sauf permission expresse dans la loi fédérale pour le budget, une diffusion gratuite même de la loi est interdite. Aujourd'hui la question ne se pose plus parce que cette permission expresse pour la libre diffusion de l'information juridique de base est donnée dans la loi. Ceci est vrai aussi pour l'information en matière de brevets.

8) L'opérateur public fait-il une distinction en terme de tarification selon l'usage de l'information communiquée dans le cadre contractuel ? Usage commercial ou de rediffusion, ou usage privé ? La distinction est-elle établie à partir de présomptions sur l'activité du demandeur ?

L'opérateur public peut faire une distinction en termes de tarification selon les critères évoqués dans cette question. Cette distinction est établie à partir des faits qui doivent être prouvés par le requérant.

Il est aussi possible d'établir un lien contractuel avec les demandeurs de l'information. Ceci est vrai par exemple pour la prestation des arrêts aux maisons d'édition.

9) Surveille-t-il contractuellement (au moyen de clauses adaptées) l'usage des informations communiquées ou l'exactitude des données divulguées ?

Une fois la méthode contractuelle choisie, l'opérateur public peut prévoir dans le contrat des clauses garantissant la qualité des informations distribuées. Il y a même l'argument qu'il y a une obligation de l'État de veiller sur la qualité des informations pour lesquelles l'État est l'auteur (au sens large).

10) Fait-il jouer un droit d'auteur ou un droit équivalent lors de la mise à disposition des données ?

La réponse est contenue dans l'Art. 5 de la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur).

Cette question du droit d'auteur n'a aucune relation avec la question de la gratuité.

11) En contrepoint, l'administration pratique-t-elle une diffusion gratuite des données ? Si oui, laquelle ?

Pour les lois et la jurisprudence, l'administration a commencé à pratiquer partiellement une diffusion gratuite des données. Ceci est vrai par exemple pour un sous-ensemble de la législation fédérale (www.staat-modern.de/gesetze/uebersicht/index.html). La Cour constitutionnelle fédérale publie en coopération avec l'Institut d'informatique et droit de

Sarrebruck tous ses arrêts gratuitement sur internet (<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>) Les autres cours suprêmes sont en train de suivre : une liste exhaustive sur ces activités des cours est présentée dans le cadre du web juridique de Sarrebruck sous <http://www.jura.uni-sb.de/internet/gericht.html>.

12) La diffusion de l'information des données a-t-elle suscité des décisions sur le terrain du droit de la concurrence ? Pouvez-vous développer ?

Il y a des décisions sur le terrain du droit de la concurrence pour des activités économiques de l'État se trouvant en concurrence avec des activités économiques d'entreprises privées. Mais pour la diffusion de l'information des données spécialement, il n'y a pas (à ma connaissance) de décisions.

Annexe 3.1 – Convention de production

Convention de coproduction

Entre

Le Centre National de la Recherche Scientifique, établissement public à caractère scientifique et technologique, 3 rue Michel-Ange - 75794 Paris Cedex 16, ci-après désigné CNRS, représenté par sa directrice, laquelle a délégué sa signature pour la présente convention à Madame, déléguée régional Paris A, le CNRS agissant tant en son nom qu'au nom et pour le compte de l'unité propre de service CNRS Images/media.

Et

Xxxxxxxxxx xxxxxxxx, SARL au capital de xxxxxx FRF, inscrite au registre du commerce de Xxxxxxx sous le n° X 000 000 000, dont le siège social est situé à Xxxxxx, et représentée par Xxxx Xxxxxxx, son gérant, ci-après dénommé le producteur délégué.

Il a été arrêté et convenu ce qui suit :

Art 1^{er} - **Objet de la convention**

Le producteur délégué XX et le CNRS Images Média produisent en commun un film intitulé :

XXX

Par coproduction, il convient d'entendre le financement en commun du film qui sera considéré comme achevé après établissement de la copie définitive d'un commun accord entre les parties et les réalisateurs.

Les caractéristiques de ce film sont les suivantes :

Nature : documentaire scientifique

Durée : xx minutes

Réalisateur : Xxxxxx Xxxxxxx

Support : xxxxxxxxx

Premier diffuseur national : Xxxxx

Deuxième diffuseur national : Xxxxxx

Date de diffusion : xxxxxxxxxxx

Il est entendu que la présente convention ne constitue en aucune façon une société au sens de la législation française et que chacune des parties reste responsable des engagements pris par elle envers les tiers.

Art 2 - **Participation du CNRS**

Le CNRS participe à la production de ce film dans les conditions suivantes:

Il apporte une assistance-conseil en identifiant les laboratoires et les chercheurs susceptibles d'intervenir dans la collection et assume le rôle de conseil scientifique de l'œuvre comme stipulé à l'article 4.

Il met à disposition un ou plusieurs salariés permanents du CNRS Images Média qui, en fonction de leur plan de charge, participeront à la réalisation de ce film. En cas d'indisponibilité des agents, il pourra être fait appel à des collaborateurs extérieurs.

Le montant de la participation du CNRS, telle qu'elle est décrite ci-dessus s'élève à la somme de xxxxxx francs HT augmentée de la TVA au taux en vigueur.

Il apporte également une participation en numéraire de xxxxxx francs HT augmentée de la TVA au taux en vigueur.

Le CNRS met à disposition son fonds d'images d'archives scientifiques tel que défini en annexe 1. Il met à disposition un ou plusieurs salariés permanents du CNRS qui participeront à la recherche documentaire. Le CNRS prend à sa charge les frais de prêt et de reproduction.

Le montant de la participation du CNRS telle qu'elle est décrite ci-dessus, s'élève à la somme de xxxxxx francs augmentée de la TVA au taux en vigueur.

Le montant de la participation totale du CNRS s'élève à la somme de xxxxxx francs augmentée de la TVA au taux en vigueur.

Dans le cas où la participation financière du CNRS serait augmentée d'un nouvel apport, cette contribution supplémentaire ferait l'objet d'un avenant à la présente convention.

XXXX (nom du producteur délégué) garantit le financement de la totalité du budget restant.

Art 3 - Responsabilité du producteur délégué

Le producteur délégué assume la responsabilité ainsi que la gestion de la production et garantit la bonne fin de celle-ci dans le cadre du devis accepté, sauf cas de force majeure.

Le producteur délégué s'engage à respecter dans la réalisation finale le point de vue scientifique contenu dans le synopsis et la note d'intention et à le faire valider par le Conseil scientifique du CNRS comme stipulé à l'article 4.

Le producteur délégué déclare avoir acquis les droits exclusifs de reproduction, de représentation et d'exploitation audiovisuelle de l'œuvre auprès de l'auteur.

Le producteur délégué garantit le CNRS contre tout recours ou action que pourraient former à titre quelconque les auteurs et leurs ayants droits, éditeurs réalisateurs ou exécutants et, d'une manière générale, toute personne ayant participé directement et indirectement à la production ou à la réalisation de l'œuvre relativement à leurs droits d'exploitation, sous réserve du respect par le CNRS des dispositions du présent contrat.

Il en sera de même pour toute personne physique ou morale qui, n'ayant pas participé à la production ou la réalisation, estimerait avoir des droits quelconques à faire valoir sur tout ou partie de l'œuvre.

Le producteur délégué s'engage à valoriser les recherches du CNRS aussi souvent que l'instruction des dossiers et la réalisation du film le permettront. Les noms des chercheurs du CNRS seront mentionnés en sous-titre de leur appartenance au CNRS.

Art 4 – Conseil scientifique

Monsieur xxxxxxxxxxx, (fonction) au CNRS assurera le conseil scientifique. Ce conseil scientifique, s'exercera en coordination avec CNRS Images Média tout au long de la production, de la conception du scénario à la finalisation du film. Notamment, le commentaire du film et le générique devront lui être soumis avant l'enregistrement. CNRS Images Média recevra, par ailleurs, une cassette VHS lui permettant de donner son accord définitif avant conformation et mixage.

Art 5 – Adaptation du film

Tout établissement d'une adaptation du film et sur quelque support que ce soit connu ou inconnu à ce jour fera l'objet d'un accord préalable écrit entre les parties ainsi que du suivi scientifique du CNRS.

Art 6 - Durée

La présente convention entrera en vigueur à la date de signature de présent contrat pour se poursuivre aussi longtemps que l'œuvre pourra être exploitée pour le compte commun dans une quelconque de ses présentations ou versions, et en tout état de cause pour la durée des droits d'auteurs acquis ou à acquérir y compris toute prorogation légale ou conventionnelle.

Art 7 - Droits et recettes du CNRS

Conformément à l'annexe du contrat, le devis prévisionnel du film a été arrêté à la somme de xxxxxxxx francs HT augmentée de la TVA au taux en vigueur. Le CNRS reçoit un pourcentage de --% sur toutes les recettes nettes provenant de l'exploitation du documentaire.

Il faut entendre par recettes nettes, l'ensemble des recettes hors taxes, encaissées par le producteur délégué et provenant de l'exploitation, diminué de la commission d'intervention fixée à 30% pour la France et 35% pour le reste du monde, et des frais d'exploitation habituels tels que notamment matériel, doublage, frais de douane et de transports, rémunérations complémentaires dues aux auteurs et autres ayants droit, publicité, frais de promotion comprenant notamment les frais déboursés pour les festivals. Le producteur délégué s'engage à adresser au CNRS dans les trente jours suivant l'expiration de l'année civile, à compter de la première exploitation du film, un relevé détaillé faisant apparaître les différentes recettes encaissées par lui, brutes et nettes, ainsi que tous les frais et dépenses afférant à l'exploitation au cours de la période considérée, accompagné de la part des recettes revenant au CNRS.

Les sommes correspondant à ces recettes HT, augmentées de la TVA au taux en vigueur, devront être versées à l'ordre de l'agent comptable secondaire.

Le CNRS disposera des droits d'exploitation non commerciale, non exclusive, sur tous supports, dans tous pays, dans ses circuits habituels de diffusion et dans les manifestations scientifiques culturelles ou de prestige

qu'il organise et auxquelles il participe, ainsi que dans sa vidéothèque sous forme de prêt, vente ou location.

Le document pourra être inscrit au catalogue du CNRS et à ce titre proposé aux différents concours et festivals nationaux et internationaux en coordination avec le producteur délégué afin d'harmoniser les actions promotionnelles respectives des deux parties.

Pour l'exercice des droits qui lui sont conférés par la présente convention, le CNRS disposera d'une copie Betacam du film, et pourra faire procéder à ses frais à autant de copies qu'il le jugera utile pour les besoins de la dite exploitation.

Art 8 - Dépôt légal

Les formalités du dépôt légal seront effectuées par le producteur délégué.

Art 9 - Génériques, copyright, mentions diverses

Les génériques de début et de fin doivent faire l'objet d'une approbation préalable écrite du CNRS et ne pourront ensuite être modifiés sans son accord.

Le CNRS Images Média sera mentionné dans le générique de début et de fin ainsi que dans tous les documents et dossiers de présentation du film en tant que coproducteur.

Le copyright devra mentionner les noms des deux coproducteurs.

Les parties s'engagent réciproquement à faire figurer les noms des deux coproducteurs à l'occasion de toute information ou publicité concernant le film.

Les images d'archives devront être mentionnées au générique de fin et comporter les mentions suivantes : titre et nom de l'auteur-réalisateur.

Art 10 - Rétrocession

Les parties pourront céder tout ou partie des droits et des obligations résultant du présent contrat à un tiers, sous réserve d'obtenir l'accord de l'autre partie qui bénéficiera d'un droit de préemption. Elle pourra l'exercer dans un délai d'un mois à compter de la lettre de demande d'accord, et ce par lettre recommandée avec accusé de réception. À défaut de réponse au terme de ce délai d'un mois, l'accord sera réputé acquis. Chacune des parties restera néanmoins garante vis-à-vis de l'autre de la bonne exécution par ce tiers des obligations prévues à la présente convention.

Art 11 - Résiliation

En cas d'inexécution par l'une ou l'autre des parties de l'une quelconque des obligations prévues au contrat, et trois semaines après la première présentation d'une lettre recommandée avec accusé de réception de mise en demeure de s'exécuter, demeurée infructueuse, la présente convention serait si bon semble à l'autre partie, résiliée de plein droit sans formalité

judiciaire, aux torts exclusifs de la partie défaillante, et ce sans préjudice de tous dommages et intérêts.

Art.12 - Attribution de juridiction

En tant que de besoin, les parties font attribution expresse de compétence aux juridictions de Paris.

Art 13- Election de domicile

À l'effet des présentes, les parties font élection de domicile aux adresses données en tête du présent contrat.

Fait à Ivry-sur-Seine, le

En deux exemplaires originaux

**Annexe 3.2 – Contrat de cession de droits de reproduction
et de représentation**

Contrat de cession de droits de reproduction et de représentation

Entre

Le Centre national de la recherche scientifique, établissement public scientifique et technologique, domicilié 3 rue Michel-Ange, 75794 Paris Cedex 16, représenté par son Directeur général, et par délégation Madame, Déléguée régionale, ci-après dénommé le CNRS (CNRS Diffusion Vidéotheque-Phototheque)

d'une part,

Et

XXXXX

d'autre part,

Il a été arrêté et convenu ce qui suit :

Article 1 - Objet du contrat

Le CNRS (CNRS Diffusion Vidéotheque-Phototheque) autorise le contractant, qui accepte, à utiliser les images extraites des films mentionnées en annexe du présent contrat (XXX sources).

Ces extraits d'une durée totale de XXX minutes et XXX secondes seront insérés dans une production audiovisuelle d'une durée totale de XXX minutes environ destinée XXXXXX

Article 2 - Étendue des droits cédés

Le CNRS (CNRS Diffusion Vidéotheque-Phototheque) cède au contractant les droits non exclusifs de reproduction et de représentation des extraits pour insertion dans un vidéogramme à usage XXX

Les droits sont cédés pour une durée de XXX ans.

Cette cession exclut formellement toute autre forme d'utilisation.

Article 3 - Garanties

Le CNRS (CNRS Diffusion Vidéotheque-Phototheque) déclare qu'il a qualité pour céder au contractant les droits définis dans le présent contrat.

Article 4 - Rémunération

La cession des droits définis en articles 1 et 2 du présent contrat est effectuée à titre gracieux.

En contrepartie, le CNRS dispose des droits d'exploitation non exclusifs du document pour le prêt, la vente et les cessions de droits en circuit non commercial (écoles, musées, universités, organismes de recherche, etc.).

Article 5 - Générique

Le contractant s'engage à faire figurer au générique la mention suivante :

« Extraits de films et archives : CNRS Diffusion Vidéotheque-
Phototheque »

Article 6 - Remise de cassette

Le contractant remettra au CNRS (CNRS Diffusion Vidéotheque-
Phototheque) une cassette Beta SP du programme, afin que celui-ci puisse
exercer les droits dont il dispose.

Article 7 - Durée

La présente convention entrera en vigueur à la date de signature du présent
contrat pour se poursuivre aussi longtemps que l'œuvre pourra être
exploitée pour le compte commun dans une quelconque de ses présentations
ou versions, et en tout état de cause pour la durée des droits d'auteurs
acquis.

Article 8 - Compétence juridictionnelle

Tout litige né de l'interprétation ou de l'exécution du présent contrat, à
défaut d'accord amiable entre les parties, sera soumis à l'appréciation des
tribunaux compétents de Paris.

Annexe 1/1 : Séquences des films du CNRS utilisées

