

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La directive 2003/98 du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public

Poupaert, Nathalie

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poupaert, N 2004, 'La directive 2003/98 du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 19, p. 29-50.

General rights

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

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

Take down policy

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

La directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public

Nathalie POUPAERT¹ et Katleen JANSSEN²

Introduction

Dans l'exercice de leur mission, les administrations publiques sont amenées à collecter de grandes quantités d'informations³. Ces informations jouent un rôle fondamental dans notre société contemporaine. Elles sont très importantes pour la vie économique et sociale. En outre, afin d'être capable de participer pleinement à la société démocratique, le citoyen doit disposer des éléments d'information nécessaires pour prendre ses décisions d'une façon pleinement informée. L'offre d'informations du secteur public, notamment via Internet pourrait faciliter les relations des citoyens et des entreprises avec les administrations publiques et pourrait également renforcer leur participation au processus démocratique.

Cependant, cette valeur démocratique, bien qu'elle soit indispensable pour le fonctionnement convenable de la société, n'est pas la seule caractéristique des informations du secteur public. En effet, elles sont une ressource essentielle pour l'activité économique et le bon fonctionnement du marché intérieur. La technologie informatique a en-

traîné des possibilités sans précédent pour combiner des données provenant de sources différentes et en faire des produits et des services à valeur ajoutée⁴. Les informations du secteur public constituent une matière première excellente pour ce type de produits et services. Selon la Commission européenne, des recherches ont démontré que 15 à 25 % des données relatives au commerce électronique proviennent d'informations émanant du secteur public. Ce facteur important est susceptible de croissance considérable et peut devenir déterminant pour le développement du secteur du contenu⁵.

Toutefois, les rêves d'avenir d'une industrie de l'information prospère fondée sur les données du secteur public sont loin de se réaliser. L'industrie de l'information n'a pas pu mettre pleinement à profit ces ressources publiques. Le marché des produits et services d'information à valeur ajoutée demeure loin en arrière de son potentiel. Cette exploitation partielle des possibilités infinies des informations du secteur public est engendrée par plusieurs facteurs,

1. Chercheuse au CRID – F.U.N.D.P.

2. Chercheuse à l'ICRI – K.U.Leuven.

3. Il s'agit par exemple des informations commerciales, juridiques, géographiques, scientifiques, culturelles, etc.

4. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, COM(2002) 207 final, 2. [ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/acte_fr.pdf](http://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/acte_fr.pdf).

5. Le secteur du contenu était estimé en 2001 à 433 milliards EUR, soit 5% du P.I.B. européen (Commission des Communautés européennes, « eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public », communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au comité économique et social et au comité des régions, COM (2001) 607 final, 4.).

tels les différences dans les délais de réponse, les refus de transmettre de l'information dans un format numérique, les contrats d'exclusivité entre des entreprises publiques et privées, les grandes différences de tarification, etc.

Tous ces facteurs sont en effet des indicateurs du vrai problème qui est sous-jacent : le manque de transparence et les divergences entre les conditions d'exploitation des informations du secteur public entre les différents États membres de l'Union européenne. Les conditions pour la réutilisation des informations du secteur public divergent sensiblement d'un État membre à l'autre, ce qui entrave le développement des produits et services d'information à valeur ajoutée paneuropéens. En général, à défaut de transparence concernant les conditions de réutilisation des données publiques, les entreprises n'ont pas tendance à s'aventurer sur le marché de l'information.

En Belgique, notamment, il n'y a pas de vrai cadre législatif ou juridique consacré à la réutilisation. Cela a pour conséquence que chaque entreprise dépend de la bienveillance de l'administration publique concernée. Dans cette hypothèse, la seule base pour la réutilisation est la négociation avec cet organisme. Cette situation donne lieu à des incertitudes et une confusion entravant la production des produits et services d'information à valeur ajoutée. Une situation comparable à l'échelle de l'Union européenne engendrerait probablement un réel chaos.

Cette évolution limitée du marché européen de l'information est perceptible non seulement dans les différences

entre les règles et les pratiques des États membres, mais également notamment sur le plan de la concurrence entre l'industrie de l'information européenne et son homologue américaine. Aux États-Unis, du moins au niveau fédéral, le cadre législatif clair et simple a permis à l'industrie de l'information de se développer et d'assembler des produits et des services à valeur ajoutée basés sur des données publiques⁶. Les citoyens et les entreprises bénéficient d'un droit d'accès étendu à ces informations par des moyens électroniques et peuvent largement les réutiliser à des fins commerciales. Il n'y a pas de droit d'auteur sur l'information émanant du secteur public, ni de restrictions à sa réutilisation. De plus, les frais de réutilisation sont limités à un coût marginal de reproduction et de dissémination.

La directive concernant la réutilisation des informations du secteur public a été approuvée par le Parlement et le Conseil le 17 novembre 2003⁷. Tout en reconnaissant l'importance démocratique de ces informations, la directive se focalise davantage sur les aspects économiques liés au marché intérieur de ces informations. Elle propose une série d'actions visant à surmonter les barrières commerciales qui existent au niveau européen et s'intéresse en particulier à la question de l'exploitation économique des informations du secteur public. Les auteurs de la directive ont clairement eu pour objectif économique d'encourager la réutilisation des informations du secteur public, afin de stimuler leur exploitation transfrontalière et d'améliorer la position concurrentielle européenne sur le marché d'information face au marché américain.

6. La taille du marché de l'information américain est estimée à cinq fois celle du marché de l'Union européenne (« Europe 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public », *op. cit.*)
7. Directive 2003/98 du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *J.O.C.E.*, n° L 345, 31 décembre 2003, p. 90. http://europa.eu.int/eur-lex/fr/oi/dat/2003/l_345/l_34520031231fr00900096.pdf.

La directive sur la réutilisation est l'aboutissement d'un long processus de réflexion entamé dans les années quatre-vingts par la Commission européenne alors que celle-ci commençait à se rendre compte de la valeur économique des informations du secteur public. En 1989, la Commission a édité les *Lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et secteur privé sur le marché de l'information*⁸. Pour la première fois, la Commission essayait d'encourager les États membres à faciliter la réutilisation des données publiques afin de mettre autant que possible les informations à la disposition du secteur privé. Les *Lignes directrices* n'ont pas eu beaucoup de succès dans la mesure où elles ne formulaient que des conseils et ne contenaient aucune obligation pour les participants du marché de l'information. De plus, les *Lignes directrices* n'étaient pas assez connues par les États membres, les administrations ainsi que l'industrie pour avoir un véritable effet. Un autre instrument juridique semblait dès lors indispensable⁹.

En 1998, la Commission européenne a publié le *Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information*. Le *Livre vert* se bornait à énumérer un certain nombre de questions clés en vue de définir un cadre législatif pour la réutilisation. Les questions envisagées étaient notamment celles de la définition de l'information du secteur public, la tarification, les droits d'auteur et les données personnelles¹⁰.

Le *Livre vert* a été très bien accueilli par les États membres, les administrations, les organisations citoyennes ainsi que par l'industrie de l'information¹¹. Toutefois, sa publication a été à nouveau suivie d'une période calme, de presque trois années cette fois.

En octobre 2001, la Commission a lancé une consultation, sous la forme d'une communication¹² dans le cadre du programme « eEurope »¹³. Cette communication identifie un nombre de barrières pour le marché de l'information européen et propose quelques principes généraux concernant la réutilisa-

8. <http://europa.eu.int/ISPO/legal/fr/acces/synergie.html>.

9. La commission européenne avait pourtant commandé quelques études sur les effets des Lignes directrices entre 1991 et 1995. Ces études *Publaw* concluaient que l'impact des Lignes directrices était insuffisant et qu'une étude plus approfondie était nécessaire pour bien saisir la complexité du sujet (<http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/publaw/publaw.html>).

10. Commission des Communautés européennes, « L'information émanant du secteur public : une ressource clef pour l'Europe », Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information, COM (1998) 585. ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_fr.pdf.

11. Le *Livre vert* a recueilli plus de 180 réactions, qui comprenaient des commentaires de tous les acteurs concernés. En mai 1999, une audition publique a eu lieu à Bruxelles.

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

13. L'initiative « eEurope » a été lancée en décembre 1999 dans le but de garantir que l'Union européenne « tire pleinement parti, pour les générations futures, des évolutions liées à la société de l'information ». Les objectifs clés étaient de faire entrer tous les citoyens, foyers, entreprises, écoles et administrations dans l'ère numérique et leur donner un accès en ligne ainsi que d'introduire en Europe une culture numérique soutenue par un esprit d'entreprise favorable au financement et au développement de nouvelles idées. Il était également question de veiller à ce que l'ensemble de ce processus ait une vocation d'intégration sociale, suscite la confiance du consommateur et renforce la cohésion sociale. Une des actions prioritaires, selon la Commission, était d'assurer que tous les gouvernements de l'Union européenne soient en ligne, et qu'au moins quatre types essentiels de données publiques soient facilement accessibles, à savoir : les informations juridiques et administratives, les informations culturelles, les informations sur l'environnement et les données en temps réel sur les conditions de circulation et les encombrement (http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2002/news_library/pdf_files/french.pdf).

tion des informations du secteur public. Le point de départ de l'argumentation de la Commission était que toute information émanant du secteur public qui était « généralement accessible » devait pouvoir être réutilisée à des fins commerciales. Toutefois la Commission n'a pas pris la peine de définir la notion de « généralement accessible ». Cette communication fut suivie par un document de travail dépeignant quel-

ques formules juridiques relatives à la régularisation de la réutilisation des documents du secteur public¹⁴. Une des questions de ce document de travail était celle de la détermination de l'instrument juridique le mieux adapté à cette régularisation. La majorité des organismes consultés étaient en faveur d'une directive. Une première proposition de directive a été publiée par la Commission le 5 juin 2002¹⁵.

La directive concernant la réutilisation des informations du secteur public

1. Introduction

La directive a été élaborée selon la procédure de codécision. Les discussions entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil ont duré presque un an et demi. Durant cette période, les divergences de vues entre les approches du Conseil et du Parlement et de la Commission se sont véritablement fait sentir. Le point de vue de la Commission en ce qui concerne le principe général était beaucoup plus réservé que celui du Conseil et surtout du Parlement européen. Selon le Parlement, tous les documents du secteur public généralement accessibles devraient être disponibles en vue d'une réutilisation par le secteur privé¹⁶. Par contre, la Commission était plus favorable à ce que la décision reste dans le chef des États membres et des organismes du secteur public. L'analyse de la directive développée dans les lignes qui suivent mettra en évidence le fait

que la vision de la Commission a été largement suivie.

2. Objet et champ d'application de la directive

L'objectif de la directive est de fixer un ensemble minimal de règles concernant la réutilisation et les moyens pratiques destinés à faciliter la réutilisation de documents existants détenus par des organismes du secteur public des États membres¹⁷. Les institutions européennes visent à stimuler la réutilisation des informations du secteur public afin de créer de vrais produits et services d'information paneuropéens et de développer l'industrie de l'information face à la concurrence américaine. À cet égard, le développement des services de contenu sans fil joue un rôle particulièrement important¹⁸.

Dans cet ordre d'idées, il est relativement étonnant de constater que la

14. http://www.cordis.lu/econtent/psi/psi_actions.htm.

15. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, COM (2002) 207 final.

16. Avis du parlement sur la proposition de directive. <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0025+0+NOT+XML+V0//FR>.

17. Article 1^{er}.

18. Considérant 5.

liste des informations pour lesquelles la directive ne s'applique pas contient des catégories d'informations assez larges – ou plus exactement : des catégories de documents¹⁹ – qui représentent pourtant des trésors pour l'industrie de l'information.

Il s'agit par exemple des documents dont la fourniture est une activité qui ne relève pas de la mission de service public dévolue aux organismes du secteur public concernés en vertu de la loi ou d'autres règles contraignantes en vigueur dans l'État membre ou, en l'absence de telles règles, en vertu des pratiques administratives courantes dans l'État membre concerné²⁰. Cette exception ne limite pas seulement le champ d'application. Elle indique également que les institutions européennes sont favorables à ce que les organismes du secteur public puissent exercer des activités commerciales parallèlement à leur mission de service public. La directive, ainsi que nous le verrons ci-dessous, impose certaines conditions à l'exercice de ces activités commerciales.

Une autre exception prévue par la directive fait référence au régime de l'accès aux informations du secteur public²¹. D'une part, la directive s'appuie sur les règles d'accès en vigueur dans les États membres et ne les affecte en rien. D'autre part, la directive stipule qu'elle ne s'applique pas « aux documents qui, conformément aux règles d'accès en vigueur dans les États membres, ne sont pas accessibles, y compris pour des motifs de protection de la sécurité nationale (autrement dit, la sûreté de l'État), de défense ou de sécurité publique et de confidentialité des données

statistiques ou des informations commerciales ». À première vue, il serait envisageable de supposer que le champ d'application de la directive est le même que celui du droit d'accès. À notre avis, cette conclusion est trop recherchée. La directive a son propre champ d'application, avec ses propres exceptions. Le seul fait que la législation d'accès ne s'applique pas à un document ne signifie pas automatiquement que la directive ne va pas s'appliquer. En effet, le considérant 16 de la directive fait référence aux « documents généralement disponibles qui sont détenus par le secteur public – non seulement par la filière politique, mais également par la filière judiciaire et la filière administrative ». Par contre, ne sont pas disponibles pour réutilisation les documents qui, conformément aux règles d'accès, ne sont pas accessibles. Cela va de soi : ce qu'on ne peut pas voir, on ne peut certainement pas le réutiliser.

L'exception la plus remarquable est certainement celle relative aux documents détenus par les radiodiffuseurs de service public²², les établissements d'enseignement et de recherche²³, et les établissements culturels²⁴. Il s'agit de types de données qui attirent fréquemment l'attention de l'industrie de l'information. Il convient à raison de se demander pourquoi ils sont inclus dans la liste des exceptions. Il semble que cette exception puisse être attribuée à certains groupements d'intérêts des secteurs concernés qui ont fait véritablement pression sur la Commission. En effet, plutôt que recevoir des subventions de l'État, nombre d'institutions culturelles doivent désormais veiller à se procu-

19. Cf. *infra*, point 3.3.

20. Article 1^{er}, § 2, a.

21. Article 1^{er}, § 2, c.

22. Article 1^{er}, § 2, d.

23. Notamment des écoles, des universités, des archives, des bibliothèques, des instituts de recherche, y compris, le cas échéant, des organisations créées pour le transfert des résultats de la recherche (article 1^{er}, § 2, e).

24. Notamment des musées, des bibliothèques, des archives, des orchestres, des opéras, des ballets et des théâtres (article 1^{er}, § 2, f).

rer des ressources financières elles-mêmes au moins partiellement, par la vente des produits d'information à valeur ajoutée, comme des catalogues ou des posters.

Les documents sur lesquels des tiers détiennent les droits de propriété intellectuelle sont aussi exclus du champ d'application de la directive²⁵. Cela va de soi dans la mesure où toute autre décision aurait conduit à une violation des droits de ces tiers. La directive stipule que les obligations imposées ne s'appliquent que dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions des accords internationaux sur la protection des droits de propriété intellectuelle, notamment la Convention de Berne et l'accord TRIPs^{26,27}. Toutefois, bien que cette exclusion soit nécessaire, elle limite considérablement les possibilités de réutilisation de ces documents. Il aurait été possible d'envisager que les organismes du secteur public laissent les titulaires des droits intellectuels sur des documents en possession d'un organisme du secteur public les transférer à l'organisme. Cela entraîne néanmoins une série d'autres problèmes, notamment concernant les rétributions relatives à ces transferts²⁸.

Nous pouvons remarquer que la directive n'exclut pas les documents sur lesquels les organismes du secteur public possèdent eux-mêmes les droits de propriété intellectuelle. Est-ce que cela signifie que les organismes du secteur

public ne peuvent pas invoquer leurs propres droits de propriété intellectuelle afin de refuser les demandes de réutilisation²⁹ ?

3. Définitions

L'article 2 de la directive contient les définitions de quelques concepts clés du cadre législatif. Il s'agit d'abord de la notion d'*organisme du secteur public*. La portée de cette notion est essentielle pour le succès de la directive et des législations nationales de transposition de la directive. Un organisme du secteur public est défini comme « l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ». Un organisme de droit public est à son tour « tout organisme a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, b) doté de la personnalité juridique, et c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

25. Article 1^{er}, § 2, b.

26. Article 1.5.

27. « Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights », annexe 1, c, de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994. http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm.

28. L'organisme public devra bien entendu dans cette hypothèse récompenser les titulaires pour le transfert de leurs droits. Cette compensation peut prendre la forme d'une somme payée en une fois ou d'une rétribution pour chaque demande de réutilisation de l'information concernée. Quoi qu'il en soit, le transfert des droits va mener à des négociations extensives ou à des règles relativement compliquées.

29. La situation concernant les droits de propriété intellectuelle du secteur public est réglementée différemment dans les différents pays de l'Union européenne. Dans certains États membres, les documents officiels, comme les lois, les documents préparatoires ou la jurisprudence ne sont pas protégés par des droits de propriété intellectuelle. Dans d'autres États membres, tous les documents du secteur public sont protégés par des droits de propriété intellectuelle. Il est possible d'arguer à cet égard que les organismes du secteur public se rendent coupable d'un abus de droit s'ils invoquent leurs droits de propriété intellectuelle comme seule raison de refuser les demandes de réutilisation. On peut considérer que l'absence de référence aux droits de propriété intellectuelle dans la directive cadre avec cette théorie.

L'application pratique de cette définition sera donc particulièrement importante. Est-ce qu'elle englobe, outre les organismes du secteur public évidents comme les ministères, les provinces ou les communes, les compagnies des eaux, les organisations comme l'O.N.E., la S.N.C.B., le Forem, etc. ? L'application est effectuée par chaque État membre. Si les pratiques propres aux États membres s'avèrent être divergentes, cela pourrait limiter l'impact harmonisant de la directive. La directive a exclu d'emblée un certain nombre d'organismes tels les universités, les musées, les orchestres, etc.

La directive définit la notion de *document* comme étant « tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) ou toute partie de ce contenu ». Cette définition générique a été introduite en tenant compte de l'évolution de la société de l'information³⁰. On peut se demander pourquoi le titre de la directive parle des *informations* du secteur public alors qu'au niveau de son contenu la notion d'information n'est plus mentionnée et le terme « document » est utilisé. En se rappelant quelques discussions antérieures concernant la différence entre des systèmes de documents et des systèmes d'informations³¹, on peut se demander si la Commission avait une intention spéciale en utilisant le mot « document ». Dans les documents préparatoires, le Parlement a proposé de remplacer le mot « document » par « information », mais la version finale de la directive s'est alignée sur la pre-

mière version. Cependant, la différence ne semble pas tellement importante car la définition de la notion de document est assez large pour englober toute l'information du secteur public. Néanmoins, le choix des mots est regrettable.

La réutilisation est décrite comme étant « l'utilisation par des personnes physiques ou morales de documents détenus par des organismes du secteur public, à des fins commerciales ou non commerciales autres que l'objectif initial de la mission de service public pour lequel les documents ont été produits. L'échange de documents entre des organismes du secteur public aux seules fins de l'exercice de leur mission de service public ne constitue pas une réutilisation ». La directive concerne aussi bien la réutilisation commerciale que non commerciale. Toutefois les auteurs de la directive visent avant tout l'industrie de l'information et les produits et services d'information à valeur ajoutée qui utilisent les informations du secteur public comme matière première. Par ailleurs, la directive ne s'adresse pas uniquement au secteur privé. En effet, l'utilisation par les organismes publics de leurs propres données pour des activités commerciales tombe également dans le champ d'application de cette définition de la directive.

4. Principe général

Le principe général de la directive est fixé dans son article 3 : « les États membres veillent à ce que, lorsque la

30. Considérant 11.

31. Ce choix des mots pourrait indiquer l'option prise par les institutions européennes pour un système des documents au lieu d'un système des informations, une terminologie que nous pouvons associer au cadre juridique de l'accès aux documents du secteur public. Dans le système des documents, les demandes peuvent seulement concerner des documents existants dans les institutions du secteur public, tandis que dans le système des informations, les requêtes peuvent concerner non seulement des documents existants mais également une question spécifique pour laquelle l'institution concernée devra rassembler des informations de sources différentes. Ce système demande beaucoup plus d'efforts de la part des institutions du secteur public. Le choix de la Commission est confirmé par l'absence d'obligation de créer des nouveaux documents à la demande d'une entreprise (article 5).

réutilisation de documents détenus par des organismes du secteur public est autorisée, ces documents puissent être réutilisés à des fins commerciales ou non commerciales conformément aux conditions définies aux chapitres III et IV. Si possible, les documents sont mis à la disposition du public sous forme électronique ».

Ainsi, la directive ne contient aucune obligation d'autoriser la réutilisation de documents. La décision d'autoriser ou non la réutilisation est laissée à l'appréciation des États membres ou de l'organisme du secteur public concerné. La directive demande seulement aux États membres de stimuler leurs organismes du secteur public à mettre leurs documents à la disposition du secteur privé. Le Parlement européen a tenté, par le biais de ses amendements, d'élargir ce principe général, en proposant une vraie obligation pour les organismes d'autoriser la réutilisation de toutes les informations (au lieu de « tous les documents ») qui étaient accessibles à tous³². Les auteurs de la directive n'ont pas suivi le Parlement et ont choisi la voie la moins contestée, à savoir laisser la décision ultime aux États membres ou aux organismes du secteur public. Cette décision pourrait limiter considérablement l'impact de la directive sur le marché de l'information. En fait, lorsqu'on combine cette approche libérale aux règles relatives à la tarification, l'effet de la directive sur le marché paneuropéen de l'information et la position concurrentielle de l'Union européenne face aux États-Unis sera vraisemblablement minime.

5. Exigences applicables au traitement des demandes de réutilisation

a. Le délai de traitement des demandes

Dans la mesure du possible, les organismes du secteur public doivent traiter les demandes de réutilisation et mettre le document à la disposition du demandeur ou offrir une licence définitive dans un délai raisonnable qui correspond au délai de réponse applicable aux demandes d'accès aux documents³³. En Belgique, le délai de réponse imposé par les législations fédérale, bruxelloise et wallonne est de trente jours³⁴. Le décret de la Communauté flamande a fixé un délai de quinze jours³⁵.

S'il n'est pas prévu de limite dans le temps ou d'autres règles régissant la mise à disposition des documents dans un délai spécifique, les organismes du secteur public doivent traiter la demande et fournir le document au demandeur ou offrir une licence dans un délai maximal de vingt jours ouvrables à compter de la réception de la demande.

La spécificité du type d'informations peut influencer le caractère raisonnable du délai. Par exemple, en ce qui concerne des produits ou services relatif à l'information sur la circulation, évidemment, un délai de vingt jours enlève toute utilité à cette information. Par conséquent, selon le considérant 12 de la directive « les organismes du secteur public devraient mettre les documents à disposition dans un délai permettant

32. Les informations qui sont accessibles à tous sont les informations qui sont accessibles sur la base des règles d'accès en vigueur dans les États membres (<http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0025+0+NOT+XML+VO//FR>).

33. Articles 4.1 et 4.2.

34. Article 6, § 5, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, M.B., 30 juin 1994 ; article 12 de l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, M.B., 23 juin 1995 ; article 6, § 5, du décret wallon du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, M.B., 28 juin 1995.

35. Article 11, § 3, du décret flamand du 18 mai 1999 relatif à la publicité de l'administration, M.B., 19 juin 1999.

d'exploiter pleinement leur potentiel économique. Cela est particulièrement important pour le contenu dynamique des informations (par exemple, informations sur la circulation) dont la valeur économique dépend de la mise à disposition immédiate et d'une mise à jour régulière ».

b. La motivation du refus

En cas de décision négative, les organismes du secteur public doivent communiquer au demandeur les raisons de ce refus³⁶. Ces raisons peuvent être fondées sur les dispositions nationales adoptées conformément à la directive³⁷ ou sur les dispositions applicables selon le régime d'accès en vigueur dans l'État membre concerné. Toute décision négative doit faire mention des voies de recours dont dispose le demandeur pour contester cette décision³⁸. Cette disposition démontre l'importance de la directive, malgré le défaut d'obligation pour les États membres d'autoriser la réutilisation de leurs informations. Les entreprises qui veulent obtenir des informations du secteur public ne doivent plus dépendre d'accords *ad hoc* avec les organismes concernés. Au contraire, ils ont un cadre législatif transparent à respecter.

6. Conditions de réutilisation

a. Formats disponibles

En ce qui concerne le format dans lequel les documents sont mis à disposi-

tion, la directive indique que « les organismes du secteur public mettent leurs documents à la disposition du public dans tout format ou toute langue préexistants, si possible et s'il y a lieu sous forme électronique »³⁹.

L'idée qui sous-tend la direction prise par la directive en ce qui concerne les formats de mise à disposition est l'amélioration des possibilités de réutilisation. En effet, imposer la numérisation des documents papiers serait probablement contre-productif car cela impliquerait de nombreuses démarches techniques. Le format électronique est bien entendu préconisé et privilégié mais aucune obligation d'utiliser ce format n'est prévue. Par conséquent, les organismes du secteur public doivent mettre leurs documents à la disposition du public dans tout format ou toute langue préexistants et seulement « si possible et s'il y a lieu » sous forme électronique.

Par ailleurs, la directive dispose qu'aucune obligation n'est faite aux organismes du secteur public de créer ou d'adapter des documents pour répondre à la demande, ni de fournir des extraits de documents, lorsque cela entraîne des efforts disproportionnés dépassant le stade de la simple manipulation⁴⁰. Cette disposition a été adoptée en vue de stimuler l'efficacité des démarches et de ne pas imposer une charge trop lourde aux organismes du secteur public. En conséquence, ces derniers devraient réserver un accueil favorable aux demandes d'extraits de documents existants uniquement lors-

36. Article 4.3.

37. Notamment l'article 1^{er}, paragraphe 2, a (documents dont la fourniture est une activité qui ne relève pas de la mission de service public dévolue aux organismes du secteur public concernés), b (documents sur lesquels des tiers détiennent les droits de propriété intellectuelle), et c (documents qui, conformément aux règles d'accès en vigueur dans les États membres ne sont pas accessibles, y compris pour des motifs de protection de la sécurité nationale, de défense, de sécurité publique et de confidentialité des données statistiques ou des informations commerciales), ou l'article 3 (le principe général).

38. Article 4.4.

39. Article 5.1.

40. Article 5.1.

que la satisfaction de telles demandes se limite à une simple manipulation. La fourniture d'extraits de documents se conçoit seulement dans la mesure où l'effort à fournir n'est pas disproportionné^{41,42}.

Le considérant 13 de la directive vient en écho à une demande formulée par le Parlement durant le processus législatif portant sur le type de logiciel impliqué dans l'accès⁴³. Ce considérant spécifie que le format préconisé, « dans la mesure du possible et s'il y a lieu, n'est pas lié à l'utilisation d'un logiciel spécifique ». Le Parlement avait fortement insisté sur la gratuité des logiciels nécessaires à l'utilisation des documents ainsi que sur « l'ouverture » des codes⁴⁴.

Enfin, la directive stipule que « les organismes du secteur public ne peuvent être tenus de poursuivre la production d'un certain type de documents en vue de leur réutilisation par un organisme du secteur privé ou public »⁴⁵. Cette disposition est favorable aux administrations publiques dans la mesure où elle leur laisse la possibilité d'arrêter à tout moment la production d'un type de donnée. Cet arrêt semble pouvoir se faire de manière quasi spontanée sans qu'aucune obligation ne soit faite aux organismes du secteur public de respecter un préavis raisonnable ou même d'informer les organismes du secteur

privé qui nourrissent leurs activités des données concernées⁴⁶.

À la lecture des dispositions relatives au format prescrit, il est de mise de constater que la directive adopte une position relativement minimaliste qui prône la réutilisation des documents sans véritablement insister sur l'harmonisation des formats, la coordination linguistique et la numérisation des données⁴⁷.

b. Tarification

L'option prise par la directive

La directive fixe un principe en matière de tarification relativement souple. Il est en effet prévu qu'en termes de redevances prélevées, le total des recettes provenant de la fourniture et des autorisations de réutilisation de ces documents ne dépasse pas leur coût de collecte, de production, de reproduction et de diffusion, tout en permettant un retour sur investissement raisonnable⁴⁸.

La directive fixe donc un plafond tarifaire. Celui-ci est délimité conformément aux principes comptables applicables et à la méthode appropriée de calcul des coûts de l'organisme concerné du secteur public. Il faut savoir que l'existence de ce plafond tarifaire ne fait en rien obstacle à la possibilité

41. Considérant 13.

42. Il est à espérer que les organismes du secteur public n'invoquent pas les efforts disproportionnés trop rapidement afin d'empêcher l'accès aux extraits de données. Il est toutefois difficilement concevable d'invoquer des efforts disproportionnés lorsque la demande d'extraits se fait par l'extraction de ceux-ci à partir d'une base de données informatique où la manipulation doit être, par essence, relativement aisée.

43. Avis du Parlement sur l'article 4.1. de la proposition de directive, précité.

44. Avis du Parlement sur l'article 4.1. de la proposition de directive, précité.

45. Article 5.2.

46. Le Parlement avait suggéré que les organismes du secteur public qui décident d'arrêter la production d'un certain type d'informations respectent « un préavis raisonnable » et donnent « des explications sur cet arrêt aux organismes privés utilisant de pareilles informations ». Le Parlement avait aussi prévu que les organismes du secteur public qui décident d'arrêter la production de pareilles informations soient chargés de prouver le caractère raisonnable du préavis.

47. Ces aspects liés à la question du format de mise à disposition des données avaient fait l'objet de commentaires et remarques par divers organismes à la suite de la parution du *Livre vert*. Voyez à cet égard la réaction au *Livre vert* du gouvernement français, [ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_comments/gouv-fr.pdf](http://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_comments/gouv-fr.pdf).

48. Article 6.

pour les États membres d'appliquer des tarifs inférieurs, voire de pratiquer la gratuité totale. De plus, la directive détaille dans ses considérants que les États membres devraient inciter les organismes du secteur public à proposer les documents à des prix qui n'excèdent pas les coûts marginaux de reproduction et de diffusion⁴⁹.

La directive a fixé le principe de tarification en tenant compte du fait que certains organismes publics financent en partie leurs activités grâce aux recettes provenant de la vente de leurs informations. Elle n'impose pas de changement radical en ce qui concerne les politiques tarifaires. Bien qu'elle incite les États membres à encourager les organismes publics à adopter à chaque fois que possible la méthode de la facturation au coût marginal pour la reproduction et la diffusion, elle laisse le soin aux États membres et à ses organismes de définir les politiques tarifaires.

La directive autorise donc le recouvrement intégral des frais de production et autres frais connexes déboursés par les organismes publics concernés pour la production des documents, ainsi qu'un rendement satisfaisant des inves-

tissements⁵⁰. La seule restriction imposée est la fixation d'un plafond lorsque les organismes publics tirent des bénéfices excessifs de l'exploitation des informations qu'ils détiennent⁵¹.

Le Parlement avait opté pour une politique tarifaire plus stricte, limitée au recouvrement du coût de reproduction et de diffusion, mettant ainsi l'accent sur la nécessité d'offrir des informations largement accessibles à la réutilisation. Le Parlement considérait en effet que la meilleure manière d'atteindre cet objectif devrait consister à ne percevoir, à titre de redevance, que le coût de reproduction et de diffusion⁵² en excluant ainsi les coûts de production des données.

Gratuité des informations essentielles ?

De nombreuses réactions faisant suite au Livre vert prônaient la gratuité des informations essentielles et la facturation des autres informations au coût marginal⁵³. Dans cet ordre d'idées, le Comité économique et social avait établi, relativement à la question tarifaire, une distinction entre « les informations

49. Considérant 14.

50. La directive a donc opté pour la méthode la plus souple, celle du recouvrement de l'ensemble des coûts exposés permettant le recouvrement intégral des frais de production et autres frais connexes déboursés et a, de facto, rejeté l'option du coût minimum selon laquelle les redevances pour la réutilisation des informations émanant du secteur public n'excèdent pas les coûts marginaux de reproduction et de diffusion. Un grand nombre d'analyses relatives à la question de la tarification aboutissent à la conclusion que la méthode du coût minimum apporte les plus grands avantages à la société dans son ensemble. Il ressort généralement de ces études qu'une redevance équivalant au coût marginal de reproduction et de diffusion est de loin la solution la plus économique et la plus prometteuse en termes de prospérité car elle serait particulièrement profitable aux P.M.E. et aux entreprises en phase de démarrage. Par ailleurs, cette méthode favorise un accès plus démocratique permettant en principe à chaque citoyen d'obtenir un accès abordable. Sur le plan fiscal, il semble que l'accroissement de l'activité économique résultant de la diminution des redevances perçues pour la réutilisation des informations du secteur public sera globalement bénéfique pour les finances publiques. Pour de plus amples informations sur ces deux méthodes, voy. la proposition de directive concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, COM(2002) 207 final, ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/acte_fr.pdf.

51. Le réexamen de la directive, qui devrait avoir lieu au plus tard avant le 1^{er} juillet 2008, portera notamment sur l'incidence globale de la directive du point de vue de l'accroissement des possibilités de réutilisation des informations émanant du secteur public et sur ses répercussions sur les recettes publiques.

52. Dans cet ordre d'idées, le Parlement relevait que le système de tarification couvrant le coût marginal de reproduction et de diffusion serait vraisemblablement la meilleure manière d'assurer l'égalité des conditions, en évitant la concurrence déloyale et les subventions croisées entre organismes publics. Cela est particulièrement vrai si l'on considère que dans nombre de cas les organismes publics détiennent le monopole de l'information du secteur public.

53. Voy. dans ce sens les commentaires du ministère des Affaires économiques belge sur le Livre vert, http://mineco.fgov.be/information_society/administrations/greenpaper_comment_fr_1.htm.

essentielles destinées aux citoyens, en particulier celles qui découlent de l'exercice des droits démocratiques de ces derniers, qui pourraient être fournies gratuitement ou du moins à prix modique, et les informations à finalité commerciale qui, devant être accessibles, auraient un prix basé sur les frais résultant de l'impression, de la mise à jour, de la recherche et de la transmission des données qui pourraient être facturées, ou un prix de marché raisonnable »⁵⁴.

Il semble qu'il y ait plusieurs raisons pour lesquelles la Commission a décidé de laisser le soin aux États membres d'imposer la gratuité de certaines données essentielles.

La raison vraisemblablement la plus puissante repose sur la difficulté de saisir cette notion avec précision, de la définir strictement. Le rapport français Mandelkern de 1998 définissait les données essentielles, en se basant sur la finalité de l'usage de ces dernières, comme étant « les données publiques dont la mise à disposition est une condition indispensable à l'exercice des droits du citoyen, ainsi que de ceux des étrangers résidant sur notre sol ». L'objectif du critère de la finalité de l'usage est de présenter les données essentielles sous une forme facilement et universellement accessible⁵⁵. Il faut toutefois constater que cette manière de définir les données essentielles est dangereuse dans la mesure où elle laisse le soin aux autorités publiques de préciser concrètement quelles données sont concernées. Plus récemment, la notion a été précisée par C. DE TERWANGNE qui

base ses développements sur la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur la base de cette jurisprudence « se dégage l'obligation de mise à disposition d'informations essentielles dont la connaissance concourt à assurer la jouissance des droits fondamentaux garantis par la Convention, à tout le moins le droit à la vie et le droit au respect de la vie privée et familiale »⁵⁶. Cette catégorie d'informations essentielles se compose principalement des informations liées à la sécurité, à la santé, à l'état de l'environnement ainsi que des informations juridiques. C. DE TERWANGNE précise également que d'autres informations doivent être considérées comme essentielles dans la mesure où elles sont nécessaires à l'exercice de droits qui possèdent une « dimension informationnelle », tels le droit à l'instruction ou le droit à la libre circulation. Le forum des droits sur l'Internet prône quant à lui la gratuité des « données citoyennes », à savoir les « données nécessaires aux personnes physiques ou morales, françaises ou étrangères, pour l'exercice de leurs droits et devoirs »⁵⁷.

De toute évidence la difficulté rencontrée dans la définition des données à considérer comme essentielles a sûrement été à l'origine du rejet de cette notion dans la directive. En outre, la Commission avait sûrement également des doutes sur le principe même d'imposer la gratuité de certaines données aux États membres et a donc préféré laisser le soin à ceux-ci de décider si certaines données devraient être gratuites ou moins chères.

54. Avis du Comité économique et social, « L'information émanant du secteur public : une ressource clé pour l'Europe – Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information », [ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_comments/cesfr.pdf](http://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_comments/cesfr.pdf).

55. D. MANDELKERN, B. DU MARAIS, *Diffusion des données publiques et révolution numérique : rapport*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 96. <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/994001620/0000.pdf>

56. C. DE TERWANGNE, *Société de l'information et mission publique d'information*, Namur, F.U.N.D.P., Faculté de Droit, 2000, p. 481.

57. Le Forum des droits sur l'Internet, *Recommandation : quelle politique de diffusion des données publiques*, 2003, p. 44. <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-donpub-20030414.pdf>.

Il nous semble douteux de vouloir faire une distinction entre les informations essentielles et les autres informations au niveau de leur prix de réutilisation. Il y a tout d'abord, comme précisé plus haut, le problème de déterminer quelles informations seront nécessaires à une personne pour qu'elle puisse exercer ses droits fondamentaux. Dans l'hypothèse où les données à considérer comme essentielles seraient clairement identifiées, il nous faudrait néanmoins admettre que la distinction n'a du sens que dans le contexte du droit d'accès. Il est par contre discutable d'y trouver un réel sens dans le cadre de la réutilisation. Pour quelle raison l'information essentielle devrait-elle être gratuite pour l'industrie qui crée des produits à valeur ajoutée et en retire un gain et non les autres informations ? Il semble que cette distinction entre informations essentielles et non essentielles soit inutile dans le cadre de la réutilisation. En outre, le citoyen ou l'entreprise dispose toujours d'un accès démocratique aux données via son droit d'accès.

Le droit d'accès ?

La raison d'être des législations relatives à l'accès est d'instaurer la transparence de l'État en donnant accès à un ou plusieurs documents spécifiques. La directive, elle, concerne plus spécifiquement les besoins de mise à disposition de masses de documents ou de bases de données en vue de leur réutilisation.

Malgré les différences de raison d'être de ces deux corps législatifs, il

faut néanmoins prendre en compte le fait que de nombreux organismes privés pourraient être tentés de solliciter l'accès à une masse de documents via ces législations d'accès pour contourner le fait que la directive n'impose aucune obligation aux États membres d'autoriser la réutilisation⁵⁸. Lorsque l'accès aux documents sera sollicité via le droit d'accès, il faudra être attentif au fait que la réutilisation commerciale peut être interdite dans la loi même qui autorise l'accès. C'est le cas de la loi du 11 avril 1994 qui stipule que « les documents administratifs obtenus en application de la présente loi ne peuvent être diffusés ni utilisés à des fins commerciales »⁵⁹. Par contre, le décret wallon du 13 juin 1991 concernant la liberté d'accès des citoyens à l'information relative à l'environnement ne formule aucune disposition de ce type. Ceci signifie que les États membres ne peuvent pas s'opposer à la réutilisation, qu'elle soit commerciale ou non, des documents répondant à la définition d'information relative à l'environnement. Il y a toutefois des limitations légales au droit d'accès à l'information, qu'elle soit environnementale ou non, qui peuvent mettre un frein à l'accès. L'exemple le plus frappant est certainement le respect des droits de propriété intellectuelle. En effet, une grande majorité des documents sollicités seront couverts par le droit d'auteur ou le droit *sui generis* des bases de données (ou les deux dans certains cas) et ne pourront donc être réutilisés sans l'obtention préalable du consentement du détenteur de ces droits contre rétribution vraisemblablement, via une licence d'utilisation⁶⁰.

58. Voy. *supra*, le principe de la directive point 3.4.

59. Article 10 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

60. Dans l'hypothèse où les documents sollicités seraient protégés par le droit d'auteur ou le droit *sui generis* protégeant les bases de données, l'organisme ayant sollicité l'accès devra obtenir le droit de réutiliser les informations de la part du titulaire de ce droit. Certains documents ne sont pas couverts par le droit d'auteur, c'est le cas notamment des actes officiels (textes de lois, règlements, mesures d'exécution, etc.). De même, tout document ne remplissant pas le critère d'originalité défini par la législation relative au droit d'auteur ne sera pas protégé. Au niveau des bases de données, celles-ci sont protégées dans la mesure où elles ont nécessité un investissement substantiel.

Il faudra ajouter aux règles de tarification fixées par la directive celles fournies par les législations relatives à l'accès⁶¹ lorsque la mise à disposition sera effectuée via le droit d'accès.

La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration dispose que « les rétributions éventuellement réclamées pour la délivrance des informations (visées par la loi) ne peuvent excéder le prix coûtant »⁶². En vertu de cette législation, il faudra donc prendre en compte « les coûts réellement induits par la mise à disposition des informations »⁶³. En matière d'accès aux informations environnementales, le décret du 13 juin 1991 prévoit dans une disposition relative à la publicité passive que « l'accès aux données incorporées dans les documents écrits (...) s'exerce au choix du demandeur, soit par consultation gratuite sur place, soit par délivrance de copies, dont le coût réel est à charge du demandeur »⁶⁴.

L'optique poursuivie dans ces législations est le recouvrement des frais engendrés par la mise à disposition des données et non les frais de production de ces dernières. On conçoit donc l'intérêt financier énorme à obtenir la mise à disposition des documents via le droit d'accès.

Le législateur belge a tenu compte du fait que les utilisateurs ne doivent pas payer les coûts liés à l'élaboration et au développement du produit dans la mesure où ces coûts doivent être automatiquement financés par l'administration lorsque les données développées le sont dans le cadre de la réalisation d'une mission de service public. Ce sera au financement même de cette mission de service public d'intervenir dans ces coûts. En effet, si l'utilisateur devait payer le coût d'élaboration du produit, on pourrait considérer qu'il paye en fait deux fois le produit : d'abord en tant que contribuable et ensuite en tant qu'utilisateur⁶⁵.

Il est communément admis que le prix coûtant ou coût réel comprend les dépenses suivantes :

- coût de reproduction de la donnée afin de la diffuser ;
- coût de diffusion ;
- coût de vérification ;
- les coûts additionnels tels que ceux engendrés par la mise en place d'un projet de diffusion (par exemple en ligne) ou par la modification de la base de données si cela semble nécessaire pour la diffusion ou également par la mise en place du réseau de distribution.

61. La directive dispose en effet qu'elle « s'appuie sur les règles d'accès en vigueur dans les États membres et ne les affecte en rien » (article 1.3).

62. Article 3 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

63. C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, p. 559.

64. En ce qui concerne les données environnementales, il faut également prendre en compte, en sus du décret de 1991, la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information en matière d'environnement qui définit de nouvelles obligations de publicité active pour les autorités publiques. Cette convention indique que « chaque partie peut autoriser les autorités publiques qui fournissent des informations à percevoir un droit pour ce service mais ce droit ne doit pas dépasser un montant raisonnable ». La prise en compte du caractère raisonnable de la rétribution demandée à l'utilisateur ajoute un critère supplémentaire à ceux développés par la notion de coût réel ou prix coûtant. En effet, la rétribution calculée en tenant compte des montants réellement dépensés pourrait néanmoins s'avérer déraisonnable. Il faudrait donc réduire ce montant afin de le rendre raisonnable. Comme l'indique C. de Terwangne, ce critère du montant raisonnable doit s'interpréter comme celui qui « n'enlève pas tout effet utile au droit accès ». Voy. à cet égard, C. de Terwangne, « L'accès du public à l'information détenue par l'administration », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1996-2, p. 132. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, adoptée à Aarhus le 25 juin 1998, <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43f.pdf>.

65. J.-E. SCHOETTL, « L'exploitation des gisements de données administratifs », *Gazette du palais*, 1994, p. 66.

Différentes hypothèses de tarification

1) Certaines données sont produites en dehors de la mission de service public. La directive ne s'applique pas dans cette hypothèse. Il faut effectuer une étude au cas par cas afin d'évaluer si les données produites le sont dans le cadre d'une mission de service public ou s'il s'agit d'une initiative sortant de cette mission. Dans ce dernier cas, cette diffusion doit respecter les règles de concurrence classiques⁶⁶. Le montant réclamé sera déterminé en fonction des prix du marché. S'il est, par exemple, manifestement inférieur aux prix du marché, le secteur privé pourra se prévaloir du non respect des règles de concurrence.

2) Dans le cadre de sa mission de service public, l'État peut décider d'autoriser la réutilisation de certains documents et détermine dans ce cas un prix en respect des indications fournies par la directive. L'État membre sera donc attentif dans cette hypothèse à déterminer un prix ne dépassant pas le recouvrement des frais de production et de diffusion. Une légère marge bénéficiaire est autorisée. On conçoit aisément que ce prix peut rapidement être assez élevé car il peut comprendre toute dépense engagée depuis le premier jour de conception du produit et finalement, vu son caractère prohibitif, *de facto* limiter les chances de réutilisation par le secteur privé.

3) Lorsque la mise à disposition d'un document rentrant dans le champ d'application d'une législation relative à l'accès est sollicitée en vertu de ce droit d'accès, et que la réutilisation commerciale n'est pas interdite, le tarif fixé sera obligatoirement plus bas que celui détaillé au point (2) dans la mesure où il

ne pourra couvrir les frais de production. Toutefois, étant donné que dans un certain nombre de cas l'administration sollicitée pour l'accès sera détentricesse des droits de propriété intellectuelle sur le document, il faudra ajouter à la rétribution relative à l'accès une rétribution permettant d'exploiter l'objet de droits intellectuels d'autrui. Cela pourrait finalement aboutir à un prix relativement similaire à celui détaillé au point (2) et de ce fait limiter grandement l'intérêt de solliciter l'accès via ces législations.

4) Il est envisageable, en respectant les règles de concurrence, d'opter pour des tarifs différents en fonction de la finalité de réutilisation ou des catégories d'utilisateurs. Il est donc possible de prévoir des tarifs plus bas ou d'opter pour la gratuité pour certaines données, ou pour certaines catégories d'utilisateurs. Les critères de différenciation et d'abaissement des prix doivent être évalués à l'avance et publiés afin de respecter le principe de transparence inscrit dans la directive. Ces critères doivent être totalement objectifs⁶⁷.

5) Il est envisageable, en respectant le cadre fixé par la directive, de réserver un prix plus élevé aux utilisateurs qui utilisent les données en vue de les exploiter commercialement. Cela se justifie par le fait que ces utilisateurs pourront compenser le prix payé par le profit qu'ils comptent faire. Dans ce cas, il faudra que l'État membre soit attentif à déterminer les critères qui permettront cette fixation de tarif pour usage commercial. Par exemple, la détermination d'un tarif de téléchargement pourra prendre en compte une participation de l'utilisateur aux droits intellectuels liés à la donnée lorsque l'autorité administrative est propriétaire de cette donnée.

66. Voy. *infra*, point 3.7.2.

67. Voy. articles 9 et 10 de la directive, cf. *infra*, points 3.6.3. et 3.7.1.

c. La transparence

La transparence est un principe phare concourant à la philosophie de la directive, le but avoué étant le développement d'un marché de l'information à l'échelle communautaire. Pour atteindre cet objectif, il est impératif d'assurer la clarté et l'accessibilité publique des conditions de réutilisation des documents du secteur public. Il importe, en effet, de porter clairement à la connaissance des réutilisateurs potentiels l'ensemble des conditions applicables en matière de réutilisation de documents.

La directive instaure un système de transparence basé sur la publication de répertoires et de listes relatives aux données disponibles⁶⁸. Afin de fournir une information de qualité, il est également prévu que les conditions et redevances types applicables à la réutilisation de documents détenus par les organismes du secteur public doivent être fixées à l'avance. La directive suggère que le format électronique soit utilisé pour cette publication « dans la mesure du possible »⁶⁹.

En ce qui concerne la transparence relative aux redevances appliquées, la directive impose aux organismes du secteur public d'indiquer la base de calcul. Il leur faut également indiquer quels facteurs sont pris en compte dans le calcul des redevances pour les cas atypiques.

Enfin, la directive prévoit que les demandeurs doivent être informés des voies de recours dont ils disposent pour contester des décisions ou des pratiques qui les concernent. Cela semble particulièrement important pour les ca-

tégories d'utilisateurs de moyenne envergure tels les P.M.E., qui n'ont probablement pas l'habitude des relations avec des organismes du secteur public d'autres États membres et ne connaissent pas les voies de recours dont ils disposent dans ce contexte⁷⁰.

d. Les licences

L'option prise par la directive

La directive n'impose pas aux États membres de recourir à l'utilisation de licences de rediffusion des données destinées à réutilisation. Elle décrète à cet égard que « les organismes du secteur public peuvent autoriser la réutilisation des documents sans conditions ou peuvent imposer des conditions, le cas échéant par le biais d'une licence réglant des questions pertinentes ».

La proposition de directive initiale allait plus loin puisqu'elle demandait aux États membres de veiller à ce que des accords de licences types soient proposés et utilisables en ligne. Une telle disposition permettait d'inciter plus fortement les États membres à favoriser l'usage de ces licences dans le but d'encourager les administrations publiques à développer fortement la diffusion et la réutilisation de ce type d'information. En effet, lorsque des licences types sont à la disposition des administrations, la diffusion et la réutilisation semblent poser moins de problèmes et deviennent plus attirantes. Parallèlement, il est à noter qu'une certaine uniformisation faciliterait la tâche des réutilisateurs qui doivent traiter avec plusieurs organismes publics. Le Parlement allait également dans ce sens en reprenant dans son rapport les termes

68. Article 9 : « Les États membres veillent à ce que des dispositions pratiques soient adoptées pour faciliter la recherche de documents disponibles à des fins de réutilisation, telles que des listes, consultables de préférence en ligne, des principaux documents et des portails liés à des listes de ressources décentralisées ».

69. Article 7.

70. Considérant 15.

de la proposition de directive. Cette voie n'a pourtant pas été reprise dans la directive, qui préfère à nouveau laisser le choix aux États membres.

La directive n'impose donc pas l'usage des licences mais spécifie néanmoins que lorsqu'un État membre décidera d'imposer l'usage de licences, il veillera « à ce que des licences types pour la réutilisation de documents du secteur public, qui peuvent être adaptées à des demandes de licences particulières, soient proposées et utilisables sous forme électronique ». Il faut dès lors dans cette hypothèse, d'une part, que les États membres imposent l'usage de licences préformatées style « types » afin d'assurer des conditions d'utilisation équitables et transparentes, applicables par exemple à des catégories de données spécifiques ou à des catégories d'utilisateurs spécifiques. D'autre part, la directive plébiscite véritablement l'usage du format électronique pour la publication de ces licences.

Contenu des licences

Au niveau du contenu de la licence, la directive laisse toute marge de manœuvre aux États membres et aux organismes du secteur public. Le considérant 17 mentionne toutefois cer-

tains thèmes clés qui pourraient être envisagés tels la responsabilité, la bonne utilisation des documents, la garantie de non-modification et l'indication de la source.

La question de la responsabilité liée à la diffusion et la réutilisation des données du secteur public est une question relativement sensible qui avait été abordée dans le *Livre vert*⁷¹. La directive n'impose aucune ligne de conduite à cet égard et ne formule aucune recommandation aux États membres. Il serait en effet particulièrement chimérique de vouloir uniformiser cette question délicate. Toutefois, inciter à la plus grande plus grande clarté quant aux règles de responsabilité ne peut qu'avoir un impact positif sur l'accès et l'exploitation de l'information du secteur public dans la mesure où cela permet de clarifier les obligations du secteur public dans ce domaine⁷².

D'autres questions à aborder dans des licences types pourraient être les suivantes :

- Les modalités d'accès aux données : téléchargement, CD-ROM, etc. ;
- Les droits de propriété intellectuelle sur les données⁷³ ainsi qu'éventuellement l'étendue des droits cédés ;

71. Le *Livre vert* posait la question de savoir dans quelle mesure les différents régimes portant sur la responsabilité dans les États membres représentent un obstacle à l'accès ou à l'exploitation de l'information du secteur public (*Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information*, op. cit., p. 18).

72. Une des questions principales en matière de responsabilité concerne l'hypothèse de données erronées ou de mauvaise qualité. Dans cette hypothèse, lorsque l'information est transmise directement à un citoyen, l'organisme fournisseur devrait, en principe, être considéré comme responsable, conformément aux législations nationales concernées, pour tout dommage causé au citoyen concerné. La situation peut devenir progressivement relativement compliquée lorsque plusieurs parties sont impliquées dans le processus contractuel. C'est le cas notamment lorsque le secteur public a cédé l'information à une entreprise privée ou lorsqu'il fournit l'information en ligne par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunications public. Dans de telles hypothèses, l'organisme public sera sûrement tenté de limiter sa responsabilité par voie contractuelle, d'où l'intérêt de licences très complètes qui envisagent ces hypothèses. Une certaine harmonisation dans ce secteur serait souhaitable en raison de la difficulté éventuelle qu'il y a à établir la législation nationale qui s'applique aux affaires concernant plusieurs pays. Sur la question des clauses limitatives de responsabilité, voyez J.-M. BRUGUIÈRE, *Les données publiques et le droit*, Paris, Éditions Litec, 2002, p. 196.

73. Par exemple : « Les données sont protégées par les dispositions légales relatives au droit d'auteur ainsi que par les dispositions légales protégeant les bases de données, conformément au droit belge et au droit international. La présente licence ne confère à l'utilisateur aucun droit de propriété intellectuelle sur les données. Lors de chaque utilisation des données dans le cadre strict de la présente licence et moyennant le respect de chacun de ses articles, l'administration garantit l'utilisateur contre le recours de tiers qui invoqueraient un droit de propriété intellectuelle sur les données ».

- La source précise des données mentionnées dans l'objet du contrat ainsi que la date de mise à jour de celles-ci : la date de mise à jour est véritablement cruciale et devra impérativement être indiquée car elle servira de référence pour la qualité des données à laquelle l'organisme public s'engage ;
- Il est utile de prévoir une clause dans laquelle l'utilisateur s'engage à ne pas modifier ou dénaturer les données concernées, notamment si ces dernières sont couvertes par un droit d'auteur ou droit *sui generis*⁷⁴ ;
- Les redevances appliquées ;
- La protection des données à caractère personnel.

7. Non discrimination et commerce équitable

a. La non-discrimination

Le chapitre 4 de la directive consacre le principe de non-discrimination en matière de réutilisation des documents. Les conditions de réutilisation devraient être non discriminatoires pour des catégories comparables de réutilisation⁷⁵. Ce principe confirme donc la possibilité pour les États membres d'instaurer une politique différenciée de tarification dans la mesure bien entendu où les critères de distinction sont non discriminatoires et objectivement établis. Ainsi,

par exemple, les organismes du secteur public peuvent s'échanger gratuitement des informations dans le cadre de leurs missions de service public alors que la réutilisation de ces mêmes documents peut être payante pour d'autres parties⁷⁶. Il est également envisageable d'adopter une politique de tarification différenciée pour la réutilisation commerciale et non commerciale.

La directive évoque les hypothèses de réutilisation dans le cadre d'activités commerciales étrangères à la mission de service public de l'organisme du secteur public⁷⁷. Elle indique que, dans ce cas, « les conditions tarifaires et autres applicables à la fourniture des documents destinés à ces activités sont les mêmes que pour les autres utilisateurs »⁷⁸. La directive souligne donc que les organismes du secteur public doivent respecter les règles de concurrence du marché lorsqu'ils opèrent comme des organismes du secteur privé et créent ou diffusent des produits dans le cadre d'activités commerciales étrangères à la mission de service public de l'organisme du secteur public.

b. Application des règles de concurrence et interdiction des accords d'exclusivité

Le considérant 20 de la directive confirme l'application des règles de concurrence aux organismes du secteur public qui définissent les principes de la

74. Le Forum des droits sur l'Internet, *op. cit.*, p. 37.

75. Article 10.1.

76. Considérant 19.

77. L'évocation de cette hypothèse dans la directive confirme, si besoin était, l'interventionnisme de l'État dans le marché et la possibilité pour les organismes du secteur public d'exercer des activités commerciales. Certains auteurs prônent à ce sujet l'intervention de l'État sur le marché seulement en cas de défaillance du secteur privé. Dans ce sens, voy. B. NOUËL, « Commercialisation des données publiques et concurrence », *Ministère de l'Économie et des Finances*, 1997, p. 1. Le *Livre vert* fait également écho à cette considération. Il spécifie « qu'avant de mettre en place un nouveau service électronique d'information ou de poursuivre l'exploitation d'un service existant, une administration devrait s'assurer qu'aucun service du secteur privé ne peut être utilisé ou adapté pour satisfaire ce besoin ». De plus, le *Livre vert* insiste sur l'étude périodique des services fournis électroniquement afin « de décider s'ils doivent être fournis par le secteur public ou par le secteur privé, s'il est souhaitable que le secteur privé participe à leur production ou à leur distribution, ou encore qu'ils soient remplacés par des services commerciaux appropriés ». *Livre vert*, précité, point 8, p. 2.

78. Article 10.2.

réutilisation de documents. Cela signifie que les articles 81 à 89 du Traité de Rome⁷⁹ sont applicables à la réutilisation de documents. Il s'agit de dispositions relatives :

- aux aides accordées par l'État. Ce concernant, il convient d'éviter une distorsion du marché par des subventions publiques qui peuvent fausser voire menacer la concurrence en favorisant certains interlocuteurs⁸⁰;
- aux abus de position dominante. En matière d'accès aux données, il peut y avoir abus de position dominante lorsqu'un détenteur de données refuse la réutilisation et dès lors refuse d'y donner accès⁸¹.
- aux accords entre entreprises⁸² ;
- aux droits exclusifs⁸³.

La directive se borne donc à confirmer l'application des règles de concurrence au marché de la diffusion de données publiques. Cette affirmation avait déjà été consacrée par la doctrine.

Les règles de concurrence s'appliquent lorsqu'on est en présence d'une « entreprise », c'est-à-dire d'une « entité ayant des activités économiques »⁸⁴. Pour qu'une activité ne soit pas considérée comme présentant un caractère économique, il faut qu'elle remplisse une fonction toute autre, telle exclusivement sociale⁸⁵. La Cour de justice considère qu'une activité est économique, quelle que soit la nature de l'organisme qui

l'exerce, lorsqu'elle est « susceptible d'être exercée dans des conditions similaires par une entreprise privée »⁸⁶. En appliquant les principes développés par la jurisprudence communautaire, « on ne voit pas comment la diffusion de données publiques ne relèverait pas quasiment toujours d'une activité économique »⁸⁷.

Au-delà de l'applicabilité des règles de concurrence au marché de la diffusion de données publiques, la directive s'intéresse plus particulièrement à la question des droits exclusifs octroyés par l'État à certains organismes publics ou privés. Il y est prévu que les organismes du secteur public, dans le cadre de leur mission de service public, doivent respecter les règles applicables en matière de concurrence lorsqu'ils définissent les principes de la réutilisation de documents, « en évitant autant que faire se peut de conclure, entre eux et avec des partenaires privés, des accords d'exclusivité »⁸⁸. Néanmoins, dans le cadre d'une prestation de service d'intérêt économique général, il peut parfois se révéler nécessaire d'accorder un droit d'exclusivité pour la réutilisation de certains documents du secteur public⁸⁹. À cet égard la directive spécifie que « lorsqu'un droit d'exclusivité est nécessaire pour la prestation d'un service d'intérêt général, le bien-fondé de l'octroi de ce droit d'exclusivité fait l'objet régulièrement et, en toute hypothèse, tous les trois ans, d'un réexamen »⁹⁰.

79. Traité instituant la Communauté européenne, J.O.C.E., n° C 325, 24 décembre 2002, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/dat/EC_consol.pdf.

80. Articles 87 à 89 du Traité.

81. Article 82 du Traité.

82. Article 81 du Traité.

83. Article 86 du Traité.

84. B. NOUËL, « Le droit de la concurrence et les données publiques », *Computer & Telecom Law Review*, 1996/3, p. 19.

85. C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre c. AGF et Cancava*, C-159/91, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 637.

86. C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner et Elser c. Macrotron*, C-41/90, *Rec. C.J.C.E.*, I, p. 1979.

87. B. NOUËL, « Le droit de la concurrence et les données publiques », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 5.

88. Considérant 20.

89. Ce cas peut se produire, par exemple, si aucun éditeur commercial n'est disposé à publier l'information sans disposer de ce droit d'exclusivité. Voy. considérant 20.

90. Article 11.

Il est également prévu que les accords d'exclusivité conclus après l'entrée en vigueur de la directive sont transparents et rendus publics.

Il ressort de la lecture de ces dispositions de la directive relatives aux questions de concurrence que la Commission s'est très logiquement bornée à reprendre les règles instaurées par le Traité de Rome, en y ajoutant la nécessité d'un réexamen de situation après trois ans ainsi que le caractère public et transparent d'éventuels accords d'exclusivité.

c. Non-application des règles de concurrence

L'article 11.2 de la directive reprend le principe de l'article 86, § 2, du Traité de Rome relatif à l'application des règles de concurrence au secteur public⁹¹. Cette disposition permet aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du Traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs.

Cet article apporte une réponse claire aux questions que l'on pourrait se poser par exemple sur la fixation de tarifs très bas ou sur la pratique de la gratuité totale par des autorités publi-

ques. En effet, une éventuelle baisse des prix pratiqués pourrait sembler être une volonté de « fermer un marché à l'initiative privée »⁹². Cette arrivée sur le marché de la diffusion de données par un acteur qui pratique des prix relativement bas pourrait être considérée comme un acte de concurrence déloyale car les acteurs privés n'auront certainement d'autre choix que de faire reposer les coûts de production sur l'utilisateur.

L'article 86, § 2, du Traité de Rome indique le raisonnement à suivre pour savoir si la diffusion pour réutilisation de données par un organisme du secteur public relève du droit de la concurrence.

1) La première question clé à laquelle il faut répondre est celle de savoir si les données en question interviennent dans un service d'intérêt économique général. Il est communément admis que ces services d'intérêt économique général recouvrent la notion classique de service public, à savoir « un service apporté au public en général, sur l'ensemble du territoire concerné, assuré de manière ininterrompue, avec égalité de traitement des usagers »⁹³.

2) Lorsqu'il s'agit effectivement de données produites dans le cadre d'un service d'intérêt économique général, certaines restrictions aux règles de concurrence classiques sont possibles si elles sont nécessaires à l'accomplissement de la mission dont question. Il y a donc une réelle possibilité pour les services publics « d'échapper » aux règles de concurrence, et par conséquent par

91. « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

92. J.-E. SCHOETTL, *op. cit.*, p. 66.

93. C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, pp. 660-661.

exemple d'accorder des droits exclusifs, à condition que cela soit nécessaire pour permettre à ce service d'accomplir la mission d'intérêt général dont il est investi.

3) Il revient aux autorités publiques de faire une pondération des intérêts à prendre en compte lors de la décision d'application de tarifs non respectueux des règles de concurrence. Il sera question d'évaluer les intérêts notamment économiques, politiques et sociaux qui pourraient justifier, par exemple, une éventuelle baisse des prix par rapport aux prix du marché.

Les critères d'appréciation de la nécessité des restrictions aux règles de concurrence ont été précisés par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Au départ, la Cour exigeait que l'impossibilité de fonctionner soit absolue⁹⁴. Quelques arrêts récents sont venus temporiser cette nécessité absolue.

Il est tout d'abord important d'évaluer si la production de données (ensuite destinées à être réutilisées par le secteur privé) est dissociable du service d'intérêt général. Pour apprécier si un service est dissociable du service d'intérêt général, il est notamment utile de prendre en compte son équilibre écono-

mique. En effet, dans certains cas, l'équilibre économique d'un service public présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables, ce qui peut justifier une restriction aux règles de concurrence au niveau des secteurs économiquement rentables⁹⁵. Il est, par ailleurs, admis qu'une restriction aux règles de concurrence est permise si elle est nécessaire pour permettre à l'entreprise d'assurer sa mission d'intérêt général. À cet égard, le juge national, à qui il appartient d'apprécier cette nécessité, doit tenir compte des conditions économiques dans lesquelles l'entreprise, du fait des contraintes qui pèsent sur elle, se trouve placée, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations auxquelles elle est soumise⁹⁶.

Il ressort donc de la directive que les organismes du secteur public qui décident de diffuser leurs données et d'autoriser leur réutilisation pourront, lorsque les données concernées ont été produites dans le cadre de la réalisation d'un service public, échapper aux règles de concurrence. Ils pourront de ce fait, par exemple, offrir des produits à un prix inférieur à celui du marché ou, dans certaines conditions, financer d'autres secteurs de leurs activités par la vente d'informations.

Conclusions

Il ressort de l'étude de la directive détaillée dans ces lignes que l'impact de celle-ci pourrait bien se révéler minime. En effet, lorsqu'on compare les

objectifs de départ fixés dans les considérants avec les obligations qui en résultent dans le corps de la directive, il y a lieu de constater l'écart béant.

94. Voyez à cet égard, H. MAISL, *Le droit des données publiques*, Paris, LGDJ, 1996, p. 140.

95. C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau* ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*. http://curia.eu.int/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_cee/data/index_B-07_04.htm.

96. C.J.C.E., 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, http://curia.eu.int/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_cee/data/index_B-07_04.htm.

L'objectif initial d'amélioration des possibilités de réutilisation se voit réduit à peu de chagrin lorsqu'il faut admettre qu'aucune obligation n'existe dans le chef des organismes publics d'accepter la réutilisation sollicitée par le secteur privé.

L'objectif d'harmonisation des règles et pratiques nationales n'est que très peu soutenu dans la mesure où la directive n'a de cesse de se référer aux règles nationales. Par ailleurs, le système très souple instauré au niveau des formats de réutilisation est malheureusement peu « harmonisant » car il ne prévoit aucune obligation de numérisation des documents, de coordination de l'emploi des langues, d'utilisation de formats accessibles, etc. De même, il ne faut pas espérer un impact réel sur le plan de l'harmonisation des tarifs pratiqués puisque la directive se borne à fixer un plafond qui permet le recouvrement de toute dépense engagée depuis la conception d'un produit et donc autorise *de facto* des pratiques divergentes de tarification. L'option, minima-

liste, choisie par la Commission s'emploie à favoriser les chances de réutilisation au détriment de l'harmonisation souhaitée.

L'objectif de transparence concrétisé par la création d'un cadre général fixant des conditions de réutilisation équitables, proportionnées et non discriminatoires est sûrement le réel succès de cette directive. En effet, les prescriptions relatives à l'information à fournir sur les conditions pratiquées à la réutilisation, sur les tarifs appliqués ainsi que les dispositions relatives à la non-discrimination doivent permettre de rencontrer cet objectif de transparence et de ce fait favoriser les chances de réutilisation des documents.

Malgré le fait que la directive laisse aux États membres une grande marge de manœuvre, il est à considérer en définitive qu'elle donne certains gages de succès de l'amélioration des possibilités de réutilisation et de l'harmonisation sans pour autant prendre le parti d'imposer de véritables obligations.