

INTERNATIONAL JOURNAL OF **DIGITAL AND DATA LAW**

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT
DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE



Vol. 2 – 2016



ISSN 2553-6893

International Journal of Digital and Data Law
Revue internationale de droit des données et du numérique

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6893

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article
are the sole responsibility of the author.*

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons **CC-BY-NC-ND** :

- 1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license CC-BY-NC-ND:

- 1) the *International Journal of Open Governments/ la Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / la Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

LE RENOUVEAU DU DROIT À L'INFORMATION À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE : ENTRE OBLIGATION DE PUBLICATION DE L'ADMINISTRATION ET AFFIRMATION DU DROIT D'ACCÈS DU CITOYEN¹

par **William GILLES**, Directeur du master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts de l'École de droit de la Sorbonne
Président de l'IMODEV.

L'accès à l'information est l'un des enjeux majeurs de la société contemporaine. C'est l'une des clés de l'évolution du droit et des systèmes économiques tant aux plans national que mondial. C'est, en d'autres termes, l'une des manifestations d'envergure de la globalisation.

L'avènement de la société de l'information met l'accent sur l'omniprésence de l'information à différents niveaux, mais il serait excessif de considérer que l'information ne jouait pas déjà par le passé un rôle essentiel dans le fonctionnement de la société. En revanche, l'irruption de la société de l'information a eu un impact considérable dans l'échange d'informations en créant un effet démultiplicateur en la matière. Avec le numérique, la circulation de l'information connaît une véritable révolution tant par sa rapidité ou son caractère quasi instantané que par sa quantité et sa diversité. En ce domaine, les nouvelles technologies ont donc joué un rôle propulseur. L'échange d'informations étant consubstantiel au numérique, il apparaît aisément que la société de l'information est aussi une société numérique. La société numérique doit donc favoriser la circulation de l'information pour être optimale.

Cette réflexion, qui semble contemporaine, ne l'est pourtant pas autant que ça. Déjà parce que tout est information, et ceci depuis l'origine. Si l'on considère que l'information est un échange de données entre un récepteur et un émetteur, on retrouve l'information avant même le premier jour et le *Big bang* puisque l'univers est constitué de molécules qui interagissent entre elles. L'information se retrouve aussi depuis l'origine du monde dans le corps des espèces animales et humaines où des signaux sont envoyés à chaque instant à travers les globules, les nerfs, etc. pour par exemple, indiquer à notre corps si on est ou non en bonne santé, ou encore, pour analyser l'environnement qui nous entoure

¹ Cet article a été élaboré en tenant compte des débats parlementaires relatifs au projet de loi pour une République numérique tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au 1^{er} février 2016. À la date de la publication de cet article, le projet de loi pour une République numérique n'est toujours pas adopté.

à travers nos cinq sens. L'information est aussi à la base de notre vie quotidienne depuis très longtemps, ne serait-ce que parce que la nature et la vie en société fonctionnent comme un système, chaque information interagissant avec l'autre et se répercutant donc sur l'autre.

Cependant, si l'information est au cœur de tout depuis l'origine, ce n'est que plus récemment qu'il y eut une prise de conscience de son utilité, en particulier avec les travaux de Shannon² et de Weaver³, qui sont à l'origine de la théorie de l'information. La doctrine va progressivement s'emparer de ce sujet pendant la seconde moitié du XXe siècle pour rappeler la nécessité de favoriser la circulation de l'information à une époque où les technologies occupent une place de plus en plus importante dans notre société, grâce au développement de l'informatique et des réseaux, dans un premier temps réduit à quelques ordinateurs connectés entre eux au sein de réseaux comme Arpanet, le plus célèbre d'entre eux d'autant qu'il est le précurseur d'Internet. L'apparition de l'Internet des objets n'a fait qu'amplifier ce processus, rendant plus que jamais nécessaire la circulation de l'information pour le bon fonctionnement du processus.

Pourtant, le droit s'est emparé de ce sujet bien avant cette époque. Les premiers textes en la matière apparaissent dès le XVIIIe siècle. La loi suédoise sur la liberté de la presse de 1766 est en général présentée comme le premier texte en matière de droit d'accès à l'information. Cependant, la version originale de cette loi reconnaît davantage un droit à publication qu'un droit d'accès⁴ et en outre sa durée de vie fut réduite (six ans), l'application de ce texte étant interrompue par le coup d'État mené par le roi Gustave III le 21 août 1772 qui met fin à « l'ère de la liberté »⁵. La Constitution du 6

² Claude E. Shannon, "A mathematical theory of communication", *Bell System Technical Journal*, vol. 27, pp. 379-423 et 623-656, July and October, 1948, accessible à : <http://pespmc1.vub.ac.be/books/Shannon-TheoryComm.pdf>.

³ Warren Weaver, *Recent Contributions to The Mathematical Theory of Communication*, 1949, accessible à : <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic933672.files/Weaver%20Recent%20Contributions%20to%20the%20Mathematical%20Theory%20of%20Communication.pdf>.

⁴ Sur ce point, voir la version originale de l'Ordonnance royale du 2 décembre 1766 relative à la liberté d'écrire et de la presse. Pour une version traduite en anglais, cf. Peter Hogg, "His Majesty's Gracious Ordinance Relating to Freedom of Writing and of the Press" (1766), in Juha Mustonen (ed), *The World's First Freedom of Information Act, Anders Chydenius' Legacy Today*, Anders Chydenius Foundation, 2006.

⁵ Juha Manninen, "Anders Chydenius and the Origins of World's First Freedom of Information Act", in Juha Mustonen (ed), *The World's First Freedom of Information Act, Anders Chydenius' Legacy Today*, Anders Chydenius Foundation, 2006, p. 52. Voir également, Joshua Tauberer, Joshua Tauberer, *Ancient Origins of Open Access to Law*, in Joshua Tauberer, *Open Government Data : The Book*, 2nde édition, 2014. Accessible à : <https://opengovdata.io/2014/ancient-origins-open-access-to-law/>. Voir également Ulf Öberg, "EU Citizens' Right to Know: The Improbable Adoption of a European Freedom of Information Act", in Alann Dashwood, Angela Ward (eds), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 2 – Volume 1999, Oxford 2000.

juin 1809^{6,7} redonne leur place à la liberté de la presse et au droit à publication des documents publics, d'une part, en faisant de la loi sur la liberté de la presse l'une des 4 lois fondamentales du pays⁸, d'autre part en affirmant à l'article 86 de la Constitution que la liberté de la presse s'analyse comme le droit de publier des écrits, sans obstacle ou répression de l'autorité publique et en reconnaissant le droit de publication des actes et procès-verbaux de l'administration⁹. Dans le prolongement de cette nouvelle Constitution, le gouvernement suédois décide d'adopter une nouvelle loi sur la liberté de la presse en 1810¹⁰, puis en 1812¹¹. Ces deux textes consacrent un droit d'accès aux documents administratifs que le législateur a entendu envisager dans une acception large, puisqu'ils posent le principe, que tous les documents administratifs sont en principe sont communicables sur demande des citoyens, sauf avis contraire motivé¹². Le texte aujourd'hui en vigueur est issu d'une nouvelle version adoptée après la Seconde Guerre mondiale¹³. Non seulement ce texte, lui-même amendé par la suite reconnaît un droit d'accès à l'information, mais il établit dès 1949, tout en le confirmant aujourd'hui, un lien entre la reconnaissance de ce droit et la libre communication des opinions et de l'information. Ce texte prévoit

⁶ Olof Petersson, *The Swedish 1809 Constitution*, Paper prepared for Conference on Contested Sovereignties Constitutional Arrangements and their Relevance for Democracy: European and Middle Eastern Perspectives, Swedish Research Institute in Istanbul/Ayvalık 28–31 May, 2009. Revised in June 2009 for inclusion in a conference volume to be published by The Swedish Research Institute in Istanbul.

⁷ La version française de la Constitution suédoise de 1809 est disponible à : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/se1809.htm>.

⁸ L'article 85 de la loi fondamentale sur la forme du Gouvernement (*Regeringsform*) rappelle qu'outre cette dernière, seront considérés comme lois fondamentales le règlement sur le Riksdag (*Riksdagordning*), le règlement sur l'ordre de succession au trône (*Successionordning*) et l'édit sur la liberté de la presse (*Tryckfrihetsförordning*).

⁹ Selon l'article 86 de la loi fondamentale sur la forme du Gouvernement (*Regeringsform*), « par liberté de la presse on entend le droit de tout Suédois de publier des écrits, sans que l'autorité publique y porte obstacle d'avance, de ne pouvoir ensuite être poursuivi pour leur contenu que devant un tribunal légal, et de ne pouvoir être puni pour lesdits écrits, à moins que ce contenu ne soit contraire à une loi claire, établie pour garantir la tranquillité publique sans mettre obstacle à la propagation des lumières. Tous les actes et procès-verbaux, concernant n'importe quelle affaire, excepté les procès-verbaux du Conseil d'État et ceux dressés devant le Roi, dans les affaires diplomatiques et de commandement militaire, pourront sans réserve être publiés par la voie de la presse. Ne pourront être publiés les procès-verbaux ni actes de la Banque et du Comptoir de la dette publique concernant les objets qui doivent être tenus secrets. » Constitution suédoise de 1809 est disponible à : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/se1809.htm>.

¹⁰ LOI SUR LA LIBERTÉ DE LA PRESSE DE 1810, ACCESSIBLE (EN SUÉDOIS) A : [HTTP://WWW.MODERN-CONSTITUTIONS.DE/NBU.PHP?PAGE_ID=02A1B5A86FF139471C0B1C57F23AC196&VIEWMODE=PAGES&SHOW_DOC=SE-00-1810-03-09-SV&POSITION=0](http://WWW.MODERN-CONSTITUTIONS.DE/NBU.PHP?PAGE_ID=02A1B5A86FF139471C0B1C57F23AC196&VIEWMODE=PAGES&SHOW_DOC=SE-00-1810-03-09-SV&POSITION=0).

¹¹ Loi sur la liberté de la Presse de 1812, accessible (en suédois) : http://WWW.MODERN-CONSTITUTIONS.DE/NBU.PHP?PAGE_ID=02A1B5A86FF139471C0B1C57F23AC196&SHOW_DOC=SE-00-1812-07-16-SV&VIEWMODE=edition_metadata.

¹² Cf. Yohann Aucante, *Les démocraties scandinaves : Des systèmes politiques exceptionnels ?*, Armand Colin, 2013.

¹³ Sur ce point, cf. par exemple, Joakim Nergelius, *Constitutional Law in Sweden*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2011 : « After an interruption from 1772, a new Freedom of Press Act was enacted in 18110 and then modified in 1812. When that one was perceived to have been misused or even abused by the authorities under the Second World War, a new one (the current, still existing one) was adopted in 1949. »

en effet que pour encourager la libre communication des opinions et la diffusion d'une information exhaustive, chaque citoyen suédois doit pouvoir accéder librement aux documents officiels.»^{14,15}

Avec la Suède, la France s'est intéressée dès le XVIII^e siècle à l'affirmation de ce que l'on pourrait appeler avant la lettre un droit à l'information. La philosophie des Lumières caractérise en France une époque marquée par la mise en circulation de l'information à travers la diffusion des connaissances et des idées des penseurs éclairés. Cette propagation des connaissances, et par là d'une certaine forme d'information, est reconnue en tant que droit fondamental par la Déclaration de 1789, qui consacre la libre communication des pensées et des opinions¹⁶. De son côté, le droit d'accès à l'information est, lui, garanti par deux dispositions. Tant l'article XIV de la Déclaration de 1789 qui prévoit le droit pour les citoyens de constater la nécessité de la contribution publique, de la consentir et d'en suivre l'emploi que l'article XV de ce texte qui reconnaît le droit de demander compte à tout agent public de son administration, impliquent l'affirmation d'un droit d'accès à l'information. Cependant, ce dernier droit n'est resté pendant plusieurs années qu'à l'état des principes. La véritable affirmation du droit d'accès à l'information intervient en France à la fin des années 1970, avec en particulier la loi du 17 juillet 1978, à une époque où s'amorce la réflexion sur les enjeux inhérents à l'informatisation de la société¹⁷.

Près de quatre décennies plus tard, alors que les balbutiements de l'informatique ont cédé la place à la société numérique, il importe de s'interroger sur les mutations du droit à l'information dans ce nouvel environnement. Plusieurs problématiques émergent. Au nombre de ces dernières, il convient par exemple de se demander si la façon de concevoir le droit à l'information est toujours la

¹⁴ Dans sa version de 1949, la loi sur la liberté de la presse prévoit :

« Article 1 of Chapter 2 of the Freedom of the Press Act, entitled "On the Public Nature of Official Documents":

To further free interchange of opinion and general enlightenment, every Swedish citizen shall have free access to official documents. ». Traduction du texte original en anglais par Hon. Ulf Lundvik dans son article « The Public's Access to Official Documents in Sweden: The Rules and their Consequences », *Government Publications Review*, Vol. 10, pp. 3-9, 1983.

¹⁵ Selon l'article 1^{er} du Chapitre 2 de la loi sur la liberté de la presse, dans sa version en vigueur en 2016 (issue de la modification 1976:954) : « Every Swedish citizen shall be entitled to have free access to official documents, in order to encourage the free exchange of opinion and the availability of comprehensive information ».

Version anglaise disponible sur le site :

<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/44628/91525/F-1883637049/SWE44628SwedishConsolidated.pdf>.

¹⁶ Cf. en ce sens l'article XI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁷ En ce sens, cf. le célèbre rapport Nora-Minc qui analyse les conséquences de la « révolution informatique » et de la télématique dans la société française. (Serge Nora, Alain Minc, *L'informatisation de la société*, la documentation française, 1978). Sur ce rapport, voir par exemple, Andrée Walliser, « Le rapport "Nora-Minc". Histoire d'un best-seller », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 23, juillet-septembre 1989, pp. 35-48 ; ou Sylvie Boissier-Bardou, Isabelle Paillart, « Information publique : stratégies de production, dispositifs de diffusion et usages sociaux », *Les enjeux de l'information et de la communication* 2/2012 (n° 13/2), pp. 3-10.

même, ou encore quel a été l'impact du numérique sur le droit à l'information.

Ces problématiques transversales recèlent les enjeux majeurs des répercussions de l'avènement du numérique et ce faisant, de son impact sur le droit à l'information.

Pour analyser ces évolutions, en d'autres termes pour mesurer de l'impact du numérique sur le droit d'accès à l'information, il paraît éclairant de tenter de circonscrire le champ d'application du droit d'accès à l'information dans notre société contemporaine pour appréhender ensuite les modalités de mise en œuvre de ce droit.

§ 1 – LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION DANS LE CONTEXTE DE LA SOCIÉTÉ NUMÉRIQUE

A) Le principe du droit d'accès aux informations publiques

La construction du cadre juridique français de l'accès aux informations est née d'une prise de conscience des risques que fait porter l'informatisation sur la société, en particulier s'agissant de la protection des libertés¹⁸. L'événement déclencheur a été la parution, en 1974, dans le journal *Le Monde* d'un article¹⁹ dénonçant un projet de base de données centralisé de la population utilisant comme identifiant commun à tous les fichiers administratifs, le numéro national d'identification pour relier les individus aux fichiers de l'État et par conséquent favoriser les interconnexions. Si le projet ne vit finalement jamais le jour en raison des contestations qu'il suscita, l'article du journal *Le Monde* déboucha sur l'affaire SAFARI²⁰, du nom du projet contesté, et donna lieu à la création d'une commission parlementaire visant à réfléchir aux conséquences de l'informatisation sur les droits et libertés. Cette commission rendit un rapport²¹ qui aboutit à l'adoption de la loi du 6 janvier 1978, dite Informatique et Libertés. Dans ce contexte, l'État français souhaita aussi rétablir la confiance entre l'administration et ses usagers, et décida pour ce faire de mettre en place un droit d'accès aux documents administratifs, prévu par la loi du 17 juillet 1978. Le droit d'accès était ainsi établi et il concernait certains documents détenus par l'administration pouvant être communiqués à l'utilisateur.

Ce droit ne va cesser de se renforcer par la suite, soit par la modification de la loi du 17 juillet 1978, soit par l'adoption de textes

¹⁸ Sur ce sujet, cf. W. Gilles, « L'administration numérique en France : quel modèle juridique ? », in I. Bouhadana et W. Gilles, *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique*, Les éditions Imodev, mars 2014.

¹⁹ Ph. Boucher, « SAFARI ou la chasse aux Français », *Le Monde*, 21 mars 1974.

²⁰ Cet acronyme signifie « Système automatisé pour les Fichiers Administratifs et Répertoires des Individus ».

²¹ J. Foyer, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale sur le projet de loi (n° 2516) relatif à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 octobre 1977.

complétant ce dispositif, notamment pour prévoir un régime particulier de communication pour certains documents. Relèvent notamment de ces régimes spécifiques les actes et documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires²², les archives²³, les relevés des titulaires d'un permis de conduire²⁴, les registres de publicité foncière²⁵, certains documents des collectivités territoriales²⁶, la délivrance de certains documents relatifs aux contribuables²⁷, la communication de certains documents d'urbanisme²⁸, la transmission aux familles de la liste des assistants maternels agréés dans le département²⁹, la consultation de la liste générale des objets immobiliers classés et des documents nécessaires à la constitution de cette liste³⁰, la communication au patient de ses documents de santé³¹, l'accès aux documents électoraux³², l'accès aux informations relatives à l'environnement détenues, reçues ou établies par les autorités publiques³³, etc.

Parmi les dispositions récentes en matière de droit d'accès aux informations, il convient de mentionner les lois sur la transparence de la vie publique de 2013 qui autorisent la réutilisation des données³⁴ figurant dans la déclaration d'intérêts des membres du Gouvernement, des élus locaux et des personnes en charge d'une

²² Ces documents sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires

²³ Relevant de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

²⁴ « Le titulaire du permis de conduire a droit à la communication du relevé intégral des mentions le concernant. Cette communication s'exerce dans les conditions prévues par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. ». Cf. l'article 225-3 du Code de la route. Disposition introduite par l'ordonnance n° 2000-930 du 22 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de la route ; modifiée par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005.

²⁵ Cf. l'article 2449 du Code civil (ancien article 2196 du Code civil).

²⁶ Droit de communication des procès-verbaux, des budgets, des comptes et des arrêtés des communes (article L. 2121-26 du code général des collectivités territoriales – CGCT –), des départements (article L. 3121-17 du CGCT), des régions (article L. 4132-16 CGCT), des établissements publics de coopération intercommunale (article L. 5211-46 du CGCT), des établissements de coopération interdépartementale (article L. 5421-5 du CGCT) et ententes interrégionales (article L. 5621-9 du CGCT) et des syndicats mixtes (article L. 5721-6 du CGCT).

²⁷ Cf. les articles L. 104, L. 111 et L. 135 B du Livre des procédures fiscales.

²⁸ Sont notamment concernés les registres où sont inscrites les acquisitions réalisées par la collectivité grâce à son droit de préemption (article L. 213-13 du Code de l'urbanisme) ou les registres des taxes et contributions d'urbanisme (article L. 332-29 du Code de l'urbanisme).

²⁹ Cf. l'article L421-8 du Code de l'action sociale et des familles.

³⁰ Cf. l'article 17 de loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques.

³¹ Cf. l'article L1111-7 du code de la santé (article L. 1110-4 du code de la santé publique pour la communication aux ayants droit des données de santé relatives aux personnes décédées).

³² L'accès des documents électoraux relève en principe de la loi du 17 juillet 1978, sauf pour les cas où une disposition plus favorable est prévue. Tel est le cas notamment de la communication aux électeurs des listes électorales et des tableaux rectificatifs (cf. les articles L. 28 et R. 16 du code électoral) ou les listes d'émargement (L. 68 du code électoral).

³³ Cf. l'article L. 124-1 du Code de l'environnement. Disposition introduite par la loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement.

³⁴ Sur ce sujet, cf. W. Gilles, « Constitution and Open Government in France: About the Laws on Transparency of Public Life of 2013 », in I. Bouhadana, W. Gilles, R. Weaver (eds), *Transparency in the Open Government Era*, Les éditions Imodev, 2015.

mission de service public³⁵ ou dans les déclarations d'intérêts et d'activités des députés et sénateurs³⁶.

De même, il est possible d'ajouter la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi Notre) qui oblige les collectivités territoriales de plus de 3500 habitants et leurs établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre à rendre accessibles en ligne les informations publiques disponibles sous format électronique, et à en permettre leur réutilisation³⁷ ; disposition qui, à peine adoptée, devrait être supprimée du Code général des collectivités territoriales par le projet de loi pour être insérée sous une autre forme dans le Code des relations entre le public et l'administration³⁸.

Cette évolution du droit français sur près de quatre décennies appelle deux observations.

La première est que **le principe du droit d'accès aux informations publiques n'a cessé de s'étendre depuis la fin des années 1970 si bien que les documents détenus par les administrations qui ne peuvent faire l'objet d'un droit d'accès deviennent progressivement minoritaires**, d'autant que le projet de loi pour une République numérique » (dit projet de loi Lemaire) en cours de discussion au Parlement français, prévoit d'obliger les administrations publiques, à l'exception des collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants, de publier en ligne, dans un standard ouvert aisément réutilisable, c'est-à-dire lisible par une machine, les documents administratifs détenus sous format électronique³⁹. Par cette évolution, les administrations sont plus que jamais placées au cœur de la société de l'information en nourrissant cette dernière d'une information de plus en plus dense. La seconde observation est que **cette extension du droit d'accès aux informations publiques est source de complexité**, tant les lois garantissant ce principe se sont multipliées à côté de la loi du 17 juillet 1978, qui peut être considérée comme la loi de référence en la matière.

Le gouvernement français a néanmoins cherché à redonner une cohérence d'ensemble en adoptant un Code des relations entre le public et l'administration⁴⁰. Cependant, cette évolution est insuffisante pour deux raisons.

³⁵ Cf. l'article 5 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

³⁶ Cf. le IV de l'article 1^{er} de la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, codifié à l'article LO 135-2 du Code électoral.

³⁷ Cf. l'article 106 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi Notre) qui a introduit au Code général des collectivités territoriales un article L. 1112-23.

³⁸ Le III de l'article 4 du « projet de loi pour une République numérique » dispose que « l'article L. 1112-23 du Code général des collectivités territoriales et l'article L. 125-12 du Code des communes de la Nouvelle-Calédonie sont abrogés ».

³⁹ Cf. le nouvel article L. 312-1-1. du Code des relations entre le public et l'administration, prévu à l'article 4 du « projet de loi pour une République numérique » (dit projet de loi Lemaire).

⁴⁰ Prévu par la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens dont l'article 3 habilite le Gouvernement à élaborer un Code des relations entre le public et l'administration, ce code a été créé par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux

D'une part, le Code vient à peine d'être adopté que le projet de loi pour la République numérique contient déjà des dispositions relatives aux données publiques non codifiées dans ce code, mais soit dans d'autres codes⁴¹, soit dans d'autres lois⁴². En matière de clarté, le législateur aurait pu être plus inspiré, d'autant que comme expliqué précédemment, le projet de loi Lemaire, dans sa version en cours de discussion, procède également à la suppression de dispositions que la loi Notre du 7 août 2015 venaient de créer et codifier dans le Code général des collectivités territoriales⁴³. Le projet de loi pour la République numérique prévoit désormais de codifier ces dispositions dans le Code des relations entre le public et l'administration en leur conférant une portée plus large, et non uniquement centrée sur les collectivités territoriales de plus de 3500 habitants. En effet, si le projet de loi Lemaire devait être définitivement adopté en ces termes, l'obligation de publication en ligne des documents administratifs détenus par les collectivités territoriales de plus de 3500 habitants, qui était prévue à l'article L. 1112-23 Code général des collectivités territoriales, figurera désormais à l'article L. 312-1-1 du Code des relations entre le public et l'administration, l'obligation concernant désormais plus largement l'ensemble des administrations publiques, à l'exception des collectivités territoriales de moins de 3500 habitants.

D'autre part, il est possible de se demander s'il n'aurait pas été préférable d'adopter un Code de l'information, sans faire une distinction entre les dispositions qui relèvent du secteur public ou du secteur privé. Il semble de ce point de vue que l'ensemble des pays devraient, pour assurer la clarté du droit applicable, adopter une telle approche systémique visant à regrouper l'ensemble des dispositions relatives au droit à l'information.

En effet, la société de l'information et l'économie numérique sont fondées sur l'exploitation des informations et des données. Cet état des choses signifie également que le Parlement comme le pouvoir réglementaire sont de plus en plus amenés à se prononcer sur ce sujet et à multiplier les textes en la matière, ce qui aboutit à la complexité décrite précédemment.

dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, accessible à :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichOrdonnance.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000031362570&annee=2015&legislature=14&debut=20120626&fin=29990101>.

⁴¹ Par exemple, dans sa version résultant des délibérations de l'Assemblée nationale à l'issue de la troisième séance du 21 janvier 2016, l'article 10 du « projet de loi pour une République numérique » ajoute un nouvel article 40-2 après l'article 40-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. De même, l'article 12 du projet de loi Lemaire modifie la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques.

⁴² Par exemple, dans sa version résultant des délibérations de l'Assemblée nationale à l'issue de la troisième séance du 21 janvier 2016, l'article 10 du « projet de loi pour une République numérique » (dit projet de loi Lemaire) ajoute un nouvel article 40-2 après l'article 40-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. De même, l'article 12 du projet de loi Lemaire modifie la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques.

⁴³ Cf. l'article 106 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, article précité.

Le foisonnement de ces dispositions est source d'une complexité qui nuit à la vision d'ensemble du droit des données, et qui peut être un frein au plein exercice du droit d'accès à l'information comme au développement de l'économie numérique, d'autant que les exemples qui ont été évoqués ci-dessus concernent le seul droit d'accès et/ou de réutilisation des informations publiques. Or, **aujourd'hui, il n'est plus possible de s'intéresser au droit d'accès aux informations publiques sans réfléchir à son articulation avec les autres droits encadrant la réutilisation des données, et en particulier le droit des données personnelles.** Isoler le droit de la réutilisation des informations publiques dans le futur Code des relations entre le public et l'administration ne permet pas de tirer profit de la synergie résultant de la codification de l'ensemble des dispositions relatives aux informations, publiques ou privées, dans un même code. Il est à noter que ce même Code de l'Information pourrait aussi accueillir les dispositions juridiques relatives aux communs, autre sujet important de droit à l'information.

L'élaboration d'un *Code de l'information* permettrait ainsi de redonner une cohérence d'ensemble pour mieux articuler les différentes dispositions relatives au traitement, à la collecte, à la communication, à la publication ainsi qu'à la réutilisation des informations, qu'elles soient publiques ou privées.

B) Les limites du droit d'accès aux informations

Si l'extension du droit d'accès à l'information intervenue depuis son affirmation à la fin des années 1970 est réelle, il n'en demeure pas moins nécessaire de s'interroger sur l'opportunité d'étendre encore davantage son champ d'application. En effet, l'information est au cœur de la société numérique puisqu'elle en constitue sa valeur ajoutée. **Sans circulation de l'information, il ne peut y avoir de société numérique.** Pour ces raisons, **l'une des préoccupations des gouvernants contemporains devrait être de circonscrire au maximum les limites au droit d'accès à l'information** dans la mesure où ces dernières entravent la circulation des données ainsi que leur réutilisation, restreignant aussi par voie de conséquence le développement de la société numérique.

Cependant, dans le même temps, une approche responsable du droit d'accès à l'information impose de ne pas ouvrir au public l'ensemble des informations des administrations, au moins à l'état brut : toutes les données n'ont pas vocation à être ouvertes au public, voire même accessibles, ne serait-ce que parce qu'elles n'ont pas la même portée, certaines étant plus sensibles que d'autres.

Il faut donc rechercher une démarche pragmatique qui concilie ces deux impératifs en optimisant le droit d'accès à l'information. Cette recherche de maximalisation du droit d'accès à l'information suppose de se poser les questions suivantes. Les informations accessibles au public sont-elles toutes justifiées et leur ouverture

est-elle respectueuse des droits fondamentaux, et en particulier du droit au respect de la vie privée ? Existe-t-il des informations détenues par les administrations publiques qui ne sont actuellement pas accessibles et/ou ouvertes et qui devraient l'être dans la société numérique ? Le droit d'accès à l'information est-il uniquement un droit d'accès aux informations publiques ou faut-il en avoir une acception plus large ? Autrement dit, existe-t-il des informations autres que celles détenues par les administrations publiques qui ont vocation à être ouvertes et entrer dans le champ d'application du droit d'accès à l'information, qui serait donc entendu plus largement que son acception actuelle ?

Ces interrogations nous conduisent à réfléchir aux limites au droit d'accès à l'information sous quatre angles pour établir des distinctions entre ces dernières.

La première distinction concerne les limites acceptées. Cette catégorie de limites inclura le plus souvent des limites admises depuis longtemps dans la plupart des législations nationales relatives au droit d'accès à l'information. En effet, un consensus se dessine dans de nombreux pays pour reconnaître que la divulgation d'informations publiques ne doit pas porter atteinte à certains droits fondamentaux, dont le droit au respect de la vie privée, ou encore ne pas aboutir à la révélation de secrets dont la divulgation pourrait menacer la sécurité intérieure ou économique des États ou encore porter un réel préjudice commercial ou industriel aux entreprises. Pour ces raisons, le législateur français prévoit la possibilité pour les administrations françaises de refuser la divulgation de documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte « a) au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ; b) au secret de la défense nationale ; c) à la conduite de la politique extérieure de la France ; d) à la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ; e) à la monnaie et au crédit public ; f) au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ; g) à la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ; h) ou sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par l. »⁴⁴. Des limites similaires interdisant l'accès des documents administratifs contenant de telles informations stratégiques se retrouvent dans d'autres pays, dont les États-Unis⁴⁵. Au sein de l'Union européenne, cette limitation existe aussi en dehors de la France. Elle transparaît à travers l'article 1^{er} de la directive sur la réutilisation des informations du secteur public, qui place en dehors du champ

⁴⁴ Cf. l'article L. 311-5 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁴⁵ Sur ce point, cf. par exemple D. Barry, Howard, R. Whitcomb, *The Legal Foundations of Public Administration*, Rowman & Littlefield, 2005, p. 265. Voir également P. Strauss, T. Rakoff, C. Farina, G. Metzger, Gellhorn and Byse's *Administrative Law, Cases and Comments*, Foundation Press, 11th ed., 2011.

d'application de ce texte, les documents « dont l'accès est exclu conformément aux règles d'accès en vigueur dans les États membres, y compris pour des motifs de : protection de la sécurité nationale (c'est-à-dire sécurité de l'État), défense ou sécurité publique, confidentialité des données statistiques, confidentialité des informations commerciales (par exemple secret d'affaires, secret professionnel ou secret d'entreprise) »⁴⁶.

Toute la difficulté en la matière est cependant de circonscrire précisément le champ d'application de ces limites pour que ces dernières ne servent pas d'excuse injustifiée aux gouvernants et aux entreprises qui pourraient être tentés d'avoir, notamment, une interprétation extensive de la notion de secret pour s'opposer à la diffusion de certaines informations publiques.

La deuxième distinction nous conduit sur le terrain des limites acceptables. Parmi celles-ci, il faut mentionner les droits exclusifs détenus par des tiers qui peuvent être des obstacles à la réutilisation des informations publiques. Aussi, la directive européenne sur l'information du secteur public⁴⁷, et donc le droit français qui transpose ce texte⁴⁸, interdisent-ils, en principe, d'octroyer à des tiers un droit exclusif en matière de réutilisation de l'information du secteur public. Cette interdiction de droit d'exclusivité se justifie par le fait que l'octroi d'un tel droit serait un obstacle à la réutilisation des informations publiques puisque ces dernières ne pourraient être réutilisées qu'avec l'accord des détenteurs de tels droits. Toutefois, par exception, le droit européen permet aux États membres d'octroyer ces droits d'exclusivité à des tiers, tout en les encadrant dans le temps, lorsque ces derniers sont nécessaires pour la prestation d'un service d'intérêt général ou sont accordés pour les besoins de la numérisation de ressources culturelles⁴⁹. Dans ce prolongement, le droit français n'autorise les droits d'exclusivité que s'ils sont nécessaires pour l'exercice d'une mission de service public ou sont accordés pour les besoins de la numérisation de ressources culturelles⁵⁰. La limitation des droits de réutilisation est dans ces deux cas justifiée par l'intérêt général.

Dans le premier cas, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne expliquent que « dans le cadre d'une prestation de

⁴⁶ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, dans sa version issue de la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public.

⁴⁷ Cf. le 1 de l'article 11 de la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, dans sa version issue de la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

⁴⁸ La transposition de la directive 2013/37/UE est intervenue par la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

⁴⁹ Cf. les 2 et 2 bis de l'article 11 de la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, dans sa version issue de la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

⁵⁰ Cf. l'article 14 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, dans sa version issue de la loi n° 2015-1779.

service d'intérêt général, il peut parfois se révéler nécessaire d'accorder un droit d'exclusivité pour la réutilisation de certains documents du secteur public. Ce cas peut se produire, entre autres, si aucun éditeur commercial n'est disposé à publier l'information sans disposer d'un tel droit d'exclusivité. Afin de prendre cet aspect en compte, la directive 2003/98/CE autorise, sous réserve d'un réexamen régulier, la conclusion d'accords d'exclusivité, lorsqu'un droit d'exclusivité est nécessaire pour la prestation d'un service d'intérêt général.⁵¹ Dans le second cas, les accords d'exclusivité peuvent se comprendre dès lors qu'il s'agit de tenir compte de l'investissement parfois nécessaire et important de la part d'un prestataire privé en charge d'une mission de numérisation des œuvres culturelles. Le coût de numérisation peut être évalué entre 75 et 100 euros⁵². Ces accords permettent donc d'amplifier le processus de numérisation des œuvres qui serait insuffisant et trop lent s'il ne devait reposer que sur les administrations publiques⁵³. Toutefois, la dérogation à l'interdiction de l'octroi aux droits d'exclusivité est plutôt tolérée qu'acceptée puisque ces droits sont limités dans le temps et doivent faire l'objet d'une réévaluation régulière pour s'assurer qu'ils sont toujours justifiés⁵⁴. Pour ces raisons, les droits d'exclusivités relèvent des limites acceptables plutôt qu'acceptées au droit d'accès à l'information.

Les limites non acceptables relèvent de la troisième distinction opérée. Il s'agit par exemple en France des informations relatives aux revenus et indemnités parlementaires⁵⁵, et plus largement de celles concernant l'utilisation ou l'affectation des dépenses financées sur fonds public. En la matière, le droit d'accès à l'information devrait s'imposer pour garantir une transparence sur la gestion des deniers publics, les citoyens étant en droit de pouvoir demander compte à tout agent public de son administration⁵⁶. La notion d'agent public doit ici être envisagée dans une acception large pour inclure, outre les agents publics, les deniers publics reçus par les élus et les gouvernants.

Ce droit à l'information doit aussi viser les subventions publiques qui sont accordées aux entreprises et aux associations.

Quant à la quatrième distinction opérée, elle vise les limites qui soulèvent des débats et qui doivent pour ce faire être approfondies afin de forger une doctrine pouvant être source

⁵¹ Cf. le considérant 29 de la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public.

⁵² Ces chiffres correspondent respectivement au coût de numérisation par Google des 30 millions de livres de la Bibliothèque nationale australienne et des 100 millions de livres toujours numérisés par Google conformément à un accord signé avec le gouvernement italien. Cf. Reflection Group on Bringing Europe's Cultural Heritage Online, *The new renaissance*, Report of the « Comité des Sages » (rapport final du Comité des Sages sur la numérisation du patrimoine culturel européen), 10 janvier 2011.

⁵³ Cf. William Gilles, « Open Data, Democracy and Freedom of Expression in France », in A.-S. Lind, J. Reichel & I. Österdahl (eds), *Information and Law in Transition*, Liber, 2015.

⁵⁴ Cf. l'article 14 de la loi du 17 juillet 1978.

⁵⁵ William Gilles, « Constitution and Open Government in France: About the Laws on Transparency of Public Life of 2013 », in I. Bouhadana, W. Gilles, R. Weaver, *Transparency in the Open Government Era*, Les éditions Imodev, 2015.

⁵⁶ Cf. en ce sens l'article XV de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

d'inspiration pour le législateur. En ce sens, un débat existe en France pour chercher à concilier l'accès et la réutilisation des informations publiques avec l'existence d'un droit de propriété intellectuelle des agents publics. En effet, ce dernier peut être un obstacle à l'ouverture des informations publiques puisque la communication des documents se heurte à l'existence de droits de propriété littéraire et artistique⁵⁷. Sont notamment concernés les documents ou les bases de données que ***les agents publics élaborent dans le cadre de leurs fonctions et qui sont à ce titre susceptibles d'être grevés de leurs droits d'auteur.*** L'article L. 131-3-1 du Code de Propriété intellectuelle prévoit certes que « dans la mesure *strictement nécessaire* à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État. » Mais il précise aussitôt que « pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'État ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence. Cette disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé ».

Si l'administration numérise des contenus qui ont été créés ou rédigés, en partie ou en totalité, par d'autres, par exemple des représentations artistiques ou des ouvrages, la question du droit d'auteur de ces agents est réelle, car le document créé peut être considéré comme étant utilisé dans un cadre autre que la « mission strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public », sauf à ce que le législateur en décide autrement, ce qui n'est pas le cas actuellement. Autrement dit, l'une des perspectives à envisager pour éviter que l'exercice du droit d'auteur des agents publics s'oppose à la diffusion des informations publiques pourrait consister à rappeler par la loi que les agents publics qui collectent et exploitent des informations publiques, ou même qui créent des bases de données pour le compte de leur employeur interviennent dans le cadre d'une mission strictement nécessaire à l'exercice du service public. Une autre possibilité, plus restrictive pour les agents publics, serait d'étendre le régime spécifique que le législateur a introduit en matière de logiciel⁵⁸ afin de permettre, sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, le transfert à l'employeur des droits patrimoniaux sur les informations publiques élaborées et les bases de données créées dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur.

⁵⁷ Cf. l'article L311-4 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁵⁸ Selon le premier alinéa de l'article L. 113-9 du Code de propriété intellectuelle, « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer. »

Un autre débat qui se pose est celui du champ d'application du droit d'accès à l'information pour savoir si ce droit doit être réservé aux informations publiques ou s'il faut au contraire l'étendre à l'ensemble des informations détenues par les personnes privées dès lors que l'on considère qu'elles sont d'intérêt général. En réalité, au moins trois questions se posent à cet égard. La première est de savoir s'il faut envisager ou non une telle extension. Une réponse positive à cette question (c'est mon cas, je considère qu'on doit étendre ce droit), consiste à savoir quelles seront les données devant être considérées comme d'intérêt général. Autrement dit, il s'agit de réfléchir à une nouvelle catégorie de données, qui pourraient inclure notamment l'ensemble des informations dont la diffusion au public est nécessaire pour éviter des risques économiques, sociaux, écologiques, climatiques ou encore en matière de santé. Une dernière question est de savoir s'il faut se limiter à l'intérêt national ou s'il faut également envisager dans certains cas la diffusion de données d'intérêt général international⁵⁹. Cette dernière approche, la plus extensive, qui nous paraît la plus pertinente dès lors que l'exercice du droit d'accès est concilié avec les autres droits fondamentaux, dont celui du respect à la vie privée.

§ 2 – LES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION DANS LE CONTEXTE DE LA SOCIÉTÉ NUMÉRIQUE

A) Un droit à publication façonné par l'obligation de publication des administrations

Le législateur français garantit expressément, depuis 1979, le droit de chacun à bénéficier d'un droit à l'information en matière de documents administratifs⁶⁰. Cependant, aucune précision n'a été explicitement apportée quant au mode d'exercice de ce droit, même si deux voies d'accès se dessinent en la matière dans les textes d'origine.

Historiquement, le mode d'accès aux informations publiques privilégié en France était celui du droit à communication. L'utilisateur pouvait accéder à un document, soit sous la forme d'un droit d'accès général aux documents administratifs, sous réserve que ces

⁵⁹ Cf. mon intervention au colloque COP 21.

⁶⁰ L'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 prévoyait dans sa version initiale que « le droit des administrés à l'information est précisé et garanti par le présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif ».

L'article 8 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public étend ce droit à l'ensemble des personnes concernées, pour prévoir désormais que « le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif ».

L'article L. 300-1 du Code des relations entre le public et l'administration reprend une formulation similaire en affirmant que : « Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des titres Ier, III et IV du présent livre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs. »

derniers n'aient pas été exclus du droit de communication⁶¹, soit grâce à une seconde voie d'accès plus restrictive, l'utilisateur pouvant en bénéficier uniquement pour les documents administratifs qui lui sont opposables⁶² ou qui le concernent lorsqu'ils contiennent des données sensibles⁶³.

Cependant, un autre moyen d'accès à l'information publique peut être envisagé puisque l'administration a aussi la possibilité de publier le document en question.

Comme le droit à communication, le droit à publication s'analyse comme une composante du droit d'accès à l'information puisqu'il vise à rendre disponible une information en ligne qui ne l'était pas auparavant. Le droit à publication complète donc le droit à communication des documents administratifs en ouvrant une autre voie d'accès aux documents publics.

Comme expliqué en introduction, ce droit à publication est d'ailleurs celui qui fut privilégié par la Suède dans la première version de sa loi sur le droit d'accès aux documents administratifs : dans leur version d'origine, l'essentiel des dispositions suédoises prévoyait la publication des documents administratifs ou institutionnels (rapports parlementaires, décisions de justice, instructions, etc.), et assurent par ce biais le droit d'accès à ces derniers. En tant que tel, le droit de communication était en réalité plutôt réservé aux archives, l'ordonnance suédoise de 1766 garantissant le droit d'accès à l'ensemble des archives en vue de recopier les informations *in loco*, c'est-à-dire sur place, ou obtenir une copie certifiée⁶⁴.

Mais ce droit à publication a également été prévu en France dès l'origine de la loi du 17 juillet 1978, puisque la version initiale de ce texte prévoyait à son article 9⁶⁵ une publication régulière des directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles

⁶¹ Cette limitation était initialement prévue par l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et figure désormais à l'article L. 311-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁶² Cette seconde voie d'accès a été prévue dès la version initiale de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à son article 3, et figure désormais à l'article L. 311-3 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁶³ Disposition introduite par l'article 9 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public qui insère après l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 un article 6 bis. L'article 6 bis de la loi du 17 juillet 1978 a ensuite été abrogé par l'article 7 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, mais la loi de 2000 réécrit l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 pour prévoir un contenu similaire à l'ancien article 6 bis. L'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 a lui-même été abrogé l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 qui crée le Code des relations entre le public et l'administration. Désormais, les dispositions relatives aux documents administratifs qui ne sont communicables qu'à l'intéressé en raison des données sensibles qu'ils contiennent figurent à l'article L311-6 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁶⁴ Sur ce point, cf. le § 10 de la version originale de l'Ordonnance royale du 2 décembre 1766 relative à la liberté d'écrire et de la presse.

⁶⁵ Cf. la version initiale de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978. L'article 8 de l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques a transféré ces dispositions à l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978. L'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 a abrogé l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978 depuis le 1^{er} janvier 2016. Désormais, les dispositions relatives à la publication des textes susmentionnés figurent aux articles L. 312-2 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration.

interprétatives ou décrivant les procédures administratives ainsi que la signalisation des documents administratifs qui intervient notamment dans les bulletins officiels⁶⁶.

La complémentarité entre droit de communication et droit à publication ne fait aucun doute en droit français puisque le premier droit est appelé à s'éteindre en cas d'exercice du second. S'agissant des documents administratifs, la loi du 17 juillet 1978 rappelle que l'existence du droit de communication⁶⁷ cesse de s'exercer lorsque les documents administratifs font l'objet d'une diffusion publique. Dès lors qu'il est établi que le droit d'accès à l'information peut s'exercer sous deux formes, il est intéressant de se demander quelle voie doit être privilégiée à l'ère du numérique. Cette réflexion ne concerne pas uniquement la France, même si ce pays servira de support à notre démonstration. Cette problématique concerne en effet l'ensemble des pays qui entendent reconnaître un droit à l'information publique à leurs citoyens.

En la matière, quatre idées-force permettront de mettre en lumière l'évolution dans laquelle doit s'engager le droit à l'information à l'ère du numérique.

La première est que le droit à publication, pourtant prévu lui aussi par la loi du 17 juillet 1978, n'a pas connu une évolution aussi importante que celle du droit de communication.

Certes, depuis 1978, de nouveaux textes sont entrés dans le champ d'application du droit à publication, notamment au niveau local où l'obligation de publicité porte en particulier sur certaines délibérations de l'assemblée délibérante⁶⁸, les communes de 3500 habitants et plus devant, par exemple, publier celles ayant un caractère réglementaire au recueil des actes administratifs.

Cette absence d'évolution favorable au droit à publication par rapport au droit à communication peut cependant trouver une explication dans le fait que le premier droit est parfois plus difficile à mettre en œuvre que le second. En effet, la publication d'un document peut se révéler, dans certains cas, plus compliquée que la simple communication d'un document, notamment lorsque celui-ci comporte des données à caractère personnel ou autres données sensibles. Dans une telle hypothèse, il ne sera pas possible de publier le document sans l'avoir préalablement anonymisé alors qu'une communication à l'intéressé reste possible. Le droit de publication a donc intrinsèquement un champ d'application plus restreint que celui du droit à communication.

⁶⁶ En ce sens, cf. par exemple l'arrêté du 22 septembre 1980 relatif à la publication et la signalisation des documents administratifs mentionnés à l'article 9 de la loi 78753 DU 17-07-1978, émanant du ministère des Universités, qui prévoit que les directives, instructions, circulaires et règles d'examen et concours, notes et réponses ministérielles comportant une interprétation de droit positif ou une description de procédure administrative de ce ministère sont publiées ou signalées dans le Bulletin officiel du Ministère de l'Éducation, du ministère des Universités ou du ministère de la Jeunesse, des Sports et des Loisirs. Ce bulletin fait l'objet d'une publication hebdomadaire.

⁶⁷ Cf. l'article 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

⁶⁸ En ce sens, cf. notamment les articles L. 2121-24 et L. 3131-1 du Code général des collectivités territoriales.

La deuxième idée-force est que le droit à publication n'est pas forcément un droit à publication en ligne. Or, à l'ère du numérique, c'est bien la publication en ligne qui compte, et non la seule publication papier.

Si dans la pratique, de nombreux recueils sont accessibles sur Internet, la mise en ligne reste une faculté.

Il est à cet égard intéressant de noter qu'une proposition de loi relative à la simplification du fonctionnement des collectivités territoriales⁶⁹ déposée au Sénat le 4 août 2011 (mais qui n'a jamais adoptée définitivement⁷⁰) confirmait la possibilité de publier les recueils des actes administratifs des collectivités territoriales sous forme papier, la dématérialisation étant certes prévue, mais toujours à titre facultatif. Cependant, cette proposition de loi innovait en prévoyant une catégorie d'actes définie par décret en Conseil d'État, pour lesquels la mise à disposition du public par voie électronique, de manière permanente et gratuite, suffit à assurer l'entrée en vigueur. L'adoption de cette disposition aurait contribué à ouvrir les informations publiques et à les rendre plus facilement accessibles. Toutefois il n'est pas certain que la mesure visant à laisser le choix aux collectivités territoriales entre la version papier et celle électronique fut la plus pertinente, l'ère du numérique appelant plutôt à envisager la version électronique dans le cadre de numérisation de nos administrations.

En obligeant les administrations publiques à exercer leur obligation de publication par une mise en ligne, il s'agit de faire entrer l'obligation de publication des administrations dans le XXI^e siècle. Le changement des modalités de publication caractérisée par le passage du papier à la version électronique présente au moins deux avantages.

Le premier porte sur le renforcement de la transparence et donc de la démocratie, puisque les citoyens ont accès à un plus grand nombre d'informations qu'ils peuvent consulter de chez eux. Ils n'ont par conséquent pas à se déplacer au sein des administrations ou exercer une quelconque démarche pour consulter les documents sur place, ces derniers étant accessibles en ligne et anonymement.

Le second avantage est que cette mise en ligne est source d'économies, et ceci pour deux raisons. D'une part, la mise en ligne des documents administratifs encourage les bonnes pratiques par le passage d'une culture du secret qui existe parfois au sein des administrations à une culture de la performance. D'autre part, les économies sont celles qui apparaissent classiquement lors du passage d'un circuit de diffusion papier à un circuit dématérialisé. Cette évolution vers la dématérialisation favorise la rationalisation

⁶⁹ Cf. les articles 5 et 6 de la proposition de loi, adoptée avec modifications par le Sénat, en deuxième lecture, relative à la simplification du fonctionnement des collectivités territoriales, n° 1134, déposée le 12 juin 2013 (mis en ligne le 19 juin 2013 à 17 heures 15) et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république (Assemblée nationale, 2^e lecture).

⁷⁰ Cette proposition de loi avait été transmise à l'Assemblée nationale le 12 juin 2013 pour seconde lecture suite à son adoption (avec modifications) en seconde lecture par le Sénat le même jour, sans que le processus d'adoption ne dépasse ce stade.

des processus de diffusion dans la mesure où la mise en ligne est moins coûteuse, voire représente parfois un coût quasi nul, contrairement aux publications des documents sous forme papier qui font supporter à l'administration à la fois un coût d'impression, mais aussi le plus souvent un coût d'envoi pour permettre l'acheminement des documents officiels dans les services centraux et déconcentrés. À l'heure où de nombreux pays cherchent à réduire leurs dépenses et/ou déficits publics, la mise en ligne obligatoire, et non plus simplement facultative, des documents qui doivent être publiés ou affichés serait source d'économies importantes. Cette rationalisation suppose cependant un passage complet à la dématérialisation. Il ne saurait être question d'instituer un circuit dématérialisé parallèle au circuit papier, mais bien à substituer ce dernier au premier.

B) Un droit à publication renouvelé par l'affirmation d'un droit du citoyen

L'extension du champ d'application des documents administratifs publiables en ligne serait une réelle avancée en termes de démocratie administrative. Cependant, il est possible d'aller encore de l'avant en adoptant une vision extensive du droit à publication.

En effet, la troisième idée-force consiste à rappeler que le droit à publication tel qu'envisagé depuis 1978 consiste davantage en une obligation de publication pesant sur l'administration qu'en un véritable droit à publication pouvant être invoqué par le citoyen. Or, dans le contexte de la société de l'information, la seule publication ne peut plus suffire, et il faut reconnaître au contraire un véritable droit à publication, dans toute sa dimension.

Cependant, à l'ère du numérique, la question du droit à publication de certaines informations, dont celles détenues par les administrations publiques, dépasse le seul enjeu de l'accès au droit à l'information. Cette problématique trouve plus largement son prolongement avec la réutilisation des informations, et en particulier du droit à réutiliser les données publiques ouvertes dans le cadre de politiques publiques d'*open data*.

En effet, droit à publication et droit de réutilisation sont étroitement liés, ne serait-ce que parce qu'une information ne pourra être réutilisée que si elle est accessible au public. Or, c'est tout le sens du droit à publication que de favoriser l'accessibilité à une information, afin d'en favoriser sa réutilisation ultérieurement. En augmentant le nombre de documents et de données publiés en ligne, le droit à publication ne favorise pas seulement l'ouverture des administrations, il contribue aussi à étendre de droit à réutilisation. Autrement dit, le droit à publication est au cœur « des modalités de réutilisation des informations du secteur public », qui est l'objet même de la loi.

Comme expliqué précédemment, le législateur français a parfois prévu l'obligation pour les administrations publiques de publier en ligne certaines informations qui les concernent, mais cette

publication n'est pas systématique. Il faut noter cependant qu'une révolution se dessine avec le projet de loi « Pour une République numérique » en cours d'examen devant le Parlement français.

Cependant, malgré cette avancée en matière de publication, force est de constater que ce droit à publication reste avant tout une obligation de publication, et c'est là la quatrième idée-force à mettre en lumière. S'il fallait caractériser le droit à publication en tant qu'obligation de publier, on pourrait affirmer qu'il s'agit d'un droit qui repose sur une démarche passive puisque, pour bénéficier de ce droit, les populations n'ont aucune action à entreprendre, mais uniquement à attendre que l'administration publie le texte. Tout au plus, le rôle du citoyen sera de saisir le juge administratif lorsque l'administration ne respecte pas son obligation de publication.

Or, en complément de ce droit « passif », il convient d'envisager aujourd'hui un droit, complémentaire au second, qui s'inscrit cette fois dans une démarche pro-active.

L'objectif est ici de proposer la création d'un véritable droit à publication d'informations publiques, voire également privées lorsqu'est en jeu l'intérêt général. Autrement dit, il s'agit d'offrir au citoyen la possibilité de demander à l'administration de publier certains textes ayant vocation à être publiés, car d'intérêt général. Ce nouveau droit, qui suppose donc une démarche volontaire du citoyen, devrait cependant être ouvert sous conditions. En particulier, il faut envisager de conditionner l'exercice de ce droit à l'existence d'un nombre minimum de signataires ou à l'assurance que la publication en ligne des informations publiques pour être réalisée à coût raisonnable. Tel est notamment le cas lorsque la publication consiste à mettre en ligne un document sans avoir à entreprendre de retraitements lourds destinés par exemple à anonymiser l'information publiée.

Ces conditions montrent là encore l'impact de la société numérique qui rend possible l'exercice de ce droit inenvisageable quelques années auparavant. D'une part, les nouvelles technologies permettent la mise en place d'une plateforme susceptible de recueillir de manière sécurisée et sincère les signataires invoquant l'exercice du droit à publication. D'autre part, comme l'explique Jeremy Rifkin, dès lors que la société numérique tend vers un coût marginal⁷¹, il devient de moins en moins coûteux de publier en ligne des documents administratifs, ce qui favorise la circulation de ces derniers.

Cette affirmation conduit à souligner que **le droit à publication**, qu'il soit envisagé sous sa forme passive ou pro-active, **est d'autant plus essentiel qu'il favorise les politiques d'open data et les réutilisations d'informations publiques**. Or, cette circulation de l'information est au cœur de l'économie numérique. D'une certaine manière, il s'agit à travers l'affirmation du droit à publication, dans son acception la plus extensive, de revenir aux

⁷¹ Jeremy Rifkin, Paul Chemla, La nouvelle société coût marginal zéro : L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme, Les liens qui libèrent Éditions, 2014.

sources du droit à l'information, tel qu'envisagé dès 1766 en Suède, mais en tenant compte des évolutions technologiques et des apports de la révolution numérique qui permettent de réinterpréter ses modalités de mise en œuvre dans la société de l'information.