

INTERNATIONAL JOURNAL OF
DIGITAL AND DATA LAW

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT
DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE



 **IMODEV**
LES ÉDITIONS

Vol. 9 - 2023

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. Enfin, associée de BeRecht Avocats, elle est avocate au barreau de Paris et médiatrice professionnelle agréée par le CNMA.

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. Fondateur et associé de BeRecht Avocats, il est avocat au barreau de Paris et médiateur professionnel agréé par le CNMA.

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. Partner at BeRecht Avocats, she is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

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. Founder and partner at BeRecht Avocats, he is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

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].

LES CONSÉQUENCES POUR LES PERSONNES PUBLIQUES DU DATA GOVERNANCE ACT

par **Paul MOUSSIÉ**, Délégué à la protection des données à Eau de Paris, Chargé d'enseignement à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

« La donnée est très loin d'avoir produit tous ses effets, [...] il faut un équilibre entre ouverture et protection. »¹.

Tels étaient les mots du député français Eric Bothorel en synthèse de son rapport public de 2020 en faveur d'une politique publique de la donnée, et qui peuvent résumer l'esprit général de ce dernier : garantir l'accès et la réutilisation de toutes les données de services publics. En effet, les données sont la clé de voute de la transformation numérique². Elles sont des objets de droit depuis l'émergence d'un véritable droit positif de la donnée et font l'objet de qualifications juridiques appelant à des règles diverses selon leur nature³. De nombreux textes donnent désormais une définition normative de la donnée notamment au niveau de l'Union européenne comme étant « toute représentation numérique d'actes, de fait ou d'informations et toute compilation de ces derniers, notamment sous la forme d'enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels »⁴. Avec l'informatisation progressive des administrations et des entreprises à partir des années 1970⁵, les traitements de données au format numérique s'intensifient et apparaît un double enjeu : celui de protéger les données tout en favorisant leur utilisation à des fins de transparence et de création de valeur économique. Précisément, certains textes juridiques apparaissent alors pour encadrer la *datafication* de la société⁶. D'une part en limitant ou interdisant la réutilisation des données comme avec la notion de donnée à caractère personnel, d'autre part en obligeant à leur

¹ GOUVERNEMENT, mission Bothorel, *rapport pour une politique publique de la donnée*, présentée par Monsieur Eric Bothorel, décembre 2020, p.7

² B. CASSAR, « Gouvernance des données », *répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, mars 2022

³ Pour une vision globale de la gouvernance des données sous tous ses statuts, voir in I. BOUHADANA, W. GILLES, *Droit et gouvernance des données publiques et privées à l'ère du numérique*, éditions IMODEV, 2015

⁴ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 2.1)

⁵ A. BELTRAN, « Arrivée de l'informatique et organisation des entreprises françaises fin des années 1960-début des années 1980 », *Entreprises et Histories*, 2010, p.122-224

⁶ I. BOUHADANA, W. GILLES, « L'État des données : le passage à l'État post-gouvernement ouvert sous l'impulsion de la société des données », *Revue internationale de droit des données et du numérique*, vol.4, 2018, p.5-21

ouverture avec la notion de donnée publique⁷. Une gouvernance des données apparaît alors, conçue comme une mise en balance du respect des droits fondamentaux mais aussi afin de préserver la liberté de traitement des données des personnes morales⁸ pour poursuivre leurs objectifs : ordre public et services publics pour les administrations, offre de biens et services et performance économique pour les entreprises.

Dès lors, l'Union Européenne qui ayant la compétence économique et qui avait déjà largement contribué à la transformation numérique de l'économie de ses États membres, a souhaité investir une troisième perspective : favoriser la réutilisation des données pourtant couvertes par certains secrets et impératifs juridiques sans tomber dans l'ouverture totale façon open data de ces dernières. Insistant depuis plusieurs années sur la valeur pouvant être tirée des données notamment détenues par les organismes du secteur public, fut adopté ce 30 mai 2022 un ambitieux règlement européen qui se propose de faire la synthèse entre les impératifs susvisés. Il s'agit du Règlement sur la Gouvernance Européenne des Données (RGED) ou Data Governance Act (DGA).

Le DGA, adopté sur le fondement de l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, est un règlement et sera donc d'applicabilité directe sans besoin de transposition par les États membres. S'il contient plusieurs chapitres innovants, un chapitre en particulier intéresse la présente réflexion et il s'agit du chapitre II dédié à la réutilisation des données protégées détenues par les organismes du secteur public (OSP). Il consacre un régime spécial de réutilisation des données protégées et détenues par les OSP, à savoir les données couvertes par la confidentialité commerciale et le secret des affaires, mais également les données personnelles, celles couvertes par le secret statistiques et les données faisant l'objet de droits de propriété intellectuelle d'un tiers⁹. En somme, l'ensemble des données qui, faisant l'objet d'une protection énoncée par la Loi, se voyaient peu échangées ou exploitées à l'extérieur du responsable de ces données, en dépit d'un potentiel de réutilisation notamment économique important tel que souligné par la Commission¹⁰. Le DGA propose donc un régime juridique visant à concilier la protection et la nécessaire réutilisation de ces données, réutilisation apparaissant juridiquement comme un 3^e régime consacré, entre protection des données et ouverture des données. Ainsi, la présente réflexion se propose d'analyser les conséquences pour les personnes publiques

⁷ B. CASSAR, *op.cit*

⁸ N. OCHOA, *Le droit des données personnelles : une police administrative spéciale*, thèse, Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, p.201-227

⁹ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 3.1

¹⁰ Commission Européenne, *Stratégie européenne pour les données*, communiqué de la commission au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen, et au comité des régions, COM/2020/66, final

de ce règlement qui entrera en application le 24 septembre 2023¹¹. L'étude n'abordera que le contenu de son deuxième chapitre qui est dédiée spécialement à la réutilisation de certaines catégories de données protégées détenues par des OSP et laisse l'analyse des autres chapitres, tout aussi intéressants aux actuels et futurs travaux de la doctrine¹². Également, l'analyse proposée se concentre sur les conséquences en droit national français, et ne portera en conséquence que sur le cadre juridique en droit administratif français et ses singularités normatives.

Il convient alors d'étudier quelles sont les conséquences de ce nouveau règlement sur les personnes publiques, au regard de la spécificité du droit administratif français et des règles nationales déjà existantes en matière de gouvernance des données. La présente réflexion montrera d'abord les conséquences organiques du règlement avec notamment un secteur public que partiellement concerné (1) avant d'envisager les conséquences matérielles dans la création d'un régime de réutilisation des données protégées sous le contrôle de la Puissance publique (2).

§1 – DES CONSÉQUENCES ORGANIQUES : UN SECTEUR PUBLIC PARTIELLEMENT CONCERNÉ

L'ensemble du chapitre II du DGA vise expressément les données protégées détenues par les organismes du secteur public. Les personnes morales composant le « secteur public » en France sont diverses tant d'un point de vue de l'activité concernée que du statut juridique de la personne morale ayant en charge l'activité. A la lecture du contenu du nouveau règlement, il semble être exclu de son champ d'application les personnes ayant en charge une mission de service public industriel et commercial (A) ainsi que l'ensemble des entreprises publiques (B).

A) L'exclusion du service public industriel et commercial

Le DGA, comme chaque directive ou règlement européens, procède d'abord à une série de définitions qui préfigurent des particularismes d'application de ce nouveau texte en droit national. A commencer par la définition d'organisme du secteur public (OSP), notion généraliste qui englobent un certain nombre de personnes morales. Les OSP sont définis dans le DGA comme « l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes »¹³. Le DGA vise alors à qualifier l'ensemble de ces personnes comme des

¹¹ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 38

¹² Des travaux ont déjà été publiés, voir T. DOUVILLE, E. NETTER, « Présentation critique du Data governance act », *RTD Com.*, 2022, p.561

¹³ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 2.17

« détenteurs de données »¹⁴ qu'il conviendrait de davantage faire circuler et réutiliser, les détenteurs de données étant « une personne morale, y compris des OSP », et qui conformément au droit, « a le droit d'octroyer l'accès à certaines données à caractère personnel ou non personnel ». L'emploi du verbe « octroyer » n'est pas sans conséquence et la présente réflexion y reviendra plus tard¹⁵. La définition devient plus intéressante au regard du droit administratif français lorsque cette définition d'OSP renvoie explicitement aux organismes de droit public. Les organismes de droit public au sein du DGA sont présentés comme les personnes morales ayant la personnalité juridique, créés pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général et qui n'ont pas de caractère industriel et commercial, et qui seraient financés majoritairement par l'État, une collectivité ou tout autre organisme de droit public avec un contrôle direct sur leur gestion, leurs finances ou leur organe de direction¹⁶.

Or, si le DGA vise expressément à considérer les organismes de droit public comme des détenteurs de données afin de favoriser la réutilisation des données protégées personnelles comme non personnelles à d'éventuels demandeurs, il apparaît clairement que les organismes de droit public ayant un caractère industriel et commercial ne soient pas concernés par cette obligation d'installer des procédures de demandes de réutilisations des données concernées¹⁷. En France, la poursuite de missions d'intérêt général au sens du Législateur comme de la jurisprudence appelle généralement à un régime de service public. Une mission de service public peut s'entendre comme « une mission d'intérêt général assurée ou assumée par une personne morale de droit public »¹⁸. Mais très tôt en droit positif, la jurisprudence administrative française a considéré que l'intérêt général pouvait être poursuivi y compris au travers d'une mission de service public au caractère industriel et commercial. Cette consécration en 1921 en droit français, d'abord par le Tribunal des Conflits¹⁹ puis par le Conseil d'État²⁰, ne s'est pas essouffée, et de nombreuses missions de services publics manifestement au service de l'intérêt général comme l'eau potable²¹ ou les transports²² sont juridiquement assurées par des établissements publics ayant un caractère industriel et commercial, poursuivant

¹⁴ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 2.8

¹⁵ Voir la seconde partie, paragraphe A du présent article

¹⁶ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 2.18

¹⁷ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 2.18, a)

¹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e édition, LGDJ, introduction

¹⁹ T. Conflits, 22 janvier 1921, *Bac d'Eloka*, n°00706

²⁰ CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Leb. P.1109

²¹ Code Général des Collectivités Territoriales, Deuxième partie, Livre II, titre II, Chapitre IV : Services publics industriels et commerciaux, article L2224-2 et suivants

²² Code des transports, Livre II, titre II, Chapitre 1^{er}, section 2 : les modalités générales d'exécution des services, article L1221-3

une mission dite de service public à caractère industriel et commercial (SPIC).

Alors, une lecture stricte du DGA conduit à exclure de ce régime de réutilisation des données protégées personnelles ou non personnelles, les données détenues par un bon nombre d'organismes de droit public ayant une mission de SPIC. Ne seraient a priori pas concernés l'ensemble des établissements publics industriels et commerciaux à l'échelle nationale ou locale, ce qui correspond à tout un pan organique de l'action publique. Le considérant 12 du DGA énonce par ailleurs explicitement que le régime de réutilisation devrait s'appliquer aux données dont la fourniture est une activité qui relève des missions de service public dévolues aux organismes publics, et que ces missions de service public devraient être désignées conformément aux pratiques courantes dans les États membres. Mais si précisément, en France, il est possible juridiquement de qualifier ou désigner une activité d'intérêt général en une mission de service public, par la Loi ou la jurisprudence²³, et notamment une mission de SPIC²⁴, alors l'effectivité des « pratiques courantes » pour désigner un SPIC conformément au considérant 12 du DGA est en contradiction manifeste avec l'article 2 et les définitions proposées, excluant notamment tout caractère industriel et commercial.

Cette première limite organique sème une confusion qui divisera dans l'application opérationnelle de ce nouveau règlement, qui s'inscrit pourtant pleinement dans la bonne gouvernance des données d'organisme de droit public. Cette confusion est double : elle rappelle d'une part l'étrange situation qu'a connue la France entre 1978 et 2016 en matière d'ouverture des données publiques, ou jusqu'à la loi du 7 octobre 2016²⁵ et la réécriture de l'article L300-2 du Code des Relations entre le Public et l'Administration, les établissements publics industriels et commerciaux n'étaient pas concernés par l'ouverture des données publiques²⁶. S'agissant de ce nouveau régime de réutilisation des données protégées personnelles comme non personnelles, la déception pourrait être grande de surcroît quand le DGA, précisément, vise à rendre réutilisables sur demande les données dites protégées, et protégées notamment par le secret industriel et commercial²⁷. Les personnes morales de droit public ayant une mission de SPIC ou un caractère industriel et commercial n'auront alors que le choix de dépasser la réforme et de mettre en œuvre, sur la seule base de leur bonne volonté, ces procédures de demande de réutilisation de leurs données protégées, mais ne pourront a priori pas y être

²³ CE, 28 juin 1963, *Sieur Nancy*, n°43834

²⁴ CE, 16 novembre 1956, *Union Syndicale des Industries Aéronautiques*, n°26549

²⁵ Loi pour une République numérique, 7 octobre 2016, n°2016-1321

²⁶ E. CORAZZA, « Libre accès aux données publiques : comment mettre en œuvre les nouvelles obligations », *La Gazette des communes*, 9 octobre 2017

²⁷ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 3.1.a)

contraintes, sauf précision jurisprudentielle ultérieure ou complétion normative en droit français. De nombreuses données protégées sont alors dans un certain flou juridique, notamment les données d'eau ou d'assainissement, qui sont des missions de SPIC, et qui seraient pourtant très utiles en matière de réutilisation, d'analyse et d'études à l'aune des grands enjeux climatiques et de protection de la ressource.

B) L'exclusion des entreprises publiques

Si les services publics industriels et commerciaux et les personnes morales de droit public qui en sont titulaires semblent alors exclus de l'application du régime de réutilisation des données protégées, une dernière exclusion apparaît s'agissant des entreprises publiques. Les entreprises publiques sont définies au sein du DGA toujours à l'article 2 comme étant toute entreprise sur laquelle les organismes du secteur public peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de l'entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent. Et une influence de l'organisme de secteur public sera présumée dans tous les cas dès lors que ce dernier détient la majorité du capital de l'entreprise, de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou si elle peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration. A la lecture du considérant 12 et de l'article 3 du DGA concernant le champ d'application et des catégories de données visées par le régime de réutilisation, les données protégées des entreprises publiques sont expressément exclues à la lecture du 2^e paragraphe.

Pour comprendre cette exclusion, qui apparaît limitante pour la portée de la réforme bien que plus justifiée que celle des SPIC, il faut revenir à la définition de l'entreprise en droit de l'Union Européenne. La jurisprudence européenne a pu définir dès 1991 l'entreprise comme toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement²⁸. Cette définition fut complétée en 2006, toujours à l'initiative de la Cour de Justice de la Communauté Européenne (désormais la CJUE) en précisant que cette activité économique consiste en une offre de bien et de service sur un marché donné²⁹. Une telle définition permet à l'Union Européenne dans le cadre de l'harmonisation des règles économiques et de libre échange au sein du marché intérieur, de dépasser les catégories juridiques propres à chaque droit national, venant notamment, pour la France, casser les particularismes et certaines prérogatives de puissance publique d'acteurs économiques publics comme le sont précisément les établissements publics industriels et commerciaux³⁰.

²⁸ CJCE., 23 avril 1991, *Höfner*, aff.C-41/90

²⁹ CJCE., 11 juillet 2006, *FENIN c/ Commission*, Affaire C-205/03

³⁰ J-B AUBY, L. AZOULAY, "L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public", Note de synthèse, *Mission de recherche droit et justice*, mai 2009, p. 2

S'agissant de la définition plus précise d'entreprise publique, une directive du 25 juin 1980 permet d'éclairer cette exclusion : les entreprises publiques sont les entreprises sur laquelle les personnes publiques peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent, précisant qu'elles ont en général une mission particulière qui est assez souvent une mission de service public³¹.

Aussi, dès lors que l'Union Européenne et son droit voit dans les SPIC, les EPIC qui en ont la charge une entreprise, et que de surcroît le DGA veut exclure toute entreprise publique, alors il était logique d'exclure les uns comme les autres du régime de réutilisation des données protégées. La contradiction demeure puisque le texte qui appelle explicitement à définir les missions de service public conformément aux pratiques administratives courantes des États³², tout en ne permettant pas concrètement, en droit administratif français, de venir accéder et réutiliser aux données des services publics industriels et commerciaux comme des entreprises publiques qui généralement poursuivent de telles missions sur un marché économique. De surcroît, l'économie française dans laquelle apparaît un certain interventionnisme de l'État, se compose de nombreuses entités privées à capitaux publics et poursuivant une mission de service public, à hauteur de 5% à 6% en 2016³³. L'exclusion des entreprises publiques conduit également à exclure l'hypothèse de demander réutilisation des données protégées de ces sociétés de droit privé aux capitaux publics, qui, le plus souvent investies de mission de service public, devraient pouvoir aussi contribuer à la réutilisation et l'échanges des données. En matière d'ouverture des données publiques pourtant, toute personne morale de droit public comme de droit privé, conformément au Codes des Relations entre le Public et l'Administration en France, dès lors qu'elle a une mission de service public, doit ouvrir les données produites à cette fin³⁴. Cette différence d'intensité dans les champs d'application des deux régimes, l'un de réutilisation (avec le DGA), l'autre en matière d'ouverture des données publiques, peut interroger.

Ainsi, les services publics industriels et commerciaux dont les missions sont confiées à des personnes publiques, et les entreprises de droit privé aux capitaux publics que sont les entreprises publiques, ne sont pas concernées en tant que détenteur de données, et ne semblent pas concernés en l'état actuel du texte, par l'obligation de mettre en œuvre des procédures de demandes de réutilisation aux données protégées.

³¹ Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations entre les États membres et les entreprises publiques, JO L 195, 29.7 1980

³² Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, considérant 12

³³ J-M SAUVÉ, « Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique », Conférence, 10 juin 2016

³⁴ Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre III, article L300-2

Mais si cette première analyse se portait sur le champ d'application organique de ce nouveau règlement, il convient désormais d'envisager les conséquences matérielles quant au contenu du texte, à savoir sa première obligation qu'est la mise en place d'un régime de réutilisation des données protégées sous contrôle de la puissance publique (2).

§2 – DES CONSÉQUENCES MATÉRIELLES : UN RÉGIME DE RÉUTILISATION SOUS CONTRÔLE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

Le principal apport du DGA s'agissant de son chapitre II et qui concerne les données des organismes du secteur public, est de consacrer un régime de réutilisation des données protégées des personnes morales étudiées en première partie. Ce régime de réutilisation des données protégées ne consacre en aucun cas une obligation³⁵ pour les détenteurs de données de mettre à disposition ces données, encore moins de les ouvrir façon « open data ». Ce régime de réutilisation est plus précisément un régime d'autorisation administrative (A) qui place l'examen des demandes de réutilisation et leur exploitation par le seul demandeur, à un pouvoir de contrôle et de suivi par la puissance publique (B).

A) Un régime d'autorisation administrative d'accès aux données protégées

Le DGA souhaite favoriser la réutilisation des données protégées des organismes du secteur public, jusqu'alors insuffisamment exploitées car soumises à des impératifs juridiques nombreux : données personnelles limitant par principe leur circulation au nom du droit au respect de la vie privée, données couvertes par le secret industriel et commercial, ou encore les données assujetties à des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers³⁶. Afin de favoriser leur exploitation, le DGA énonce un ensemble de garanties et d'obligations qui va permettre la réutilisation de ces dernières.

Le régime juridique de réutilisation des données protégées implique deux acteurs principaux, une fois qu'est bien déterminé le périmètre d'application organique du texte à savoir les organismes du secteur public. Le régime implique d'une part un demandeur (ou utilisateur des données), qui peut être toute personne physique ou morale ayant un intérêt à réutiliser les données³⁷. Il formule une demande de réutilisation au détenteur des données, à savoir l'organisme du secteur public qui a l'obligation de faire connaître une procédure de demande de

³⁵ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, considérant 11

³⁶ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 3.1

³⁷ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 2.8

réutilisation et d'examiner ensuite la demande. Si la demande est reçue favorablement, alors le demandeur devient un utilisateur des données.

L'utilisateur des données est donc celui qui fait la demande et exploitera si sa demande est reçue, lesdites données protégées. Le DGA consacre donc en son article 2 le droit à formuler des demandes de réutilisation des données protégées de l'OSP à des fins commerciales ou non commerciales autres que l'objectif initial de la mission de service public pour lequel les données ont été produites. Sont exclus explicitement de ce nouveau régime, les échanges de données entre OSP aux seules fins de l'exercice de leur mission de service public, dont le régime, notamment en France, obéit à des dispositions spécifiques³⁸ qu'il conviendrait d'étudier de façon autonome. Cet article 2 est donc d'une grande importance au travers de sa définition d'utilisateur des données, car il pose le principe d'un « droit à utiliser ces données à des fins commerciales ou non commerciales » s'il y a eu autorisation d'accès. La définition de « détenteur de données » pose bien le principe d'octroyer un droit d'accès à ces données protégées, ce qui pose les bases du régime d'autorisation.

Ce régime d'autorisation est détaillé plus en détails à l'article 9 du DGA. Il pose un principe de procédure. Chaque OSP en tant que détenteur de donnée édicte une procédure pour permettre la demande de réutilisation et de traitement des données, et fixe un délai de réponse de 2 mois, jusqu'à 3 mois en cas de demande complexe, notion de complexité que viendra certainement préciser à l'avenir la jurisprudence. Dès lors qu'une personne morale de droit public en charge d'un service public autre qu'un SPIC statue alors sur chaque demande, cette décision portant sur l'accès à des données nécessaires à la mission de service public pourra vraisemblablement être qualifiée de décision administrative³⁹, susceptible de recours gracieux ou hiérarchique⁴⁰, voire d'un recours devant le tribunal administratif compétent en fonction de la personne publique qui rend la décision⁴¹. L'article 9 précise d'ailleurs à ce titre que toute personne physique ou morale directement affectée par une décision visée à l'article 9, a bien le droit à un recours effectif. S'agissant d'une autorisation administrative rendue par une personne publique en charge d'une mission de service public administratif, la compétence de l'ordre juridictionnel administratif paraît logique.

L'article 8 du DGA précise également, pour accompagner ce régime d'autorisation administrative, que les États membres doivent désigner des organismes compétents, nouveaux ou déjà

³⁸ Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre 1^{er}, titre 1^{er}, chapitre IV, section 4 : échanges de données entre administrations, articles L114-8 et suivants

³⁹ CE, 6 décembre 1907, *Chemin de fer de l'Est*, n°4244

⁴⁰ Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre IV, Titre 1^{er} : les recours administratifs, Articles L410-1 et suivants

⁴¹ Cons. Constitutionnel, 23 janvier 1987, décision n°86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*

existants ou au sein des services des détenteurs de données et OSP concernés pour pouvoir analyser, fournir une expertise technique quant à ces demandes de réutilisations tant sur l'aspect juridique que financier. Ces organismes compétents nouveaux ou déjà existants fourniront des orientations et une aide aux détenteurs de données, les OSP, dans l'analyse des demandes et la mise à disposition des données à réutiliser si l'autorisation est donnée au demandeur. On présage ici d'un futur élargissement des compétences de certaines autorités nationales (de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés ? De la Commission d'Accès aux Documents Administratifs ?), ou tout du moins d'un élargissement en interne des missions des Délégués à la Protection des Données, qui connaîtront des demandes portant sur des données protégées comme les données à caractère personnel. Une analyse juridique précieuse à l'heure où le DGA précise également que si un conflit entre différents règlements européens survient, c'est bien le dispositif de conformité à la protection des données qui doit primer⁴². Et il semble permis d'imaginer que le DPO évolue lentement mais sûrement vers un DGO : un « data governance officer »⁴³, véritable juriste ou expert en matière de l'ensemble des règles applicables aux données, quel que soit son statut personnel ou non personnel.

Par ailleurs, l'article 8 oblige également les États membres à créer un point d'information unique global sur les demandes de réutilisation, via un organisme dédié déjà existant ou créé à l'occasion. Il aura pour mission d'informer, de répondre aux demandes d'informations mais encore de réceptionner les demandes de réutilisation si nécessaire et de les transmettre dans un délai de 2 mois aux OSP et détenteurs de données concernés. On peut envisager ici une future évolution dans les compétences du service public de la donnée data.gouv, dont la mission de service public⁴⁴ existe depuis 2017 en faveur de la mise à disposition des données publiques et offre une information neutre et objective sur la politique publique de la donnée en France⁴⁵.

Enfin, et cela fait sens, si une autorisation administrative est donnée à un demandeur, alors les données protégées ne peuvent faire l'objet d'accord d'exclusivité, sauf, et il semble s'agir de la seule exception prévue par le texte, si cet accord d'exclusivité est nécessaire à la réalisation d'un service ou produit d'intérêt général. L'intérêt général semble primer ici, et il y a fort à parier qu'un contentieux se développera afin de préciser, en jurisprudence, ce

⁴² Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 1.3

⁴³ P. MOUSSIER, « Le DPO est mort : vive le DGO ! », publication LinkedIn, URL juin 2022

⁴⁴ L. CLUZEL-METAYER, « La construction d'un service public de la donnée », *Revue Française d'administration publique*, n°167, 2018, p.491

⁴⁵ Décret n°2017-331 du 14 mars 2017 relative au service public de mise à disposition des données de référence

qu'est un service ou produit servant l'intérêt général⁴⁶ et justifiant un accord d'exclusivité, consistant dès lors une certaine prérogative de puissance publique pour l'organisme du secteur public qui accordera la réutilisation.

Dès lors, l'autorisation donnée conformément à l'article 9 du DGA pourrait vraisemblablement être, dans le droit administratif français, un acte administratif et notamment une décision administrative individuelle au caractère décisive. Ce ne sera vraisemblablement pas un contrat, mais bien un acte unilatéral, laissé au privilège du préalable de l'autorité qui la rendra, mais qui sera contraint de motiver sa décision en cas de refus⁴⁷. Elle sera contestable devant le tribunal administratif, dont le justiciable pourra envisager préalablement un recours gracieux et hiérarchique devant l'autorité compétente. Mais dans le cadre de l'exécution de cette décision d'autorisation, la personne publique détentrice des données dispose d'un certains nombres de prérogatives lui permettant de contrôler et de suivre la réutilisation des données protégées.

B) Un pouvoir de contrôle et de suivi de la réutilisation des données protégées

Une fois que le détenteur des données, à savoir l'OSP, aura répondu favorablement à une demande de réutilisation de données protégées, le DGA confère à ce dernier un ensemble de prérogatives permettant de suivre et contrôler la bonne réutilisation conformément au projet présenté par le demandeur des données. Ces prérogatives, qui sont fixées à l'article 5 du DGA, sont les suivantes.

D'abord, l'OSP disposera d'un pouvoir technique. Il fixe au travers de la procédure d'accès, et dans la décision d'autorisation, l'ensemble des détails techniques pour accéder concrètement aux données pour l'utilisateur. L'OSP fixera les règles en matière d'accès et de mise à disposition des données, en veillant à ne pas restreindre la concurrence. Les OSP anonymiseront si nécessaires certaines données, fixeront les standards d'accès à distance aux données via un environnement de traitement de sécurité fourni ou contrôlé par l'OSP lui-même, afin que ne soit pas porté atteinte aux droits des tiers dès la phase de mise à disposition des données au demandeur.

Ensuite, l'OSP aura un pouvoir de contrôle. Il se réserve le droit de vérifier le processus, les moyens, le résultat de la réutilisation des données. Il fixe des obligations de confidentialité interdisant la divulgation des données à toute personne qui n'a pas le droit d'en connaître. L'OSP vérifiera si les données personnelles par exemple, n'ont pas été modifiées ou ré-anonymisées par

⁴⁶ La notion d'intérêt général est extrêmement malléable comme l'analyse très bien le rapport du Conseil d'Etat portant sur la notion, en date de 1999

⁴⁷ Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre II, titre 1^{er}, Chapitre 1^{er} : motivation, article L211-2

L'utilisateur. L'OSP reste maître sur la finalité du projet de réutilisation, le ré-utilisateur étant contraint juridiquement par la décision administrative d'autorisation d'accès aux données qui emportera certainement de nombreuses obligations juridiques, déjà précisées sûrement au niveau de la procédure de demande d'accès.

Enfin, l'OSP disposera d'un pouvoir d'interdiction. S'il observe que la réutilisation des données protégées est détournée, alors il peut interdire et bloquer l'accès aux données, ou interdire l'utilisation des résultats produits à l'issue de la réutilisation. La décision d'interdiction doit être à nouveau motivée et transparente à l'égard du ré-utilisateur, ce qui est un principe en droit administratif français dès lors qu'une décision individuelle est défavorable⁴⁸.

De façon plus générale, le ré-utilisateur sera contraint également à certains outils de conformité déjà bien connus des DPO, comme la signature de clauses contractuelles types⁴⁹ s'il compte transférer les données vers un pays tiers hors Union. Certains types de données particulièrement sensibles par ailleurs, ne pourront faire l'objet d'aucune réutilisation sur décision de la Commission européenne uniquement⁵⁰. Enfin, subsiste la possibilité pour l'OSP qui autorise une réutilisation de données, à toucher des redevances, aux seules conditions qu'elles soient proportionnées, ne portant pas atteinte à la concurrence et n'étant pas discriminantes⁵¹.

Au travers de ces prérogatives et de ce régime d'autorisation au sens large, il est possible de reconnaître certaines procédures d'accès à des données pour réutilisation déjà existantes en droit administratif français, mais qui sont le plus souvent peu connues du grand public et qui obéissent à des réglementations sectorielles. On pensera notamment aux procédures d'accès aux fichiers fonciers anonymisés et non anonymisés auprès du Centre d'Études et d'Expertise sur les Risques, l'Environnement, la Mobilité et l'Aménagement (CEREMA)⁵², ou encore la procédure d'accès aux données de la base de données des copropriétés auprès de l'Agence Nationale de l'Habitat (ANAH)⁵³, qui sont tous deux des établissements publics ayant une mission de service public administratif, ce qui fait étonnamment sens au regard de l'analyse organique et matérielle susvisée. À l'avenir, ces procédures d'accès vont se généraliser et ce dès l'application du

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 5.11

⁵⁰ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 5.13

⁵¹ Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données, article 6

⁵² Décret n°2013-1273 du 27 décembre 2013 relatif au CEREMA, article 2

⁵³ Code de la construction et de l'habitation, partie réglementaire, livre VII, titre 1^{er}, chapitre unique, section 3 : consultation du registre des syndicats de copropriétaires, article R711-16

DGA, à la condition d'avoir un mécanisme d'incitation qui passe nécessairement par des contrôles et sanction. Les personnes publiques concernées doivent dès à présent intégrer le DGA dans leurs dispositifs de conformité en matière de données personnelles, et déployer pleinement une véritable gouvernance des données au sens large. Le droit administratif français permet déjà d'appréhender les conséquences contentieuses de la future entrée en application du texte, et il est possible d'y un jalon supplémentaire dans l'existence du droit administratif des données⁵⁴.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages & thèses

CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e édition, LGDJ

OCHOA N., *Le droit des données personnelles : une police administrative spéciale*, thèse, Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Articles

AUBY J-B., AZOULAY L., « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », Note de synthèse, Mission de recherche droit et justice, mai 2009

BELTRAN A., « Arrivée de l'informatique et organisation des entreprises françaises fin des années 1960-début des années 1980 », *Entreprises et Histories*, 2010

BOUHADANA I., GILLES, W., « L'État des données : le passage à l'État post-gouvernement ouvert sous l'impulsion de la société des données », *Revue internationale de droit des données et du numérique*, vol.4, 2018

CASSAR B., « Gouvernance des données », *répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, mars 2022

CLUZEL-METAYER L., « La construction d'un service public de la donnée », *Revue Française d'administration publique*, n°167, 2018

CORAZZA E., « Libre accès aux données publiques : comment mettre en œuvre les nouvelles obligations », *La Gazette des communes*, 9 octobre 2017

DOUVILLE T., NETTER E., « Présentation critique du Data governance act », *RTD Com.*, 2022

MOUSSIER P., « Existe-t-il un droit administratif des données ? » *Revue internationale des gouvernements ouverts*, vol. 11, p.175-191

⁵⁴ P. MOUSSIER, « Existe-t-il un droit administratif des données ? » *Revue internationale des gouvernements ouverts*, vol. 11, p.175-191

Lois & décrets

Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations entre les États membres et les entreprises publiques, JO L 195, 29.7 1980

Règlement (UE) 202/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données

Loi pour une République numérique, 7 octobre 2016, n°2016-1321

Code Général des Collectivités Territoriales, Deuxième partie, Livre II, titre II, Chapitre IV : Services publics industriels et commerciaux, article L2224-2 et suivants

Code de la construction et de l'habitation, partie réglementaire, livre VII, titre 1^e, chapitre unique, section 3 : consultation du registre des syndicats de copropriétaires, article R711-16

Code des transports, Livre II, titre II, Chapitre 1^e, section 2 : les modalités générales d'exécution des services, article L1221-3

Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre III, article L300-2

Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre 1^e, titre 1^e, chapitre IV, section 4 : échanges de données entre administrations, articles L114-8 et suivants

Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre II, titre 1^e, Chapitre 1^e : motivation, article L211-2

Code des Relations entre le Public et l'Administration, livre IV, Titre 1^e : les recours administratifs, Articles L410-1 et suivants

Décret n°2013-1273 du 27 décembre 2013 relatif au CEREMA, article 2

Décret n°2017-331 du 14 mars 2017 relative au service public de mise à disposition des données de référence

Rapports & littérature institutionnelle

Commission Européenne, *Stratégie européenne pour les données*, communiqué de la commission au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen, et au comité des régions, COM/2020/66, final

SAUVÉ J-M., « Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique », Conférence, 10 juin 2016

Jurisprudences

CJCE, 23 avril 1991, Höfner, aff.C-41/90

CJCE, 11 juillet 2006, FENIN c/ Commission, Affaire C-205/03

Cons. Constitutionnel, 23 janvier 1987, décision n°86-224 DC,
*Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du
Conseil de la concurrence*

T. Conflits, 22 janvier 1921, Bac d'Eloka, n°00706

CE, 6 décembre 1907, *Chemin de fer de l'Est*, n°4244

CE, 23 décembre 1921, Société générale d'armement, Leb. P.1109

CE, 16 novembre 1956, Union Syndicale des Industries
Aéronautiques, n°26549

CE, 28 juin 1963, Sieur Narcy