

CONTRAT

Les données collectées par le concessionnaire de service public

PAR TIMOTHÉE BASSI
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

L'ESSENTIEL

Si le régime juridique des données a déjà été largement exploré, son application dans le cadre d'un contrat de concession, en particulier lorsque celui-ci délègue la gestion d'un service public, reste peu étudiée. Cette analyse suppose l'application combinée du droit de la propriété intellectuelle, du droit administratif des biens, du droit des contrats publics, du droit des données personnelles et des règles issues du code des relations entre le public et l'administration.

L'actualité offre chaque jour (ou presque) diverses illustrations des préoccupations politiques, sociales et économiques qui s'attachent à la question, désormais incontournable, des données. C'est donc assez logiquement que le Parlement leur a récemment consacré plusieurs lois (v., not., loi n° 2015-1779 du 28 déc. 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public et loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique) – parfois sous l'impulsion du droit de l'Union européenne – et que, par voie de conséquence, la doctrine s'est assez largement intéressée au régime juridique des données, notamment publiques.

En revanche, cet intérêt a assez peu porté sur les interactions de ce régime avec celui des contrats de concession, notamment des concessions de service public (v. néanmoins, J.-D. Dreyfus, Fichiers, bases de données: quel droit de propriété?, CP-ACCP mai 2009, n° 88, p. 39). Ce constat est d'autant plus étonnant que, comme l'a souligné le professeur Jean-Bernard Auby, « les données tendent à devenir le carburant essentiel de toute action sociale, qu'elle soit économique ou non » (Le droit administratif face aux défis du numérique, AJDA 2018. 835), et assez logiquement, les services publics ne font pas exception; ce constat s'étend des activités les plus traditionnelles telles que la mise en place de transports publics (qui offrent l'accès à des données relatives à la géolocalisation, au temps de parcours, aux incidents en cours, aux véhicules ou emplacements disponibles, etc. [S. Manson, La mise à disposition de leurs données

publiques par les collectivités territoriales, AJDA 2016. 97]) aux modes d'intervention plus novateurs tels que le développement de « villes intelligentes », pour le fonctionnement desquelles la collecte et le traitement de données sont absolument essentiels (J.-B. Auby, Contrats publics et « smart cities », Rev. CMP 2017. Etude 11).

Dans le cas d'un service public concédé, ces données sont essentiellement collectées par le concessionnaire lui-même, l'intérêt d'une donnée étant, en général, inversement proportionnel à son ancienneté. Il est alors capital de prévoir précisément le régime juridique applicable à ces données collectées par le concessionnaire, *a fortiori* si l'on veut bien admettre que celui-ci est le plus souvent une personne privée, et donc, en tant que telle, supposé – à tort ou à raison – moins préoccupé par l'intérêt général que par la poursuite de son propre intérêt. D'abord, ces données présentent un enjeu pour la continuité du service public, qui pourrait être mise en péril si, au terme de la concession, le concédant ne pouvait revendiquer des droits sur celles-ci. Ensuite, elles présentent également un enjeu pour les droits et libertés des administrés, qui sont affirmés de longue date (loi n° 78-753 du 17 juill. 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal) mais ont connu un regain d'intérêt depuis l'essor de ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « révolution numérique », intérêt qui s'est amplement manifesté lors de l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données (RGPD;

règl. [UE] 2016/679 du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données). Enfin, ces données présentent un intérêt en termes de valorisation, aussi bien du point de vue financier, le Conseil national du numérique ayant évalué ces perspectives à quelques 140 Md€ (chiffre emprunté à S. Manson, préc.), que du point de vue non financier, par l'ouverture massive des données (souvent désignée par l'anglicisme « *open data* ») supposée stimuler l'initiative privée.

Pourtant, ces enjeux doivent être appréhendés de manière singulière. En effet, le régime des concessions s'est traditionnellement développé en considération de biens matériels et même, le plus souvent, de biens immeubles. Or, les données, à l'instar de nombreux biens immatériels, sont des biens non rivaux, c'est-à-dire que leur utilisation par un agent économique ne diminue pas la quantité disponible pour les autres. Dès lors, certaines notions traditionnelles du droit des biens sont difficilement mobilisables, en tout cas telles qu'elles sont envisagées classiquement (que l'on songe notamment aux notions d'appropriation, d'utilisation privative, ou encore d'affectation). Et si ce vide a été en partie comblé en matière de marchés publics, par l'adoption de certains cahiers des clauses administratives générales (CCAG ; v., not., le chapitre 5 du CCAG-PI et le chapitre 7 du CCAG-TIC), rien de tel en matière de concessions, y compris lorsqu'est déléguée une activité de service public.

Dans ce contexte, la présente étude se propose de revenir sur le régime applicable aux données collectées par le concessionnaire de service public, s'agissant de leur maîtrise et de leur exploitation.

I - LA MAÎTRISE DES DONNÉES COLLECTÉES

Le droit français est innervé par le concept de propriété et le régime des concessions ne déroge pas à ce constat. Aussi, la maîtrise des choses dans le périmètre d'un contrat de concession est largement déterminée en termes d'appropriation, selon qu'il s'agit de biens de retour, de reprise ou propres.

Or, l'appropriation n'est pas une notion dont s'accommodent spontanément les données, qui sont dépourvues de consistance matérielle. Néanmoins, cette idée n'est pas totalement absente et les règles énoncées par la décision *Commune de Douai* (CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, Lebon 477 avec les concl. ; AJDA 2013. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; et 724, étude E. Fatôme et P. Terneyre ; RFDA 2013. 25, concl. B. Dacosta ; et 513, étude L. Janicot et J.-F. Lafaix) restent opérantes pour peu que l'on cerne précisément les biens concernés et les droits respectifs des parties sur ces derniers.

A. L'identification de la propriété

En premier lieu, puisque la décision *Commune de Douai* vise uniquement les « biens », l'application des principes qui s'en dégagent suppose de pouvoir identifier des biens susceptibles d'appropriation, et pour ce faire, d'admettre l'idée d'appropriation de droits de propriété intellectuelle.

1. L'existence de droits de propriété intellectuelle sur les bases de données

D'abord, une distinction doit être opérée entre les données brutes et les bases de données.

Les données, prises isolément, sont rétives à toute forme de propriété, fût-ce une propriété intellectuelle. En effet, dans la mesure où le droit de la propriété intellectuelle « ne protège pas les idées exprimées mais seulement la forme originale sous laquelle elles le sont » (Civ. 1^{re}, 8 nov. 1983, n° 82-13.547, Bull. civ. I, n° 260 ; Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, n° 90-19.460, Bull. civ. I, n° 161 ; Civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-24.145, Bull. civ. II, n° 26), les données n'ont aucun caractère appropriable par elles-mêmes. Les données publiques ne dérogent pas à la règle (CA Paris, 18 mars 1993, *Société du journal téléphonique*, AJDA 1993. 652) ; cette idée était d'ailleurs déjà exprimée dans une circulaire du 14 février 1994, affirmant que « les données brutes élémentaires, sans mise en forme originale, ne sont en principe la propriété de personne » (circ. NOR : PRMG9400081C du 14 févr. 1994 relative à la diffusion des données publiques).

Ces mêmes principes impliquent en revanche la possibilité de revendiquer des droits de propriété intellectuelle en présence d'une somme de données présentées sous une forme se caractérisant par son originalité. Ceci est expressément affirmé par l'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle (CPI) à propos des bases de données, définies comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ». Il ressort de cette définition, issue de la transposition de la première directive européenne relative aux bases de données (dir. 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données), qu'une somme de données est qualifiée de base de données dès lors que, premièrement, ces données sont présentées de manière systématique ou méthodique, et deuxièmement, chacune d'elles peut être isolée des autres. Alors, toute base de données présentant un caractère original bénéficie du régime protecteur du droit d'auteur (Civ. 1^{re}, 20 janv. 2004, n° 00-19.577, Bull. civ. I, n° 22 ;





Civ. 1^{re}, 22 sept. 2011, n° 10-23.073, RTD com. 2011. 741, obs. F. Pollaud-Dulian), tandis qu'à l'inverse, les autres formes de compilations de données ne bénéficieront d'aucune protection à ce titre (à moins, bien entendu, que ces données ne soient susceptibles de relever d'une autre catégorie d'œuvres de l'esprit : œuvres littéraires, œuvres cartographiques, etc.).

Le cas échéant, ce droit d'auteur comporte « des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial » (CPI, art. L. 111-1) : d'une part, les droits moraux incluent le droit de divulgation, le droit à la paternité de l'œuvre, le droit au respect de l'œuvre et le droit de retrait et de repentir ; d'autre part, les droits patrimoniaux concernent l'exploitation de l'œuvre par sa représentation ou sa reproduction. Les tiers se trouvent alors *de facto* exclus de l'exploitation de cette base de données, sous peine de s'exposer à une action en contrefaçon.

A ce premier mécanisme de protection s'ajoute un second, spécifique aux bases de données, distinct du premier par son objet et par son bénéficiaire.

En effet, l'article L. 341-1 du CPI institue une protection distincte dont bénéficie le producteur d'une base de données, c'est-à-dire « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants [...] lorsque la constitution, la vérification ou la

présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ». Celui-ci peut alors s'opposer à l'extraction ou la réutilisation par mise à disposition du public – c'est-à-dire, selon la Cour de justice européenne, à « tout acte non autorisé d'appropriation et de diffusion au public » (CJCE 9 nov. 2004, aff. C-203/02, RTD com. 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian) – d'une partie substantielle d'une base de données (CPI, art. L. 342-1) et d'une partie non

substantielle de celle-ci « lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données » (CPI, art. L. 342-2).

Ces deux mécanismes de protection sont distincts et se veulent complémentaires. Alors que le premier bénéficie à l'auteur et porte sur la forme originale dont est revêtue la base de données, le second bénéficie à l'investisseur et porte sur le contenu même de la base de données.

2. La patrimonialité des droits de propriété intellectuelle sur les bases de données

Ensuite, même si cela n'est pas nécessairement intuitif, rien ne paraît s'opposer à ce que l'ensemble de ces droits suivent le régime défini par le Conseil d'Etat s'agissant des biens dans les contrats de concession.

En effet, en droit civil des biens, il est depuis longtemps admis qu'un droit reçoive la qualification de bien. Se fondant notamment sur l'article 529 du code civil, de nombreux auteurs se rejoignent pour affirmer que les droits sont des biens, plus précisément des biens incorporels (F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, 5^e éd., Dalloz, 1998, n° 32 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 8 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 22). Et cette

idée semble particulièrement adaptée s'agissant des œuvres, qui font naître un « droit d'exploiter une chose créée par l'esprit, dans les conditions matérielles et morales posées par celui qui est à son origine » (P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2007, n° 14).

D'ailleurs, le droit de la propriété intellectuelle s'exprime explicitement sur le caractère aliénable ou non des droits qu'il fait naître. Ainsi, les droits moraux sont inaliénables (Civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, n° 99-18.043), tandis que les droits patrimoniaux sont cessibles (CPI, art. L. 122-7), de même que les droits propres aux producteurs de bases de données (CPI, art. L. 342-1). Or, si la question de la cessibilité de ces droits se pose, c'est précisément parce qu'il s'agit de biens (hors du commerce pour les droits moraux, dans le commerce pour les autres). En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme, par un arrêt de grande chambre, a même affirmé que ces droits étaient des biens protégés à ce titre par l'article 1^{er} du protocole n° 1 (11 janv. 2007, n° 73049/01, RTD eur. 2008. 405, chron. J. Schmidt-Szalewski).

Partant, l'on ne voit pas bien ce qui s'opposerait à l'application de ce raisonnement en droit administratif. Il est vrai que l'article L. 1 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) indique que ce dernier s'applique « aux biens et aux droits », mais cette dissociation sémantique ne paraît pas s'opposer à ce que les seconds soient inclus parmi les premiers. D'une part, parce qu'il ressort de ce même article L. 1 que les droits sont susceptibles d'appartenir à des personnes publiques au même titre que les biens. Et d'autre part, parce que cette distinction entre biens et droits ne se retrouve ni à l'article L. 2111-1, ni à l'article L. 2112-1, ni à l'article L. 2211-1, de sorte que s'il fallait absolument maintenir cette dissociation, les droits appartiendraient aux personnes publiques, mais sans relever ni de leur domaine public, ni de leur domaine privé. Et, un tel paradoxe paraît nettement moins crédible que l'hypothèse selon laquelle l'article L. 1 opère une redondance, probablement volontaire, dans un objectif de clarté.

En ce sens également, la thèse de Caroline Chamard souligne la dissociation des biens entre biens corporels et biens incorporels, cette seconde catégorie incluant les droits dont bénéficient les auteurs d'œuvres de l'esprit (*La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, 2004, n°s 335 et s.). L'auteur affirme en particulier que « les droits sont des biens et ceux dont les personnes publiques sont titulaires constituent des propriétés publiques incorporelles » (préc., n° 346).

Au total, les droits dont sont susceptibles de faire l'objet les bases de données sont donc des objets d'appropriation, auxquels peuvent être appliqués les régimes des biens de retour, de reprise ou propres.

B. L'attribution de la propriété

En second lieu, une fois identifiés les biens susceptibles d'appropriation, reste à déterminer qui est propriétaire de ces biens, puisqu'il est en effet admis que les personnes publiques, à l'instar des personnes privées, détiennent des droits de propriété intellectuelle

Les droits dont sont susceptibles de faire l'objet les bases de données sont des objets d'appropriation

(CE 23 mars 1960, n° 46221, *Société Spiesshofer et Braun*, Lebon 215), notamment en qualité d'auteur d'une base de données (CE 10 juill. 1996, n° 168702, *Société Direct Mail Promotion*, Lebon 277; AJDA 1997. 189, note H. Maisl; RFDA 1997. 115, concl. M. Denis-Linton) ou de producteur de celle-ci (CRPA, art. L. 321-3). Dès lors, il convient de distinguer selon que les droits considérés sont, ou non, nécessaires au fonctionnement du service public.

1. La propriété sur les droits non nécessaires au fonctionnement du service public

D'abord, le cas de figure le plus simple à envisager est celui où les droits de propriété intellectuelle n'ont pas un caractère nécessaire au fonctionnement du service public. Dans ce cas, le concessionnaire peut se prévaloir assez largement des droits de propriété intellectuelle qui ont été évoqués.

D'une part, en principe, l'auteur, titulaire des droits moraux et patrimoniaux affirmés par l'article L. 111-1 du CPI, est une personne physique (Civ. 1^{re}, 15 janv. 2015, n° 13-23.566, RTD com. 2015. 307, chron. P. Gaudrat), à savoir celle qui a créé l'œuvre (les personnes morales n'étant pas, jusqu'à preuve du contraire, dotées d'une créativité propre). Il existe néanmoins un cas de figure qui, s'il ne constitue pas une véritable exception à ce principe, y apporte une sérieuse limite. Il s'agit de l'œuvre collective, qui est « sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée », cette personne n'ayant alors pas *stricto sensu* la qualité d'auteur mais étant tout de même « investie des droits de l'auteur » (CPI, art. L. 113-5), en ce compris les droits moraux (Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-10.132). Or, est qualifiée d'œuvre collective « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé » (CPI, art. L. 113-2). Dès lors, cette qualification est susceptible de s'appliquer à de nombreuses bases de données.

En effet, de cette définition se dégagent deux critères cumulatifs pour caractériser une œuvre collective : l'œuvre doit être créée à l'initiative d'une seule personne qui en assure la conception, et réalisée par plusieurs personnes dont les contributions se fondent de manière indissociable (Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-13.139, Bull. civ. I, n° 109; Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-17.683, Bull. civ. I, n° 275; Soc. 19 oct. 2005, n° 03-42.108; Civ. 1^{re}, 19 déc. 2013, n° 12-26.409). Partant, un concessionnaire qui adresse à ses agents des directives en vue de la réalisation d'une base de données, au sein de laquelle les contributions de ceux-ci ne sont pas distinctement identifiables, devrait jouir des droits de l'auteur sur cette base de données, c'est-à-dire des droits moraux et des droits patrimoniaux. En revanche, tel n'est pas le cas si cette base de données est réalisée par un seul agent, cette circonstance excluant *de facto* la qualification d'œuvre collective (Civ. 1^{re}, 19 févr. 1991, n° 89-14.402, Bull. civ. I, n° 67). Dans cette dernière hypothèse, le concessionnaire doit faire son affaire d'obtenir auprès

de son agent les droits d'exploitation de cette base de données, dans la mesure où il l'estime utile pour son activité, et notamment pour la bonne exécution de ses obligations contractuelles.

En toute hypothèse, c'est bien du côté du concessionnaire que peut être identifiée la propriété des droits d'auteur dont est susceptible de faire l'objet une base de données non nécessaire au fonctionnement du service.

D'autre part, il devrait en aller de même des droits liés à la qualité de producteur d'une telle base de données, mais pour des raisons distinctes. Cette qualité est en effet, on l'a dit, reconnue à « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants », et l'on imagine mal que cette définition puisse concerner la personne publique concédante en ce qui concerne une base de données non nécessaire au service public.

En effet, premièrement, s'agissant de l'initiative, le concédant est uniquement tenu de définir « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire » (ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, art. 27). Et s'il ne lui est évidemment pas interdit d'aller au-delà de cette exigence, il apparaît peu probable, au moins dans la majorité des cas, qu'il s'intéresse à la constitution d'une base de données superflue pour le fonctionnement du service.

Et deuxièmement, le même raisonnement peut être tenu s'agissant du risque des investissements. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que cette notion s'appliquait ici aux investissements exposés pour la recherche d'éléments existants, leur rassemblement dans la base de données ou encore la vérification de leur fiabilité, à l'exclusion des investissements liés à la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données (9 nov. 2004, aff. C-203/02, préc.), cette position ayant été reprise par la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 5 mars 2009, n° 07-19.734, Bull. civ. I, n° 46) et par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA; conseil, 5 déc. 2013, n° 20133914, *Conseil régional de Haute-Normandie*). Or, par hypothèse, un concessionnaire assume le risque lié à l'exploitation du service (ord. n° 2016-65, art. 5), incluant le risque de ne pas parvenir à couvrir les charges de fonctionnement et d'investissement par un niveau suffisant de recettes. C'est pourquoi le risque des investissements exposés pour l'élaboration d'une base de données, à plus forte raison lorsque cette base de données n'est pas nécessaire au fonctionnement du service, devrait être regardé comme supporté par le concessionnaire.

La qualification d'œuvre collective est susceptible de s'appliquer aux bases de données

2. La propriété sur les droits nécessaires au fonctionnement du service public

Ensuite, le régime applicable est différent si les droits existant sur une base de données sont nécessaires au fonctionnement du service public.

En effet, la décision *Commune de Douai* a clairement affirmé que la théorie des biens de retour – qui présume que les biens nécessaires au fonctionnement du service

La domanialité publique paraît exclue s'agissant des droits existant sur les bases de données

public appartiennent *ab initio* à la personne publique concédante – était également applicable aux biens meubles, la jurisprudence fournissant d'ailleurs des illustrations tant antérieures (CAA Bordeaux, 4 déc. 2000, n° 96BX00709, *Commune de Lourdes*) que postérieures (CE 5 févr. 2014, n° 371121, *Société Equalia, Société Polyxoc / Communauté de communes de Saint-Dizier, Der et Blaise*, AJDA 2014. 1397, note J.-S. Boda et P.-A. Rohan) à cette décision. Dès lors, l'on ne voit pas bien ce qui, du point de vue du droit administratif, s'opposerait à l'application de cette théorie aux droits de propriété intellectuelle détenus sur les bases de données nécessaires au fonctionnement du service public. La question ne semble pas avoir été tranchée au contentieux, mais certains auteurs se sont assez clairement prononcés en faveur de l'application de cette théorie des biens de retour aux bases de données (J.-D. Dreyfus, *Fichiers, bases de données: quel droit de propriété?*, préc., p. 39; F. Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, thèse dactyl. Lyon 3, 2015, n° 723).

L'on peut d'ailleurs y voir la raison d'être de l'article 53-1 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, ajouté par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, qui prévoit que « lorsque la gestion d'un service public est déléguée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution ». Cette disposition permettrait ainsi à l'autorité concédante d'avoir connaissance des bases de données existantes et des droits

de propriété intellectuelle qui y sont attachés en temps réel, afin d'anticiper au mieux leur retour gratuit au terme du contrat. Il paraîtrait alors curieux, pour ne pas dire imprudent, de faire usage de la liberté conférée par le troisième alinéa de cette disposition pour déroger à cette prérogative.

Il n'en demeure pas moins que, le juge administratif faisant application du droit de la propriété intellectuelle (CE 14 juin 1999, n° 181023, *Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg*, Lebon 199; AJDA 1999. 938, note G. Guiheux; RFDA 2000. 600, note Y. G.; RTD com. 1999. 865, obs. A. Françon; CE 11 juill. 2008, n° 298779, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques c/ Société Sorecop c/ Société Copie France*, Lebon 263; AJDA 2008. 1414), ce corps de règles doit être pris en compte au même titre que le régime général des contrats de concession. Or, ainsi qu'il a été précédemment démontré, les droits moraux sont – contrairement aux droits patrimoniaux et aux droits propres au producteur d'une base de données – inaliénables (Civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, n° 99-18.043). A première vue, l'on pourrait alors imaginer que le régime des biens de retour constitue un corps de règles spéciales, qui dérogent aux règles générales; cependant, en l'état actuel du droit, ce sont plus vraisemblablement les règles du CPI qui devraient être regardées comme

les règles spéciales. En effet, au moins depuis la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, l'on peut constater un relatif alignement des règles applicables au secteur public sur celles applicables au secteur privé (J.-D. Dreyfus, *Brèves remarques sur le droit d'auteur des agents publics après la loi du 1^{er} août 2006*, AJDA 2006. 2179; C. Malwé, *La répartition des droits de propriété intellectuelle entre l'administration et ses agents*, AJDA 2017. 2050), sous réserve de certaines exceptions expressément prévues par le CPI au sujet des droits moraux (CPI, art. L. 121-7-1) ou des droits patrimoniaux (CPI, art. L. 131-3-1 à L. 131-3-3) des agents publics. Ainsi, même s'il existe quelques dispositions dérogatoires, le législateur, revenant sur la logique qui se dégageait de l'avis *OFRATEME* (CE 21 nov. 1972, n° 309721), n'a pas soumis les droits d'auteur à un régime de nature différente lorsqu'ils sont nés dans l'exercice d'une mission de service public. En cela, les règles applicables en matière de propriété intellectuelle ne semblent pas suivre l'idée fondatrice du droit administratif, selon laquelle l'administration est soumise à « ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés » (T. confl. 8 févr. 1873, n° 0012, *Blanco, Lebon*).

Par conséquent, la théorie des biens de retour devrait ne s'appliquer qu'aux droits d'exploitation et aux droits de producteur d'une base de données, lorsqu'ils sont nécessaires au fonctionnement du service public.

Il reste que, depuis la décision *Commune de Douai*, il est clairement acquis que les parties conservent une certaine liberté quant à la propriété des biens de retour en cours de contrat, lorsque ces biens ne relèvent pas du domaine public de l'autorité concédante. Or, l'article L. 2112-1 du CGPPP réserve la domanialité publique mobilière aux biens « présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique », de sorte que la domanialité privée des droits de propriété intellectuelle est largement tenue pour acquise (C. Malwé, J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 49: Propriétés publiques immatérielles, n° 13.; R. Leonetti, *La protection de l'affectation au service public des biens incorporels*, AJDA 2009. 1689; Ph. Terneyre, *Les actifs immatériels des personnes publiques*, RJEP 2013. Etude 16; Ph. Yolka, comm. sous CE, avis, 21 nov. 1972, n° 309721, *OFRATEME, GDDAB*, 3^e éd., Dalloz, 2018, n° 2), alors même que ces derniers sont parfois capitaux pour telle ou telle mission de service public. Par conséquent, la domanialité publique paraît clairement exclue s'agissant des droits existant sur les bases de données.

Il est vrai que cette définition étroite de la domanialité publique mobilière a suscité l'imagination des auteurs quant aux voies alternatives qui permettraient de retenir cette qualification (v., not., F. Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, préc., n° 234 et s.). En particulier, Philippe Yolka a formulé une hypothèse qui pourrait trouver tout son sens dans le cadre d'une activité de service public déléguée (Autour de l'article L. 2112-1 du CGPPP. Un détour par les « meubles de retour », AJDA 2013. 974). En se fondant sur la notion d'immeuble par destination, retenue notamment lorsqu'un bien est affecté à l'usage d'un fonds

(C. civ., art. 524 et 525), l'auteur émet l'idée d'appliquer aux biens meubles affectés à l'exploitation d'un immeuble, dans le cadre d'une activité de service public, les critères du domaine public immobilier. Néanmoins, pour séduisante qu'elle soit, cette hypothèse se heurte à ce jour à une limite et à un constat. La limite porte sur l'existence d'un immeuble : certains services publics peuvent s'exercer sans support immobilier, en particulier lorsque l'objet même du service est l'exploitation et la diffusion de données (v., à titre d'ex., le service public des bases de données juridiques qui a précédé la création de Légifrance, CE 17 déc. 1997, n° 181611, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, Lebon 491 ; AJDA 1998. 362, concl. J.-D. Combrexelle), de sorte que ce raisonnement ne pourrait pas être mobilisé dans tous les cas de figure. Le constat porte sur la position actuelle du juge administratif : si la qualification d'immeuble par destination n'est pas inconnue de ce dernier, notamment pour qualifier un travail public (CE 10 févr. 1978, n° 98274, *Société Muller*, Lebon 65 ; CAA Nancy, 21 juin 2016, n° 15NC00189, *Paroisse protestante de Strasbourg-Neudorf*), force est néanmoins de constater que, premièrement, ces décisions ne semblent concerner que des immeubles par destination qualifiés comme tels en raison de leur attache à perpétuelle demeure, et non de leur attache à l'usage d'un fonds, et deuxièmement, si l'argument a déjà été soulevé pour arguer la domanialité publique de biens *a priori* meubles (v. s'agissant des cloches de Notre-Dame-de-Paris : CAA Paris, 7 mars 2017, n° 15PA02145, *Société Paccard Fonderie*), il n'a, à notre connaissance, jamais été reçu.

Dès lors, l'on ne voit pas bien ce qui s'opposerait à ce que les parties déterminent librement la propriété des droits portant sur telle ou telle base de données (à l'exception des droits moraux), fût-elle nécessaire au fonctionnement du service public, en cours de contrat. En revanche, au terme du contrat, cette propriété reviendra de plein droit à l'autorité concédante, nonobstant toute stipulation contractuelle contraire (décis. *Société Equalia*, préc.).

II - L'EXPLOITATION DES DONNÉES COLLECTÉES

Indépendamment de leur régime patrimonial, les données font l'objet d'une exploitation permanente, et qui, à tout le moins du point de vue de l'administration, ne se limite pas à une exploitation commerciale.

En effet, la diffusion de données publiques peut d'abord constituer l'objet même d'une mission de service public. Elle peut ensuite représenter une dimension d'une activité de service public plus large, dont la qualité se trouve améliorée par l'accès des usagers à certaines données. Elle peut enfin avoir un caractère détachable du service, tout en conservant un caractère vertueux soit, d'un point de vue non marchand, au titre de la transparence de l'action administrative, soit, d'un point de vue marchand, au titre d'une stimulation escomptée de l'initiative privée.

Il convient donc de distinguer l'utilisation des données collectées par le concessionnaire lui-même, de leur réutilisation par des tiers.

A. L'utilisation des données par le concessionnaire

L'utilisation des données collectées se rapporte à l'usage qu'en fait le concessionnaire dans le cadre de l'activité de service public qui lui est déléguée. Cela concerne donc à la fois la diffusion des données et leur conservation.

1. La diffusion des données par le concessionnaire

D'une part, la diffusion, par le concessionnaire, des données collectées dans le cadre du service public résulte conjointement des règles applicables à la communication des documents administratifs et de ses engagements contractuels.

En premier lieu, indépendamment du contenu du contrat, les données collectées par le concessionnaire entrent largement dans le champ d'application des règles relatives à l'accès aux documents administratifs.

Sur le plan organique, sont concernées par ces règles non seulement les personnes morales de droit public, mais aussi les personnes privées chargées d'une mission de service public (CRPA, art. L. 300-2). Par conséquent, un concessionnaire de service public est soumis à ces dispositions pour l'ensemble des documents présentant un lien suffisamment direct avec cette mission (CE 17 avr. 2013, n° 342372, *La Poste c/ Bigi*, Lebon T ; AJDA 2013. 1920, note B. Delaunay).

Sur le plan matériel, sont concernés tous les « documents administratifs », parmi lesquels la CADA inclut les données brutes (CADA, avis, 29 juin 2008, n° 20062682, *Ministre de l'éducation nationale*) ainsi que les bases de données (CADA, avis, 27 nov. 2008, n° 20084349, *Ministre de la culture et de la communication* ; CADA, avis, 19 janv. 2017, n° 20163651, *Comité économique des produits de santé*), y compris, précise la CADA, celles faisant l'objet d'une actualisation continue. De plus, l'article L. 311-4 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), qui prévoit que « les documents administratifs sont communiqués ou publiés sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique », a pour seul objet d'encadrer les conditions de la réutilisation en aval de tels documents, et ne saurait avoir pour effet de faire obstacle à leur simple communication (CADA, avis, 16 mars 2006, n° 20061210, *Président de la communauté urbaine de Bordeaux* ; CADA, avis, 27 nov. 2008, n° 20084340, *Maire de Maizières-lès-Metz*).

Dès lors, sous réserve des exceptions prévues par les articles L. 311-5 et L. 311-6 du CRPA – dont le champ d'application n'est néanmoins pas mince : documents dont la communication est susceptible de porter atteinte à certains intérêts publics, à certains secrets protégés par la loi, etc. – les données collectées par le concessionnaire de service public dans le cadre de sa mission sont par principe communicables, nonobstant l'existence possible de droits de propriété intellectuelle.

Il peut alors, dans certains cas, en résulter une obligation de diffusion, consistant à rendre publiquement accessibles, en ligne, certaines données. Néanmoins, outre les difficultés pratiques rencontrées

La conservation des données collectées obéit à des règles diverses

pour la mise en œuvre de cette obligation – on estime à environ 10 % le nombre de collectivités territoriales concernées remplissant effectivement cette obligation (B. Delaunay, *L'open data dans les collectivités territoriales*, JCP Adm. 2018, n° 2286) – les conditions d'applicabilité de cette obligation sont multiples : les documents doivent bien entendu présenter un caractère communicable, mais également être disponibles sous forme électronique, et être détenus par une personne employant au moins cinquante agents ou salariés. En son dernier alinéa, l'article L. 312-1-1 prévoit également que cette obligation ne s'applique pas aux collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants ; mais, *a priori*, cette disposition n'est susceptible d'intéresser un concessionnaire de service public que de manière très marginale (v., néanmoins, pour un ex. récent, CE 25 oct. 2017, n° 402921, *Commune du Croisic*, Lebon T. ; AJDA 2018. 919, note J.-B. Vila). De sorte que cette diffusion ne s'impose pas spontanément en toute hypothèse. En particulier, il suffit que le concessionnaire prenne la forme d'une société *ad hoc* employant moins de cinquante salariés, ce qui n'est pas rare, pour se trouver *de facto* hors du champ d'application de cette obligation de diffusion.

En second lieu, le contrat peut alors étendre les obligations de communication et de diffusion pesant sur le concessionnaire.

D'abord, l'article L. 312-1 du CRPA permet aux personnes détenant des documents administratifs de les diffuser nonobstant l'absence d'obligation légale ou réglementaire en ce sens – sous réserve, bien entendu, des mentions non communicables en application des articles L. 311-5 et L. 311-6 du même code. Partant, le contrat peut parfaitement imposer au concessionnaire de service public de diffuser certaines données. Que l'on songe, à titre d'exemples, aux données relatives au temps d'attente d'un véhicule de transports publics, aux bornes disponibles pour la recharge de véhicules électriques, aux ouvrages disponibles dans un fonds documentaire, à la fréquentation d'un équipement culturel ou sportif, etc.

Ensuite, le concédant peut même imposer à son concessionnaire d'élaborer, à partir des données qu'il a collectées, un document auparavant inexistant – obligation que l'administration n'a jamais vis-à-vis d'un administré (CE 9 mars 1983, n° 43438, *Association « SOS défense »*, Lebon ; CE 22 mai 1995, n° 152393, *Association de défense des animaux victimes d'ignominies ou de désaffection*) – afin de donner *de facto* naissance à un document administratif communicable. Par exemple, si le concessionnaire collecte des données nominatives, dont la communication pourrait porter atteinte à la vie privée des personnes concernées, le concédant peut lui demander de procéder à un travail d'anonymisation afin de rendre ces données communicables. Alors, sous réserve de veiller au risque de réidentification de ces personnes (L. Cluzel-Métayer, *Les limites de l'open data*, AJDA 2016. 102 ; B. Delaunay, *L'open data dans les collectivités territoriales*, préc.), ces documents peuvent avoir vocation à être diffusés et/ou réutilisés à titre gratuit ou onéreux par des tiers (v. *infra*).

2. La conservation des données par le concessionnaire

D'autre part, la conservation des données collectées par le concessionnaire obéit à des règles diverses.

D'abord, au titre de sa responsabilité civile, par analogie avec le régime applicable aux personnes publiques, le concessionnaire est susceptible de voir sa responsabilité engagée par la personne à laquelle auraient été communiquées des données erronées (CE 18 nov. 2009, n° 305337), par la personne à laquelle il aurait illégalement refusé la communication d'un document pourtant communicable (CE 23 juill. 1993, n° 111364, *Ministre de la défense*), voire par celle à laquelle la communication d'un document non communicable aurait causé un préjudice (CE 25 juill. 2008, n° 296505, *M^{me} Costa-Autrechy*, AJDA 2008. 2413 ; CAA Nancy, 24 mai 2006, n° 01NC00725, *Association française de l'apprentissage de la conduite*).

Ensuite, de manière plus spécifique, les règles issues du RGPD et de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dite « informatique et libertés », dans sa version récemment modifiée (loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles), sont évidemment à l'origine d'obligations diverses pour les parties si les données collectées sont susceptibles d'être qualifiées de donnée à caractère personnel – celles-ci étant définies par le RGPD comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». En effet, la simple conservation de telles données constitue un traitement de données à caractère personnel, au même titre, notamment, que leur collecte, leur structuration, leur modification, leur extraction, leur consultation, leur communication ou encore leur diffusion.

Le cas échéant, le principal sujet des obligations issues du RGPD est le responsable du traitement, c'est-à-dire la personne « qui, seul[e] ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement » (RGPD, art. 4). Cette opération de qualification doit résulter d'une analyse factuelle (groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, avis n° 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », 16 févr. 2010, p. 9), de sorte qu'il semble peu réaliste d'affirmer *in abstracto* que cette qualité incomberait nécessairement au concessionnaire ou au concédant. Néanmoins, cette seconde solution n'est vraisemblablement pas rare, en particulier lorsque la collecte de données résulte nécessairement de l'exécution par le concessionnaire de ses engagements contractuels. En effet, puisque l'autorité concédante définit « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire » (ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016, art. 27), elle peut être amenée à imposer à son concessionnaire la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel, dont elle a alors *de facto* déterminé les finalités et les moyens. Dans d'autres cas de figure en revanche, un traitement de données personnelles peut être mis en œuvre à l'initiative du concessionnaire qui a alors la qualité de responsable du traitement. Le responsable du traitement, qu'il s'agisse de l'autorité concédante ou du concessionnaire, doit alors se conformer à de nombreuses obligations : en matière de licéité du traitement (v. RGPD, art. 6 et s., et loi n° 78-17 du 6 janv. 1978, art. 6 et s.), de conformité (RGPD, art. 24), de sécurité (RGPD, art. 32), de droits des personnes concernées (RGPD, art. 15 à 22), etc.

Même dans l'hypothèse où il échapperait à la qualité de responsable du traitement, celle-ci incombant alors à l'autorité concédante, le concessionnaire a, à tout le moins, la qualité de « sous-traitant » au sens du RGPD, cette notion visant toute personne « qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement » (RGPD, art. 4). Dans ce contexte, l'idée de traitement « pour le compte » ne doit pas être interprétée restrictivement au sens de l'existence d'un mandat, mais plus largement comme toute forme de traitement qui interviendrait sur instructions du responsable du traitement (groupe de travail « Article 29 », préc., p. 27). En cette qualité, le sous-traitant est également tenu de se conformer à diverses obligations. Il peut s'agir soit d'obligations propres, énoncées par l'article 28 du RGPD (autorisation préalable pour recruter un autre sous-traitant, conclusion d'un contrat écrit avec le responsable du traitement, obligation de ne traiter les données que sur instruction documentée du responsable du traitement, etc.), soit d'obligations qui sont calquées sur celles incombant au responsable du traitement.

Enfin, l'autorité concédante peut imposer des spécifications techniques et fonctionnelles définissant les caractéristiques des services à réaliser par le concessionnaire, « à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs » (décr. n° 2016-86 du 1^{er} févr. 2016 relatif aux contrats de concession, art. 2). Ainsi, en plus de l'ensemble de ces obligations indépendantes du contrat, ce dernier peut comporter des obligations supplémentaires relatives aux conditions de conservation des données collectées : par exemple en matière de stockage, d'interopérabilité (notamment dans la perspective du terme normal ou anticipé de la concession), de traçabilité des opérations, de fonctionnalités des bases de données constituées, etc.

Ces obligations, comme les précédentes, peuvent par ailleurs être assorties de sanctions contractuelles susceptibles d'être infligées au concessionnaire en cas de manquement.

B. La réutilisation des données par les tiers

La notion de réutilisation se distingue de celle de communication par le rôle actif du destinataire de l'information, qui ne va pas se borner à en prendre connaissance mais va l'exploiter, à titre gratuit ou onéreux, dans un but qui lui est propre. Ainsi, la CADA considère que cette notion recouvre toute opération s'accompagnant d'une « intégration de ces informations à des produits ou des services destinés à des tiers » (CADA, conseil, 5 juill. 2012, n° 20122417, *Président du conseil régional de Bourgogne*). Dès lors, la réutilisation, par des tiers, de données précédemment collectées par le concessionnaire ne s'inscrit pas véritablement dans le cadre du contrat de concession.

Néanmoins, les conditions de réutilisation de ces données sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'exécution du contrat de concession, notamment sur son équilibre financier. Or, ces données peuvent le plus souvent être qualifiées d'informations publiques, de sorte que le principe de leur réutilisation et les conditions économiques dans lesquelles celle-ci peut avoir lieu sont étroitement encadrés.

1. Le droit à réutilisation des données par les tiers

D'abord, sur le principe, les tiers ont le plus souvent un véritable droit à la réutilisation des données collectées par le concessionnaire de service public.

En effet, si la réutilisation d'informations publiques était initialement interdite (version initiale de l'art. 10 de la loi n° 78-753 du 17 juill. 1978), elle fait désormais figure de véritable droit au bénéfice des administrés (CRPA, art. L. 321-1), et, de manière plus récente, des administrations (loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique, art. 1 I, al. 2). Or, cette qualification d'informations publiques est très fréquemment applicable aux données collectées par le concessionnaire de service public.

A cet égard, il ressort de l'article L. 321-2 du CRPA que sont des informations publiques les informations (i) contenues dans un document dont la communication ou la diffusion constitue un droit en application des articles L. 311-1 et suivants du même code et (ii) sur lesquelles des tiers ne détiennent pas de droit de propriété intellectuelle.

Si la première de ces conditions ne pose pas de véritable difficulté, puisqu'ont été précédemment exposées les conditions dans lesquelles ces données sont communicables, la seconde mérite en revanche quelques explications quant à sa portée.

En effet, comme cela a déjà été mentionné, les droits de propriété intellectuelle susceptibles d'avoir pour objet une base de données sont cessibles à l'exception des droits moraux de l'auteur, de sorte qu'à première vue, l'existence de droits moraux détenus de manière irrémédiable par un tiers pourrait être de nature à s'opposer à la qualification d'information publique. Cependant, il existe au moins deux raisons de penser que l'existence de ces droits moraux ne ferait en réalité pas obstacle à cette qualification.

D'une part, seule la base de données est susceptible d'être revêtue de l'originalité nécessaire à la naissance de droits d'auteur, et non les données elles-mêmes, de sorte que les droits moraux ne protègent en réalité que le contenant et non le contenu. Cette idée avait été rappelée dans la circulaire du 14 février 1994, exprimant que « ce droit s'applique non au contenu même de l'information (qui ne peut être objet de propriété), mais à la forme dans laquelle l'information est "cristallisée" (rapports, registres, banques de données...) ». En cela, la réutilisation d'une simple information contenue au sein d'une base de données, et non de la base elle-même, n'apparaît pas susceptible de heurter les droits de l'auteur de celle-ci.

D'autre part, selon la CADA, la circonstance qu'un agent public soit l'auteur d'une œuvre ne fait obstacle à la qualification d'information publique qu'à défaut de cession à l'administration, par l'agent auteur, de ses droits d'exploitation sur cette œuvre (CADA, conseil, 5 nov. 2009, n° 20092706, *Président du conseil régional de Bretagne*). Dès lors, en matière de droits d'auteur, la portée de l'exception relative aux droits de propriété

Les tiers ont souvent un droit à la réutilisation des données collectées par le concessionnaire



intellectuelle détenus par des tiers est limitée aux droits d'exploitation, c'est-à-dire aux droits patrimoniaux de l'auteur, susceptibles d'être cédés. En revanche, l'existence de droits moraux, qui demeurent irrémédiablement dans le patrimoine de l'auteur, ne fait visiblement pas obstacle à la qualification d'information publique.

Dans ces conditions, les données collectées par le concessionnaire de service public, lorsqu'elles ont un caractère communicable, devraient en principe entrer dans le champ d'application du droit à réutilisation dont disposent les tiers.

Cependant, ce droit à réutilisation pourrait, dans certaines circonstances, se heurter aux éventuels droits liés à la qualité de producteur d'une base de données.

Certes, sous l'empire du droit précédant l'entrée en vigueur de la loi pour une République numérique, la CADA (conseil, 19 nov. 2015, n° 20155079, *Secrétariat d'Etat chargé du numérique*) puis le Conseil d'Etat (14 sept. 2015, n° 389806, *Société NotreFamille.com*, Lebon T; AJDA 2015. 2441, note F. Rassin) avaient estimé que, la qualification d'information publique n'étant exclue que lorsque des « tiers » détiennent des droits de propriété intellectuelle, l'administration n'était pas fondée à se prévaloir des droits qu'elle pouvait elle-même détenir au titre de l'article L. 342-1 du CPI pour s'opposer à la réutilisation d'informations contenues dans une base de données. L'affaire était donc entendue : les droits de producteur d'une base de données dont pouvait jouir le concessionnaire n'étaient pas susceptibles de faire obstacle à la réutilisation de leur contenu par des tiers.

Toutefois, la loi pour une République numérique a créé un article L. 321-3 du CRPA, qui nuance quelque peu cette position. En son premier alinéa, cette disposition rappelle que l'administration ne peut pas se prévaloir de ses propres droits de propriété intellectuelle pour s'opposer à la réutilisation, par des tiers, des informations contenues dans ses bases de données. Mais en son

second alinéa, elle prévoit que « le premier alinéa du présent article n'est pas applicable aux bases de données produites ou reçues par les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence ». Cette réserve a certes un champ d'application triplement limité, puisque premièrement, l'administration doit disposer de droits en qualité de producteur de bases de données, avec les conditions que cela suppose (investissement financier, matériel ou humain substantiel), deuxièmement, la réutilisation souhaitée par le tiers doit pouvoir être qualifiée de « qualitativement ou quantitativement substantielle » (CPI, art. L. 342-1), ou à défaut « excéder manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données » (CPI, art. L. 342-2), et troisièmement, l'administration doit exercer une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence. Mais il n'en demeure pas moins que, dans certaines hypothèses, la réutilisation d'informations publiques peut être limitée par les droits que l'administration détient en qualité de producteur d'une base de données.

Au total, les données collectées par le concessionnaire de service public devraient, lorsqu'elles ont un caractère communicable, avoir le plus souvent la qualité d'informations publiques réutilisables par les tiers. Mais ce principe n'est pas absolu et nécessite un examen au cas par cas, en particulier au titre de l'article L. 321-3, alinéa 2 du CRPA.

2. Les conditions de réutilisation des données par les tiers

Ensuite, les modalités de réutilisation de ces données ne sont pas dépourvues d'incidence sur l'exécution du contrat de concession, en particulier dans la mesure où il peut s'agir d'une source de recettes participant à l'équilibre économique global de l'opération.

D'une part, de manière générale, rien ne semble s'opposer à ce que certaines données soient commercialisées par un concessionnaire de service public. Premièrement, le principe de liberté du commerce et de l'industrie ne devrait pas faire obstacle à la prise en charge d'une telle activité, pour peu qu'il existe un intérêt public (le cas échéant, local), en particulier au sens de la jurisprudence *Delansorne* (CE, ass., 18 déc. 1959, n° 22536, Lebon 692) – qui admet la prise en charge d'activités complémentaires concourant à l'équilibre financier du service – laquelle était d'ailleurs expressément évoquée par la circulaire du 14 février 1994. Deuxièmement, l'exercice délégué de cette activité ne devrait pas davantage être problématique. En effet, de deux choses l'une : soit la collecte et l'exploitation de données constituent l'objet même du service public, et alors celui-ci peut parfaitement être délégué à un concessionnaire, comme l'a également rappelé la circulaire du 14 février 1994, et confirmé le Conseil d'Etat (17 déc. 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, préc.); soit la collecte et l'exploitation de données s'inscrivent dans une mission plus large, et alors l'inclusion d'une telle mission dans le périmètre du service public délégué ne devrait pas méconnaître le principe de spécialité des concessions (ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016 art. 30), qui ne s'oppose pas à ce que soient mises à la charge du concessionnaire des prestations accessoires présentant un caractère complémentaire à l'objet du contrat (CE 21 sept. 2016, n° 399656, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, Lebon T; AJDA 2017. 359, note M. Douence).

D'autre part, s'agissant des règles spécifiques aux informations publiques, si l'article L. 324-1 du CRPA pose un principe de gratuité de la réutilisation d'informations publiques, il l'assortit néanmoins d'une exception au bénéfice des administrations qui « sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public », lesquelles peuvent alors subordonner la réutilisation de ces informations au paiement d'une redevance (l'art. L. 324-2 prévoit une seconde exception, consacrée aux opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques, et donc bien souvent étrangère aux concessions de service public). L'article R. 324-4-1 du même code a précisé le mécanisme : une redevance peut être établie si (i) l'activité principale de la personne concernée consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques, et (ii) la couverture des coûts liés à cette activité principale est assurée à

Le principe de gratuité de la réutilisation est assorti d'exceptions

moins de 75% par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions. Ainsi, dans le cadre d'une concession de service public, cette exception peut aisément être mise en œuvre lorsque l'objet principal du contrat consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion de données – au besoin, en créant une société dédiée à l'exécution de ce contrat, qui a vocation à être financée par ces redevances à hauteur de 25% au moins. En revanche, sa mise en œuvre pourrait être plus délicate dans le cadre d'une concession de service public portant sur une mission plus large que la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion de données, qui ne constituerait alors qu'une activité accessoire.

Lorsque les conditions permettant de percevoir une redevance en contrepartie de la réutilisation d'informations publiques sont réunies, il peut être judicieux de prévoir expressément une dérogation contractuelle à l'article 53-1 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 en tant qu'il prévoit que « l'autorité concédante ou un tiers désigné par celle-ci peut extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux », une telle dérogation contractuelle étant admise par l'alinéa 3 de ce même article 53-1.

Par ailleurs, deux séries d'obligations résultent de ce droit à percevoir une redevance.

En premier lieu, la réutilisation des données en contrepartie d'une redevance doit donner lieu à l'établissement d'une licence (CRPA, art. L. 323-1). A ce titre, il convient d'élaborer une licence type fixant les conditions de cette réutilisation, qui ne peuvent apporter de restrictions que pour des motifs d'intérêt général et de façon proportionnée, et ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre la concurrence (CRPA, art. L. 323-2). Cette licence type est par ailleurs soumise à une procédure d'homologation par la direction interministérielle des systèmes d'information et de communication de l'Etat (CRPA, art. D. 323-2-2).

En second lieu, le montant de la redevance est encadré par les dispositions du CRPA. L'article L. 324-1 prévoit que « le produit total du montant de cette redevance, évalué sur une période comptable appropriée, ne dépasse pas le montant total des coûts liés à la collecte, à la production, à la mise à la disposition du public ou à la diffusion de leurs informations publiques », ce qui est plus strict que le régime général des redevances pour service rendu – catégorie à laquelle appartiennent les redevances de réutilisation des données publiques (CE, ass., 10 juill. 1996, *Société Direct Mail Promotion*, préc.) – qui permet en principe que le montant d'une telle redevance excède le coût de la prestation pour prendre en compte les avantages de toute nature que procure celle-ci (CE, ass., 16 juill. 2007, n° 293229, *Syndicat national de la défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*, Lebon 349 avec les concl.; AJDA 2007. 1807, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau; 2057, tribune L. Richer; et 2008. 297, étude J.-M. Lemoyne de Forges; RFDA 2007. 1269, concl. C. Devys; et 1278, note P. Terneyre; CE 7 oct. 2009, n° 309499, *Société d'équipement de Tahiti et des Iles*, Lebon; AJDA 2009. 2480, note J.-D. Dreyfus; 2437, chron. S. Nicinski, E. Glaser et P.-A. Jeanneney; et 2010. 1062, étude E. Untermaier). De plus, l'article L. 324-3 prévoit

que « le montant des redevances [...] est fixé selon des critères objectifs, transparents, vérifiables et non discriminatoires », et « est révisé au moins tous les cinq ans ». Sur le caractère non discriminatoire de la redevance en particulier, la CADA a précisé que « lorsque l'administration utilise les informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même » (CADA, avis, 30 oct. 2014, n° 20141556, *Service hydrographique et océanographique de la marine*). En cela, le CRPA étend à l'ensemble des informations publiques le régime de tarification applicable aux ressources essentielles, qualification il est vrai souvent retenue au sujet des données publiques, tant par la Cour de cassation (Com. 4 déc. 2001, n° 99-16.642, Bull. civ. IV, n° 193) que par le Conseil d'Etat (29 juill. 2002, n° 200886, *Société Cegedim*, Lebon 208; AJDA 2002. 1072, note S. Nicinski).

Enfin, une remarque complémentaire doit être formulée s'agissant des données à la réutilisation desquelles le concessionnaire peut s'opposer sur le fondement de l'article L. 321-3, alinéa 2 du CRPA. Cette disposition prévoit que, sous certaines conditions, l'administration ayant la qualité de producteur d'une base de données peut s'opposer à la réutilisation ou l'extraction d'une partie de son contenu; en revanche, elle n'enlève en rien à ces données le caractère d'information publique. Par conséquent, si malgré le droit d'opposition dont il dispose, un concessionnaire de service public admet la réutilisation de telles données, alors premièrement, il reste soumis au principe de gratuité et, deuxièmement, en cas de possible dérogation à ce principe de gratuité, il est également soumis aux principes énoncés ci-avant s'agissant de l'établissement d'une licence et de la détermination des tarifs.

■ Au terme de cette brève étude, il apparaît que le régime juridique des données collectées par un concessionnaire de service public n'est pas une véritable *terra incognita*. Différents corps de règles permettent en effet, par une application combinée, de dessiner – à tout le moins, à gros traits – les principales règles applicables s'agissant de leur maîtrise d'une part, et de leur exploitation d'autre part.

Toutefois, le sujet n'est évidemment pas épuisé. D'abord, certaines zones d'ombre subsistent, notamment sur les conditions de préservation des impératifs du service public, qui pourraient être remis en cause par certaines règles décrites ci-avant (absence de protection au titre de la domanialité publique, inaccessibilité des droits moraux de l'auteur, etc.). Ensuite, certaines modifications pourraient être envisagées, par exemple en vue d'une extension des perspectives de commercialisation des données, puisqu'en ces temps de rareté des ressources publiques, une telle commercialisation pourrait participer à l'équilibre économique du service dans le cadre duquel ces données sont collectées. Enfin, les mêmes questions pourraient se poser pour d'autres catégories de contrats, à commencer par les marchés publics, dont le régime, malgré l'existence de dispositions éparpillées dans certains CCAG, n'est pas beaucoup plus limpide.