

*Concevoir juridiquement l'ouverture  
du patrimoine public immatériel  
Dans la perspective du bien commun*

Bordeaux, 23 septembre 2016

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

Au départ du sujet : la technique des « licences Open Data »

Toile de fond préalable :

1° Les « licences Open Data » sont le miroir juridique de l'Open Data

L'on ne peut concevoir les « licences Open Data » sans revenir à ce qu'est l'Open Data. Michel Vivant : ce ne sont pas des licences, puisque leur principe, c'est l'accès.

2° Les « licences » relèvent du Droit de la Régulation

Le principe clé du Droit de la Régulation, c'est le « droit d'accès ».

Or, le Droit de la Régulation est une branche du Droit construite sur les buts, tout mécanisme étant un instrument coloré par les finalités poursuivies.

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel

Or, dès le départ, il y a ambiguïté, voir contradiction.

1° L'Open Data a été conçu au départ pour permettre à l'utilisateur du service public d'accéder librement à une information publique qui le concerne **Recommandation n° 11 du Rapport Lévy-Jouyet pour rendre plus performant cet « accès » de l'utilisateur au service**

2° Aujourd'hui, les « licences Open Data » concrétisent un droit offert par la Loi à tout entrepreneur d'utiliser une matière première précieuse (la donnée dont le caractère « public » lui est indifférent) pour une finalité étrangère à la personne publique et que la personne publique ne peut contrôler

= **Contradiction**, que le régime même de la « licence Open Data » traduit . **Aporie**, que la référence à l'innovation ne surmonte pas

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel

Pour concevoir d'une façon cohérente l'ouverture du patrimoine public immatériel par le mécanisme de la licence, il faut « se placer » :

1° Soit on est dans l'Open Data radical, ce qui devrait donner lieu à un droit d'accès, et sans contrepartie financière mais à la condition que la personne, à laquelle l'accès est ainsi donné, partage avec la personne publique la même finalité, à savoir le service public et le bien commun **Recommandation n° 11 du Rapport Lévy-Jouyet pour rendre plus performant et effectif cet « accès », ce qui correspond au Droit de la Directive communautaire de 2003**

2° Soit on adopte une perspective non plus « politique » mais « économique ». Les données – il se trouve qu'elles sont « publiques » sont une « matière première précieuse ». Elles sont « réutilisées » par des entrepreneurs innovants. C'est une seconde perspective, distincte. Ce qui correspond au Droit de la Directive communautaire de **2013**

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel

La seconde perspective, économique, est différente de la première.

Dans ce cas, le réutilisateur qui par ailleurs paie pour accéder à la matière première **privée** n'a pas de raison de ne pas payer pour accéder à la matière première **publique** puisque qu'il ne partage pas la finalité de celui qui en est dépositaire

On peut aller plus loin

Qu'est-ce qu'une donnée publique ? = élément d'un édifice

Édifice futur (celui que fera le « réutilisateur »). Il est indifférent à son caractère « public »

Edifice passé (celui qu'a fait la Nation, l'Etat, la « jurisprudence »). Son caractère public est essentiel pour celui qui est son dépositaire (jurisprudence)

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel

En cela, les données publiques sont des créations continuées (Bergson)

Par exemple : le Code civil (Carbonnier)

Rapport Lévy-Jouyet : Recommandation n° 12 : aider à la diffusion, notamment internationale, des créations françaises.

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel

Aujourd'hui, **pourquoi** concevoir encore

- **d'un côté** par la technique des licences Open Data la diffusion gratuite des données publiques au bénéfice d'opérateurs qui n'ont pas souci du bien commun,
- **de l'autre côté** par la technique de la propriété intellectuelle classique des licences fermées l'accès contrôlé des constructeurs d'objets économiques nouveaux et profitables aux matières premières immatérielles que l'Etat, comme les autres opérateurs, produit ?

**Pourquoi ?**

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel

Le Droit de la Régulation a montré la **pesanteur de la distinction « Droit public / Droit privé »**. Peut-être est-ce la cause ? Et non le lobby des sociétés aval dans la chaîne de valeur

Lorsque la richesse immatérielle est **d'origine privée**, elle est dite « richesse créée », accessible pour contrat synallagmatique (apport à celui qui cède)

Lorsqu'elle est **d'origine publique** et collective (jurisprudence), elle serait à tout le monde, c'est-à-dire à quiconque par prérogative légale sans contrepartie alors qu'il n'est pas usager du service

**Sinon, pourquoi ?**

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel



Il faut s'appuyer sur les recommandations 11 et 12 du Rapport Lévy-Jouyet et **ne plus les lire d'une façon successive mais comme un tout**, en sortant du carcan implicite et qui n'a pas lieu d'être entre le public et le privé.

**Recommandation n° 11**, relue à la lumière de l'économie du numérique : « Si un usager veut accéder à une donnée publique dont la personne publique est créatrice ou dépositaire, son droit d'accès gratuit et efficace doit lui être garanti, au besoin par le moyen médiat d'une réutilisation par un tiers »

**Recommandation n° 12**, relue à la lumière de l'économie du numérique : « Si une personne autre qu'un usager veut réutiliser un jeu de données même publiques dont la personne même publique est créatrice ou dépositaire, un contrat de licence permet de préserver l'équilibre des intérêts des parties prenantes ».

- Recommandation n° 11 du Rapport Lévy-Jouyet
- Influence de la loi de 1978 sur l'accès aux documents administratifs
- Trace encore aujourd'hui : l'Ordonnance du 17 mars 2016 de transposition de la directive du 23 juillet 2013 sur la réutilisation des données publiques modifie le Code des relations entre l'administration et les usagers

- I. La « Licence Open Data », expression du droit d'accès à ce qui est à tout le monde et qui est pourtant intouchable
  - A. Le principe initial de l'accès aux données publiques : l'amélioration du service rendu à l'utilisateur
    - 1. Le point de départ technique : l'accès par l'administré à des informations qui le concerne

- Recommandation n° 11 du Rapport Lévy-Jouyet
- = Rendre les informations non seulement « quérables » mais « portables » par la technologie
- Repris par la loi *pour une République numérique*

- I. La « Licence Open Data », expression du droit d'accès à ce qui est à tout le monde et qui est pourtant intouchable
  - A. Le principe initial de l'accès aux données publiques : l'amélioration du service rendu à l'utilisateur

2. Adoption d'un principe politique nouveau d'ouverture des données publiques

- Le principe est **politique**
  - Démocratie, participation, transparence
    - G8, adoption en 2016 d'une *Charte pour l'ouverture des données publiques*
- I. La « Licence Open Data », expression du droit d'accès à ce qui est à tout le monde et qui est pourtant intouchable
  - A. Le principe initial de l'accès aux données publiques : l'amélioration du service rendu à l'utilisateur
- 2. Adoption d'un principe politique nouveau d'ouverture des données publiques

## Rapport Lévy-Jouyet :

- 1° le financement de la construction des données et de leur accès relève de l'intendance (publicité pour Légifrance)
- 2° le but du dispositif est l'accès par l'utilisateur (pas la réutilisation par un tiers pour qu'il en fasse un usage selon sa fonction d'utilité

I. La « Licence Open Data »,  
expression du droit d'accès à ce qui  
est à tout le monde et qui est  
pourtant intouchable

A. Le principe initial de l'accès aux  
données publiques : l'amélioration  
du service rendu à l'utilisateur

2. Adoption d'un principe politique  
nouveau d'ouverture des données  
publiques

- 1° Les initiatives privées :  
Les « licences libres »  
(*Creative Commons*), par  
exemple conçues par l'*Open  
Knowledge Foundation*
  - Pour les bases de données,  
la ODBL
- 2° La licence conçue par le  
gouvernement français après  
la concertation Etalab : la  
Licence Ouverte (L.O.)

I. La « Licence Open Data »,  
expression du droit d'accès à ce qui  
est à tout le monde et qui est  
pourtant intouchable

B. La concentration du droit sur les  
seules modalités de l'accès gratuit à  
l'ensemble des données publiques : les  
licences Open Data

1. Les initiatives privées et  
gouvernementales

- 1° Directive communautaire du 26 juin 2013 révisant la directive de 2003 *concernant la réutilisation des informations du secteur public*
  - Abandon du pouvoir discrétionnaire de l'administration
  - Insertion d'un « droit » du tiers à réutiliser la donnée
  - Ratio legis : « l'innovation »
  - Droit économique pur
- I. La « Licence Open Data », expression du droit d'accès à ce qui est à tout le monde et qui est pourtant intouchable
- B. La concentration du droit sur les seules modalités de l'accès gratuit à l'ensemble des données publiques : les licences Open Data
- 2. La reprise par les normes juridiques européennes et française

- 2° Coupé- collé dans l'Ordonnance du 17 mars 2016 qui l'insère dans un Code ne correspondant pas au changement de *ratio legis*
  - 3° Communication de la Commission Européenne du 24 juillet 2014 : *Orientation sur les licences-type recommandées, les ensembles de données et la tarification de la réutilisation des documents*
    - I. La « Licence Open Data », expression du droit d'accès à ce qui est à tout le monde et qui est pourtant intouchable
    - B. La concentration du droit sur les seules modalités de l'accès gratuit à l'ensemble des données publiques : les licences Open Data
2. La reprise par les normes juridiques européennes et française



Communication de la Commission Européenne du 24 juillet 2014 : *Orientation sur les licences-type recommandées, les ensembles de données et la tarification de la réutilisation des documents*

- Ce document pose la doctrine de la Commission Européenne : la réutilisation des données publiques par quiconque est de l'intérêt de tous, il faut donc la favoriser systématiquement
- Affirme la convergence de tous les intérêts (l'intérêt général étant l'addition de tous les intérêts particuliers)
- Le but n'est plus l'accès aux données ; le but est l'accès pour la réutilisation : le but est la réutilisation pour l'innovation, la fabrication d'autre chose. Le but n'est plus politique, il est économique
- Principe de gratuité ou de tarification au coût marginal

Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel

- La « licence Open Data » est un **Janus** (critique de **Michel Vivant** sur son principe même)
- Grand succès sur sa face d'accès libre accès à la matière première précieuse et gratuite pour construire des objets rentable sans rapport avec la finalité poursuivie par le dépositaire initial
- Echech sur sa face de contrainte dans l'usage
- **Qui s'en étonnera ?**

II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »

A. La fragilité intrinsèque du principe d'accès gratuit été de l'aubaine avec contraintes

1. Succès et échec des licences Open Data

- L'ouverture des données publiques est présentée comme un « progrès en soi », un « progrès en bloc »
- Ce n'est pas ce que dit le Rapport Lévy-Jouyet
- Le Rapport Lévy-Jouyet ne vise que l'ouverture en principe gratuite des données publiques pour les usagers du service public

II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »

A. La fragilité intrinsèque du principe d'accès gratuit été de l'aubaine avec contraintes

2. L'articulation des contradictions par le mécanismes même des licences Open Data

Le Rapport Lévy-Jouyet ne vise que l'ouverture pour les usagers du service public

- On présente aujourd'hui la disponibilité gratuite et à tous pour tout faire comme un bien en soi :
- **Rapport Trojette** 2013, qui regrette qu'il y ait encore des exceptions à la gratuité
- « Livre blanc » Benjamin Jean, 2015 : « données libérées »
- *Loi pour une République Numérique*

II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »

A. La fragilité intrinsèque du principe d'accès gratuit été de l'aubaine avec contraintes

2. L'articulation des contradictions par le mécanismes même des licences Open Data

- Mais le droit ôte à la personne publique tout contrôle sur la finalité à laquelle la donnée sert et pourtant ce qu'elle reçoit en contrepartie correspond à une tarification d'accès à une infrastructure essentielle
- 22. De la directive 2013 : tarification de la redevance au coût marginal (qui vise le coût du « service public »)

II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »

A. La fragilité intrinsèque du principe d'accès gratuit été de l'aubaine avec contraintes

2. L'articulation des contradictions par le mécanismes même des licences Open Data

- Contradictions
  - Investissement de la personne publique dont le but est de servir le public
  - Pas d'investissement de l'utilisateur de la matière première (définition juridique du « parasitisme »)
  - Raisonnement qui voudrait si l'utilisateur poursuit la même finalité et si l'on était dans une perspective de « service public »
  - Cela n'est pas le cas.
- II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »
- A. La fragilité intrinsèque du principe d'accès gratuit été de l'aubaine avec contraintes
2. L'articulation des contradictions par le mécanismes même des licences Open Data

- Quid de l'objectif d'innovation ?
- **L'innovation produite par le tiers intéressé finit par produire du bien-être social**
- L'Etat sacrifie sa richesse pour permettre cet accroissement finalement collectif
- Considérants de la directive européenne
- Même quand le tiers n'appartient pas à l'Union européenne ?
- N'est-on pas alors dans la « politique industrielle » ?
- Laquelle n'existe pas en Europe

II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »

A. La fragilité intrinsèque du principe d'accès gratuit été de l'aubaine avec contraintes

**2. L'articulation des contradictions par le mécanismes même des licences Open Data**

**Concevoir juridiquement l'ouverture du patrimoine public immatériel**

- Les différentes sortes de « licences Open Data » ne visent qu'**abstraitement** les usages
  - Interdiction de modifier la donnée (de la dénaturation)
  - Obligation d'indiquer la source
  - Mais **aucune information ou contrainte sur l'usage fait de la donnée par le « réutilisateur »**
  - Or, secteur : rapport Transport »

II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »

**B. L'excessive abstraction du système des licences Open Data**

1. Un Droit des licences Open Data indifférent aux usages auxquels le réutilisateur de la donnée publique la destine



- Tout le Droit de la Régulation consiste à essayer de répartir les investissements et les profits dans la chaîne de valeurs de la production au produit fini distribué au consommateur final
  - Analogie si frappante avec le nouveau « principe » de l'« Open Internet » qui bénéficie aux opérateurs aval, les producteurs de la matière première concrétisant gratuitement un « droit d'accès » de l'internaute
- II. Ce que révèle le système juridique actuel des « licences Open Data »
- B. L'excessive abstraction du système des licences Open Data
2. Un Droit indifférent à la répartition des profits répartis entre les acteurs de la chaîne de valeur, de la matière première précieuse à l'objet économique fini rentable

- Analogie si frappante avec le nouveau « principe » de l' « Open Internet » qui bénéficie aux opérateurs aval, les producteurs de la matière première concrétisant gratuitement un « droit d'accès » de l'internaute
- C'est le même auteur, Laurence Lessig, qui a pensé l'Open Internet et l'Open Dat, les Licences Open data et les Licences légales.
- Au grand profit des géants du numérique qui vivent sur l'aval de la chaîne de valeur

Il faut s'appuyer sur les recommandations 11 et 12 du Rapport Lévy-Jouyet et ne plus les lire d'une façon successive mais comme un tout, en sortant du carcan implicite et qui n'a pas lieu d'être entre le public et le privé.

Recommandation n° 11, relue à la lumière de l'économie du numérique : « si un usager veut accéder à une donnée publique dont la personne publique est créatrice ou dépositaire, son droit d'accès gratuit et efficace doit lui être garanti, au besoin par le moyen médiat d'une réutilisation par un tiers »

Recommandation n° 12, relue à la lumière de l'économie du numérique : « si une personne autre qu'un usager veut réutiliser un jeu de données, même publique dont une personne même publique est créatrice ou dépositaire, il faut favoriser cette démarche de diffusion par un contrat de licence permet de préserver l'équilibre des intérêts des parties prenantes ».