



HAL
open science

Les données scientifiques au prisme du dispositif open data

Agnès Robin

► **To cite this version:**

Agnès Robin. Les données scientifiques au prisme du dispositif open data. Communication - Commerce électronique, 2017, 9 (étude 14), pp. 7-14. hal-01845205

HAL Id: hal-01845205

<https://hal.umontpellier.fr/hal-01845205v1>

Submitted on 8 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Étude 14

Agnès Robin

*Maître de conférences HDR en Droit privé à l'Université de Montpellier
Directrice du master 2 Droit de la propriété intellectuelle et TIC de la Faculté de Droit
de Montpellier
Membre de l'Équipe de Recherche Créations immatérielles et Droit (ERCIM – UMR
5815)*

Les données scientifiques au prisme du dispositif *open data*

En étendant le dispositif d'ouverture des données publiques aux données produites ou issues des institutions universitaires et des établissements de recherche, le législateur n'a pas nécessairement mesuré l'inadéquation des règles dites de l'*open data* au contexte de la recherche scientifique. La présente étude a donc pour objet d'étudier l'application des règles du Code des relations entre le public et de l'administration aux données scientifiques sous l'angle de leur diffusion et de leur réutilisation, ainsi que d'en comprendre l'articulation avec les règles du Code de la propriété intellectuelle et du Code de la recherche.

1. La loi n° 2016-1321 pour une République numérique (LRN), adoptée le 7 octobre 2016¹, aura des effets inattendus dans le secteur de la recherche scientifique, effets qui ne manquent pas d'interroger la communauté des chercheurs², ainsi que les responsables des services juridiques des établissements de recherche. Rappelons que la LRN vient compléter un arsenal législatif ancien, celui de la loi CADA n° 78-753 du 17 juillet 1978, modifié par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques et par la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015, dite « loi Valter », relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public³, ces deux lois constituant les dispositifs de transposition des directives de 2003 (PSI I)⁴ et de 2013 (PSI II)⁵. L'ensemble du dispositif « données publiques » est aujourd'hui contenu dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) (Livre III) et contient trois séries de règles applicables aux personnes chargées d'une mission de service public : la première est relative au droit d'accès et de communication des documents administratifs, la deuxième s'intéresse à la diffusion des documents administratifs, et la troisième concerne la réutilisation des informations publiques.

1 JO, 8 oct. 2016.

2 V. en ce sens, C. Castets-Renard et N. Gandon, « Open data des données de la recherche publique : entre réformes législatives et retour d'expérience sur un guide pratique à destination des chercheurs », *Legicom*, n° 56, 2016/1, pp. 67-75.

3 JO 29 déc. 2015.

4 PE et Cons. UE, dir. 2003/98/CE, 17 nov. 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *JOUE* 31 déc. 2003, n° L 345, p. 90.

5 Directive PE et Cons. UE, 2013/37/UE, 26 juin 2013 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *JOUE* 27 avr. 2013, n° L175, p.1.

2. Jusqu'à la réforme opérée par la loi Valter en 2015, la réutilisation des informations scientifiques se situait en dehors du champ d'application du dispositif « données publiques ». La loi CADA, modifiée par l'ordonnance de 2005, aménageait, en effet, une exception qui, sans exclure les établissements et institutions d'enseignement et de recherche de l'application des principes de diffusion des documents administratifs, leur laissait néanmoins la liberté de fixer eux-mêmes les conditions de leur réutilisation⁶. Bien que cette suppression résulte de la loi de 2015 et non de la LRN, son actualité se trouve néanmoins revigorée par l'adoption de la LRN qui renforce l'obligation de réutilisation des données. Ainsi, prévoit-elle par exemple que les administrations ne peuvent plus désormais se prévaloir de leur droit *sui generis* à l'encontre d'une demande de réutilisation des informations publiques contenues dans une base de données (art. L. 321-3 CRPA). Transposée au secteur de la recherche scientifique, cette règle pourrait avoir pour effet de remettre en cause les droits acquis par les établissements de recherche et les universités sur leurs bases de données scientifiques, par exemple et alors même que la reconnaissance de ces droits constitue les leviers importants de leur mission de valorisation des résultats de la recherche scientifique.

3. Peu explicitée dans les débats parlementaires et très peu discutée⁷, l'inclusion des établissements et institutions d'enseignement et de recherche dans le dispositif « données publiques » aurait éventuellement pu s'autoriser d'arguments rationnels. Tout d'abord, on aurait pu souligner le caractère spécial des règles issues du Code de la recherche par rapport au CRPA et concevoir un principe d'articulation comme cela fut fait à propos des informations à caractère environnemental (art. L. 124-1 C. env.). À défaut, l'on aurait pu supposer que le législateur venait combler un supposé manque d'ambition des établissements et institutions de recherche ou faciliter encore davantage les initiatives de diffusion ou de réutilisation des résultats de la recherche. À l'inverse, l'on aurait pu arguer que, déjà chargés d'une telle mission par ailleurs, la politique des établissements ne pouvait que se trouver en conformité avec le dispositif plus général « données publiques », ne justifiant plus alors le maintien du régime dérogatoire. En effet, comme nous l'avons déjà souligné dans une précédente étude⁸, et ainsi que nous le préciserons à nouveau plus loin, les établissements ont été précurseurs dans la mise en œuvre de cette politique⁹, qu'il s'agisse du volet « diffusion » ou du volet « réutilisation » du dispositif. Si les objectifs du Code de la recherche paraissent similaires au dispositif « données publiques », c'est en tout cas en dehors de ce dernier que les équilibres entre diffusion et valorisation des résultats

6 L'article 11 de l'ordonnance 6 juin 2005 disposait que : « Par dérogation au présent chapitre, les conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées sont fixées, le cas échéant, par les administrations mentionnées aux a et b du présent article lorsqu'elles figurent dans des documents élaborés ou détenus par : a) Des établissements et institutions d'enseignement et de recherche ; b) Des établissements, organismes ou services culturels ».

7 L'on mentionnera néanmoins la réaction du sénateur H. Portelli lors des débats qui présidèrent, en commission mixte paritaire, à l'adoption de la loi Valter de 2015, Rapport relatif au projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, fait au nom de la commission des lois, n° 93 (2015-2016), 21 oct. 2015.

8 A. Robin, « Le patrimoine scientifique de l'État, un patrimoine immatériel en quête de statut », *Comm. com. électr.*, n° 10, oct. 2014, étude n° 18, pp. 13-18.

9 C'est la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France (JO 16 juillet 1982) qui pose les principes liés à la diffusion, à la valorisation et de la recherche. - V. E. Vergès, « La loi sur l'innovation et la recherche, une révolution douce du droit de la recherche ? », in A. Robin (dir.), *L'innovation et la recherche en France. Analyse juridique et économique*, Larcier, 2010, p. 20.

scientifiques avaient cependant été trouvés, compte tenu du caractère spécifique des données produites, du travail réalisé par les agents publics et enfin des structures qui les emploient.

4. Non requise par la directive PSI II (art. 1.2, e)¹⁰, la suppression a, en réalité, été justifiée, d'un même revers de main¹¹, par le fait qu'elle permettait « d'affirmer un régime juridique ambitieux en harmonisant les règles applicables aux administrations centrales et aux établissements publics administratifs »¹². Il faut hélas se contenter de cela. Si l'on ne peut être que favorable à la mise en place d'une politique de science ouverte¹³, encore convient-il de le faire en n'ignorant pas l'écosystème de la recherche scientifique (règles, usages, pratiques, institutions) et les besoins spécifiques qui sont les siens¹⁴. La loi « Valter », renforcée par la LRN, a donc peut-être rompu ces équilibres que l'on se trouve donc contraint aujourd'hui de repenser au prisme des règles du dispositif « données publiques » devenu le socle de droit commun de l'ouverture des données. Aussi, reprenant les deux grands axes du dispositif les plus concernés par le secteur de la recherche scientifique¹⁵, l'on constatera alors, d'une part, la redondance de l'obligation de *diffusion* lorsqu'elle a pour objet les données scientifiques (I), et d'autre part, l'inadéquation du principe de libre *réutilisation* des informations publiques au contexte spécifique de valorisation de la recherche (II).

I. Diffusion des données scientifiques : la redondance du dispositif « données publiques »

5. Si, en application du CRPA, elle prend la forme d'une obligation pour les administrations de toutes sortes, elle consiste en revanche en une mission pour les établissements et institutions d'enseignement et de recherche (A), en particulier

10 La directive, qui contient encore l'exception, autorisait cependant les États membres à aller au-delà du socle partagé permettant ainsi l'extension du champ d'application de la directive aux établissements d'enseignement et de recherche.

11 La suppression de l'exception relative aux établissements culturels, davantage discutée, aura certainement emporté avec elle l'exception relative aux établissements de recherche.

12 Étude d'impact, Projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, 29 juill. 2015, p. 9. D'une manière très générale, « cet alignement favorise également le développement de l'innovation et la création de nouveaux services en apportant une plus grande sécurité juridique aux réutilisateurs ».

13 Qui couvre en réalité des concepts multiples : ouverture des données, des standards, des licences, de l'accès et de l'exploration, v. CNRS, Direction de l'Information Scientifique et Technique, Livre Blanc. Une science ouverte dans une République numérique, mars 2016.

14 Provoquant d'ailleurs, à juste titre, le mécontentement de certains organismes de recherche qui évoquent un régime incohérent et inadapté aux besoins des chercheurs, v. CNRS, Direction de l'Information Scientifique et Technique, Livre Blanc. Une science ouverte dans une République numérique, préc.

15 Le droit d'accès et de communication, qui ne sera donc pas traité dans le cadre de cette étude, peut s'avérer utile en cas de recherches biomédicales par exemple. Mais, l'ouverture des données de santé a donné lieu à l'adoption d'une loi propre au domaine de la santé (loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JO 27 janv. 2016), dont l'objectif est d'utiliser au mieux les potentialités des données de santé dans l'intérêt de la collectivité, tout en assurant le respect des principes à valeur constitutionnelle de protection de la santé, de confidentialité des données personnelles sensibles et du respect de la vie privée des personnes (Exposé des motifs, Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé).

lorsque les connaissances scientifiques prennent la forme de données ou de bases de données (B).

A. De l'obligation à la mission de diffusion

6. La diffusion n'a pas le même objet, selon qu'elle est mise en œuvre par les administrations en général ou par les établissements de recherche. Les premières ont ainsi l'obligation de diffuser des documents administratifs (1), les seconds ont pour mission la diffusion des connaissances scientifiques (2).

1. L'obligation de diffusion des données (et bases de données) par les administrations

7. Le volet « diffusion » du dispositif « données publiques » comporte deux niveaux de dispositions : l'un prévoit que les administrations *peuvent* diffuser les documents administratifs qu'elles produisent ou reçoivent (art. L. 312-1 CRPA), l'autre *contraint* les administrations, à certaines conditions, à diffuser, d'une part, les données mises à jour de façon régulière, dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental et, d'autre part, les bases de données mises à jour de façon régulière, qu'elles produisent ou qu'elles reçoivent et qui ne font pas l'objet d'une diffusion publique par ailleurs (art. L. 312-1-1 CRPA). Issues de la LRN, ces dispositions ont eu pour effet d'accroître la liste des d'objets susceptibles de donner lieu à diffusion et ne plus faire du seul document administratif « l'alpha et l'oméga » du dispositif « données publiques ». La radicalité du dispositif s'observe justement à l'endroit de ces nouveaux objets.

8. Étant plus précises que les dispositions générales du Code de la recherche, les dispositions du CRPA, qui complètent ainsi les premières, imposent de vérifier que les conditions d'application qu'elles contiennent sont remplies lorsqu'est en cause la diffusion de données et de bases de données scientifiques. Tout d'abord, précisons que, en vertu de l'article L. 312-1-1 du CRPA, l'obligation de diffusion des données et bases de données concerne l'ensemble des administrations telles que définies par l'article L. 300-2 du CRPA (anc. art. 1^{er}, L. n° 78-753, 17 juill. 1978) qui définit la notion de document administratif comme « les documents publics produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. (...) »¹⁶. Néanmoins, compte tenu de la lourdeur que peut représenter la mise en place de l'obligation de diffuser, celle-ci ne s'applique pas, par exception, aux collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants, ni aux personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret¹⁷. Ensuite, l'article L. 312-1-1 du CRPA conditionne l'obligation par le fait que les documents concernés, c'est-à-dire les documents administratifs, doivent déjà exister sous une

16 La dernière catégorie prend tout son sens également dans le domaine de la recherche, avec la présence des sociétés d'accélération de transfert de technologies (SATT) qui assurent, pour le compte des établissements, le transfert des résultats de la recherche vers le secteur privé.

17 D. n° 2016-1922 du 28 déc. 2016 (art. 1er) : « Le seuil prévu à l'article L. 312-1-1 est fixé à 50 agents ou salariés exprimé en équivalents temps plein ».

forme exploitable¹⁸, aujourd'hui électronique, dans la mesure où le mode de diffusion est expressément prévu pour s'inscrire dans l'environnement numérique¹⁹.

9. Deux limites, dont l'application est forte dans le domaine scientifique²⁰, enserrnent cependant l'obligation de diffusion. La première est expressément prévue par l'article L. 312-1-1 du CRPA qui dispose que la diffusion des données ou des bases de données ne peut avoir lieu que sous réserve des secrets variés et énumérés par ailleurs par les articles L. 311-5 et L. 311-6 du CRPA. Parmi les nombreuses hypothèses de secret énumérées par la loi, deux en particulier intéressent de près les établissements publics de recherche scientifique : le secret de la défense nationale²¹ et le secret industriel et commercial. Si le premier est défini en dehors du cadre légal « données publiques » (art. 413-9 C. pén.), l'autre est en revanche circonscrit par le CRPA (CRPA, art. L. 311-6, 1^o)²² dont les termes, sans être aussi précis, rejoignent la catégorie des secrets d'affaires tels que définis aujourd'hui par la directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites²³. Telle qu'interprétée par la CADA, la notion de secret industriel et commercial peut couvrir, sur le fond, des informations à caractère financier et commercial²⁴, mais également des données à caractère scientifique et technique²⁵.

10. La seconde limite tient au fait que certains documents peuvent être objets d'un droit de propriété littéraire et artistique. Cette limitation, qui ne figure pas à l'article L. 312-1-1 du CRPA, est exprimée par les dispositions plus générales relatives au droit

18 CE, 27 septembre 1985, *Ordre des avocats de Lyon c/ Bertin*, n° 56543. Cette exigence rejoint celle qui consiste par ailleurs à conditionner le droit à communication des documents administratifs au fait qu'ils préexistent sous une forme communicable.

19 « Les administrations (...) publient en ligne les documents administratifs suivants : (...) » (art. L. 312-1-1 CRPA).

20 Ces hypothèses de réservation privative (secret et propriété littéraire et artistique) ne sont en effet pas théoriques dans le domaine de la recherche scientifique. S'agissant du droit de propriété littéraire et artistique, les objets susceptibles de protection sont nombreux (thèses, mémoires, logiciels, bases de données) et l'attribution des droits variée (établissements et/ou partenaires ou chercheurs). L'attribution des droits résulte alors de l'application articulée des articles L. 111-1, alinéa 1er et L. 111-1, alinéa 4 du CPI, de l'article L. 131-3-1, alinéa 1er du CPI et, en matière de logiciels, de l'article L. 113-9 du CPI.

21 Aujourd'hui, ce domaine est vaste, car les secteurs scientifiques et techniques dont les applications sont susceptibles d'intéresser la Défense nationale n'ont cessé de s'élargir au cours du XXe siècle et dépassent le domaine traditionnel de la physique et de la chimie. Sont également concernés la science de l'électronique, de l'informatique, de l'aéronautique, du nucléaire, etc.

22 Le secret industriel et commercial comprend « le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles ».

23 JOUE 15 juin 2016, n° L 157, p. 1. Sur cette définition, v. A. Robin, « Secret d'affaires et liberté d'expression : l'exercice d'équilibre de la directive », *Rev. Lamy Dr. civ.*, n° 144, janv. 2017, pp. 41-46.

24 CADA, Avis n° 20124947, 24 janv. 2013, *Centre National d'Études Spatiales (CNES, centre spatial guyanais)*.

25 CADA, Avis n° 20114352, 17 nov. 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement* : la seconde partie d'un mémoire consacré à l'interprétation des données collectées et présentées dans la première partie, ne peut être communiquée car dévoilant les résultats de sa recherche et son savoir-faire. La commission estime donc que cette seconde partie est protégée par le secret en matière commerciale et industrielle. V. aussi, CADA, Avis n° 20113125, 26 juill. 2011, *Ministre de l'Agriculture, de l'alimentation, de la pêche, de la ruralité et de l'aménagement du territoire*.

à communication (art. L. 311-4 CRPA)²⁶, mais dont on peut penser qu'elles trouvent également à s'appliquer pour la diffusion des documents contenant des données ou des bases de données. En effet, ne précisant aucune règle d'articulation entre les différents corps de règles (comme c'est le cas, en revanche, en matière de réutilisation²⁷), le silence de la loi dans le chapitre consacré à la diffusion, ne saurait, à notre sens, être interprété comme faisant obstacle à l'application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Cette interprétation peut s'autoriser des termes employés à l'article L. 311-4 du CRPA qui vise non seulement la communication mais aussi la « publication » des documents.

2. La mission de diffusion des connaissances scientifiques par les établissements et institutions publics d'enseignement supérieur et de recherche

11. Cette distinction entre document administratif et les données et bases de données est propre au dispositif « données publiques » : on ne la retrouve pas dans les dispositions du Code de la recherche qui est centré sur la diffusion de l'information elle-même, en l'occurrence, les connaissances scientifiques quels que soient la forme de leur expression ou leur support de communication. Dans la mesure où elle est neutre²⁸ et organique²⁹, la notion de document administratif peut cependant sans difficulté couvrir les documents contenant des connaissances scientifiques, dès lors qu'ils sont détenus ou reçus par les institutions ou établissements publics d'enseignement et de recherche. À condition de préexister en tant que tel³⁰, comme on l'a vu plus haut, l'on peut aisément concevoir qu'un cahier de laboratoire (ou un carnet de recherche) consignait l'ensemble des résultats scientifiques liés, par exemple, à un projet de recherche, soit considéré comme un document administratif³¹. De même, la CADA a-t-elle pu estimer, à l'occasion d'une demande de conseil, que les publications et les parutions acquises par un établissement de recherche ou d'enseignement dans le but d'être mises à disposition des chercheurs ou encore la documentation constituée par les agents de l'établissement au titre de leurs recherches, seraient éligibles à la qualification de documents administratifs³². Selon la Commission, il convient cependant d'exclure les collections de documents d'origine privée qualifiables de « littérature grise », constituées par les établissements ou

26 « Les documents administratifs sont communiqués ou publiés sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique ».

27 V. *infra*, n° 24.

28 Elle n'est pas réservée à un type de document administratif ou à un type d'administration en particulier et elle n'est pas cantonnée à un support technologique spécifique.

29 Elle renvoie à l'organe qui détient les documents (personnes morales de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public).

30 Pour quelques exemples d'application de cette exigence dans le domaine scientifique, V. CADA, Avis n° 20134348, 21 nov. 2013, *Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS 75)* : « sont regardées comme des documents administratifs existants, les informations qui sont contenues dans des fichiers informatiques et peuvent en être extraites par un traitement automatisé d'usage courant ». Pour un refus de communication en raison du fait que les fichiers visés par la demande effectuée dans un objectif scientifique, auraient imposé à l'administration un travail considérable de constitution de bases de données anonymes, ce que matériellement elle ne pouvait accomplir, v. CADA, Avis n° 20083074, 31 juill. 2008, *Recteur de l'Académie de Paris*.

31 Car permettant à la fois d'apporter la preuve de la paternité des résultats d'une recherche, le plus souvent, partenariale, et d'assurer une meilleure conservation et traçabilité du patrimoine scientifique de l'État, v. A. Robin, « Le cahier de laboratoire : instrument de preuve privilégié des contrats de recherche », *Propriété ind.*, n°11, oct. 2011, Étude 16, pp. 8-14.

32 CADA, Conseil n° 20150673, 21 mai 2015, *Bibliothèque de l'Institut français d'archéologie orientale (IFAO)*.

institutions de recherche et d'enseignement sur la base d'acquisitions, de dons ou d'échanges, dans la mesure où les documents ne peuvent pas être considérés comme des archives publiques au sens de l'article L. 211-4, a) du Code du patrimoine, et alors même qu'ils entreraient dans le domaine public mobilier de l'établissement en application des dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques.

12. Par ailleurs, la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France³³ avait défini les missions de la recherche publique, comme étant : « *le développement et le progrès de la recherche dans tous les domaines de la connaissance ; la valorisation des résultats de la recherche ; la diffusion des connaissances scientifiques ; la formation à la recherche et par la recherche* » (art. 14 ; art. L. 112-1 C. rech.). C'est ensuite à l'occasion de la réforme opérée par la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006³⁴ (art. 12 ; art. L. 112-1 C. rech.) que le texte fut augmenté de la mission de « *partage des connaissances scientifiques* »³⁵. La réforme issue de la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 a encore sophistiqué la mission de diffusion et de partage des connaissances scientifiques en ajoutant que le partage et la diffusion des connaissances scientifiques devaient se faire « *en donnant priorité aux formats libres d'accès* » et en créant une nouvelle mission (qui sont désormais au nombre de cinq) : « *l'organisation de l'accès libre aux données scientifiques* » (loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013, art. 16 ; art. L. 112-1 C. rech.). En outre, il sera observé que l'article L. 111-2 du Code de la recherche contient le principe selon lequel les recherches menées en sciences de l'homme et de la société ont pour objectif de faciliter le dialogue entre science et société. Quel que soit le domaine disciplinaire, l'heure est donc également, dans le secteur de la recherche scientifique, à la transparence et à l'ouverture des données, informations et connaissances scientifiques. Compte tenu de l'absence de contradiction, l'application du dispositif « *données publiques* », en tant que droit commun de l'ouverture des données, devrait, du point de vue de la *diffusion* des connaissances scientifiques, s'accommoder des dispositions antérieures du Code de la recherche. L'on pourrait dire même que les décisions rendues sur le fondement du CRPA (ou de la loi CADA) ou les avis donnés par la CADA, sont de nature à préciser utilement les conditions et les effets de diffusion des connaissances scientifiques.

13. Toutefois, l'une des spécificités du secteur public de la recherche scientifique doit être prise en compte. Si la mission de service public qu'est la diffusion des données, constitue bien une obligation statutaire pour les agents publics qui la remplissent (chercheurs, enseignants-chercheurs, ingénieurs de recherche, etc.), elle n'en demeure pas moins soumise au libre-arbitre de ces derniers qui, seuls, doivent être à même de décider des modalités de mise à disposition des résultats de leurs travaux, ainsi que les jeux de données qui y sont éventuellement associés. Ce libre-arbitre peut certainement s'autoriser de la liberté de recherche que la loi consacre à travers la liberté d'expression et de communication (art. L. 952-2 C. éduc.)³⁶. Bien qu'il ne soit

33 JO 16 juill. 1982.

34 JO 19 avr. 2006.

35 En y étant ainsi associée, la mission de partage était, par conséquent, distinguée de celle de diffusion des connaissances scientifiques. Ce faisant, le législateur avait certainement pris acte de la diversité des modes de communication scientifique.

36 « Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité ». V. égal.

fondé que sur des règles « elliptiques » et « peu prescriptives »³⁷, la communauté scientifique peut se prévaloir du principe dont certains auteurs considèrent d'ailleurs qu'il s'étend à l'investigation elle-même³⁸. La question pourrait donc se poser de savoir si cette liberté autoriserait les chercheurs à choisir les formats de diffusion et de publication de leurs résultats, et des données afférentes. Dans la mesure où les programmes européens et nationaux de recherche conditionnent aujourd'hui le financement des recherches à une diffusion ouverte (archives publiques par exemple), la liberté de la recherche semble en réalité limitée par des considérations économiques. Elle n'en demeure pas moins réelle. Ainsi que l'observe le professeur Ch. Fortier, la reconnaissance d'une telle liberté est remarquable « en ce qu'elle vise des agents publics, qui comme tels pourraient être soumis, avec les autres fonctionnaires à l'obligation de réserve »³⁹. La liberté traduit ce que ne connaissent pas les autres administrations, justifiant précisément qu'on ait pu obliger ces dernières à davantage de transparence et d'ouverture en imposant la diffusion de leur documentation, données et bases de données. De même et surtout, l'obligation faite aux administrations de diffuser leurs données et bases de données s'explique par le fait que leur diffusion n'est pas l'objectif premier de la constitution des documents reçus ou produits par elles. Il n'en est pas de même des établissements publics de recherche dont la mission est précisément, entre autres, de diffuser les connaissances scientifiques, quelle que soit la forme qu'elles empruntent⁴⁰. Leur imposer cette diffusion une seconde fois relève presque de la coquetterie.

Enfin, il faut également préciser qu'une ouverture démesurée des données scientifiques, c'est-à-dire sans considération des intérêts propres à la recherche scientifique, pourrait avoir pour conséquence de porter gravement atteinte aux engagements de la France en matière de protection de la biodiversité.⁴¹ Les textes prévoient, en effet, qu'un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques doit être prévu par les législations nationales⁴² et que l'accès aux ressources génétiques en vue de leur utilisation est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause du pays d'origine qui fournit lesdites ressources (art. 6.1, Protocole de Nagoya).

B. Des données aux bases de données

14. L'obligation de diffusion applicable à l'ensemble des administrations, y compris donc les établissements ou institutions d'enseignement supérieur et de recherche,

reconnaissant « la liberté d'expression et de communication dans l'enseignement et la recherche », Cons. constit., déc. n° 94-345 DC, 29 juill. 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française (*Consid.* 22).

37 S. Mouton, « Les fondements constitutionnels de la liberté de la recherche », in *Qu'en est-il du droit de la recherche ?* (dir. J. Larrieu), LGDJ/PU Toulouse 1 Capitole, 2008, pp. 93-111.

38 Ch. Fortier, « La liberté du chercheur public », in *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, *op. cit.*, pp. 113-129, sp. p. 121.

39 Passim.

40 Données, bases de données, inventions, œuvres scientifiques (thèses, mémoires, rapports, etc.).

41 Convention sur la diversité biologique, 1992 ; Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, relatif à la convention sur la diversité biologique, 2010. Pour une analyse plus fouillée, v. la thèse de A. Rey, *Le traitement de l'information génétique par le droit. L'exemple de l'information liée à la biodiversité*, Montpellier, 2017.

42 V. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JO 9 août 2016.

varie dans ses modalités d'application selon que les objets sont des données (1) ou des bases de données (2)

1. Les données présentant un intérêt économique, social, sanitaire et environnemental

15. Sous réserve du secret et lorsque les documents sont disponibles sous la forme électronique, les administrations doivent publier en ligne les données mises à jour de façon régulière, dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental (art. L. 312-1-1, 4^o CRPA). Bien que la notion de donnée scientifique n'ait pas fait l'objet d'une définition légale⁴³, l'on peut raisonnablement soutenir qu'elle ne peut être cantonnée à tel ou tel domaine scientifique et qu'elle puisse donc présenter tour à tour ces caractéristiques. À suivre la définition proposée dans l'étude d'impact du projet de loi LRN, les données de la recherche sont considérées comme « des données factuelles issues d'observations, d'enquêtes, de corpus, d'archives, d'expériences ou d'analyses computationnelles, enregistrées sous tout format et sur tout support dans une forme brute ou après avoir été traitées ou combinées, et sur lesquelles se fondent les raisonnements du chercheur et qui sont jugées nécessaires à la validation des résultats de la recherche »⁴⁴. Cette définition se distingue de celle, plus ancienne, de l'OCDE⁴⁵ par l'effort louable de synthèse dont elle fait preuve. Elle rejoint néanmoins son aînée sous deux aspects au moins. D'une part, seules les données « brutes » ou « données de base » sont visées comme le montre l'utilisation de l'adjectif « factuel ». D'autre part, les données concernées sont celles qui servent à la validation des résultats d'une recherche scientifique. Si l'on peut approuver le premier élément de définition relatif au caractère brut des données, c'est-à-dire les données non travaillées (non calibrées, non interprétées et *a fortiori* non mises en forme), l'on sera en revanche plus réservé sur la fonction de validation qui leur est attribuée. Les données de base — comprenant d'ailleurs également les métadonnées —, jouent un rôle évident non pas seulement dans la *validation*, mais d'une manière générale, dans l'*obtention* des résultats scientifiques⁴⁶. L'on retrouve

43 Seule la notion de « donnée » est officiellement définie comme « élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué », Arrêté du 22 déc. 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JONC* 17 janv. 1982, p. 624.

44 Projet de loi pour une République numérique, Étude d'impact, 9 déc. 2015, p. 49, n. 31.

45 « Enregistrements factuels (chiffres, textes, images et sons), qui sont utilisés comme sources principales pour la recherche scientifique et sont généralement reconnus par la communauté scientifique comme nécessaire pour valider les résultats de la recherche. Un ensemble de données de recherche constitue une représentation systématique et partielle du sujet faisant l'objet de la recherche. Ce terme ne s'applique pas aux éléments suivants : carnets de laboratoire, analyses préliminaires et projets de documents scientifiques, programmes de travaux futurs, examens par les pairs, communications personnelles avec des collègues et objets matériels (par exemple, les échantillons de laboratoire, les souches bactériennes et les animaux de laboratoire tels que les souris). L'accès à tous de ces produits ou résultats de la recherche est régi par d'autres considérations que celles abordées ici », OCDE, *Principes et lignes directrices de l'OCDE pour l'accès aux données de la recherche financée sur fonds publics*, 2007, p. 18.

46 Ceci est d'autant plus vrai dans le contexte actuel du *big data*, c'est-à-dire de production en masse de données, rendue possible dans le domaine scientifique grâce à des systèmes puissants de captation de données (capteurs électroniques, satellites, etc.) ou de séquençage. La production en masse de données a provoqué de nouvelles formes de raisonnement et d'analyse : des hypothèses originales naissent de l'analyse des données elles-mêmes (le matériau fait émerger l'hypothèse, *resource driven*), ouvrant une approche alternative au mode traditionnel d'analyse scientifique où l'hypothèse pilote la collecte du matériau permettant de la valider ou de l'invalider (l'hypothèse est vérifiée grâce au matériau, *hypothesis driven*). Sur la question, v. Ch. Bonneuil, « Le siècle du gène », in *Histoire des sciences et des savoirs*, t. 3, Ch. Bonneuil et D. Pestre (sous la dir.), Seuil, Paris, 2015, pp. 304 s.

d'ailleurs cette neutralité fonctionnelle dans l'expression utilisée par la LRN elle-même qui vise, sans les définir, les « données issues d'une activité de recherche » (L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 30, auj. art. L. 533-4 II C. rech.).

16. Compte tenu de ce qui précède, et sous réserve des hypothèses de réservation privative couvrant les documents contenant les données, les établissements de recherche scientifique se trouvent donc soumis, en vertu du CRPA, à l'obligation de diffusion des données scientifiques qu'ils produisent ou qu'ils reçoivent, sauf à aménager cette diffusion compte tenu du respect dû à la protection des données personnelles. Il faut également réserver le cas des données à caractère environnemental qui, comme les données de santé⁴⁷ et les données géographiques⁴⁸, sont soumises à des dispositions légales spéciales suite à la conclusion de la Convention Aarhus de 2001 et de l'adoption de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement⁴⁹. Définies par l'article L. 124-2 du Code de l'environnement, les données à caractère environnemental sont soumises au principe général de diffusion, le CRPA étant considéré comme le régime de droit commun, applicable sous réserve des dispositions spéciales (art. L. 124-1 C. env.).

2. Les bases de données

18. Les bases de données, mises à jour de façon régulière, produites ou reçues par les administrations et qui ne *font pas l'objet d'une diffusion publique par ailleurs*, doivent également être publiées en ligne (art. L. 312-1-1, 3° CRPA). L'obligation de diffusion ne peut donc trouver à s'appliquer lorsque les documents font déjà l'objet d'une diffusion publique, ce qui relève du bon sens (si les documents administratifs sont déjà accessibles au public, l'obligation de diffusion se trouve dénuée d'objet). L'une des missions des établissements de recherche étant la diffusion et le partage des connaissances sous la forme de publications scientifiques dans les revues ou les ouvrages, l'on peut gager que la condition de non-diffusion soit difficile à remplir, y compris s'agissant de bases de données dont la publication est aujourd'hui assurée par le biais des *data papers*⁵⁰. La question devient même, d'une certaine manière, absurde. Mais étant la conséquence de l'application du dispositif « données publiques » au secteur de la recherche scientifique, elle se doit d'être formulée : la publication d'une base de données à travers une revue payante (par abonnement ou par achat), mais accessible dans une bibliothèque universitaire, constitue-t-elle une diffusion publique au sens de l'article L. 312-1-1, 3° CRPA ? Il est permis de le penser,

47 V. art. L. 1111-7 C. santé publ.

48 Dir. n° 2007/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne (INSPIRE), *JOUE* n° 25 avr. 2007, L108/1 et ord. n° 2010-1232 du 21 oct. 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement, *JO* 22 oct. 2010.

49 Directive transposée en droit interne par la loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (*JO* 27 oct. 2005) et complétée par la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (*JO* 14 juin 2006).

50 Un *data paper* consiste dans le fait de publier un ou plusieurs jeux de données brutes de manière à le rendre lisible et réutilisable, notamment à l'aide d'informations précises, appelées métadonnées. Il est publié sous forme d'un article examiné par les pairs dans une revue scientifique classique, soit via une plateforme de stockage et d'édition de données (ex. HumaNum). V. L. Dedieu, « Rédiger et publier un data paper dans une revue scientifique en 5 points », Montpellier, CIRAD, 2014 : <http://url.cirad.fr/ist/data-paper> (page consultée le 5 juin 2017).

ce qui permet de dire alors que les bases de données ne seraient pas soumises à l'obligation de diffusion, si elles le sont déjà par les voies classiques ou modernes de publication des résultats de la recherche scientifique.

19. Par ailleurs, les bases de données peuvent elles-mêmes être soumises à un droit de propriété intellectuelle (droit d'auteur ou droit *sui generis* sur les bases de données) qui serait susceptible d'entraver sa diffusion en raison de la nécessité d'obtenir l'autorisation du titulaire de droits. Tout d'abord, le texte est silencieux à l'égard des droits de propriété intellectuelle. Il n'en prévoit ni l'éviction, ni n'en organise l'articulation⁵¹. En outre, l'interdiction d'invoquer le droit *sui generis* sur une base de données n'est prévue qu'au chapitre relatif à la réutilisation des informations publiques. Il ne concerne donc pas la question de la diffusion. Dès lors, la diffusion de la base de données se trouve conditionnée par l'accord du titulaire des droits qui peut être, par application du droit *sui generis* sur les bases de données (not. art. L. 341-1 CPI), l'établissement de recherche lui-même (en sa qualité de producteur de la base) ou du chercheur lui-même par application du droit d'auteur. C'est d'ailleurs bien en raison de l'existence potentielle de droits de propriété intellectuelle sur les bases de données, que la LRN a introduit dans le Code de la propriété intellectuelle une nouvelle exception (exception dite de « Text and Data Mining ») au monopole d'exploitation des titulaires de droits d'auteur et de droits *sui generis* sur les bases de données, permettant aux autres chercheurs de fouiller des textes et données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique à l'exclusion de toute finalité commerciale (art. L. 122-5, 10° CPI et art. L. 342-3, 5° CPI⁵²).

II. Réutilisation des données scientifiques : l'inadéquation du dispositif « données publiques »

20. Ce sont surtout les dispositions relatives à la réutilisation des données qui traduisent l'inadéquation du dispositif « données publiques » aux données scientifiques. C'est ici l'information publique contenue dans le document administratif qui se trouve saisie par le principe de libre réutilisation. Les données scientifiques peuvent donc être aisément qualifiées d'informations publiques, dès lors qu'elles sont contenues dans un document administratif produit ou reçu par un établissement public⁵³. Or, le principe de libre réutilisation des informations publiques est difficilement conciliable avec les missions des établissements publics de recherche en raison de la finalité qu'il poursuit (A). Il est au demeurant d'application limitée du fait de la prise en compte des droits des tiers (B).

A. La réutilisation finalisée

51 Le raisonnement mené pour les droits de propriété littéraire et artistique peut donc être, à notre sens, reconduit ici, *supra*, n° 10.

52 L'on ne retrouve pas l'exigence de recherche publique dans la disposition applicable au droit *sui generis* sur les bases de données. Y est simplement précisé que la fouille doit être menée « dans un cadre de recherche » (art. L. 342-3, 5° CPI). Ne relevant pas du dispositif « données publiques », cette nouvelle exception au droit d'auteur et au droit *sui generis* des bases de données ne sera pas traitée dans le cadre de cette chronique.

53 Art. L. 321-1 CRPA. V. A. Robin, « Le patrimoine scientifique de l'État : un patrimoine immatériel en quête de statut », *Comm. com. électr.* n°10, oct. 2014, étude n°18, pp. 13-18.

21. La réutilisation des informations publiques, qui est autorisée sous réserve du respect d'un certain nombre de conditions par ailleurs classiques⁵⁴, emporte que le public pourra librement réutiliser les informations publiques, *dès lors que celles-ci servent d'autres fins* que celles pour lesquelles les documents administratifs dans lesquels elles sont contenues, ont été produits ou reçus (art. L. 321-1, al. 1^{er} CRPA) (1). Ajoutant à la complexité en raison du fait que la disposition ne relève pas du dispositif « données publiques », la réutilisation des données scientifiques a par ailleurs été précisée par la LRN (2).

1. La valorisation des résultats de la recherche par les établissements et institutions publics d'enseignement supérieur et de recherche

22. Afin de savoir quelles autres finalités peuvent servir la réutilisation des informations publiques, il y a lieu tout d'abord de déterminer la mission pour laquelle les documents administratifs ont été reçus ou produits par l'administration considérée. Mais, face à l'impossibilité de déterminer, de façon générale, les finalités du service public, il faut circonscrire, dans chaque cas, le domaine du service public concerné⁵⁵. À se référer aux dispositions contenues dans le Code de la recherche, qui fixent le cadre général de la politique nationale et des politiques régionales de la recherche et du développement technologique, la recherche scientifique vise à « 1° Accroître les connaissances ; 2° Partager la culture scientifique, technique et industrielle ; 3° Valoriser les résultats de la recherche au service de la société. (...) ; 4° Promouvoir la langue française comme langue scientifique » (art. L. 111-1 C. rech.)⁵⁶. Sur le plan législatif, la loi du 22 juillet 2013 dite « loi Fioraso » relative à l'enseignement supérieur et à la recherche⁵⁷, suivie de l'ordonnance du 17 février 2014 modifiant la partie législative du Code de la recherche⁵⁸, a été l'occasion de préciser, de clarifier et d'orienter l'activité de valorisation des établissements publics de recherche et d'enseignement⁵⁹. L'ordonnance de 2014, quant à elle, ouvre un nouveau livre dans le Code de la recherche (Livre V), exclusivement consacré à « La valorisation des résultats de la recherche et le transfert de technologie en direction du monde économique et des associations et fondations, reconnues d'utilité publique » qui permet de regrouper des textes nouveaux relatifs à la valorisation ou de regrouper

54 Art. L. 322-1 et s. CRPA (absence d'altération ou de dénaturation des informations publiques, mention de leurs sources, date et mises à jour, respect des dispositions relatives à la protection des données personnelles, etc.).

55 *Op. cit.*, n° 74.

56 Ces dispositions doivent en outre être complétées par celles relatives précisément aux missions des établissements publics de recherche. Ainsi, l'article L. 112-1 du C. rech. prévoit-il aujourd'hui que les établissements publics ont pour mission le développement et le progrès de la recherche dans tous les domaines de la connaissance, la valorisation des résultats de la recherche, le partage et la diffusion des connaissances scientifiques ; le développement d'une capacité d'expertise et d'appui aux associations et fondations reconnues d'utilité publique et aux politiques publiques pour répondre aux défis sociétaux, aux besoins sociaux, économique et du développement durable, la formation à la recherche et par la recherche et enfin, l'organisation de l'accès libre aux données scientifiques.

57 Précitée n° 22.

58 *JO* 18 févr. 2014.

59 La loi de 2013 prévoit, en effet, que « La politique nationale de la recherche et du développement technologique vise à (...) 3° Valoriser les résultats de la recherche au service de la société. À cet effet, elle s'attache au développement de l'innovation, du transfert de technologie lorsque celui-ci est possible, de la capacité d'expertise et d'appui aux associations et fondations, reconnues d'utilité publique, et aux politiques publiques menées pour répondre aux défis sociétaux, aux besoins sociaux, économiques et du développement durable (...) » (art. 14, mod. art. L. 111-1 C. rech.).

ceux qui se trouvaient éparpillés dans le précédent dispositif. Cette restructuration du Code confirme indéniablement la volonté de faire de la valorisation un objectif essentiel de la politique de la recherche publique⁶⁰.

23. Ainsi, la réutilisation des informations publiques, au sens du CRPA, et dans le contexte du service public scientifique, ne pourra dès lors être mise en œuvre qu'à condition qu'elle serve d'autres fins que celles assignées à la recherche scientifique pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus. Le raisonnement peut ainsi confiner à l'absurde dès lors que la mission des institutions ou établissement d'enseignement et de recherche consiste *précisément* dans le fait de valoriser les résultats de la recherche, c'est-à-dire d'en organiser le transfert en direction du secteur marchand et d'en permettre ainsi, à certaines conditions, la réutilisation⁶¹. Non équivalentes, les notions de valorisation et de réutilisation, renvoient cependant à des activités, en réalité, similaires et répondent à des objectifs identiques : fluidifier la circulation des données publiques afin d'en irriguer le tissu socio-économique et favoriser le développement d'initiatives privées. L'on retrouve d'ailleurs la même ambiguïté dans les deux systèmes concernant les modalités de mise en œuvre de la réutilisation. Car, si le principe de gratuité est mis en avant par le dispositif « données publiques », la réutilisation des informations publiques par le biais des licences d'exploitation, générant ainsi des revenus substantiels pour les administrations⁶², rejoint les modalités de classiques de valorisation des résultats de la recherche scientifique. Même la directive « PSI II », qui admet le principe des redevances calculées sur la base des coûts marginaux⁶³ en contrepartie de la réutilisation des informations publiques, prévoit-elle que les administrations peuvent fixer ces redevances au-delà des coûts marginaux lorsqu'il s'agit de ne pas « entraver le fonctionnement normal des organismes du secteur public qui sont tenus de générer des recettes destinées à couvrir une partie substantielle de leurs coûts liés à l'exécution de leurs missions de service public ou des coûts afférents à la collecte, à la production, à la reproduction et à la diffusion de certains documents mis à disposition à des fins de réutilisation » (*Consid.* 22 ; art. 6). La comptabilisation des frais de valorisation des actifs immatériels dans le domaine de la recherche entre évidemment dans cette catégorie, en ce qu'elle tient compte des dépenses de recherche, puis de développement, comprenant le coût lié au personnel (coût du chercheur environné), à l'achat de matériel et consommables, aux droits d'enregistrement (par exemple brevets)⁶⁴. Si la diffusion gratuite des connaissances scientifiques doit être privilégiée, elle ne s'oppose pas à ce que des actions de valorisation contre rémunération soient menées et comptabilisées en tant qu'actifs immatériels.

60 Sur cette question, v. A. Robin, « Recherche collaborative : techniques, évolution et perspectives », *RLDI*, août-sept. 2014, n° 3570, pp. 104-110.

61 La valorisation peut être définie comme « l'acte consistant à mettre en valeur les résultats scientifiques produits par les acteurs de la recherche scientifique publique par le biais de mécanismes de publication et/ou de réservation privative (propriété intellectuelle ou secret) produisant des effets dans la sphère économique par leur exploitation dans le secteur privé », « La valorisation. Définition dans le contexte de la recherche scientifique », in *Droit, sciences et techniques : des concepts aux régimes*, sous la dir. E. Vergès, *Revue Lex Electronica*, Montréal, 2017, pp. 138-152.

62 M.-A. Trojette, *Ouverture des données publiques : les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, *Rapport au Premier ministre*, juill. 2013.

63 Les coûts marginaux renvoient aux coûts de reproduction, de mise à disposition et de diffusion (Dir. n° 2013/37/UE, 26 juin 2013, art. 6, 1°).

64 V. not. APIE, *La comptabilisation des frais de R & D*, Ministère des finances et des comptes publics, Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, janv. 2016. La règle générale applicable est donc celle, non pas du coût marginal, mais du coût réel de la recherche.

24. L'inadéquation du dispositif peut, en outre, être constatée à travers l'application de l'article L. 321-3 CRPA selon lequel les droits des administrations « ne peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que ces administrations publient en application du 3° de l'article L. 312-1-1 du présent code ». Ce texte qui anticipe une décision rendue par le Conseil d'État (mais sous l'empire des dispositions antérieures)⁶⁵, a ainsi pour objectif et pour effet de neutraliser l'application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives au droit d'auteur ou au droit *sui generis* sur les bases de données. Le problème provient de ce que la reconnaissance et l'attribution des droits de propriété intellectuelle aux établissements de recherche sur leurs bases de données, loin d'être un obstacle, constituent même un puissant levier dans l'exercice de la mission de valorisation des résultats de la recherche, en particulier lorsqu'il s'agit de négocier les conditions d'exploitation des résultats de la recherche par les opérateurs privés⁶⁶. Leur mise en œuvre, qui résulte de l'application croisée du Code de la recherche et du Code de la propriété intellectuelle, est elle-même entérinée par les juridictions tant sur les questions de contrefaçon⁶⁷, que sur celles relatives à la rémunération des agents publics de la recherche⁶⁸.

2. La libre réutilisation des données issues de la recherche

25. Une disposition de la LRN⁶⁹ vient heureusement (mais involontairement) rectifier le tir et limiter quelque peu les effets de cette contradiction. Transposée dans le Code de la recherche cette fois (C. rech., art. L. 533, II), celle-ci prévoit en effet que les données issues d'une recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne peuvent être librement réutilisées, à la double condition de ne pas être protégées *par un droit spécifique* ou une réglementation particulière et d'avoir été rendues publiques par le chercheur, l'établissement ou l'organisme de recherche. Ainsi, lorsque la recherche est financée par des fonds majoritairement publics, la réutilisation des données de la

65 Cons. État, 8 fév. 2017, 10ème et 9ème ch. réunies, n° 389806, *Sté NotreFamille.com c/ Conseil général de la Vienne* : *JurisData* n° 2017-002336.

66 La question dépasse largement l'hypothèse du brevet d'invention, mais concerne aussi bien les bases de données, les logiciels, etc. V. A. Robin, « La valorisation. Définition dans le contexte de la recherche scientifique », préc. Note 59 ; « Créations immatérielles et technologies numériques : la recherche en mode open science », *Propri. intell.*, n° 48, juill. 2013, pp. 260-270 ; « Recherche collaborative : techniques, évolution et perspectives », préc. Note 58 ; « La réservation des résultats de l'activité scientifique : les virtualités de la propriété intellectuelle », *Cah. Droit, Sciences et Technologies*, CNRS Ed., 2009, pp. 215-235. V. égal. N. Bronzo, *Propriété intellectuelle et valorisation des résultats de la recherche publique* (préf. D. Velardocchio), PUAM, 2015.

67 V. la condamnation d'une société qui avait procédé à une extraction substantielle de données issues d'une compilation de poèmes réalisée par l'Université de Freiburg-en-Brisgau, CJUE, 9 oct. 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH c/Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, *Rec. CJCE* 2008, I, p. 07565.

68 Les agents publics bénéficient en effet d'une prime d'intéressement aux produits tirés par la personne publique de l'exploitation et de la valorisation de leurs travaux, D. n° 96-858 du 2 oct. 1996, art. 1er. Pour une application de la règle, V. not. Cons. État, 22 juill. 2013, 4e et 5e ss-sect. réunies, n°345867, *Dendien c/ CNRS*, *JurisData* n° 2013-010138 ; Pr. ind. n° 10, oct. 2013, comm. 76, note N. Bouche ; A. Robin, *Cah. Droit Sciences et Technologies*, OpenEdition/PUAM, n° 4, 2014, pp. 251-258, sp. 256.

69 Cette disposition constitue l'expression légale d'une recommandation de la Commission européenne relative aux informations scientifiques, v. *Reco. CE*, 17 juill. 2012 relative à l'accès aux informations scientifiques et à leur conservation, C (2012) 4890 final.

recherche est libre sauf si elle est protégée par un droit spécifique. L'existence d'un droit spécifique, expression qui renvoie dans le contexte de la recherche scientifique à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, peut être invoquée soit par le chercheur ou l'établissement, même si les données ont fait l'objet d'une diffusion.

26. Trois observations méritent cependant d'être faites. Tout d'abord, le terme « diffusion » n'est pas très clair : doit-il s'entendre d'une diffusion large (public) ou l'application de la disposition peut-elle se contenter d'une diffusion à une communauté de chercheurs par le biais de plateformes numériques dont l'accès est, selon les cas, plus ou moins réservé ? D'autre part, le droit spécifique dont il est question ne devrait trouver à s'appliquer qu'aux bases de données (droit *sui generis* ou droit d'auteur) ou aux œuvres scientifiques (droit d'auteur), et non aux données scientifiques elles-mêmes, sauf à être considérées comme des créations intellectuelles elles-mêmes.⁷⁰ Enfin, si l'invocation d'un droit de propriété intellectuelle est ici autorisée, qu'en est-il lorsque les données sont le fruit de recherches financées majoritairement sur des fonds d'origine privée ? C'est à cette question que répondent peut-être les dispositions mentionnant « le droit des tiers »⁷¹.

B. La réutilisation limitée

27. Le principe de libre réutilisation des données souffre, en outre, deux exceptions d'importance⁷². Sont ainsi, entre autres⁷³, exclues de la définition d'informations publiques celles sur lesquelles des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle (1) et celles produites ou reçues par les administrations dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial⁷⁴ (art. L. 321-2 CRPA) (2).

1. Les droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers

28. L'inapplication du principe de réutilisation en raison de l'existence de droits détenus par des tiers⁷⁵ peut constituer un frein important à la mise en œuvre du dispositif « données publiques » aux données scientifiques. Deux hypothèses au moins sont

70 Cette hypothèse doit être envisagée malgré la définition de la notion de donnée proposée plus haut. Les données de recherche peuvent, en effet, dans certains domaines, être constituées de textes, images ou encore interviews (linguistique, télédétection, systèmes d'information géographique, etc.).

71 V. *infra*, n° 28 s.

72 Il s'agit ici d'exceptions et non de limites, dans la mesure où la loi dénie à ces informations le caractère d'informations publiques : « Ne sont pas considérées comme des informations publiques, pour l'application du présent titre, les informations (...) ».

73 L'article L. 321-2 du CRPA vise également les informations « dont la communication ne constitue pas un droit pour toute personne en application du titre Ier ou d'autres dispositions législatives, sauf si ces informations font l'objet d'une diffusion publique conforme aux prescriptions des articles L. 312-1 à L. 312-1-2 ».

74 S'ils sont soumis à l'application des dispositions relatives à la communication et à la diffusion des documents administratifs, les services publics à caractère industriel et commercial qui ne sont pas exclus de la définition des administrations au sens de l'article L. 300-2 CRPA, ne subissent pas l'application de celles relatives à la liberté de réutilisation.

75 Étant précisé que les administrations ne peuvent raisonnablement elles-mêmes être considérées comme les « tiers ». En ce sens, v. M. Cornu, « Ouverture des données : les trompe-l'œil de la loi », *D. IP/IT*, 2016, p. 515 ; T. Azzì, « Open data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique », *D.* 2017, n°11, pp. 583-592, n° 29.

concernées par l'exception : les inventions brevetables d'une part, et les résultats scientifiques obtenus dans le cadre d'une recherche partenariale, d'autre part.

29. En matière d'inventions brevetables, le document contenant et décrivant l'invention, en ce qu'il est détenu et produit par un service administratif qu'est l'Institut National de la Propriété Industrielle, peut sans aucun doute être qualifié de document administratif au sens de l'article L. 300-2 du CRPA soumis à une obligation de diffusion. La diffusion est au demeurant assurée par l'INPI à travers la publication du Registre National des Brevets⁷⁶. Et de cela, on pourrait déduire que les informations qu'il contient sont des informations publiques en application de l'article L. 321-1 du CRPA. Toutefois, précisément parce qu'elle est couverte par un droit de propriété intellectuelle (brevet) détenu par un tiers, l'information contenue dans le document, l'invention, ne saurait être qualifiée d'information publique et ne peut donc être soumise au principe de libre réutilisation que veut précisément empêcher le monopole d'exploitation pendant la durée qui la sienne. Au-delà du terme, l'on pourrait cependant se demander si l'information a vocation à devenir une information publique au sens du CRPA. La question n'est pas absurde puisque les informations publiques sont celles qui sont contenues dans les documents administratifs produits ou *reçus* par l'administration dans le cadre de sa mission de service public. Bien qu'insatisfaisante au plan logique, la réponse serait cependant *a priori* négative, l'invention étant considérée comme appartenant au domaine public et de ce fait, soumise, à l'échéance du terme, au régime juridique des choses communes (art. 714 C. civ.).

30. Les contrats de partenariat, qui stipulent le plus souvent des clauses de copropriété sur les résultats issus de la recherche-développement commune, peuvent également aboutir à la neutralisation du principe de libre réutilisation. Cette exception est d'ailleurs expressément envisagée par la loi s'agissant des bases de données. Ainsi, l'article L. 321-3 prévoit-il que « *sous réserve des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, les droits des administrations (...) ne peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que ces administrations publient en application du 3° de l'article L. 312-1-1 du présent code* » (nous soulignons). Dès lors, et malgré le principe « il est interdit d'interdire » la réutilisation de bases de données sur le fondement d'un droit de propriété intellectuelle (droit d'auteur et/ou droit *sui generis* sur les bases de données), la présence de tiers dans la production des bases de données peut, à condition que ces derniers détiennent des droits sur celles-ci, avoir pour effet de permettre aux établissements de revenir sur le principe. Cette limitation est corroborée par l'article L. 533, II du Code de la recherche, même dans l'hypothèse où, issues d'une recherche partenariale, les données seraient issues d'une recherche financée sur des fonds majoritairement publics, puisque nous avons vu le Code de la recherche ménageait également dans ce cas l'existence d'un droit spécifique.

2. Les bases de données produites ou reçues par les établissements publics à caractère industriel et commercial

31. L'autre exception ayant pour effet de limiter l'application du principe de libre réutilisation des données scientifiques est celle qui écarte les établissements publics à caractère industriel et commercial du principe de libre réutilisation des informations publiques contenues dans des bases de données. Il s'agit ainsi de préserver les

⁷⁶ Sur la question, v. P. Durand et K. Fonseca Tinoco, « L'ouverture des données de l'INPI », in L'ouverture des données publiques, *Legicom*, n° 56, 2016/1, pp. 77-85.

intérêts des établissements à caractère industriel et commercial, soumis aux impératifs de concurrence et, de ce fait, peu enclins à subir l'application du principe de réutilisation de leurs informations. La règle se lit à l'article L. 321-3, alinéa 2 CRPA et renvoie à l'article L. 300-2, alinéa 1^{er} CRPA qui contient la définition des établissements publics. Si les établissements à caractère industriel et commercial sont considérés comme des établissements publics à part entière pour l'application du dispositif « données publiques », ils sont donc, par dérogation, exonérés des obligations relatives à la réutilisation des informations publiques. La règle de prohibition qui interdit à une administration de se réserver l'utilisation d'une base de données sur le fondement du droit *sui generis* (art. L. 321-3, al. 1^{er} CRPA) n'est donc pas applicable aux bases de données produites ou reçues par les administrations qui exercent une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence. Rapportée au domaine de la recherche scientifique, la règle permet ainsi aux établissements de recherche qui assurent une mission de service public à caractère industriel ou commercial, tels que l'INRA ou le Cirad⁷⁷, de choisir les modalités de diffusion et de valorisation de leurs abondantes bases de données.

32. Il y a lieu de regretter l'insertion du secteur de la recherche dans le volet « réutilisation » du dispositif « données publiques ». Si, sur l'aspect « diffusion », l'on pouvait déjà relever la redondance du dispositif « données publiques », l'application du principe de libre réutilisation aux données scientifiques oblige à des raisonnements contorsionnistes qui confinent à l'absurde, révélant ainsi sa profonde inadéquation au secteur de la recherche. L'exclusion avait un sens : la réutilisation des données scientifiques, et au-delà des résultats de l'activité scientifique, était déjà organisée par les lois de programmation de la recherche scientifique depuis plus de trente ans avant que ne soient adoptées la loi Valter et la LRN. L'on peut cependant relativiser les effets de l'inconséquence du législateur. Espérons, d'une part, que le Conseil d'État s'autorisera à faire du Code de la recherche une loi spéciale en regard du CRPA et à ne pas faire du droit commun, un droit « complet ». Rappelons, d'autre part, que les nombreuses exceptions qui émaillent le dispositif « données publiques » permettent en tout état de cause de retrouver, au prix de raisonnements dont on aurait voulu se passer, les équilibres que l'on aurait pu croire perdus.

Mots-Clés : Open data – Données scientifiques – Valorisation de la recherche scientifique - Loi n° 2016-1321, 7 oct. 2016

⁷⁷ La charte du Cirad reconnaît expressément la valeur potentielle des bases de données constituées à partir de ses résultats : « *l'obtention des résultats peut donner lieu à l'utilisation ou à la collecte de données qui représentent une certaine valeur et dont la circulation doit être contrôlée. En effet, l'émergence de nouveaux types de diffusion numérique, qui favorisent la constitution de réseaux scientifiques nourris des résultats des membres, constitue un mode non négligeable de valorisation des résultats. Les travaux de génomique constituent un cas particulier, pour lequel le Cirad conciliera la nécessité de participer rapidement aux réseaux et la nécessité de garder une avance par rapport aux autres équipes de recherche* ».