

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Le pourvoi marque l'acmé de la croisade que mène, depuis 2009, la société Notrefamille.com, editrice du site de généalogie en ligne www.genealogie.com, contre le département de la Vienne afin d'obtenir le droit de réutiliser son fonds d'archives d'état-civil. Plus largement, il permettra de trancher deux débats juridiques relatifs au droit de réutilisation des informations publiques. L'un est rétrospectif et concerne la question de savoir si la faculté dérogatoire autrefois ouverte aux « services culturels » de fixer les conditions de réutilisation des informations qu'ils produisent allait jusqu'à leur permettre de limiter drastiquement le droit à réutilisation. L'autre est toujours d'actualité et consiste à déterminer si les administrations publiques peuvent opposer le droit de propriété qu'elles estimeraient détenir sur des informations librement communicables pour faire échec à leur réutilisation en principe prévue par la loi.

Le litige qui pose ces questions a pour point de départ une délibération du 18 décembre 2009 par laquelle le département de la Vienne a entendu régir les conditions de réutilisation par des tiers des archives publiques détenues par ses archives départementales. Sa délibération interdit expressément l'extraction sous forme de fichiers numériques complets, en vue d'une réutilisation, du contenu de la base de données de documents d'état civils numérisés et indexés dont il est propriétaire.

Cette délibération de portée générale a été adoptée par le département en réaction au cas particulier de la société Notrefamille.com, qui l'a saisi de demandes répétées tendant à obtenir le droit d'aspirer, à l'aide d'un logiciel dit *web crawler*, ou robot d'indexation, le contenu de la base réalisée par le département pour en indexer automatiquement les éléments sur le site internet à vocation commerciale www.genealogie.com. C'est à ce type d'usage uniquement que la délibération s'oppose, puisqu'elle autorise par ailleurs, d'une part, la réutilisation commerciale à partir de copies des documents faites en salle de lecture ou à partir du site internet du département, d'autre part, la réutilisation à partir des fichiers numériques uniquement dans les cas où elle est « nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public » en précisant qu'elle serait alors gratuite et effectuée dans le cadre d'une convention précisant les limites de la réutilisation ». Après avoir tenté de négocier avec le département une interprétation neutralisante de la délibération, la société Notrefamille.com a demandé au département de bien vouloir l'abroger. Par une lettre du 1^{er} juillet 2010, le directeur général des services départementaux a opposé à cette demande un refus, que la société a attaqué sans succès devant le tribunal administratif de Poitiers et la CAA de Bordeaux. L'arrêt juge se fonde, en substance, sur la combinaison des articles 10 et 11 de la loi dite CADA, relatifs à la

réutilisation, et sur l'article L. 341-2 du code de la propriété intellectuelle, relatif aux droits des producteurs de bases de données, pour juger que le service culturelle des archives départementales pouvait refuser la réutilisation du contenu de la base de données dont il est propriétaire.

Commençons par le droit commun de la réutilisation. Depuis l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, transposant, pour ce qui nous occupe, la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003, le chapitre II de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, désormais codifié au titre II du livre III du code des relations entre le public et l'administration, régit les conditions de réutilisation des informations publiques. Le principe, posé à l'article 10 de la loi repris à l'article L. 321-1 du code, est que les informations figurant dans des documents administratifs libres d'accès « peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus ». Comme il se doit, cette règle connaît aussi des exceptions. Certaines, posées à l'article 10 de la loi et reprises à l'article L. 321-2 du code, sont de portée générale : ne sont pas réutilisables les informations couvertes par un secret (sauf diffusion publique), les informations produites ou reçues dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel et commercial, et les informations **sur lesquelles des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle**. D'autres, initialement posées à l'article 11 de la loi et abrogées depuis 2015, de sorte qu'elles ne sont pas reprises par le code, sont spécifiques à deux catégories d'administrations publiques – les établissements et institutions d'enseignement et de recherche (a) et les établissements, organismes ou **services culturels** (b) – et leurs permettaient de fixer pour leurs documents des règles de réutilisation dérogatoires au droit commun.

Précisons que les archives publiques sont, du moins quand le délai de protection prévu par le code du patrimoine est expiré, soumises à ces dispositions. Telles sont du moins l'interprétation constante de la CADA, la position unanime des cours administratives d'appel qui ont eu à connaître de la question et l'intention sans équivoque du législateur lorsqu'il a entendu clarifier l'articulation entre code du patrimoine et loi du 17 juillet 1978. Il ne fait pas doute non plus que les services d'archives départementaux sont des services culturels au sens de l'article 11¹.

Venons-en à l'article L. 341-2 du code de la propriété intellectuelle relatif aux droits des producteurs de bases de données. Il est issu de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998, transposant la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996. En vertu de ces dispositions, le producteur d'une base de données dispose de droits étendus sur cette dernière, lui permettant d'interdire notamment l'extraction de la totalité ou d'une partie substantielle de son contenu et la réutilisation, par la mise à la disposition du public, de telles données. Il s'agit d'un droit *sui generis*, car les conditions mises au droit de propriété intellectuelle classique, notamment celle d'originalité de l'œuvre, ne sont pas exigées.

Par une décision CE, 14 septembre 2015, *Société Notrefamille.com*, n° 389806, T. p., vous avez refusé dans ce litige de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur cet article L. 341-2 du code de la propriété intellectuelle. Comme elle le soutient et contrairement

¹ La directive de 2003, qui précise qu'elle ne s'applique pas aux services culturels, cite à ce titre les services d'archives (au f du 2 de l'article 1^{er}). Et c'est sur cette inapplicabilité du socle minimal obligatoire aux établissements culturels que le législateur s'est appuyé pour imposer à ces derniers une version seulement dégradée du droit à réutilisation qu'il consacrait pour le reste. Ce faisant, nous n'avons pas de doute qu'il a donné à l'expression « établissements culturels » le même sens que la directive.

à ce que pense le département, cette décision, rendue au motif que cet article se bornait à transposer les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive sans mettre en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France², ne dicte en rien la solution au fond : que l'article appliqué par la cour au litige transpose une directive n'implique pas qu'elle ait eu raison de l'appliquer.

Contrainte d'articuler cet article avec le régime de réutilisation issu de la loi CADA, la cour a fait le raisonnement suivant : « un service culturel producteur d'une base de données peut interdire la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de cette base de données en faisant état des droits que lui confère l'article L. 341-2 du code de la propriété intellectuelle ».

C'est cette position, qui était aussi celle du tribunal administratif, mais qui n'était pas conforme à la doctrine constante de la CADA (v. not., pour un résumé, le conseil 20155079 du 19 novembre 2015, *Secrétariat d'Etat chargé du numérique*, portant sur le projet de loi pour une République numérique) que le moyen central du pourvoi estime entachée d'erreur de droit.

Trois arguments plaident avec force dans le sens des requérants.

Premièrement, l'article 10 de la loi n° 78-17 du 17 juillet 1978, en faisant sortir du champ de la libre réutilisation des « informations figurant dans des documents produits ou reçus par les administrations mentionnées à l'article 1^{er} [Etat, CL, autres personnes de droit public, personnes de droit privé chargées d'une telle mission], quel que soit le support », les informations contenues dans des documents « sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle », n'a entendu viser, contrairement à ce que soutient le département, que les droits détenus par des tiers à l'administration. Cette lecture est corroborée par celle de la directive du 17 novembre 2003 que l'article transpose et qui a la même formulation : or ces termes sont explicités dans le considérant liminaire 22 de la directive, qui distingue bien, d'une part, les droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, qu'elle n'affecte pas du tout, d'autre part, d'éventuels droits de propriété intellectuelle détenus par l'administration, dont elle n'affecte pas, nous y reviendrons « l'existence ou la titularité ». Cette lecture est seule de nature enfin à donner un sens aux dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978, relatives à la tarification par les administrations de la réutilisation dans le cadre d'une licence, et qui prévoient que, pour l'établissement de la redevance, l'administration qui a produit ou reçu les documents contenant des informations publiques susceptibles d'être réutilisées peut inclure dans l'assiette de la redevance une rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle. Si l'article avait entendu exclure du champ de la réutilisation les informations grevées de droits de propriété intellectuelle de l'administration, alors l'article 15 serait dépourvu d'objet.

Deuxièmement, l'article 11 de la loi qui, dans l'état du droit applicable, permettait « Par dérogation au présent chapitre » aux « établissements, organismes ou services culturels » de fixer les « conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées » nous semble, s'agissant d'une dérogation, être interprétée strictement. Or le législateur, surtransposant la directive, a posé un droit à réutilisation des informations publiques y

² Ce sont les termes repris de la décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.* du Conseil constitutionnel.

compris des services culturels, et ne leur a permis d'y déroger que s'agissant des conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées : ce faisant, il ne nous semble pas qu'il ait entendu permettre que les établissements culturels s'y opposent purement et simplement. Le département soutient certes qu'en admettant la possibilité de s'opposer, au titre des droits de propriété intellectuelle détenus sur les informations en tant qu'elles sont contenues dans la base de données (l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle porte sur le contenu de la base), la cour, pas plus que sa délibération, ne fait obstacle à toute réutilisation de informations publiques : reste possible la recopie manuelle des informations contenue dans les documents d'état civil consultées en salle ou à partir des copies mises en ligne gratuitement sur le site. De telles modalités d'accès nous semblent restreindre à ce point les possibilités de réutilisation qu'elle affecte en réalité la substance de ce droit. La cour a d'ailleurs elle-même parlé d'interdiction de réutilisation.

Troisièmement, le législateur est intervenu, postérieurement au litige, pour préciser, par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, pour inscrire à l'article L. 321-3 du code des relations entre le public et l'administration que « Sous réserve de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, les droits des administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 du présent code, au titre des articles L. 342-1 et L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle, 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 ». Il ressort clairement des travaux préparatoires qu'il a entendu, ce faisant, donner à ces précisions une portée interprétative et non novatrice. Dans ces conditions, l'opportunité plaide à notre sens pour que vous ne reteniez pas des dispositions antérieures une lecture différente.

Ces considérations combinées conduisent selon nous à censurer l'erreur de droit de la cour.

Notre seule hésitation, qui est tout de même substantielle, tient non pas au paysage législatif national, mais à la compréhension qu'il faut avoir de l'articulation des directives de 2003, relative à la réutilisation, et de 1996, relative à la protection des bases de données.

La directive de 1996, que la loi française a purement et simplement recopiée, dote les propriétaires des bases de données « quelle que soit leur forme » d'un certain nombre de droits de propriété intellectuelle sur cette dernière. Elle instaure, d'une part, un droit d'auteur classique sur l'architecture de la base et, d'autre part, un droit « *sui generis* » sur son contenu. En vertu de ce droit « *sui generis* », la directive impose aux Etats membres de prévoir, « pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle (...) du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ». C'est ce que recopie l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle.

Bien entendu, nombre des informations publiques visées par le droit de la réutilisation se situent dans des bases de données, de sorte que le sujet traité par la directive de 1996 n'était pas indifférent à celui traité par celle de 2003. C'est ce qui explique que cette dernière aborde, dans ses considérants liminaires, la question de son articulation avec l'autre texte. Le considérant 24 explique ainsi que « La présente directive n'affecte en rien (...) la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. »

Prenant à la lettre et cet avertissement du considérant 24 et le libellé du droit « *sui generis* », formulé comme une possibilité d'opposition à la réutilisation, nous avons été, dans un premier temps, très gênée pour affirmer que le droit de la réutilisation adossé à la directive de 2003 pouvait conduire à imposer au producteur d'une base de données de laisser des tiers en réutiliser une partie substantielle du contenu. Ou en tous cas pour vous proposer de l'affirmer vous-mêmes, sans poser de question préjudicielle à la CJUE. Car s'il est vrai que c'est le législateur français qui, en surtransposant la directive de 2003, a créé l'éventuel problème plutôt que la directive elle-même, il reste que nous aurions des scrupules à proposer une interprétation de la loi française en partie adossée à l'interprétation des directives dans l'hypothèse où cette interprétation serait interdite par la directive de 1996.

A la réflexion, notre gêne s'est atténuée, et s'est du coup émoussée notre détermination à vous voir poser cette question.

D'une part, la phrase du considérant 24 selon laquelle la directive de 2003 n'affecte en rien celle de 1996, qui traite indifféremment de la question des bases de données détenues par des tiers ou par les administrations, est immédiatement suivie, s'agissant de ces dernières, de la mention selon laquelle « [La directive] énonce les conditions dans lesquelles les organismes du secteur public peuvent exercer leurs droits de propriété intellectuelle dans le marché intérieur de l'information lorsqu'ils autorisent la réutilisation de documents. » Cette phrase peut s'interpréter de deux manières dont l'une renforcerait notre crispation : celle constituant à dire que la directive n'affecte pas les droits des organismes publics sur leurs propres bases et ne fait que dire ce qu'il en est lorsqu'ils ne souhaitent pas faire jouer leur droit *sui generis*. L'autre interprétation, apaisante, serait au contraire d'estimer que la directive décrit, s'agissant des seuls organismes du secteur public, la façon de procéder lorsque la réutilisation est autorisée, soit par l'organisme lui-même, soit directement par la loi, sachant que cette façon de procéder inclut la possibilité d'exiger une redevance permettant un retour sur investissement raisonnable, ce qui permet une valorisation financière des droits de propriété. En somme, les droits issus de la directive de 1996, qui ne font l'objet d'une mention spéciale que parce que, précisément, ils sont régis par une directive (la directive de 2001 est également mentionnée au considérant 24), obéiraient comme tous les droits de propriété intellectuelle aux règles précisées dans le considérant 22 : aucune atteinte possible lorsqu'ils sont détenus par des tiers ; aucune atteinte à leur existence et à leur titularité lorsqu'ils sont détenus par l'administration, ce qui signifie qu'on ne peut pas les anéantir, mais qu'il est possible d'en encadrer les conditions d'exercice, par exemple en prescrivant leur valorisation.

Cette seconde lecture, à laquelle nous avons mis du temps à nous faire, est plutôt confortée par la lecture des travaux préparatoires à la directive de 2003. Dans l'exposé des motifs de la proposition de directive en effet³, la Commission explique, après avoir affirmé que les mesures proposées sont sans effet sur les droits de propriété intellectuelle des tiers, qu'« en revanche, la proposition exerce un effet sur la manière dont les organismes du secteur public eux-mêmes peuvent exercer leurs droits de propriété intellectuelle. Tandis que le cadre réglementaire général dans lequel les droits de propriété intellectuelle subsistent et sont administrés est constitué à l'échelon européen par la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et par la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données, la présente proposition fixe des limites raisonnables à l'exercice des droits de propriété intellectuelle par

³ Com 2002/0207, *Journal officiel* n° 227 E du 24/09/2002 p. 0382 – 0386.

les organismes du secteur public. » Cette approche, qui concilie absence de remise en cause de l'existence des droits, mais limitation raisonnable de leurs modalités d'exercice, n'a pas été discutée par la suite, de sorte que c'est sans doute à cette aune qu'il faut lire le considérant 24.

Au-delà, l'économie générale de la directive de 2003, plus encore d'ailleurs dans sa rédaction issue de la directive 2013/37/UE du 26 juin 2013 qui la modifie, plaide sans doute pour cette lecture. Ce texte, dont l'objectif est bien de favoriser la réutilisation des informations publiques, allant même jusqu'à créer une obligation pour les Etats membres d'autoriser cette réutilisation dans certains cas, insiste en particulier sur les facultés de réutilisation des informations détenues par les personnes publiques sous forme dématérialisée et va même, dans sa mouture la plus récente, jusqu'à imposer aux administrations de mettre leurs informations réutilisables à disposition sous la forme la plus propice à la réutilisation, évoquant notamment, dans ses considérants liminaires, l'importance de la mise à disposition dans des formats lisibles par machine, y compris avec métadonnées. On comprend que, s'il fallait retenir une lecture permettant aux administrations de s'opposer systématiquement à la réutilisation dès lors que le document est contenu dans une base de données qui lui appartient, le système, sans être paralysé, serait amoindri dans son ampleur.

A cela s'ajoutent, d'autre part, des considérations propres au droit *sui generis* posé par la directive de 1996. Le caractère impressionnant de son libellé, d'abord, ne doit pas trop tromper : créer une possibilité de s'opposer à la réutilisation est en réalité la formulation classique de tout droit de propriété intellectuelle de sorte qu'imposer une réutilisation compensée par le versement d'une somme n'est pas un anéantissement du droit, mais une atteinte, certes substantielle. Ensuite et surtout, nous nourrissons un doute sur la titularité, reconnue par la cour (il y a un moyen sur ce point) d'un tel droit par un service départemental d'archives au seul motif qu'il a dépensé beaucoup d'argent pour constituer sa base. Aux termes de la directive de 1996, repris par l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle, le droit *sui generis* est reconnu à la personne « qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements » (cons. 41). Le droit vise à empêcher des usages qui « portent préjudice à l'investissement » ou lui « porte[nt] atteinte » (cons. 42). Bien sûr, il est hors de question de juger que les personnes publiques ne pourraient pas, par principe, bénéficier de la protection : non seulement l'économie des textes s'y oppose, mais en outre, il semble évident que certaines personnes publiques, par exemple celles qui agissent dans le cadre d'un service public industriel et commercial, peuvent être regardées comme remplissant les critères. Toute autre chose serait d'admettre qu'un services d'archives, engageant sur fonds publics des frais certes substantiels pour la constitution d'une base structurée de données, mais dans le cadre d'une politique publique de diffusion numérique des archives s'inscrivant strictement dans le cadre de l'exercice de son service public administratif, et ayant pour but la protection de ces archives, la multiplication des possibilités de consultation et la réduction du travail de mise à disposition des agents constitue un investissement substantiel qui comporte un « risque » au sens, assez entrepreneurial, de l'article L. 341-1. L'invocation par le ministre de la culture, au soutien du département, d'une jurisprudence de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 4^{ème} ch. B, 20 février 2004, *SARL Alinéa c/ AIS*), nous conforte plutôt dans cette idée : il qualifie certes d'investissement protégé l'établissement et la mise à jour d'une base de donnée par une association à but non lucratif, mais prend soin de relever qu'elle assure le risque de l'investissement dès lors que ses membres, s'ils venaient à déceler des erreurs liées à une mauvaise structuration ou mise à jour de la base, seraient enclins à se retirer, cessant par là même de régler leurs cotisations qui contribuent à la faire vivre.

Peut-être faut-il éviter de se montrer trop catégorique. Mais ces considérations finissent par nous convaincre qu'une législation nationale qui ne s'applique pas aux SPIC et se borne à prévoir, s'agissant des SPA, que les organismes publics ne peuvent pas s'opposer à la réutilisation au motif qu'ils ont investi dans une base de données mais peuvent seulement, dans l'hypothèse pas évidente où ils disposeraient d'un droit *sui generis*, l'exercer par voie de valorisation dans le cadre d'une redevance, n'est pas interdit par la directive de 1996, telle que la directive de 2003 en a précisé l'articulation avec le droit de la réutilisation. Disant cela, nous ne préjugeons rien de l'état du droit post-loi pour une République numérique qui, en restreignant drastiquement les possibilités de rémunération par redevance y compris dans le cas où un droit *sui generis* est assurément constitué, nous semble, pour le coup, aller un peu trop loin dans l'aménagement de ce droit.

Dans ces conditions, nous vous proposons finalement de censurer la cour pour erreur de droit.

Si vous ne nous suiviez pas et choisissiez, parmi les alternatives, de solliciter la CJUE, vous devriez solliciter aussi les écritures de parties, le moyen tiré de ce que la lecture des requérants serait contraire à la directive de 1996 n'étant pas frontalement soulevé par la défense⁴. Vous devriez également vérifier que la réponse est nécessaire à la résolution du litige, ce qui impliquerait d'écarter les autres moyens. Nous faisons l'hypothèse que, si vous en arrivez là, c'est que vous pensez non fondé le moyen tiré de l'erreur à avoir reconnu un droit *sui generis* du département sur sa base d'archives – à moins que vous ne préféreriez faire d'une pierre deux coups et poser également cette question à la CJUE. Or les autres moyens ne valent rien : la cour n'a pas entendu dire que la délibération ne portait pas atteinte au principe de libre réutilisation des données ; la position de la cour ne place ni le département, qui n'a pas d'activité concurrentielle, ni personne d'autre en situation d'abuser de sa position dominante ; il n'y a pas d'omission à statuer sur le terrain de la liberté du commerce et de l'industrie ou de la liberté d'entreprendre qui n'étaient pas soulevés en tant que tels devant la cour ; et la directive de 1996, dont les articles L. 341-1 et L. 341-2 assure la transposition, n'est certainement pas contraire au droit primaire en tant qu'elle méconnaîtrait le droit de la concurrence, puisqu'elle précise expressément qu'elle s'applique dans son respect et permet d'ailleurs le droit pour l'utilisateur légitime d'extraire ou de réutiliser des parties non substantielles du contenu des bases ; pas de méconnaissance non plus de la liberté d'information et du droit d'accès aux origines.

PCMNC – Annulation, renvoi à la CAA de Bordeaux et mise à la charge du département de la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

⁴ qui souligne tout de même qu'elle priverait de substance le droit, qui découle de la directive.