

15 octobre 2020

CDL-UD(2020)009

Or. Fr.

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)**

en coopération avec

**LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES
ET DE LA RÉFORME DE L'ADMINISTRATION DU ROYAUME DU MAROC**

**11^e Séminaire régional UniDem Med
pour les hauts cadres de l'administration**

**“ VERS UNE ADMINISTRATION
ORIENTÉE VERS LES USAGERS ”**

Vidéoconférence, Maroc

13 – 15 octobre 2020

**DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION PUBLIQUE ET CODES SOURCES :
DE L'IMPORTANCE ET DE L'ÉTENDUE DE LA NOTION DE DOCUMENT
COMMUNICABLE**

Par

M. William GILLES

**(Avocat, Maître de conférences - Droit public, Université Paris I, Panthéon-
Sorbonne, France - Président, BeRecht Avocats)**

WILLIAM GILLES

Président de BeRecht Avocats
Associé fondateur
Avocat au Barreau de Paris
Formé au droit collaboratif
Médiateur professionnel

Docteur en droit
Directeur du Master 1 Droit du numérique
Directeur du master 2 Droit des données, des
administrations numériques et des gouvernements ouverts
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

✉ : william.gilles@berecht.legal
☎ : +33 6 61 84 12 06

IRÈNE BOUHADANA-GILLES

Directrice générale de BeRecht Avocats
Associée
Avocate au Barreau de Paris

Docteur en droit
Directrice du master 2 Droit des données,
des administrations numériques
et des gouvernements ouverts
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

✉ : irene.bouhadana@berecht.legal
☎ : +33 6 68 67 29 27

PIERRE BELEBENIE

Associé de BeRecht Avocats
Avocat au Barreau de Paris

Post graduate diploma in Law
East London University
Docteur en droit
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

✉ : pierre.belebenie@berecht.legal
☎ : +33 6 17 56 43 91

Rapport de William GILLES

11e Séminaire UniDem Med des 13 au 15 octobre 2020

organisé par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe
en coopération avec le Ministère de l'Économie, des Finances et de la Réforme de
l'Administration du Royaume du Maroc

Droit d'accès à l'information publique et codes sources : de l'importance et de l'étendue de la notion de document communicable

Ce rapport présenté par William GILLES est rédigé pour le **11e Séminaire UniDem Med** organisé par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe sous forme de vidéo conférence du **13 au 15 octobre 2020** en coopération avec le Ministère de l'économie, des finances et de la réforme de l'administration du Royaume du Maroc.

Ce séminaire se tient dans le cadre du programme conjoint cofinancé par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, et mis en œuvre par ce dernier, intitulé « Soutien régional à la consolidation des droits de l'homme, de l'État de droit et de la démocratie dans le sud de la Méditerranée » (Programme Sud IV).

***Droit d'accès à l'information publique et codes sources :
de l'importance et de l'étendue de la notion de document communicable***

William GILLES

Avocat au barreau de Paris et médiateur professionnel agréé par le centre national de médiation des avocats (CNMA)

Président de BeRecht Avocats

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

william.gilles@berecht.legal

Les questions du droit d'accès aux documents administratifs et des codes sources sont au cœur de l'actualité juridique de ces derniers mois en France.

La première actualité résulte de la création d'une mission sur la Politique publique de la donnée que le Premier ministre a confié le 22 juin 2020 au député Eric Bothore, et qui est destinée notamment à analyser l'ouverture des codes sources publics. Un rapport intermédiaire a été rendu le 8 octobre 2020, pour un rendu final attendu pour décembre 2020.

La seconde actualité concerne le Conseil constitutionnel qui, dans une décision du 3 avril 2020¹, a consacré pour la première fois au niveau constitutionnel un droit d'accès aux documents administratifs. Garanti par l'article 15 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », le droit d'accès aux documents administratifs peut cependant être limité par le législateur qui peut « apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. »

Le Conseil constitutionnel s'inscrit ainsi dans la continuité du Conseil d'État, qui 2002² avait considéré que le droit d'accès aux documents administratifs figure au nombre des garanties fondamentales qui sont accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques, et relève à ce titre de l'article 34 de la Constitution³.

Ces deux jurisprudences sont à mettre en parallèle avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, applicable à la France, dont l'article 11 reconnaît un droit de communication⁴ et la Convention n° 205 du Conseil de l'Europe, applicable à partir du

¹ Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France* [Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle].

² Cf. Conseil d'État, 13 décembre 2002, n° 237203; Conseil d'État, 29 avril 2002, n°228830, M. U.

³ L'article 34 de la Constitution prévoit en effet que « La loi fixe les règles concernant : – les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens (...) »

⁴ Article 11 (Liberté d'expression et d'information) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01) :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.

2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés. »

1^{er} décembre 2020, mais dont la France n'est pas signataire, qui constitue le premier instrument juridique international contraignant en matière de droit d'accès aux documents publics. Le droit d'accès reconnu par ce dernier texte est général, les limites étant envisagées uniquement lorsqu'interviennent certains intérêts comme la sécurité nationale, la défense ou la vie privée.

Sur ce dernier point, si la France n'est pas signataire à ce jour de cette convention, il apparaît cependant important de l'évoquer dès à présent car le contentieux qui s'est posé en France pourrait se produire à l'avenir, la question étant de savoir dans les deux cas quelle est l'étendue du droit d'accès à l'information, notamment au regard des codes sources, étant précisé que le droit de l'Union européenne écarte explicitement les codes sources des documents susceptibles d'entrer dans le champ des documents couverts par les directives de l'Union européenne sur le droit de l'open data⁵.

Cependant, l'articulation des sources juridiques peut prêter à confusion lorsqu'on ne distingue pas précisément la portée des différents droits.

Ainsi, il faut rappeler que le droit d'accès à l'information n'est pas stricto sensu celui du droit de l'open data.

Le droit d'accès aux informations publiques est également appelé, le plus souvent, droit d'accès aux documents administratifs. Par facilité de langage et pour simplifier les explications, nous emploierons de manière indifférenciée les termes de droit d'accès à l'information publique et de droit d'accès aux documents publics qui renvoient à une réalité commune.

Le droit d'accès aux informations publiques est composé de deux branches puisqu'il se matérialise soit par un droit de communication, soit par un droit de publication des documents publics.

De son côté, le droit de l'open data, ou droit de la réutilisation des données publiques, vise à permettre, comme son nom l'indique, la réutilisation des données publiques pour une finalité autre que celle pour laquelle elles ont été collectées dans le cadre d'une mission de service public.

Le droit d'accès aux documents publics est un droit essentiellement national.

Au contraire, ***le droit de l'open data est avant tout un droit de l'Union européenne*** même s'il peut être complété par des règles nationales : l'Union européenne fixe des règles minimum mais les États peuvent décider d'aller au-delà de ce socle, comme la France l'a fait dès la loi pour une République numérique de 2016 en prévoyant le principe de gratuité de réutilisation des données publiques.

L'intervention porte a priori sur le droit d'accès aux codes sources, mais le contentieux analysé dans le cadre de la présente intervention, aboutira a posteriori à constater un droit de l'open data des codes sources en France.

Sauf exception⁶, l'Union européenne n'impose pas aux États membres de règles prévoyant le droit d'accès.

⁵ Désormais, la directive du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte) , et auparavant la directive n°2003/98/CE.

⁶ En ce sens, cf. la directive 2007/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne (INSPIRE).

Il en résulte que le droit de l'open data est conditionné par la mise en œuvre du droit d'accès à l'information par les États membres. Autrement dit, le droit de l'open data a un caractère supplétif par rapport au droit d'accès à l'information. Si les États membres limitent fortement le droit d'accès aux documents publics, le droit de la réutilisation de ces documents s'en trouve par là même limité.

À noter d'ailleurs que l'approche du Conseil de l'Europe est inversée. Alors que pour des raisons juridiques, l'Union européenne s'est dès l'origine centrée sur la question de la réutilisation des informations publiques, laissant pour l'essentiel aux États membres la fixation des règles en matière de droit d'accès, la Convention n°205 du Conseil de l'Europe se préoccupe, elle, au contraire de la question du droit d'accès aux documents publics et non de celle de la réutilisation de ces documents.

On voit là l'articulation qu'il pourrait y avoir entre ces deux textes, de même qu'il y a et qu'il doit y avoir une complémentarité entre le RGPD et la convention n° 108 du Conseil de l'Europe (et demain la convention n°223). Ces différents textes n'ont pas le même objectif mais se complètent.

§ 1 – Une définition large de la notion de document administratif non exclusive a priori du droit d'accès aux codes sources

A – Une demande de droit d'accès destinée à préciser l'étendue de la notion de document administratif communicable

L'étendue de la définition de la notion de document administratif conduit à se demander si elle englobe les codes sources.

En premier lieu, la France a fait le choix de modifier la notion de document administratif pour y ajouter explicitement que ceux-ci comprennent des codes sources.

Cette clarification a le mérite de la clarté car elle peut être source de contentieux.

Certes, une définition large de la notion de document public permet a priori d'inclure les codes sources. En ce sens, la Convention n° 205 du Conseil de l'Europe précise que la notion de document public désigne « *toutes informations enregistrées sous quelque forme que ce soit, rédigées ou reçues et détenues par les autorités publiques* ». La mention « *sous quelque forme que ce soit* » ne semble donc pas interdire d'y inclure les informations publiques présentées sous la forme d'un code source.

Pourtant, une rédaction large de la notion de document public n'est pas synonyme d'absence de contentieux.

En effet, avant la modification apportée par la loi de 2016 pour une République numérique, le droit français prévoyait que la notion de document administratif au sens du droit français d'accès désigne « *quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents 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. Constituent de tels documents notamment*

les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions. »⁷

La notion de document administratif pouvant faire l'objet d'un droit d'accès était donc déjà à cette époque large, ce qui n'a pourtant pas empêché un contentieux pour savoir si cette conception incluait ou non les codes sources qui sont « *un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un micro-processeur* »⁸. Ces codes sources se retrouvent par exemple dans les programmes informatiques qui prennent la forme de simulateurs de droits que l'administration française déploie désormais de plus en plus souvent. Ainsi, **la question du caractère communicable ou non des codes sources utilisés par l'administration s'est posée dès 2014 dans une bataille juridique que se sont livrées entre elles deux administrations françaises.**

Le déclenchement du processus qui aboutira à une innovation importante du droit d'accès aux informations publiques est intervenu le 14 mai 2014, lorsque monsieur A... A... a adressé un courriel à la direction générale des finances publiques demandant la communication du **code source du simulateur de l'impôt sur le revenu des personnes physiques** que cette administration développe et met en ligne sur le site du ministère des Finances, ou à défaut à ce que lui soit communiqué une version récente de ce logiciel.

Il faut préciser que cette demande de communication ne poursuivait pas une logique lucrative, l'objectif n'étant pas de se servir de ce code source pour développer par exemple un nouveau logiciel qu'il aurait pu revendre ou mettre à disposition de clients cherchant à optimiser l'impôt. Au contraire, monsieur A... A... justifiait sa demande de communication du code source pour son travail universitaire, celui-ci s'étant présenté comme étudiant en économie à l'École normale supérieure et à l'École d'Économie de Paris.

B – Une demande de droit d'accès destinée à nourrir le projet Openfisca

En réalité, il apparaîtra ultérieurement que l'objectif de sa demande de communication était destinée à une autre administration, Etalab, mission créée en 2011⁹ afin de développer la politique d'ouverture des données publiques de l'État. C'est donc une bataille juridique entre deux administrations que se sont livrées à distance Etalab et la direction générale des finances publiques (DGFIP), poursuivant alors deux objectifs respectivement différents : la première favoriser l'ouverture des données publiques, y compris des codes sources ; la seconde souhaitant préserver le caractère secret des outils qu'elle développe et utilise.

En effet, au moment de sa demande, monsieur A... A... n'était pas seulement étudiant en économie. Il était aussi sous contrat à durée déterminée (mai-juin 2014) auprès de la mission

⁷ Article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration créé par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015. Cet article est la reprise à l'identique de l'article 1^{er} de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, dans sa version modifiée par l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009, qui a été abrogé par l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 dans le cadre de la codification du droit d'accès aux documents administratifs.

⁸ Avis CADA n° 2014-4578, Séance du 8 janvier 2015, direction générale des finances publiques (DGFIP).

⁹ Décret n° 2011-194.

Etalab afin de participer au développement de *Openfisca*, qui est un logiciel libre de micro-simulation socio-fiscal, autrement dit, permettant de simuler des réformes fiscales et sociales¹⁰. Ce logiciel a été créé et développé au sein de France Stratégie, en partenariat avec l'Institut d'économie publique de l'Université d'Aix-Marseille). Etalab contribue à son développement depuis 2013¹¹.

Openfisca permet par exemple de chiffrer et de mesurer l'impact des réformes fiscales et sociales, qu'elles soient paramétriques (modification de certains paramètres de la législation comme le taux d'imposition) ou structurelles (aboutissant à des modifications d'une plus grande ampleur que le seul changement de paramètres en créant par exemple une nouvelle prestation sociale ou en refondant le mode d'imposition). Openfisca est aussi destiné aux citoyens en permettant par exemple aux ménages de simuler leurs impositions et cotisations sociales au regard de la législation en cours ou passée (il est possible de remonter jusqu'à 10 ans), ou de faire des visualisations interactives¹².

La performance de cet outil dépend de la capacité à appréhender la complexité de la législation fiscale, et il est donc aisé de comprendre pourquoi Etalab souhaitait avoir accès au code source du simulateur de l'impôt sur le revenu des personnes physiques développé par la DGFIP et mis en ligne sur le site du ministère des Finances.

Rien ne laisse penser que ce contexte particulier était connu de la DGFIP au moment du refus initial, l'avis de la CADA du 8 janvier 2015 mentionnant uniquement une demande de communication pour un besoin de recherche.

Le refus de l'administration va cependant ouvrir la voie au développement d'un contentieux.

§ 2 – Une définition large de la notion de document administratif engagée a posteriori dans un contentieux visant à l'inclusion des codes sources dans le droit d'accès

A) L'Avis de la CADA sur le caractère communicable des codes sources

N'ayant pas reçu de réponse favorable, monsieur A... A... a donc saisi la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) par un courrier du 19 novembre 2014 pour contester le *refus du directeur général des finances publiques de lui communiquer le code source du logiciel simulant le calcul de l'impôt* sur le revenus des personnes physiques.

En réponse à la demande de M. X, la CADA s'est d'abord interrogée sur le fait de savoir si les codes sources présentaient le caractère de document administratif communicable, avant de se prononcer sur le cas d'espèce pour savoir si la communicabilité pouvait être remise en cause du fait de la nature même du document.

Dans un premier temps, la CADA a souligné que les codes sources sont des documents administratifs communicables :

« les fichiers informatiques constituant le code source sollicité, produits par la direction générale des finances publiques dans le cadre de sa mission de service public,

¹⁰ M. Ben Jelloul, Cl. Bernard et É. Espagne, *Openfisca, un logiciel libre pour simuler des réformes fiscales et sociales*, France Stratégie, novembre 2014.

¹¹ <https://www.strategie.gouv.fr/publications/openfisca-un-logiciel-libre-simuler-reformes-fiscales-sociales>.

¹² M. Ben Jelloul, Cl. Bernard et É. Espagne, *Openfisca, un logiciel libre pour simuler des réformes fiscales et sociales*, France Stratégie, novembre 2014.

revêtent le caractère de documents administratifs, au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978. »¹³

Dans un deuxième temps, il revenait à la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) de se prononcer sur le cas d'espèce en recherchant les causes éventuelles de non communicabilité du code source sollicité.

D'une part, il ressort de l'avis de la CADA que le code source aurait perdu sa communicabilité si sa communication avait abouti à entraver la lutte contre les infractions fiscales. Or, en l'espèce, la demande de communication n'était pas destinée à échapper au contrôle de l'administration fiscale mais à intervenir dans le cadre d'un travail de recherche. La CADA a donc écarté cet argument en estimant que :

« ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande, conformément à l'article 2 de la même loi, dès lors, compte tenu des dispositions du g du 2° du I de l'article 6 de cette loi, que sa communication ne paraît pas porter atteinte à la recherche des infractions fiscales. »¹⁴

D'autre part, la CADA a aussi souligné l'existence d'un droit de réutilisation de ce code source « à moins que des tiers à l'administration détiennent des droits de propriété intellectuelle sur ce code », ce qui ne semblait pas être le cas en l'espèce, en rappelant la possibilité pour toute personne d'utiliser ledit code « à d'autres fins que celles de la mission de service public de l'administration fiscale, notamment pour les besoins de la recherche en économie, telle celle à laquelle le demandeur consacre ses travaux. »¹⁵

Enfin, la CADA a écarté la limite des contraintes techniques qui était invoquée par l'administration fiscale pour justifier son refus. Cette dernière avançait que la lourdeur des traitements pour rendre ce code source exploitable dans le cadre d'une réutilisation conduisait à le considérer comme un document inexistant en l'absence de traitement automatisé destiné à en produire une version compréhensible :

« le directeur général des finances publiques a indiqué à la commission que le code source de l'application de calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques se composait de nombreux fichiers nécessitant un lourd traitement pour être rendus exploitables, de sorte que le document sollicité devait être regardé comme inexistant, en l'absence de traitement automatisé d'usage courant susceptible d'en produire une version compréhensible. »¹⁶

En réponse, la CADA a souligné que si le droit de communication « ne fait pas obligation à l'administration d'élaborer un nouveau document, notamment un document qui n'existerait pas en l'état et ne pourrait être obtenu que par une opération excédant un simple traitement automatisé d'usage courant », le directeur général des finances publiques ne peut en revanche justifier son refus de « communiquer le document sollicité dans l'état où l'administration le

¹³ Avis CADA n° 2014-4578, Séance du 8 janvier 2015, direction générale des finances publiques (DGFIP).

¹⁴ Avis CADA n° 2014-4578, Séance du 8 janvier 2015, direction générale des finances publiques (DGFIP).

¹⁵ Avis CADA n° 2014-4578, Séance du 8 janvier 2015, direction générale des finances publiques (DGFIP).

¹⁶ Avis CADA n° 2014-4578, Séance du 8 janvier 2015, direction générale des finances publiques (DGFIP).

détient » au motif que « la réutilisation envisagée se heurterait à des difficultés techniques, voire à une impossibilité matérielle. »¹⁷

Pour ces raisons, la CADA a émis un « avis favorable à la communication à Monsieur X du code source sollicité, sous la forme sous laquelle l'administration le détient », le demandeur étant « libre de le réutiliser dans les conditions fixées à l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978, en l'absence de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers à l'administration, dont le directeur général des finances publiques ne fait pas état. »¹⁸

B) La portée de la décision du Tribunal administratif sur le caractère communicable des codes sources

Ayant répondu favorablement à la demande de M. X, on pouvait s'attendre à ce que ce dernier obtiennent de la DGFIP les codes sources demandés. Or, tel ne fut pas le cas, obligeant M. X à aller devant le tribunal administratif de Paris suite au silence de l'administration.

Il faut noter que dans son recours, Monsieur A demandait à ce que les codes sources lui soient communiquées, mais aussi qu'ils le soient à Etalab, et enfin qu'ils soient rendus publics en étant placés sous licence libre¹⁹. Or, écartant ces deux dernières demandes, le Tribunal administratif a rappelé « *que seules les personnes qui en font la demande peuvent se voir communiquer les documents administratifs détenus par l'administration ; que par suite, les conclusions tendant à la communication du code source du programme informatique à la mission Etalab et au grand public sont irrecevables.* »²⁰

Dès lors, le tribunal administratif a jugé que seules sont recevables « les conclusions tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle le ministre des finances et du budget a refusé à M. A... que lui soit communiqué le code source du simulateur de l'impôt sur le revenu développé par la direction générale des finances publiques, ou à défaut, la version la plus récente de ce code source, ainsi que les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au ministre des finances et du budget de lui communiquer ces codes, sont recevables. »²¹

Partant, il s'agissait pour le juge administratif de se prononcer sur la communicabilité ou non du code source du programme calculant l'impôt sur le revenu des personnes physiques en examinant les deux arguments avancés par le ministre des Finances et des Comptes publics pour justifier le refus de communication de ses services.

¹⁷ Avis CADA n° 2014-4578, Séance du 8 janvier 2015, direction générale des finances publiques (DGFIP).

¹⁸ Avis CADA n° 2014-4578, Séance du 8 janvier 2015, direction générale des finances publiques (DGFIP).

¹⁹ « Par la présente requête, M. A... demande l'annulation de la décision implicite née du silence de l'administration plus de deux mois après la saisine de la CADA, par laquelle le ministre des finances et des comptes publics lui a refusé la communication de ces codes sources ; qu'il demande également qu'il soit enjoint à la direction générale des finances publiques de lui communiquer le code source des programmes calculant l'impôt sur le revenu des personnes physiques des années 2005 à 2015, ou à défaut, d'enjoindre à la direction générale des finances publiques de lui communiquer les programmes de calcul de l'impôt sur le revenu pour les années antérieures, de fournir à la mission Etalab du secrétariat général de modernisation de l'action publique les mêmes codes sources, et de rendre public ces codes sources en leur attachant une licence libre » TA Paris, 5e section, 2e chambre, 10 mars 2016, n° 1508951.

²⁰ TA Paris, 5e section, 2e chambre, 10 mars 2016, n° 1508951.

²¹ TA Paris, 5e section, 2e chambre, 10 mars 2016, n° 1508951.

Le premier argument, écarté par le Tribunal administratif, consistait pour l'administration à faire valoir que « cette communication serait contraire au droit de l'Union européenne, et notamment à la directive 2003/98/CE modifiée par la directive 2013/37/CE » au motif notamment que « le considérant 9 du préambule de la directive 2003/98/CE prévoit que : "La définition du terme 'document' ne couvre pas les programmes informatiques. La présente directive s'appuie sur les règles d'accès en vigueur dans les États membres et ne modifie pas les règles nationales en matière d'accès aux documents ». Cependant, le Tribunal administratif a rappelé la distinction qui existe entre droit d'accès et droit de réutilisation des données. Comme expliqué précédemment le premier droit relève de la seule compétence nationale, contrairement au droit de réutilisation qui est une compétence partagée, l'Union européenne fixant un droit minimum que les États peuvent dépasser.

Dès lors, le Tribunal administratif de Paris a jugé à juste titre qu' « il ne résulte pas de ces directives, qui portent sur la réutilisation des données et laissent inchangées les dispositions du droit national relatives à l'accès aux documents administratifs, que les programmes informatiques devraient être systématiquement exclus du droit d'accès aux documents administratifs organisé par la loi du 17 juillet 1978. »²²

Le second argument avancé consistait à justifier le refus de communication du code source par le caractère inachevé des logiciels servant à calculer l'impôt sur le revenu des personnes physiques au motif que leur perpétuelle évolution empêcherait leur communication aux administrés. Pour écarter cet argument, le juge administratif a rappelé que « le caractère évolutif d'un programme informatique ne saurait exclure tout droit à communication de ce programme sauf à priver le justiciable d'un droit effectif à la communication des documents administratifs » et « que si les programmes informatiques ont vocation à évoluer au gré des mises à jours, chaque version du code source d'un même programme informatique revêt le caractère de document administratif achevé et peut être communiqué dans cet état ». Dès lors, il a été jugé qu' « en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires interdisant l'accès aux codes sources des programmes informatiques, le ministre des finances et des comptes publics ne pouvait légalement refuser de communiquer »²³ le code source demandé.

Ayant écarté les arguments de l'administration, le Tribunal administratif a enjoint, par sa décision du 10 mars 2016, « le ministre des finances et des comptes publics de communiquer à M. A... le code source du logiciel simulant le calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, dans un délai de deux mois à compter de la notification du présent jugement. »²⁴

Le 7 octobre 2016, soit sept mois plus tard, l'entrée en vigueur de la loi pour une République numérique²⁵ intégrait cette jurisprudence à la législation française en élargissant la notion de document administratif communicable.

²² TA Paris, 5e section, 2e chambre, 10 mars 2016, n° 1508951.

²³ TA Paris, 5e section, 2e chambre, 10 mars 2016, n° 1508951.

²⁴ TA Paris, 5e section, 2e chambre, 10 mars 2016, n° 1508951.

²⁵ Cf. l'article 2 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

Les codes sources étaient désormais explicitement mentionnés à l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration qui donne la définition des documents administratifs communicables et réutilisables²⁶.

Le paradoxe est que le raisonnement sur la réutilisation des codes sources s'est désormais inversé par rapport au raisonnement qui avait été soulevé devant le Tribunal administratif de Paris par le Ministre des finances et des comptes publics. Alors que celui-ci affirmait qu'il n'existerait pas de droit d'accès aux codes sources du fait que la directive sur la réutilisation des informations publiques écarte explicitement les programmes informatiques, l'intégration des codes sources dans les documents communicables, dans un premier temps par la jurisprudence, puis par le législateur, aboutit désormais au résultat inverse.

La directive du 20 juin 2019²⁷, qui abroge les directives précédentes et fixe désormais le cadre juridique du droit de l'Open data et de réutilisation des informations publiques au sein de l'Union européenne, exclut toujours du champ de ce texte les programmes informatiques. Les États membres disposent cependant de la possibilité d'étendre l'application de la présente directive aux programmes informatiques.

La France se place désormais dans cette perspective. Dès lors qu'elle reconnaît un droit d'accès aux codes sources, elle consacre de facto conformément à l'article L. 321-1 du Code des relations entre le public et l'administration²⁸, un droit de l'open data, c'est-à-dire un droit de réutilisation sur ces derniers.

Le gouvernement français souhaite désormais aller plus loin en limitant, comme l'a souligné le 8 octobre 2020 la mission Politique publique de la donnée, les *freins humains* (« manque de compétences », « d'éducation numérique » et de « portage managérial » au sein de l'administration), les *freins culturels* (perception de l'ouverture des données comme un danger et illisibilité de l'offre), les *freins juridiques* du fait notamment de la complexité des régimes et de leur articulation avec les autres droits comme la protection des données personnelles ou celui de la commande publique, ou encore *les freins politiques* en raison notamment d'une gouvernance insuffisante en la matière.²⁹

²⁶ Article L300-2 du CRPA (modifié par LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 2)

« Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents 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. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, **codes sources** et décisions.

Les actes et documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. »

²⁷ Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public.

²⁸ Article L. 321-1 du Code des relations entre le public et l'administration :

« Les informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 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.

Les limites et conditions de cette réutilisation sont régies par le présent titre. »

²⁹ Mission Politique publique de la donnée, *Rapport d'étape*, 8 octobre 2020.

L'enjeu est important, car l'ouverture des codes sources des administrations publiques rend lisible « une partie des systèmes informatiques du secteur public. Leur publication contribue à la transparence des décisions administratives lorsqu'elles impliquent des algorithmes. »³⁰

Biographie

Docteur en droit, William GILLES a une double carrière d'universitaire et de praticien. À l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, il est maître de conférences (habilité à diriger les recherches) et dirige le Master 1 Droit du numérique et le Master 2 Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il a siégé au sein du Conseil académique de cette Université ainsi qu'au sein du Conseil de l'École de droit de la Sorbonne. En outre, il est Président de l'Institut du monde et du développement pour la bonne Gouvernance publique (IMODEV).

Président-fondateur et associé de BeRecht Avocats, il est avocat au barreau de Paris, médiateur professionnel (agrégé CNMA), praticien de droit collaboratif, négociateur et formateur au sein de BeRecht Academy. Ancien juriste au Conseil constitutionnel, il a aussi été /chercheur IRM de l'Open Government Partnership.

Ses domaines d'intervention portent notamment sur le droit des nouvelles technologies (RGPD, protection des données, cybercriminalité, cybersécurité, administration numérique, smart cities, droit de la 5G, droit de la blockchain, droit des cryptomonnaies et des cryptoactifs, droit de l'intelligence artificielle et des algorithmes, droit des plates-formes et du commerce électronique, smart contrats, financement participatif [crowdfunding] régulation des fausses informations [fake news]), le gouvernement ouvert (open data, liberté d'expression, participation citoyenne, fracture numérique, principe d'égalité), le droit pénal (garde à vue) ou encore de droit des victimes.

³⁰ Mission Politique publique de la donnée, *Rapport d'étape*, 8 octobre 2020.