



HAL
open science

Existe-t-il un droit administratif des données ?

Paul Moussier

► **To cite this version:**

Paul Moussier. Existe-t-il un droit administratif des données ?. Revue Internationale des Gouvernements Ouverts, 2022, 11, pp.175-191. hal-04111650

HAL Id: hal-04111650

<https://paris1.hal.science/hal-04111650>

Submitted on 31 May 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

CITER CET ARTICLE :

Moussier, P. (2022). Existe-t-il un droit administratif des données, *Revue Internationale Des Gouvernements Ouverts*, 11(1), 175–191. Consulté à l'adresse [https://ojs.imodev.org/?journal=RIGO&page=article&op=view&path\[\]=437](https://ojs.imodev.org/?journal=RIGO&page=article&op=view&path[]=437)

EXISTE-T-IL UN DROIT ADMINISTRATIF DES DONNÉES ?

« *Et je parie qu'à la fin de ces journées, nous serons convaincus que l'impact est d'une telle intensité qu'il ébranle une bonne partie de nos certitudes sur le droit et le système administratifs* »¹.

Tels sont les propos du Professeur Lucie Cluzel-Metayer à l'occasion du colloque annuel de l'Association Française en Droit Administratif organisée à Bordeaux, les 14 et 15 juin 2018, portant sur le thème du droit administratif au défi du numérique. Il s'agit d'un véritable moment fondateur au sein de la doctrine administrative, car si le monde juridique et la doctrine se penchent depuis plusieurs années² maintenant sur l'impact du numérique et des technologies à l'égard du Droit, il n'est pas encore apparu d'études conscientisées et systémiques de ce qu'on pourrait appeler très directement -du moins s'il existe positivement- un droit administratif des données. Précisément, à l'ère du traitement de plus en plus automatisé et performant de l'information, et de la datafication de la société et du fameux big data³, il convient de prolonger la réflexion administrativiste, plus particulièrement sur un objet du numérique qu'on appelle « données ». En effet, le droit administratif désigne l'ensemble des règles juridiques applicables à l'activité administrative, entendu au sens des règles originales, distinctes du droit privé⁴ que l'Administration applique également⁵. Ces règles, qualifiées d'exorbitantes du droit commun, constituent des privilèges d'actions supplémentaires que n'ont pas à leur disposition les seuls individus⁶. Ces règles exorbitantes sont évidemment suivies de sujétions particulières et contraintes en sus, venant encadrer strictement l'action de l'Administration et l'obligeant à certaines exigences auxquelles les personnes privées peuvent, la plupart du temps, échapper⁷. L'ensemble de ces règles distinctes du droit privé sont généralement le propre des personnes publiques comme l'État ou encore les collectivités territoriales et les établissements publics, puisque ces dernières sont censées pourvoir aux besoins d'intérêt public⁸ par les services publics, ou aux besoins d'ordre public par les missions de police administrative. Si historiquement, ces personnes investies de telles charges selon une

¹ L. CLOUZEL-METAYER, *L'ouverture des données publiques*, In ASSOCIATION FRANÇAISE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Le droit administratif au défi du numérique*, colloque tenu à l'Institut Léon Duguit, Université de Bordeaux, 14 juin 2018

² H. OBERDOFF, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, colloque, mai 1987, Centre de Recherches Critiques sur le Droit, In *Revue Droit et Société*, n°11-12, 1989

³ F. IBEKWE-SANJUAN, « Vers la datafication de la société ? », V. MEYER, *Transition digitale, handicaps et travail social*, LEH Éditions, 2017, p.31

⁴ J. WALINE, *Précis de droit administratif*, 27^e édition, Dalloz, 2018, p.19

⁵ F. MALLERAY, *Le droit administratif de René Chapus*, 1^e édition, coll. Méthodes du Droit, Dalloz, 2021, p.70-71

⁶ J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » *Revue de Droit Public*, 1953, p.279

⁷ *Ibidem*

⁸ J. WALINE, *op.cit.*, p.12

théorie de la souveraineté⁹ et de la puissance publique¹⁰ développées par des grands noms de la doctrine administrativiste et constitutionnelle du XIXe siècle, aujourd'hui de nombreuses personnes morales de droit privé concourent également à la prise en charge de ces missions¹¹ de service public¹² et d'ordre public¹³, toujours dans un cadre juridique cependant particulier et exorbitant à l'aune du contrôle d'une personne publique, loin d'un simple rapport contractuel classique entre individus ou personnes privées.

Pour pourvoir aux missions et leurs finalités susvisées, les personnes publiques à commencer par l'État mais plus généralement l'Administration nationale, déconcentrée et décentralisée mobilisent des moyens matériels à leur disposition pour tendre à l'effectivité de leurs missions : des fournitures, des biens, des services¹⁴ pour permettre la réalisation des services publics et du maintien de l'ordre public. Inévitablement, les moyens technologiques et l'innovation au sens large ont toujours été mobilisés par les politiques publiques¹⁵. La malle postale¹⁶, le chemin de fer¹⁷, les procédés industriels du XIXe dans les manufactures d'État d'alors¹⁸, etc. Aujourd'hui, le numérique provoque des transformations radicales déjà annoncées il y a plusieurs décennies, bien plus que nombre de décisions gouvernementales depuis les années 1990¹⁹. C'est notamment le cas de l'utilisation et de la gouvernance des données faites par les personnes publiques et de comment le Droit encadre le traitement digital de l'information à des fins d'intérêt général. S'il est certain qu'aujourd'hui, le droit administratif est largement enrichi par une source normative extérieure qu'est le droit de l'Union Européenne²⁰, et que l'Administration mobilise de nombreux moyens de droit privé pour pourvoir ses missions désormais de régulation économique et de veille à l'ordre public économique, l'intérêt de réfléchir à l'existence d'un droit administratif des données apparaît nécessaire.

D'avance, il convient de délimiter le périmètre de l'étude. Il apparaît manifestement qu'aujourd'hui, à l'ère du droit de l'Union européenne devenu référence et primant sur les normes réglementaires nationales²¹, le Conseil d'État ne produit pas ou peu de norme prétorienne et autonome en matière de droit des données. Par ailleurs, et d'évidence, toutes les règles applicables aux données de l'Administration ou aux données traitées par l'Administration ne sont pas systématiquement spécifiques : par exemple, une administration locale est bien assujettie, en sa qualité de responsable de traitement, au droit de la protection des données à caractère personnel²².

Pour autant, l'Administration mobilise énormément de données. Certaines de ses données ont reçu une qualification juridique par le législateur : les données personnelles²³, les données publiques²⁴, les données non personnelles ou industrielles²⁵. Plus globalement, les données, qu'importe leur

⁹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, T.1, 1920, p.26

¹⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit contenant le droit public et le droit administratif*, 1^e édition, éditions Larose, 1892, p.419

¹¹ P. SABOURIN, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *Revue de Droit Public*, 1971, p.589

¹² C.E., ass, 1935, n°39234, Établissements Vèzia & C.E., sec, 1938, n°57302, Caisse Primaire Aide et Protection

¹³ G. FARDE, *Le continuum de sécurité nationale : quelles externalisations pour demain ?*, Hermann, 2020, p.28

¹⁴ Code de la Commande Publique, Partie législative, Titre Préliminaire, articles L2 à L6

¹⁵ P. MOUSSIER, « Les technologies au service de la légitimité du service public », *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, vol.7, 2021, p.41-54

¹⁶ Loi dite « Sapey » des 3 et 10 juin 1829

¹⁷ Ordonnance royale du 26 février 1823 portant concession de la ligne Saint-Étienne à Andrézieux, en service le 30 juin 1827

¹⁸ S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, 2^e édition mise à jour, coll. Thémis, PUF, 2007, p.171

¹⁹ B. THIEULIN, « Gouverner à l'heure de la révolution des pouvoirs », *Revue Pouvoirs*, n°164, Janvier 2018, p.23

²⁰ J. WALINE, *op.cit.*, p.9

²¹ C.E., ass, 1989, n°108243, Nicolo

²² P. MOUSSIER, *Les spécificités de la prérogative de puissance publique dans le droit de la protection des données personnelles*, Academia, publication libre de droits, Septembre 2020

²³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, 2016 J.O, L.119/1

²⁴ Code des relations entre le public et l'administration, Partie législative, Livre III : accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques

²⁵ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, 2018 J.O, L303/59

statut juridique²⁶, restent une information à traiter par l'Administration dans le cadre de ses missions historico et juridico-politiques : le service public, la police administrative.

Aussi, il convient de s'interroger sur l'existence positive ou non d'un véritable droit administratif des données, afin de vérifier si l'Administration dispose de leviers d'action (et de sujétion) spécifiques, ou si les spécificités et possibilités juridiques de l'action administrative s'amenuisent à l'ère du numérique.

Conscient des limites d'un seul article sur un sujet aussi vaste, il sera d'abord détaillé plus amplement l'intérêt d'une réflexion sur un droit administratif des données (1), avant d'envisager plus concrètement son existence, ou non, en droit positif (2).

§ 1 – DE L'INTERET D'UNE REFLEXION SUR UN DROIT ADMINISTRATIF DES DONNEES

Il est nécessaire de justifier davantage la réflexion sur l'éventualité d'un droit administratif des données afin d'inciter le lecteur à réfléchir et contribuer à son tour. S'agissant de cette réflexion, deux intérêts apparaissent évidents. D'une part l'intérêt doctrinal, afin de favoriser la lisibilité d'un corpus de règles encore trop éparées à disposition de l'Administration (A). D'autre part l'intérêt opérationnel, l'étude d'un droit administratif des données permettant une meilleure appropriation des règles et une meilleure praticité de ces dernières par l'ensemble des professionnels concernés (B).

A) Un intérêt doctrinal : la lisibilité d'un corpus de règles encore trop éparées

L'intérêt d'une réflexion sur le droit administratif des données est d'abord de donner davantage de lisibilité à ce dernier, tout du moins d'inviter davantage à réfléchir sur la rencontre entre droit administratif et l'impact du numérique et des données.

En effet, le rôle de la doctrine est d'abord de mettre en ordre un ensemble de règles juridiques²⁷. La doctrine peut se définir comme l'opinion exprimée sur une question de Droit, mais également comme l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit mais également qui écrivent sur le Droit²⁸. A l'heure d'un droit du numérique qui trouve de plus en plus son origine normative dans l'Union Européenne²⁹, la conciliation des principes et règles constitutives du droit administratif national avec l'encadrement des moyens de traitement de l'information et des données, la doctrine doit jouer son rôle d'éclaircissement et d'analyse des différents textes et règles juridiques. Cette vocation trouve une concrétisation exceptionnelle dans la réflexion autour de data.gouv, le service public de la donnée proposé par Etalab, et dont la doctrine a mené l'analyse juridique en matière de droit administratif pour arriver à la conclusion que ce nouveau service public est un service public administratif³⁰, appliquant ainsi les critères de l'arrêt U.S.I.A du Conseil d'État de 1956³¹. Illustration parfaite du rôle de clarification de différents artefacts : d'une part la création d'un nouvel objet matériel à savoir cette plateforme d'ouverture des données, d'autre part l'application d'un régime juridique exorbitant du droit commun, le régime de service public. La doctrine joue alors un rôle d'éclaircissement, évitant de tomber dans l'écueil de croire que le numérique cause des vides juridiques alors que de nombreux principes existent souvent pour venir déjà encadrer convenablement l'innovation et l'exploitation faite des données le cas échéant.

Ce travail doctrinal serait précieux afin de clarifier certains cas d'espèces véritablement propres aux croisements entre exécution de missions de l'Administration comme l'exécution d'un service public, et l'application de règles issus du droit de la donnée. Un autre cas d'exemple au niveau du

²⁶ Pour une vision globale de la gouvernance des données sous tous ses statuts, voir in I. BOUHADANA, W. GILLES, *Droit et gouvernance des données publiques et privées à l'ère du numérique*, éditions IMODEV, 2015

²⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 6^e édition, Dalloz, 2003, n°155

²⁸ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 9^e édition, PUF, 2011

²⁹ J. WALINE, *op.cit.*, p.9

³⁰ L. CLUZEL-METAYER, « La construction d'un service public de la donnée », *Revue Française d'administration publique*, n°167, 2018, p.491

³¹ C.E., 1956, n°26549, Union Syndicale des Industries Aéronautiques

service public local est l'exemple du service public industriel et commercial de l'eau potable. S'agissant du droit des données personnelles, les situations sont disparates d'un dispositif de conformité à la réglementation, à un autre. Prenant l'exemple du service public de l'eau à Paris géré par l'établissement public industriel et commercial Eau de Paris (EDP), la licéité du traitement de données permettant l'exécution du service et la collecte des données des abonnés repose sur la nécessaire exécution du contrat, conformément à l'article 26 du Règlement du service public de l'eau parisien. Pourtant, toujours en Ile-de-France, s'agissant du Syndicat des Eaux d'Ile de France (SEDIF) qui gère l'eau sur l'ensemble du territoire régional par voie cette fois-ci de délégation de service public, l'exécution du service passe par une autre base de licéité : la mission d'intérêt public. Par ailleurs, dans le premier cas, le principe d'information est appliqué au sein même de l'acte administratif unilatéral organisant le service public (s'agissant d'EDP), dans le second cas, l'information est délivrée dans les seules mentions légales et politique de confidentialité (s'agissant du SEDIF). Exemple supplémentaire d'une disparité et d'un manque de clarté dans les règles juridiques et leur application, au confluent du droit des services publics (un embranchement du droit administratif) et du droit des données, en l'occurrence ici des données à caractère personnel. Un regard de la doctrine serait précieux pour éclaircir toutes les disparités de situation, contrebalancées cependant par le fait que chaque dispositif de conformité d'un responsable de traitement au sens du droit de la protection des données personnelles, revêt ses propres spécificités (son propre DPO, sa propre forme juridique, etc.).

Également, une réflexion doctrinale sur un droit administratif des données permettrait de donner à voir une vision non pas uniquement positiviste du droit. La doctrine aurait ici un rôle fondamental à jouer. Si la lecture de règles juridiques se fait uniquement pour gagner en clarté, alors le droit devient opérationnel. Mais si la lecture de règles juridiques propres à l'utilisation et traitement des données dans l'Administration fait l'effort d'un croisement et d'une analyse à l'aune des principes du droit administratif, alors l'action de l'Administration y compris dans le cadre de ses moyens technologiques et informatiques sera également lue, considérée, contrôlée à l'aune desdites règles : on ne peut comprendre le transfert obligatoire des données d'une base clients imposée à un délégataire privé par l'autorité organisatrice du service public lors d'une reprise en régie d'un service public local³², sans comprendre le droit autour du principe de continuité et de mutabilité du service public³³ ainsi que la notion de bien de retour³⁴. Le discours doctrinal a contribué à façonner les règles du droit administratif et a permis de donner à voir une réalité, le phénomène Administration fin XIXe et tout le long du XXe, comme une réalité que le Droit devait encadrer et contrôler³⁵. Il faut que ce même travail d'analyse juridique soit fait au niveau des politiques de l'Administration dans l'utilisation des données, pour donner à voir une réalité qui, si non-étudiée, ne sera pas visible ni compréhensible à l'aune des principes structurels du droit administratif et des exigences quant à une Administration performante, rationalisée et efficace. La doctrine permet de systématiser des sources et une pratique du droit (ici, des données) pour donner à voir une réalité qui, sans elle, serait beaucoup moins visible.

On voit donc apparaître un premier intérêt quant à une réflexion doctrinale sur le sujet : un droit administratif des données conscientisé doctrinalement permet un rappel des principes fondamentaux du droit administratif, mais également un éclaircissement des règles en tant que telles, suffisamment complexes de par leur objet technique qu'est le traitement des données. Il faut cependant s'attarder sur la conséquence directe d'une étude doctrinale rendant plus clair les règles

³² Code de la commande publique, Partie législative, Troisième Partie, Livre 1^{er}, Titre III, Chapitre 1^{er}, section 1^{er} intitulée « mise à disposition des données essentielles », article L3131-2

³³ L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 1^{er} édition, Paris, Dalloz, 1926

³⁴ En effet, l'autorité concédant un service public local, comme une commune, peut décider à tout moment de reprendre l'exécution de son service public en régie directe, publique, et rompre le contrat de délégation. Alors, les données et bases de données doivent revenir à la commune. Parfaite rencontre entre utilisation des données et grands principes du droit administratif, avec la notion de bien de retour, C.E., ass, 2012, n°342788, Commune de Douai & Question écrite n°13693, Sénateur C. RAYNAL, JO Sénat, 9 janvier 2020, p.102

³⁵ G. PROTIERE, *Raconter l'administration : le rôle de la doctrine*, conférence in, Université d'Ottawa, *Cycle annuel de conférences sur la recherche en droit*, 13 novembre 2018

entourant l'utilisation des données dans le cadre des missions de l'Administration : leur praticité davantage développée pour une meilleure application par des professionnels.

B) Un intérêt opérationnel : la praticité des règles pour l'ensemble des professionnels

Une règle de droit clarifiée par une analyse doctrinale, et qui en effectue l'exégèse à l'aune de principes fondamentaux inhérents à l'action administrative, amène une règle beaucoup plus opérationnelle. En ce sens que, la règle analysée et contextualisée dans un ensemble juridique plus large se prête plus facilement à son application pratique. L'exemple susvisé de l'analyse de data.gouv à l'aune des critères du service public administratif³⁶ en a été un parfait exemple. L'intérêt de l'analyse doctrinale menant à une règle plus opérationnelle est double. Il permet d'une part de maîtriser le risque juridique, mais également le risque contentieux propre aux activités juridiques par nature, puisqu'il ne saurait y avoir de règles normatives sans possibilité de les sanctionner et les interpréter devant un juge³⁷.

Sur le risque juridique d'abord. S'agissant du prétendu droit administratif des données, le risque juridique est avant tout de respecter l'ensemble des principes inhérents à cette discipline venant encadrer l'action des personnes morales en charge d'un service public ou d'une mission de police administrative, dans le cadre y compris de l'utilisation et du traitement des données nécessaires aux finalités susvisées. Plusieurs cas de figures permettent d'appréhender l'intérêt d'avoir une réflexion sur un tel droit administratif des données, afin de clarifier certaines règles. S'agissant du traitement entièrement automatisé de données pouvant amener à une décision individuelle concernant un usager d'un service public³⁸. La doctrine a commencé à travailler sur la question, et a commencé à clarifier tout un ensemble de points relevant du quotidien d'un Délégué à la Protection des Données, d'un juriste en droit du numérique ou de tout autre référent conformité désigné en interne. Suivant le livre III du Code des Relations entre le Public et l'Administration (CRPA), toutes les décisions individuelles des administrations rendues par un traitement entièrement automatisé des données doivent s'accompagner d'une publication transparente des critères ayant conduit à cette analyse et aux conclusions de la décision³⁹. Or, en même temps, l'article 47 de la loi dite « Informatique et Libertés » fait référence quant à elle aux décisions administratives individuelles. Dans le premier cas (celui du CRPA), les décisions rendues par les Services Publics Industriels et Commerciaux (SPIC) ne sont pas exclues puisqu'en vertu d'une jurisprudence administrative⁴⁰, la relation entre le service et l'utilisateur est de droit privé, les décisions n'étant donc pas administratives. Mais dans le second cas (celui de la loi Informatique et libertés), ces dernières sont exclues car l'article 47 parle des seules décisions administratives individuelles.

Toute une réflexion doctrinale s'est enclenchée sur le sujet et dont les conclusions sont déjà précieuses et font l'objet de moments académiques réunissant doctrine et pratique opérationnelle⁴¹. Elle mobilise les grands arrêts du Conseil d'État, comme l'arrêt Danthony s'agissant de la qualification d'une décision individuelle entièrement algorithmique pouvant contenir des vices de forme⁴². Cette réflexion doctrinale, amenant à des retombées opérationnelles vertueuses, est

³⁶ L. CLUZEL-METAYER, *op.cit.*, p.491

³⁷ En ce sens, voir toute la pensée autour du positivisme juridique et notamment de la théorie réaliste de l'interprétation proposée notamment in M. TROPER, *La philosophie du droit*, 3^e édition, PUF, 2011

³⁸ O. GREVIN, "Les difficultés de mise en conformité de l'administration française avec les obligations relatives aux décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique", *Revue Internationale de Droit des données et Du numérique*, vol.7, p.97

³⁹ Code des Relations entre le Public et l'Administration, Livre III, Titre 1^{er}, Chapitre 1^{er}, Section 1 : Étendue du droit à communication, article L311-3-1 et suivants

⁴⁰ T.C., 1968, n°01908, Air France contre Époux Barbier & C.E., sec, 1961, n°44689, Établissements Campanon-Rey

⁴¹ Voir les échanges sur les différentes plateformes professionnelles comme l'Agora de l'Association Française des Correspondants à la Protection des Données, ou encore les moments académiques universitaires et professionnels comme les Journées Universitaires sur les enjeux des Gouvernements Ouverts et du numérique

⁴² École Nationale d'Administration, Promotion 2018-2019, Rapport collectif sur commande d'une administration centrale, *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, juin 2019

spécifique et répond à des questions précises, dont une vision globale, à terme, donne existence⁴³ à un droit administratif des données en puissance, comme une branche du droit public du numérique en somme.

Sur le risque contentieux ensuite. Il n'y a pas de norme juridique efficace sans sanction possible par un juge, ou désormais par une Autorité Administrative Indépendante (AAI) avec l'apparition du droit de la Compliance, des dispositifs de conformité et de ses buts monumentaux⁴⁴ dont l'effectivité réelle des droits et libertés des individus. En matière de données publiques l'exemple est particulièrement frappant. Il n'existe pas encore de faisceau d'indices rendu par le Conseil d'État afin de qualifier précisément une donnée publique, à la manière des faisceaux existants en matière de qualification d'un service public⁴⁵, d'un service public industriel et commercial⁴⁶, ou d'un contrat administratif⁴⁷. Si les bases de données des avis et conseils rendus par la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) permettent largement de trouver un précédent à son cas d'espèce opérationnel, en cas de réalisation de l'open data par défaut ou suite à une demande de communication, n'en demeure pas moins un risque, par exemple, de refuser la communication d'un document administratif ou l'ouverture d'informations publiques et de voir l'affaire être élevée devant le juge administratif compétent⁴⁸. Le regard d'une analyse doctrinale permettrait d'ordonner également ces précédentes casuistiques, d'en retirer l'essentiel et d'affiner les données et informations relevant directement de la mission de service public, et donc publiques, de celles ne l'étant pas.

Cette doctrine ne manque pourtant pas d'apparaître et les retombées opérationnelles se font sentir. S'agissant plus particulièrement de l'action administrative qui mobilise un corpus de règles spécifiques et exorbitantes le plus souvent du droit commun, il convient de saluer une doctrine universitaire et praticienne qui amorce la focalisation sur les spécificités d'un droit administratif, notamment des données⁴⁹.

L'intérêt ne semblant plus à démontrer quant à réfléchir sur le confluent entre droit administratif et droit, utilisation des données, il convient désormais de voir la réalité d'une telle discipline en droit positif.

§ 2 – DE LA REALITE POSITIVE D'UN DROIT ADMINISTRATIF DES DONNEES

L'existence d'un droit administratif des données ne peut être purement doctrinale, auquel cas il manquerait une réalité scientifique et normative à l'objet d'une étude alors purement fictive, ou prospective. Afin d'en vérifier l'existence, il convient de se tourner vers l'état actuel du droit positif, c'est-à-dire ce que disent les normes légales et réglementaires en droit français à l'égard des données traitées au sein de l'Administration. Ce travail permet notamment d'amener une définition positive du droit administratif des données et de constater son existence. D'abord, il y a un ensemble de règles spécifiques dans l'utilisation des données par l'Administration, selon un critère matériel, à savoir l'activité de service public (A). Mais encore, plus largement, un ensemble plus large de règles spécifiques dans l'utilisation des données par l'Administration tient à un critère global, à savoir la nature juridique des personnes morales concernées : les personnes morales de droit public (B).

⁴³ C'est précisément ce qu'exprimait le Doyen de l'Université Lumière Lyon 2 dans sa conférence, en affirmant que la doctrine donne existence en ordonnant et en donnant une cohérence à des règles disparates et dont l'unité n'est prévue directement par la norme. In G. PROTIERE, *op.cit.*, (note n°35)

⁴⁴ Voir en ce sens les nouveaux moyens de tendre à l'effectivité de règles juridiques et l'œuvre de Marie-Anne Frison Roche, dont notamment in M-A FRISON-ROCHE, *Les outils de la Compliance*, Dalloz, 2021

⁴⁵ Synthèse de l'ensemble des critères du service public in. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e édition, LGDJ, introduction

⁴⁶ C.E., 1956, n°26549, Union Syndicale des Industries Aéronautiques

⁴⁷ C.E., 1912, n°30701, Société des granits porphyroïdes des Vosges & T.C., 2014, n°3963, SA AXA Iard

⁴⁸ Une décision implicite de rejet quant à la communication d'un document administratif est susceptible de recours devant le juge administratif compétent et ce après saisine de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs conformément à l'article L342-1 du Code des Relations entre le Public et l'Administration & C.E., 1984, n°47141, Rompler

⁴⁹ De nombreuses thèses sont désormais initiées sur des sujets au confluent du droit administratif, du contentieux administratif et des données ou plus largement des technologies, en témoigne la base de données thèses.fr

A) Un critère matériel : une définition par l'activité de service public

Le constat de l'existence en droit positif d'un droit administratif des données, tout du moins de règles spécifiques à l'Administration et ses missions, laisse peu de place au doute. L'enjeu de la définition et de l'étude d'un tel droit tient plutôt à sa clarté et sa systématisation qu'à douter réellement de son existence. En effet, il est commun d'entendre parler par exemple de données réputées publiques, ou encore de données d'intérêt général. Parmi l'ensemble de ces qualifications juridiques, il convient d'étoffer notre propos afin d'affirmer une première définition positive du droit administratif des données : des règles exorbitantes du droit commun existent eu égard à l'activité et mission de service public pour laquelle et son exécution, une personne morale traite ou doit utiliser d'une certaine manière les données. Reprenant la célèbre phrase de Rivero, la mission de service public et les données traitées dans ce cadre impliqueraient des sujétions en plus et des sujétions en moins⁵⁰ : un véritable corpus de règles spécifiques que n'auraient pas les personnes privées. À ce titre, tout semble converger autour d'un critère matériel que serait la mission de service public.

D'abord, l'existence positive d'un droit administratif des données tient à la notion de donnée publique. Historiquement inhérente à la notion de document administratif, l'avènement des moyens informatiques de traitement de l'information a conduit à élargir la notion à toute information et données publiques. L'article L300-2 du CRPA en est la preuve la plus éclatante, puisque sont considérés comme documents administratifs « les documents produits ou reçus dans le cadre de leur mission de service public » par les personnes morales en ayant la charge, de l'État jusqu'aux délégataires de droit privé. Avant même la codification du CRPA, le pouvoir réglementaire entendait les données publiques comme toute information collectée ou produite dans le cadre de sa mission, par un service public, sur fonds publics⁵¹. La notion de données publiques devait donc s'entendre « au sens large »⁵², les données étant entendues comme toute information collectée ou produite sur n'importe quel support, informatique ou non⁵³. Ainsi, dès lors qu'est qualifié en droit administratif une mission de service public selon les critères jurisprudentiels bien connus⁵⁴, les données inhérentes à cette mission tombent dans un régime administratif et doivent être rendues librement accessibles, mises à disposition dans un format ouvert et réutilisable par toute personne⁵⁵ selon le principe de l'ouverture par défaut depuis 2016⁵⁶. Il s'agit bien d'un régime juridique administratif, de droit public, distinct du droit commun et qui fait poser une sujétion particulière sur les personnes morales concernées.

Ensuite, l'existence positive d'un droit administratif des données se fait de manière plus éparse selon des qualifications peu unifiées mais qui se rapportent toujours, au moins indirectement, à la mission de service public. C'est le cas notamment de la notion de données essentielles, inhérentes aux contrats administratifs qui sont le plus souvent nécessaires à la poursuite de l'exécution d'un service public⁵⁷. Les articles L2196-2 et L3131-1 du Code de la commande publique imposent aux acheteurs et autorités concédâtes d'un service public dans le cadre d'une concession de rendre accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles des marchés publics ou contrats de concession sous réserve des impératifs de confidentialité. L'annexe 15 du

⁵⁰ J. RIVERO, *op.cit.* p.279

⁵¹ Premier ministre, *Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques*, JORF n°42 19 février 1994

⁵² *Ibidem*

⁵³ Code des Relations entre le Public et l'Administration, article L300-2

⁵⁴ C.E., sec, 1963, n°44834, Nancy & C.E., ass, 2007, n°264541, A.P.R.E.I.

⁵⁵ La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés et la Commission d'Accès aux Documents Administratifs rappellent cette application des critères d'identification d'un service public pour identifier les données ainsi réputées publiques et qui impliquent ainsi certaines sujétions dans le format de réutilisation, in *Guide pratique de publication en ligne et de réutilisation des données publiques*, décembre 2019, p.3

⁵⁶ Code des Relations entre le Public et l'Administration, article L312-1-1, créé par l'article 6 de la loi n°2016-1321 dite « Pour une République Numérique » du 7 octobre 2016

⁵⁷ C.E., sec, 1956, n°98637, Époux Bertin

Code de la commande publique précise ce que recouvre la qualification de donnée essentielle⁵⁸. Voici donc un exemple supplémentaire d'une sujétion en plus, selon la phrase de Rivero, qui illustre une nouvelle fois une règle spécifique dans l'utilisation des données de l'Administration.

Enfin, il convient d'aborder le sujet des données selon la qualification de bien de retours, conformément à l'article L3131-2 du Code de la commande publique, qui précise que l'autorité concédant récupère, en cas de retour en régie d'un service public ou d'attribution à un nouveau délégataire de service public, l'ensemble des données et bases de données collectées ou produites à l'occasion du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution⁵⁹. Avec quelques exceptions prévues à l'article L3131-3 du code susvisé sur cette notion de données en tant que bien de retours.

Ainsi, il apparaît nettement qu'un ensemble de règles contraignantes pèsent sur l'Administration et ses personnes morales en charge particulièrement d'une mission de service public. Les données traitées à cette fin ou produites par cette fin, doivent être publiées selon un cadre juridique exorbitant du droit commun. S'il apparaît que le critère du service public comme critère d'érection d'un droit administratif des données fait sens et qu'il rendrait hommage à la pensée de Duguit et de l'école de Bordeaux⁶⁰, rien n'est moins certain au regard de deux observations :

D'une part, la notion de données d'intérêt général existe également en droit positif⁶¹. Beaucoup plus marginale, ramenant à une réalité matérielle encore peu palpable, la notion existe pourtant et amène à envisager un régime spécifique de règles exorbitantes sur une catégories de données inhérentes à des activités autres que celles de service public⁶². En effet, si toutes les missions de service public qui impliquent un régime de droit administratif sont toutes d'intérêt général⁶³, toute activité d'intérêt général n'est pas nécessairement un service public⁶⁴. Ces données d'intérêt général sont détenues par certaines entreprises sans même qu'elles ne soient investies d'une mission de service public et qu'elles soient donc contrôlées par l'Administration. Le statut de donnée d'intérêt général, bien qu'encore peu concrétisé en droit positif, appellerait donc selon le rapport Bothorel à une ouverture de ces informations non traitées dans le cadre d'une mission de service public⁶⁵. Dès lors, le critère de service public justifiant des règles spécifiques sur la gouvernance des données ne semble pas satisfaire pleinement à la réalité du droit positif actuel.

D'autre part, le droit de l'Union Européenne dans sa volonté d'harmonisation et de régulation de l'activité numérique et du traitement des données, déplace la focale sur la notion de « secteur public »⁶⁶ et non de service public. Le critère d'existence d'un droit spécifique, propre aux personnes publiques, dans l'utilisation de leurs données, devient alors un critère organique, plus global et non limité à la seule activité de service public.

Il convient d'envisager un autre critère, plus exhaustif ou tout du moins complémentaire, ancré lui aussi dans le droit positif, pour envisager une définition plus globale d'un droit administratif des données dont il ne semble plus faire doute sur son existence : le critère organique, par la simple nature même d'une personne morale de droit public.

⁵⁸ Direction des Affaires Juridiques, *La publication des données essentielles de la commande publique*, fiche pratique, Ministère de l'économie et des finances, octobre 2019

⁵⁹ M. LAIME, « Délégation de service public et bases de données », *Eaux Glacées*, 16 janvier 2017

⁶⁰ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, 1^{re} édition, Armand Colin, 1913, p.48-49

⁶¹ Loi pour une République Numérique, n°2016-1321, 7 octobre 2016, Section 2 intitulée « Données d'intérêt général »

⁶² Selon la théorie autour de la Puissance publique de Maurice Hauriou, l'État et plus généralement l'Administration ne mobilise un droit exorbitant du droit commun que pour des activités de puissance publique n'étant pas nécessairement des activités de service public

⁶³ Selon la définition classique : C.E., 1963, Nancy & R.CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e édition, LGDJ, introduction

⁶⁴ P.BRUNET, « Le service public », in P. BRUNET, F. DUFFAUD, I.LAMOURI, D.SOLDINI, *Cours de droit administratif*, 3^e édition, éditions Jean Domat, p.20-35

⁶⁵ A. LECHENET, « Un nouveau cadre pour favoriser le partage des données d'intérêt général », *La Gazette des Communes*, 7 janvier 2021

⁶⁶ Projet d'accord provisoire sur un texte européen intitulé *Proposition de régulation du Parlement Européen et du Conseil sur la gouvernance des données dans l'Union Européenne*, Projet 2020/0340, faisant référence aux données du secteur public

B) Un critère organique : une définition par la nature de personne publique

Toute activité assurée ou assumée par l'Administration n'est pas nécessairement une activité de service public. En effet, ce constat ramène à une réalité sociologique quant à l'action de l'Administration. Il n'apparaît pas possible de qualifier les corps militaires en opération extérieure de service public. L'Administration, à commencer par l'État depuis le XIXe siècle, et c'est là tout le conflit doctrinal quant à savoir ce qui légitimait un droit exorbitant du droit commun pour l'action administrative⁶⁷, a deux corps de missions : une mission de service public, et une mission d'exercice de la puissance publique. Souvent, les deux actions se recoupent, en témoignant l'existence d'un critère d'existence d'une prérogative de puissance publique pour déterminer s'il y a, ou non, un régime de service public⁶⁸. Pourtant, de nombreuses missions de l'Administration sont inhérentes et seulement inhérentes à une activité de puissance publique. Et toutes les données nécessaires à l'action administrative ne sont dès lors pas nécessairement des données publiques. Qu'en est-il alors de l'étude et de l'existence des règles spécifiques, propres à ces activités ? Manifestement, le critère matériel c'est-à-dire la mission de service public, ne peut permettre de définir dans son ensemble l'existence et l'étude d'un droit administratif des données, au risque d'oublier un champ de l'action administrative.

Conscient de l'incapacité à tendre à l'exhaustivité et de l'inutilité de dresser une liste des règles spécifiques en la matière, il s'agit seulement, dans cette dernière partie, d'avancer quelques exemples pouvant justifier d'un droit administratif des données dépassant le seul service public. Un nouveau critère est alors à proposer : un critère organique, celui de la nature de personne publique, puisque par définition, une personne morale de droit public sous un régime de droit administratif est présente pour assurer ou assumer un service public, soit pour concourir à l'ordre public par l'exercice de prérogatives de puissance publique. La combinaison d'un critère matériel (le service public) à un critère organique (la personnalité morale de droit public) semble permettre de couvrir plus largement les règles pouvant être exorbitantes du droit commun en matière du traitement fait par l'Administration et les personnes morales assimilées, de leurs données.

Un exemple parlant de ce nouveau critère réside dans une activité de police administrative spéciale. Chaque régime de police administrative spéciale obéit à un cadre juridique légal et réglementaire spécifique⁶⁹. Ce cadre précise le plus souvent des règles d'utilisation des données permettant la réalisation de la mission de police administrative. Un exemple parlant est la police administrative spéciale de la Défense Extérieure contre l'Incendie (DECI). Ce n'est pas, juridiquement, une mission de service public mais un pouvoir de police spéciale conférée aux maires en vertu des articles L2213-32, L2225-1 à -4 et R2225-1 à 10 du Code Général des Collectivités Territoriales. Chaque maire organise donc ce pouvoir de police sur le territoire de sa commune. Un référentiel national de la DECI en date de 2015⁷⁰ préconise que chaque Service Départemental d'Incendie et de Secours (SDIS, qui concourt à la DECI sur les territoires communaux) tienne et mette à jour un traitement automatisé de données recensant l'ensemble des points d'eau incendie sur les territoires communaux. Le référentiel énonce une obligation de mise à jour continue et contraint à un principe de partage des données entre acteurs de la DECI au niveau local. Des règles spécifiques sont ainsi énoncées en matière de gouvernance des données dans le cadre de l'exécution d'une mission de police administrative⁷¹. Un critère réducteur de service public pour l'existence de règles spécifiques et administratives sur les données ne permettrait pas d'englober ces autres règles, propres aux autres missions de l'Administration et des personnes publiques dans des activités autres que de service public.

⁶⁷ J-M Blanquer, M. Milet, *L'invention de l'État : Hauriou et Duguit et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p.15-31

⁶⁸ C.E., sec, 1963, n°44834, Narcy

⁶⁹ Par opposition au pouvoir de police générale détenu au niveau national par le Premier ministre en sa qualité de titulaire du pouvoir réglementaire selon l'article 21 de la Constitution du 4 octobre 1958, et de la jurisprudence C.E., 1919, n°56377, Labonne

⁷⁰ Annexe de l'arrêté NOR INTE1522220A du 15 décembre 2015 fixant le référentiel national de la DECI

⁷¹ Ces règles sont détaillées, par exemple en matière de DECI, à l'article 5.4 du référentiel susvisé

Chaque régime de police administrative spéciale appellerait, bien sûr, à une étude spécifique, précise, dédiée. Mais il s'agit pour l'instant d'affirmer l'existence en droit positif d'un droit administratif des données. Le régime juridique des Opérateurs d'Importance Vitale (OIV) implique aussi tout un ensemble de règles venant peser sur de nombreuses personnes publiques, jusqu'à leurs traitements de données notamment industriels. Une limite cependant quant à cet exemple est que le statut d'OIV n'est pas cantonné aux personnes morales de droit public. D'autres pistes pour assoir ce second critère, organique, sont à poursuivre du côté des dispositions spécifiques à la sûreté de l'État au sein de la loi Informatique et Libertés s'agissant des données personnelles, ou encore des futures règles autour du partage par principe des données entre Administrations dont le législateur semble préfigurer l'énoncé au sein du projet de loi dit « 4D »⁷². La sémantique employée dans le futur Acte sur la Gouvernance des Données au niveau de l'Union Européenne, parlant de données du « secteur public »⁷³ invite également à élargir l'étude sur un droit des données propre à l'Administration.

Au regard des intérêts démontrés quant à la réflexion sur un droit administratif des données ainsi que son existence bien que disparate en droit positif, il semble possible de proposer une définition de ce dernier. Par droit administratif des données, on entend l'ensemble des règles spécifiques et distinctes du droit commun relatif au traitement et l'utilisation des données des personnes morales, de droit public et de droit privé dans la mission de service public qu'elles assurent ou qu'elles assument, mais également, au-delà du seul service public, dans l'ensemble d'exécution des prérogatives de puissance publique qu'elles mobilisent à des fins d'ordre public et d'intérêt général. Il (le droit administratif des données) propose la systématisation de ces règles, leur unification intellectuelle et leur étude opérationnelle. En somme, une définition mobilisant les critères historico-juridiques du droit administratif et qui fondent sa légitimité, conformément au droit positif et à l'aune du traitement massif de l'information de notre ère.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

BLANQUER J-M., MILET M., *L'invention de l'État : Haurion et Duguit et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015

BOUHADANA I., GILLES W., *Droit et gouvernance des données publiques et privées à l'ère du numérique*, éditions IMODEV, 2015

BRACONNIER S., *Droit des services publics*, 2^e édition, collection Thémis, PUF, 2007

BRUNET P., DUFFAUD F., LAMOURI I., SOLDINI D., *Cours de droit administratif*, 3^e édition, éditions Jean Domat, 2021

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la Théorie générale de l'État*, T.1, 1920

CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e édition, LGDJ, 2001

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^e édition, PUF, 2011

⁷² Assemblée Nationale, Projet de loi n°4406 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée le 21 juillet 2021, Titre VII, Chapitre 1^{er} intitulé « Accélération du partage de données entre administrations au bénéfice de l'utilisateur », Article 50 et suivants

⁷³ Projet d'accord provisoire sur un texte européen intitulé *Proposition de réglementation du Parlement Européen et du Conseil sur la gouvernance des données dans l'Union Européenne*, Projet 2020/0340, faisant référence aux données du secteur public, op.cit.

DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, 1^e édition, Armand Colin éditions, 1913

FARDE G., *Le continuum de sécurité nationale : quelles externalisations pour demain ?*, Hermann, 2020

FRISON ROCHE M-A., *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021

HAURIOU M., *Précis de droit contenant le droit public et le droit administratif*, 1^e édition, Larose, 1892

MALLERAY F., *Le droit administratif de René Chapus*, 1^e édition, collection Méthodes du Droit, Dalloz, 2021

MEYER V., *Transition digitale, handicaps et travail social*, LEH Éditions, 2017

MOUSSIER P., *Les spécificités de la prérogative de puissance publique dans le droit de la protection des données personnelles*, Academia, 2020

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, 1^e édition, 1926

TERRE F., *Introduction générale au droit*, 6^e édition, Dalloz, 2003

TROPER M., *La philosophie du droit*, 3^e édition, PUF, 2011

WALINE J., *Précis de droit administratif*, 27^e édition, Dalloz, 2018

Articles de revue

CLOUZEL-METAYER L., « La construction d'un service public de la donnée », *Revue Française d'administration publique*, n°167, 2018

GREVIN O., « Les difficultés de mise en conformité de l'administration française avec les obligations relatives aux décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique », *Revue internationale de droit des données et du numérique*, vol.7, 2021

MOUSSIER P., « Les technologies au service de la légitimité du service public », *Revue internationale de droit des données et du numérique*, vol.7, 2021

RIVERO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Revue de Droit Public*, 1953

SABOURIN P., « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *Revue de Droit Public*, 1971

THIEULIN B., « Gouverner à l'heure de la révolution des pouvoirs », *Revue Pouvoirs*, n°164, janvier 2018

Articles de presse

LAIME M., « délégation de service public et bases de données », *Eaux Glacées*, 2017

LECHENET A., « Un nouveau cadre pour favoriser le partage des données d'intérêt général », *La Gazette des Communes*, 7 janvier 2021

Conférences & Colloques

CLOUZEL-METAYER L., *L'ouverture des données publiques*, intervention In Association Française Droit en Droit Administratif, le Droit administratif au défi du numérique, colloque tenu à l'Institut Léon Duguit, Université de Bordeaux, 14 juin 2018

OBERDOFF H., *Le droit au contact de l'innovation technologique*, colloque, mai 1987, Centre de Recherches Critiques sur le Droit, In Droit et Société, n°11-12, 1989

PROTIERE G., *Raconter l'administration : le rôle de la doctrine*, conférence, Université d'Ottawa, Cycle annuel de conférences sur la recherche en droit, 2018

Littérature institutionnelle

Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, Commission d'Accès aux Documents Administratifs, *Guide pratique de publication en ligne et de réutilisation des données publiques*, décembre 2019

Direction des Affaires Juridiques, Ministère de l'économie et des finances, *La publication des données essentielles de la commande publique*, fiche pratique, octobre 2019

École Nationale d'Administration, Promotion 2018-2019, Rapport collectif sur commande d'une administration centrale, *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, juin 2019

Premier Ministre, *Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques*, JORF n°42, 19 février 1994

Tables des jurisprudences

Conseil d'État, 1912, n°30701, Société des granits porphyroïdes des Vosges

Conseil d'État, 1919, n°56377, Labonne

Conseil d'État, ass, 1935, n°39234, Établissements Vézia

Conseil d'État, sec, 1938, n°57302, Caisse Primaire Aide et Protection

Conseil d'État, 1956, n°26549, Union Syndicale des Industries Aéronautiques

Conseil d'État, sec, 1956, n°98637, Époux Bertin

Conseil d'État, sec, 1961, n°44689, Établissements Campanon-Rey

Conseil d'État, sec, 1963, n°43834, Nancy

Conseil d'État, 1984, n°47141, Rompler

Conseil d'État, ass, 1989, n°108243, Nicolo

Conseil d'État, ass, 2007, n°264541, A.P.R.E.I

Conseil d'État, ass, 2012, n°342788, Commune de Douai

Tribunal des Conflits, 1968, n°01908, Air France c/ époux Barbier

Tribunal des Conflits, 2014, n°3963, SA AXA Iard