

Université Paris-Panthéon-Assas

école doctorale de droit public interne, science administrative et science politique

Thèse de doctorat en Droit public
soutenue le 1^{er} avril 2022

Territoires d'intelligences : favoriser l'innovation par le Droit



Léonie MARION
Sous la direction de Gilles J. Guglielmi

Rapporteurs : Philippe Cossalter et Virginie Donier.

Membres du jury : Bruno Deffains, Catherine Prébissy-Schnall et Pauline Türk.

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord à mon directeur de thèse, Gilles J. Guglielmi pour ses précieux conseils, sa bienveillance et sa disponibilité.

Mes remerciements vont à mes responsables au sein de la Métropole de Lyon, Emilie Gerbaud, Odile Huiban et Marie Millet, pour l'attention qu'elles ont continuellement porté aux synergies entre leurs sujets internes et ce travail de recherche ainsi que pour leurs retours enrichissants tout au long de cet exercice.

Mes remerciements vont également à mes amis et à ma famille, pour la curiosité dont ils ont fait preuve pour ce sujet *a priori* si éloigné de leurs domaines d'activités, leur soutien indéfectible et leur patience durant leurs longues heures de relectures.

Merci à l'Alma Mater pour la liberté.

RÉSUMÉ

Le numérique occupe une place croissante au sein de nos territoires et apparaît progressivement comme un outil pouvant être mis au service de l'intérêt général. Il invite alors à imaginer une conception des politiques publiques plus collaboratives, une amélioration du service public et remet en question l'organisation territoriale. La notion de *smart city* est souvent retenue pour décrire ce phénomène. Pourtant, se cantonnant à l'échelle de la ville et emportant avec une vision particulièrement techno-centrée, elle devrait être abandonnée. Le terme de territoires d'intelligences devrait lui être préféré dans la mesure où il met en exergue la diversité des territoires concernés ainsi que la place essentielle de l'ensemble des acteurs, particulièrement le citoyen, dans la conception des territoires. Le Droit tend à être perçu comme un frein aux politiques publiques innovantes. L'objet de ce travail de recherche est de démontrer qu'il peut, tout au contraire, être vecteur d'innovation, tant technique qu'organisationnelle. Il s'agit donc de déterminer comment le Droit peut accompagner le développement d'innovations technologiques, la collaboration des différents acteurs des territoires (acteurs publics – personnes morales de Droit privé – citoyen) et le renforcement du pragmatisme territorial. Les textes existants peuvent contribuer à la mise en œuvre de ces démarches innovantes et, lorsqu'ils n'apparaissent pas pertinents, peuvent être renouvelés en symbiose avec l'innovation. L'expérimentation juridique, qui permet de tester une nouvelle norme pour une durée limitée et à des fins d'évaluations, est un outil légistique qui semble particulièrement adapté à l'évolution du Droit sur les questions liées au numérique et à la rationalisation de la décentralisation.

ABSTRACT

Collective intelligence territories: promoting innovation through Law

Digital technologies play an ever-growing role within **territories** and appear as a meaningful tool towards general interest. It calls for innovative designs with more collaborative public policies and improved public services while it questions the territorial organisation. The concept of smart city is generally used to describe this idea. As the name suggests, the notion of smart city is confined at city level and implies a very techno-centric approach. Alternatively, the expression collective intelligence territories should be supported, as it covers the wide territorial diversity and highlights the pivotal role of stakeholders as a whole, including the citizens, in territorial development. The Law is usually seen as a brake on innovative public policies. The purpose of this research work is to demonstrate that Law can be a driver for innovation, in both technical and organisational aspects. Therefore, it is needed to identify how Law can help the development of technical innovations, the collaboration between different territorial actors (public participants - legal entities in private law - citizens) as well as territorial pragmatism. Existing legislations can help implement such innovative actions or, if irrelevant, may be updated accordingly. Regulatory sandbox allows the test of a new regulation, for a limited time with impact assessment purposes. It acts as a powerful legistic tool, capable of supporting Law transitions related to the digital world and the rationalisation of decentralisation.

DÉFINITIONS

Algorithme : Raisonnement fini et non ambigu visant à résoudre un problème ou à répondre à une question et pouvant se matérialiser au format papier ou numérique.

Anonymisation : « Le terme d’anonymisation est réservé aux opérations irréversibles [...]. Une anonymisation irréversible consiste à supprimer tout caractère identifiant à un ensemble de données. Concrètement, cela signifie que toutes les informations directement ou indirectement identifiantes sont supprimées ou modifiées, rendant impossible toute ré-identification des personnes. » *Source* : Cnil.fr, Fiche n° 10 Sécurité des données.

Cyberattaques : « acte malveillant envers un dispositif informatique via un réseau cybernétique. Celle-ci peut émaner de personnes isolées, d’un groupe de pirates ou de vastes organisations ayant des objectifs géopolitiques » *Source* : Hamon B., *Les cyberattaques et le cyberespionnage*, in Bouhadana I., Gilles W. (dir.), *Cybercriminalité, cybermenaces et cyberfraudes*, 2012, IMODEV.

Cybercriminalité : « La cybercriminalité (...) renvoie à une notion large qui regroupe toutes infractions pénales susceptibles de se commettre sur ou au moyen d’un système informatique généralement connecté à un réseau. Il peut s’agir d’une cyberattaque, du cyber terrorisme, voire de la cyberguerre » *Source* : Hamon B., *Les cyberattaques et le cyberespionnage*, in Bouhadana I., Gilles W. (dir.), *Cybercriminalité, cybermenaces et cyberfraudes*, 2012, IMODEV.

Donnée à caractère personnel (ou donnée personnelle): « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée »); est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale » *Source* : Règl. (UE) n° 2016/679 du PE et du Cons., 27 avr. 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, art. 4.

Données massives (ou big data) : « On parle depuis quelques années du phénomène de big data , que l’on traduit souvent par « données massives ». Avec le développement des nouvelles technologies, d’Internet et des réseaux sociaux ces vingt dernières années, la production de données numériques a été de plus en plus nombreuse : textes, photos, vidéos, etc. Le gigantesque volume de données numériques produites combiné aux capacités sans cesse accrues de stockage et à des outils d’analyse en temps réel de plus en plus sophistiqués offre aujourd’hui des possibilités inégalées d’exploitation des informations. Les ensembles de données traités correspondant à la définition du big data répondent à trois caractéristiques principales : volume, vitesse et variété. » *Source* : Cnil.fr, Définition, Big Data.

Droit à l'autodétermination informationnelle (ou droit à la libre disposition de ses données personnelles) : « droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant » *Source : L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016 pour une République numérique, art. 54.*

Interopérabilité : « la possibilité de communiquer, d'exécuter des programmes, ou de transférer des données entre diverses unités fonctionnelles d'une façon qui n'exige que peu, voire aucune connaissance des caractéristiques particulières de ces unités de la part de l'utilisateur. » *Source : norme ISO/IEC 2382-01.*

Marché pertinent (ou marché en cause) : « La définition du marché en cause permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises. Elle permet d'établir le cadre dans lequel la Commission applique la politique de la concurrence. Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises données. La définition du marché permet, entre autres, de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché afin d'apprécier une position dominante (positions dominante(s)). Le marché en cause est délimité tant au niveau des produits que dans sa dimension géographique. D'une manière générale, le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables (substituabilité) en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Il convient également de prendre en compte les produits et/ou les services qui pourraient être facilement commercialisés par d'autres producteurs sans coût de réorientation important, ou par des concurrents potentiels, à un coût raisonnable, et dans un laps de temps limité. Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services donnés, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable. » *Source : Eur-lex.europa.eu, Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration.*

Neutralité du net : « La neutralité du net, ou neutralité d'Internet, est une notion popularisée en 2003 par Tim Wu, professeur de droit à l'université Columbia à New York. On parle aussi de neutralité des réseaux ou encore d'Internet ouvert. Son principe est de garantir l'égalité de traitement et d'acheminement de tous les flux d'information sur Internet, quel que soit leur émetteur ou leur destinataire. » *Source : Arcep.fr, La neutralité du net.*

Pouvoir de marché : « Pouvoir d'une entreprise sur un marché donné. En économie, le pouvoir de marché désigne à la base la capacité des entreprises à fixer des prix supérieurs au coût marginal d'une manière que ceci soit rentable. En matière de concurrence, le pouvoir de marché est déterminé à l'aide d'une analyse structurelle du marché, notamment du calcul des parts de marché, qui oblige à examiner s'il existe d'autres producteurs des mêmes produits ou des produits substituables. L'analyse du pouvoir de marché doit également apprécier les barrières à l'entrée ou à l'expansion et le degré d'innovation. Elle peut par ailleurs faire intervenir des critères qualitatifs, tels que les ressources financière, l'intégration verticale ou la gamme de produits offerte par l'entreprise concernée. » *Source : Eur-lex.europa.eu, Glossaire des termes employés dans le domaine de*

la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration.

Pseudonymisation : « On utilise le terme de pseudonymisation lorsque l'opération est réversible. [...] La pseudonymisation est une technique qui consiste à remplacer un identifiant (ou plus généralement des données à caractère personnel) par un pseudonyme. Cette technique permet la ré-identification ou l'étude de corrélations en cas de besoin particulier. Lors d'une pseudonymisation, il faut être vigilant dans la mesure où une ré-identification peut intervenir à partir d'informations partielles (par exemple, la combinaison des données ville et date de naissance peut être suffisante).
» *Source : Cnil.fr, Fiche n° 10 Sécurité des données.*

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse

ARS : Agence régionale de santé

BEPS : Base erosion and profit shifting (érosion de l'assiette fiscale et transfert des bénéfices)

BEUC : Bureau européen des unions de consommateurs

CADA : Commission d'accès aux documents administratifs

CEA : Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives

CEPD : Comité européen de la protection des données

CGSP : Commissariat Général à la Stratégie et à la Prospective

CIME : Comité interministériel de l'évaluation

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CNDP : Commission nationale du débat public

CNNum : Conseil national du numérique

CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés

COM : Collectivités d'outre-mer

CNE : Conseil National de l'Évaluation

CSE : Conseil Scientifique de l'Évaluation

DASRI : Déchets d'activités de soins à risques infectieux

DCSSI : Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme

DROM : départements et régions d'outre-mer

ETI : Entreprises de taille intermédiaire

INPI : Institut national de la propriété industrielle

FTC : Federal Trade Commission

FNDE : Fonds national de développement de l'évaluation

FSN : Fournisseurs de service numérique

GIE : groupement d'intérêt économique

GIP : groupement d'intérêt public

LPM : Loi de programmation militaire

MAP : Modernisation de l'action publique

MEAE : ministère de l'Europe et des Affaires étrangères

MESRI : ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation

MSS : ministère des Solidarités et de la Santé

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

ODD : Objectifs de développement durable

OECP : Observatoire économique de la commande publique

OIV : Opérateur d'importance vitale

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

OMS : Organisation mondiale de la Santé

OSE : Opérateur de services essentiels

PIAL : Pôles inclusifs d'accompagnement localisés

PME : Petites et moyennes entreprises

PUCA : Plan Urbanisme Construction Architecture

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RGPD : Règlement Général sur la Protection des Données

RGPP : Révision générale des politiques publiques

RGS : Référentiel général de sécurité

RMI : Revenu minimum d'insertion

RSSI : Responsable de la sécurité des systèmes d'information

SCADA : Supervisory, control and data acquisition (Système de contrôle et d'acquisition de données)

SCIC : Société coopératives d'intérêt collectif

SEML : Société d'économie mixte locale

SEMOP : Société d'économie mixte à opération unique

SGMAP : Secrétariat Général pour la Modernisation de l'action Publique

SGDSN : Secrétariat général de la Défense et de la Sécurité nationale

SPA : Service public administratif

SPIC : Service public industriel et commercial

SSNIP : Small but significant and non-transitory increase in price

TPE : Très petite entreprise

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
PARTIE 1. LE DROIT : OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION OPÉRATIONNELLE AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES.....	39
TITRE 1. SIMPLIFIER LA MISE EN PLACE DE L'INNOVATION INCLUSIVE ET COLLABORATIVE	40
<i>CHAPITRE 1. INTÉGRER LE CITOYEN A LA CONCEPTION DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES</i>	<i>40</i>
<i>CHAPITRE 2. SOUTENIR UNE CONCEPTION COLLABORATIVE DE L'INNOVATION.....</i>	<i>104</i>
TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNÉES DANS UN IDÉAL D'INNOVATION	169
<i>CHAPITRE 1. DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNÉES AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES.....</i>	<i>169</i>
<i>CHAPITRE 2. LA NÉCESSAIRE CONVERGENCE DES APPROCHES DES DONNÉES DANS UN IDÉAL D'INNOVATION</i>	<i>233</i>
PARTIE 2. L'EXPÉRIMENTATION JURIDIQUE : OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION NORMATIVE AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES	303
TITRE 1. ADAPTER L'EXPÉRIMENTATION AUX TERRITOIRES D'INTELLIGENCES	304
<i>CHAPITRE 1. L'EXPÉRIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE PERTINENT A L'ÈRE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES.....</i>	<i>304</i>
<i>CHAPITRE 2. L'EXPÉRIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE À ADAPTER AUX TERRITOIRES D'INTELLIGENCES.....</i>	<i>358</i>
TITRE 2. PÉRENNISER L'EXPÉRIMENTATION À L'ÈRE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES.....	414
<i>CHAPITRE 1. CONDITION DE PÉRENNISATION DE L'EXPÉRIMENTATION : L'ÉVALUATION.....</i>	<i>414</i>
<i>CHAPITRE 2. MODES DE PERENNISATION DE L'EXPERIMENTATION.....</i>	<i>475</i>
CONCLUSION	539
BIBLIOGRAPHIE	541
ANNEXES	637
INDEX.....	709
TABLE DES MATIÈRES.....	711

INTRODUCTION

« (...) - Je suis un renard, dit le renard.

- Viens jouer avec moi, lui proposa le petit prince. Je suis tellement triste...

- Je ne puis pas jouer avec toi, dit le renard. Je ne suis pas apprivoisé.

- Ah! pardon, fit le petit prince.

Mais, après réflexion, il ajouta:

- Qu'est-ce que signifie "apprivoiser" ?

(...)

- C'est une chose trop oubliée, dit le renard. Ça signifie "créer des liens..."

- Créer des liens ?

- Bien sûr, dit le renard. Tu n'es encore pour moi qu'un petit garçon tout semblable à cent mille petits garçons. Et je n'ai pas besoin de toi. Et tu n'as pas besoin de moi non plus. Je ne suis pour toi qu'un renard semblable à cent mille renards. Mais, si tu m'apprivoises, nous aurons besoin l'un de l'autre. Tu seras pour moi unique au monde. Je serai pour toi unique au monde...

(...)

Le renard se tut et regarda longtemps le petit prince:

- S'il te plaît... apprivoise-moi ! dit-il.

- Je veux bien, répondit le petit prince, mais je n'ai pas beaucoup de temps. J'ai des amis à découvrir et beaucoup de choses à connaître.

- On ne connaît que les choses que l'on apprivoise, dit le renard. Les hommes n'ont plus le temps de rien connaître. Ils achètent des choses toutes faites chez les marchands. Mais comme il n'existe point de marchands d'amis, les hommes n'ont plus d'amis. Si tu veux un ami, apprivoise-moi !

- Que faut-il faire? dit le petit prince.

- Il faut être très patient, répondit le renard. Tu t'assoiras d'abord un peu loin de moi, comme ça, dans l'herbe. Je te regarderai du coin de l'œil et tu ne diras rien. Le langage est source de malentendus. Mais, chaque jour, tu pourras t'asseoir un peu plus près...»

Saint-Exupéry A., Le petit prince, Chapitre 21.

1. - Innovation : du mythe à la réalité.

Les vagues s'échouent sur la coque, agitant leurs embruns devant son regard fixe. Imperturbable, il scrute l'horizon, guettant un éventuel pavillon ennemi. Une forme semble se dessiner au loin, mais ses contours sont encore incertains. Il plisse les yeux : des voiles. Reste à déterminer si ce bâtiment est une menace. L'affaire est délicate, un étrange halo lumineux étreint l'embarcation. Alors qu'elle s'approche, il réalise qu'elle ne pourfend pas les flots, elle semble voler au-dessus des eaux. Il prend alors conscience de l'ampleur du danger : pire qu'un navire étranger, c'est le Hollandais Volant ! Le bateau maudit fonce dans leur direction. Soudain, un mouvement le secoue. Il se réveille et découvre le reste de l'équipage paisiblement endormi. Ce n'était qu'un cauchemar. Depuis qu'ils voguent au large des côtes sud-africaines, le Hollandais Volant hante ses nuits. Pourtant il sait que ce n'est qu'une légende de marins. Des vieux loups de mer aux scientifiques, en passant même par les juristes, tous en ont conscience : les navires volants n'existent pas. Il sait que les apparitions du Hollandais Volant étaient en réalité des illusions produites par le phénomène optique appelé *Fata Morgana*¹. En se répétant ces mots, qui étaient alors vrais, il finit par retrouver le sommeil : « les bateaux ne volent pas ».

Pourtant, comme le démontre quotidiennement l'innovation, ce qui est vrai un jour, ne l'est pas nécessairement le lendemain. L'invention du *foil*, ou aile d'eau, « surface profilée immergée pour fournir une portance dynamique (liée à la vitesse) »², a permis au navire de voler. Elle a accompagné la création de l'hydroptère qui est un « navire rapide dont la coque est munie d'ailes à surface portante hydrodynamique lui permettant de se soulever au-dessus de l'eau, au-delà d'une certaine vitesse »³. Cantonnés un temps aux courses nautiques, le *foil* et l'hydroptère contribuent progressivement à d'autres formes d'innovations, notamment des innovations pouvant être mises au service des politiques publiques territoriales et contribuer à l'intérêt général. Ainsi, « grâce à l'expérience de l'Hydroptère, l'idée du Sea Bubble n'a pas mis longtemps à émerger »⁴. Il s'agit d'un hydroptère, donc d'un bateau sur *foil* qui s'extirpe de l'eau à partir d'une certaine vitesse, avec un moteur à hydrogène. Son concepteur, Alain Thébault, considère que « cette embarcation est plus qu'une simple innovation technologique », « c'est la solution à la congestion grandissante des villes du monde »⁵. En effet, l'ambition portée par la *start up* Sea Bubbles est de « créer un taxi sur l'eau pour désengorger les rues de nos villes bouchonnées », et ce, « sans émission de CO₂, sans vague et sans bruit »⁶. Invitant à réinvestir des plans d'eau, espaces souvent délaissés dans les villes, nécessitant peu d'énergies, le caractère volant du véhicule limitant les frottements et donc la consommation énergétique, et s'imposant comme peu polluant, notamment grâce à son moteur à hydrogène n'émettant pas de CO₂, le Sea Bubble a rapidement intéressé plusieurs collectivités territoriales françaises, notamment Paris et Annecy, et étrangères, par exemple Venise et San Francisco⁷.

En France, la réglementation a rendu l'affaire plus délicate que prévu. Les limitations de vitesse sur les voies fluviales se sont avérées incompatibles avec le fonctionnement de l'hydroptère comme en attes-

¹ Delbecque A., Réfractions extraordinaires connues sous le nom de fata Morgana, Revue des sciences et de leurs applications aux arts et à l'industrie 1897 ; Lamy-Au-Rousseau S., Le mirage. Source d'illusions et révélateur de terres inconnues, Découverte 2001.

² Lalanguefrancaise.com, Dictionnaire, Définition du mot « foil ».

³ Lalanguefrancaise.com, op. cit. Définition du mot « hydroptère ».

⁴ Entreprendre.fr, Les bateaux-taxis non polluants de Sea Bubbles seront produits dès 2021, 7 nov. 2020.

⁵ Courtois C., Avec Sea Bubbles, naviguera-t-on bientôt sans faire de vague ?, Huffingtonpost.fr, 11 févr. 2021.

⁶ Ibid. Courtois C.

⁷ Parain M., Après Paris, le taxi volant Sea Bubble courtisé par Venise et Dubaï, Breezcar.com, 2017.

tent notamment les difficultés rencontrées afin d'utiliser ces bateaux sur la Seine. Alain Thébault considère à cet égard que « les règles sur la Seine datent d'un autre âge, du temps des péniches Frayssinet »⁸. En effet, en Île-de-France, plusieurs arrêtés préfectoraux ont été mis en place pour limiter la vitesse de circulation sur le réseau fluvial, en particulier afin d'éviter que les vagues générées par la vitesse des bateaux classiques n'endommagent les berges. Les *foils* de Sea Bubbles lui permettant de naviguer au-dessus de l'eau, le navire ne crée pas de vagues risquant d'endommager les berges. L'hydroptère respecte donc l'objectif principal pour lequel la réglementation a été mise en place : la préservation des berges. Pourtant, pour se soulever au-dessus de l'eau, Sea Bubble requiert une vitesse supérieure à celle effectivement prévue par les textes. Afin que ces arrêtés n'empêchent pas le déploiement d'une solution innovante au service de l'intérêt général qui ne contrevient pas à la *ratio legis* des textes en question, un arrêté de circulation dérogatoire au règlement particulier de police Seine-Yonne a été pris afin de permettre l'expérimentation des navettes Sea Bubbles sur la Seine du 16 au 20 septembre 2019⁹. Alors qu'ils profitaient des derniers jours de l'été 2019 sur les quais de Seine, les Franciliens ont donc pu apercevoir des bateaux volants sur la Seine, et, cette fois, ce n'était pas l'œuvre de *Fata Morgana*.

Sea Bubbles est un exemple parlant d'innovation au sein des territoires d'intelligences, particulièrement dans la mesure où cet hydroptère a vocation à servir l'intérêt général et à accompagner les politiques publiques territoriales. Elle met en lumière la manière dont le Droit peut parfois être démuné face aux pratiques innovantes, mais également la capacité qu'a ce dernier à se réinventer face aux nouvelles réalités. Bien que cet arrêté de circulation dérogatoire n'ait été mis en place que pour une durée limitée, il témoigne de la volonté d'accompagner juridiquement l'innovation mise au service de l'intérêt général et laisse envisager une évolution pérenne de ces arrêtés si les acteurs publics locaux souhaitent effectivement déployer ce type de solutions.

2. - Obsolescence de la notion de ville intelligente.

Les *smart cities*, souvent traduites par villes intelligentes, font référence au développement urbain, issu du fonctionnement systémique d'infrastructures connectées et de l'analyse de données, dont l'objectif est de fournir des services plus efficaces et personnalisés de manière durable. Cependant, comme le souligne Luc Bélot, député de Maine-et-Loire, dans son rapport au Premier ministre De la Smart City au Territoire d'intelligence(s), cette traduction et cette définition sont trop restrictives¹⁰ de différents points de vue.

En premier lieu, la notion de ville n'est pas pertinente à plusieurs égards. D'une part, les grands espaces urbains n'ont pas le monopole de l'innovation. Dans son rapport « Smart city versus stupid village ? », Cédric Verpeaux, responsable du pôle Villes et territoires intelligents au sein de la Caisse des Dépôts, met en lumière les initiatives portées par les élus de petites communes et de territoires ruraux¹¹. Luc Bélot soutient cette idée lorsqu'il affirme qu'« il n'y a pas que les villes "monde" et autres mégalo-poles qui engagent des réflexions et construisent des projets smart »¹². Le rapport De la Smart City à la réalité des territoires connectés leur fait écho en rappelant que « le sujet n'est plus celui des villes (ou des

⁸ Poireault K., Foils et flaps, ces technos qui font voler les Sea Bubbles au-dessus de la Seine, Industrie-techno.com, 17 sept. 2019.

⁹ Burban T., SeaBubbles autorisé à expérimenter son bateau sur la Seine, Le Parisien 2019.

¹⁰ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), 2017, Rapp. au Premier ministre.

¹¹ Adcf.org, Guide « smart city versus stupid village ? », sept. 2016.

¹² Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

cities), mais bien celui des territoires (urbains, péri-urbains, ruraux) »¹³. D'autre part, la terminologie « ville » peut sembler cantonner la réflexion à l'échelle d'une commune. Pourtant, selon les spécificités du projet, les domaines sur lesquels il porte et les besoins locaux, l'échelle pertinente peut être celle d'une commune, mais également celle d'une communauté de commune, d'un département ou d'une région.

En second lieu, qualifier un territoire d'« intelligent » du fait de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication donne grande importance à ces outils. Trop grande importance. Cela implique qu'ils font l'intelligence d'un territoire. Or, ce sont les acteurs d'un territoire, citoyens et usagers, collectivités territoriales, acteurs publics nationaux et européens et structures privées, qui le rendent intelligent. Il convient de se libérer de cette vision technocentrée pour tendre vers une vision plus humaniste, replaçant le citoyen au cœur de la ville intelligente. En outre, faire de la technologie une preuve d'intelligence est un jeu dangereux. Le numérique devient alors un objectif en soi et non plus un simple outil contribuant aux politiques publiques territoriales. Une telle vision laisse libre cours au développement d'outils numériques obsolètes, entraînant inutilement des coûts importants pour les collectivités territoriales et des risques pour les citoyens, notamment en ce qui concerne leur vie privée. Rappelant que le numérique est partie intégrante de la flèche, mais ne constitue ni l'arc ni la cible, il convient donc de s'écarter de la notion de ville intelligente.

3. - La notion de territoires d'intelligences.

Plusieurs alternatives à cette terminologie ont alors été proposées, notamment les notions de « ville intelligente »¹⁴, « ville connectée », « territoires connectés »¹⁵ ou « territoires intelligents ». Renvoyant à la notion de ville ou emportant une vision-technocentrée de cette démarche, elles ne semblent pas pertinentes. La notion de territoires d'intelligences, proposée par Luc Bélot dans son rapport De la Smart City au Territoire d'intelligence(s)¹⁶, devra leur être préférée.

Si les territoires d'intelligences ne doivent pas être vus exclusivement au prisme du numérique, il n'en demeure pas moins une composante importante. Rappelons que le numérique est « la représentation de l'information ou de grandeurs physiques (images, sons) par un nombre fini de valeurs discrètes, le plus souvent représentées de manière binaire par une suite de 0 et de 1 »¹⁷. Les innovations liées au numérique dépassent le champ des technologies de l'information et de la communication : « elles sont motrices dans les progrès de la robotique, de l'intelligence artificielle ou des objets connectés »¹⁸. Le Conseil d'État, dans son étude relative au numérique et aux droits fondamentaux, considère que « les mutations techniques qui constituent le phénomène numérique peuvent être regroupées en deux tendances : la progression exponentielle de la puissance de calcul, de stockage et de reproduction ; la mise en réseau généralisée permise par Internet »¹⁹. Le rapport de 2021 intitulé De la Smart City à la réalité des territoires connectés de 2021 rejoint cette idée en affirmant que « le numérique ne se réduit pas à Internet, mais forme un système d'innovations techniques dont Internet permet la mise en

¹³ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, oct. 2021, Bureau de la communication DGE, p. 17.

¹⁴ Commissariat Général au développement durable, rapp., mars 2016, Villes intelligentes, «smart», agiles : Enjeux et stratégies de collectivités françaises.

¹⁵ Ibid. Courbe T.

¹⁶ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

¹⁷ Rapp. CE, n° 65, 9 sept. 2014, Le numérique et les droits fondamentaux.

¹⁸ Ibid. Rapp. CE, n° 65.

¹⁹ Ibid. Rapp. CE, n° 65.

réseau »²⁰. Il ajoute que « le numérique n'est pas qu'un système d'innovations techniques, mais aussi un ensemble de transformations sociales et économiques, les trois dimensions s'alimentant l'une l'autre »²¹. Ainsi, comme le souligne le rapport De la Smart City à la réalité des territoires connectés de 2021, la caractéristique technique « n'embrasse pas toute la dimension du sujet, loin s'en faut »²². En outre, il précise que « puisque les technologies d'aujourd'hui seront obsolètes demain, et qu'on ne peut prédire les usages »²³, il n'est pas pertinent de s'attacher à des facteurs techniques pour définir la ville intelligente. Les territoires d'intelligences sont « une matière fluide et dynamique » et reposent « par essence, sur le rapport entre innovations technologiques, services générés et pratiques des usagers »²⁴.

La notion de « territoires » permet de mettre en exergue la place centrale des collectivités territoriales, de souligner la diversité des territoires concernés et de s'interroger sur l'échelon territorial pertinent pour la mise en œuvre de projets d'intérêt général innovants. Ainsi, ce terme met en valeur la manière dont les collectivités se saisissent des innovations numériques afin de les mettre au service de l'intérêt général. Le rapport de 2021 relatif aux territoires connectés considère à cet égard que « les élus locaux [...], et quelle que soit la taille de la collectivité, perçoivent les opportunités et les enjeux à utiliser des outils numériques nouveaux pour renforcer la performance, la variété et la qualité des services offerts à leurs administrés »²⁵. Si le numérique est une opportunité pour les collectivités territoriales, il les invite également à se réinventer. En effet, « le développement inexorable de ces nouveaux outils crée de nouvelles missions pour les collectivités territoriales »²⁶. Le rapport de Luc Belot relatif aux territoires d'intelligences identifie trois nouvelles missions des collectivités liées à l'usage du numérique : « favoriser la collaboration de l'ensemble des acteurs du territoire pour améliorer le service aux habitants », « garantir la sécurité des données et des systèmes » et « permettre l'accès de tous à ces services »²⁷. En outre, la terminologie « territoires » rappelle l'hétérogénéité des territoires concernés. « Parce que les besoins de se déplacer, de mieux consommer l'eau ou l'énergie, de traiter les déchets ou d'améliorer la prévention des risques par le numérique ne sont évidemment pas réservés qu'aux grandes agglomérations »²⁸, des territoires urbains de plus petite taille, périurbain et ruraux s'approprient également les solutions numériques. Il convient alors de rappeler que « les élus ne souhaitent pas subir une transformation numérique qui s'imposerait uniformément à tous », mais qu'ils ambitionnent, tout au contraire, que « le recours aux outils des "territoires intelligents" soit au service de la mise en œuvre des projets politiques qu'ils portent localement et pour lesquels ils ont été élus au suffrage universel »²⁹. Outre ces différences tenant à la nature même du territoire ainsi qu'au projet politique porté en son sein, il existe également une hétérogénéité juridique. En effet, selon les spécificités du territoire, la nature du projet innovant et les compétences des différentes collectivités terri-

²⁰ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, op. cit. p. 15 et s.

²¹ Ibid. Courbe T.

²² Ibid. Courbe T.

²³ Ibid. Courbe T.

²⁴ Ibid. Courbe T.

²⁵ Ibid. Courbe T.

²⁶ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

²⁷ Ibid. Belot L.

²⁸ Adcf.org, Guide « smart city versus stupid village ? », sept. 2016.

²⁹ Ibid. Courbe T.

toriales prévues par les textes, les collectivités territoriales portant des projets d'intérêt général innovants pourront être des communes, des communautés de commune³⁰, des départements ou des régions³¹. La quête de l'échelon territorial pertinent pour conduire ces projets est un des enjeux clefs des territoires d'intelligences.

Dans son rapport de 2016, Luc Belot choisit la terminologie d'« intelligences ». Il explique ce choix en se faisant l'écho de Jean Rottner, maire de Mulhouse, qui rappelait que « la smart city c'est d'abord faire vivre toutes les intelligences locales, de la collectivité aux citoyens, des associations aux entreprises, des partenaires institutionnels aux collectifs informels »³². Le rapport De la Smart City à la réalité des territoires connectés propose une cartographie des parties prenantes des territoires d'intelligences qui met en lumière la diversité des acteurs des territoires³³. Dans ce cadre, il souligne la participation³⁴ des citoyens et usagers³⁵, des collectivités territoriales³⁶, des acteurs publics nationaux et européens³⁷, auxquels il convient d'ajouter les autres acteurs publics internationaux, des accompagnateurs des territoires³⁸, les structures d'ingénierie³⁹, les autres fournisseurs de services⁴⁰, les opérateurs de services publics⁴¹ et les autres acteurs⁴², tels que les entreprises du territoire ou les établissements d'enseignement et de recherche. Ainsi, les territoires d'intelligences ont notamment pour objectif de « renforcer le pouvoir de tous les acteurs de la ville, les associer plus étroitement à la décision publique, permettre que la ville profite de toutes les intelligences »⁴³. Il convient cependant de souligner qu'un des acteurs des territoires d'intelligences occupe une place particulièrement centrale : les habitants. Rappelons que « pour innover, il faut donc revenir au point de départ. Repartir du début – à quoi et pour qui ce produit ou ce service – pour penser, imaginer, concevoir quelque chose de neuf »⁴⁴. Le citoyen étant le point de départ de la démocratie et l'utilisateur celui du service public, il convient donc de leur accorder une place centrale au sein des territoires d'intelligences. De ce point de vue, la participation citoyenne est un enjeu important des territoires d'intelligences. L'habitant est, au sein des territoires d'intelligences, tout à la fois citoyen, usager⁴⁵ et consommateur. N'étant pas simple utilisateur, mais également acteur de l'innovation⁴⁶, la qualification de citoyen semble devoir être retenue

³⁰ Metropolegrandparis.fr, Métropole d'intelligences, Schéma Métropolitain d'Aménagement Numérique.

³¹ Fnau.org, De la smart city à la région intelligente, Les Cahiers de l'Institut d'aménagement et d'urbanisme Île-de-France.

³² Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

³³ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, op. cit., p. 28.

³⁴ Ibid. Courbe T.

³⁵ Acteurs identifiés par l'étude dans ce champ : citoyens, usagers, associations locales, associations de défense des droits, associations de consommateurs et associations d'usagers.

³⁶ Acteurs identifiés par l'étude dans ce champ : les communes, les métropoles, les autres EPCI, les départements, les régions ainsi que les associations d'élus et collectivités.

³⁷ Acteurs identifiés par l'étude dans ce champ : les services de l'Etat déconcentrés, les programmes et fonds européens, les ministères, les agences de l'Etat et la Banque des territoires.

³⁸ Acteurs identifiés par l'étude dans ce champ : les Labs, les tiers e confiance, les pôles de compétitivité, les incubateurs, les syndicats mixtes, les fédérations et réseaux professionnels, les organismes de financement et les organismes de certifications.

³⁹ Acteurs identifiés par l'étude dans ce champ : les sociétés de conseils et les bureaux d'études, notamment locaux.

⁴⁰ Acteurs identifiés par l'étude dans ce champ : les PME, les start-up, les sous-traitants, les intégrateurs, les ESN et éditeurs, les hébergeurs, les plateformes, les opérateurs télécom ainsi que les fabricants et équipementiers IoT et réseaux.

⁴¹ Acteurs identifiés par l'étude dans ce champ : les PME locales, les sous-traitants locaux, les intégrateurs, les consortiums et les opérateurs de services publics dans le domaine de la mobilité, de l'énergie, des déchets, de l'eau et du bâtiment.

⁴² Autres acteurs identifiés par l'étude : les médiateurs numériques, les tiers lieux, les acteurs consulaires, les entreprises de territoire, les établissements d'enseignement et de recherche, les acteurs consulaires, les médias ainsi que les salons et expositions.

⁴³ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

⁴⁴ Michel D.-A., L'innovation, une affaire d'intelligence collective, L'expansion management Review 2014.

⁴⁵ Toulouse-metropole.fr, Le Laboratoire des usages.

⁴⁶ Akrich M, Les utilisateurs, acteurs de l'innovation, Éducation permanente 1998.

en ce qu'elle met en valeur ce rôle actif et cette capacité à « [participer] de son plein gré à la vie de la cité »⁴⁷. Le Conseil d'État rappelle d'ailleurs dans son étude annuelle de 2018 relative à la citoyenneté que « l'émergence et l'enracinement des termes de "citoyen", pour désigner celui qui utilise le service public et de "citoyenneté", pour qualifier la relation avec l'administration, traduit aussi une évolution, plus générale, vers une citoyenneté de l'engagement »⁴⁸. Le numérique n'est pas étranger au renouveau de la participation citoyenne, « il invite à une profonde redéfinition de la logique participative »⁴⁹.

Il convient de rappeler que le numérique « doit plus que jamais servir l'intérêt public, les biens communs organisés par les collectivités, dont les communes et intercommunalités »⁵⁰. Au sein des territoires d'intelligences, le numérique doit nécessairement être mis au service de l'intérêt général. Dans ce cadre, il peut notamment contribuer aux services publics en « [en optimisant] et [en rationalisant] la gestion des services »⁵¹ et en renforçant le respect des principes du service public, notamment ceux de continuité, d'égalité, de qualité et de transparence. Le guide Smart City versus Stupid Village illustre d'ailleurs la manière dont le numérique est utilisé par les collectivités territoriales afin d'améliorer de nombreux services publics, notamment en ce qui concerne l'eau, l'environnement et la prévention des risques, les déchets, l'éclairage public, le transport et la mobilité, la voirie et le stationnement ou encore l'efficacité énergétique des bâtiments⁵². Forts de ce constat, « les entreprises [...], grands groupes opérateurs des principales fonctions urbaines, gestionnaires d'infrastructures, entreprises de services numériques ou start-up d'envergure locale ou nationale, cherchent à stabiliser un (ou plusieurs) modèle(s) de déploiement des territoires intelligents dans lequel (ou lesquels) leur offre de services apportera une valeur importante aux politiques publiques »,⁵³ mais également à l'intérêt général.

Le Parlement européen estime en 2014 que la ville intelligente est « une ville qui cherche à répondre aux questions d'intérêt général par des solutions numériques, permises grâce à un partenariat entre une multitude d'acteurs »⁵⁴. Au regard de cette définition et des éléments précédemment évoqués, les territoires d'intelligences peuvent être considérés comme des territoires qui, en collaboration avec l'ensemble des acteurs locaux, particulièrement le citoyen, utilisent le numérique dans un but d'intérêt général.

Le développement exponentiel des territoires d'intelligences conduit à s'intéresser aux questions juridiques qui leur sont liées. En effet, les innovations techniques permettant le développement de territoires collaboratifs, disruptifs et inclusifs sont de plus en plus nombreuses, mais leur implémentation effective dans les territoires s'avère complexe, notamment du point de vue juridique. Pourtant, des principes, outils et méthodes juridiques peuvent accompagner ces démarches et s'imposer comme des vecteurs d'innovation.

4. - Adéquation des compétences à l'échelon territorial : un principe juridique au cœur des territoires d'intelligences.

⁴⁷ Debray R., *La République expliquée à ma fille*, 1998, Seuil.

⁴⁸ Rapp. CE, 26 sept. 2018, Être (un) citoyen aujourd'hui.

⁴⁹ Cluzel-Métayer L., *Les leviers numériques du crowdsourcing des services publics*, Hal.archives-ouvertes.fr.

⁵⁰ Adcf.org, Guide « smart city versus stupid village ? », sept. 2016.

⁵¹ Ibid. Adcf.org.

⁵² Ibid. Adcf.org.

⁵³ Courbe T. (dir.), *Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés*, op. cit. p. 15.

⁵⁴ Europarl.europa.eu, *Mapping Smart City in the UE*, 2014.

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication amènent à repenser l'organisation territoriale et l'élaboration des politiques publiques. La notion de « territoires d'intelligences » met en exergue cette idée en ce qu'elle questionne l'échelon territorial pertinent pour mettre en œuvre ces nouvelles politiques publiques innovantes. De ce point de vue, les règles applicables en matière de répartition des compétences entre collectivités territoriales ne sauraient être prises pour argent comptant. Le pragmatisme territorial, écho du principe d'adéquation des compétences à l'échelon territorial, doit être le maître mot en matière de décentralisation afin de répondre à ce nouvel enjeu.

L'ambition décentralisatrice portée dans les années soixante-dix⁵⁵ a donné naissance à l'Acte I de la décentralisation au matin des années quatre-vingt. Après une première tentative avortée⁵⁶, la décentralisation prend corps avec la loi du 2 mars 1982⁵⁷ et celle du 22 juillet 1982⁵⁸. Ces dernières « dressent une énumération limitative des domaines d'intervention pour chaque niveau de collectivité, en fonction du principe de proximité »⁵⁹. Environ vingt-cinq lois et deux cents décrets viendront en peaufiner les traits entre 1982 et 1986⁶⁰. Ce premier acte est complété par différentes lois dans les années quatre-vingt-dix⁶¹ afin de lui donner « un second souffle »⁶². Le rapport Clément de 2002 souligne que « la pratique de la décentralisation va quelque peu brouiller ce bel ordonnancement »⁶³. L'acte II de la décentralisation vise notamment à dépasser ce clivage entre la théorie et la pratique. Dans ce cadre, le projet de loi constitutionnelle déposé le 7 novembre 2002 relatif à l'organisation décentralisée de la République⁶⁴ « propose une nouvelle règle de répartition, qui obligera désormais à rechercher le niveau le plus adéquat pour l'exercice d'une compétence »⁶⁵. Il s'agit du principe de l'adéquation des compétences à l'échelon territorial qui sera maintenu dans la version finale de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République⁶⁶.

Inspiré⁶⁷ par le principe de subsidiarité prévu par le Droit communautaire⁶⁸, le principe d'adéquation figure dorénavant au second alinéa de l'article 72 de la Constitution qui dispose que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le

⁵⁵ Rapp. Sénat, 22 oct. 1976, vivre ensemble.

⁵⁶ Projet de loi n° 187, 20 déc. 1978, pour le développement des responsabilités des collectivités locales.

⁵⁷ L. n° 82-213, 2 mars 1982.

⁵⁸ L. n° 82-623, 22 juill. 1982.

⁵⁹ Rapp. AN n° 376, 13 nov. 2002, sur le projet de loi constitutionnelle (n° 369), adopté par le Sénat, relatif à l'organisation décentralisée de la République et la proposition de lois constitutionnelle (n°249) de M. Hervé Morin et plusieurs de ses collègues, p. 85.

⁶⁰ Collectivites-locales.gouv, Institutions, Historique de la décentralisation.

⁶¹ L. n° 92-125, 6 févr. 1992 ; L. n° 95-115, 4 févr. 1995 ; L. n° 99-533, 25 juin 1999 ; L. n° 99-586, 12 juill. 1999 ; L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000 ; L. n° 2002-276, 27 févr. 2002.

⁶² Ibid. Collectivites-locales.gouv.

⁶³ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 29.

⁶⁴ Projet de loi constitutionnelle n° 369, 7 nov. 2002, relatif à l'organisation décentralisée de la République.

⁶⁵ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 85.

⁶⁶ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003, art. 5.

⁶⁷ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 19 : Si les deux principes sont intimement liés, ils demeurent cependant différents. En premier lieu, le principe communautaire de subsidiarité s'inscrit dans une « logique fédérale » tandis que le principe français d'adéquation « la logique est, à l'inverse, celle d'un État unitaire qui a vocation à être décentralisé ». En second lieu, le principe communautaire « est avant tout un principe de protection » et le principe national « est un principe dynamique ».

⁶⁸ Traitée UE, art. 5.

mieux être mises en œuvre à leur échelon »⁶⁹. Incarnation du caractère décentralisé de la République⁷⁰, ce principe novateur⁷¹ « [oblige] désormais à rechercher le niveau le plus adéquat pour l'exercice d'une compétence »⁷². L'inscription de ce principe dans la Constitution « permet d'indiquer une direction, un objectif à atteindre » et invite le législateur à « s'astreindre constamment à évaluer le niveau de décision le plus approprié pour la mise en œuvre d'une compétence »⁷³. À cette fin, le pouvoir constituant met à la disposition du législateur des outils juridiques⁷⁴ tels que l'expérimentation juridique. Cependant, comme le rappelle l'Assemblée nationale, « il s'agit d'un objectif et non d'une obligation »⁷⁵, c'est-à-dire que « les collectivités "ont vocation à" exercer les compétences qui peuvent le mieux être exercées à leur échelon, sans pour autant que ce principe soit reconnu comme un droit »⁷⁶.

La promesse est belle. Pourtant, elle se perd bien souvent dans le « labyrinthe des compétences des collectivités territoriales »⁷⁷. Malgré plusieurs tentatives de simplification⁷⁸, « la question se pose toujours de l'adaptation des collectivités territoriales aux réalités du terrain et de la recherche de l'échelon territorial le plus apte à exercer telle ou telle compétence »⁷⁹. Les territoires d'intelligences invitent à replonger dans ces questionnements afin de conduire des politiques publiques territoriales innovantes de manière efficiente et pragmatique.

5. - Accompagner juridiquement la collaboration entre les acteurs des territoires.

Impliquant l'ensemble des acteurs du territoire et les invitant à coopérer, les territoires d'intelligences sont inclusifs et collaboratifs. Il convient donc de s'interroger sur la manière dont le Droit peut accompagner la participation de ces différentes intelligences et la co-construction des territoires. Les trois principaux sujets juridiques en la matière sont la participation des citoyens, la structuration des relations partenariales et l'articulation des enjeux divergents des différents acteurs.

Le citoyen étant la clef de voûte des territoires d'intelligences, il est essentiel qu'il dispose des outils de participation citoyenne adéquats. Le pouvoir constituant⁸⁰, le législateur organique⁸¹ et le législateur ordinaire⁸² ont progressivement consacré un ensemble de dispositifs, nationaux⁸³ et locaux⁸⁴, permettant au citoyen de participer à la construction des politiques publiques. En ce qu'elle peut « permettre de donner un second souffle à la démocratie »⁸⁵, la participation citoyenne est un sujet éminemment juridique. Il est d'ailleurs essentiel de s'assurer que les dispositifs de participation citoyenne

⁶⁹ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 2.

⁷⁰ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 85 et s.

⁷¹ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁷² Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁷³ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁷⁴ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁷⁵ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁷⁶ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁷⁷ Trepoz-Bruant A., Comment sortir du dédale législatif des compétences territoriales ?, AJDA 2017.

⁷⁸ L. n° 2015-991, 7 août 2015.

⁷⁹ Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, 2020.

⁸⁰ L. const. n° 2003-276 ; L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008.

⁸¹ L. org. n° 2003-705, 1er août 2003 ; L. org. n° 2010-704, 28 juin 2010.

⁸² L. n° 83-630, 12 juill. 1983 ; L. n° 95-101, 2 févr. 1995 ; L. n° 2002-276, 27 févr. 2002 ; L. n° 2004-809, 13 août 2004 ; L. n° 2010-788, 12 juill. 2010 ; L. n° 2012-1460, 27 déc. 2012.

⁸³ Les pétitions, les référendums, ainsi que les enquêtes, concertations, consultations et conférences peuvent être évoquées à cet égard.

⁸⁴ Les pétitions et référendums locaux ainsi que les consultations et conseils locaux peuvent être évoqués à cet égard.

⁸⁵ Despinasse F., Bonfils M., La participation citoyenne, un vecteur de sens pour l'action publique, Gaz. Cnes. 2021.

déployés soient effectivement au service de la démocratie et ne conduisent pas à un « redoublement de l'exclusion »⁸⁶. Au sein des territoires d'intelligences, la participation citoyenne s'appuyant de manière croissante sur les outils numériques, il est fondamental de garantir l'inclusion numérique des citoyens et la protection des outils techniques utilisés dans ce cadre. Le législateur doit donc à la fois mettre en place des dispositifs juridiques de participation citoyenne et des mesures garantissant une participation effectivement démocratique.

En outre, il ne s'agit pas exclusivement de faire participer chacune des intelligences du territoire, mais également de les aider à collaborer. Le Droit peut contribuer à la structuration des relations partenariales dans le cadre d'un projet innovant. En effet, le Droit peut permettre aux acteurs de s'interroger sur leurs objectifs respectifs et sur ce qu'ils attendent de la collaboration. En outre, il peut apporter des garanties et des sécurités aux différents acteurs d'un projet, favorisant ainsi la confiance et le partage. Afin de structurer leurs relations, les acteurs des territoires d'intelligences peuvent notamment s'appuyer sur les structures juridiques et les contrats mis à disposition par le législateur. Si le Droit peut alors s'avérer au service des projets collaboratifs, il convient malgré tout de s'assurer que les conditions de création ou de fonctionnement de certaines structures ainsi que certaines règles relatives au contrat, notamment dans le domaine de la commande publique⁸⁷, ne soient pas trop complexes ou limitantes pour des projets innovants.

Enfin, le Droit peut aider à trouver un point d'équilibre entre des enjeux et des approches divergentes. Sur ce point, le sujet dépasse largement la question des contrats et des structures juridiques. Il s'agit ici d'identifier la manière dont le Droit peut apporter une vision globale d'un sujet qui concilierait des approches divergentes des différents acteurs des territoires d'intelligences. Un exemple éclairant à cet égard est celui de la donnée. Au cœur des territoires d'intelligences, la donnée incarne des réalités différentes pour les acteurs publics, les structures privées et les citoyens. Elle peut ainsi être perçue comme contribuant à l'intérêt général, constituant un avantage économique et concurrentiel ou encore incarnant la vie privée des citoyens. Si le législateur tente d'accompagner chacun de ces mouvements, il se doit également dans un idéal de cohérence juridique de déterminer le point d'équilibre entre ces différentes dynamiques. Il pourra ainsi préciser comment concilier ces différentes approches et faciliter la mise en place de projets collaboratifs.

6. - Légiférer de manière efficiente en matière numérique.

Le troisième enjeu juridique touche au développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. En effet, si elles représentent une formidable opportunité pour améliorer le fonctionnement de nos territoires et renforcer les droits de leurs habitants, elles peuvent s'avérer dangereuses et, entre autres, menaçantes pour la vie privée des citoyens. Elles requièrent donc un encadrement juridique pour ne pas produire d'effets pervers. Pourtant, bien souvent, la législation n'a pas été rédigée dans la perspective de l'utilisation de ces innovations techniques.

En 2004, le constat dressé par William Dross, Professeur de Droit, est cinglant : « Terrorisé à l'idée de ne pas être à la hauteur du défi lancé par l'intrusion des nouvelles technologies de l'information, le législateur, européen ou français, légifère à tour de bras : il s'exagère ainsi nettement la nécessité d'un

⁸⁶ Blondiaux L., Démocratie locale et participation citoyenne : la promesse et le piège, Mouvements 2001.

⁸⁷ Auby J.-B., Ville intelligente et questions juridiques, Lesechos.fr, 25 févr. 2015.

changement de ses règles »⁸⁸. L'acharnement législatif⁸⁹ en la matière est bien réel. En témoignent les seize lois votées en France dans le domaine des nouvelles technologies entre 1982 et 1991 répertoriées dans le rapport du Conseil d'État de 1991⁹⁰. Force est de constater que « le résultat produit n'est pas très heureux : outre de concourir à l'accroissement exponentiel des règles de droit, le phénomène suscite une réglementation tatillonne donc lacunaire »⁹¹. La faute en incombe tant à la quantité qu'à la qualité des normes élaborées en la matière. Afin d'éviter ces déboires, sources d'insécurité juridique, le législateur doit donc s'astreindre à se poser deux questions : convient-il de légiférer ? Comment légiférer ? Elles ne sont évidemment pas propres au domaine des nouvelles technologies, mais s'avèrent d'autant plus essentielles dans ce champ à la lumière des spécificités de ce dernier.

La première interrogation qui se présente est donc la suivante : « dans quelle mesure la législation doit-elle être adaptée aux nouvelles réalités ? »⁹². Comme le rappelle Jean-Claude Bonichot, juge à la Cour de justice de l'Union européenne, si cette problématique se rencontre dans d'autres domaines, « on y est très naturellement plus souvent confronté »⁹³ dans celui des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Que les normes ne furent pas rédigées dans la perspective de ce type d'innovation, quelques mots suffisent à le rappeler. Nul besoin de souligner que le Code de la route n'a pas été élaboré dans la perspective de la circulation de véhicules autonomes. La liberté laissée par le législateur dans certains textes et le pouvoir d'interprétation du juge peuvent néanmoins permettre d'appliquer des normes existantes aux nouvelles technologies⁹⁴. La jurisprudence peut donc, dans certains cas, constituer un premier rempart contre l'acharnement législatif. Pourtant, dans d'autres, l'intervention du législateur est une nécessité.

La seconde question qui se pose alors est : comment légiférer ? Elle brûle les lèvres de nombreux juristes bien au-delà du sujet des nouvelles technologies de l'information et de la communication. En effet, la complexification du Droit, le développement des textes réactionnels⁹⁵ et des cavaliers législatifs⁹⁶ ainsi que l'acharnement législatif ont progressivement conduit à repenser la confection de la loi⁹⁷. Les spécificités du domaine des nouvelles technologies, notamment la vitesse à laquelle elles émergent et évoluent, la technicité de la matière et le caractère totalement nouveau de certains sujets auxquels est confronté le législateur⁹⁸, rendent la tâche du législateur d'autant plus délicate dans ce champ. En premier lieu, cela pose la question du degré de précision que devraient contenir les textes. En effet, comme le rappelle Jacques Chevallier, le législateur français « s'est obstiné à bâtir des statuts successifs, à chaque fois coulés dans le bronze et posés comme éternels, dont la durée de vie a été en fait

⁸⁸ Dross W., L'encadrement des technologies par le Droit : nécessité et source de changements, *Revue du notariat* 2004.

⁸⁹ Flis-Trèves M., Mehl, Pisier E., *Contre l'acharnement législatif*, Pouvoirs, n° 56, 1991.

⁹⁰ Rapp. CE n° 43, 1991, De la sécurité juridique.

⁹¹ Ibid. Dross W.

⁹² Bonichot J.-C., « Mieux légiférer » L'exemple des nouvelles technologies de l'information, in Rubio N. (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, 2018, UMR DICE..

⁹³ Ibid. Bonichot J.-C.

⁹⁴ Ibid. Bonichot J.-C.

⁹⁵ Carcassonne G., *Penser la loi*, Pouvoirs 2005.

⁹⁶ Déchaux R., *L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de « cavaliers » entre 1996 et 2006*, Conseil-constitutionnel.fr.

⁹⁷ Ibid. Rapp. CE n° 43 ; Accord interinstitutionnel n° 2003/C 321/01, 31 déc. 2003 ; Rapp. CE n° 57, 14 mars 2006, Sécurité juridique et complexité du droit ; Rapp. CE n° 67, 13 juill. 2016, Simplification et qualité du Droit ; Rubio N. (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, 2018, UMR DICE.

⁹⁸ Par exemple en ce qui concerne les questions de responsabilité liées à l'intelligence artificielle.

des plus limitées »⁹⁹. Le législateur doit alors s'élanter tel un funambule et trouver l'équilibre entre la précision et la généralité. S'il est trop minutieux, ses textes seront fugaces, s'il est trop sommaire, ses textes seront sans portée véritable. Pour danser sur la corde, le saltimbanque pourra s'appuyer sur les mots de Jean-Étienne-Marie Portalis¹⁰⁰ : « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »¹⁰¹. L'essentiel, alors, n'est pas dans le détail des questions soulevées par chaque nouvelle technologie. Il est plutôt dans les droits qui doivent être garantis et les obligations qui doivent être maintenues, ou pas. En outre, la vivacité des évolutions technologiques expose également à un décalage entre le temps de la technologie et celui de la loi. En effet, « en s'adaptant à une réalité nouvelle, le législateur n'a pas d'autre choix que d'être en retard sur celle-ci, et ce retard est plus ou moins accusé »¹⁰². Afin de réduire ce retard, le législateur est tenté de se hâter. Le risque est alors que l'empressement à légiférer tienne davantage de la précipitation que de la diligence, conduisant alors à des textes bâclés et tout aussi éphémères. En second lieu, il est particulièrement délicat pour le législateur d'anticiper les effets d'une norme dans un domaine nouveau et technique et donc de se prémunir des effets pervers qu'elle pourrait produire. Afin de répondre à cette question du « comment » il est donc fondamental d'identifier les outils juridiques à la disposition du législateur lui permettant de se prémunir de ces risques.

7. - Droit et innovation : des relations théoriquement conflictuelles.

Dans ce théâtre que constituent les territoires d'intelligences, le Droit et l'innovation doivent se donner la réplique.

L'innovation est semblable au vent. Comme lui, elle ne devient visible que lorsqu'elle impacte quelque chose de concret. Il peut s'agir, pour le vent, de faire tressaillir les feuilles d'un arbre et, pour l'innovation, de contribuer à l'amélioration d'un service public. En outre, l'un comme l'autre est porteur de formidables opportunités comme de risques. En matière d'innovation, une simple brise peut renforcer la participation citoyenne et participer à l'intérêt général. Une tempête incontrôlée peut, pour sa part, porter atteinte à des libertés et droits fondamentaux ainsi qu'à l'État de Droit.

La notion d'innovation ne saurait être traitée sans évoquer le Manuel d'Oslo¹⁰³, « référence internationale en matière de définition de l'innovation »¹⁰⁴. Il définit l'innovation comme « la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures »¹⁰⁵. De ce point de vue, et comme le rappelle le guide pratique relatif à l'achat public innovant, « l'innovation se distingue donc de l'invention ou de la découverte par son caractère opérationnel : elle est sur le point ou vient d'être commercialisée »¹⁰⁶. Le Manuel d'Oslo distingue quatre grands types d'innovation, à savoir l'innova-

⁹⁹ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, in Morand C.-A. (dir.), Évaluation législative et lois expérimentales, 1993, PUAM, p. 122 et s.

¹⁰⁰ Dross W., L'encadrement des technologies par le Droit : nécessité et source de changements, op. cit.

¹⁰¹ Fenet P.A. (dir.), Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1827.

¹⁰² Ibid. Dross W.

¹⁰³ Oecd.org, Manuel d'Oslo.

¹⁰⁴ Economie.gouv.fr, Guide pratique achats publics innovants.

¹⁰⁵ Ibid., Oecd.org.

¹⁰⁶ Ibid. Economie.gouv.fr.

tion de produit, l'innovation de procédé, l'innovation de commercialisation et l'innovation organisationnelle. Le premier correspond à « l'introduction d'un bien ou d'un service nouveau », étant précisé que « cette définition inclut les améliorations sensibles des spécifications techniques, des composants et des matières, du logiciel intégré, de la convivialité ou autres caractéristiques fonctionnelles »¹⁰⁷. Le second fait quant à lui référence à « la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée » et implique donc « des changements significatifs dans les techniques, le matériel et/ou le logiciel »¹⁰⁸. La troisième porte, pour sa part, sur « la mise en œuvre d'une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification d'un produit »¹⁰⁹. Enfin, l'innovation organisationnelle est « la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de la firme »¹¹⁰. Nul doute que les législateurs européen¹¹¹ et français¹¹² se sont inspirés du travail de l'OCDE lorsqu'ils ont donné leur définition de l'innovation dans le cadre des marchés publics. Le Code de la commande public précise en effet que « sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés » et ajoute que « le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise »¹¹³. Bien qu'essentiels pour comprendre la notion d'innovation, les éléments apportés par le Manuel d'Oslo, ne sauraient suffire pour appréhender la notion d'innovation au sein des territoires d'intelligences. Retenir exclusivement cette vision, tournée essentiellement vers le secteur privé¹¹⁴, conduirait à une compréhension lacunaire de l'innovation mise en œuvre dans les territoires d'intelligences. Afin de compléter cette analyse, il convient donc de s'intéresser à la notion d'innovation territoriale, qui accorde, pour sa part, une place centrale aux acteurs publics et au citoyen.

Rappelant que « la définition de l'innovation territoriale a été peu aisée et cherche encore ses marques »¹¹⁵, Irène Georgescu et Bachir Mazouz considèrent malgré tout qu'un « consensus semble émerger »¹¹⁶. S'inspirant du travail d'Olivier Crevoisier¹¹⁷, ils considèrent que « l'innovation territoriale peut émerger du terrain et résulter de l'alchimie entre ressources territoriales et attentes des citoyens »¹¹⁸. La définition de l'innovation territoriale proposée par Irène Georgescu et Bachir Mazouz s'avère particulièrement éclairante :

« Conçue et déployée selon des perspectives visant le développement du bien commun, de l'intérêt général et des services publics, l'innovation territoriale se matérialise donc par les changements de

¹⁰⁷ Oecd.org, Stratégie de l'OCDE pour l'innovation, Définir l'innovation.

¹⁰⁸ Ibid. Oecd.org.

¹⁰⁹ Ibid. Oecd.org.

¹¹⁰ Ibid. Oecd.org.

¹¹¹ Dir. n° 2014/24/UE du PE et du Cons., 26 févr. 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, art. 2.22.

¹¹² D. n° 2014-1097, 26 sept. 2014.

¹¹³ CCP, art. R.2124-3.

¹¹⁴ Notamment avec le rôle important accordé à la commercialisation ;

¹¹⁵ Georgescu I., Mazouz B., La gestion des innovations territoriales à l'aune des impératifs de performance publique, Finance Contrôle Stratégie 2020.

¹¹⁶ Ibid. Georgescu I., Mazouz B.

¹¹⁷ Crevoisier O., La pertinence de l'approche territoriale, Revue d'Économie Régionale & Urbaine 2010.

¹¹⁸ Ibid. Georgescu I., Mazouz B.

pratiques résultant d'interactions entre territoire et acteurs locaux et de collaborations intersectorielles locales plus ou moins institutionnalisées »¹¹⁹

Au sein des territoires d'intelligences, l'innovation devra être abordée de ces différents points de vue. En premier lieu, il s'agit bien d'une nouveauté ou d'une amélioration sensible de l'existant¹²⁰. Il convient donc de souligner que la notion ne se cantonne pas à l'innovation de rupture, qui ébranle la société¹²¹, mais renvoie également à l'innovation incrémentale, qui améliore sensiblement l'existant¹²². S'il lui arrive de prendre la forme d'une tornade, le vent de l'innovation tient bien souvent davantage de la brise. En second lieu, elle poursuit un objectif d'intérêt général. C'est ici l'opportunité de rappeler que rien ne sert d'innover pour innover. L'innovation n'est pas une fin en soi. Elle est en réalité une conséquence possible de la poursuite d'un objectif et devient alors un outil au service de dernier. Ainsi, « on ne peut pas inviter le vent, mais on doit laisser la fenêtre ouverte »¹²³. Au sein des territoires d'intelligences, l'innovation est donc bien « conçue et déployée selon des perspectives visant le développement du bien commun, de l'intérêt général et des services publics »¹²⁴. En troisième lieu, l'innovation est le fruit d'un travail collaboratif des acteurs du territoire, avec, en son centre, le citoyen. C'est eux qui, dans le cadre de leurs projets collaboratifs, indiqueront au vent dans quelle direction souffler. Chaque territoire ayant ses spécificités et les politiques publiques évoluant au gré des mandats, la teneur exacte de cet objectif d'intérêt général peut varier d'un territoire à un autre. En quatrième lieu, il convient de traiter de la forme que peut prendre l'innovation au sein des territoires d'intelligences. Les territoires d'intelligences laissant une place importante au numérique, l'innovation peut être numérique ou technologique. Elle peut prendre la forme d'une innovation de produit, de procédé, de mise à disposition du bien ou du service ainsi que d'organisation¹²⁵. Pourtant, comme évoqué précédemment, « la nécessité de dépasser l'approche technologique de l'innovation »¹²⁶ est prégnante. Il semble donc fondamental de rappeler que toute innovation n'implique pas nécessairement l'utilisation du numérique. Les différentes innovations présentées dans le Manuel d'Oslo¹²⁷ peuvent exister au sein des territoires d'intelligences et cette approche semble plus pertinente que celle du numérique. La vision centrée sur le secteur privé de l'OCDE appelle cependant à quelques précisions. Tout d'abord, l'innovation de commercialisation n'apparaît pas comme un terme pertinent dans la mesure où une partie des biens et services mis à disposition des acteurs des territoires le sont gratuitement. Le terme d'innovation de mise à disposition lui sera donc préféré en l'espèce. Comme « la mise en place de services " drive " pour emporter ses commandes a constitué une innovation commerciale » au sens de l'OCDE, la mise en place de « drive » de test de dépistage de la Covid-19 constitue une innovation de mise à disposition. En outre, l'innovation d'organisation ne sera pas nécessairement entendue ici comme impliquant systématiquement une entreprise. Elle occupera également une place d'autant plus importante au sein des territoires d'intelligences, l'innovation d'organisation pouvant alors concerner tant l'organisation territoriale que l'organisation entre les acteurs

¹¹⁹ Georgescu I., Mazouz B., La gestion des innovations territoriales à l'aune des impératifs de performance publique, op. cit.

¹²⁰ Oecd.org, Manuel d'Oslo.

¹²¹ Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, RLDI 2011.

¹²² Economie.gouv.fr, Guide pratique achats publics innovants.

¹²³ Krishnamurti J.

¹²⁴ Ibid. Georgescu I., Mazouz B.

¹²⁵ Oecd.org, Manuel d'Oslo.

¹²⁶ Ibid. Georgescu I., Mazouz B.

¹²⁷ Innovation de produit, l'innovation de procédé, l'innovation de commercialisation et l'innovation organisationnelle.

des territoires. Reprenant la classification de l'innovation de l'OCDE, qui intègre donc la commercialisation, ainsi que l'instruction fiscale du 2 novembre 2016¹²⁸, qui rappelait que « l'innovation est une notion globale qui va au-delà de la seule R&D »¹²⁹, il convient de souligner que l'innovation implique tant une phase de conception qu'une phase de concrétisation du projet. Nous considérerons donc que l'innovation est la conception et la concrétisation d'une nouveauté ou d'une amélioration dans une perspective de développement du bien commun, de l'intérêt général et des services publics résultant du travail collaboratif des acteurs du territoire.

Ces innovations, avec les opportunités et les risques qu'elles portent, doivent être accompagnées juridiquement. Pourtant, le Droit semble parfois démuni face à ces changements. Par exemple, le Droit du numérique « est tour à tour accusé d'être impuissant à protéger les individus ou de mettre trop d'entraves à l'économie numérique, d'être trop lent à prendre les mesures de protection attendues ou, au contraire, trop instable pour favoriser durablement l'innovation »¹³⁰. Le Droit tend à être perçu par les personnes qui lui sont soumises comme un poids pesant sur la mise en œuvre de projets, pouvant potentiellement couler les volontés innovantes. Pourtant il n'est pas l'ancre, mais bien la mer, « espace de rigueur et de liberté »¹³¹. Le Droit n'est pas une norme constante émergée d'un autre temps, il est une « [promenade] dans le temps du monde »¹³². Si une partie est immuable comme les fonds marins, une autre fluctue au gré de nos évolutions sociétales comme les marées valsent avec la lune. Les mots de Baudelaire ont alors un écho particulier : « Homme libre, toujours tu chériras la mer. La mer est ton miroir et tu contemples ton âme dans le déroulement infini de sa lame »¹³³.

8. - Droit et innovation : des synergies potentielles.

Le juriste, Homme de loi, se transcende en Homme d'équipage. Comme l'Homme d'équipage ne saurait naviguer sans l'écosystème marin, le juriste en entreprise ou en collectivité ne saurait exister sans les chefs de projet qui l'invitent régulièrement au voyage. Malheureusement, la relation entre juristes et chefs de projet d'innovation tend à être perçue par ces derniers comme celle de l'Homme d'équipage et de l'albatros¹³⁴. Craignant d'être « exilé sur le sol au milieu des huées »¹³⁵ et de voir « [son bec agacé] avec un brûle-gueule »¹³⁶, le chef de projet d'innovation est tenté de laisser ses ailes de géants le guider loin des Hommes d'équipage et de la mer elle-même. Souvent associés tardivement ou esquivés, les juristes n'ont pas toujours l'occasion de prouver leur volonté d'aller dans le sens des chefs de projets innovants et de montrer que le Droit peut être vecteur d'innovation. Pourtant, si l'Homme d'équipage et le « prince des nuées »¹³⁷ parvenaient à s'appivoiser, ils pourraient reconnaître leurs ressemblances et grandir de leurs différences.

Ils découvrirait que l'océan juridique sur lequel vogue l'Homme d'équipage et le vent de l'innovation sur lequel plane l'albatros sont issus de la même dynamique. En effet, le terme « innovation », venant

¹²⁸ Instr. fiscale n° BOI-BIC-RICI-10-10-10-20-20161102, 2 nov. 2016.

¹²⁹ Farineau C., Gras A., Les marchés publics de services de recherche et développement, Contrats-Marchés publ. 2020.

¹³⁰ Rapp. CE, n° 65, op. cit. p. 15.

¹³¹ Hugo V. : « La mer est un espace de rigueur et de liberté. »

¹³² Kersauson (de) O., Promenades en bord de mer et étonnements heureux, 2016, Le Cherche-Midi : « Quand je regarde la mer, je me promène dans le temps du monde. »

¹³³ Baudelaire C., Les fleurs du mal, 1972, Lgf : L'albatros.

¹³⁴ Ibid. Baudelaire C.

¹³⁵ Ibid. Baudelaire C.

¹³⁶ Ibid. Baudelaire C.

¹³⁷ Ibid. Baudelaire C.

du latin *innovatio* qui signifie « renouvellement », intègre la langue française sous la plume du juriste¹³⁸. Apparu au Moyen-âge, synonyme de novation qui est pour sa part resté cantonné au domaine du Droit¹³⁹, il était utilisé par les juristes pour qualifier la « transformation d'une ancienne obligation par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien »¹⁴⁰.

Ils verraient également le Droit et l'innovation pour ce qu'ils sont, des espaces de flux et de reflux pouvant évoluer en symbiose. Les projets innovants sont l'occasion pour le juriste de se réinventer, tant à Droit constant qu'à l'aune de réformes. À droit constant, le juriste peut accompagner l'innovation de deux façons. La première consiste à utiliser d'une manière nouvelle des outils existants. Par exemple, Jean-Bernard Auby souligne dans les années quatre-vingt-dix que, en matière de techniques de la réalisation des équipements publics, des collectivités territoriales ont investi des outils juridiques qui semblaient auparavant réservés au secteur privé¹⁴¹. Il illustre son propos en indiquant que, pour des raisons d'ordre financier, certaines d'entre elles ont commencé à utiliser pour la réalisation d'équipements « la "vente en l'état futur d'achèvement" qui est une technique qui n'était jusqu'alors utilisée que dans les relations privées » ainsi que « le crédit-bail que l'on croyait totalement réservé aux rapports privés »¹⁴². La seconde, intimement liée à la première, repose sur le pouvoir d'interprétation du juge¹⁴³. L'innovation créant des situations complexes qui ne sont que partiellement prévues par le législateur, le pouvoir d'interprétation du juge peut être particulièrement vaste dans ce domaine. Il est ainsi amené à préciser la manière dont le Droit existant pourra s'appliquer à ces innovations. Ce fut notamment le cas dans le cadre de l'affaire Rayner Typke c./ Commission¹⁴⁴. L'affaire portait sur une demande d'accès à des documents fondée sur le règlement du 30 mai 2001¹⁴⁵ et interroge la manière dont la notion de « document existant » s'applique à une base de données, notamment dans le cas où une opération est nécessaire pour établir un document présentant une partie des données contenues dans la base en question. Exclure ces cas du champ du règlement limitant grandement sa portée en matière de bases de données. Considérant que la distinction entre un document existant et un document nouveau « doit se faire sur la base d'un critère adapté aux spécificités techniques de ces bases et conforme à l'objectif du règlement n° 1049/2001 »¹⁴⁶, la Cour de justice de l'Union européenne considère que « toutes les informations qui peuvent être extraites d'une base de données électronique dans le cadre de son utilisation courante à l'aide des outils de recherche préprogrammés, alors même que ces informations n'auraient pas encore été affichées sous cette forme ou n'auraient jamais fait l'objet d'une recherche par les agents des institutions »¹⁴⁷ constituent des documents existants. Revenant à la *ratio legis* d'une norme, le Droit prétorien peut donc déterminer, dans certains cas, la manière dont elle s'appliquera à une innovation. Cependant, dans d'autres cas, une évolution des textes s'avère nécessaire. Embrassant la mer du regard, le législateur voit les risées dessiner les traits d'une réforme

¹³⁸ Pappo J., L'innovation, un terme omniprésent et sur-employé. Mais qu'entend-on vraiment par innovation ?, HubOne.fr, 14 sept. 2017.

¹³⁹ Lalanguefrancaise.com, Dictionnaire, Définition du mot « innovation ».

¹⁴⁰ Ibid. Lalanguefrancaise.com.

¹⁴¹ Auby J.-B., Innovation, légalité et management public, Politiques et management public 1993.

¹⁴² Ibid. Auby J.-B.

¹⁴³ Bonichot J.-C., « Mieux légiférer » L'exemple des nouvelles technologies de l'information, op. cit.

¹⁴⁴ CJUE, 11 janv. 2017, n° C-491/15.

¹⁴⁵ Règl. (CE) n° 1049/2001 du PE et du Cons., 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents.

¹⁴⁶ Ibid. CJUE, 11 janv. 2017.

¹⁴⁷ Ibid. Bonichot J.-C.

à la surface. Le législateur, Français¹⁴⁸ comme Européen¹⁴⁹, porte fermement l'ambition de développer une culture juridique soutenant l'innovation. Il témoigne donc de sa propre capacité à innover. Une distinction doit alors être opérée entre l'accompagnement par le Droit de l'innovation opérationnelle, qui renvoie à la définition de l'innovation précédemment établie¹⁵⁰, et l'innovation normative, qui est la conception et la concrétisation d'une nouveauté ou d'une amélioration réglementaire. Concrètement, l'innovation opérationnelle prend la forme d'une innovation de produit, de procédé, de mise à disposition du bien ou du service ainsi que d'organisation¹⁵¹ tandis qu'une innovation normative se matérialise par des projets et des propositions de réformes ainsi que par la consécration de nouvelles réglementations. Comme évoqué précédemment, reste encore à déterminer si une intervention normative est nécessaire et les formes qu'elle devrait prendre. L'expérimentation juridique peut constituer un premier outil afin de répondre à ces interrogations.

9. - Expérimentation juridique : le Droit et l'innovation en symbiose.

Force est de constater que le Droit n'est pas toujours adapté aux réalités des territoires d'intelligences. Il se doit alors d'évoluer. Conscient de la nécessité de légiférer pour accompagner l'innovation, le législateur est parfois démuné. En intervenant dans le champ de l'innovation, le législateur est exposé à une grande sérendipité législative. Selon Danièle Bourcier, directrice de recherche au CNRS, « la sérendipité législative serait cette capacité qu'a tout système de règles de produire des effets imprévus, voire même contraires à la finalité initiale »¹⁵². Elle précise que « les effets peuvent être aléatoires (par exemple à cause de l'incertitude de l'environnement décrit), mais ils peuvent aussi constituer de véritables détournements de règles, sciemment organisés par une catégorie de la population »¹⁵³. Face aux effets inattendus d'une nouvelle norme, la tentation de légiférer à nouveau est grande. De ce point de vue, l'innovation tanguent entre vides juridiques et acharnement législatif. Si certaines réformes vertueuses surnagent çà et là, l'acharnement législatif¹⁵⁴ en matière d'innovation peut conduire à la superposition, parfois bancale, de différentes couches juridiques engendrant des tsunamis sismiques. Reste alors au législateur, afin de ne pas noyer les sujets de Droit, à trouver une méthode de construction de la norme qui tiendrait compte de la sérendipité législative et en ferait une force. Il s'agirait d'éprouver une réforme un temps et d'en évaluer les conséquences afin de déterminer avec efficacité la norme qui sera édictée de manière pérenne.

Fort heureusement, c'est précisément le but de l'expérimentation juridique. Cet outil juridique à disposition du législateur pourrait permettre d'éviter de longs débats houleux aux conséquences aléatoires et l'enchaînement de tsunamis juridiques dans des domaines incertains comme les nouvelles technologies. La méthode expérimentale apparaît comme un outil juridique pertinent afin d'adapter

¹⁴⁸ Par exemple, la loi pour une République numérique (L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016) pose « les fondements d'une société numérique qui concilie innovation, confiance et inclusion du plus grand nombre » (JO, 13 déc. 2016, p. 10396 ; JO, 28 oct. 2014, p. 8910)

¹⁴⁹ Par exemple, la Commission européenne ambitionne de « rendre le cadre réglementaire et économique [...] plus propice à l'innovation » (Communication (COM) n° 2006/502 de la Commission, 13 sept. 2006, Mettre le savoir en pratique : une stratégie d'innovation élargie pour l'UE)..

¹⁵⁰ L'innovation est la conception et la concrétisation d'une nouveauté ou d'une amélioration dans une perspective de développement du bien commun, de l'intérêt général et des services publics résultant du travail collaboratif des acteurs du territoire.

¹⁵¹ Oecd.org, Manuel d'Oslo.

¹⁵² Bourcier D., Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ?, R.I.E.J. 1999.

¹⁵³ Ibid. Bourcier D.

¹⁵⁴ Flis-Trèves M., Mehl, Pisier E., Contre l'acharnement législatif, Pouvoirs 1991.

le Droit à l'innovation. Les rapports officiels¹⁵⁵ et la doctrine¹⁵⁶ confluent vers cette même idée : « l'expérimentation est un instrument au service de l'innovation »¹⁵⁷.

La méthode expérimentale, inaugurée dans le domaine médical par Claude Bernard¹⁵⁸, a progressivement trouvé à s'appliquer dans la sphère juridique. Pour Émile Littré l'expérimentation consiste à « solliciter la production de faits qu'on veut observer, afin de parvenir à en assigner la loi, à en déterminer les causes, à reconnaître la manière dont ces causes agissent »¹⁵⁹. Il la distingue de l'expérience, qui est « la connaissance acquise par suite de ce que l'on a vu ou éprouvé depuis longtemps », et de l'observation¹⁶⁰, « observer c'est constater des faits qu'on ne modifie pas ou qu'on ne peut pas modifier ». L'expérimentation vise à développer une certaine connaissance afin « d'isoler, de reproduire et/ou de modifier un phénomène indépendant de l'observateur, selon une procédure méthodique bien définie, susceptible d'être répétée à l'envi par tout autre expérimentateur et permettant l'observation de ce phénomène »¹⁶¹. Comme le souligne Jacques Chevallier, la notion d'expérimentation juridique doit faire l'objet d'une « définition étroite »¹⁶², car « toute loi présente (...) les caractères d'une "expérimentation" : visant à atteindre certains objectifs, à obtenir certains résultats, elle constitue toujours un *pari sur l'avenir* ; et si les résultats escomptés ne sont pas atteints, elle est éventuellement remise en cause. Toute législation comporte donc une part d'expérimentation »¹⁶³. Les contours de l'expérimentation juridique sont dessinés par les quatre conditions auxquelles elle est soumise. Définies par le Conseil d'État¹⁶⁴ et le Conseil constitutionnel¹⁶⁵, elles sont mises en exergue par Jacques Chevallier en 1996¹⁶⁶ et rappelées par Laurence Crouzatier-Durand en 2003¹⁶⁷. Les conditions sont les suivantes : « qu'un terme soit fixé », « que ce terme soit fixé dans le texte même, *ab initio* », « qu'une évaluation des effets soit prévue » et « que la pérennisation éventuelle du dispositif soit subordonnée à l'adoption d'une loi »¹⁶⁸.

Avant de décliner les différentes formes d'expérimentations juridiques, commençons, pour clarifier, par écarter les notions qui n'en sont pas. En premier lieu, plusieurs outils permettent de mettre en place une mesure juridique limitée dans le temps sans que cette dernière constitue pour autant une expérimentation. C'est notamment le cas des « lois temporaires »¹⁶⁹ et de « l'essai avant la loi »¹⁷⁰. Les premières sont marquées du sceau de l'urgence tandis que les secondes sont caractérisées par leur

¹⁵⁵ Rapp. CE, 3 oct. 2019, Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ? ; Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

¹⁵⁶ Schmitt S., La loi expérimentale : une manière d'innover, Bouthenon-Dumas H., Masson A. (dir.), L'innovation juridique et judiciaire, 2018, Larcier.

¹⁵⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

¹⁵⁸ Bernard C., Introduction à l'étude de la médecine expérimentale, 1865.

¹⁵⁹ Le Littré, 1880.

¹⁶⁰ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, thèse, Pauliat H. (dir.), 2008, p.13.

¹⁶¹ Pissaloux J.-L., Réflexions sur l'expérimentation normative, Droit administratif, nov. 2003.

¹⁶² Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

¹⁶³ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français.

¹⁶⁴ CE, avis, Travaux publics, 24 juin 1993, n° 353605, tarification de la SNCF.

¹⁶⁵ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC.

¹⁶⁶ Chevallier J., Les lois expérimentales, in Bourcier D., Thomasset C. (dir.), L'écriture du droit : législation et technologies de l'information, 1996, Diderot.

¹⁶⁷ Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République), PUF 2003.

¹⁶⁸ Ibid. Chevallier J.

¹⁶⁹ Delmas-Marty M., Pour un droit commun, 1994, Seuil.

¹⁷⁰ Ibid. Delmas-Marty M.

prudence¹⁷¹. Mireille Delmas-Marty rappelle que, conformément au Droit constitutionnel¹⁷² et au Droit communautaire¹⁷³, « face à l'urgence de certaines situations – en période de guerre ou de crise exceptionnelle menaçant la survie même de l'État –, des lois temporaires peuvent être adoptées »¹⁷⁴. Certaines normes édictées dans le cadre de la gestion de la pandémie Covid-19¹⁷⁵ constituent par exemple des lois temporaires. Touchant régulièrement aux libertés et droits fondamentaux, le caractère temporaire de la norme est une « garantie essentielle de démocratie »¹⁷⁶. N'ayant pas vocation à être évaluées en vue d'une pérennisation, ces lois temporaires ne sont donc pas des expérimentations juridiques. L'essai avant la loi consiste, pour sa part, à expérimenter certaines formules avant d'en légaliser l'usage »¹⁷⁷. Cette pratique informelle¹⁷⁸ a été utilisée à plusieurs reprises en matière pénale, notamment en ce qui concerne le sursis avec mise à l'épreuve¹⁷⁹ et le travail d'intérêt général¹⁸⁰. Jacques Chevallier rappelle que « cette méthode suppose que le cadre juridique préexistant soit suffisamment souple pour permettre de tester une mesure nouvelle »¹⁸¹. Les essais alors mis en place s'inscrivent dans le cadre juridique en vigueur, ils ne constituent pas à proprement parler une expérimentation juridique. En second lieu, si l'évaluation est au cœur de la démarche expérimentale, tous les outils d'évaluation de la norme ne sauraient pour autant être considérés comme des expérimentations. L'expérimentation impliquant une évaluation de l'impact d'une norme en amont de sa pérennisation, elle est très proche d'autres outils d'évaluation *ex ante* tels que l'enquête préalable¹⁸² et l'étude d'impact¹⁸³. Ces évaluations *ex ante* visent à évaluer « l'impact prévisible » des mesures envisagées, « l'ensemble des effets possibles sur les destinataires directement visés et sur d'autres publics », mais aussi « l'impact du projet sur d'autres politiques publiques »¹⁸⁴. Ces évaluations *ex ante* sont basées sur une approche théorique de l'effet que produira la norme contrairement à l'expérimentation qui évalue les effets réellement produits par la mesure expérimentée. En outre, la méthode expérimentale implique une évaluation *in itinere* et *ex post* de la norme expérimentée. Pourtant, toute évaluation *in itinere* ou *ex post* ne saurait constituer une expérimentation. Dans un cadre expérimental, les évaluations *in itinere* et *ex post* ont un effet direct sur la pérennisation de la mesure. En troisième lieu, si « toute

¹⁷¹ Ibid. Delmas-Marty M.

¹⁷² Const., 4 oct. 1958, art. 16.

¹⁷³ Conv. EDH, art. 15.

¹⁷⁴ Ibid. Delmas-Marty M.

¹⁷⁵ L. n° 2021-689, 31 mai 2021 ; Ord. n° 2020-1597, 16 déc. 2020 ; Ord. n° 2020-323, 25 mars 2020 ; L. n° 2020-734, 17 juin 2020 ; L. n° 2020-290, 23 mars 2020.

¹⁷⁶ Ibid. Delmas-Marty M.

¹⁷⁷ Chevallier J., Les lois expérimentales, op. cit.

¹⁷⁸ Ibid. Delmas-Marty M.

¹⁷⁹ Expériences menées à partir de 1951 dans quatre tribunaux correctionnels (Toulouse, Lille, Strasbourg, Mulhouse) avant adoption de la mesure en 1958 : Ord. n° 58-1296, 23 déc. 1958 ; Chevallier J., Les lois expérimentales, op. cit.

¹⁸⁰ Expériences menées dans plusieurs ressorts pilotes (Bobigny, Besançon, Bordeaux, Clermont-Ferrand, Colmar, Nancy) avant l'adoption de la mesure en 1983 : L. n° 83-466, 10 juin 1983 ; Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales.

¹⁸¹ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales.

¹⁸² Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales.

¹⁸³ Marinèse V., L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi., thèse, Carcassonne G. (dir.), 2007 ; Picq J., L'État en France : servir une nation ouverte sur le monde, 1994, Rapp. au Premier ministre ; Circ., 21 nov. 1995 ; Circ., 26 janv. 1998 ; Circ., 26 août 2003, relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation ; Circ., 30 sept 2003 ; Combrade B.-L., L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, thèse, Verpeaux M. (dir.), 2015 ; L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008 ; L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, art. 8 à 12 ; Const., 4 oct. 1958, art. 39 al. 3 & 4.

¹⁸⁴ Delley J.-D., Fluckiger A., La légistique : une élaboration méthodique de la législation, in Drago R. (dir.) Confection de la loi, 2005, PUF.

expérimentation vaut, par définition, dérogation »¹⁸⁵, toute dérogation ne vaut pas expérimentation¹⁸⁶. Guillaume Drago, Professeur de Droit public, souligne à cet égard que « Déroger, c'est conserver le principe et autoriser des exceptions pour des motifs très particuliers (...). Mais ce n'est pas réformer, c'est mettre du vin nouveau dans de vieilles outres » tandis qu' « Expérimenter, c'est précéder la réforme, c'est un mode de gouvernement audacieux, mais qu'il faut encadrer par une règle stable et incontestable, c'est-à-dire par la Constitution »¹⁸⁷. En quatrième lieu, il convient de distinguer l'expérimentation juridique de l'expérimentation pratique. En effet, « nombre de collectivités mènent aussi chaque année des expérimentations qui ne nécessitent pas de dérogation à une norme réglementaire ou législative nationale »¹⁸⁸. Bien que constituant des expérimentations, ces démarches ne sont pas des expérimentations normatives et n'entrent donc pas dans le champ de la présente étude.

S'il existe des typologies de déferlement¹⁸⁹, il existe également des typologies d'expérimentations juridiques. La première distinction opérable repose sur l'étendue de l'expérimentation, celle-ci pouvant être partielle ou globale. L'expérimentation partielle ne porte que sur une partie du territoire (« expérimentation dans l'espace »¹⁹⁰) ou de la population (« expérimentation sectorielle »¹⁹¹) alors que l'expérimentation globale frappe l'ensemble du territoire et de la population¹⁹². En 1993, Jacques Chevallier considérait que l'expérimentation partielle « sert avant tout (...) de moyen d'ajustement technique d'une législation dont le principe a été décidé et qui ne sera pas remis en cause »¹⁹³ alors qu'avec l'expérimentation globale « le législateur se [réserve] la possibilité de tirer ensuite les leçons de l'expérience en décidant du sort final réservé au texte : un réexamen d'ensemble doit intervenir ; et même si la viscosité des comportements rend peu probable une remise en cause, le réexamen peut réserver des surprises »¹⁹⁴. Cependant, toute expérimentation devrait questionner tant l'intérêt de la réforme en elle-même et les contours de celle-ci, appelant ainsi toujours à sa remise en cause lors de la phase d'évaluation. Cette dernière, clef de voûte de toute démarche expérimentale, « suppose l'établissement d'un échantillon aux fins de comparaison »¹⁹⁵. La comparaison au sein d'une expérimentation globale, ne pouvant être que temporelle, risque d'être viciée et apparaît davantage comme un outil politique d'acceptation de la norme que comme un outil juridique de construction de celle-ci. Le rapport Piron présenté dans le cadre du projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales rappelle à cet égard que « la véritable expérimentation suppose l'application, au même instant t, d'une norme différente à plusieurs échantillons donnés. C'est pourquoi l'expérimentation est, le plus souvent, menée sur une partie du territoire ou sur une partie de la population, avec, à terme, l'objectif d'une généralisation »¹⁹⁶. La seconde différence, mise en exergue par Florence Crouzatier-Durand, repose sur « la règle de Droit mise en œuvre »¹⁹⁷. L'expérimentation peut alors être

¹⁸⁵ Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

¹⁸⁶ Moreau J., *De l'expérimentation*, JCP A 2002 ; Ibid. Crouzatier-Durand F.

¹⁸⁷ Drago G., *Expérimentation et Constitution*, AJDA 2002.

¹⁸⁸ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit. p. 31.

¹⁸⁹ On distingue principalement le déferlement déversant, le déferlement plongeant et le déferlement gonflant.

¹⁹⁰ Chevallier J., *Les lois expérimentales le cas français*, op. cit. p. 122 et s.

¹⁹¹ Ibid. Chevallier J.

¹⁹² L. n° 59-1557, 31 déc. 1959 ; L. n° 75-17, 17 janv. 1975 ; L. n° 79-15, 3 janv. 1979 ; L. n° 82-689, 4 août 1982 ; L. n° 88-1088, 1^e déc. 1988.

¹⁹³ Ibid. Chevallier J.

¹⁹⁴ Ibid. Chevallier J.

¹⁹⁵ Rapp. AN n° 955, 18 juin 2003, sur le projet de loi organique (n° 855) relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

¹⁹⁶ Ibid. Rapp. AN n° 955.

¹⁹⁷ Ibid. Crouzatier-Durand F.

administrative, portant sur un acte réglementaire, ou législative, portant sur un texte législatif. Si l'expérimentation administrative est une pratique largement éprouvée en France¹⁹⁸, l'expérimentation législative est plus récente. L'expérimentation législative, « justifiée (...) par la difficulté à légiférer dans les domaines sensibles ou complexes »¹⁹⁹, devient progressivement un outil de prédilection du législateur pour adapter le cadre législatif aux évolutions technologiques²⁰⁰. La troisième est celle dessinée par le pouvoir constituant à l'occasion de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République²⁰¹. À cette occasion, il donne valeur constitutionnelle aux expérimentations déjà mises en œuvre ponctuellement. Appelées expérimentations-transfert, elles sont dorénavant prévues à l'article 37-1 de la Constitution qui dispose que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental »²⁰². Si l'expérimentation-transfert n'est pas nouvelle, l'expérimentation-dérogation, consacrée pour sa part au quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, est une innovation juridique créée par le législateur en 2003. L'expérimentation-dérogation permet aux « collectivités territoriales ou leurs groupements [de] (...) déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »²⁰³. Enfin, il est possible de distinguer les « expérimentations fermées » et les « expérimentations ouvertes »²⁰⁴. Les expérimentations fermées portent sur des dispositifs ponctuels et définis de manière aussi exhaustive qu'exclusive et sont par nature descendantes. Les expérimentations ouvertes sont « des dispositifs plus innovants qui ouvrent une potentialité d'expérimentations au bénéfice d'adaptations de normes qui ne sont pas définies à l'avance »²⁰⁵. Elles sont ascendantes en ce qu'elles permettent aux personnes soumises à la norme de faire remonter leurs besoins et de participer à la définition des contours de l'expérimentation. Si les premières sont les plus courantes, il ne faut pas nier le développement croissant des secondes, particulièrement à l'aune du renforcement de France Expérimentation²⁰⁶.

10. - Expérimentation juridique : constitutionnalisation d'un outil au service des territoires d'intelligences.

La préhistoire de l'expérimentation juridique commença dès Louis XVI²⁰⁷, mais il faudra attendre la loi Debré du 31 décembre 1959²⁰⁸ pour voir se dessiner « le véritable phénomène juridique de l'expérimentation tel qu'il est mis en œuvre à l'heure actuelle »²⁰⁹. La loi Debré de 1959, qui prévoyait de tester des contrats simplifiés dans l'enseignement privé, portait le nom du ministre de l'Éducation nationale de l'époque, Michel Debré, qui n'est autre qu'un des pères de la Constitution de la Vème République. Joyeux hasard ou subtile prémonition, ce clin d'œil du législateur laisse espérer une constitutionnalisation ultérieure de ce mécanisme.

¹⁹⁸ La réforme expérimentale de 1962-1964 concernant la réorganisation des services de l'État dans les départements et dans les régions et la politique de déconcentration peut être évoquée à cet égard.

¹⁹⁹ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁰⁰ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 7.

²⁰¹ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

²⁰² Const. art. 37-1

²⁰³ Const., art. 72 al. 4.

²⁰⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 88 et s.

²⁰⁵ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit. p. 21.

²⁰⁶ Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative, op. cit.

²⁰⁷ Mestre J.L., L'expérimentation d'assemblées provinciales sous le règne de Louis XVI, in Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européenne, La documentation française, 2004, p.34.

²⁰⁸ L. n° 59-1557, 31 déc. 1959.

²⁰⁹ Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation, communication au VIIème congrès français de droit constitutionnel, du 25 au 27 sept. 2008, Paris.

Cependant, la méthode expérimentale est une goutte d'eau dans l'océan juridique jusqu'à la moitié des années quatre-vingt-dix. La faute en incombe, au moins en partie, à la prééminence de la vision rousseauiste de la loi²¹⁰. « Fondée sur les idées de généralité et de stabilité »²¹¹, elle semblait difficilement conciliable avec une démarche expérimentale, marquée pour sa part du sceau de la spécificité et de l'instabilité. Longtemps considérée irréfragable, la loi est apparue faillible²¹² au fil des « dysfonctions législatives »²¹³. La conception rousseauiste de la loi a doucement laissé place à la conception efficiente de celle-ci, la loi tirant dès lors sa légitimité de sa capacité à atteindre certains résultats. L'expérimentation juridique n'apparaît alors plus comme un affront à la sacro-sainte législation²¹⁴. Si ce changement de paradigme permet aux initiatives expérimentales de germer dans les années quatre-vingt-dix, elles ne pourront fleurir qu'à l'aune de leur reconnaissance constitutionnelle. Contrevenant à plusieurs principes inscrits dans la Constitution, ce n'est que par Elle que l'expérimentation peut trouver son élan vital²¹⁵.

La première tentative de consécration de l'expérimentation comme un outil juridique pérenne est législative²¹⁶. C'est à l'occasion de la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse²¹⁷ que le législateur propose de conférer à cette dernière une capacité générale d'expérimentation²¹⁸. À peine avait-il eu le temps d'évoquer cette possibilité que le Conseil constitutionnel la rejetait avec un flegme imperturbable²¹⁹. Soufflant dans sa corne de brume, il alertait : la délégation de compétences du législateur n'est possible que dans les cas prévus par la Constitution²²⁰. Conscience semble enfin prise de ce que l'expérimentation ne pourra être un mécanisme juridique généralisé aussi longtemps que celle-ci ne sera pas constitutionnalisée²²¹. Le pouvoir constituant à la barre, deux propositions de loi constitutionnelle sont déposées en ce sens. La première, adoptée en janvier 2001 par l'Assemblée nationale²²², ne sera jamais examinée par le Sénat²²³. La seconde, relative à la libre administration des collectivités territoriales du 18 septembre 2002²²⁴, ne conduira pas non plus à une telle consécration. Aussi déterminé qu'insubmersible, le pouvoir constituant garde le cap et c'est donc la troisième proposition qui connaîtra le

²¹⁰ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 5 : « Le Droit public est resté longtemps réfractaire à cette démarche scientifique. Forcée au cours de la Révolution, la conception de la loi comme expression de la volonté générale a semblé s'y opposer radicalement. (...) Incarnation de la raison universelle, elle ne peut être faillible et ne saurait dès lors être diversifiée dans l'espace et selon les individus. »

²¹¹ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²¹² Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative, op. cit.

²¹³ Ibid. Chevallier J.

²¹⁴ Chevallier J.-J., Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale, RFSP 1953 : « Depuis Platon et Aristote, nul sans doute n'a, plus fortement que Rousseau, éprouvé et exprimé le sentiment du caractère sacré du lien social, ainsi que de la loi par où il se manifeste »

²¹⁵ Pontier J.-M., L'expérimentation et les collectivités locales, op. cit. : « parce qu'elle porte atteinte à certains principes de notre système juridique, l'expérimentation pour pouvoir être généralisée (...) appelle à un statut particulier impliquant une réforme constitutionnelle ».

²¹⁶ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 34.

²¹⁷ L., n° 2002-92, 22 janv. 2002.

²¹⁸ Ibid. Dauphin L.

²¹⁹ Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

²²⁰ Ibid. Dauphin L.

²²¹ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 14 : « bien que prévisible, cette décision met fin à toute velléité de raisonner dans le cadre non modifié de la Constitution de 1958 »

²²² Proposition de loi constitutionnelle n° 2278, 24 mars 2000.

²²³ Ibid. Dauphin L.

²²⁴ Proposition de loi constitutionnelle n° 402, 18 sept. 2002.

succès. La réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République²²⁵ « a donné un double ancrage constitutionnel aux expérimentations »²²⁶. Elle sécurise juridiquement l'expérimentation-transfert²²⁷, déjà mise en œuvre, et consacre un nouveau type d'expérimentation, l'expérimentation-dérogation²²⁸.

Avec la réforme constitutionnelle de 2003, l'expérimentation-transfert a le vent en poupe²²⁹ contrairement à l'expérimentation-dérogation qui semble rester à quai. Sur les trente-six expérimentations répertoriées entre 2004 et 2018 dans le cadre de la Mission Flash sur la réforme des institutions²³⁰, seules quatre²³¹ étaient identifiées²³² comme des expérimentations fondées sur l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. La faible utilisation de l'expérimentation-dérogation semble trouver son origine dans la lourdeur de sa procédure et par son issue binaire (abandon ou généralisation)²³³. Le pouvoir constituant²³⁴, le législateur organique²³⁵ et le législateur ordinaire²³⁶ tentent de donner un nouvel élan à ce type d'expérimentation en simplifiant sa mise en place et en faisant de la différenciation territoriale une nouvelle issue possible de l'expérimentation²³⁷.

Les arguments en faveur de l'expérimentation mis en exergue par le rapport public du Conseil d'État de 1996, rappelés par l'Assemblée nationale à l'occasion de la réforme de 2003²³⁸, trouvent un écho particulier au sein des territoires d'intelligences. En premier lieu, l'expérimentation permettrait une meilleure évaluation de l'efficacité et de l'effectivité d'une norme, notamment de sa capacité à couvrir des situations variées. L'étude d'impact du projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution souligne d'ailleurs que « l'expérimentation représente, selon un avis largement partagé par les acteurs locaux, un enjeu essentiel pour les collectivités territoriales en tant qu'outil d'élaboration de politiques différenciées et d'innovation »²³⁹. Or, les difficultés à légiférer au sein des territoires d'intelligences reposent en grande partie sur la granularité de ces derniers et la grande diversité des situations au sein

²²⁵ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

²²⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 15.

²²⁷ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

²²⁸ Const., loc. cit. art. 72 al. 4.

²²⁹ Alors que neuf expérimentations-transfert ont été menées entre 2004 et 2006, il n'y en a eu que très peu entre 2007 et 2014. Elles connaissent un renouveau important dans la seconde partie des années deux mille dix : entre 2015 et 2018, dix-sept expérimentations-transfert ont été décomptées.

²³⁰ Rapp. AN n° 912, 9 mai 2018, Mission Flash sur la réforme des institutions : expérimentation et différenciation territoriale, autonomie financière des collectivités territoriale, p. 10.

²³¹ Les quatre expérimentations-dérogation décomptées sont celles relatives au RSA, à la tarification sociale de l'eau, aux dérogations aux modalités de répartition des fonds non affectés par les entreprises de la taxe d'apprentissage et à l'accès à l'apprentissage jusqu'à l'âge de trente ans.

²³² Sur les trente-six expérimentations alors répertoriées entre 2004 et 2018 (sur la base des réponses de huit ministères sur treize), vingt-huit étaient des expérimentations-transfert et quatre n'avaient pas de base juridique communiquées. Restent alors seulement quatre expérimentations-dérogation identifiées par la Mission Flash.

²³³ Ibid. Rapp. AN n° 912 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 42 et s.

²³⁴ Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 208, 19 déc. 2014 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019.

²³⁵ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

²³⁶ Projet de loi n° 4406, 12 mai 2021.

²³⁷ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 911 ; Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 2203 ; Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 4 ; Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 208 ; Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 2203 ; L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021 ; Projet de loi n° 4406, 12 mai 2021.

²³⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 7.

²³⁹ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

d'un même territoire. L'expérimentation est intimement liée à la décentralisation. L'Acte I de la décentralisation a conduit au développement de cette pratique²⁴⁰ et son Acte II lui a donné une assise constitutionnelle dans un idéal de pragmatisme territorial. Le rapport Clément rappelle d'ailleurs que l'inscription de l'expérimentation aux articles 72 alinéa 4 et 37-1 de la Constitution a vocation à faciliter la mise en œuvre du principe d'adéquation des compétences à l'échelon territorial²⁴¹. En second lieu, elle favoriserait l'adhésion des citoyens aux réformes. Les citoyens sont au cœur des territoires d'intelligences et leur adhésion aux réformes est la pierre angulaire de l'effectivité des mesures prises au sein des territoires d'intelligences. Cependant, cantonner le lien entre l'expérimentation et citoyen à l'adhésion de ce dernier peut prêter à confusion. En effet, cela pourrait laisser croire que le citoyen n'est que spectateur des réformes menées dans ce cadre alors que l'expérimentation peut, tout au contraire, lui donner un rôle actif dans la confection de la norme. Pour expérimenter, il convient d'évaluer. Or, on assiste à une participation croissante des bénéficiaires de la mesure expérimentée à son évaluation. Cette idée ne se cantonne d'ailleurs pas aux citoyens et permet à l'ensemble des acteurs du territoire de contribuer à l'évaluation de la norme et donc d'impacter directement le devenir de la mesure expérimentée. En effet, comme le rappelle Jacques Chevallier, « l'évaluation a pour finalité d'éclairer le jugement des parlementaires sur le sort à réserver au texte : elle n'a donc pas seulement une fonction cognitive ; elle embraye directement sur le processus décisionnel »²⁴². Inclusive et participative, la démarche expérimentale trouve donc un écho particulier au sein des territoires d'intelligences. En troisième lieu, elle faciliterait l'adaptation du cadre normatif aux évolutions technologiques. Le rapport Piron rappelle à cet égard que « dans les domaines techniques, l'expérimentation législative présente un intérêt particulier, dans la mesure où elle permet d'accompagner l'expérimentation scientifique »²⁴³. Face aux insécurités juridiques qui peuvent frapper le domaine des nouvelles technologies de l'information, les textes doivent être adaptés. Légiférer sur des domaines nouveaux et techniques exposant à une grande sérendipité législative²⁴⁴, le législateur doit se réinventer : il peut alors s'armer de l'expérimentation normative. Or, les territoires d'intelligences doivent pouvoir intégrer les nouveaux outils technologiques contribuant à l'amélioration la qualité de vie du citoyen et l'effectivité des services publics.

Au sein des territoires d'intelligences, le législateur pourrait s'appuyer sur l'expérimentation, générant des vagues sur une ou plusieurs baies préalablement déterminée(s), pour une durée limitée et en analysant les conséquences de celles-ci. Portant l'espérance d'un renouveau possible, ces vagues devront se soumettre rigoureusement à la méthode expérimentale. Le législateur devra ainsi définir en amont leur teneur et leur périodicité et évaluer en aval leur impact sur le rivage.

11. - Problématique et annonce de plan.

Terrain privilégié de l'innovation et espace d'entrelacement de nombreuses spécialités du Droit, les territoires d'intelligences s'imposent comme un lieu de prédilection pour réconcilier ces deux mouvements. L'objet du présent travail de recherche est de déterminer comment le Droit peut accompagner, voire favoriser, l'innovation au sein des territoires d'intelligences. Il s'agira d'identifier les outils juridiques qui permettent le développement d'innovations technologiques, la collaboration des différents

²⁴⁰ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 12.

²⁴¹ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 84 et s.

²⁴² Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁴³ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 9.

²⁴⁴ Bourcier D., Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ?, R.I.E.J. 1999.

acteurs des territoires (acteurs publics – personnes morales de Droit privé – citoyen) et le renforcement du pragmatisme territorial mais également ceux dont dispose le législateur pour intervenir dans ces domaines nouveaux, particulièrement l'expérimentation juridique. Après avoir étudié la manière dont le Droit peut favoriser l'innovation opérationnelle au sein des territoires d'intelligences (Partie 1), nous nous intéresserons à la manière dont l'expérimentation juridique peut appuyer l'innovation normative en la matière (Partie 2.).

PARTIE 1. LE DROIT : OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION OPÉRATIONNELLE AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

L'innovation opérationnelle au sein des territoires d'intelligences renvoie donc à la conception et la concrétisation d'une nouveauté ou d'une amélioration dans une perspective de développement du bien commun, de l'intérêt général et des services publics résultant du travail collaboratif des acteurs du territoire. Malgré l'idée courante selon laquelle le Droit est un frein à l'innovation, il est en réalité un outil pour favoriser cette dernière. Ainsi, le législateur a développé des outils juridiques de participation citoyenne, de structuration des projets partenariaux ou encore de partage de connaissance et de données qui se montrent utiles à l'innovation. En outre, il s'efforce d'accompagner les innovations technologiques en essayant de la stimuler tout en respectant les droits existants et les enjeux de l'ensemble des acteurs du territoire. Le Droit permet de simplifier la mise en place d'une conception de l'innovation inclusive et collaborative (Titre 1.) et de concilier des approches divergentes dans un idéal d'innovation, comme en témoigne son intervention en matière de données (Titre 2.).

TITRE 1. SIMPLIFIER LA MISE EN PLACE DE L'INNOVATION INCLUSIVE ET COLLABORATIVE²⁴⁵

Le Droit peut simplifier la mise en place d'une conception de l'innovation inclusive et collaborative à plusieurs égards. En premier lieu, il offre des outils juridiques en faveur de la participation citoyenne et permettant la mise en place de projets multi partenariaux, notamment une grande diversité de structures juridiques et de nouveaux outils contractuels adaptés aux spécificités de l'innovation. En deuxième lieu, il vise à protéger les droits et libertés de chacun des acteurs du territoire et met ainsi en place des règles protectrices pour chacun, garantissant que chaque acteur voit ses intérêts protégés dans un cadre partenarial. En troisième lieu, s'il encourage l'innovation technologique, il veille en permanence à se prémunir des risques qu'elle peut emporter avec elle. Cette protection contre les dangers que peuvent présenter certaines innovations, notamment en matière de cybersécurité, ne fait pas de lui un adversaire du numérique, bien au contraire. Il en devient le gardien. Le citoyen étant la clef de voûte des territoires d'intelligences, il est d'autant plus important de souligner que le Droit peut intégrer le citoyen à la conception des territoires d'intelligences (Chapitre 1.). Le Droit soutient également une conception collaborative de l'innovation (Chapitre 2.).

CHAPITRE 1. INTÉGRER LE CITOYEN A LA CONCEPTION DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

Les territoires d'intelligences ne peuvent exister sans l'intelligence citoyenne. Ce constat est martelé par la doctrine²⁴⁶, les politiciens²⁴⁷ et les médias²⁴⁸. Reste à l'ancrer concrètement au sein des territoires. Deux principaux éléments semblent pouvoir aider le citoyen à participer à la conception des territoires d'intelligences : le Droit et le numérique. Le Droit est vecteur de transparence, prérequis de la participation citoyenne, et offre des outils démocratiques de plus en plus nombreux et variés. Le numérique peut faciliter l'accès à l'information et démultiplier les possibilités en matière de participation. Les synergies entre le Droit et le numérique peuvent être mises au service de la participation citoyenne et de la démocratie participative. Éric Sales, maître de conférences en Droit public, souligne d'ailleurs que « l'idée classique selon laquelle la démocratie directe n'est envisageable que dans les

²⁴⁵ v. [Annexe 1 - Schémas de synthèse de la thèse, Partie 1 - Titre 1 p. 640 & s.](#)

²⁴⁶ Tendancedroit.fr, La smart city : une « ville intelligente humaine et démocratique » ? : « Pour Carlos Moreno, professeur des universités, et auteur de l'ouvrage Smart city : essai de définition, "l'intelligence urbaine naît de la capacité du citoyen à avoir une intelligence sociale. Il ne peut donc y avoir de ville intelligente sans intelligence citoyenne" »

²⁴⁷ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit. ; Hollande F., Forum Innovation, mars 2017, Singapour : « Il ne faut pas juste que les villes soient intelligentes, il faut qu'elles stimulent l'intelligence des citoyens. ».

²⁴⁸ Canadas T., Il ne peut pas y avoir de Smart territoire sans Smart Citoyens, Villeintelligente-mag.fr, 4 juin 2018.

petits États faiblement peuplés, peut être discutée dans la mesure où il est désormais possible d'échanger et de décider sans se déplacer »²⁴⁹. Ce constat est aussi vrai à l'échelon territorial : les grandes agglomérations comme les territoires ruraux voient les possibilités en matière de participation citoyenne démultipliées grâce au numérique. Cependant, la fracture numérique et les cyberattaques sont autant de risques qui peuvent accompagner le développement de ces outils. Le Droit peut alors s'assurer, notamment par le biais des acteurs publics des territoires, que ces outils numériques soient effectivement au service de la démocratie en garantissant un égal accès à ces technologies et en les protégeant des cybermenaces. Le citoyen étant la clef de voûte des territoires d'intelligences (Section 1.), les innovations technologiques sont progressivement mises au service de l'expression citoyenne (Section 2.) et les acteurs publics s'imposent comme garants de la démocratie numérique (Section 3.).

Section 1. Le citoyen : clef de voûte des territoires d'intelligences

Comme le soulignait Guy Carcassonne, le « miracle démocratique (...) suppose toujours que les citoyens n'oublient jamais qu'ils le sont et que d'eux seuls peuvent venir les améliorations »²⁵⁰. Alpha et oméga de toute société démocratique, le citoyen est la clef de voûte des territoires d'intelligences. Il s'impose progressivement comme co-concepteur des politiques publiques (§1.) et co-créateur des innovations (§2.) au service des territoires.

§1. Le citoyen co-concepteur des politiques publiques au service des territoires

Insufflée par un idéal démocratique, la volonté de replacer le citoyen au cœur des territoires et de la conception des politiques publiques gronde. Pour permettre la concrétisation de cet idéal, les citoyens doivent être informés (A.), tant en ce qui concerne leurs administrations et leurs représentants que l'environnement dans lequel ils évoluent, et disposer de mécanismes leur permettant d'effectivement participer à la construction des politiques publiques au service des territoires (B.).

A. Information des citoyens : prérequis à la co-conception des politiques publiques

Comme le rappelle en 2017 le groupe de travail de l'Assemblée nationale qui portait sur « La démocratie numérique et les nouvelles formes de participation citoyennes », « la circulation des informations est un préalable nécessaire à une vie démocratique transparente et redynamisée »²⁵¹. Prérequis

²⁴⁹ Sales E., La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais, N3C 2017.

²⁵⁰ Twitter, LCP, Quand le constitutionnaliste Guy Carcassonne louait "le miracle de la démocratie" et défendait la création d'un "#référendum d'initiative minoritaire ou populaire", "une idée juste".

²⁵¹ Assemblée-nationale.fr, Pour une nouvelle assemblée nationale, Les rendez-vous des réformes 2017-2022, Première conférence des réformes, Propositions des groupes de travail, déc. 2017.

de la participation citoyenne, l'information des citoyens doit être garantie. Afin que leur participation soit pertinente, les citoyens doivent être informés des actions des administrations et des acteurs de ces dernières (1.) ainsi que du contexte dans lequel ils évoluent, particulièrement en ce qui concerne leur environnement (2.).

1. Information relative aux administrations et à leurs représentants

12. - Droit à l'information : l'ouverture des données publiques.

L'information des citoyens est intrinsèquement liée à la transparence des administrations. La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 s'inscrit dans cette logique en consacrant le droit des administrés à l'information et la liberté d'accès aux documents administratifs²⁵². Ce droit sera complété en matière d'archives par la loi du 3 janvier 1979²⁵³, elle-même modifiée par celle du 15 juillet 2008²⁵⁴, et étendu par la loi du 12 avril 2000²⁵⁵. L'importance de ce droit d'accès aux documents administratifs est mise en exergue par le Conseil d'État qui l'érige au rang de liberté publique²⁵⁶.

Le législateur européen ajoutera également sa pierre à l'édifice de l'ouverture des données. Ainsi, la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public²⁵⁷, transposée en France avec l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005²⁵⁸, est venue renforcer les droits des administrés à l'information et dessiner les prémices d'une publication à l'initiative des autorités publiques²⁵⁹. Elle fut ensuite complétée par la directive 2013/37/UE²⁶⁰, transposée en France par la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015²⁶¹.

La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique²⁶² grave dans le marbre le passage d'une ouverture sur demande à une ouverture par défaut des données²⁶³. La transparence des administrations et l'ouverture des données sont devenues le principe et le secret l'exception²⁶⁴.

13. - Droit à l'information : la transparence de la vie publique.

L'information des citoyens ne se cantonne pas à l'action publique, mais s'applique également aux acteurs de cette dernière. Le législateur, conscient que la voix souveraine du peuple s'exprime principalement par ses élus et de la perte de confiance croissante des citoyens en ces derniers, est intervenu en matière de transparence des acteurs de l'action publique en 2013. Suite à l'affaire Cahuzac, deux

²⁵² L. n° 78-753, 17 juill. 1978.

²⁵³ L. n° 79-18, 3 janv. 1979.

²⁵⁴ L. n° 2008-696, 15 juill. 2008.

²⁵⁵ L. n° 2000-321, 12 avril 2000.

²⁵⁶ CE, 29 avr. 2002, n° 228830 : « Considérant que les dispositions susmentionnées, relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs, concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »

²⁵⁷ Dir. (CE) n° 2003/98, 17 nov. 2003.

²⁵⁸ Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005.

²⁵⁹ Ord. n° 2005-650, loc. cit. art. 8. « Font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives. »

²⁶⁰ Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013.

²⁶¹ L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015.

²⁶² L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

²⁶³ CNIL, Ce que change la loi pour une République numérique pour la protection des données personnelles, 17 nov. 2016.

²⁶⁴ Mazon R., Open data : « Le mouvement qui s'enclenche est inéluctable » – Axelle Lemaire, Gaz. Cnes. 2018.

lois ont été promulguées le 11 octobre 2013 afin de renforcer la transparence de la vie publique²⁶⁵ dans un idéal d'information des citoyens et de lutte contre la corruption. Mises en place suite à la révélation de comptes en Suisse du ministre du Budget de l'époque, ces lois visent particulièrement à accroître la transparence en matière financière et patrimoniale.

Plusieurs mesures sont ainsi prises en la matière. En premier lieu, la Commission pour la transparence financière de la vie politique, dont l'action était limitée par des déclarations anonymes, lacunaires et souvent tardives²⁶⁶, laisse place à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique²⁶⁷, armée de moyens renforcés²⁶⁸. En second lieu, afin d'assurer la probité et l'intégrité des élus, ils doivent désormais remplir deux types de documents transmis à la Haute autorité de la transparence de la vie publique. Le premier est la déclaration d'intérêt et d'activité, qui indique notamment les liens que les élus peuvent avoir avec les grands groupes industriels. Les déclarations d'intérêt et d'activité sont rendues publiques par la Haute autorité de la transparence de la vie, cette publicité répondant à l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention des conflits d'intérêts²⁶⁹ afin « d'améliorer l'information des électeurs sur les activités de leurs élus et de permettre aux citoyens d'apprécier, le cas échéant, si un parlementaire se trouve en situation de conflit d'intérêts »²⁷⁰. La seconde est la déclaration de situation patrimoniale, où les élus indiquent l'ensemble de leur patrimoine, immobilier et mobilier, notamment leurs comptes à l'étranger. Ces déclarations comprenant de nombreuses données à caractère personnel, leur publication n'est pas systématique afin de ne pas porter atteinte au droit à la vie privée des élus, mais les citoyens peuvent y demander accès sous certaines conditions²⁷¹.

14. - Droit à l'information : une éventuelle inscription dans la Constitution.

Le groupe de travail de l'Assemblée nationale relatif à la démocratie numérique et aux nouvelles formes de participation citoyennes, conscient de la place centrale du droit à l'information dans notre système démocratique, proposait en 2017 d'inscrire le principe du droit à l'information dans la Constitution²⁷². Le droit à l'information alors envisagé devait couvrir plusieurs réalités, à savoir : « un droit des citoyens d'accéder aux informations personnelles les concernant », « un droit général d'accès aux informations détenues par les autorités publiques » et « un droit d'accès aux informations utiles à un débat d'intérêt public, tels que les algorithmes régissant les informations qui leur sont présentées par les sites Internet les plus fréquentés »²⁷³.

L'article 7 de la proposition de loi constitutionnelle pour une nouvelle démocratie citoyenne et participative, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 novembre 2021, a vocation à concrétiser cette idée. Il prévoit en effet l'inscription à l'article premier de la Constitution d'un alinéa ainsi rédigé : « Les citoyens ont le droit d'accéder et de réutiliser les informations à caractère personnel les

²⁶⁵ L. org. n° 2013-906, 11 oct. 2013 ; L. n° 2013-907, 11 oct. 2013.

²⁶⁶ CTFVP, rapp. n°15, 25 janv. 2012 ; CTFVP, rapp. n°16, 13 déc. 2013.

²⁶⁷ L. org. n° 2013-906, 11 oct. 2013.

²⁶⁸ Menguy B., Dernier rapport pour la Commission de la transparence financière de la vie politique, Gaz. Cnes. 2013.

²⁶⁹ Hatvp.fr, Publication des déclarations d'intérêts et d'activités des députés de la XVème législature, 19 oct. 2017.

²⁷⁰ Rapp. AN n° 1108 et 1109, 5 juin 2013, sur le projet de loi organique (n°1104) et le projet de loi (n°1105), relatif à la transparence de la vie publique.

²⁷¹ Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC.

²⁷² Assemblee-nationale.fr, Pour une nouvelle assemblée nationale, Les rendez-vous des réformes 2017-2022, Première conférence des réformes, Propositions des groupes de travail, déc. 2017.

²⁷³ Ibid. Assemblee-nationale.fr.

concernant, les informations détenues par les autorités publiques et les informations utiles à un débat d'intérêt public, dans les limites et les conditions fixées par la loi »²⁷⁴.

L'article 6 de la proposition de loi constitutionnelle pour une nouvelle démocratie citoyenne et participative souhaite compléter l'article premier de la Constitution avec un nouvel alinéa rédigé comme suit : « La loi garantit l'accès libre, égal et universel à des réseaux numériques ouverts, et la formation des citoyens à leur utilisation »²⁷⁵. Cette proposition s'inspire des travaux menés par le groupe de travail de l'Assemblée nationale relatif à la démocratie numérique et aux nouvelles formes de participation citoyennes²⁷⁶. En effet, ce dernier proposait en 2017 d'inscrire dans la Constitution le principe du droit d'accès à Internet et à la formation au numérique qui couvrirait les réalités suivantes : « la liberté d'accès à Internet, de publier, de diffuser et de recevoir des contenus en ligne ; la neutralité du Net ; l'ouverture et l'interconnexion des réseaux de communication ; la lutte contre la fracture numérique ; le droit à la formation pour la maîtrise des outils numériques ; la contribution des partis et groupements politiques à la mise en œuvre de ces principes »²⁷⁷.

2. Information relative à leur environnement

15. - Consécration du droit à l'information en matière environnementale au niveau supranational.

Le droit à l'information en matière environnementale a initialement émergé en Droit international. Le dixième principe de la Convention de Rio de 1992 établissait que « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient »²⁷⁸. Il précisait ainsi que « au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision »²⁷⁹. En outre, une série de lignes directrices, sans valeur juridique, sur l'accès à l'information environnementale et la participation du public est adoptée à Sofia le 25 octobre 1995 et servira de base aux négociations pour la Convention d'Aarhus²⁸⁰. Adoptée le 25 juin 1998 par la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies, cette dernière vise notamment à « assurer l'accès du public à l'information sur l'environnement détenue par les autorités publiques »²⁸¹. Bien que la Convention européenne des droits de l'Homme ne consacre pas explicitement le droit à un environnement sain et le droit à l'information qui lui est afférent, la Cour européenne des droits de l'Homme a progressivement consacré un tel droit en le rattachant à ceux prévus par le texte²⁸². Le droit prétorien dessine ainsi un droit à l'environnement en le rattachant notamment

²⁷⁴ Proposition de loi constitutionnelle n° 4661, 10 nov. 2021, art. 7.

²⁷⁵ Proposition de loi constitutionnelle n° 4661, loc. cit. art. 6.

²⁷⁶ Assemblée-nationale.fr, Pour une nouvelle assemblée nationale, Les rendez-vous des réformes 2017-2022, Première conférence des réformes, Propositions des groupes de travail, déc. 2017.

²⁷⁷ Ibid. Assemblée-nationale.fr.

²⁷⁸ Conv. Rio, juin 1992.

²⁷⁹ Ibid. Conv. Rio.

²⁸⁰ Conv. Aarhus, 25 juin 1998.

²⁸¹ Ibid. Conv. Aarhus.

²⁸² Echr.coe.int, Fiche thématique Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, déc. 2020.

au droit à la vie²⁸³, à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants²⁸⁴, au droit à la liberté et à la sûreté²⁸⁵, au droit à un procès équitable²⁸⁶, au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile²⁸⁷, à la liberté d'expression²⁸⁸ et à la liberté de réunion et d'association²⁸⁹. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme établit un droit à l'information en matière environnementale et une obligation positive des États en la matière²⁹⁰.

L'Union européenne, signataire de la Convention d'Aarhus²⁹¹, a également pris des mesures afin de garantir une plus grande information des citoyens en matière environnementale. Elle a ainsi adopté en 2003 une directive prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement²⁹² et modifiant en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice en la matière ses textes antérieurs²⁹³. Les textes communautaires relatifs à la participation et à l'information du public en matière environnementale ne se cantonnent pas à cette directive. À cet égard, peuvent également être évoquées la décision n° 2006/957/CE²⁹⁴, la directive n° 2001/42/CE²⁹⁵ et la directive n° 2000/60/CE²⁹⁶.

16. - Consécration du droit à l'information en matière environnementale au niveau national.

Au niveau national, la Charte de l'environnement de 2004, qui a valeur constitutionnelle, prévoit à son article 7 que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». L'article L.110-2 du Code de l'environnement établit le droit à un environnement sain et prévoit qu'il est « du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement »²⁹⁷. Afin de pouvoir respecter ce devoir, il est nécessaire que chacun ait accès à l'information en matière environnementale, tant en ce qui concerne les risques et menaces environnementaux que les projets touchants à l'environnement. Ainsi, selon le principe de participation « chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le

²⁸³ Conv. EDH, art. 2 ; CEDH, 18 juin 2002, Öneriyildiz c/ Turquie ; CEDH, 28 nov. 2006, Murillo Saldias et autres c/ Espagne ; CEDH, 20 mars 2008, Boudaïeva et autres c/ Russie ; CEDH, 24 mars 2015, Viviani et autres c/ Italie ; CEDH, 17 nov. 2015, Özel et autres c/ Turquie ; CEDH, 24 mars 2015, Smaltini c/ Italie.

²⁸⁴ Conv. EDH, art. 3 ; CEDH, 14 sept. 2010, Florea c/ Roumanie ; CEDH, 25 janv. 2011, Elefteriadis c/ Roumanie.

²⁸⁵ Conv. EDH, art. 5 ; CEDH, 28 sept. 2010, Mangouras c/ Espagne.

²⁸⁶ Conv. EDH, art. 6 ; CEDH, 27 avr. 2004, Gorraiz Lizarraga et autres c/ Espagne ; CEDH, 11 mars 2004, Howald Moor et autres c/ Suisse ; CEDH, 24 févr. 2009, L'Erablière asbl c/ Belgique ; CEDH, 2 mai 2011, Apanasewicz c. Pologne ; CEDH, 25 sept. 2014, Karin Andersson et autres c/ Suède ; CEDH, 19 juin 2018, n° 25680/05.

²⁸⁷ Conv. EDH, art. 8 ; CEDH, 9 déc. 1994, Lopez Ostra c/ Espagne ; CEDH, 10 nov. 2004, Taşkın et autres c/ Turquie ; CEDH, 16 nov. 2004, Moreno Gómez c/ Espagne ; CEDH, 9 juin 2005, Fadeïeva c/ Russie ; CEDH, 7 avril 2009, Brândușe c/ Roumanie ; CEDH, 10 févr. 2011, Dubetska et autres c/ Ukraine ; CEDH, 10 janv. 2012, Di Sarno et autres c/ Italie ; CEDH, 4 sept. 2014, Dzemyuk c/ Ukraine.

²⁸⁸ Conv. EDH, art. 10 ; CEDH, 15 févr. 2005, Steel et Morris c/ Royaume-Uni ; CEDH, 27 mai 2004, Vides Aizsardzības Klubs c/ Lettonie.

²⁸⁹ Conv. EDH, art. 11 ; CEDH, 26 avr. 2016, Costel Popa c/ Roumanie.

²⁹⁰ CEDH, 19 févr. 1998, Guerra et autres c/ Italie ; CEDH, 18 juin 2002, Öneriyildiz c/ Turquie ; CEDH, 19 oct. 2005, Roche c/ Royaume-Uni ; CEDH, 5 déc. 2013, Vilnes et autres c/ Norvège ; CEDH, 24 juill. 2014, Brincat et autres c/ Malte.

²⁹¹ Déc. (CE) n°2005/370, 17 févr. 2005

²⁹² Dir. (CE) n° 2003/35, 26 mai 2003.

²⁹³ Dir. (CEE) n° 85/337, 27 juin 1985 ; Dir. (CE) n° 96/61, 24 sept. 1996.

²⁹⁴ Déc. (CE) n°2006/957, 18 déc. 2006.

²⁹⁵ Dir. (CE) 2001/42, 27 juin 2001.

²⁹⁶ Dir. (CE) n° 2000/60, 23 oct. 2000.

²⁹⁷ C. envir., art. L.110-2.

public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire »²⁹⁸.

B. Participation des citoyens : des dispositifs nationaux et locaux à parfaire

L'information des citoyens est la condition préalable à leur participation. Au même titre que cette information doit être garantie, des outils de participation doivent être mis en place. La participation des citoyens à l'élaboration des politiques publiques est facilitée par la mise en place de dispositifs juridiques à cette fin. Au niveau national, deux tendances se développent de concert, les plus anciens mécanismes étant progressivement renouvelés, notamment le référendum, et de nouveaux dispositifs émergents, par exemple les concertations (1.). Au niveau local, les dispositifs participatifs se généralisent depuis le début des années 2000, particulièrement les pétitions, consultations et référendums locaux (2.).

1. Des dispositifs nationaux de participation citoyenne

17. - Pétitions : un dispositif démocratique tombé en désuétude.

Le droit de pétition permet au peuple d'exprimer une requête directe à leurs représentants. Les citoyens peuvent adresser des pétitions à l'Assemblée nationale²⁹⁹, au Sénat et au Conseil économique, social et environnemental³⁰⁰. Cependant, « le droit de pétition n'est presque plus utilisé car très peu connu »³⁰¹.

Afin de le faire renaître de ses cendres³⁰², le Sénat a mis en place la plateforme « e-pétitions »³⁰³ qui permet de « déposer une pétition ou de soutenir une pétition déjà publiée »³⁰⁴. L'Assemblée nationale lui a emboîté le pas en lançant également son site destiné aux pétitions³⁰⁵. En outre, le constituant semble vouloir donner un second souffle au droit de pétition avec la proposition de loi constitutionnelle pour une nouvelle démocratie citoyenne et participative³⁰⁶. Cette dernière envisage à son article

²⁹⁸ C. envir., art. L.110-1 II 4°.

²⁹⁹ Assemblée-nationale.fr, Le droit de pétition aujourd'hui : « Les pétitions adressées à l'Assemblée nationale le sont sur un fondement coutumier, depuis la Révolution française. Elles peuvent être individuelles ou collectives. Elles ne peuvent être adressées qu'au format papier et sont renvoyées à la commission des lois. Depuis plusieurs législatures, toutes les pétitions reçues sont soit classées par l'Assemblée nationale, soit adressées à un ministre, pour qu'il y réponde. Elles donnent lieu à l'établissement d'un rapport »

³⁰⁰ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, art. 33 ; L. org. n° 2010-704, 28 juin 2010, art. 4-1 ; Const., 4 oct. 1958, art. 69.

³⁰¹ Vie-publique.fr, Eclairage, Les premiers dispositifs de démocratie participative, 15 juin 2020.

³⁰² Grunberg G., Guy Carcassonne et la Ve République, telos-eu.com, juin 2013 : « Et il appelait à faire vivre le droit de pétition. ».

³⁰³ Petitions.senat.fr, Plateforme e-pétitions.

³⁰⁴ Ibid. Petitions.senat.fr.

³⁰⁵ Vie-publique.fr, Eclairage, Les premiers dispositifs de démocratie participative, 15 juin 2020 ; Petitions.assemblee-nationale.fr.

³⁰⁶ Proposition de loi constitutionnelle n° 4661, 10 nov. 2021.

5 d'ajouter un article 33-1 dans la Constitution qui serait rédigé dans ces termes : « L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent être saisis par les citoyens par voie de pétition »³⁰⁷.

18. - Référendum : un dispositif démocratique en quête de renouvellement.

Prévu à l'article 3 de la Constitution de 1958, le référendum est un mode d'exercice direct de la souveraineté nationale³⁰⁸. Celui-ci peut intervenir tant dans le champ du pouvoir constitué, avec le référendum législatif³⁰⁹ de l'article 11³¹⁰, que dans celui du pouvoir constituant, avec le référendum constituant³¹¹ de l'article 89³¹². Procédé issu de la Révolution française, le référendum fut un outil privilégié du Général de Gaulle sous la Vème République. Comme Napoléon auparavant³¹³, il le marqua du sceau plébiscitaire³¹⁴, particulièrement à l'occasion du référendum de 1969 sur le projet de loi relatif à la création de régions et à la rénovation du Sénat au détour duquel il affirma que « de la réponse que fera le pays à ce que je lui demande va dépendre évidemment soit la continuation de mon mandat, soit aussitôt mon départ »³¹⁵. Détourné de sa vocation première, « permettre au peuple d'adopter une décision publique mûrement réfléchie »³¹⁶, le référendum n'a pas fait l'objet du même usage par les successeurs du Général de Gaulle³¹⁷ mais demeure en quête de nouveau démocratique.

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008³¹⁸ met en place à l'article 11 de la Constitution un référendum d'initiative partagée pouvant alors être organisé « à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales »³¹⁹. Au croisement du référendum classique et du droit de pétition, le référendum d'initiative partagée a vocation à

³⁰⁷ Proposition de loi constitutionnelle n° 4661, 10 nov. 2021, art. 5.

³⁰⁸ Const., 4 oct. 1958, art. 3. « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. »

³⁰⁹ Rapp. AN n° 3100, 2 oct. 2015, Refaire la démocratie, p. 925.

³¹⁰ Const., 4 oct. 1958, art. 11.

³¹¹ Ibid. Rapp. AN n° 3100 ; Dumont H., *Réflexions sur la légitimité du référendum constituant*, in Ackermans H. (dir.), *Variations sur l'éthique Hommage à Jacques Dabin*, 1994, Presses de l'Université Saint-Louis.

³¹² Const., 4 oct. 1958, art. 89.

³¹³ Dia A., *Le principe de consultation en droit public comparé : l'exemple de la France et du Sénégal*, thèse, Mouannes H. (dir.), 2016, p.292 et s. « Dans l'histoire constitutionnelle française, on songe à Napoléon BONAPARTE qui faisait du référendum un instrument de consolidation de son pouvoir. La disposition de l'Arrêté des consuls du 20 Floréal an X (10 mai 1802) montre toute la différence qui existe entre le plébiscite et le référendum. Le plébiscite porte sur l'individu et non sur l'acte. L'article premier dudit Arrêté dispose que : « Le peuple français sera consulté sur cette question : Napoléon Bonaparte sera-t-il Consul à vie ? ». Pareillement, les journées du 21 au 22 décembre 1851 avaient servi de consultations plébiscitaires pour donner délégations de pouvoir à Louis Napoléon Bonaparte. De même, des plébiscites avaient été organisés les 20 et 21 novembre 1852 pour conférer la dignité impériale à Napoléon BONAPARTE. Le 8 mai 1870, un plébiscite fut organisé pour approuver l'action de l'empereur. Ici, il faudrait garder à l'esprit que l'initiative de consulter le peuple a été prise par le chef de l'État en l'absence de tout contrôle politique ou juridictionnel. »

³¹⁴ Ibid. Dia A. : « Le plébiscite peut être défini comme étant un moyen par lequel le corps électoral vote non pas pour des principes, mais pour un homme à travers l'acte normatif qu'il pose. » ; Cadart J., *Les inconvénients et les dangers plébiscitaires du référendum d'initiative présidentielle et gouvernementale en France depuis 1958 et les remèdes désirables*, RIDC 1976.

³¹⁵ De Gaulle C., *Entretien télévisé avec Michel Droit*, 10 avr. 1969.

³¹⁶ Ibid. Dia A. « Le plébiscite et le référendum sont deux mécanismes similaires dans leur forme mais différents dans leur vocation. Le premier est démocratique parce qu'il est destiné à permettre au peuple d'adopter une décision publique mûrement réfléchie. Le second est monocratique parce qu'il est destiné à adopter une décision publique par référence à l'organe qui en est l'initiateur. »

³¹⁷ Conseil-constitutionnel.fr, *L'histoire du référendum sous la Ve République*.

³¹⁸ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, art. 4.

³¹⁹ Const., 4 oct. 1958, art. 11. « un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an »

« "rénover" la démocratie »³²⁰. S'il est regrettable que cette nouvelle disposition n'ait trouvé que de rares échos dans la pratique depuis sa mise en place³²¹, notamment avec le référendum peu concluant sur la privatisation des Aéroports de Paris³²² ou la tentative avortée de référendum pour les animaux³²³, l'initiative n'en demeure pas moins louable. Bien qu'insuffisante, elle pose une première pierre à l'édification d'un référendum d'initiative populaire ou citoyenne³²⁴. Guy Carcassonne rappelait que ce dernier « est une idée juste, est une idée féconde. C'est un véritable pouvoir nouveau donné aux Français »³²⁵ tout en rappelant que « le référendum ne saurait en aucun cas être un mode de gouvernement »³²⁶. Défendu par le mouvement des Gilets Jaunes³²⁷, il a fait l'objet en janvier 2019 d'une première proposition de loi constitutionnelle³²⁸ et en juillet 2019 d'une seconde proposition³²⁹. La même année, un projet de loi constitutionnelle³³⁰ envisageait aussi de renouveler l'article 11 de la Constitution en étendant le champ du référendum législatif à « l'organisation des pouvoirs publics territoriaux et aux questions de société »³³¹. Ce projet de texte projetait également de rénover le référendum d'initiative partagée, notamment en l'élargissant également aux pouvoirs publics territoriaux et aux questions de société et en abaissant son seuil³³². Si la proposition du 8 janvier 2019³³³ et celle du 19 juillet³³⁴ ainsi que le projet du 29 août 2019³³⁵ ont été abandonnés, ils témoignent d'une volonté croissante de réformer le référendum.

19. - Enquêtes, concertations, consultations et conférences : des dispositifs démocratiques en développement.

³²⁰ Vie-publique.fr, Eclairage, Les premiers dispositifs de démocratie participative, 15 juin 2020.

³²¹ Référendum d'initiative partagée relatif à la privatisation des Aéroports de Paris.

³²² Vie-publique.fr, En bref, Clôture du référendum d'initiative partagée sur la privatisation d'ADP. « Dans le cadre de la procédure de référendum d'initiative partagée, 1 116 000 soutiens ont été déposés, selon les chiffres publiés le 4 mars 2020 par le Conseil constitutionnel (nouvelle fenêtre). Toutefois, plus de 4,7 millions de votants sont nécessaires pour que la proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris, Roissy-Charles de Gaulle, Orly et Le Bourget, soit soumise au vote du Parlement ou, à défaut, à référendum ».

³²³ Darame M., Gérard M., Condition animale : le projet de référendum d'initiative partagée sur la cause animale encalminé, Lemonde.fr, 26 janv. 2021.

³²⁴ Grunberg G., Guy Carcassonne et la Ve République, telos-eu.com, juin 2013 : « Son autre souci était d'étendre la participation civique. Estimant que l'extension du champ d'application du référendum était moins importante que l'élargissement de son initiative, il jugeait que le premier pas effectué par la révision de 2008 vers la création d'un référendum d'initiative populaire, bien qu'encore beaucoup trop prudent et insuffisant, allait dans le bon sens. Et il appelait à faire vivre le droit de pétition. »

³²⁵ Twitter, LCP, Quand le constitutionnaliste Guy Carcassonne louait "le miracle de la démocratie" et défendait la création d'un "#référendum d'initiative minoritaire ou populaire", "une idée juste".

³²⁶ Louet S., Le référendum, une arme politique à double tranchant, Franceinter.fr, 12 févr. 2012.

³²⁷ Lemonde.fr, Référendum d'initiative citoyenne : 6 questions sur une mesure populaire chez les « gilets jaunes », 16 déc. 2018

³²⁸ Proposition de loi constitutionnelle n° 1558, 8 janv. 2019.

³²⁹ Proposition de loi constitutionnelle n° 2179, 19 juill. 2019.

³³⁰ Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019.

³³¹ Vie-publique.fr, Actualités, Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, 20 avr. 2021.

³³² Ibid. Vie-publique.fr, Actualités, Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, 20 avr. 2021. « Le référendum d'initiative partagée (RIP) serait rénové. Il trouverait sa place dans un nouveau titre XI relatif à la participation citoyenne. Le champ du RIP serait aussi élargi aux pouvoirs publics territoriaux et aux questions de société. Son seuil serait abaissé (un dixième de parlementaire et un million d'électeurs contre un cinquième de parlementaires et plus de 4,7 millions d'électeurs aujourd'hui). L'initiative elle-même est revue : les citoyens pourraient prendre l'initiative d'une proposition de loi, qui devrait ensuite recevoir le soutien des parlementaires. De nouvelles limites à l'objet de la proposition d'initiative partagée sont posées. »

³³³ Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 1558.

³³⁴ Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 2179.

³³⁵ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 2203.

Démocratisée avec la loi Bouchardeau du 12 juillet 1983³³⁶ et précisée par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement³³⁷, une enquête publique est « une procédure codifiée, préalable aux grandes décisions ou réalisations d'opérations d'aménagement du territoire à risques ou dangereux, ayant des impacts potentiellement importants sur l'environnement et la santé et/ou présentés comme d'intérêt public »³³⁸. Comme le rappelle le SGMAP, on peut en distinguer trois grands types : celles obligatoires au titre du Code de l'environnement, celles préalables à une Déclaration d'utilité publique, qui permet l'expropriation et celles de Droit commun³³⁹.

Les concertations ou débats publics de la Commission nationale du débat public (CNDP) furent mises en place dans un premier temps dans un cadre expérimental³⁴⁰ avec la circulaire du 15 décembre 1992 relative à la conduite des grands projets nationaux d'infrastructures³⁴¹. La loi Barnier du 2 février 1995³⁴² institutionnalise les concertations et crée la CNDP, qui deviendra une autorité administrative indépendante avec la loi Vaillant du 27 février 2002³⁴³. La concertation « permet aux citoyens d'un territoire impacté par un projet d'aménagement de bénéficier d'informations et d'émettre un avis sur ce dernier »³⁴⁴ et a pour objectif « de faciliter la mise en œuvre du projet concerné, en associant les citoyens à sa conception et en prenant en compte certaines de leurs recommandations »³⁴⁵.

Les consultations permettent aux citoyens de participer à l'élaboration des décisions publiques dans certains domaines, particulièrement en matière environnementale. Prévues à l'article 7 de la Charte de l'environnement³⁴⁶ et précisées par la loi n° 2012-1460³⁴⁷ et l'ordonnance n° 2013-714³⁴⁸, la consultation dans le cadre de projets environnementaux a été mise en œuvre à plusieurs reprises. Ce type de consultations a notamment été utilisé en ce qui concerne la promotion de l'économie circulaire et la gestion des déchets en 2015, l'interdiction du commerce d'ivoire d'éléphant et de la corne de rhinocéros en 2016 et les tirs de loups en 2017³⁴⁹.

Les conférences de citoyens ou conférence de consensus³⁵⁰, dispositif de démocratie participative d'inspiration danoise développé en France à la fin des années quatre-vingt-dix³⁵¹, placent « un panel de citoyens " profanes " au centre d'un processus d'évaluation d'un choix de politique scientifique ou technologique aux conséquences sociales incertaines ou controversées »³⁵². Relativement peu mis en œuvre, cet outil démocratique tend à se développer. Il a notamment été employé dans le cadre des débats sur les organismes génétiquement modifiés en 1998³⁵³, sur les changements climatiques et la

³³⁶ L. n° 83-630, 12 juill. 1983.

³³⁷ L. n° 2010-788, 12 juill. 2010.

³³⁸ SGMAP, Boite à outils concernant les démarches de participation citoyenne, oct. 2017.

³³⁹ Ibid. SGMAP.

³⁴⁰ Ibid. SGMAP.

³⁴¹ Circ., 15 déc. 1992.

³⁴² L. n° 95-101, 2 févr. 1995.

³⁴³ L. n° 2002-276, 27 févr. 2002.

³⁴⁴ Ibid. SGMAP.

³⁴⁵ Ibid. SGMAP.

³⁴⁶ Charte de l'environnement, art 7.

³⁴⁷ L. n° 2012-1460, 27 déc. 2012.

³⁴⁸ Ord. n° 2013-714, 5 août 2013.

³⁴⁹ SGMAP, Boite à outils concernant les démarches de participation citoyenne, oct. 2017, p. 4.

³⁵⁰ Ibid. SGMAP.

³⁵¹ Vie-publique.fr, Eclairage, Les premiers dispositifs de démocratie participative, 15 juin 2020.

³⁵² Petitjean O., Les conférences de consensus, d-p-h.info, 2008.

³⁵³ Boy D., Donnet Kamel D., Roqueplo P., Un exemple de démocratie participative : la « conférence de citoyens » sur les organismes génétiquement modifiés, RFSP 2000.

citoyenneté en 2002³⁵⁴, sur la bioéthique en 2009³⁵⁵ et sur la fin de vie en 2013³⁵⁶. Cette méthodologie a été déclinée par le SGMAP avec les « ateliers citoyens »³⁵⁷, par exemple celui portant sur le Big Data en santé en 2016³⁵⁸ et celui sur la prévention des conduites addictives en milieu scolaire³⁵⁹.

2. Des dispositifs locaux de participation citoyenne

20. - Pétitions et référendums locaux : des dispositifs démocratiques constitutionnalisés en 2003.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003³⁶⁰ introduit l'article 72-1 de la Constitution³⁶¹ où sont consacrés un droit de pétition locale et un référendum local. Au titre du droit de pétition locale, les électeurs de la collectivité concernée peuvent « demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence »³⁶². Au titre du référendum local, « les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité »³⁶³. Les contours du référendum local sont dessinés par la loi organique du 2 août 2003³⁶⁴.

Il a été mis en œuvre à plusieurs reprises. Par exemple, en 2021, les habitants de Charleville-Mézières se sont prononcés par ce biais concernant le schéma des mobilités participatif et durable³⁶⁵ et ceux de la Courneuve ont été invités à répondre aux quatre questions suivantes : « Êtes-vous favorable à une réglementation plus stricte du stationnement ? » ; « Êtes-vous favorable à de nouvelles réglementations du stationnement et de la circulation automobile aux abords immédiats des écoles ? » ; « Êtes-vous favorable à la création d'une zone 30 dans toute la ville à l'exception des grandes avenues ? » et « La municipalité doit-elle favoriser l'installation de la 5G ? »³⁶⁶.

21. - Consultations et conseils locaux : des dispositifs démocratiques progressivement renforcés.

Des consultations locales peuvent être organisées sur différentes bases légales. La consultation locale, généralisée par la loi n° 2004-809³⁶⁷, permet aux collectivités de consulter leurs électeurs « sur les décisions que les autorités de cette collectivité envisagent de prendre pour régler les affaires relevant de la compétence de celle-ci ». Bien que ne constituant qu'un simple avis³⁶⁸, la consultation locale

³⁵⁴ Anonyme, Les premiers dispositifs de démocratie participative, Vie publique, 15 juin 2020.

³⁵⁵ Vie-publique.fr, Eclairage, Les premiers dispositifs de démocratie participative, 15 juin 2020.

³⁵⁶ SGMAP, Boite à outils concernant les démarches de participation citoyenne, oct. 2017, p. 4.

³⁵⁷ Modernisation.gouv.fr, Boite à outils concernant les démarches de participation citoyenne, oct. 2017.

³⁵⁸ Solidarites-sante.gouv.fr, Avis de l'atelier citoyen Big data en santé, Paris, 19 juin 2016.

³⁵⁹ Drogues.gouv.fr, Avis de l'atelier citoyen Prévention des conduites addictives en milieu scolaire, Paris, 9 avr. 2017.

³⁶⁰ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003, art. 6.

³⁶¹ Const., 4 oct. 1958, art. 72-1.

³⁶² Ibid. Const. « La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence. »

³⁶³ Ibid. Const. « Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité. »

³⁶⁴ L. org. n° 2003-705, 1er août 2003 ; Cons. const., 30 juill. 2003, n° 2003-482 DC.

³⁶⁵ Blanc A., Premier référendum local à Charleville-Mézières : le mode d'emploi, Francebleu.fr, 25 nov. 2021.

³⁶⁶ Da Veiga L., Seine-Saint-Denis : la Courneuve lance son premier référendum local, Lesechos.fr, 12 oct. 2021.

³⁶⁷ L. n° 2004-809, 13 août 2004.

³⁶⁸ CGCT, art. L. 1112-20 « après avoir pris connaissance du résultat, l'autorité compétente de la collectivité territoriale arrête sa décision sur l'affaire qui en a fait l'objet »

s'inscrit dans une véritable démarche de rapprochement du citoyen dans la prise de décision au niveau local, comme en atteste notamment le fait que celle-ci puisse être d'initiative citoyenne³⁶⁹. Des consultations locales peuvent également être organisées lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation en application de l'article 72-1 al. 3 de la Constitution³⁷⁰. Ce type de consultation n'a cependant été mis en œuvre qu'une seule fois, en ce qui concerne le statut de la Corse en 2003. Enfin, l'ordonnance du 21 avril 2016³⁷¹ prévoit des consultations locales spécifiques pour les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, comme celle organisée sur le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes³⁷² ou celle relative à l'extension des sablières à Saint-Colomban³⁷³.

Comme le souligne le site vie publique, d'autres dispositifs locaux de consultation citoyenne sont institutionnalisés, notamment « les comités consultatifs sur des problèmes d'intérêt communal et les conseils de quartier créés respectivement par la loi en 1996 et 2002, les conseils citoyens dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville instaurés en 2014... »³⁷⁴.

22. - Des initiatives locales hors de tout cadre normatif.

Sans obligation légale, des collectivités ont mis en place des outils de participation citoyenne locale, affirmant ainsi leur reconnaissance de l'indéfectible place du citoyen dans la construction des territoires. Mises en place dès les années soixante, on peut compter parmi ces expériences « les comités de quartiers, les ateliers populaires d'urbanisme, (...), les conseils d'enfants et de jeunes [et] les budgets participatifs »³⁷⁵.

C'est ainsi que plusieurs collectivités ont mis en avant leur volonté de renforcer la démocratie locale³⁷⁶, comme en attestent notamment la « Charte de la participation du Grand Lyon »³⁷⁷, le « Pacte pour la démocratie » de la ville de Strasbourg³⁷⁸, la « Charte rennaise pour la démocratie locale »³⁷⁹ et la « Charte nantaise pour le dialogue citoyen »³⁸⁰.

§2. Le citoyen co-créateur des innovations au service des territoires

Progressivement, le citoyen s'impose lui-même comme un innovateur et devient co-créateur des innovations au service des territoires, non seulement durant la phase d'idéation mais également durant

³⁶⁹ Vie-publique.fr, Fiche thématique, Qu'est-ce qu'une consultation locale ?, 26 avr. 2018 : « Les électeurs eux-mêmes peuvent être à l'initiative d'une demande de consultation (ce qui n'est pas le cas pour le référendum local), la décision de l'organiser revenant toutefois à l'assemblée délibérante (art. L. 1112-16). »

³⁷⁰ Const., 4 oct. 1958, art. 72-1 al. 3.

³⁷¹ Ord. n° 2016-488, 21 avr. 2016.

³⁷² Vie-publique.fr, Eclairage, Les premiers dispositifs de démocratie participative, 15 juin 2020.

³⁷³ Turgis C., À Saint-Colomban au sud de Nantes, la population dit oui l'extension des sablières lors d'une consultation locale, France3-regions.francetvinfo.fr, 9 janv. 2022.

³⁷⁴ Ibid. Vie-publique.fr, Eclairage.

³⁷⁵ Ibid. Vie-publique.fr, Eclairage.

³⁷⁶ Avis AN n° 2306, 10 oct. 2019, sur le projet de loi n° 2272 des finances pour 2020.

³⁷⁷ Grandlyon.com, Charte de la participation, juill. 2003.

³⁷⁸ Strasbourg.eu, Le pacte citoyen, 2018.

³⁷⁹ Fabriquécitoyenne.rennes.fr, La charte rennaise de la démocratie locale, 2015.

³⁸⁰ Nantes.fr, Charte nantaise du dialogue citoyen, 2010.

celles de prototypage et d'expérimentation. Au sein des territoires d'intelligences, cette démarche émergente (A.) est vertueuse (B.).

A. La co-création citoyenne : une démarche émergente

La participation des citoyens à la création d'innovations occupe une place grandissante au sein des territoires. Elle se matérialise notamment par l'organisation d'évènements faisant appel à la créativité citoyenne (1.) et par la mise en place de lieux dédiés à l'innovation ouverts aux citoyens (2.).

1. L'organisation d'évènements faisant appel à la créativité citoyenne

23. - L'organisation d'évènements faisant appel à la créativité citoyenne au niveau local.

Les Hackathons, « contraction de "marathon de hackers" »³⁸¹, sont un des principaux types d'évènements organisés pour faire appel à la créativité citoyenne. Un Hackathon est un « évènement regroupant des personnes aux compétences variées autour d'un but commun pendant une courte période pour stimuler les forces en présence et challenger diverses idées »³⁸². Cette formule est de plus en plus utilisée par les collectivités territoriales, généralement sur des thématiques sectorielles telles que les transports, la santé ou l'environnement.

La Métropole de Toulouse, à travers sa Direction de la Culture et son Laboratoire des usages³⁸³, a ainsi organisé un Hackathon avec Imaginations fertile, structure spécialisée notamment dans l'animation collaborative, sur le sujet de la « circulation des publics et des artistes »³⁸⁴. A cette occasion, une cinquantaine de personnes, au rang desquels figuraient des citoyens du territoire, ont pu travailler en groupe sur plusieurs projets répondant à cette thématique. Les deux projets retenus par le jury à l'issue de ce Hackathon sont « Bulles de Mémoire », qui est un « projet d'installation temporaire éco-conçue, lieu d'installations et d'échanges, sur le passé, le présent et le futur d'un territoire »³⁸⁵, et « Viens, je t'emmène », qui consiste en la « fabrication du modèle de « banc mobile » pour le déplacement des œuvres et des personnes »³⁸⁶. La Direction Régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement de Bretagne, avec la participation de l'Audiar³⁸⁷, agence d'urbanisme de Rennes, avait, pour sa part, prévu d'organiser les 14 et 15 janvier 2021 à Rennes un Hackathon pour initier un changement

³⁸¹ Guglielmi G., Gouvernance et participation : les villes intelligentes font-elles le co-citoyen? QDL 2015.

³⁸² Bretagne.developpement-durable.gouv.fr, L'évènement Hackathon citoyen covoiturage au quotidien à Rennes, 15 déc. 2021.

³⁸³ Toulouse-metropole.fr, Toulouse l'Open Métropole, Bilan Smart City 2018.

³⁸⁴ Imaginationsfertiles.fr, Le laboratoire des Usages : un an d'innovation ouverte et participative avec Toulouse Métropole.

³⁸⁵ Ibid. Imaginationsfertiles.fr : « projet d'installation temporaire éco-conçue, lieu d'installations et d'échanges, sur le passé, le présent et le futur d'un territoire. Le dispositif physique est doublé de la création d'un site web permettant la visite historique ou anecdotique et de collecter la mémoire vivante liée au patrimoine (projet porté par les Directions Culture & Aménagement de Toulouse Métropole) »_

³⁸⁶ Ibid. Imaginationsfertiles.fr : « Fabrication du modèle de « banc mobile » pour le déplacement des œuvres et des personnes. La fabrication du banc mobile sera disponible en kit DIY permettre l'appropriation de l'objet par le plus grand nombre. »

³⁸⁷ Audiar.org, Hackathon citoyen - Covoiturage au quotidien.

de comportement et « installer le réflexe covoiturage dans le quotidien »³⁸⁸ Mis à mal par la pandémie Covid-19, cet évènement invitait « [les] entrepreneurs, [les] professionnels, [les] agents de l'État, [les] citoyens, [les] étudiants, [les] salariés opérateurs de la mobilité [et les] innovateurs » à venir « imaginer des solutions simples, innovantes, peu onéreuses, pour développer le covoiturage sur des secteurs particuliers pour lesquels cela répondra à une problématique donnée »³⁸⁹.

24. - L'organisation d'évènements faisant appel à la créativité citoyenne au niveau national.

L'organisation de Hackathons ne se cantonne pas au niveau local comme en témoigne le Hackathon organisé les 20 et 21 juin 2014 par ministère de l'Intérieur en partenariat avec Open Knowledge France, ETALAB et OCTO Technology³⁹⁰. Celui-ci visait à « élaborer des prototypes d'applications et de visualisations de données ou améliorer la qualité de données déjà disponibles pour mieux jouer avec »³⁹¹. Le Hackathon organisé par le ministère de la Culture sur les questions de culture et de tourisme les 20 au 22 novembre 2017³⁹² peut également être évoqué à cet égard.

Le Hackathon sur les données financières des collectivités territoriales³⁹³ organisé par le Sénat les 24 et 25 janvier 2020 peut également être évoqué. De nombreux acteurs publics ont été associés à la mise en place de cet évènement, parmi lesquels figuraient l'Assemblée nationale, plusieurs ministères³⁹⁴, direction interministérielle du numérique, la Cour des comptes et l'Observatoire des finances et de la gestion publique locales³⁹⁵. Plusieurs partenaires, notamment la DGFIP, OFGL, DGCL, l'Assemblée nationale et le Sénat, avaient ouvert, en collaboration avec Etalab, des jeux de données utiles au Hackathon³⁹⁶. Les cent-cinquante participants d'horizons variés³⁹⁷, notamment des citoyens, se sont réunis pendant deux jours afin de répondre en équipe à une vingtaine de « défis »³⁹⁸. Ces derniers avaient été proposés par divers acteurs, notamment la Cour des comptes en ce qui concerne ses recommandations, l'Assemblée nationale « à la recherche d'un simulateur des effets d'un amendement sur les dotations »³⁹⁹ ou encore un citoyen s'interrogeant sur les dépenses en numérique⁴⁰⁰.

2. La création de lieux dédiés à l'innovation ouverts aux citoyens

25. - Les « Fab Lab » : le citoyen créateur.

³⁸⁸ Bretagne.developpement-durable.gouv.fr, L'évènement Hackathon citoyen covoiturage au quotidien à Rennes, 15 déc. 2021.

³⁸⁹ Ibid. Bretagne.developpement-durable.gouv.fr, 2021.

³⁹⁰ Fr.okfn.org, Premier hackathon sur les données du ministère de l'Intérieur, 2014.

³⁹¹ Ibid. Fr.okfn.org.

³⁹² Culture.gouv.fr, Hackathon Culture & Tourisme, 2017.

³⁹³ Senat.fr, Hackathon #datafin.

³⁹⁴ Notamment le ministère de l'Action et des Comptes publics (direction du Budget et direction générale des Finances publiques) et le ministère de la Cohésion des territoires et des Relations avec les collectivités territoriales (direction générale des collectivités locales).

³⁹⁵ Senat.fr, Hackathon #datafin.

³⁹⁶ Léchenet A., Au Sénat, un « hackathon » sur les finances locales, Gaz. Cnes. 2020.

³⁹⁷ Senat.fr, Hackathon #dataFin : plus de 150 développeurs, data scientists, designers, journalistes, agents publics et citoyens étaient au rendez-vous, 27 janv. 2020.

³⁹⁸ Senat.fr, Hackathon #datafin.

³⁹⁹ Ibid. Léchenet A.

⁴⁰⁰ Ibid. Léchenet A.

Un Fab Lab⁴⁰¹ est « un lieu ouvert au public où sont mis à disposition toutes sortes d'outils et de machines, dans le but de concevoir et de réaliser des objets »⁴⁰². Ces ateliers de création ouverts « [favorisent] la rencontre des différents acteurs, en plus de mettre à disposition le matériel technique et numérique nécessaire à la conception, au prototypage et à l'expérimentation de services et d'objets innovants »⁴⁰³. Il est important de souligner que « s'ils soutiennent l'innovation locale en favorisant l'accès au matériel et aux techniques innovantes, ces lieux (...) prennent des formes différentes et se déploient dans les villes selon des modèles distincts, tantôt de centralisation des ressources pour créer des synergies, tantôt de déploiement de la capacité d'expérimentation sur le territoire »⁴⁰⁴.

Les collectivités territoriales se saisissent progressivement de la démarche Fab Lab comme en atteste la création par la Métropole de Toulouse de son Laboratoire des usages en 2014. Rattaché au projet French Tech, le Laboratoire des usages est « un lieu de conception et de mise en œuvre des dispositifs d'expérimentation et de création de démarches d'innovation ouverte »⁴⁰⁵. L'objectif principal de cette démarche mis en lumière par la Métropole de Toulouse est d'« encourager les citoyens à participer à une action collective en faveur du territoire, à travers le partage d'expériences, d'idées, de connaissances, tout en bénéficiant personnellement et collectivement des conclusions des différents ateliers (environnement, mobilité, culture, etc.) traitées par la démarche »⁴⁰⁶. La Métropole souligne qu'avec ce laboratoire elle « place la question des usages et des pratiques citoyennes au centre de sa réflexion pour co-construire la ville de demain avec les citoyens et les usagers du territoire »⁴⁰⁷. La Métropole de Toulouse n'est pas la seule collectivité territoriale à avoir déployé un Fab Lab afin de stimuler l'innovation sur son territoire. Il est notamment possible d'évoquer à cet égard le Fab Lab mis en place par la Ville de Vichy⁴⁰⁸.

26. - Les « Living Lab » : le citoyen expérimentateur.

Un Living Lab, ou laboratoire vivant, est « une méthode de recherche en innovation ouverte qui vise le développement de nouveaux produits et services » et cette approche « promeut un processus de co-création avec les usagers finaux dans des conditions réelles et s'appuie sur un écosystème de partenaires public-privé-citoyen »⁴⁰⁹. Initié par avec le Media Lab du Massachusetts Institute of Technology à la fin des années quatre-vingt-dix, cette pratique occupe une place croissante dans le développement des innovations, comme en atteste notamment la création en 2006 de ENoLL, réseau européen des Living Labs⁴¹⁰. Les Living Labs peuvent toucher des domaines divers et variés, notamment la santé ou l'agriculture, et apparaissent progressivement comme « de véritables accélérateurs d'innovation locale »⁴¹¹ pouvant être mis au service des territoires d'intelligences. Ainsi, au sein des Living Labs, « le citoyen est à la fois co-créateur de valeurs et testeur de solutions pour demain »⁴¹².

⁴⁰¹ (pour fabrication laboratory en anglais, ou laboratoire de fabrication en Français)

⁴⁰² Leshorizons.net, Fab Lab, 18 janv. 2020.

⁴⁰³ Commissariat Général au développement durable, rapp., mars 2016, Villes intelligentes, «smart», agiles : Enjeux et stratégies de collectivités françaises.

⁴⁰⁴ Ibid. Commissariat Général au développement durable.

⁴⁰⁵ Ibid. Commissariat Général au développement durable.

⁴⁰⁶ Toulouse-metropole.fr, Le Laboratoire des usages.

⁴⁰⁷ Ibid. Toulouse-metropole.fr.

⁴⁰⁸ Ville-vichy.fr, Actualités, FAB LAB, une "usine numérique" ouverte à tous, 2 févr. 2021.

⁴⁰⁹ Creativite33.files.wordpress.com, Le livre blanc des Living Labs, mars 2014.

⁴¹⁰ Ibid. Creativite33.files.wordpress.com.

⁴¹¹ Ibid. Creativite33.files.wordpress.com.

⁴¹² Ibid. Creativite33.files.wordpress.com.

Emmanuel Roux, maître de conférences à l'Institut de Géographie Alpine, et Quentin Marron, docteur au sein de l'UMR Pacte, affirment en 2018 que « de façon assez marginale, dans un cas sur dix, les Living Labs sont à l'initiative des institutions publiques ou des collectivités territoriales »⁴¹³. Bien que ce ne soit pas la pratique la plus courante, les pouvoirs publics se saisissent progressivement des opportunités offertes par les Living Lab « pour aborder et impulser des processus d'innovation et de production de connaissances au sein des territoires »⁴¹⁴.

B. La co-crédation citoyenne : une démarche vertueuse

La co-crédation citoyenne apparait comme une démarche vertueuse en ce qu'elle présente des avantages pour les collectivités territoriales et les citoyens (1.) et en ce qu'elle est un vecteur de transparence (2.).

1. La co-crédation citoyenne : avantage pour les collectivités territoriales comme pour les citoyens

27. - La co-crédation citoyenne : vecteur d'économie pour les acteurs publics.

Le travail gratuit des citoyens occupe une place croissante dans nos sociétés. Lorsqu'une collectivité n'a pas les moyens de fournir un service, elle peut faire appel à l'aide de ses citoyens. Par exemple, aux États-Unis, la ville de Boston a proposé à ses citoyens « d'adopter » des bouches incendies⁴¹⁵. En effet, les grands froids et les tempêtes de neige peuvent endommager ces bouches d'incendie et il est complexe ou très coûteux pour la collectivité d'entretenir ses treize mille bouches d'incendies. Elle externalise donc l'entretien vers ses citoyens : chacun peut en « adopter » une et s'engage alors à assurer son entretien. La démarche n'est pas étrangère aux collectivités territoriales françaises comme en atteste la mise à jour collaborative du plan communal de la ville de Plouarzel⁴¹⁶. En 2009, dans l'impossibilité de faire réaliser ce travail par son service technique, cette commune du Finistère a fait appel à ses trois milles trois cents habitants pour réaliser cet exercice. Après avoir diffusé les cartes en sa possession en ouvrant ses données⁴¹⁷, elle a ensuite demandé à ses citoyens de l'appuyer pour les actualiser. Armés de GPS, les citoyens se sont alors élancés dans Plouarzel avec les destriers à leurs dispositions. C'est donc à cheval, à moto, en kayak ou en voiture qu'ils ont parcouru ces chemins du bout du monde⁴¹⁸. S'en est suivi un travail de mise à jour des cartes basé sur la collecte de données citoyennes. La co-crédation citoyenne d'innovations peut donc prendre la forme du travail gratuit des citoyens.

⁴¹³ Marron Q., Roux E., Les Livings Labs au service de l'action publique locale, Adgcf.fr, 24 mai 2018.

⁴¹⁴ Ibid. Marron Q., Roux E.

⁴¹⁵ Renault S., Boutigny E., Crowdsourcing citoyen : définition et enjeux pour les villes, Politiques et management public 2014.

⁴¹⁶ Ibid. Renault S., Boutigny E.

⁴¹⁷ Ibid. Renault S., Boutigny E. : « Confrontée à l'impossibilité de faire réaliser ce travail chronophage par son service technique, la collectivité a opté pour l'Open data en diffusant les cartes qu'elle possédait sur OpenStreetMap. »

⁴¹⁸ Le Finistère, issu du latin « finis terrae », c'est-à-dire « fin de la terre », est appelé en breton Penn ar Bed, c'est-à-dire la « tête du monde » ou le « début du monde ». Début du monde lorsqu'on regarde vers l'Est et fin du monde quand on se tourne vers l'Ouest, la Finistère est en toutes circonstances un bout du monde.

Le travail gratuit des citoyens n'est pas le seul vecteur d'économies pour les acteurs publics à l'aune de la co-création citoyenne. Ils peuvent également faire appel à l'intelligence des citoyens de leurs territoires pour imaginer de nouvelle manière de faire des économies pour les collectivités territoriales. Par exemple la Mairie du neuvième arrondissement de Paris a organisé, via son application numérique, en janvier 2018 le concours « Le neuf a une idée ». L'objectif de ce concours était de « recueillir les idées de ses habitants pour améliorer le quotidien de leur quartier sans engager d'investissement supplémentaire »⁴¹⁹. Parmi les quatre-vingts idées présentées par les habitants, douze ont été soumises au vote des habitants. L'idée alors recollée le plus de soutiens a ensuite été débattue au Conseil de la Mairie du neuvième arrondissement de Paris. Ainsi, « les élus peuvent (...) enrichir leurs perspectives des idées des citoyens »⁴²⁰.

28. - La co-création citoyenne : vecteur de changements adaptés aux besoins des citoyens.

La co-création citoyenne permet aux citoyens de proposer les changements qu'ils souhaitent voir sur leurs territoires. Elle est vectrice de pragmatisme de l'action publique et de réalisation de la volonté des citoyens. Le développement des plateformes d'idéation citoyenne est d'ailleurs symptomatique de l'intérêt de cette démarche. A titre d'exemple, la Fabrique citoyenne du Climat⁴²¹, plateforme mise en place par la Métropole de Rennes et la Ville de Rennes, permet « aux internautes de proposer des idées ou des projets et de voter afin de soutenir les contributions des autres internautes »⁴²².

La co-création citoyenne s'avère être un outil enrichissant pour le citoyen en ce qu'elle lui permet d'avoir un impact direct sur son territoire. Il peut ainsi signaler directement à ses élus les problématiques qu'il rencontre, les idées qu'il a pour y faire face mais également participer à la matérialisation de celles-ci que ce soit par la participation à la création de l'innovation ou par l'expérimentation de cette dernière.

2. La co-création citoyenne : vecteur de transparence

29. - La transparence : condition de la mise en place de la co-création.

Co-création citoyenne et ouverture des données marchent bien souvent main dans la main. D'une part, la logique d'ouverture des données est intrinsèquement liée à celle de réutilisation comme en atteste le Droit applicable⁴²³. D'autre part, les données irriguant l'administration de toute part, la mise en place d'évènement d'innovation liés aux activités de l'administration implique l'accès à certaines données.

⁴¹⁹ Get.flui.city, Concours « Le Neuf a une idée » : Comment impliquer ses citoyens sans dépense supplémentaire ?, 2019.

⁴²⁰ Ibid. Renault S., Boutigny E.

⁴²¹ Fabriquecitoyenne.rennes.fr.

⁴²² Commissariat Général au développement durable, rapp., mars 2016, Villes intelligentes, «smart», agiles : Enjeux et stratégies de collectivités françaises.

⁴²³ L. n° 78-753, 17 juill. 1978 ; Dir. (CE), n° 2003/98, 17 nov. 2003 ; Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005 ; D. n° 2011-194, 21 févr. 2011 ; D. n° 2011-577, 26 mai 2011 ; Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013 ; L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015 ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

Si la réglementation impose l'ouverture des données⁴²⁴, cette exigence ne couvre pas l'ensemble des jeux de données des administrations et est encore trop souvent difficilement mise en œuvre par les administrations. Les événements de co-création citoyenne de l'innovation, en ce qu'ils requièrent l'accès à un certain nombre de données pour être menés à bien, constituent alors une opportunité en matière d'ouverture des données et de transparence des administrations. La participation des citoyens aux politiques publiques du territoire et à la conception d'innovations au service de ce dernier conduit bien souvent à l'ouverture de nouveaux jeux de données de la part des administrations publiques, comme en attestent notamment la mise en Open Data des cartes de la ville de Plouarzel dans le cadre de la mise à jour collaborative de son plan communal⁴²⁵ ou l'ouverture des données de plusieurs administrations⁴²⁶ dans le cadre du Hackathon sur les données financières des collectivités territoriales organisé par le Sénat⁴²⁷.

En outre, l'ouverture des données pour mener à bien ces événements collaboratifs ne se cantonne pas nécessairement au secteur public. En effet, ils sont parfois organisés en partenariat avec des structures privées qui peuvent également donner accès à leurs données dans le cadre de l'évènement collaboratif. Par exemple, Erasmé – Laboratoire d'innovation ouvert de la Métropole de Lyon, le TUBÀ et le Mirage festival ont co-organisé un projet collaboratif, intitulé « Bizartech », relatif aux questions de transition énergétique associant les citoyens. Dans ce cadre, plusieurs grands groupes, particulièrement des énergéticiens⁴²⁸, ont été associés à la démarche et ont ouverts des données énergétiques dont elles disposaient. Lors du « sprint créatif »⁴²⁹ organisé dans ce cadre, ces jeux de données avaient été mis à la disposition des groupes qui travaillaient sur « la sensibilisation du grand public autour de la consommation énergétique en utilisant les arts numériques »⁴³⁰. Cet exemple est éclairant en matière de transparence de deux points de vue. D'une part, l'organisation du Bizartech a conduit à l'ouverture de données d'énergéticiens auprès des participants. D'autre part, les œuvres produites notamment sur la base de ces données pourront être exposées dans la ville, rendant alors les données en question accessibles au grand public d'une manière originale⁴³¹.

30. - La transparence : éventuel objet du projet de co-création.

Malgré leur bonne volonté, les acteurs publics ne savent pas toujours comment être transparents de la meilleure manière possible vis-à-vis des citoyens. Cela peut tenir à un manque de moyens, humains ou financiers, mais également à des connaissances insuffisantes sur la manière dont les citoyens souhaiteraient avoir accès à ces informations. A cette fin, il est alors envisageable de mettre les événements et les structures de co-création citoyenne au service de la transparence des administrations.

Cette idée est d'ailleurs incarnée par l'organisation du Hackathon, précédemment évoqué, sur les données financières des collectivités territoriales⁴³² organisé par le Sénat en 2020. Ce Hackathon a conduit à plusieurs projets intéressants en ce qui concerne la transparence des finances publiques locales.

⁴²⁴ L. n° 78-753, 17 juill. 1978 ; Dir. (CE), n° 2003/98, 17 nov. 2003 ; Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005 ; D. n° 2011-194, 21 févr. 2011 ; D. n° 2011-577, 26 mai 2011 ; Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013 ; L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015 ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

⁴²⁵ Renault S., Boutigny E., Crowdsourcing citoyen : définition et enjeux pour les villes, op. cit.

⁴²⁶ Notamment la DGFIP, OFGL, DGCL, l'Assemblée nationale et le Sénat.

⁴²⁷ Senat.fr, Hackathon #datafin.

⁴²⁸ Notamment Veolia, GRDF, Enedis et EDF.

⁴²⁹ Tuba-lyon.com, Projet, Bizartech.

⁴³⁰ Ibid. Tuba-lyon.com.

⁴³¹ Ibid. Tuba-lyon.com.

⁴³² Senat.fr, Hackathon #datafin.

Peuvent notamment être évoqués « le jeu des 1 000 €, qui permet de visualiser les politiques publiques bénéficiaires pour 1 000 € de dépenses réalisé au budget de fonctionnement d'une collectivité », « le compte est bon qui permet de découvrir les recettes des collectivités locales et de comparer plusieurs collectivités librement choisies par les utilisateurs », « Indy-Cat qui permet à chacun de construire ses propres indicateurs à partir des données financières et statistiques sur les collectivités territoriales et de mesurer ainsi les impacts des politiques publiques sur la vie quotidienne »⁴³³ ou encore le projet « un œil sur ma ville qui réussit le pari d'utiliser l'outil OpenAnafi des juridictions financières, les données du REI et la méthodologie de l'OFGL pour construire un tableau de bord citoyen et grand public de la situation financière des collectivités »⁴³⁴.

31. - La transparence des résultats de la co-création.

La co-création, d'autant plus lorsqu'elle implique une participation directe des futurs utilisateurs d'une solution, soulève de nombreuses questions en matière de propriété intellectuelle. Comme le rappelle François Herpe, avocat, « en l'absence d'un régime juridique propre, les règles classiques du droit de la propriété intellectuelle s'appliquent au crowdsourcing et aux contributions des internautes ou des clients, de manière distributive, selon le type de création concerné »⁴³⁵.

Forts de ce constat et portés par l'idéal de transparence qui accompagne bien souvent la participation citoyenne, les acteurs publics faisant appel à la créativité des citoyens accompagnent bien souvent la co-création citoyenne de licences libres. Erasmé⁴³⁶, le laboratoire d'innovation ouverte de la Métropole de Lyon, a d'ailleurs fait des formats libres le principe pour les créations issues des événements collaboratifs qu'il organise.

Section 2. Les innovations technologiques : outils potentiels de participation citoyenne

Les innovations technologiques, grâce à leur accessibilité croissante et la rapidité avec laquelle elles traitent l'information, s'imposent progressivement comme des outils au service de la participation citoyenne. Elles permettent le renouvellement des outils démocratiques existants et l'émergence de nouvelles formes de participation. Elles contribuent à la participation citoyenne tant en ce qui concerne la conception des politiques publiques que l'élaboration de la norme (§1.). Cependant, nous verrons à travers l'exemple de l'utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique qu'il convient de ne pas adopter une vision trop technocentrée de la participation citoyenne, incitant au développement de la technologie pour la technologie et non pour le renforcement de la démocratie (§2.).

⁴³³ Senat.fr, Hackathon #datafin.

⁴³⁴ Ibid. Senat.fr.

⁴³⁵ Herpe F., Innovation collaborative : un enjeu fort pour la propriété intellectuelle, Les petites affiches 2014.

⁴³⁶ Erasmé.org.

§1. Les innovations technologiques : vectrices de renforcement de la participation citoyenne

Le numérique et les innovations technologiques se sont progressivement imposés comme « un facteur d'accroissement de la participation »⁴³⁷. La volonté de co-construire les territoires avec le citoyen étant croissante, l'État et les collectivités territoriales renforcent les démarches collaboratives, notamment grâce au numérique et aux innovations technologiques. Cela se matérialise par l'utilisation des innovations technologiques pour faciliter la participation des citoyens tant aux politiques publiques (A.) qu'à l'élaboration de la norme (B.). Cette faculté des outils numériques est d'autant plus importante au moment où la proposition de loi constitutionnelle pour une nouvelle démocratie citoyenne et participative envisage d'inscrire dans la constitution que « la loi garantit la participation des citoyens à l'édiction des normes publiques et à l'élaboration des politiques publiques »⁴³⁸.

A. Les innovations technologiques : participation des citoyens aux politiques publiques

Comme évoqué précédemment, des dispositifs juridiques existent afin de permettre aux citoyens de participer à la définition des politiques publiques. C'est notamment le cas du référendum, des consultations et des pétitions. Les innovations technologiques viennent renforcer et généraliser ces dispositifs juridiques existants, mais également créer de nouveaux modes de participation citoyenne aux politiques publiques. Le champ d'action des citoyens est ainsi élargi grâce aux innovations technologiques et ils peuvent participer tant à la définition des politiques publiques (1.) qu'à leur mise en œuvre (2.).

1. Participation des citoyens à la définition des politiques publiques

32. - Des innovations technologiques au service des politiques publiques d'initiative citoyenne.

Les initiatives au service du territoire portées directement par les citoyens sans intervention des pouvoirs publics dans un premier temps se sont développées, particulièrement en matière environnementale. L'association la Ressourcerie Verte, « née d'un collectif d'habitants de Romans-sur-Isère, motivés pour agir dans le domaine de la réduction des déchets et de la sensibilisation du grand public au gaspillage »⁴³⁹, en constitue un exemple intéressant. Ce projet initialement porté par les citoyens a progressivement associé les autres intelligences du territoire, notamment la régie de quartier Monnaie Services et l'ex-communauté d'agglomération du pays de Romans. Il a développé son action en s'appuyant sur des outils numériques, particulièrement en créant le site <http://laressourcerieverte.com>⁴⁴⁰ qui soutient entre autres ses actions de sensibilisations. Le rapport publié par le Ministère de la Transition Écologique et Solidaire et réalisé par le Centre d'Études et d'expertise sur les Risques, l'Environnement, la Mobilité et l'Aménagement intitulé « Action citoyenne, accélératrice de transitions vers des

⁴³⁷ Vie-publique.fr, Eclairage, Les nouvelles formes de participation citoyenne, 27 juill. 2020.

⁴³⁸ Proposition de loi constitutionnelle n° 4661, 10 nov. 2021, art. 1.

⁴³⁹ Ecologie.gouv.fr, L'action citoyenne, accélératrice de transitions vers des modes de vie plus durables, avr. 2019.

⁴⁴⁰ Laressourcerieverte.com.

modes de vie plus durables »⁴⁴¹ considère que ce type d'initiatives peut être confronté à « la lourdeur et l'illisibilité de la bureaucratie » ainsi qu'à la « segmentation et la verticalité de l'action publique »⁴⁴².

En parallèle, les territoires développent des plateformes permettant aux citoyens de proposer ou de co-construire avec les pouvoirs publics les politiques publiques locales. L'étude Une ville plus contributive et durable : crowdsourcing urbain et participation citoyenne numérique de l'IDRI met également en exergue plusieurs outils mis en place par la mairie de Paris à cette fin⁴⁴³. La plateforme Imaginons Paris Demain⁴⁴⁴ organise une concertation en ligne relative à la modification du plan local d'urbanisme portée par la Direction de l'Urbanisme de la Ville de Paris. La plateforme Idée.Paris⁴⁴⁵, « par le biais de campagnes de mobilisation, (...) encourage les citoyen.ne.s Parisien.ne.s à co-construire les projets municipaux et à interagir entre eux »⁴⁴⁶. En outre, la plateforme Paris Budget Participatif⁴⁴⁷ permet aux citoyens de déposer des projets qu'ils souhaiteraient voir soutenus par la mairie de Paris. Amandine Ferdinand et Emilie soulignent à cet égard que « trois défis se posent alors au cadre stratégique de collectivité en la matière : susciter l'initiative citoyenne, manager les équipes en incluant davantage le citoyen et accompagner les élus »⁴⁴⁸.

33. - Des innovations technologiques au service de la participation des citoyens à la définition du budget du territoire.

Le budget participatif, « dispositif qui permet à des citoyens non élus de participer à la conception ou à la répartition des finances publiques » selon Yves Sintomer⁴⁴⁹, est un outil collaboratif qui connaît un développement important tant en France⁴⁵⁰ que dans le reste du monde⁴⁵¹. Ce système permet aux collectivités de soumettre une partie de leurs dépenses d'investissement directement à la volonté des citoyens qui décident alors de leur répartition. Née à Porto Alegre au Brésil en 1989, cette pratique existe depuis les années quatre-vingt-dix en France⁴⁵² et connaît un essor important suite aux élections municipales de 2014⁴⁵³.

Par exemple, la Ville de Paris a mis en place de nombreux outils numériques de participation citoyenne⁴⁵⁴ et particulièrement Paris Budget Participatif⁴⁵⁵ qui permet à la fois de déposer des projets sur la plateforme et de voter pour les projets que l'on souhaite que la collectivité finance. Pour que Paris Budget Participatif porte ses fruits, de grandes actions de communications, un accompagnement

⁴⁴¹ Ecologie.gouv.fr, L'action citoyenne, accélératrice de transitions vers des modes de vie plus durables, avr. 2019.

⁴⁴² Dalifard T., Quelle est la place des initiatives citoyennes dans la conception des politiques publiques?, Réseautransition.be, juill. 2019.

⁴⁴³ Feraudy (de) T., Saujot M., Une ville plus contributive et durable : crowdsourcing urbain et participation citoyenne numérique, IDRI 2017.

⁴⁴⁴ Paris-nord-est.imaginons.paris.

⁴⁴⁵ Idee.paris.fr

⁴⁴⁶ Idee.paris.fr

⁴⁴⁷ Budgetparticipatif.paris.fr.

⁴⁴⁸ Ferdinand A., Ruin E., Les citoyens à l'initiative des politiques publiques, une nouvelle ère démocratique ?, Gaz. Cnes 2020.

⁴⁴⁹ Sintomer Y., Herzberg C., Röcke A., Les budgets participatifs en Europe, Des services publics au service du public, 2008, La Découverte.

⁴⁵⁰ Messaoud S., Les budgets participatifs d'investissement : un dispositif politique et/ou un dispositif citoyen ?, Revue générale du droit 2019.

⁴⁵¹ Daniel Filho B. J., Le budget participatif local : un outil pour l'amélioration de la démocratie. Enseignement d'une expérience originale et contradictoire à Santo André, MSH-Paris.fr, 2011.

⁴⁵² Ibid. Messaoud S.

⁴⁵³ Vie-publique.fr, Eclairage, Gestion municipale : le développement des budgets participatifs, 12 déc. 2019.

⁴⁵⁴ Par exemple : Madame la Maire j'ai une idée, Imaginons Paris Demain, Budget Participatif de Paris etc.

⁴⁵⁵ Ibid. Budgetparticipatif.paris.fr.

en présentiel et un travail de médiation ont été menés par la mairie de Paris⁴⁵⁶. Cependant, la participation à ce type de démarche demeure faible, la participation citoyenne médiane aux budgets participatifs en France étant de 3,9% alors que le taux de participation aux élections municipales de 2014 a atteint 63,5%⁴⁵⁷. Sur le plan juridique, les projets proposés par les citoyens dans le cadre d'un budget participatif doivent, d'une part, relever des compétences de la commune dont ils dépendent, et, d'autre part, correspondre à des dépenses d'investissement n'entraînant que peu de dépenses de fonctionnement⁴⁵⁸.

2. Participation des citoyens à la mise en œuvre des politiques publiques

34. - Les innovations technologiques au service de la participation des citoyens au financement des politiques publiques du territoire.

Les plateformes collaboratives peuvent être mises au service du financement participatif des projets publics, on parle alors de *public crowdfunding* ou de *civic crowdfunding*⁴⁵⁹. De nombreux exemples fleurissent dans le monde, comme la plateforme collaborative citizeninvestor.com mise en place aux États-Unis qui permet aux citoyens d'investir dans des infrastructures publiques. La France s'est saisie du sujet du financement participatif avec l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014⁴⁶⁰ qui encadre l'usage de ce type de financement pour les entreprises et les associations⁴⁶¹. Elle s'est ensuite attelée à ériger un cadre juridique spécifique en ce qui concerne le secteur public et le *civic crowdfunding*. En premier lieu, le décret n° 2015-1670 du 14 décembre 2015⁴⁶² ouvre l'accès au financement participatif aux collectivités territoriales et à leurs financements publics⁴⁶³. Selon ce dernier, le *civic crowdfunding* peut concerner trois types de financement, à savoir le don, le prêt et l'investissement, et s'applique aux quatre services publics suivants : culturel, éducatif, social et solidaire⁴⁶⁴. Il est également conditionné à l'établissement d'une convention de mandat financier soumis au comptable public⁴⁶⁵. Cependant, comme le met en exergue l'amendement n° 1060 présenté dans le cadre du projet de loi croissance et transformation des entreprises n° 1088, « ce texte est source d'insécurité juridiques, pouvant être dissuasives pour certaines collectivités, conduire au refus de comptables publics, ou encore faire prendre le risque de l'annulation de l'opération réalisée »⁴⁶⁶. Il souligne à cet égard, d'une part, que cela requiert la signature d'une convention de mandat créant des contraintes inutiles pour ce type d'opérations, et d'autre part, que la notion de « service public culturel, éducatif, social ou solidaire » n'est pas définie⁴⁶⁷. Fort de ce constat, cet amendement propose d'introduire dans le code général des

⁴⁵⁶ Feraudy (de) T., Saujot M., Une ville plus contributive et durable : crowdsourcing urbain et participation citoyenne numérique, op. cit.

⁴⁵⁷ Vie-publique.fr, Eclairage, Gestion municipale : le développement des budgets participatifs, 12 déc. 2019.

⁴⁵⁸ Messaoud S., Les budgets participatifs d'investissement : un dispositif politique et/ou un dispositif citoyen ?, Revue générale du droit 2019.

⁴⁵⁹ Mipise.com, Crowdfunding public : réglementation, avantages, modalités, 25 févr. 2019.

⁴⁶⁰ Ord. n° 2014-559, 30 mai 2014.

⁴⁶¹ Assemblée-nationale.fr, Amendements, Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, Amendement n° 1060, 3 sept. 2018.

⁴⁶² D. n° 2015-1670, 14 déc. 2015.

⁴⁶³ Zignani G., Les collectivités à l'heure du crowdfunding, Gaz. Cnes. 2016.

⁴⁶⁴ Mipise.com, Crowdfunding public : réglementation, avantages, modalités, 25 févr. 2019.

⁴⁶⁵ Ibid. Mipise.com.

⁴⁶⁶ Ibid. Amendement n° 1060.

⁴⁶⁷ Ibid. Amendement n° 1060.

collectivités territoriales un chapitre spécifiquement dédié au financement participatif public afin de « [clarifier] le champ du financement participatif public en rappelant que les collectivités et les établissements publics peuvent, comme pour les " prêts classiques ", financer tout type de dépense d'investissement, conformément aux principes de la comptabilité publique généraux. Il rappelle également que la conclusion d'une convention de mandat n'est pas obligatoire. »⁴⁶⁸. La proposition de loi relative au développement du financement participatif public enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2018⁴⁶⁹, restée inaboutie, s'inscrivait dans cette lignée. La question du financement participatif est également traitée de manière sectorielle, comme en atteste le décret du 29 septembre 2016 relatif aux investissements participatifs dans les projets de production d'énergie renouvelable⁴⁷⁰, et au niveau communautaire. En effet, le législateur européen a mis en place en octobre 2020⁴⁷¹ « de nouvelles règles permettant aux plateformes de financement participatif de fournir des services dans tout le marché unique de l'Union européenne »⁴⁷². La loi du 8 octobre 2021 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des transports, de l'environnement, de l'économie et des finances⁴⁷³ « permet aux collectivités territoriales qui le souhaitent de financer leurs projets de financement participatif par des obligations »⁴⁷⁴ dans le cadre d'une expérimentation prévue pour trois ans à compter du 1^{er} janvier 2022.

Les initiatives locales faisant appel au financement participatif sont nombreuses, aident au financement de projets divers et concernent des territoires variés. Une installation photovoltaïque a ainsi pu être mise en place dans l'agglomération de Saint-Brieuc grâce au financement participatif⁴⁷⁵. De plus petits territoires se sont également saisis de cette opportunité. Ce fut notamment le cas de la commune de Langouet, qui compte environ six cents habitants, qui a financé une étude relative à la conception d'habitats éco-responsables ainsi que la création d'une ferme en permaculture grâce au *crowdsourcing*⁴⁷⁶.

35. - Les innovations technologiques au service du signallement urbain par les citoyens.

Les plateformes et applications de signallement urbain constituent également des outils permettant aux citoyens de participer à la mise en œuvre des politiques publiques sur le territoire. Elles permettent aux citoyens de faire remonter des informations relatives à un service public afin de contribuer à la création d'un nouveau service ou de participer à l'amélioration d'un service existant. Comme le rappelle Gilles Guglielmi, « cela fait partie de l'esprit même du régime juridique du service public qui exige parfois la collaboration de l'utilisateur, soit par réquisition (ordre public), soit par nature du service (partage d'information dans les transports, solidarité entre usagers) »⁴⁷⁷.

Les exemples de plateformes de signallement urbain sont trop nombreux pour être cités exhaustivement, nous pouvons évoquer l'application « engagés au quotidien » de la communauté urbaine de

⁴⁶⁸ Assemblée-nationale.fr, Amendements, Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, Amendement n° 1060, 3 sept. 2018.

⁴⁶⁹ Proposition de loi n° 1068, 13 juin 2018, relative au développement du financement participatif public.

⁴⁷⁰ D. n° 2016-1272, 29 sept. 2016.

⁴⁷¹ Règl. (UE) n° 2020/1503, 7 oct. 2020 ; Dir. (UE) n° 2020/1504, 7 oct. 2020.

⁴⁷² Economie.gouv.fr, CEDEF, Qu'est-ce que le financement participatif ?.

⁴⁷³ L. n° 2021-1308, 8 oct. 2021.

⁴⁷⁴ Ibid. Economie.gouv.fr, CEDEF.

⁴⁷⁵ Ibid. Assemblée-nationale.fr, Amendement n° 1060.

⁴⁷⁶ Ibid. Amendement n° 1060.

⁴⁷⁷ Guglielmi G., Gouvernance et participation : les villes intelligentes font-elles le co-citoyen?, QDL 2015.

Marseille⁴⁷⁸, RenCitéZen de la Métropole de Rennes⁴⁷⁹ ou encore le guichet toodego⁴⁸⁰ de la Métropole de Lyon⁴⁸¹. L'étude Une ville plus contributive et durable : crowdsourcing urbain et participation citoyenne numérique de l'IDRI met également en lumière l'apport de ce type d'outils en matière de politique cyclable⁴⁸². Elle cite notamment à cet égard la plateforme de cartographie collaborative de l'association Droit au vélo qui « permet au contributeur (caractérisé par un niveau de pratique du vélo) de noter entre 1 et 5 les aménagements cyclables, mais également les autres rues et routes du territoire du Nord-Pas-de-Calais »⁴⁸³ ou encore 2P2R à Toulouse qui permet aux cyclistes de faire remonter des informations relatives aux aménagements qui leur sont destinés⁴⁸⁴.

B. Les innovations technologiques : participation des citoyens à l'élaboration de la norme

Si l'élaboration de la norme fut dans un premier temps le monopole de la démocratie indirecte, les innovations technologiques offrent de nouvelles perspectives à la démocratie directe dans ce champ. La France s'en est notamment saisie en organisant des consultations en ligne relatives à l'élaboration de la loi ou du règlement, comme ce fut par exemple le cas dans le cadre du projet de loi pour une République numérique. En 2017, une consultation citoyenne en ligne sur le rôle pour les citoyens dans l'élaboration et l'application de la loi a également été ouverte. Cependant, elle n'est encore que dans les prémices des possibilités offertes par le numérique en la matière, certains États faisant d'ores et déjà participer les citoyens à l'élaboration de la Constitution et offrant la possibilité aux citoyens de proposer des lois. Ainsi, les innovations technologiques offrent la possibilité au citoyen de participer à l'élaboration de la norme (1.) et d'amorcer l'évolution de celle-ci (2.).

1. Les possibilités offertes en matière de participation citoyenne à l'élaboration de la norme

36. - Consultations en ligne et participation citoyenne à l'élaboration de la loi et du règlement : une pratique existante en France.

Les nouvelles technologies peuvent être utilisées afin de réaliser des consultations citoyennes dans le cadre de la création de normes juridiques. Dans le champ législatif, des consultations citoyennes en ligne peuvent être mises en place comme ce fut le cas par exemple dans le cadre de la promulgation

⁴⁷⁸ « Engagés au quotidien » permet de signaler les problèmes de propreté, de voirie ou de circulation sur le territoire.

⁴⁷⁹ Métropole.rennes.fr, Faire un signalement avec RenCitéZen à Rennes : « RenCitéZen est un dispositif de « tranquillité publique » mis en place par la ville de Rennes. Par téléphone, par formulaire Internet et par une appli, il permet de signaler des dysfonctionnements sur la voie publique. Étendu aux habitants des communes de Rennes Métropole, il permet de signaler des problèmes de voirie. »

⁴⁸⁰ Demarches.toodego.com, Signalement, Voierie et signalisation.

⁴⁸¹ Toodego permet de faire remonter les problèmes de signalisation et de voirie.

⁴⁸² Feraudy (de) T., Saujot M., Une ville plus contributive et durable : crowdsourcing urbain et participation citoyenne numérique, op. cit. p. 48.

⁴⁸³ Ibid. Feraudy (de) T., Saujot M.

⁴⁸⁴ Ibid. Feraudy (de) T., Saujot M.

de la loi pour une République numérique⁴⁸⁵. À cette occasion le projet de loi a fait l'objet d'une consultation en ligne⁴⁸⁶ avant son passage en Conseil d'État et devant le Conseil des ministres. Durant cette phase de création de la norme, les citoyens étaient invités à réagir et à partager leur opinion sur les articles du projet de loi. La volonté qui a porté le Gouvernement à mettre en place une telle consultation est double. En premier lieu, le fait qu'un tel dispositif soit inauguré dans le cadre d'une loi relative au numérique est symptomatique d'une philosophie du Gouvernement pour « une gouvernance de l'Internet multi acteurs »⁴⁸⁷ comme le soulignait Axelle Lemaire, secrétaire d'État au numérique. En second lieu, Axelle Lemaire soulignait qu'elle souhaitait « qu'au-delà d'une consultation générale, les citoyens puissent être consultés et contribuer sur la matière finale, c'est-à-dire le projet de loi lui-même »⁴⁸⁸. Cette initiative éclairante aide à poser un regard nouveau, teinté d'une vision plus directe de la participation du citoyen à l'élaboration de la loi, sur l'article 6 de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁴⁸⁹. Ce dernier affirme notamment que « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. »⁴⁹⁰.

Si le cas de la loi pour une République numérique est emblématique, il n'est pas le seul exemple de participation citoyenne en ligne dans le cadre de l'élaboration de la norme. Ainsi, en matière réglementaire, des consultations relatives aux décisions administratives ayant une incidence sur l'environnement sont ouvertes sur Internet. Ce mécanisme, écho de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004⁴⁹¹ qui consacre le principe de participation du public « à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »⁴⁹², est précisé aux articles L.123-19-2 et suivants du Code de l'environnement⁴⁹³. En outre, sur le plan législatif, la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE)⁴⁹⁴ a également fait l'objet d'une consultation en ligne⁴⁹⁵. Si cette consultation témoigne d'un développement de la démarche de consultation dans le cadre de l'élaboration de la loi⁴⁹⁶, sa portée demeure à relativiser. En effet, la consultation citoyenne a été réalisée entre la consultation des autres acteurs et le conseil des ministres⁴⁹⁷ et visait davantage à recevoir des propositions de citoyennes que des réactions au projet de loi rédigé. Ainsi, la logique de cette consultation est sensiblement différente de celle orchestrée dans le cadre de la loi pour une République numérique qui portait quant à elle sur « la matière finale, c'est-à-dire le projet de loi lui-même »⁴⁹⁸. Ces deux

⁴⁸⁵ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

⁴⁸⁶ République-numerique.fr, Consultation.

⁴⁸⁷ Perrin L., Entretien avec Axelle Lemaire sur la loi pour une république numérique, JCP G 2016.

⁴⁸⁸ Ibid. Perrin L.

⁴⁸⁹ Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 6.

⁴⁹⁰ Ibid. Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen.

⁴⁹¹ Charte de l'environnement, 2004, art. 7. « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

⁴⁹² Ibid. Charte de l'environnement.

⁴⁹³ C. envir., art. L.123-19-3 & suiv.

⁴⁹⁴ L. n° 2019-486, 22 mai 2019.

⁴⁹⁵ Economie.gouv.fr, Consultation publique PACTE.

⁴⁹⁶ Vie-publique.fr, Fiche thématique, Tout citoyen peut-il concourir à l'élaboration de la loi ? : « Cette démarche est appelée à se développer, comme en témoignent les plateformes mises en place, par exemple, pour les assises de la mobilité ou à l'occasion du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (Pacte), initié par le ministère de l'Économie fin 2017. »

⁴⁹⁷ Gouvernement.fr, PACTE, le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, 26 août 2021.

⁴⁹⁸ Ibid. Perrin L.

logiques, bien que distinctes, ne sauraient être considérées comme contradictoires et pourraient même devenir cumulatives.

La consultation en ligne organisée par l'Assemblée nationale en 2017 sur le rôle des citoyens dans l'élaboration et l'application est également emblématique en la matière⁴⁹⁹. En effet, non seulement elle invite les citoyens à s'interroger sur leur rôle dans l'élaboration et l'application de la norme mais elle leur permet également de déposer des propositions à ce sujet. Ces dernières, globalisées sur une plateforme, étaient notamment analysées par des outils de traitement automatique du langage, afin de dégager une sélection de quinze propositions⁵⁰⁰. Les propositions alors identifiées sont notamment « [l'introduction] de la question citoyenne hebdomadaire au Gouvernement », « [la systématisation du] recueil d'avis citoyens en ligne », « [l'intégration] des amendements citoyens aux lois en cours d'examen » et « [la définition du] cahier des charges d'une plateforme officielle et pérenne »⁵⁰¹.

37. - Consultation en ligne et participation citoyenne au pouvoir constituant : une pratique envisageable en France.

La participation citoyenne à l'élaboration des textes n'est pas nécessairement cantonnée aux normes règlementaires ou législatives et pourrait également intervenir dans le champ constitutionnel. Réelle innovation démocratique, cette participation citoyenne au pouvoir constituant par les nouvelles technologies émerge dans d'autres États. Dans le cadre du projet de réforme constitutionnel de 2011, les pouvoirs en place en Islande ont mis en place « une expérience inédite de rédaction citoyenne de la Constitution par le biais des nouvelles technologies de communication »⁵⁰². Dans ce cadre, les citoyens ont pu donner leur avis sur les projets d'articles mis en ligne sur le site du Gouvernement ainsi qu'assister à distance aux réunions publiques via Youtube et proposer des amendements sur les réseaux sociaux, comme Facebook ou Twitter, du Conseil Constitutionnel islandais (Stjórnlagaráð)⁵⁰³. Environ trois mil-six-cents commentaires et trois-cent-soixante-dix propositions concrètes ont été répertoriés dans le cadre de ce processus⁵⁰⁴. L'originalité de ce dernier repose sur la participation citoyenne dans « la phase constituante intermédiaire »⁵⁰⁵, c'est-à-dire de l'intervention du peuple dans l'écriture du texte lui-même, comme ce fut le cas en France au niveau législatif avec la loi pour une République numérique. Le texte final, fruit de cette participation, adopté à l'unanimité par le Conseil constitutionnel islandais et présenté au Parlement a été approuvé lors du référendum consultatif du 20 octobre 2012 avec 66,3 % de « oui ». Malheureusement la désillusion fut à la hauteur de l'espoir démocratique que portait une telle réforme. En effet, malgré la participation citoyenne à l'élaboration du texte et sa validation durant le référendum de 2012, l'expression directe de la voix du peuple souverain a été étouffée par l'abandon du projet. « Assassinat parlementaire »⁵⁰⁶ de la Constitution écrite par le peuple, ce « crime constitutionnel »⁵⁰⁷, bien que justifiable pour des raisons internes et externes comme le souligne Eric Sales, n'en demeure pas moins ubuesque. Alors que ce processus d'élaboration

⁴⁹⁹ Assemblée-nationale.fr, Quel rôle pour les citoyens dans l'élaboration et l'application de la loi ?, Consultation pour une nouvelle Assemblée nationale, Rapport de synthèse, 22 nov. 2017.

⁵⁰⁰ Ibid. Assemblée-nationale.fr.

⁵⁰¹ Ibid. Assemblée-nationale.fr.

⁵⁰² Sales E., La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais, N3C 2017.

⁵⁰³ Fondapol.org, L'Islande et la première « e-Constitution ».

⁵⁰⁴ Calvez A., Islande, une Constitution citoyenne, Médiapart.fr, mars 2012.

⁵⁰⁵ Ibid. Sales E.

⁵⁰⁶ Thorvaldur Gylfason V., Putsch, la Constitution islandaise rédigée par le peuple a été assassinée par le Parlement, Vivreenislande.fr, 2013.

⁵⁰⁷ Ibid. Sales E.

de la Constitution visait à mettre en synergie démocratie représentative et démocratie directe, le premier siamois a tué le second comme s'il avait oublié qu'ils faisaient partie d'un même ensemble. Ce fratricide juridique n'a pas pour autant aliéné la capacité du peuple à participer au débat public. Conscients de sa capacité à s'exprimer grâce aux nouvelles technologies, certains citoyens ont exprimé leur mécontentement par les réseaux sociaux. Ces derniers ont été envahis par une vidéo intitulée « Pouvez-vous nous écouter maintenant ? » qui plaide en faveur d'adoption définitive du texte⁵⁰⁸. Si les résultats de l'expérience islandaise s'avèrent décevants sur le plan démocratique, l'intérêt d'une telle pratique ne saurait être nié et elle pourrait être reproduite dans d'autres États, en apprenant des erreurs islandaises.

En l'état du Droit français, le peuple participe indirectement au pouvoir constituant par ses élus et directement par le référendum constituant de l'article 89 de la Constitution⁵⁰⁹. Si en principe la promulgation de la révision est conditionnée à son approbation par référendum, ce dernier n'est pas obligatoire lorsque le Président de la République décide de soumettre le projet de révision au Parlement convoqué en Congrès⁵¹⁰. La Constitution française ne prévoit donc pas d'intervention citoyenne au stade de l'élaboration du texte constitutionnel, mais une simple validation par référendum dans certains cas. La mise en place d'une telle possibilité, renforçant la participation directe des citoyens, trouverait un écho particulier dans le contexte actuel où la participation citoyenne à l'élaboration de la loi est d'ores et déjà possible et où la participation citoyenne est centrale. Cependant, plusieurs précautions devraient être prises dans la mise en place d'un mécanisme de participation citoyenne à l'élaboration de la norme constitutionnelle afin d'éviter les déboires islandais. Cela pourrait se traduire notamment par une demande d'avis de la Commission de Venise en amont de la mise en place de la procédure⁵¹¹ et une étude préalable qui tiendrait compte tant de la rédaction actuelle de l'article 89 de la Constitution que de la manière la plus pertinente d'articuler démocratie directe et démocratie indirecte en l'espèce. Cette étude pourrait ainsi s'interroger sur les modalités de mises en place d'un procédé participatif de rédaction de la norme constitutionnelle dans le cadre existant de l'article 89, voir sur l'opportunité de réformer celui-ci pour y inclure directement dans la Constitution le nouveau procédé. Elle s'attacherait également, potentiellement de manière plus globale, à méditer sur l'articulation entre participation directe et représentativité, notamment à la lumière d'une éventuelle consécration de la participation citoyenne comme mission parlementaire de valeur constitutionnelle⁵¹².

⁵⁰⁸ Pisanias J.-P., *Islande, la démocratie participative de l'avant-garde*, 01net 2016.

⁵⁰⁹ Const., 4 oct. 1958, art. 89. « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale. »

⁵¹⁰ Ibid. Const. : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale. »

⁵¹¹ L'avis de la Commission de Venise a été demandé tardivement, ce qui a contribué à avorter le projet de réforme. V. Sales E., *La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais*, N3C 2017.

⁵¹² Lemonde.fr, *La participation citoyenne doit devenir une mission parlementaire de valeur constitutionnelle*, 15 mars 2018.

2. Les possibilités offertes en matière d'initiatives citoyennes portant sur l'évolution des normes

38. - Les innovations technologiques potentiellement au service des propositions législatives d'initiative citoyenne.

L'initiative législative citoyenne peut contribuer à la démocratie participative. Elles permettent aux citoyens d'inviter le pouvoir législatif à envisager la consécration de nouveaux textes juridiques. Si un tel mécanisme n'existe pas encore en France à l'échelle nationale, il est consacré au niveau de l'Union européenne, avec l'initiative citoyenne européenne, et au niveau national dans d'autres États. Si l'idée de l'initiative citoyenne européenne a émergé relativement rapidement⁵¹³, elle a connu plusieurs échecs avant sa consécration effective. Évoquée par l'Autriche et l'Italie dans le cadre de la conférence intergouvernementale d'Amsterdam⁵¹⁴, défendue dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe⁵¹⁵ et soutenue alors malgré les référendums négatifs en France et aux Pays-Bas⁵¹⁶, l'initiative citoyenne européenne verra finalement le jour avec le Traité de Lisbonne⁵¹⁷. Désormais, le quatrième paragraphe de l'article 11 du traité sur l'Union européenne⁵¹⁸ définit le cadre général de cette initiative citoyenne et dispose ainsi que «des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités.»⁵¹⁹. Il est complété par le premier alinéa de l'article 24⁵²⁰ du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui précise les principes généraux d'un règlement définissant les procédures concrètes et détaillant les conditions requises pour mettre en œuvre ce droit⁵²¹. La proposition de règlement est présentée par la Commission européenne en mars 2010⁵²² et adoptée par le Parlement et par le Conseil le 16 février 2011⁵²³. En décembre 2013, une première initiative citoyenne européenne est présentée à la Commission européenne. Intitulée « Right2Water » (droit à l'eau), elle défend la consécration d'une « législation qui fasse du droit à l'eau et à l'assainissement un droit humain au sens que lui donnent les Nations unies, et contribue à promouvoir la fourniture d'eau et l'assainissement en tant que services publics essentiels pour tous»⁵²⁴ et a fait l'objet

⁵¹³ Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne, Initiative citoyenne européenne.

⁵¹⁴ *Ibid.* Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne.

⁵¹⁵ Europarl.europa.eu, A propos du Parlement, Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe (non ratifié).

⁵¹⁶ Laurent S., *Le droit d'initiative citoyenne*, RMCUE 2006.

⁵¹⁷ Traité de Lisbonne.

⁵¹⁸ Traité UE, art. 11, 4.

⁵¹⁹ *Ibid.* Traité UE.

⁵²⁰ Traité FUE, art 24 al. 1.

⁵²¹ *Ibid.* Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne.

⁵²² Michel V., *Traité de Lisbonne – Refondation de l'Union*, in Rép. eur. Dalloz, 2010.

⁵²³ Règl. (UE) n° 211/2011, 16 févr. 2011.

⁵²⁴ Commission, *Guide de l'initiative citoyenne européenne*, 2015.

d'une réponse favorable de la Commission⁵²⁵. L'initiative citoyenne européenne "Ban glyphosate" (interdire le glyphosate)⁵²⁶ enregistrée à la Commission européenne en janvier 2017 mérite également d'être évoquée. Cependant, cet outil de démocratie directe⁵²⁷ ne rencontre pas nécessairement le succès escompté. Ce constat conduira en partie à la révision de ce mécanisme. Proposé le 13 septembre 2017 par la Commission, le nouveau règlement relatif à l'initiative citoyenne est adopté en avril 2019⁵²⁸ et est entré en vigueur au début de l'année 2020. Force est de constater que la démocratie de l'Union européenne n'est pas la seule à s'être parée de l'initiative législative citoyenne. Cet outil existe également au niveau étatique⁵²⁹, notamment en Espagne⁵³⁰, en Autriche⁵³¹, en Pologne⁵³², en Italie⁵³³ et en Finlande⁵³⁴.

Ces initiatives législatives citoyennes s'appuient notamment sur les outils numériques. Par exemple, au niveau européen, « les soutiens peuvent être collectés sur papier ou par voie électronique »⁵³⁵. La plateforme CitizensInitiative⁵³⁶ est mise à disposition des citoyens européens dans ce cadre. La France a déjà identifié que le numérique ouvre un nouveau champ à la participation citoyenne en permettant au citoyen de contribuer « au travail législatif »⁵³⁷. Si la participation des citoyens à l'élaboration de la norme se cantonne pour l'instant en France au référendum d'initiative partagée et à des consultations dans le cadre la rédaction des textes, la mise en place d'une initiative législative citoyenne comme celles précédemment évoquées pourrait contribuer à renforcer la participation citoyenne et la démocratie directe.

39. - Les innovations technologiques potentiellement au service du référendum d'initiative citoyenne.

Les innovations technologiques, particulièrement les plateformes, sont mises au service du référendum d'initiative partagée⁵³⁸. Ce dernier, qui permet d'organiser un référendum « à l'initiative d'un

⁵²⁵ Commission, Guide de l'initiative citoyenne européenne, 2015 : « La Commission a répondu favorablement aux demandes dans ses domaines de compétences en vertu des traités et dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elle s'est engagée à prendre une série de mesures, notamment organiser une consultation publique (juin-septembre 2014), évaluer la directive sur l'eau potable (à partir du début de juillet 2015), définir un ensemble plus large de critères de référence pour les services liés à l'eau et contribuer à faire de l'accès universel à l'eau et à l'assainissement une priorité du programme de développement pour l'après-2015. À cet égard, les efforts consentis par l'UE ont permis de maintenir l'accès universel à l'eau et à l'assainissement sur la liste des objectifs de développement durable (septembre 2015). Il convient de rappeler que, même si la période de collecte est toujours en cours pour cette initiative, la Commission a exclu le secteur de l'eau du champ d'application de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession. »

⁵²⁶ Idcite.com, U.E- Qu'est-ce qu'une initiative citoyenne européenne ?, janv. 2017 : « Mercredi 25 janvier 2017, la Commission européenne a officiellement enregistré une initiative intitulée. Celle-ci vise à interdire cette molécule active du Roundup, un herbicide controversé et considéré comme cancérigène par le Circ, un organe rattaché à l'Organisation mondiale de la santé. L'ICE appelle également à réformer la procédure d'approbation des pesticides et fixer des objectifs obligatoires à l'échelle de l'Union européenne pour réduire leur utilisation. »

⁵²⁷ Laurent S., Le droit d'initiative citoyenne, RMCUE 2006.

⁵²⁸ Règl. (UE) n° 2019/788, 17 avr. 2019.

⁵²⁹ Ibid. Laurent S.

⁵³⁰ Espagne : Constitution, art. 87. al. 3.

⁵³¹ Autriche : Loi constitutionnelle fédérale, art. 41. al. 2.

⁵³² Pologne : Constitution, art. 118 al. 2.

⁵³³ Italie : Constitution, art. 71.

⁵³⁴ Novel A.-S., Cinq expériences de démocratie 2.0, Le Monde 2013.

⁵³⁵ Senat.fr, Europe et international, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'initiative citoyenne, Examen dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, 2010.

⁵³⁶ Europa.eu, Initiative citoyenne européenne.

⁵³⁷ Vie-publique.fr, Fiche thématique, Tout citoyen peut-il concourir à l'élaboration de la loi ?, 13 mai 2019.

⁵³⁸ Const., 4 oct. 1958, art. 11. « un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes

cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales »⁵³⁹, s'appuie notamment sur la plateforme « <https://www.referendum.interieur.gouv.fr> »⁵⁴⁰. Une page Internet est dédiée au référendum d'initiative partagée et permet à la fois aux pouvoirs en place de communiquer sur les propositions de loi référendaire et aux citoyens d'exprimer leur soutien à ces dernières. Si le référendum d'initiative citoyenne venait à être consacré, la plateforme existante pour le référendum d'initiative partagée ou une plateforme similaire pourrait faciliter la mise en œuvre de ce mécanisme. On pourrait par exemple imaginer que page Internet référençant les propositions de lois référendaires de l'Assemblée nationale ajoute celles des citoyens et intègre un mécanisme leur permettant de faire remonter leurs propositions directement sur le site.

Cependant, afin que le référendum d'initiative citoyenne ait la portée escomptée, il conviendra de dépasser les freins que l'on constate d'ores et déjà en ce qui concerne le référendum d'initiative partagée. En effet, en ce qui concerne ce dernier, même si l'outil juridique et l'outil numérique sont mis à disposition du Parlement et des citoyens, ils ne sont que très peu utilisés comme en atteste le nombre de référendums d'initiative partagée effectivement réalisés et l'absence de proposition de loi référendaire sur la plateforme. Cela peut être symptomatique d'une culture référendaire peu présente en France⁵⁴¹ et d'une articulation entre démocratie directe et démocratie indirecte en quête de clarification mais, aussi d'un manque de connaissance des élus et des citoyens tant en ce qui concerne l'existence de l'outil juridique que relativement à sa déclinaison technique sur le site du Gouvernement. Malgré les carences constatées, l'intérêt du numérique pour faciliter la démocratie directe en matière d'initiative référendaire ne saurait être nié. Afin qu'elles puissent contribuer à la participation citoyenne de la manière la plus efficace possible, les innovations technologiques devront être accompagnées d'une sensibilisation sur ce type de mécanisme par les pouvoirs publics et d'une véritable littératie numérique des élus, des fonctionnaires et des citoyens.

§2. Les innovations technologiques : outils équivoques de participation citoyenne, l'exemple de la Blockchain en matière de vote électronique

Si les innovations technologiques sont un potentiel vecteur de participation citoyenne, il convient de ne pas avoir une vision technocentrée de la démocratie. L'outil numérique ne saurait être déployé dans la sphère publique exclusivement parce qu'il est nouveau et offre l'image d'une administration innovante, il se doit d'être mis au service de l'intérêt public et d'effectivement contribuer à l'amélioration de celui-ci. Afin d'approfondir cette question, nous pourrions nous intéresser à la potentielle utilisation d'une technologie qui a beaucoup fait parler d'elle, la *Blockchain*, en matière de vote électronique. L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques considère que

électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an »

⁵³⁹ Ibid. Const. : « un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an »

⁵⁴⁰ [Referendum.interieur.gouv.fr](https://www.referendum.interieur.gouv.fr).

⁵⁴¹ Conseil-constitutionnel.fr, L'histoire du référendum sous la Ve République.

« ce que l'on appelle par métonymie blockchains (ou chaînes de blocs) désigne des technologies de stockage et de transmission d'informations, permettant la constitution de registres répliqués et distribués (distributed ledgers), sans organe central de contrôle, sécurisées grâce à la cryptographie, et structurées par des blocs liés les uns aux autres, à intervalles de temps réguliers »⁵⁴². La *Blockchain* s'est initialement développée dans en matière financière avec les cryptomonnaies et les qualités qui lui sont régulièrement attribué, notamment la fiabilité, conduisent à vouloir la décliner dans de nombreux domaines, parmi lesquels figure la participation citoyenne. Nous nous intéresserons aux apports qu'elle est supposée présenter en ce qui concerne la participation citoyenne (A.), nous aborderons les questions juridiques qu'elle peut soulever en la matière (B.).

A. Utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique : des apports potentiels

Le vote électronique est « un système de vote dématérialisé »⁵⁴³ permettant généralement un comptage automatisé des bulletins. Il englobe tant le vote hors-ligne, notamment les machines à voter, que le vote en ligne, comme le vote par Internet⁵⁴⁴. Si le vote électronique présente des avantages en matière de participation, il n'est que partiellement admis en Droit français (1.), notamment du fait des inquiétudes concernant sa fiabilité et sa résilience face aux cyberattaques. La *Blockchain* étant présentée comme une technologie sécurisée et fiable apparaît progressivement comme un outil pouvant permettre au vote électronique de renaître de ses cendres (2.).

1. L'intérêt du vote électronique : une acceptation relative en Droit français

40. - Vote électronique : des avantages certains.

Le vote électronique peut sécuriser les votes à distances et simplifier le décompte des scrutins. En ce qui concerne les votes à distance, si la pratique est peu courante en France, elle n'est pas inexistante pour autant. Le code électoral prévoit par exemple le vote par correspondance des personnes détenues⁵⁴⁵. En outre, le confinement mis en place en réponse à la pandémie Covid-19 a conduit de nombreuses assemblées délibérantes à se réunir en téléconférence et à voter à distance par correspondance ou par vote électronique⁵⁴⁶. Le vote par correspondance est particulièrement exposé aux actes frauduleux et peut ralentir la réception des votes. Si le vote électronique n'est pas exempt de la menace d'attaque, un système d'information sécurisé et bénéficiant des outils nécessaires de détection des incidents relatifs à la sécurité peut renforcer la fiabilité du scrutin. En outre, un système électronique peut enregistrer de manière instantanée les votes.

Dans les pays où le décompte des voix est particulièrement laborieux, que ce soit du fait du nombre d'électeurs comme aux États-Unis ou de la récurrence des élections, comme c'est le cas en matière

⁵⁴² Rapp. AN n° 1501, 12 déc. 2018, sur les chaînes de blocs, p. 11.

⁵⁴³ Election-europe.com, Vote électronique.

⁵⁴⁴ Delaune S., Kremer S., Spécificités des protocoles de vote électronique, Lsv.fr, 16 janv. 2009.

⁵⁴⁵ C. élect., art. L.79 à L.82 & art. R.81 à R.85.

⁵⁴⁶ L. n° 2020-290, 23 mars 2020, art. 10 ; Ord. n° 2020-391, 1er avr. 2020, art. 6.

référendaire en Suisse, le vote électronique peut faciliter ce décompte. Un premier décompte automatisé, vérifiable par intervention humaine, peut ainsi être mis en place.

41. - Vote électronique : une acceptation progressive en Droit français.

Si le vote électronique est devenu une pratique relativement courante en Droit privé, comme en atteste notamment l'article L.2314-26 du Code du travail⁵⁴⁷ qui permet de l'élection du comité social et économique par voie électronique⁵⁴⁸, elle reste relativement marginale en Droit public. Comme le soulignent le rapport d'information sur le vote électronique du Sénat du 9 avril 2014⁵⁴⁹ et celui du 24 octobre 2018⁵⁵⁰, la France prévoit deux types de pratiques en matière de vote électronique, une première en ce qui concerne l'utilisation des machines à voter par les communes et une seconde relative au vote par Internet pour les Français à l'étranger.

En ce qui concerne les machines à voter, la loi n° 69-419 du 10 mai 1969⁵⁵¹ a permis leur utilisation dans les bureaux de vote des communes de plus de trente-mille habitants⁵⁵². Constatant le manque d'engouement autour de ces appareils dans les années quatre-vingt, notamment suite aux défaillances des machines à voter mécaniques utilisées pour la première fois lors des élections législatives de 1973⁵⁵³, le législateur a souhaité relancer cette pratique et a étendu cette possibilité, à toutes les communes de plus de trois-mille-cinq-cents habitants en 1988⁵⁵⁴. Cet effort législatif, combiné au progrès technique en matière de machines à voter électroniques et surtout⁵⁵⁵ aux initiatives portées par certaines collectivités territoriales⁵⁵⁶ accompagnées par la CNIL⁵⁵⁷, ont conduit à l'essor de cette pratique dans les années deux-mille⁵⁵⁸. Des mesures ont alors été prises pour sécuriser ces outils⁵⁵⁹, simplifier le recours à ceux-ci⁵⁶⁰ et étendre la pratique à d'autres élections⁵⁶¹. Le rapport d'information sur le vote électronique du Sénat du 24 octobre 2018 affirme que « le point culminant fut atteint lors de l'élection présidentielle de 2007 : quatre-vingt-deux communes ont utilisé des machines à voter, ce qui représente 1,5 million d'électeurs et 3 % du corps électoral »⁵⁶². Cependant, « plusieurs difficultés, d'ordres technique, juridique et financier ont [...] été relevées »⁵⁶³ conduisant au moratoire de 2008, qui « [gèle] le périmètre des communes utilisatrices »⁵⁶⁴, les préfets n'autorisant plus de nouvelles communes à s'équiper de machines à voter. Parallèlement à ce moratoire, repris par les Gouvernements suivants, seize communes ont abandonné les machines à voter. Ainsi, malgré une position

⁵⁴⁷ C. trav., art. L.2314-26.

⁵⁴⁸ Savatier C., Nouvelle recommandation de la CNIL sur le vote électronique, CLCSE 2019.

⁵⁴⁹ Rapp. Sénat n° 445, 9 avr. 2014, sur le vote électronique.

⁵⁵⁰ Rapp. Sénat n° 73, 24 oct. 2018, sur le vote électronique.

⁵⁵¹ L. n° 69-419, 10 mai 1969.

⁵⁵² C. élect., art. L. 57-1.

⁵⁵³ Rapp. Sénat n° 73, op. cit. p.67.

⁵⁵⁴ L. n° 88-1262, 30 déc. 1988.

⁵⁵⁵ Guglielmi G.J., Le vote électronique saisi par le droit : le cas français, in Guglielmi G.J., Ihl O. (dir.), Le vote électronique, 2015, LGDJ.

⁵⁵⁶ Notamment Brest pour les élections européennes de 1999, Vandœuvre-Lès-Nancy pour l'élection présidentielle et Issy-les-Moulineaux pour l'élection des conseils de quartier.

⁵⁵⁷ CNIL, délib. n° 02-022, 2 avr. 2002 ; CNIL, délib. n° 02-090, 28 nov. 2002.

⁵⁵⁸ Rapp. Sénat n° 73, 24 oct. 2018, sur le vote électronique, p.67.

⁵⁵⁹ A. 17 nov. 2003, portant approbation du règlement technique fixant les conditions d'agrément des machines à voter.

⁵⁶⁰ L. n° 2004-1343, 9 déc. 2004.

⁵⁶¹ L. n° 2004-404, 10 mai 2004.

⁵⁶² Ibid. Rapp. Sénat n° 73.

⁵⁶³ Ibid. Rapp. Sénat n° 73.

⁵⁶⁴ Ibid. Rapp. Sénat n° 73.

avant-gardiste dans les années soixante-dix et une volonté réitérée dans les années quatre-vingt puis deux-mille, le législateur n'a pas pu faire des machines à voter une pratique courante dans les bureaux de vote. Alors que le moratoire de 2008 est encore appliqué, l'avenir des machines de vote divise. Alors que certains défendent le maintien du moratoire tant que la confiance dans les machines n'est pas garantie⁵⁶⁵, quelques-uns souhaitent les interdire purement et simplement⁵⁶⁶ et d'autres encore soutiennent un affranchissement de ce moratoire afin de laisser une plus grande liberté aux communes en la matière⁵⁶⁷. Dans un idéal de sécurité juridique, un moratoire ne saurait être maintenu *ad vitam æternam* et la question doit être tranchée. S'il est irresponsable de rétablir la pratique sans s'assurer de son bon fonctionnement, il serait tout aussi regrettable de l'abandonner sans s'interroger sur ses potentielles vertus. L'expérimentation juridique, qui consiste à tester une nouvelle réglementation pour une durée limitée et en évaluant l'impact de celle-ci afin de déterminer si elle devrait être pérennisée, apparaît alors comme un outil juridique pertinent pour décider du devenir des machines de votes électroniques.

En ce qui concerne le vote par Internet pour les Français à l'étranger, la loi du 28 mars 2003 a autorisé le vote par correspondance électronique des Français établis hors de France pour les élections de l'Assemblée des Français de l'étranger⁵⁶⁸. Cette démarche est complétée par la loi n° 2013-659 du 22 juillet 2013⁵⁶⁹ a rendu possible le vote par Internet pour les Français à l'étranger pour l'élection des députés représentant les Français de l'étranger et celle des conseillers consulaires⁵⁷⁰. Si le vote par Internet pour les Français à l'étranger présente d'indubitables avantages, notamment en ce qu'il est une « garantie essentielle pour [leur] droit de vote »⁵⁷¹, il n'en reste pas moins critiqué. Ses détracteurs considèrent qu'il porte « [atteinte] à la sincérité du scrutin et au secret du vote »⁵⁷², rend impossible un contrôle direct par l'électeur⁵⁷³, altère la solennité du vote⁵⁷⁴ et est exposé aux piratages⁵⁷⁵. C'est d'ailleurs ce dernier point qui a conduit le Gouvernement à abandonner le recours au vote par Internet pour les élections législatives de 2017⁵⁷⁶. De la sécurisation des systèmes d'information dépendra donc l'avenir du vote par Internet⁵⁷⁷.

Malgré ces réformes législatives, le Droit français demeure relativement méfiant à l'égard du vote électronique. En témoignent « une attitude jurisprudentielle marquée par la distance et la prudence »⁵⁷⁸ et des réformes législatives avortées. Différentes propositions de loi visant à développer le vote par correspondance⁵⁷⁹, notamment par voie électronique, sont ainsi restées inachevées. L'amen-

⁵⁶⁵ Rapp. Sénat n° 445, op. cit. p. 30 et s.

⁵⁶⁶ Fichiers.acteurspublics.com, Protéger, garantir et servir Feuille de route pour le ministère de l'intérieur.

⁵⁶⁷ Rapp. Sénat n° 73, op. cit. p.22 & s.

⁵⁶⁸ L. n° 2003-277, 28 mars 2003.

⁵⁶⁹ L. n° 2013-659, 22 juill. 2013, art. 22.

⁵⁷⁰ C. élect., L. 330-13.

⁵⁷¹ Rapp. Sénat n° 73, op. cit. p.33.

⁵⁷² Rapp. AN n° 445, op. cit. p.46 & s.

⁵⁷³ Ibid. Rapp. AN n° 445.

⁵⁷⁴ Rapp. AN n° 445, op. cit. p.49.

⁵⁷⁵ Rapp. Sénat n° 73, op. cit. p.34.

⁵⁷⁶ A. 17 mars 2017.

⁵⁷⁷ Rapp. Sénat n° 73, op. cit. p.41 & s.

⁵⁷⁸ Guglielmi G.J., Le vote électronique saisi par le droit : le cas français, op. cit.

⁵⁷⁹ Proposition de loi n° 4469, 21 sept. 2021 ; Proposition de loi n° 3039, 2 juin 2020 ; Proposition de loi n° 2811, 7 avr. 2020.

dement visant à « autoriser les électeurs à voter pour la prochaine présidentielle, de manière électronique, la semaine précédant le scrutin dans un nombre de villes définie »⁵⁸⁰ qui s'était glissé dans le projet de loi organique relatif à l'élection du Président de la République n'a pas rencontré plus de succès.

42. - Vote électronique : des cas d'usages variés.

Sur le plan théorique, le vote électronique peut être utilisé de diverses manières. Il peut être mis en place dans le cadre d'élection au sein d'un parti politique ou encore en ce qui concerne les votes des élus, qu'il s'agisse d'assemblées locales ou de délibérations nationales, par exemple au Parlement ou au Sénat. Il peut également être employé en matière de participation citoyenne, particulièrement en ce qui concerne les élections et les outils de participation citoyenne, qu'ils soient locaux ou nationaux.

Plusieurs exemples d'utilisation du vote électronique peuvent être cités. Ainsi, la commune de Brest utilisa pour les élections régionales et cantonales de mars 2004 les machines à voter électroniques⁵⁸¹. Dix-sept communes lui emboîtèrent le pas à l'occasion des élections européennes de juin 2004⁵⁸². Le référendum n'est pas laissé pour compte en la matière, cinquante-six communes s'étant appuyées sur les machines de vote électronique lors du référendum de 2005 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe⁵⁸³. Le régime spécial mis en place de l'état d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie Covid-19 a également permis aux assemblées délibérantes de se réunir par visio conférence et de voter à distance par correspondance ou par vote électronique⁵⁸⁴.

2. Utilisation de la Blockchain pour sécuriser le vote électronique : une pratique encore marginale

43. - Les caractéristiques de la *Blockchain* au service de la sécurisation du vote électronique.

La sécurité est la clef de voûte du développement du vote électronique. C'est d'ailleurs les carences en la matière qui ont conduit l'Irlande à abandonner le recours aux machines à voter en 2007⁵⁸⁵ et la France à renoncer au vote par Internet des Français à l'étranger pour les élections législatives de 2017⁵⁸⁶. Le marché public lancé par le ministère des Affaires Étrangères, en collaboration avec l'ANSSI, souligne d'ailleurs que « l'enjeu principal de la solution de vote par correspondance électronique relève [...] de la cible qu'elle constitue pour différentes populations d'attaquants potentiels. Le système lui-même, la maîtrise de sa mise en œuvre [...] ont donc une très haute priorité »⁵⁸⁷. Malgré les efforts mis en œuvre pour sécuriser les systèmes d'information utilisés en matière de vote électronique⁵⁸⁸, leur fiabilité demeure insuffisante et la confiance dans ces outils n'est pas rétablie.

⁵⁸⁰ Nelken S., Par un amendement surprise, le gouvernement ouvre la voie au vote par anticipation pour 2022, Liberation.fr, 17 févr. 2021.

⁵⁸¹ Rapp. Sénat n° 73, op. cit. p.67.

⁵⁸² Ibid. Rapp. Sénat n° 73.

⁵⁸³ Ibid. Rapp. Sénat n° 73.

⁵⁸⁴ L. n° 2020-290, 23 mars 2020, art. 10; Ord. n° 2020-391, 1er avr. 2020, art. 6.

⁵⁸⁵ Rapp. Sénat n° 445, op. cit. p.26.

⁵⁸⁶ A. 17 mars 2017.

⁵⁸⁷ Rapp. Sénat n° 73, 24 oct. 2018, sur le vote électronique, p.67

⁵⁸⁸ A. 17 nov. 2003 ; Pellegrini F., Chaînes de confiance et périmètre de certification en matière de « vote électronique », in Guglielmi G.J., Ihl O. (dir.), Le vote électronique, 2015, LGDJ.

La *Blockchain* présente différentes caractéristiques techniques garantissant la fiabilité de l'information qu'elle contient, notamment la distribution du registre, la cryptographie asymétrique et le processus de validation. Le registre distribué permet l'enregistrement et la synchronisation simultanée des chaînes de blocs sur l'ensemble des appareils du réseau prévus à cet effet. Là où dans les systèmes classiques c'est l'accès restreint à la donnée qui garantit sa fiabilité, avec la *Blockchain* c'est précisément le fait qu'elle soit distribuée et enregistrée par chaque utilisateur qui la protège. Avec la cryptographie asymétrique utilisée dans la technologie Blockchain, chaque participant dispose d'une clef publique et d'une clef privée, l'une étant une clef de chiffrement et l'autre de déchiffrement. La sécurité des données est ainsi renforcée. Enfin, la sécurité offerte par la *Blockchain* repose sur le processus de validation. Les mineurs valident les transactions et créent les blocs, chaque bloc sécurisant le précédent.

44. - Utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique : une pratique marginale.

Le vote électronique basé sur la technologie *Blockchain* tend à se développer au sein des entreprises⁵⁸⁹. Parallèlement, les tentatives ayant vocation à utiliser cette nouvelle technologie dans le secteur public se multiplient, comme en atteste notamment l'utilisation par le canton de Genève de la Blockchain Ethereum afin de renforcer et sécuriser la délivrance d'extraits électroniques⁵⁹⁰ ou encore l'accord conclu par l'Estonie avec la plateforme Bitnation en 2015 afin de « de créer une nation "virtuelle" en proposant des services identiques à ceux du gouvernement en les basant sur la blockchain »⁵⁹¹. En France, l'utilisation de la *Blockchain* dans la sphère publique est d'ailleurs traitée dans différents documents. Le rapport du Conseil d'État de 2017 évoquait les « usages particulièrement intéressants dans des perspectives d'intérêt public »⁵⁹² qui pourraient être faits de la *Blockchain*. Cette idée a été réitérée par l'Assemblée nationale dans son rapport de 2018 relatif aux chaînes de blocs où elle soulignait notamment que « la mission a également recueilli des signalements relatifs à des projets innovants qui, de prime abord, paraissent susceptibles de renouveler les modalités d'intervention de la puissance publique »⁵⁹³. La question de son application en matière de vote dans la sphère publique peut alors être soulevée. Le rapport de France Stratégie de juin 2018 relatif aux enjeux des Blockchains encourageait d'ailleurs la création d'une « cellule d'agents publics ayant une expertise dans le domaine des blockchains, capables d'intervenir en appui des services de l'État »⁵⁹⁴ notamment afin de « tester et développer ou faire développer des applications non critiques pour la puissance publique : parmi les sujets envisageables, on peut mentionner [...] la mise à disposition d'un système de vote par blockchain pour les collectivités et les institutions publiques »⁵⁹⁵.

Quelques rares exemples d'utilisation de la Blockchain en matière de vote électronique surnagent de-ci delà. L'initiative citoyenne LaPrimaire.org, qui vise à permettre aux citoyens français de choisir directement leurs candidats aux élections⁵⁹⁶, s'est appuyée en 2017 sur la *Blockchain* Ethereum afin d'organiser la primaire des élections du candidat pour les élections présidentielles⁵⁹⁷. La commune de

⁵⁸⁹ Reygrobellet A., Titres dématérialisés, vote dématérialisé, AG dématérialisées : démocratie démantelée ?, BMIS 2018 ; Vamparys X., La blockchain : un outil au service des droits des actionnaires ?, BMIS 2018 ; Filippi (de) P., Blockchain et cryptomonnaies, 2018, PUF.

⁵⁹⁰ Ge.ch, Dossier, Blockchain ; Blockchainpartner.fr, Expérimentation pour l'État de Genève, 11 janv. 2018.

⁵⁹¹ Picron A., L'Estonie : modèle d'un état plateforme e-gouverné, Institutsapiens.fr, juill. 2018

⁵⁹² Rapp. CE, 13 juill. 2017, Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation ».

⁵⁹³ Rapp. AN n° 1501, op. cit. p. 66-67.

⁵⁹⁴ Toledano J., Janin L., Les enjeux des Blockchains, Strategie.gouv.fr, juin 2018.

⁵⁹⁵ Ibid. Toledano J., Janin L.

⁵⁹⁶ Laprimaire.org.

⁵⁹⁷ Articles.laprimaire.org, Résultats du 1er tour de LaPrimaire.org.

Verneuil-sur-Seine a également organisé en octobre 2020 une consultation citoyenne en ligne, relative au contournement de la route départementale RD154, basée sur la *Blockchain* Tezos⁵⁹⁸. Ce vote en ligne par le biais de l'application web et mobile, Avosvotes, s'est malheureusement soldée par un échec un pirate ayant tenté à plusieurs reprises de pénétrer l'application Avosvotes et « réussi à s'introduire et pirater le coffre-fort numérique où étaient stockés les numéros de carte d'identité nationale des participants »⁵⁹⁹. Dans le cadre de la mise en place d'une plateforme permettant aux citoyens de « s'exprimer sur des sujets qui concernent leur quotidien »⁶⁰⁰, la Ville de Neuilly-sur-Seine a également opté pour la technologie *Blockchain*. En effet, la collectivité a décidé de « mettre au point une infrastructure numérique de vote en ligne semi-décentralisée à partir de la blockchain Tezos »⁶⁰¹. Le projet sera déployé en deux temps, le premier correspondant à une phase d'expérimentation technique centrée sur le domaine culturel : « les usagers de la médiathèque et du cinéma de la ville votent en ligne pour choisir les livres/les films qu'ils souhaitent découvrir »⁶⁰². Au terme de cette phase expérimentale, une seconde phase sera mise en place durant laquelle « d'autres projets municipaux seront ouverts à la consultation : vous pourrez par exemple voter pour décider de la date de travaux ou pour l'ouverture d'horaires particuliers de vos équipements publics »⁶⁰³.

B. Utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique : des incertitudes juridiques à clarifier

Si la *Blockchain* présente théoriquement des caractéristiques techniques en faisant potentiellement un outil intéressant en matière de vote électronique, une telle utilisation ne serait pas sans soulever des questions sur le plan juridique. Il conviendrait ainsi de s'interroger sur sa compatibilité avec les règles applicables en matière de protection des données à caractère personnel (1.) et de s'interroger sur sa véritable fiabilité sur le plan juridique, c'est-à-dire sur sa valeur probante (2.).

1. La *Blockchain* à l'épreuve de la protection des données à caractère personnel

45. - *Blockchain* et identification de la chaîne de traitement.

En Droit du numérique, les termes juridiques sont souvent différents du langage technique, cet asynchronisme pouvant potentiellement complexifier l'application du Droit. C'est notamment le cas en ce qui concerne les acteurs traitant des données à caractère personnel évoqués par le Droit et les acteurs de la *Blockchain*. Alors que l'on parle de responsable de traitement⁶⁰⁴ et de sous-traitants⁶⁰⁵ en matière

⁵⁹⁸ Roche (de la) Z., La Blockchain Sauvera-T-Elle le Vote Électronique ?, The Coin Tribute 2020.

⁵⁹⁹ Flores V., Le vote blockchain à Verneuil-sur-Seine se termine mal !, Conseilscrypto.com, oct. 2020.

⁶⁰⁰ Neuillysurseine.fr, Actualités, Neuilly expérimente le vote en ligne.

⁶⁰¹ Neuillysurseine.fr, Actualités, Neuilly annonce la création de la 1ère plateforme municipale de vote en ligne.

⁶⁰² Neuillysurseine.fr, Actualités, Neuilly expérimente le vote en ligne.

⁶⁰³ Ibid. Neuillysurseine.fr.

⁶⁰⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 4.7. « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre. »

⁶⁰⁵ Loc.cit., art. 4.8. « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement. »

de protection des données à caractère personnel, la Blockchain est opérée par des participants⁶⁰⁶, des mineurs⁶⁰⁷ et des accédants⁶⁰⁸. Dans ses premiers éléments d'analyses en matière de *Blockchain* de 2018, la CNIL s'est interrogée sur l'application des notions du RGPD aux acteurs de la *Blockchain*⁶⁰⁹. Cette première étude met d'ores et déjà en lumière les difficultés juridiques qui peuvent être rencontrées en la matière.

En ce qui concerne les participants, la CNIL considère qu'ils sont responsables de traitement dans deux cas et exclut les personnes physiques agissant hors de toute activité professionnelle ou commerciale de la qualification de responsable de traitement. Elle considère que les participants sont responsables de traitement lorsque ce dernier est mis en œuvre par un participant personne physique agissant dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale ou par un participant personne morale⁶¹⁰. La CNIL justifie cette position en rappelant que les participants ont « un droit d'écriture sur la chaîne et (...) décident de soumettre une donnée à la validation des mineurs »⁶¹¹. Elle précise également que lorsqu'un groupe de participants met en œuvre un traitement poursuivant une finalité commune, ils devront être considérés responsables conjoints⁶¹² du traitement⁶¹³.

En ce qui concerne les mineurs, la CNIL considère qu'ils ne sont pas responsables de traitement en ce qu'ils « se limitent à la validation des transactions que lui soumettent les participants et n'interviennent pas sur l'objet de ces transactions: ils ne déterminent donc pas les finalités et les moyens à mettre en œuvre »⁶¹⁴. Si la CNIL précise que dans certains cas ils peuvent être sous-traitants, elle ne précise pas lesquels. Si les mineurs sont des sous-traitants, cela questionne sur la contractualisation entre responsable de traitement et sous-traitant.

46. - *Blockchain*, données à caractère personnel des candidats et exercice des droits des personnes.

Dans ses premiers éléments d'analyses en matière de *Blockchain* de 2018, la CNIL souligne également que si certains droits des personnes concernées sont conciliables avec la Blockchain, d'autres peuvent être plus délicats à respecter lorsque l'on utilise cette technologie⁶¹⁵. La CNIL juge ainsi que le droit à l'information, le droit d'accès et le droit à la portabilité sont compatibles avec les propriétés techniques de la *Blockchain*⁶¹⁶ mais qu'il n'en est pas de même pour les droits d'effacement, de rectification, de limitation et de ne pas faire l'objet d'une décision automatisée. Ainsi, les candidats aux élections, dont les données à caractère personnel seront inscrites dans les blocs, pourront difficilement exercer certains droits sur leurs données. Si le droit de ne pas faire l'objet d'une décision individuelle automatisée

⁶⁰⁶ Les participants sont les acteurs « qui ont un droit d'écriture (la création d'une transaction qu'ils soumettent à validation) » Cnil.fr, *Blockchain et RGPD : quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles ?*, 24 sept. 2018.

⁶⁰⁷ Les mineurs sont les acteurs « qui valident une transaction et créent les blocs en appliquant les règles de la Blockchain afin qu'ils soient « acceptés » par la communauté » : Cnil.fr, *Blockchain et RGPD : quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles ?*, 24 sept. 2018.

⁶⁰⁸ Les accédants sont les acteurs « qui ont un droit de lecture et d'obtention d'une copie de la chaîne » : Cnil.fr, *Blockchain et RGPD : quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles ?*, 24 sept. 2018.

⁶⁰⁹ CNIL, rapp., sept. 2018, premiers éléments d'analyse de la CNIL relatifs à la Blockchain.

⁶¹⁰ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶¹¹ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶¹² Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 26 : « Lorsque deux responsables du traitement ou plus déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement, ils sont les responsables conjoints du traitement. Les responsables conjoints du traitement définissent de manière transparente leurs obligations respectives aux fins d'assurer le respect des exigences du présent règlement »

⁶¹³ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶¹⁴ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶¹⁵ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶¹⁶ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

ne s'applique pas nécessairement aux données des candidats traitées par une Blockchain⁶¹⁷, ils pourraient dans de rares cas vouloir exercer leurs droits d'effacement, de limitation et de rectification. Pour le droit d'effacement, la CNIL considère qu'il est techniquement impossible de faire droit à la demande d'effacement de la personne concernée mais, souligne qu'il est possible d'obtenir des effets proches de ceux de l'effacement, notamment en supprimant la clef secrète de la fonction de hachage. Cela ne constitue cependant pas un effacement à proprement parler comme demandé par la réglementation européenne et la CNIL souligne que « leur équivalence avec le RGPD doit être évaluée »⁶¹⁸. Il est important également de souligner qu'une suppression de la clef secrète de la fonction de hachage implique que des données inutilisables continuent d'être stockées ce qui en grandes quantités peut représenter un impact environnemental important. Pour le droit de rectification, la CNIL indique que s'il est techniquement impossible de rectifier directement une donnée inscrite dans la *Blockchain*, il demeure possible d'appliquer les mêmes méthodes que pour l'effacement et d'inscrire les nouvelles données dans un nouveau bloc. La CNIL souligne que « l'approche est quelque peu différente, bien qu'elle nécessite, comme pour les autres droits, une réflexion en amont, en ce qui concerne le droit à la limitation »⁶¹⁹ et considère qu'une « prise en considération des droits au programme en amont de la mise en œuvre d'un *smart contract* permet de faire droit à une demande de limitation du traitement ou d'intervention humaine »⁶²⁰. Cependant, les données à caractère personnel des candidats stockées dans la Blockchain étant les mêmes que sur un bulletin de vote papier, à savoir nom et prénom, il est peu probable en pratique que soit réalisée une demande d'exercice des droits d'effacement, de rectification ou de limitation.

47. - Blockchain, secret du vote et identification des électeurs.

L'utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique peut également soulever des questions en ce qui concerne le contrôle de l'identité, le secret du vote et la protection des données à caractère personnel des électeurs. La validité du vote repose notamment sur la vérification du droit de vote d'un individu, en s'assurant qu'il est bien électeur et qu'il n'a pas déjà voté pour la même élection, et sur le respect du secret du vote. Si ces deux caractéristiques sont aisément conciliables dans le monde réel, grâce aux listes d'émargement, aux isolements et aux urnes⁶²¹, elles peuvent s'avérer dichotomiques dans le monde numérique.

L'utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique soulève des questions relatives au secret du vote que celui-ci soit réalisé sur des machines à voter ou à distance. Afin de garantir le secret du vote sur les machines à voter, l'arrêté du 17 novembre 2003⁶²² fixant les conditions d'agrément des machines à voter prévoit que « les bulletins de vote doivent être enregistrés de façon aléatoire, pour

⁶¹⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 22 : « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». Si le vote par Blockchain peut produire des effets juridiques concernant les candidats ou les affectants de manière significative, l'issue du scrutin ne saurait être fondée exclusivement sur un traitement automatisé, des interventions humaines étant prévues par le Droit applicable, par exemple par le biais des Commissions électorales.

⁶¹⁸ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶¹⁹ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶²⁰ CNIL, rapp., sept. 2018, premiers éléments d'analyse de la CNIL relatifs à la Blockchain.

⁶²¹ C. élect., art. L.62.

⁶²² A. 17 nov. 2003, portant approbation du règlement technique fixant les conditions d'agrément des machines à voter.

qu'il ne soit pas possible lors du dépouillement de reconstituer la chronologie des votes »⁶²³. La fonction d'horodatage de la *Blockchain*, qui présente généralement des intérêts sur le plan juridique⁶²⁴, pourrait pourtant s'avérer problématique de ce point de vue. Celle-ci visant précisément à établir la chronologie des votes, elle pourrait altérer le secret du vote, que la *Blockchain* soit utilisée sur les machines à voter dans les bureaux de vote ou à distance. En outre, la *Blockchain* repose sur de la cryptographie asymétrique, c'est-à-dire que « chaque participant a un identifiant composé d'une suite de caractères alphanumériques qui semble aléatoire et qui constitue la clé publique du compte du participant. Cette clé publique se rapporte à une clé privée que celui-ci est le seul à connaître »⁶²⁵. Si le chiffrement renforce la sécurité des données et est encouragé en matière de vote électronique⁶²⁶, les clefs publiques de la *Blockchain* peuvent s'avérer problématiques en matière de secret du vote. En effet, la CNIL⁶²⁷, le Parlement européen⁶²⁸ et la doctrine⁶²⁹ s'accordent à dire que les clefs publiques de la *Blockchain* peuvent constituer des données à caractère personnel permettant d'identifier indirectement la personne concernée, notamment en ce qu'elles sont des pseudonymes⁶³⁰. La CNIL rappelle que « l'architecture même de la *Blockchain* fait que les identifiants seront toujours visibles, car ils sont indispensables à son bon fonctionnement »⁶³¹ et considère « qu'il n'est pas possible de les minimiser davantage »⁶³². Cette problématique de l'identification des électeurs grâce à leurs clefs publiques est d'ailleurs mise en exergue par le Canton de Genève qui tente de mettre en place un vote électronique basé sur la *Blockchain* et rappelée par le rapport de l'Assemblée nationale de 2018 sur les chaînes de bloc⁶³³. La conception d'une « clé aléatoire pour un vote électronique donné »⁶³⁴ est évoquée comme une éventuelle solution. Cependant, la reconnaissance d'une adresse IP dynamique en tant que donnée à caractère personnel par le Droit prétorien⁶³⁵ laisse à penser que des clés publiques aléatoires et temporaires dans la *Blockchain* pourraient faire l'objet de la même qualification.

En outre, en ce qui concerne spécifiquement le vote à distance, la vérification de l'identité de l'électeur pose plusieurs problèmes. En premier lieu, que la technologie utilisée soit la *Blockchain* ou une autre, le vote à distance expose davantage à des votes sous la menace ou à des usurpations d'identités. En second lieu, l'émargement étant également réalisé à distance, il est particulièrement délicat de décorréler l'identité de l'électeur de son bulletin de vote. Ainsi, il ne semble pas pertinent de vérifier l'identité de l'électeur directement sur la *Blockchain*. L'utilisation d'un autre système d'information pour vérifier l'identité des électeurs, afin d'éviter qu'une même personne vote plusieurs fois à distance ou vote en présentiel et à distance, pourrait alors sembler pertinent. Cependant, le stockage des données à caractère personnel des électeurs sur un autre système vient limiter l'intérêt de l'utilisation de cette technologie en matière de cybersécurité. Ainsi, si l'opération de vote est plus sécurisée qu'avec

⁶²³ Rapp. Sénat n° 445, op. cit. p. 22.

⁶²⁴ Barbet-Massin A., *Réflexions autour de la reconnaissance juridique de l'horodatage blockchain par le législateur italien*, RLDI 2019.

⁶²⁵ CNIL, rapp., sept. 2018, premiers éléments d'analyse de la CNIL relatifs à la *Blockchain*.

⁶²⁶ Benmeziane S., Khelladi L., *I-Vote : Un système de vote électronique hautement sécurisé*, lsv.fr, sept. 2002.

⁶²⁷ Ibid. CNIL, rapp., sept. 2018.

⁶²⁸ Flinck M. (dir.), *Blockchain and the General Data Protection Regulation Can distributed ledgers be squared with European data protection law?*, juill. 2019, European Parliament.

⁶²⁹ Berberich M., Steiner M., *Blockchain technology and the GDPR – How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?*, EDPL 2016

⁶³⁰ Ibid. Flinck M.

⁶³¹ CNIL, rapp., sept. 2018, premiers éléments d'analyse de la CNIL relatifs à la *Blockchain*.

⁶³² Ibid. CNIL.

⁶³³ Rapp. AN n° 1501, op. cit. p. 66 et s.

⁶³⁴ Ibid. Rapp. AN n° 1501.

⁶³⁵ CJUE, 2^{ème} ch., 19 oct. 2016, n° C-582/14 ; Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2016, n° 15-22.595.

d'autres technologies, le droit à la vie privée des citoyens n'est pas nécessairement davantage protégé. Le piratage du coffre-fort numérique où étaient stockées les données à caractère personnel des électeurs de Verneuil-Sur-Seine durant l'élection basée sur la Blockchain souligne d'ailleurs ce problème⁶³⁶.

2. La Blockchain à l'épreuve des règles en matière de preuve

48. - La relative insécurité juridique en ce qui concerne la force probante de la Blockchain.

Si la Blockchain présente des garanties certaines quant à la qualité de l'information qu'elle contient, ce n'est pas pour autant qu'elle est naturellement reconnue comme ayant valeur probatoire ni même probante du point de vue juridique. Alors que d'autres États, notamment la Chine⁶³⁷, les États-Unis⁶³⁸, l'Estonie⁶³⁹ et l'Italie⁶⁴⁰ admettent la valeur probante de la Blockchain, la France tarde à reconnaître celle-ci explicitement. Deux catégories de preuves sont reconnues par le Droit français : la preuve parfaite, nécessairement admise par le juge, et la preuve imparfaite, soumise à l'appréciation *in concreto* du juge.

Si le Droit commun ne fait pas explicitement de la Blockchain une preuve parfaite⁶⁴¹, des dispositions spécifiques commencent à admettre ce mode de preuve dans le domaine financier⁶⁴². Ainsi, afin de permettre l'émission et la cession de minibons « dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification de ces opérations », l'ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016⁶⁴³ a modifié l'article L.223-12 du Code monétaire et financier⁶⁴⁴. L'inscription de la cession de minibons au sein de la Blockchain équivaut dorénavant à un écrit sous seing privé. L'ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017⁶⁴⁵ reconnaît également la valeur juridique de la Blockchain en matière d'émission et de cession de titres financiers⁶⁴⁶. Si le domaine financier se saisit particulièrement des questions relatives à la Blockchain⁶⁴⁷, notamment à l'aune des cryptomonnaies, le législateur français botte en touche pour reconnaître de manière plus générale la Blockchain en tant que preuve parfaite.

⁶³⁶ Flores V., Le vote blockchain à Verneuil-sur-Seine se termine mal !, *Conseilscrypto.com*, oct. 2020.

⁶³⁷ Giutsi J., La Chine reconnaît la Blockchain comme un moyen légal de preuve, qu'en est-il de la France ?, *Village-justice.com*, 2020 : En juin 2018, le tribunal de Hangzhou a accepté la Blockchain en matière de preuve (en l'espèce sur de la propriété intellectuelle) et en septembre 2018, une annonce officielle publiée par la Cour Suprême chinoise indique qu'il est désormais possible de statuer en faveur de la recevabilité de la Blockchain en matière de preuve.

⁶³⁸ États-Unis : Nevada Blockchain Statutes, 2018 ; *Thierryvallatavocat.com*, La blockchain comme moyen de preuve admissible devant les tribunaux : l'exemple de la Chine, avr. 2019.

⁶³⁹ *Thierryvallatavocat.com*, La blockchain comme moyen de preuve admissible devant les tribunaux : l'exemple de la Chine, avr. 2019.

⁶⁴⁰ Italie : L. n° 12/19, 11 janv. 2019, relative au soutien et à la simplification des entreprises et de l'administration publique ; *Thierryvallatavocat.com*, La blockchain comme moyen de preuve admissible devant les tribunaux : l'exemple de la Chine, avr. 2019

⁶⁴¹ *Contractchain.io*, La blockchain et le droit de la preuve, 3 mai 2020.

⁶⁴² Martin L., Marin M., La preuve blockchain comme preuve légale, *capbloc.com*, 31 juil. 2020.

⁶⁴³ Ord. n° 2016-520, 28 avr. 2016.

⁶⁴⁴ C. mon. fin., art. L.223-12.

⁶⁴⁵ Ord. n° 2017-1674, 8 déc. 2017.

⁶⁴⁶ *Ibid.* Giutsi J.

⁶⁴⁷ Outre la question des minibons, le législateur s'est également penché sur le sujet de l'utilisation de la Blockchain en matière de jetons, c'est-à-dire « tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien ». La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE) met ainsi en place un contrôle des Initial Coin Offering (ICO) par l'autorité des marchés financiers (C. mon. fi., art. L. 552-2 ; L. n° 2019-486, 22 mai 2019).

La doctrine ne manque pas de souligner qu'en l'état du Droit, la *Blockchain* pourrait cependant être considérée comme une preuve imparfaite⁶⁴⁸ et être admise par le juge lorsque la preuve demandée est libre⁶⁴⁹. Cependant, le mutisme du législateur et les bégalements du juge en la matière plongent les juristes dans un silence juridique insécurisant. Ainsi, les chercheurs et les parlementaires⁶⁵⁰ se positionnent de manière croissante vers une reconnaissance par le législateur, français ou européen, de la valeur juridique de la *Blockchain*⁶⁵¹.

49. - La reconnaissance balbutiante de la force probante de la *Blockchain*.

Au niveau français, le législateur prend progressivement conscience de la nécessité de consacrer la valeur probante de la *Blockchain*⁶⁵². La loi PACTE avait d'ailleurs été marquée par une tentative de reconnaissance de la valeur probante de la *Blockchain*⁶⁵³ qui appartient à la catégorie des dispositifs électroniques d'enregistrement distribué⁶⁵⁴. Ainsi, l'amendement n° 1317 qui prévoyait l'ajout d'un article dans la loi PACTE rédigé ainsi : « tout fichier numérique enregistré dans un dispositif électronique d'enregistrement partagé (DEEP), de nature publique ou privée vaut preuve de son existence et de sa date, jusqu'à preuve contraire, dès lors que ledit DEEP répond à des conditions définies par décret »⁶⁵⁵. Il ne s'agit cependant que d'un « premier pas timide »⁶⁵⁶, l'amendement ayant été retiré avant même d'être discuté « au vu, notamment, des avancées promises par le ministre de l'Économie sur l'accès aux comptes et l'ouverture de la régulation au marché secondaire pour les entreprises développent des activités à partir de la technologie *Blockchain* »⁶⁵⁷. Jean-Michel Mis, un des auteurs de cet amendement prévient cependant « ma mobilisation sur ces questions reste entière. Les normes permettant le développement et l'encadrement de ces protocoles ne sont pas encore écrites : la France a la possibilité de faire valoir sa vision. Il en va de sa souveraineté »⁶⁵⁸.

Au niveau européen, les évolutions défendues sont relatives au règlement eIDAS⁶⁵⁹ qui traite notamment du sujet de la signature électronique⁶⁶⁰. La doctrine considère que le fonctionnement de la *Blockchain* « contrevient à plusieurs exigences fixées par le droit découlant du "règlement eIDAS" »⁶⁶¹, notamment en ce qui concerne l'identification du signataire et le recours obligatoire à un « prestataire de services de confiance qualifié »⁶⁶². Comme le rappelle Alice Barbet-Massin, « conformément à l'interprétation téléologique du règlement eIDAS, ce dernier a été rédigé selon une philosophie de neutralité technologique, garante du pluralisme des solutions et de l'évolutivité des techniques »⁶⁶³ et « c'est dans ce contexte qu'il convient d'adapter le règlement eIDAS à l'horodatage blockchain pour

⁶⁴⁸ Jss.fr, Blockchain et preuve : cycle consacré à la blockchain, mystère et fantasmes de la blockchain, 13 avr. 2020.

⁶⁴⁹ Barbet-Massin A., Réflexions autour de la reconnaissance juridique de l'horodatage blockchain par le législateur italien, op. cit.

⁶⁵⁰ Rapp. AN n° 1501, op. cit. p. 85 et s.

⁶⁵¹ Toledano J., Janin L., Les enjeux des Blockchains, Strategie.gouv.fr, juin 2018

⁶⁵² Ibid. Rapp. AN n° 1501.

⁶⁵³ Marraud des Grottes G., Loi PACTE et preuve blockchain : premier petit pas vers une reconnaissance par le Parlement ?, Actualités du Droit 2018.

⁶⁵⁴ Ibid. Marraud des Grottes G.

⁶⁵⁵ Assemblée-nationale.fr, Amendements, Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, Amendement n° 1317, 3 sept. 2018.

⁶⁵⁶ Ibid. Marraud des Grottes G.

⁶⁵⁷ Ibid. Marraud des Grottes G.

⁶⁵⁸ Ibid. Marraud des Grottes G.

⁶⁵⁹ Règl. (UE) n° 910/2014, 23 juill. 2014.

⁶⁶⁰ Toledano J., Janin L., Les enjeux des Blockchains, Strategie.gouv.fr, juin 2018.

⁶⁶¹ Rapp. AN n° 1501, op. cit. p. 91 et s.

⁶⁶² Ibid. Rapp. AN n° 1501.

⁶⁶³ Ibid. Barbet-Massin A.

tenir compte pleinement de sa fiabilité, éviter l'intervention d'un tiers certificateur ou encore d'experts nécessitant d'allonger la procédure et impliquant des coûts importants »⁶⁶⁴. À cet égard, le rapport de l'Assemblée Nationale relatif aux chaînes de blocs envisage une révision du règlement eIDAS afin d'adapter le régime en matière de preuve électronique et de signature numérique⁶⁶⁵, le ministère de la justice suggère une « certification » des protocoles *Blockchain*⁶⁶⁶ et Alice Barbet-Massin envisage « [la mise en place d'un] système de labellisation optionnel des blockchains par l'ANSSI, au même titre que celui de la CNIL, en ce qui concerne la conformité des produits et procédures quant au traitement de données à caractère personnel »⁶⁶⁷.

50. - Les interrogations relatives à la valeur probante de la Blockchain en matière de vote électronique.

Un système démocratique repose pour partie sur la fiabilité des élections et par extension sur la force probante du système électoral. L'importance de la preuve en matière électorale a d'ailleurs été mise en exergue lors des élections présidentielles américaines de 2020 où il fut nécessaire de contrôler les élections *a posteriori* afin de s'assurer qu'aucune fraude n'avait impacté les résultats de celles-ci⁶⁶⁸. L'utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique exposera aux questions de preuves spécifiques à la technologie de *la Blockchain*, qui se feraient partiellement l'écho des raisonnements juridiques précédemment évoqués, ainsi qu'à celles touchant toutes les formes de vote électronique.

Rappelons que le vote en ligne expose à un « manque de confidentialité » et conduit à se poser la question suivante : « comment s'assurer qu'un électeur n'a pas voté sous la menace ? »⁶⁶⁹. En outre, le vote électronique, qu'il soit à distance ou non, est particulièrement exposé aux cybermenaces, comme en atteste notamment le déroulement de l'élection en 2012 à l'Assemblée nationale de la nouvelle représentation des Français à l'étranger. Un *hacker* avait alors mis en lumière une faille de sécurité du système de vote utilisé dans le cadre : « un programme malveillant d'une grande simplicité permettait de modifier le vote par Internet de l'électeur, et ce à l'insu de ce dernier »⁶⁷⁰. Le scandale a conduit à de nombreux recours en annulation des résultats. Comme le souligne Gilles J. Guglielmi⁶⁷¹, le contentieux alors produit témoigne d'un certain laxisme du juge électoral, à contre-courant d'une attitude jurisprudentielle jusqu'alors « marquée par la distance et la prudence »⁶⁷². Le Conseil constitutionnel estime ainsi en 2013 que ni les irrégularités concernant l'organisation du scrutin ni les éléments relatifs à la suspicion de fraude n'ont eu d'incidence sur les résultats du scrutin⁶⁷³.

Or le législateur apportant peu d'éléments au sujet de la valeur probante de la Blockchain en matière de vote électronique, on peut chercher de premiers éléments de réponse du côté du Droit prétorien. Malheureusement, le fait qu'en 2013⁶⁷⁴ « la formulation des motifs du juge est, en raison même de technologie utilisée, à proprement parler désastreuse »⁶⁷⁵, crée donc à une jurisprudence précaire qui

⁶⁶⁴ Barbet-Massin A., *Réflexions autour de la reconnaissance juridique de l'horodatage blockchain par le législateur italien*, op. cit.

⁶⁶⁵ Rapp. AN n° 1501, op. cit. p. 92.

⁶⁶⁶ Ibid. Rapp. AN n° 1501.

⁶⁶⁷ Ibid. Barbet-Massin A.

⁶⁶⁸ Huffingtonpost.fr, États-Unis : "aucune preuve" de fraude électorale, Trump enrage, 13 nov. 2020.

⁶⁶⁹ Delaune S., Kremer S., Spécificités des protocoles de vote électronique, Lsv.fr, 16 janv. 2009.

⁶⁷⁰ Guglielmi G.J., Le vote électronique saisi par le droit : le cas français, op. cit.

⁶⁷¹ Ibid. Guglielmi G.J.

⁶⁷² Ibid. Guglielmi G.J.

⁶⁷³ Ibid. Guglielmi G.J.

⁶⁷⁴ Cons. const., 15 févr. 2013, n° 2012-4597/4626 AN.

⁶⁷⁵ Ibid. Guglielmi G.J.

semble « n'admettre, en matière de vote électronique, la prise en compte de la fraude qu'à la condition qu'elle soit prouvée »⁶⁷⁶. Si une telle interprétation était prometteuse pour le développement du vote électronique et de la Blockchain, elle l'est beaucoup moins pour la démocratie, la confiance des citoyens dans leurs outils de représentation ou la légitimité conférée aux élus par les urnes.

Section 3. Les acteurs publics : garants de la démocratie numérique

Si le numérique peut renforcer la participation citoyenne et s'impose progressivement comme un outil au service de la démocratie, il pourrait produire des effets pervers et s'avérer nuisible à cette dernière. Un accès inégal aux outils numériques démocratiques ou un détournement de la voix souveraine du peuple basé sur une cyberattaque pourraient notamment compromettre la démocratie. Les acteurs publics s'imposent progressivement comme les garants de la démocratie numérique et devront, afin de la protéger, garantir l'inclusion numérique de l'ensemble des citoyens (§1.) et assurer la sécurité des systèmes d'information (2§.).

§1. Inclusion numérique : condition de représentation démocratique

L'illectronisme⁶⁷⁷ frappait 17% de la population française en 2019⁶⁷⁸, rendant ainsi inaccessible des outils numériques mis au service de la démocratie numérique à toute une partie du peuple français. La fracture numérique, « habituellement définie comme correspondant aux disparités dans la capacité des individus à utiliser les technologies de l'information et de la communication »⁶⁷⁹, peut venir contrecarrer les ambitions démocratiques sur le volet du numérique. La doctrine souligne que la fracture numérique ne se cantonne pas à un inégal accès aux équipements⁶⁸⁰ et renvoie également à des inégalités en matière d'acculturation et d'usages⁶⁸¹. En l'absence de lutte contre la fracture numérique,

⁶⁷⁶ Ibid. Guglielmi G.J.

⁶⁷⁷ Senat.fr, Presse, La lutte contre l'illectronisme doit devenir une grande cause nationale, 19 mai 2020.

⁶⁷⁸ Vie-publique.fr, En bref, Fracture numérique : l'illectronisme touche 17% de la population selon l'INSEE, 13 nov. 2019 : « Ne pas avoir accès à Internet ou ne pas savoir utiliser les outils numériques représentent un handicap pour près de 17% de la population française, selon une étude de l'Institut national de la statistique et des études économiques. Cet illettrisme numérique, appelé "illectronisme" touche en particulier les populations les plus fragiles. »

⁶⁷⁹ Rapp. AN n° 4029, 6 déc. 2011, sur la mise en application de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique.

⁶⁸⁰ Ben Youssef A., Les quatre dimensions de la fracture numérique, Réseaux 2004 : « La première consiste à comprendre les inégalités économiques et sociales liées à l'accès aux équipements et aux infrastructures. La seconde attribue les fractures numériques aux usages liés aux TIC. Les inégalités liées aux TIC dépendent des usages qui sont faits par les individus et par les groupes sociaux. La troisième concerne l'efficacité des usages. En d'autres termes, pour des taux d'équipement identiques, certaines nations, individus augmentent leurs performances plus rapidement que d'autres. La quatrième définition renvoie davantage aux modalités d'apprentissage dans une économie fondée sur la connaissance. »

⁶⁸¹ Granjon, F., Fracture numérique, Communications 2011 : « Il est toutefois une autre manière de considérer la fracture numérique, en l'envisageant comme un ensemble d'écarts de pratiques constitutifs d'inégalités sociales. Dans cette perspective, traiter de la fracture numérique ne revient pas seulement à porter attention aux conditions de

ce dernier peut donc venir renforcer des inégalités existantes, notamment socio-économiques, voire en faire émerger de nouvelles. Il apparaît alors fondamental de garantir l'inclusion numérique du peuple et de donner au sein des territoires d'intelligences « une place à chaque citoyen, sans fracture sociale ou numérique »⁶⁸², tant en parant l'ensemble des territoires d'une couverture numérique suffisante (A.) qu'en assurant la littératie numérique de la population (B.).

A. Couverture numérique des territoires : une nécessité pour les citoyens garantie par les acteurs publics

Afin de pouvoir exercer leurs droits démocratiques et accéder au service public, l'accès au numérique des citoyens apparaît comme une nécessité absolue. C'est particulièrement le cas de l'accès à Internet. Les acteurs publics sont progressivement apparus comme essentiels afin d'assurer la couverture numérique des territoires (1.). L'importance conférée à l'accès au numérique pose une question sous-jacente, impactant le rôle que doivent jouer les acteurs publics : le droit d'accès aux services de communication en ligne devrait-il être reconnu comme liberté fondamentale (2.)?

1. Couverture numérique des territoires : un rôle central des acteurs publics

51. - L'État : garant de la mise en place d'un service universel d'accès au réseau.

La directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 traite du « service universel et [des] droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques »⁶⁸³. Ce service universel impose aux États membres de veiller à ce que les services visés soient « mis à la disposition de tous les utilisateurs finals, au niveau de qualité spécifié, quelle que soit la localisation géographique de ces derniers et, en fonction des conditions propres à chaque État membre, à un prix abordable »⁶⁸⁴. Les services concernés sont notamment ceux relatifs à la fourniture d'accès en position déterminée⁶⁸⁵, aux renseignements téléphoniques et annuaires⁶⁸⁶ ou aux postes téléphoniques payants publics⁶⁸⁷. Transposée en France par la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003⁶⁸⁸, elle a participé à la mise en place des programmes France numérique 2012 et France numérique 2020. Au terme de la loi du 17 décembre 2009 de lutte contre la fracture numérique⁶⁸⁹, l'État français s'impose également, par le biais du Conseil supérieur de l'audiovisuel, d'assurer une « couverture minimale de la population de chaque département par voie hertzienne terrestre en mode numérique »⁶⁹⁰.

52. - Les collectivités territoriales : actrices de la couverture numérique du territoire.

possibilité de l'accès et de l'acculturation à l'informatique connectée, mais aussi à s'intéresser aux logiques et aux régulations sociales qui structurent l'actualisation des usages. »

⁶⁸² Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

⁶⁸³ Dir. (CE) n° 2002/22, 7 mars 2002.

⁶⁸⁴ Dir. (CE) n° 2002/22, loc. cit., cons. 7.

⁶⁸⁵ Dir. (CE) n° 2002/22, loc. cit., art. 4.

⁶⁸⁶ Dir. (CE) n° 2002/22, loc. cit., art. 5.

⁶⁸⁷ Dir. (CE) n° 2002/22, loc. cit., art. 6.

⁶⁸⁸ L. n° 2003-1365, 31 déc. 2003.

⁶⁸⁹ L. n° 2009-1572, 17 déc. 2009.

⁶⁹⁰ Ibid. L. n° 2009-1572.

La loi du 17 décembre 2009 de lutte contre la fracture numérique⁶⁹¹, se donne pour objectifs de « faciliter la transition vers la télévision numérique »⁶⁹² et de « prévenir l'apparition d'une fracture numérique dans le très haut débit »⁶⁹³. Sur ce second point, la loi du 17 décembre 2009 met en place un cadre légal pour le déploiement de la fibre optique⁶⁹⁴, renforce les garanties en matière de fréquence 4G⁶⁹⁵ et met en place plusieurs demandes de rapports relatifs à la lutte contre la fracture numérique⁶⁹⁶. Un élément fondamental de cette réglementation est la place accordée aux collectivités territoriales dans la couverture numérique du territoire en très haut débit, élément d'ores et déjà très présent dans la proposition de loi initiale⁶⁹⁷. S'inspirant de la proposition initiale, la loi du 17 décembre 2009 met notamment en place les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique⁶⁹⁸ et un fonds pour l'aménagement numérique des territoires⁶⁹⁹. La loi complète la proposition initiale en matière d'action des collectivités territoriales en leur permettant « de participer au capital de sociétés commerciales ayant pour objet l'établissement et l'exploitation d'infrastructures passives de communications électroniques »⁷⁰⁰ et de mieux coordonner les enfouissements⁷⁰¹.

Au niveau communautaire, le règlement du 25 octobre 2017⁷⁰² témoigne également de la place centrale des collectivités territoriales en matière de couverture numérique. En effet, ce texte « donne la possibilité à toutes les collectivités locales intéressées de proposer une connexion Wifi gratuite à tous dans les centres de la vie publique locale, y compris dans des espaces extérieurs accessibles au grand public »⁷⁰³.

53. - ARCEP : garante du respect du principe de neutralité du net.

La neutralité du net, qui vise à « garantir l'égalité de traitement et d'acheminement de tous les flux d'information sur Internet, quel que soit leur émetteur ou leur destinataire »⁷⁰⁴, est un des principes fondateurs d'Internet. Sur le plan juridique, il est reconnu implicitement au niveau européen qui offre

⁶⁹¹ L. n° 2009-1572, 17 déc. 2009.

⁶⁹² Ibid. L. n° 2009-1572.

⁶⁹³ Ibid. L. n° 2009-1572.

⁶⁹⁴ L. n° 2009-1572, loc. cit., art. 18 à 20 ; Rapp. AN n° 4029, op. cit., p.21 et s. : « Les articles 18 et 20 ont donné une base légale au cadre réglementaire relatif au déploiement de la fibre optique envisagé par l'ARCEP lors de la discussion de la loi, en permettant explicitement à l'autorité d'imposer dans certains cas que l'accès offert par l'opérateur d'immeuble à ses concurrents puisse consister en la pose de fibres dédiées, ainsi que des obligations de complétude de la couverture »

⁶⁹⁵ L. n° 2009-1572, loc. cit., art. 22 ; Ibid. Rapp. AN n° 4029 : « L'article 22 de la loi de 2009 visait à garantir que les fréquences 4G permettent de réduire la fracture numérique à travers deux dispositions : d'abord, l'obligation que les fréquences libérées par le dividende numérique soient attribuées « en tenant prioritairement compte des impératifs d'aménagement du territoire » ; ensuite l'avis de la commission du dividende numérique, créée par la loi du 5 mars 2007 pour permettre au Parlement de se prononcer sur le schéma de réutilisation des fréquences libérées par le passage à la télévision numérique, sur les modalités d'attribution des fréquences 4G retenues. »

⁶⁹⁶ L. n° 2009-1572, loc. cit., art. 25, 31, 33, 34 & 35.

⁶⁹⁷ Rapp. AN n° 4029, op. cit., p.21. « C'est le thème sur lequel était centrée la proposition de loi initiale du sénateur M. Xavier Pintat. »

⁶⁹⁸ L. n° 2009-1572, loc. cit. art. 23.

⁶⁹⁹ L. n° 2009-1572, loc. cit. art. 24 ; Ibid. Rapp. AN n° 4029 : « fonds pour l'aménagement numérique des territoires, ayant vocation à subventionner les projets de déploiements de réseaux très haut débit par les collectivités territoriales dans les zones non rentables »

⁷⁰⁰ L. n° 2009-1572, loc. cit. art. 21 ; Ibid. Rapp. AN n° 4029.

⁷⁰¹ L. n° 2009-1572, loc. cit. art. 27 & 28 ; Ibid. Rapp. AN n° 4029.

⁷⁰² Règl. (UE) n° 2017/1953 du PE et du Cons., 25 oct. 2017.

⁷⁰³ Suisse : Conseil fédéral, Stratégie de l'Union européenne pour un marché unique numérique : conséquences pour la Suisse, 7 déc. 2018.

⁷⁰⁴ Arcep.fr, La neutralité du net : « La neutralité du net, ou neutralité d'Internet, est une notion popularisée en 2003 par Tim Wu, professeur de droit à l'université Columbia à New York. On parle aussi de neutralité des réseaux ou encore d'Internet ouvert. Son principe est de garantir l'égalité de traitement et d'acheminement de tous les flux d'information sur Internet, quel que soit leur émetteur ou leur destinataire. »

une « garantie d'accès à un Internet ouvert »⁷⁰⁵ et explicitement au niveau national avec la loi pour une république numérique⁷⁰⁶.

Si la consécration de ce principe impose des obligations aux opérateurs, c'est bien le ministre chargé des communications électroniques et l'ARCEP qui sont garants de son respect⁷⁰⁷. Ainsi, « dans le cadre de leurs attributions respectives, ces deux autorités, dans des conditions objectives et transparentes, doivent prendre des mesures raisonnables et proportionnées en vue d'atteindre cet objectif »⁷⁰⁸.

2. Couverture numérique des territoires : vers un droit d'accès aux services de communication en ligne reconnu comme liberté fondamentale ?

54. - Droit d'accès aux services de communication : laborieuse reconnaissance de l'existence d'un droit.

Le lien entre numérique et libertés fondamentales devenant indéniable⁷⁰⁹, il est progressivement apparu nécessaire de se confronter à la délicate question de la consécration d'un droit d'accès à Internet. L'ONU affirme à cet égard dans une résolution du 5 juillet 2012 que « chaque individu a le droit de se connecter et de s'exprimer librement sur Internet »⁷¹⁰. La Cour européenne des Droits de l'Homme souligne pour sa part dans sa décision Ahmet Yildirim c. Turquie de 2013 que « le droit d'accès à Internet est protégé en théorie par les garanties constitutionnelles applicables en matière de liberté d'expression et de liberté de recevoir des idées et des informations »⁷¹¹.

L'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur le sujet dans le cadre du vote du Paquet Telecom en 2008 et 2009⁷¹². Si son amendement 138, qui affirmait qu'« aucune restriction aux droits et libertés fondamentales des utilisateurs finaux ne doit être prise sans décision préalable de l'autorité judiciaire »⁷¹³, voté par une grande majorité le 24 septembre 2008 a été retiré à l'unanimité, son contenu fut repris sous le numéro 46⁷¹⁴. La directive 2009/140/CE, composante du Paquet Telecom, permet la restriction de l'accès à Internet en le conditionnant au respect de la présomption d'innocence et à la mise en place d'une procédure préalable⁷¹⁵.

⁷⁰⁵ Règl. (UE) n°2015/2120, 25 nov. 2015.

⁷⁰⁶ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 40 ; Criqui-Barthais G., La protection des libertés individuelles sur le réseau Internet, thèse, Huet J. (dir.), 2018, p.56 et s. : Cette consécration explicite a une portée relative comme le souligne Géraldine Criqui-Barthais en ces termes : « La loi organise dans un titre II « La protection des droits dans la société numérique » et après avoir visé dans un chapitre 1er l' « Environnement ouvert », une première section s'intitule « Neutralité de l'Internet ». Toutefois l'article 40 qui vient modifier l'article 33-1 du Code des Postes et des Communications Electroniques opère un simple renvoi au règlement européen. »

⁷⁰⁷ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art 40.

⁷⁰⁸ Ibid. Criqui-Barthais G.

⁷⁰⁹ Conseil-etat.fr, Actualités, Discours, Le numérique et les droits fondamentaux, 9 sept. 2014, Sauvé J.-M ; Rapp. AN n° 3119, 9 oct. 2015, Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique ; Robert P.-Y., L'ONU déclare l'accessibilité à Internet comme droit fondamental, Infopresse.com, juil. 2016 ; Falque-Pierrotin I., La Constitution et l'Internet, N3C 2012.

⁷¹⁰ Gostiaux M.-H., Le point sur le droit d'accès à Internet : droit fondamental, droit de l'Homme?, Blog.economie-numerique.net, avr. 2013

⁷¹¹ CEDH, 18 déc. 2012, Ahmet Yildirim c. Turquie.

⁷¹² Lemonde.fr, L'accès à Internet est-il un droit fondamental ?, 12 mars 2009.

⁷¹³ Ibid. Lemonde.fr.

⁷¹⁴ Ibid. Lemonde.fr.

⁷¹⁵ Dir. (CE) n° 2009/140/CE, 25 nov. 2009.

Au niveau national, le Conseil constitutionnel a dû faire face au dilemme de la consécration ou non d'un droit d'accès à Internet dans le cadre du projet de loi HADOPI qui permettait initialement à HADOPI, autorité administrative indépendante et non judiciaire, de suspendre un accès à Internet⁷¹⁶. Des députés ont alors demandé un contrôle de constitutionnalité *a priori* du projet de loi, soutenant qu'une autorité administrative ne devrait pas disposer d'un tel pouvoir⁷¹⁷. Ils défendent que cela porte atteinte à la liberté d'expression, prévoit des sanctions disproportionnées et institue une présomption de culpabilité portant atteinte aux droits de la défense⁷¹⁸. Le Conseil Constitutionnel tranche en considérant que, bien qu'il soit fondamental de protéger les droits de propriété intellectuelle⁷¹⁹, « le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins »⁷²⁰. Il précise que ces dispositions sont considérées comme induisant une présomption de culpabilité⁷²¹ et rappelle « que seules les instances judiciaires, et non une simple autorité administrative indépendante, présentent les garanties suffisantes pour restreindre le droit des titulaires d'abonnement à Internet d'accéder à ce réseau »⁷²². Il profite de cette occasion pour affirmer que la liberté de communication implique la liberté d'accéder aux services de communication en ligne⁷²³, posant ainsi une première pierre pour édifier un droit d'accès à Internet comme une liberté fondamentale. Cette décision a été suivie de plusieurs tentatives législatives infructueuses de consécration d'un droit d'accès à Internet⁷²⁴ même si les obligations posées par le législateur vont en ce sens⁷²⁵.

55. - Droit d'accès aux services de communication : un rattachement à la liberté d'expression discutable.

⁷¹⁶ Lemonde.fr, L'accès à Internet est-il un droit fondamental ?, 12 mars 2009.

⁷¹⁷ Haas-avocats.com, Censure de la loi « HADOPI » et droit fondamental d'accès à Internet.

⁷¹⁸ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. 11 : « Considérant que, selon les requérants, en conférant à une autorité administrative, même indépendante, des pouvoirs de sanction consistant à suspendre l'accès à Internet, le législateur aurait, d'une part, méconnu le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, institué des sanctions manifestement disproportionnées ; qu'ils font valoir, en outre, que les conditions de cette répression institueraient une présomption de culpabilité et porteraient une atteinte caractérisée aux droits de la défense »

⁷¹⁹ Cons. const., loc. cit., cons. 13.

⁷²⁰ Cons. const., loc. cit., cons. 16.

⁷²¹ Cons. const., loc. cit., cons. 18.

⁷²² Haas-avocats.com, Censure de la loi « HADOPI » et droit fondamental d'accès à Internet.

⁷²³ Cons. const., loc. cit., cons. 12. « Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ; »

⁷²⁴ Notamment dans le cadre du projet de loi sur la protection des consommateurs de 2011 où un amendement avait été introduit afin d'insérer un article L.31-1 du Code de la consommation qui affirmerait « L'accès à Internet constitue un droit fondamental (...) toute personne a droit à une vie numérique comprenant la libre communication, la sûreté et la propriété numérique » : Rees M., L'accès à Internet n'est pas un droit fondamental, Nextimpact.com, 30 sept. 2011 ; Cela a également été proposé dans le cadre du projet de loi pour une République numérique où un amendement a été présenté en ces termes : « Tout individu a le droit d'accéder à Internet dans des conditions d'égalité, suivant des modalités technologiquement adéquates et actualisées qui lèvent tout obstacles d'ordre économique et social », il sera finalement retiré car « jugé purement déclaratif » (Criqui-Barthais G., La protection des libertés individuelles sur le réseau Internet, op. cit., p.36.)

⁷²⁵ La loi pour une République numérique prévoit par exemple le maintien de la connexion Internet dans certain cas, notamment pour les foyers en difficultés financières (L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 45).

Le Conseil Constitutionnel enclave le droit d'accès aux services de communication en ligne⁷²⁶ en la liberté de communication⁷²⁷, « comme dans un jeu de poupées russes, cela signifie qu'elle l'intègre et l'enveloppe ou, mieux encore, qu'elle l'annexe »⁷²⁸. Le Conseil d'État est venu se faire l'écho de cette décision dans son avis sur un projet de loi pour une République numérique du 3 décembre 2015 où il soutenait que « le maintien de l'accès à l'Internet (...) se rattache au principe constitutionnel de la liberté de communication »⁷²⁹. Annexer le droit d'accès aux services de communication en ligne à la liberté de communication n'est pas sans conséquence. En effet, la communication sur Internet couvre des pratiques plus vastes que la communication entendue au sens juridique de la liberté de communication. De ce point de vue, une telle adjonction est susceptible de limiter, si ce n'est de phagocyter, la portée du droit d'accès aux services de communication en ligne. Géraldine Criqui-Barthalaïs souligne à cet égard que « ce rattachement restreint le raisonnement à un seul aspect du réseau : celui de l'expression en ligne (...) et ne permet pas de considérer un régime cohérent de la coupure d'accès au réseau »⁷³⁰.

Internet étant devenu un élément essentiel de nos sociétés et la dématérialisation frappant tous les domaines, la restriction de l'accès à Internet pourrait porter préjudice à bien d'autres droits et libertés. Le droit d'accès aux services de communication en ligne aurait pu faire l'objet d'autres rattachements juridiques. Dans le cadre du Paquet Telecom, l'amendement 397, inspiré du rapport de l'eurodéputé Stravos Lambrinidis, rattachait l'accès à Internet à l'accès de tout citoyen à l'éducation⁷³¹. Lors de son étude de la décision HADOPI de 2009⁷³², Michel Verpeaux suggérait quant à lui un rapprochement avec la liberté du commerce et de l'industrie⁷³³ en invoquant l'usage professionnel d'Internet⁷³⁴. Géraldine Criqui-Barthalaïs considérait pour sa part que le « Conseil Constitutionnel pourrait tout à fait par une interprétation créatrice de l'article 66⁷³⁵ considérer que la possibilité d'accéder au réseau et donc d'agir dans ce nouvel espace dématérialisé qu'il crée, s'apparente à la sûreté personnelle de l'individu dans le monde physique »⁷³⁶. Le rattachement du droit d'accès aux services de communication en ligne à la liberté individuelle semble pertinent en ce qu'il permet une appréhension plus vaste de ce droit et plus proche de la réalité des usages d'Internet.

56. - Droit d'accès aux services de communication : une consécration perfectible.

En premier lieu, il est important de rappeler que le droit d'accès aux services de communication est un droit-liberté⁷³⁷ et non un droit-créance⁷³⁸. En l'état du Droit, il convient donc de parler d'un droit d'ac-

⁷²⁶ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

⁷²⁷ Criqui-Barthalaïs G., La protection des libertés individuelles sur le réseau Internet, op. cit., 2018, p.65 et s.

⁷²⁸ Marino L., Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental, D. 2009.

⁷²⁹ CE, avis, 3 déc. 2015, n° 390741.

⁷³⁰ Ibid. Criqui-Barthalaïs G.

⁷³¹ Girardeau A., En France, l'accès à Internet ne constitue pas un droit fondamental, Libération 2009.

⁷³² Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. 18.

⁷³³ Verpeaux M., La liberté de communication avant tout, la censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel, JCP 2009.

⁷³⁴ Ibid. Criqui-Barthalaïs G.

⁷³⁵ Const., art 66. « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

⁷³⁶ Ibid. Criqui-Barthalaïs G.

⁷³⁷ Ibid. Marino L. : « On peut se réjouir de cette création d'un nouveau droit-liberté : le droit d'accès à Internet. L'accès à Internet devient ainsi, en lui-même, un droit-liberté, en empruntant par capillarité la nature de son tuteur, la liberté d'expression. »

⁷³⁸ Ibid. Criqui-Barthalaïs G. : « Cette affirmation ne fonde pas un « droit à l'accès » général, et n'équivaut évidemment pas à l'affirmation d'une liberté d'expression sans limites. La sûreté physique de l'individu et sa liberté d'accès au

cès et non d'un droit à l'accès aux services de communication, n'impliquant dès lors pas de « prérogatives que l'individu peut faire valoir auprès des pouvoirs publics »⁷³⁹. Cependant, dans une société démocratique où les services de communication ont une place centrale, les pouvoirs publics devraient être garants de l'accès à ces services. On pourrait ainsi envisager la mise en place d'un service public de l'accès à Internet, comme le propose Laure Marino⁷⁴⁰, ou même une transition du droit d'accès aux services de communication au droit à l'accès aux services de communication.

En second lieu, si un droit d'accès à Internet est effectivement reconnu et rattaché à la liberté de communication, le Conseil Constitutionnel ne manque pas de préciser que « la reconnaissance d'une telle liberté ne revient pas à affirmer, comme le soutenaient les requérants, que l'accès à Internet est un droit fondamental »⁷⁴¹. Cette regrettable précision⁷⁴² vient limiter la portée de ce nouveau droit qui ne peut être considéré comme un droit fondamental⁷⁴³. Pourtant, comme le souligne Géraldine Criqui-Barthalais « il a été constaté à travers divers exemples que l'accès au réseau est en lui-même aujourd'hui une condition de la démocratie. Son caractère fondamental peut et doit être fondé sur son lien indissociable avec le régime démocratique. Seuls les régimes dictatoriaux limitent aujourd'hui l'accès physique au réseau, soit en pratiquant un régime d'autorisation, soit en réduisant le débit de la connexion »⁷⁴⁴. Le législateur a tenté à plusieurs reprises de renforcer la valeur de ce droit, le consacrant comme droit fondamental⁷⁴⁵ ou lui donnant valeur constitutionnelle⁷⁴⁶, mais les oppositions l'ont

réseau sont conditionnées par le respect des règles établies pour garantir, dans une acception plus large, la sûreté de la société dans laquelle il vit. Le pendant de la liberté est la responsabilité. »

⁷³⁹ Rangeon F., Droits-libertés et droits-créances les contradictions du préambule de la Constitution de 1946, u-picardie.fr : « L'opposition entre les "droits-libertés" - c'est-à-dire les droits civils et politiques proclamés par la Déclaration de 1739, les "droits de" - et les "droits-créances" - c'est-à-dire les prérogatives que l'individu peut faire valoir auprès des pouvoirs publics, les "droits à" - est devenue un lieu commun de l'analyse juridique et politique ».

⁷⁴⁰ Marino L., Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental, op. cit. : « C'est au fond - disons le mot - un service public de l'accès à Internet qu'il faudrait mettre en place, comme il existe un service public de l'éducation. Un service public français puis, soyons fous, un service public européen ! »

⁷⁴¹ Anonyme, Décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009 Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, 3C 2009.

⁷⁴² Criqui-Barthalais G., La protection des libertés individuelles sur le réseau Internet, op. cit., p.35 : « Si la valeur fondamentale de l'accès au réseau est aujourd'hui reconnue par les autorités, cette affirmation ne conduit pas à la consécration d'une nouvelle liberté publique, ce qu'il faut regretter. »

⁷⁴³ El Sayegh D., Le Conseil constitutionnel et la loi Création et Internet : une décision en trompe l'œil, Légipresse 2009 « Si dans sa décision le Conseil constitutionnel reconnaît l'accès à Internet comme faisant partie de la liberté de communication, la reconnaissance d'une telle liberté ne revient pas à affirmer que l'accès à Internet est un droit absolu auquel rien ne pourrait déroger, pas même le respect des droits de propriété littéraire et artistique » ; Anonyme, Décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009 Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, 3C 2009 : « Affirmer la liberté d'accéder à Internet ne revient pas à garantir à chacun un droit de caractère général et absolu d'y être connecté ».

⁷⁴⁴ Criqui-Barthalais G., La protection des libertés individuelles sur le réseau Internet, op. cit., p.69.

⁷⁴⁵ Notamment dans le cadre du projet de loi sur la protection des consommateurs de 2011 où un amendement avait été introduit afin d'insérer un article L.31-1 du Code de la consommation qui affirmerait « L'accès à Internet constitue un droit fondamental (...) toute personne a droit à une vie numérique comprenant la libre communication, la sûreté et la propriété numérique » : Rees M., L'accès à Internet n'est pas un droit fondamental, Nextimpact.com, 30 sept. 2011.

⁷⁴⁶ La Charte numérique que plusieurs parlementaires souhaitaient adosser à la Constitution française, à l'instar de la Charte de l'environnement, prévoyait que « la loi garantit à toute personne un droit d'accès aux réseaux numériques libre, égal et sans discrimination » et que les réseaux numériques « respectent le principe de neutralité qui implique un trafic libre et l'égalité de traitement » ; Féral-Schuhl C., Vers un droit fondamental de l'accès à l'Internet dans la Constitution de 1958 ?, Editionmultimedia.fr, 23 juill. 2018.

pour l'instant emporté, arguant qu'il serait dangereux de proclamer un tel principe sans en dessiner préalablement les contours pratiques⁷⁴⁷.

S'il apparaît évidemment fondamental de définir les contours de ce droit avant de le renforcer, il semblerait que ce soit davantage la peur de légiférer dans un domaine encore relativement peu connu qu'une évaluation pragmatique de l'importance de ce droit pour les citoyens qui ait guidé le législateur. Niant le travail déjà réalisé en la matière⁷⁴⁸, le législateur semble se cantonner à l'ampleur de la tâche qu'il lui reste et aux inéluctables questions auxquelles il devrait répondre. Ce droit impliquerait-il des prérogatives que l'individu peut faire valoir auprès des pouvoirs publics ? Ce droit engendrerait-il une exigence de qualité de l'accès ? Dans quels cas et à quelles conditions pourrait-il être restreint ? Ce droit impliquerait-il une évaluation préalable des risques pour la santé et pour l'environnement que pourrait engendrer la couverture numérique du territoire avec certaines technologies, par exemple la 5G ?

57. - Droit d'accès à Internet et à la formation au numérique : proposition de consécration constitutionnelle.

Les travaux menés par le groupe de travail de l'Assemblée nationale relatif à la démocratie numérique et aux nouvelles formes de participation citoyennes⁷⁴⁹ ont inspiré la proposition de loi constitutionnelle pour une nouvelle démocratie citoyenne et participative de novembre 2021. Ce groupe de travail proposait en 2017 d'inscrire dans la Constitution le principe du droit d'accès à Internet et à la formation au numérique qui couvrirait les réalités suivantes : « la liberté d'accès à Internet, de publier, de diffuser et de recevoir des contenus en ligne ; la neutralité du Net ; l'ouverture et l'interconnexion des réseaux de communication ; la lutte contre la fracture numérique ; le droit à la formation pour la maîtrise des outils numériques ; la contribution des partis et groupements politiques à la mise en œuvre de ces principes »⁷⁵⁰.

L'article 6 de la proposition de loi constitutionnelle pour une nouvelle démocratie citoyenne et participative souhaite compléter l'article premier de la Constitution avec un nouvel alinéa rédigé comme suit : « La loi garantit l'accès libre, égal et universel à des réseaux numériques ouverts, et la formation des citoyens à leur utilisation »⁷⁵¹. Si cette proposition de réforme constitutionnelle semble couvrir un champ moins vaste que celui envisagé par le groupe de travail de l'Assemblée nationale en 2017, il tente malgré tout de renforcer l'inclusion numérique tant en matière de couverture numérique que de littératie numérique.

⁷⁴⁷ Rees M., L'accès à Internet n'est pas un droit fondamental, Nextimpact.com, 30 sept. 2011 : « Le rapporteur Fesquella a ainsi estimé qu'Internet est un moyen d'expression, une composante de la liberté d'expression, du coup, "plutôt que de proclamer des principes, entrons dans le concret", objet de ce projet de loi sur la consommation. (...) Toutefois, le texte de Jean Dionis du Séjour pose un problème de droit : "si on vote votre amendement en l'état, sans qu'on le travail, quelles seraient les implications d'une telle affirmation ?" s'inquiète le représentant du gouvernement. Laure de la Raudière ajoutera, avant le vote de ce rejet qu'"il y a un problème juridique par rapport à l'amendement. Internet n'est pas défini dans la loi. Il est [donc] audacieux de faire de l'accès à Internet un droit fondamental, sans définir ce qu'est Internet » ; Féral-Schuhl C., Vers un droit fondamental de l'accès à l'Internet dans la Constitution de 1958 ?, op. cit.

⁷⁴⁸ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 45.

⁷⁴⁹ Assemblée-nationale.fr, Pour une nouvelle assemblée nationale, Les rendez-vous des réformes 2017-2022, Première conférence des réformes, Propositions des groupes de travail, déc. 2017.

⁷⁵⁰ Ibid. Assemblée-nationale.fr.

⁷⁵¹ Proposition de loi constitutionnelle n° 4661, 10 nov. 2021, art. 6.

B. Littératie numérique des citoyens : un rôle des acteurs publics en construction

Les citoyens ne doivent pas simplement avoir accès aux outils numériques, ils doivent avoir la capacité de les utiliser. Il est donc fondamental de les accompagner dans l'appropriation des outils numériques. Afin de garantir la littératie numérique de l'ensemble des citoyens, les acteurs publics doivent garantir la formation au numérique (1.) et instiguer les citoyens à s'approprier les outils numériques (2.).

1. Les acteurs publics : acteurs de la formation au numérique

58. - Les politiques publiques pour la formation à l'usage du numérique au sein du système éducatif.

La mise en place du système éducatif obligatoire français étant intrinsèquement empreinte du principe d'égalité, l'irrigation de ce système par le numérique pourrait permettre la mise en place d'un cercle vertueux entre numérique et égalité. Celle-ci devrait être entreprise tant par la formation des enseignants et du personnel scolaire au numérique que par la formation des élèves.

Comme l'affirme la mission parlementaire Fourgous, « l'enseignant est le garant et le représentant de la culture numérique »⁷⁵². La nécessité de les familiariser aux usages numériques devenant indéniable, plusieurs initiatives se sont inscrites dans cette logique. Par exemple, la circulaire du 2 mars 2004⁷⁵³ a instauré le C2i, niveau 2 « enseignant », cependant moins de 10% des enseignants le possèdent⁷⁵⁴. La loi du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'École de la République est également empreinte de cette idée et met en place le M@gistère qui est une formation au numérique hybride (à distance et en présentiel) pour les enseignants du premier et du second degré.

En ce qui concerne la formation des élèves au numérique, différentes initiatives fleurissent également en France. Le plan numérique⁷⁵⁵ souhaite favoriser le numérique dans les établissements scolaires notamment en s'appuyant sur des établissements « modèles » qui essaient d'intégrer de manière viable le numérique à l'école. Les « les fondamentaux de l'école primaire », qui sont des vidéos de deux minutes sous forme de dessins animés pour expliquer les outils numériques aux élèves, s'inscrivent également dans cette logique.

59. - Formation des administrations au numérique.

Dans sa note administration numérique⁷⁵⁶, le Conseil d'analyse économique met en exergue la nécessaire transition des administrations vers les administrations numériques. Cette adaptation implique l'accès au numérique mais surtout un personnel formé au numérique au sein des administrations. Afin

⁷⁵² Vie-publique.fr, Rapp. mission parlementaire Fourgous, « Apprendre autrement » à l'ère numérique, 24 févr. 2012., p.57 et s.

⁷⁵³ Circ., 2 mars 2004.

⁷⁵⁴ Ibid. Vie-publique.fr.

⁷⁵⁵ Gouvernement.fr, Action, L'école numérique, mai 2017.

⁷⁵⁶ Algan Y., Bacache M. et Perrot A., Administration numérique, Cae-eco.fr, sept. 2016.

de disposer de personnel formé au numérique, l'administration peut se doter de personnel déjà formé ou procéder à la formation de son personnel existant.

Le choix de la France d'appuyer la formation d'un plus grand nombre de personnes au numérique peut favoriser une plus grande insertion des informaticiens et autres spécialistes du secteur dans les administrations. La création de la Grande École du Numérique en 2015, qui a pour but de former rapidement des individus manquants de formations pour leur permettre une insertion dans le monde professionnel, accompagnée de la mise en place de bourses pour les apprenants de la Grande école du numérique avec la Loi Lemaire pourraient s'inscrire dans cette démarche.

Si les budgets ne permettent pas une augmentation significative des salaires des informaticiens, l'administration peut également faire le choix de procéder elle-même à la formation du personnel. Les États ont alors la possibilité de former au numérique par le haut ou par le bas. Le gouvernement estonien a fait le choix d'une formation par le haut en 2013 en mettant en place un partenariat avec le Centre de design estonien ayant pour but la création d'ateliers pour former les hauts fonctionnaires au design thinking⁷⁵⁷. Le Sénégal semble également prendre l'orientation d'une formation par le haut. En effet, la loi sénégalaise sur la cybercriminalité de 2008 a mis en exergue le manque de formation au numérique au sein de la branche judiciaire, notamment au sein de la magistrature, et Pape Assane Touré, juge au tribunal de Dakar, affirme à cet égard que les forces de l'ordre et en particulier « les commissaires devraient être formés »⁷⁵⁸. En France, cela pourrait se concrétiser par une formation au numérique au sein de l'ENA pour entraîner une prise de conscience des hauts fonctionnaires et aboutir à un véritable impact sur les administrations⁷⁵⁹. À l'occasion du dernier débat avant les élections de la primaire de la droite et du centre du 17 novembre 2016, Bruno Lemaire, candidat pour les élections présidentielles de 2017, semblait quant à lui favoriser une formation à tous les niveaux. Il exprimait son souhait de se fonder sur le droit individuel à la formation, dont disposent en principe tous les fonctionnaires, soit majoritairement utilisé pour la formation au numérique.

2. Les acteurs publics : instigateurs de l'appropriation du numérique

60. - Développement de politiques publiques en faveur de la littératie numérique au sein du système éducatif.

Le CNN, dans son rapport Citoyens d'une société numérique, souligne, en parlant du numérique, « l'écart entre la capacité à l'utiliser et la capacité à comprendre et à maîtriser l'usage d'un outil »⁷⁶⁰. En effet, l'égalité face au numérique n'implique pas uniquement la formation qui permet d'acquérir des aptitudes instrumentales et productives, mais également des compétences réflexives⁷⁶¹. Le rapport Citoyen d'une Société Numérique du CNNum met en exergue la nécessité de développer la littératie numérique. Cette notion est définie par l'OCDE⁷⁶² comme « l'aptitude à comprendre et à utiliser l'information écrite dans la vie courante, à la maison, au travail et dans la collectivité en vue d'atteindre des buts personnels et d'étendre ses connaissances et ses capacités ». Le C2i, souligne les éléments

⁷⁵⁷ Renaissancenumerique.org, Estonie se reconstruire par le numérique, févr. 2015, p. 11.

⁷⁵⁸ Badiane S., Enjeux de l'Internet au Sénégal : l'innovation et l'accès aux infrastructures, Socialnetlink.org, févr. 2015.

⁷⁵⁹ Babinet G., Pour un New Deal numérique, Institutmontaigne.org, févr. 2013.

⁷⁶⁰ Peugeot V., Citoyen d'une société numérique, 2013, Rapp. à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'Innovation et de l'Économie numérique.

⁷⁶¹ Ibid. Peugeot V.

⁷⁶² Rapp. OCDE, 14 juin 2000, La littératie à l'ère de l'information, p.12.

clefs de l'apprentissage du numérique à l'école à travers ses cinq domaines, à savoir : « s'approprier un environnement informatique de travail/adopter une attitude responsable/créer, produire, traiter, exploiter des données/s'informer, se documenter/communiquer, échanger ». On voit bien ici qu'il s'agit de développer une véritable littératie numérique qui implique de savoir utiliser l'outil numérique de manière éclairée.

Le développement de l'enseignement de l'utilisation du numérique à l'école implique une sensibilisation aux enjeux, droits et devoirs sur Internet, pour les élèves, mais également leurs parents et enseignants. Dans ce cadre, la plateforme Eduscol, sous l'égide du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, a développé le portail Internet responsable⁷⁶³. On assiste également à l'émergence d'initiatives internationales en faveur de la littératie numérique. Par exemple, à l'occasion de la Conférence mondiale des autorités de la protection des données, un référentiel international de formation à la protection des données a été adopté. La CNIL souligne que l'objectif de ce référentiel est de former « de vrais citoyens numériques, responsables de leurs données et respectueux de celles des autres »⁷⁶⁴.

61. - La mise en place de procédures dématérialisées attractives.

Afin de garantir l'effectivité de l'utilisation du numérique, la mise en place de procédures dématérialisées accompagnée de politiques publiques incitant à l'utilisation de ces procédés apparaît comme une réponse adéquate à la fracture numérique. La mise en place de procédures dématérialisées pour être garante d'efficacité doit s'affirmer en faveur des administrés. La simplification des procédures permet de convaincre les administrés d'utiliser les procédures dématérialisées. La centralisation des services dématérialisés représente un outil de simplification efficace. L'Estonie montre le chemin dès 2000 avec sa loi sur la signature électronique qui instaure l'e-citoyenneté. Celle-ci permet d'accéder à tous les services en lignes à partir d'un identifiant unique et se concrétise par l'obtention d'une carte d'identité électronique⁷⁶⁵. La France a essayé d'instaurer un système similaire en mettant en place FranceConnect qui a pour vocation de fédérer les différents comptes des administrés pour en simplifier l'utilisation⁷⁶⁶.

De surplus, pour que ces services soient accessibles à tous, la formation à leur utilisation est nécessaire. Ce besoin est notamment mis en exergue par Hamilton Mphidi qui, après avoir étudié l'e-gouvernance en Afrique du Sud, souligne la nécessité de former les administrés à l'utilisation des services en ligne⁷⁶⁷. Des formations locales peuvent être organisées, par exemple l'atelier « E-administration » organisé à la médiathèque de Saint-Hilaire de Riez qui a pour but de présenter les différentes procédures dématérialisées offertes en France et d'expliquer leurs modalités d'utilisation.

⁷⁶³ Primaboard.eduscol.education.fr, La boîte à outils d'Internet Responsable.

⁷⁶⁴ Cnil.fr, Référentiel international de formation des élèves à la protection des données.

⁷⁶⁵ Rennaisancenumerique.org, Estonie se reconstruire par le numérique, févr. 2015, p. 9.

⁷⁶⁶ Modernisation.gouv.fr, France Connect, un accès universel aux administrations en ligne, 19 déc. 2014.

⁷⁶⁷ Mphindi H., Digital Divide and e-governance in South Africa, 2008, Tshwane University of Technology, p.16.

§2. Sécurité des systèmes d'information : condition de la protection de la voix souveraine du peuple

Les acteurs publics sont garants de la protection de la voix souveraine du peuple. À cet égard, ils doivent veiller au maintien de la sécurité des systèmes d'information et lutter contre les cyberattaques. Selon Bruno Hamon, une cyberattaque est « *un acte malveillant envers un dispositif informatique via un réseau cybernétique. Celle-ci peut émaner de personnes isolées, d'un groupe de pirates ou de vastes organisations ayant des objectifs géopolitiques* »⁷⁶⁸. Les cyberattaques pouvant mettre à l'épreuve la démocratie (A.), la protection des instruments numériques devient un enjeu démocratique (B.).

A. Cyberattaques : mise à l'épreuve de la démocratie

Suite aux attaques qui ont touché les élections présidentielles aux États-Unis et en France⁷⁶⁹, Guillaume Poupard alertait dans le rapport annuel de l'ANSSI de 2017 : « nous avons découvert une nouvelle victime de cyberattaques : la démocratie ! »⁷⁷⁰. Il complétait ce constat en ajoutant que « désormais, (...) nos démocraties – et pas uniquement nos économies, nos sociétés, nos administrations – doivent poursuivre leur développement numérique en prenant en compte un risque numérique encore insuffisamment considéré »⁷⁷¹. Sur le plan théorique, les cyberattaques sont progressivement apparues comme de potentielles menaces pour la démocratie (1.). La réalité tendant à dépasser la fiction, les récentes cyberattaques sont venues teinter les dystopies démocratiques numériques d'une indéniable tangibilité. Cela a conduit à une conscience croissante des États de la potentielle mise à l'épreuve de la démocratie par les cyberattaques (2.).

1. Cyberattaques : potentielle mise à l'épreuve de la démocratie

62. - De la démocratie à la *leakocratie*.

Les démocraties se caractérisent par le fait que le pouvoir appartient au peuple. L'introduction d'outils numériques tant dans le champ politique que dans celui de l'expression citoyenne corrélée au développement des cyberattaques expose à un détournement de la voix du peuple. Le terme de *leakocratie* a émergé à cet égard, renvoyant à l'idée qu'avec la démocratie numérique, le pouvoir risque de tomber aux mains des *hackers*.

Les *hackers* peuvent être des citoyens détournant les outils numériques afin de faire évoluer la démocratie voire de la renforcer. Nous pouvons citer à cet égard les *hackers* du mouvement g0v à Taiwan, qui se sont rendus au sommet du PGO de Paris du 7 au 9 décembre 2016⁷⁷², mettent en lumière cette nouvelle tendance. En l'espèce, ces *hackers* souhaitent changer la démocratie, à la rendre plus directe

⁷⁶⁸ Hamon B., Les cyberattaques et le cyberespionnage, in Bouhadana I., Gilles W. (dir.), Cybercriminalité, cybermenaces et cyberfraudes, 2012, IMODEV, p.70.

⁷⁶⁹ Trujillo E., Cyberattaques : le gouvernement américain annonce des sanctions contre la Russie, Lefigaro.fr, 15 mars 2018 ; Scotto R., MacronLeaks: quatre questions sur le piratage du mouvement En Marche!, Lexpress.fr, 6 mai 2017.

⁷⁷⁰ Ssi.gouv.fr, ANSSI, Rapport d'activité 2017.

⁷⁷¹ Ibid. Ssi.gouv.fr.

⁷⁷² Condominas B., Taiwan : g0v, les hackers qui veulent changer la démocratie, Rfi.fr, 2 déc. 2016.

et plus accessible. Elisa Lewis et Romain Slitine font écho à ce type de pratiques en développant la notion de « coup d'État citoyen »⁷⁷³.

Cependant, les attaques contre les instruments au service de la démocratie sont de plus en plus menées par des mouvements malveillants, avec la volonté de porter atteinte au système démocratique ou de « reconfigurer le paysage géopolitique »⁷⁷⁴. Le peuple pouvant faire entendre sa voix souveraine de manière directe ou indirecte, les cyberattaques peuvent se tourner contre les outils de participation citoyenne mais aussi ceux proprement politiques. Elles peuvent ainsi concerner les outils mis à disposition des citoyens et ceux utilisés par les élus et représentants politiques. Concernant les outils de participation citoyenne, les hackers pourraient porter atteinte à l'intégrité des outils numériques au service des élections, des référendums ou d'autres modes de participation citoyenne, tels que les consultations en ligne ou les initiatives législatives citoyennes. Concernant les outils numériques mis à disposition des représentants, les attaques pourraient par exemple porter sur les outils de vote à distance des élus, comme ceux mis en place dans le cadre de la crise Covid-19. Les *hackers* pourraient ainsi altérer les votes des représentants du peuple et porter atteinte à la démocratie.

63. - Cyberattaques portant atteinte à la démocratie : une menace protéiforme.

Les rapports d'institutions françaises relatifs à la cyberdéfense font état du caractère protéiforme de la menace cyber et s'attachent à caractériser les différents types d'attaques. Le rapport Romani expose la diversité des modes de guerres informatiques et en dégage trois principaux : la guerre contre l'information⁷⁷⁵, la guerre pour l'information⁷⁷⁶ et la guerre par l'information⁷⁷⁷. Le rapport Bockel reprend ces derniers⁷⁷⁸ et ajoute que ces attaques pourraient également être qualifiées selon l'objectif qu'elles poursuivent. À cet égard, il en dégage trois à son tour, à savoir « les attaques visant à déstabiliser (...) par la perturbation de sites Internet ou encore par l'altération ou la révélation de données obtenues via les systèmes d'information ; les attaques ayant pour objectif d'espionner (...) afin de s'approprier leurs ressources ; les attaques visant à saboter ou à détruire des ressources informatiques ou des équipements matériels »⁷⁷⁹. Il rappelle également que les trois principales attaques utilisées sont les attaques par déni de service, le vol ou l'altération de données et les attaques visant à détruire. Concernant la diversité des cibles, le rapport Bockel rappelle que ces attaques peuvent toucher tant des structures publiques que des entreprises ou des particuliers. Plus spécifiquement sur la question de la défense ou la sécurité nationale, les attaques pourront se tourner contre « les services de l'État, les opérateurs d'importance vitale et les entreprises intervenant dans des domaines stratégiques ou sensibles »⁷⁸⁰. Enfin, le rapport Lachaud et Valetta-Ardisson s'inspire pour sa part des « attaques clas-

⁷⁷³ Lewis E., Slitine R., *Le coup d'État citoyen*, 2016, La Découverte.

⁷⁷⁴ Senat.fr, Note de synthèse, Désinformation, cyberattaques et cybermalveillance : « l'autre guerre du Covid 19 », 2020.

⁷⁷⁵ Rapp. Sénat n° 449, 8 juill. 2008, sur la cyberdéfense, p.12 : « la guerre contre l'information, qui s'attaque à l'intégrité de systèmes informatiques pour en perturber ou en interrompre le fonctionnement »

⁷⁷⁶ Ibid. Rapp. Sénat n° 449 : « la guerre pour l'information, qui vise à pénétrer les réseaux en vue de récupérer les informations qui y circulent ou y sont stockées ; »

⁷⁷⁷ Ibid. Rapp. Sénat n° 449 : « la guerre par l'information, qui utilise le vecteur informatique dans un but de propagande, de désinformation ou d'action politique. »

⁷⁷⁸ Ibid. Rapp. Sénat n° 449.

⁷⁷⁹ Rapp. Sénat n° 681, sur la cyberdéfense, 18 juill. 2012, p.26.

⁷⁸⁰ Ibid. Rapp. Sénat n° 681.

siques », les applique au domaine cyber et en les complète afin d'établir sa classification des différentes attaques, évoquant ainsi l'espionnage⁷⁸¹, le sabotage⁷⁸², la déstabilisation⁷⁸³ et la cybercriminalité⁷⁸⁴.

En matière de cyberattaques portant atteinte à la démocratie, différentes classifications sont opérables. La première, inspirée du rapport Romani⁷⁸⁵ pourrait distinguer les attaques selon la manière dont l'information est utilisée. Nous pourrions ainsi identifier les atteintes démocratiques contre l'information⁷⁸⁶ (qui auraient vocation à perturber ou interrompre des outils numériques de vote ou de participation citoyenne), les atteintes démocratiques pour l'information⁷⁸⁷ (qui pourraient par exemple porter sur la consultation de documents secrets utilisés par les représentants du peuple ou encore une analyse de l'électorat français) et les atteintes démocratiques par l'information⁷⁸⁸ (qui seraient notamment la divulgation d'informations relatives à des candidats afin d'orienter les élections ou la désinformation sur des sujets faisant l'objet d'un référendum). Une autre distinction envisageable est fondée quant à elle sur la nature du détournement de la voix du peuple, elle peut être détournée directement ou indirectement. Un détournement direct consiste à attaquer la machine en vue de détourner les résultats, par exemple en *hackant* les machines de vote électronique. Alex Halderman et son équipe de l'Université du Michigan⁷⁸⁹ ont ainsi mis en exergue les limites de ces instruments en termes de sécurité. Les attaques contre ce type de machines peuvent prendre des formes diverses : attaques extérieures, accès direct au serveur ou encore failles du fait du développeur⁷⁹⁰. Un détournement indirect de la voix du peuple consiste pour sa part en l'utilisation de certaines données obtenues de manière à manipuler la volonté de celui-ci. Cela correspondrait par exemple à l'interception et la divulgation au public des correspondances au sein du parti, mais aussi en la propagation de fausses informations de manière à orienter le choix des électeurs. Cette distinction rejoint celle proposée par Julian King qui affirmait qu'en matière électorale il existe « deux grandes catégories (...) : celles qui ciblent les systèmes et celles qui ciblent les comportements »⁷⁹¹.

2. Cyberattaques : conscience croissante des États des risques démocratiques

64. - Une conscience tardive mais croissante de l'État français en matière de cyberdéfense.

Plusieurs rapports sont venus mettre en lumière la prise de conscience croissante de l'État français en matière de cyberdéfense. Le constat des risques en matière de cyberdéfense, principalement initié par

⁷⁸¹ Rapp. AN n° 1141, 4 juill. 2018, sur la cyberdéfense, p.33 et s.

⁷⁸² Ibid. Rapp. AN n° 1141.

⁷⁸³ Ibid. Rapp. AN n° 1141.

⁷⁸⁴ Ibid. Rapp. AN n° 1141.

⁷⁸⁵ Rapp. Sénat n° 449, 8 juill. 2008, sur la cyberdéfense, p.12 et s. : « la guerre contre l'information, qui s'attaque à l'intégrité de systèmes informatiques pour en perturber ou en interrompre le fonctionnement »

⁷⁸⁶ Ibid. Rapp. Sénat n° 449 : « la guerre contre l'information, qui s'attaque à l'intégrité de systèmes informatiques pour en perturber ou en interrompre le fonctionnement »

⁷⁸⁷ Ibid. Rapp. Sénat n° 449 : « la guerre pour l'information, qui vise à pénétrer les réseaux en vue de récupérer les informations qui y circulent ou y sont stockées ; »

⁷⁸⁸ Ibid. Rapp. Sénat n° 449 : « la guerre par l'information, qui utilise le vecteur informatique dans un but de propagande, de désinformation ou d'action politique. »

⁷⁸⁹ Wolchok S., Wustrow E., Dawn I., and Halderman, in Keromytis A.D. (dir.), *Financial Cryptography and Data Security: 16th International Conference, 2012*, Springer.

⁷⁹⁰ Cortier V., *Vote électronique*, Bulletin de la société informatique de France 2016.

⁷⁹¹ King J., 3 mesures urgentes contre les cyberattaques qui menacent nos élections et nos démocraties, [Huffingtonpost.fr](https://www.huffingtonpost.fr), 17 août 2018.

Le rapport Lasbordes de 2006⁷⁹², fut aussi tardif⁷⁹³ que cinglant⁷⁹⁴. Le rapport Lasbordes s'est intéressé tant aux enjeux de cyberdéfense qu'à ceux de cybersécurité de manière plus générale. Il est arrivé au constat accablant que « la France accuse un retard préoccupant face aux impératifs de sécurité des systèmes d'information, tant au niveau de l'État qu'au niveau des entreprises, quelques grands groupes mis à part »⁷⁹⁵. Le rapport Romani de 2008, qui porte pour sa part exclusivement sur la cyberdéfense, fait écho au rapport Lasbordes en soutenant que « la France est encore insuffisamment préparée et organisée »⁷⁹⁶ et ajoute que la France n'est pas aussi avancée en matière de cyberdéfense que certains de ses alliés⁷⁹⁷. Il vient cependant relativiser la sévérité du rapport Lasbordes en affirmant que « des efforts réels mais encore modestes »⁷⁹⁸ existent au niveau français et met en lumière « une amorce de coopération internationale »⁷⁹⁹ dans le domaine de la cyberdéfense.

Cependant, le document qui viendra cristalliser la place de la menace cyber⁸⁰⁰ demeure le livre blanc de sur la défense et sécurité nationale⁸⁰¹. Celui-ci prophétisait que « dans les quinze ans à venir, la multiplication des tentatives d'attaques menées par des acteurs non étatiques, pirates informatiques, activistes ou organisations criminelles, est une certitude. Certaines d'entre elles pourront être de grande ampleur »⁸⁰². Il souligne d'ores et déjà que « la menace est multiforme : blocage malveillant, destruction matérielle (par exemple, de satellites ou d'infrastructures de réseau névralgiques), neutralisation informatique, vol ou altération de données, voire prise de contrôle d'un dispositif à des fins hostiles »⁸⁰³.

Durant les années 2010, le Sénat puis l'Assemblée nationale ont fait preuve d'une probité laborieuse afin de diagnostiquer l'étendue et la variété des menaces cyber pouvant toucher la défense et la sécurité nationale. Le rapport Bockel du Sénat soulignait en 2012 qu'en matière de cyberdéfense la menace est « protéiforme »⁸⁰⁴, se caractérisant par des attaques variées⁸⁰⁵, des cibles différentes⁸⁰⁶ et des profils d'attaquants nuancés⁸⁰⁷. Le rapport Lachaud et Valetta-Ardisson de l'Assemblée Nationale de 2018⁸⁰⁸ dénotait également d'une conscience aigüe de la diversité des menaces. Il parlait pour sa part

⁷⁹² Lasbordes P., La sécurité des systèmes d'information : un enjeu majeur pour la France, 18 janv. 2006, Rapp. au Premier ministre.

⁷⁹³ Rapp. Sénat n° 681, op. cit. p.68 & s. « S'il y a encore quelques années, la France enregistrait un important retard, le Livre blanc de 2008 a donné une réelle impulsion à la politique française en matière de protection des systèmes d'informations. Malgré plusieurs avancées significatives, comme la création d'une agence nationale de sécurité des systèmes d'information ou l'élaboration d'une stratégie, notre dispositif connaît encore d'importantes lacunes. »

⁷⁹⁴ Ibid. Rapp. Sénat n° 681 : « Dans un rapport remis au Premier ministre, le 13 janvier 2006, intitulé : « La sécurité des systèmes d'information – Un enjeu majeur pour la France », notre ancien collègue député Pierre Lasbordes dressait un constat sans complaisance des faiblesses de notre organisation et de nos moyens, notamment au regard de nos partenaires européens les plus proches. »

⁷⁹⁵ Lasbordes P., La sécurité des systèmes d'information : un enjeu majeur pour la France, 18 janv. 2006, Rapp. au Premier ministre, p.90.

⁷⁹⁶ Rapp. Sénat n° 449, op. cit., p.20 & s.

⁷⁹⁷ Rapp. Sénat n° 449, op. cit., p.32 & s. : Le rapport Romani compare notamment la situation de la France à celle de l'Allemagne, du Royaume-Unis et des États-Unis.

⁷⁹⁸ Rapp. Sénat n° 449, op. cit., p.28.

⁷⁹⁹ Rapp. Sénat n° 449, op. cit., p.35 & s.

⁸⁰⁰ Rapp. Sénat n° 681, op. cit. p.70.

⁸⁰¹ Mallet J.-C., Défense et Sécurité nationale : le Livre blanc, 17 juin 2008, Odile Jacob, La documentation Française.

⁸⁰² Ibid. Mallet J.-C.

⁸⁰³ Ibid. Mallet J.-C.

⁸⁰⁴ Rapp. Sénat n° 681, op. cit., p.25 & s.

⁸⁰⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 681.

⁸⁰⁶ Rapp. Sénat n° 681, op. cit., p.29 & s.

⁸⁰⁷ Rapp. Sénat n° 681, op. cit., p.32 & s.

⁸⁰⁸ Rapp. AN n° 1141, op. cit.

d'une menace « polymorphe »⁸⁰⁹, soulignant que celle-ci est « de nature classique mais aux effets démultipliés »⁸¹⁰.

65. - Une conscience internationale en matière de cyberdéfense marquée par la réalité des cyberattaques.

Les nombreuses tentatives de cyberattaques, parfois fructueuses, perpétrées ces dernières années sont venues sacraliser ce risque et donner un premier aperçu de ses conséquences potentielles. Plusieurs tentatives d'attaques ont été rapportées par les États en ayant fait l'objet, y figurent notamment « Moonlight Maze »⁸¹¹ et « Titan Rain »⁸¹². La première fait référence à la vague d'attaque qu'ont subie les États-Unis entre 1998 et 1999 et supposément orchestrée depuis la Russie. Celle-ci ciblait des « systèmes gouvernementaux ainsi que ceux de centres de recherche et d'entreprises sensibles »⁸¹³. La seconde renvoie quant à elle aux tentatives d'intrusion répétées utilisant des réseaux chinois, mises en œuvre dès 2001 et conduites sur plusieurs années, à l'encontre du département de la défense des États-Unis⁸¹⁴. D'autres États, notamment la France dont le ministère des Affaires étrangères avait été visé, ont fait état de tentatives similaires en 2006 et 2007, celles-ci s'appuyant également sur des réseaux chinois et étant basées sur le même mode opératoire.

D'autres cyberattaques ont particulièrement marqué ces dernières années, c'est notamment le cas de l'attaque menée contre l'Estonie en 2007, de STUXNET détecté en 2010, de Flame en 2012 ou encore de WannaCry, Adylkuzz et Notpetya lancées en 2017. Suite à la décision des autorités estoniennes de déplacer un monument érigé en souvenir des combattants de l'armée soviétique, plusieurs sites gouvernementaux et publics ainsi que privés ont fait l'objet d'une attaque par déni de service distribué en avril 2007. Celle-ci a conduit au blocage pendant près d'un mois et demi des sites en question, menant à une « perturbation massive de la vie courante d'un pays »⁸¹⁵. STUXNET, découvert en 2010 par la société biélorusse VirusBlokAda, était un « ver »⁸¹⁶ visant les installations nucléaires de l'Iran. Celui-ci aurait permis « d'endommager le réacteur de la centrale nucléaire de Busher et détruit un millier de centrifugeuses du site d'enrichissement d'uranium de Natanz »⁸¹⁷, retardant le programme nucléaire militaire de l'Iran. Considérée pendant un temps comme « l'arme cybernétique la plus sophistiquée jamais déployée »⁸¹⁸, elle fut rapidement détrônée par FLAME⁸¹⁹ qui lui est vingt fois plus volumineux⁸²⁰ et qui représente « une nouvelle étape » dans la cyberguerre⁸²¹. Découvert en 2012 par l'éditeur russe de logiciels anti-virus Kaspersky Lab, FLAME serait le virus à l'origine du vol et de l'effacement de données stockées dans les systèmes d'information des installations pétrolières de plusieurs

⁸⁰⁹ Rapp. AN n° 1141, op. cit., p.33.

⁸¹⁰ Ibid. Rapp. AN n° 1141.

⁸¹¹ Kilroy R. J. Jr. (dir.), *Threats to Homeland Security: Reassessing the All-Hazards Perspective*, 2018, Wiley-Blackwell.

⁸¹² Springer P. J., *Cyber Warfare: A Reference Handbook*, 2015, ABC-CLIO.

⁸¹³ Rapp. Sénat n° 449, op. cit., p. 8 et s.

⁸¹⁴ Ibid. Rapp. Sénat n° 449.

⁸¹⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 449 ; Rapp. Sénat n° 681, op. cit. p.12.

⁸¹⁶ Rapp. AN n° 1141, op. cit., p.36 : « Code malveillant auto-répliquant se propageant de manière autonome (sans intervention humaine) ou quasi-autonome via les réseaux. »

⁸¹⁷ Rapp. Sénat n° 681, op. cit., p.14 & s.

⁸¹⁸ Broad W. J., Markoff J., Sanger D. E., *Israeli Test on Worm Called Crucial in Iran Nuclear Delay*, *Nytimes.com*, 15 janv. 2011.

⁸¹⁹ Eudes Y., *FLAME virus espion d'État*, *Le Monde* 2012.

⁸²⁰ Rapp. Sénat n° 681, op. cit., p.16.

⁸²¹ Woitier C., *Flame, une nouvelle étape dans la cyberguerre*, *Lefigaro.fr*, 29 mai 2012 : « Pour Eugène Kaspersky, fondateur de la société éponyme, Flame est une « nouvelle étape » dans la cyberguerre. « Il faut bien comprendre que de telles armes peuvent être facilement utilisées contre n'importe quel pays. Et contrairement à la guerre conventionnelle, les pays les plus développés sont ici les plus vulnérables » ».

pays du Moyen-Orient⁸²². WannaCry est quant à elle une cyberattaque dont l'assaut a été lancé en mai 2017 par le biais d'un rançongiciel. Il s'est matérialisé par « l'infection de plus de 300 000 ordinateurs dans 150 pays »⁸²³ et a touché des administrations ainsi que de grandes entreprises. La même année, le malware crypto-mineur Adylkuzz, bien qu'ayant fait l'objet de moins de publicité, fait autant de ravage. L'année 2017 fut également marquée par le logiciel NotPetya qui a « massivement affecté l'économie ukrainienne mais aussi la centrale de Tchernobyl »⁸²⁴.

66. - Une conscience aiguisée des risques démocratiques liés aux cyberattaques.

Des cyberattaques en lien avec des élections ont particulièrement ancré l'idée qu'elles peuvent constituer une atteinte à nos démocraties. Les élections du Président des États-Unis en 2016 ont été bouleversées par le piratage et la divulgation de certains emails du parti démocrate⁸²⁵. L'entreprise américaine de cybersécurité CrowdStrike découvre en juin 2016 que deux groupes de hackers, Cozy Bear et Fancy Bear ont infiltré les systèmes d'information du Parti démocrate⁸²⁶. Fancy Bear aurait intercepté les communications au sein du Parti dès l'été 2015 et Cozy Bear aurait volé des informations concernant Donald Trump à partir de mars 2016⁸²⁷. Après la révélation de l'existence de ces attaques par CrowdStrike, qui accuse les services spéciaux russes d'en être à l'origine, Wikileaks divulgue une partie des emails piratés. Cette attaque, qui a potentiellement impacté les élections américaines, n'aura pas été sans répercussion dans les relations entre la Maison-Blanche et le Kremlin⁸²⁸. Cette tentative d'ingérence dans des élections n'est malheureusement pas la seule à déplorer. En 2019, le parti travailliste du Royaume-Uni a également fait l'objet d'une cyberattaque à l'approche des élections⁸²⁹. La France n'est pas en reste en la matière comme en atteste les « MacronLeaks »⁸³⁰ qui ont conduit au dévoilement de dizaines de milliers de documents du mouvement En Marche deux heures avant la fin de la campagne présidentielle. Si les cyberattaques pouvant détourner la voix du peuple souverain portent principalement sur les élections, elles s'intéressent également aux autres outils d'expression citoyenne, notamment les référendums. Le référendum relatif à la sortie de l'Union européenne du Royaume-Uni a ainsi été suspecté d'avoir fait l'objet d'une cyberattaque⁸³¹. Un rapport parlementaire britannique⁸³² conjecture, en l'absence de preuve formelle⁸³³, une possible ingérence de gouvernements étrangers à l'origine de la saturation du réseau avant l'heure limite du vote en ligne⁸³⁴ qui a poussé le gouvernement à repousser l'échéance⁸³⁵.

⁸²² Rapp. Sénat n° 681, op. cit., p.12.

⁸²³ Rapp. AN n° 1141, op. cit., p.36 et s.

⁸²⁴ Ibid. Rapp. AN n° 1141.

⁸²⁵ Gouëset C., Clinton/Trump : le piratage s'invite dans la campagne américaine, L'express 2016.

⁸²⁶ Ouest-France.fr, Présidentielle américaine. Ce que l'on sait des cyberattaques russes, 30 déc. 2016.

⁸²⁷ Lepoint.fr, La Russie a-t-elle vraiment hacké l'élection américaine ?, 30 déc. 2016.

⁸²⁸ Trujillo E., Cyberattaques : le gouvernement américain annonce des sanctions contre la Russie, Lefigaro.fr, 15 mars 2018.

⁸²⁹ Rochefort M., Royaume-Uni : le parti travailliste victime d'une cyberattaque à un mois des élections, Siecledigital.fr, nov. 2019.

⁸³⁰ Scotto R., MacronLeaks: quatre questions sur le piratage du mouvement En Marche!, Lexpress.fr, 6 mai 2017.

⁸³¹ Redivo J., Selon un rapport parlementaire, le vote pour le Brexit pourrait avoir été hacké, Lesinrocks.com, 13 avr. 2017.

⁸³² Hincks J., British Lawmakers Say Foreign States May Have Interfered in Brexit Vote, Time.com, 28 mars 2017.

⁸³³ Licourt J., Brexit : des hackers ont-ils tenté d'influencer le vote ?, LeFigaro.fr, 12 avril 2017.

⁸³⁴ L'opinion.fr, Brexit : un vote entravé par une cyberattaque ?, 13 avr. 2017.

⁸³⁵ Ibid. Licourt J.

La force du numérique étant ainsi mise au service d'ambitions aussi délétères que belliqueuses, une conscience étatique de la menace que représentent ces cyberattaques pour nos démocraties s'est forgée dans les flammes des dernières élections. L'Afrique du Sud⁸³⁶, l'Ukraine⁸³⁷, les États-Unis⁸³⁸, l'Union européenne⁸³⁹ ou encore la France⁸⁴⁰ ont posé un regard soucieux sur le cyberspace à l'occasion de leurs dernières élections. Ils se sont préparés dans la mesure du possible à d'éventuelles cyberattaques en les simulant⁸⁴¹ et en testant leurs systèmes d'information⁸⁴² ou en communiquant des consignes et recommandations⁸⁴³.

B. La protection des instruments numériques : enjeu démocratique

Afin de garantir l'intégrité démocratique, il apparaît fondamental de protéger les instruments numériques des potentielles cyberattaques. Le Droit se saisit de la question en mettant en place des obligations positives (1.) et des obligations négatives (2.) pour protéger la démocratie à l'aune des instruments numériques.

1. Mise en place d'obligations positives pour protéger la démocratie à l'aune des instruments numériques

67. - Enjeux de protection des instruments numériques et des données utilisés dans un cadre démocratique.

Les acteurs publics sont tenus de protéger les instruments numériques mis en œuvre dans un cadre démocratique tant pour éviter une atteinte à la voix souveraine du peuple que pour protéger leurs données à caractère personnel et leur droit à la vie privée. Ces deux éléments sont d'ailleurs soulignés dans la Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel⁸⁴⁴. La conscience de la nécessité de se préparer à ce type d'attaques est croissante. Keith B. Alexander affirmait à cet égard en 2010⁸⁴⁵ qu'une cyberattaque pourrait avoir lieu contre les États-Unis et qu'ils devraient s'y préparer, notamment en sécurisant leurs réseaux et systèmes d'information.

68. - Volonté de mettre en place des obligations positives de sécurité des instruments numériques.

⁸³⁶ Rfi.fr, Afrique du Sud : la commission électorale craint de possibles cyberattaques, 3 mai 2019.

⁸³⁷ Untersinger M., En Ukraine, l'élection présidentielle face aux risques de cyberattaque et de désinformation, Le Monde 2019.

⁸³⁸ Bertrand P.-A., Les États-Unis se préparent contre les cyberattaques en vue des élections de 2020, Huffingtonpost.fr, 29 août 2019.

⁸³⁹ Stolton S., L'UE se prépare à contrer des cyberattaques ciblant les élections, Euractiv.fr, 9 avril 2019 ; Marcel M., Élections européennes : le défi de la cybersécurité, LeJournalInternational.info, 29 avr. 2019.

⁸⁴⁰ Filippone D., Élections municipales : un scénario de cyberattaque simulé en France, Le Monde 2020.

⁸⁴¹ Ibid. Filippone D.

⁸⁴² Stolton S., L'UE se prépare à contrer des cyberattaques ciblant les élections, Euractiv.fr, 9 avril 2019.

⁸⁴³ Bertrand P.-A., Les États-Unis se préparent contre les cyberattaques en vue des élections de 2020, Huffingtonpost.fr, 29 août 2019.

⁸⁴⁴ Conv. Malabo, 27 juin 2014, de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel.

⁸⁴⁵ Shanker T., Cyberwar chief calls for secure computer network, The New York Times 2010.

Au niveau international, les actions sont davantage orientées pour l'instant vers la lutte contre la cybercriminalité que vers l'action pour la cybersécurité, sauf dans le cadre de l'ONU qui a mis en place un comité ayant vocation à établir un rapport sur la cyberdéfense.

Plusieurs initiatives communautaires se développent. Au sein de l'Union Européenne, le traité sur l'Union Européenne⁸⁴⁶ a mis en place la politique de sécurité et de défense commune (PSDC), cependant celle-ci n'est pas spécifique au numérique. Le législateur européen s'est saisi du sujet et a mis en place des obligations en matière de cybersécurité, notamment pour les opérateurs de services essentiels à l'aune de la directive NIS. La Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel⁸⁴⁷ marque également une avancée importante, celle-ci prônant une plus grande sécurisation des instruments numériques.

Au niveau national, le législateur français s'est penché sur la question avec la loi de programmation militaire du 18 décembre 2013 qui prévoit à son article 22⁸⁴⁸ des mesures spécifiques au renforcement de la sécurité des systèmes d'information des opérateurs d'importance vitale.

2. Mise en place d'obligations négatives pour protéger la démocratie à l'aune des instruments numériques

69. - Lutte contre les attaques issues de personnes publiques : vers la consécration d'un Droit de la cyberguerre.

Les cyberattaques touchant la démocratie tendant à se développer, il apparaît fondamental de pouvoir sanctionner ce type de comportements. En l'absence de cadre international uniformisé sur la cyberguerre, le cadre général s'applique. Ainsi, pour l'instant l'émergence d'un droit de la cyberguerre germe encore et le droit international général s'applique à ces attaques. L'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies⁸⁴⁹ affirme que les États ne doivent pas « recourir à la menace ou à l'emploi de la force ». Cet article peut donc s'appliquer aux cyberattaques et les États victimes peuvent alors faire usage de leur droit à la légitime défense. Cependant, le cadre pénal général existant est progressivement apparu insuffisant pour sanctionner ces cyberattaques et une volonté de consacrer un Droit de la cyberguerre s'est fait sentir.

Uniformiser un Droit de la cyberguerre est apparu relativement délicat en pratique. Cela a pu notamment être constaté au sein de l'ONU. La Chine, la Russie, le Tadjikistan et l'Ouzbékistan ont proposé, un Code de conduite relatif à la cybersécurité⁸⁵⁰ à l'Assemblée Générale des Nations Unies en 2011 mais cette proposition ne rencontrera pas l'approbation escomptée et de nombreux pays la rejeteront⁸⁵¹. Ces réactions cristallisent tant des tensions géopolitiques que des divergences doctrinales en matière de cyberguerre, ces dernières complexifiant la mise en place d'un cadre international uniforme. L'Assemblée générale des Nations Unies a ainsi mis en place un groupe d'experts gouvernementaux qui a présenté un rapport en 2010 en faveur de la consultation des États, de l'adoption de

⁸⁴⁶ Traité UE.

⁸⁴⁷ Conv. Malabo, 27 juin 2014, de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel.

⁸⁴⁸ L. n° 2013-1168, 18 déc. 2013, art. 22.

⁸⁴⁹ Charte des Nations unies, 26 juin 1945.

⁸⁵⁰ Ccdoe.org, An Updated Draft of the Code of Conduct Distributed in the United Nations – What's New?.

⁸⁵¹ Rapp. Sénat n° 681, 18 juill. 2012, sur la cyberdéfense.

bonnes pratiques, et de la coopération internationale. L'Union internationale des télécommunications a également tenté d'encadrer les cyberattaques en mettant en place un groupe d'experts pour la recherche de méthodes de cyber sécurité adaptées et en prônant en 2010 la création d'un traité international interdisant la cyberguerre. Cependant, plusieurs États et notamment la France, refusent de conférer un pouvoir contraignant à cette organisation spécialisée de l'ONU⁸⁵². Le Manuel de Tallin⁸⁵³ sur le droit international applicable à la guerre, publié par le Centre d'excellence en cyberdéfense de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord en 2013, a tenté d'harmoniser les différentes conceptions de ce sujet.

70. - Lutte contre les attaques issues de personnes privées : renforcement de la réglementation en matière de cybercriminalité.

La notion de cybercriminalité souffre de l'absence de consensus sur sa définition juridique⁸⁵⁴. Pour l'ONU, il s'agit de « tout comportement illégal faisant intervenir des opérations électroniques qui visent la sécurité des systèmes d'information et des données qu'ils traitent »⁸⁵⁵. Selon Brunon Hamon, « la cybercriminalité (...) renvoie à une notion large qui regroupe toutes infractions pénales susceptibles de se commettre sur ou au moyen d'un système informatique généralement connecté à un réseau. Il peut s'agir d'une cyberattaque, du cyber terrorisme, voire de la cyberguerre »⁸⁵⁶. La cyberguerre ne couvrant qu'une partie de la cybercriminalité, principalement en ce qui concerne les personnes publiques, il apparaît fondamental de réglementer de manière plus générale la cybercriminalité afin de protéger les outils numériques mis au service de la démocratie des attaques émanant d'acteurs privés.

Des réglementations se développent au niveau national⁸⁵⁷ et des outils répressifs émergent au niveau international afin de lutter contre la cybercriminalité. Au niveau national, plusieurs lois⁸⁵⁸ sont venues qualifier juridiquement de nombreux actes de cybercriminalité⁸⁵⁹. Au niveau international et européen, des outils répressifs émergent progressivement comme en attestent notamment la convention

⁸⁵² Rapp. Sénat n° 681, op. cit.

⁸⁵³ Schmitt M. N., Tallinn Manual, 2013, Cambridge University Press.

⁸⁵⁴ Pereira B., La lutte contre la cybercriminalité : de l'abondance de la norme à sa perfectibilité, Revue internationale de droit économique 2016 : « Néanmoins, le concept de cybercriminalité n'est pas défini par le droit, même si plus de 470 infractions sont liées aux systèmes d'information. » ; Communication (MEMO) n° 07/199, 22 mai 2007 : « Faute d'une définition communément admise de la criminalité dans le cyberspace, les termes de cybercriminalité, criminalité informatique ou criminalité liée à la haute technologie sont souvent utilisés indifféremment. »

⁸⁵⁵ Dixième Congrès des Nations Unies, sous le titre « La prévention du crime et le traitement des délinquants », Vienne, 10-17 avril 2000.

⁸⁵⁶ Hamon B., Les cyberattaques et le cyberespionnage, in Bouhadana I., Gilles W. (dir.), Cybercriminalité, cybermenaces et cyberfraudes, 2012, IMODEV, p.70.

⁸⁵⁷ Deprau A., Les réponses judiciaires face à la cybercriminalité, Village-justice.com, 2020.

⁸⁵⁸ L. n° 88-19, 5 janv. 1988 ; L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001 ; L. n° 2003-239, 18 mars 2003 ; L. n° 2004-204, 9 mars 2004 ; L. n° 2004-575, 21 juin 2004 ; L. n° 2005-493, 19 mai 2005 ; L. n° 2004-669, 9 juill. 2004 ; L. n° 2006-64, 23 janv. 2006 ; L. n° 2006-399, 4 avr. 2006 ; L. n° 2007-297, 5 mars 2007 ; L. n° 2011-267 ; L. n° 2015-912, 24 juill. 2015 ; L. n° 2014-1353, 13 nov. 2014 ; Chauvin E., Vellido F., Quand la lutte anti-terroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du Code pénal introduites par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014, Gaz. Pal. 2015.

⁸⁵⁹ Pour n'en citer que quelques-uns présentés par Frédérique Chopin (Chopin F., Cybercriminalité, in Rép. pén. Dalloz 2020) : atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (accès ou maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données, atteintes à l'intégrité du système et atteinte à l'intégrité des données, détention, offre, cession ou mise à disposition d'un équipement d'atteinte aux STAD), infractions en matière de fichiers ou de traitements informatiques (traitement de données à caractère personnel illicites et détournement ou divulgation des données), cryptologie (refus de remise de la clé de chiffrement et utilisation de moyens de cryptologie pour la préparation ou la commission d'un crime ou d'un délit), pédopornographie (corruption de mineurs et propositions sexuelles à un mineur, fixation, enregistrement, transmission, consultation ou détention d'images ou de représentations pédopornographiques et fabrication, transfert, diffusion de message à caractère violent ou

du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité signée le 23 novembre 2001 (Convention de Budapest)⁸⁶⁰ et les diverses communications⁸⁶¹, décisions⁸⁶² et règlementations⁸⁶³ de l'Union européenne en la matière⁸⁶⁴. Comme en Droit français, les infractions visées sont nombreuses et hétéroclites⁸⁶⁵.

Ces démarches volontaristes de répression de la cybercriminalité et de collaboration internationale en la matière rencontrent de nombreuses difficultés en pratique. En premier lieu, le monde virtuel ne connaissant pas de frontières, la question de la territorialité est extrêmement délicate en matière de cybercriminalité. Comme le souligne Romain Boos dans sa thèse sur la lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des États⁸⁶⁶, la territorialité en matière de cybersécurité est confrontée au « dogme de la souveraineté des États »⁸⁶⁷ et à l'inadaptation des règles de procédures pénales⁸⁶⁸. En second lieu, l'identification des auteurs du crime est absconse⁸⁶⁹ et les méthodes d'investigations numériques perfectibles⁸⁷⁰. En troisième lieu, comme le met en exergue Brigitte Pereira, la multiplicité des infractions concernées expose à « des risques de redondances et de conflits de qualifications attestant de la relative efficacité répressive »⁸⁷¹. Enfin, la doctrine souligne que la coopération internationale concernant la cybercriminalité est insuffisante⁸⁷², notamment parce que le « développement de l'entraide pénale (est) conditionné »⁸⁷³ et à cause du « caractère protéiforme de la coopération entre les autorités publiques et les prestataires techniques »⁸⁷⁴.

Conclusion du Chapitre : Le citoyen étant la clef de voûte des territoires d'intelligences, la participation citoyenne est un enjeu essentiel pour ces territoires. Le citoyen peut être co-concepteur des politiques publiques et co-créateur des innovations au service des territoires. De ce point de vue, les innovations

pornographique), infractions de presse (diffamation et injures publiques commises sur Internet, provocation aux crimes et délits commise par un moyen de communication électronique et délit de contestation de crimes contre l'humanité), atteintes aux personnes (infractions sexuelles et proxénétisme via Internet, menaces et menaces de mort, enregistrement et diffusion d'images de violence et cyber-harcèlement), atteintes à la personnalité (atteintes à la vie privée et au secret des correspondances commises par Internet, atteintes à la représentation de la personne, dénunciations calomnieuses et usurpation d'identité ou d'identifiant sur Internet), infractions contre les biens (fraudes aux cartes bancaires par Internet, escroqueries commises par Internet, abus de confiance commis par Internet et recel pédopornographique), atteintes à la propriété et au droit d'auteur sur Internet.

⁸⁶⁰ Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, 25 novembre 2011. La convention de Budapest a vocation à mettre en place une collaboration internationale pour permettre de sanctionner les actes de cybercriminalité et à assurer l'effectivité de la pénalisation de la cybercriminalité (Droit pénal matériel et Droit pénal procédural).

⁸⁶¹ Communication (COM) n° 2000/890, 26 janv. 2001 ; Communication (MEMO) n° 07/199 de la Commission, 22 mai 2007, Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité ; Communication (JOIN) n° 2013, 7 févr. 2013 ; Communication (COM) n° 2017/450, 13 sept. 2017.

⁸⁶² Déc. (CE) n° 276/1999, 25 janv. 1999 ; Déc. (JAI) 2000/375, 29 mai 2000 ; Déc.-cadre (JAI) n° 2004/68, 22 déc. 2003 ; Déc.-cadre (JAI) n° 2005/222, 24 févr. 2005.

⁸⁶³ Dir. (UE) n° 2013/40, 12 août 2013 ; Dir. (UE) n° 2016/1148., 6 juill. 2016.

⁸⁶⁴ Berthelet P., La lutte contre la cybercriminalité à l'échelle de l'Union : analyse de l'évolution juridique d'un phénomène à la confluence de plusieurs agendas institutionnels, RQDI 2018

⁸⁶⁵ Pereira B., La lutte contre la cybercriminalité : de l'abondance de la norme à sa perfectibilité, Revue internationale de droit économique 2016.

⁸⁶⁶ Boos R., La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des États, thèse, Brach-Thiel D. (dir.), 2016.

⁸⁶⁷ Boos R., op. cit., p.184 & s.

⁸⁶⁸ Boos R., op. cit., p.188 & s.

⁸⁶⁹ Boos R., op. cit., p.198 & s ; Pereira B., La lutte contre la cybercriminalité : de l'abondance de la norme à sa perfectibilité, Revue internationale de droit économique 2016.

⁸⁷⁰ Boos R., op. cit., p.203 & s.

⁸⁷¹ Ibid. Pereira B.

⁸⁷² Boos R., op. cit., p.211 & s ; Ibid. Pereira B.

⁸⁷³ Ibid. Pereira B.

⁸⁷⁴ Ibid. Pereira B.

technologiques peuvent être mises au service de la participation citoyenne au sein des territoires d'intelligences. Grâce à elles, le citoyen peut participer plus activement à la conception des politiques publiques mais également à la confection des normes. Cependant, comme l'illustre l'utilisation de la *Blockchain* en matière de vote électronique, la technologie doit prouver son intérêt réel et être accompagnée des garde-fous juridiques nécessaires. De plus, afin que ces outils numériques déployés dans un idéal démocratique ne portent pas atteinte, dans les faits, à la démocratie, les acteurs publics doivent intervenir en tant que garants de la démocratie numérique. Pour ce faire, ils doivent garantir l'inclusion numérique de l'ensemble des citoyens et mettre en œuvre les moyens nécessaires pour sécuriser les systèmes d'information utilisés dans ce cadre.

CHAPITRE 2. SOUTENIR UNE CONCEPTION COLLABORATIVE DE L'INNOVATION

Luc Belot rappelle qu'il est essentiel de « favoriser la collaboration de l'ensemble des acteurs du territoire pour améliorer le service rendu aux habitants »⁸⁷⁵. En effet, « les acteurs territoriaux sont multiples et un projet de territoire intelligent ne prend forme que lorsqu'il y a rencontre entre une vision (le projet politique) et des acteurs qui collaborent à sa construction et/ou sa mise en œuvre alors que d'habitude ils ne le font pas »⁸⁷⁶. Il est courant dans un cadre partenarial d'être confronté à « des questions difficiles de coordination entre acteurs agissant dans des sphères différentes [...] et [d'articulation entre] coopération et concurrence entre entreprise »⁸⁷⁷. Le Droit peut accompagner les acteurs des territoires dans ces démarches et créer un cadre de confiance propice à la collaboration. Il permet d'articuler les différents enjeux de la collaboration (Section 1.), de structurer les relations partenariales (Section 2.), permettant ainsi d'identifier clairement le rôle chaque acteur, et d'établir les règles de propriété intellectuelles qui s'appliqueront dans le cadre de la collaboration (Section 3.), favorisant ainsi le partage d'informations.

Section 1. Articuler les différents enjeux de la collaboration

Alain Duprey, Directeur de l'association des instituts Carnot, rappelle que « l'efficacité d'une stratégie collaborative repose sur la définition d'une ambition stratégique, la disponibilité des ressources et savoir-faire internes à l'entreprise ainsi que sur l'accès aux compétences et savoir-faire disponibles sur le marché »⁸⁷⁸. Il ajoute que « chaque acteur doit prendre conscience des attentes et des objectifs de ses partenaires et les intégrer lors des phases de négociation et de conduite des projets, sous peine d'échecs et de déceptions »⁸⁷⁹. Afin de mener à bien un projet multipartenarial, il est donc fondamental de déterminer les enjeux de la collaboration (§1.), tant ceux du groupement que ceux de chaque partenaire, et de concilier les enjeux contradictoires (§2.).

§1. Déterminer les enjeux de la collaboration

⁸⁷⁵ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit. p. 24 et s.

⁸⁷⁶ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, op. cit. p. 19.

⁸⁷⁷ Entreprises.gouv.fr, L'innovation dans les entreprises : moteurs, moyens et enjeux, 2011.

⁸⁷⁸ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, 2012.

⁸⁷⁹ Ibid. INPI.

La notion d'innovation collaborative peut couvrir des réalités diverses et variées. L'Institut national de la propriété industrielle (INPI) rappelle que, quelle que soit sa forme, l'innovation collaborative « repose sur un principe essentiel : favoriser l'innovation à travers le partenariat, et non plus en se reposant uniquement sur des ressources internes »⁸⁸⁰. L'INPI ajoute que l'innovation collaborative est « nécessairement multiforme, selon la finalité de la démarche, que celle-ci s'inscrive dans une optique de valorisation, d'intégration de connaissances externes ou encore de co-construction et de mise en commun »⁸⁸¹ et ajoute que « les spécificités sectorielles – niveau de maturité, durée des cycles, innovation tirée par l'offre ou portée par la demande... – ont bien entendu une influence sur les modalités de sa mise en œuvre »⁸⁸². Afin de mener à bien une innovation collaborative, il est fondamental, en amont de sa mise en œuvre, de déterminer l'objectif et la nature de la collaboration (A.) ainsi que d'identifier les enjeux de cette collaboration pour chacun des acteurs impliqués (B.).

A. Déterminer l'objectif commun des partenaires et la nature de la collaboration

L'INPI évoque les trois principales formes de l'innovation collaborative, à savoir : l'innovation collaborative *inside-out*, l'innovation collaborative *outside-in* et l'innovation conjointe. Dans la première, « la structure collabore avec des acteurs extérieurs pour mettre sur le marché et valoriser l'innovation développée en interne »⁸⁸³. La seconde renvoie aux cas où « la structure fait appel à des acteurs extérieurs pour intégrer leur connaissance à ses projets d'innovation »⁸⁸⁴. Enfin, la troisième concerne la situation où « la structure collabore de façon interactive avec des partenaires, par un échange de connaissances pour mettre au point une innovation »⁸⁸⁵. Ainsi, pour les deux premiers l'innovation collaborative est portée principalement par un acteur (1.) tandis que dans le troisième cas elle est menée conjointement par plusieurs acteurs qui doivent alors identifier clairement l'objectif commun de la collaboration (2.).

1. Innovation collaborative portée principalement par un acteur

71. - Innovation collaborative *inside-out*.

L'innovation collaborative *inside-out*, qui est donc la collaboration d'une structure avec des acteurs extérieurs « pour mettre sur le marché et valoriser l'innovation développée en interne »⁸⁸⁶, combine quatre approches selon l'INPI : la valorisation de la propriété intellectuelle, la mise en réseau de l'écosystème de l'innovation, la mise à disposition des ressources de recherche et développement et l'essaimage de projets innovants⁸⁸⁷.

⁸⁸⁰ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit., p.12.

⁸⁸¹ Ibid. INPI.

⁸⁸² Ibid. INPI.

⁸⁸³ Ibid. INPI.

⁸⁸⁴ Ibid. INPI.

⁸⁸⁵ Ibid. INPI.

⁸⁸⁶ Ibid. INPI.

⁸⁸⁷ Ibid. INPI.

La valorisation de la propriété intellectuelle, qui a pour but de développer une activité « à forte marge », consiste notamment en une « commercialisation proactive du portefeuille de brevets »⁸⁸⁸. La mise en réseau de l'écosystème d'innovation, qui consiste à soutenir le développement commercial de partenaires technologiques, vise à la fois au « leadership de la marque [et/ou] de la technologie » et au « développement [et/ou à la] structuration de nouveaux marchés »⁸⁸⁹. L'essaimage correspond pour sa part à des « projets sortis du portefeuille (souvent avec prise de participation dans une nouvelle structure) ». Les bénéfices qui en sont attendus sont « la pérennisation du projet », le « maintien de liens privilégiés (capitalistiques et/ou commerciaux) » et « l'équilibrage du portefeuille de projets »⁸⁹⁰. Enfin, la mise à disposition des ressources de recherche et développement a vocation à produire des revenus additionnels et à stimuler l'émergence d'idées nouvelles.

72. - Innovation collaborative *outside-in*.

L'innovation collaborative *outside-in*, c'est-à-dire quand « la structure fait appel à des acteurs extérieurs pour intégrer leur connaissance à ses projets d'innovation »⁸⁹¹, implique selon l'INPI quatre approches, à savoir : les réseaux technologiques, le *in-licencing*, le *crowdsourcing* et l'incubation.

La constitution de réseaux de compétence autour des technologies émergentes à vocation à renforcer l'expertise, la réactivité et la capacité d'anticipation dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Le *in-licencing* correspond pour sa part à une « mutualisation des ressources et des coûts associés au développement d'un produit »⁸⁹². Il vise tant « la maîtrise des coûts de développement » que l'« équilibrage du portefeuille de projets innovants »⁸⁹³.

Le *crowdsourcing* est une « mise à disposition du savoir-faire et des idées d'individus externes via des plateformes collaboratives »⁸⁹⁴. Il a vocation à faire émerger de nouvelles solutions sur des sujets nouveaux, à maîtriser les coûts de production, à permettre l'accès à des ressources extérieures et à bénéficier de « l'image associée à la démarche »⁸⁹⁵. Peuvent notamment être cités à cet égard la plateforme de cartographie collaborative de l'association Droit au vélo⁸⁹⁶ et la plateforme Idée.Paris⁸⁹⁷ qui ont vocation à identifier plus clairement les éventuels problèmes et à permettre à des individus de proposer des solutions innovantes.

Enfin, l'incubation vise à l'« accompagnement de start-up avec prises de participation éventuelles »⁸⁹⁸. Cette démarche contribue à renforcer la capacité d'innovation de l'incubateur et créer des synergies entre l'incubateur et les structures incubées dans un idéal d'innovation⁸⁹⁹. L'incubation est pratiquée tant par les acteurs privés que publics et peut prendre différentes formes. Il existe notamment des

⁸⁸⁸ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit., p. 12.

⁸⁸⁹ Ibid. INPI.

⁸⁹⁰ Ibid. INPI.

⁸⁹¹ Ibid. INPI.

⁸⁹² INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit., p. 14.

⁸⁹³ Ibid. INPI.

⁸⁹⁴ Ibid. INPI.

⁸⁹⁵ Ibid. INPI.

⁸⁹⁶ Feraudy (de) T., Saujot M., Une ville plus contributive et durable : crowdsourcing urbain et participation citoyenne numérique, op. cit. p. 58.

⁸⁹⁷ Idee.paris.fr.

⁸⁹⁸ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 14.

⁸⁹⁹ Ibid. INPI.

incubateurs rattachés à de grandes écoles, notamment l'incubateur HEC Paris⁹⁰⁰ et l'incubateur X-Up mis en place par l'École Polytechnique⁹⁰¹, des incubateurs de grandes entreprises, par exemple EDF Pulse Croissance est le fonds d'investissement et l'incubateur du Groupe EDF⁹⁰², et des incubateurs privés qui peuvent « être à l'initiative d'entrepreneurs, d'investisseurs, d'associations professionnelles, etc. avec le soutien ou non de partenaires publics et de grandes entreprises »⁹⁰³. Il existe également des incubateurs de la recherche publique, créés dans le cadre de l'appel à projets prévu par la loi sur la recherche et l'innovation (loi Allègre) de juillet 1999 et dont la mission première est de « favoriser le transfert de technologies développées dans les laboratoires de recherche publique vers le monde socio-économique par la création d'entreprises innovantes »⁹⁰⁴ et les incubateurs de collectivités territoriales⁹⁰⁵, comme l'incubateur du conseil départemental du Val-d'Oise et celui de la communauté d'agglomération Le Havre Seine Métropole⁹⁰⁶.

2. Innovation collaborative portée conjointement par plusieurs acteurs

73. - Innovation conjointe.

L'innovation conjointe, c'est-à-dire lorsque « la structure collabore de façon interactive avec des partenaires, par un échange de connaissances pour mettre au point une innovation »⁹⁰⁷, concilie quatre approches selon l'INPI : le partenariat stratégique, le consortium, les équipes de recherches mixtes et la conception avec les fournisseurs ou les clients⁹⁰⁸.

Le partenariat stratégique consiste en la « co-crédation [ou] la prise de participation de sociétés orientées [recherche et développement] sur des marchés cibles »⁹⁰⁹. Les bénéfices attendus de ce partenariat selon l'INPI sont : la « présence sur des marchés cibles ou adjacents », le « développement de nouveaux territoires » et le « partage des risques [recherche et développement] »⁹¹⁰.

Le consortium, qui est une « collaboration temporaire de plusieurs acteurs à un programme de recherche »⁹¹¹ a pour objectif d'accroître les capacités de recherche et de financement ainsi que de favoriser la mise en réseau⁹¹². Par exemple, plusieurs accords de consortium ont été signés relativement au réseau de surveillance automatisé de la qualité des eaux du système estuarien Garonne Dordogne Gironde dénommé MAGEST (MAREL GIRONDE ESTUAIRE). Ce réseau vise notamment à documenter les

⁹⁰⁰ Hec.edu, Incubateur HEC Paris.

⁹⁰¹ Polytechnique.edu, L'incubateur X-up.

⁹⁰² Edf.fr, EDF Pulse.

⁹⁰³ Bpifrance-creation.fr, Encyclopédie, Les incubateurs.

⁹⁰⁴ Enseignementsup-recherche.gouv.fr, Publications, Les incubateurs de la recherche publique.

⁹⁰⁵ Bpifrance-creation.fr, Encyclopédie, Les incubateurs.

⁹⁰⁶ Ginibrière G., Mois de l'innovation publique : les incubateurs territoriaux essaient, Gaz. Cnes 2020.

⁹⁰⁷ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 12.

⁹⁰⁸ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 15.

⁹⁰⁹ Ibid. INPI.

⁹¹⁰ Ibid. INPI.

⁹¹¹ Ibid. INPI.

⁹¹² Ibid. INPI.

bases de données relatives à la qualité de l'eau⁹¹³, à surveiller les « épisodes critiques »⁹¹⁴, les pollutions chroniques et l'impact régional du changement climatique⁹¹⁵ et à aider à la définition et au contrôle des politiques de gestion de l'estuaire de la Gironde et des bassins versants amont de la Dordogne et de la Garonne. À cette fin, le consortium signé pour la période 2016-2018 réunit des établissements publics⁹¹⁶, une entreprise⁹¹⁷ et des structures de recherche publiques⁹¹⁸.

La mise en commun d'équipes de recherche pour un projet, qu'elle soit virtuelle ou physique, vise à accroître la capacité de recherche et à créer des « communautés de recherche »⁹¹⁹.

L'intégration des fournisseurs et des clients dans le processus de création et de développement des biens et services a pour objectif principal l'« optimisation des coûts de [recherche et développement] et de production »⁹²⁰.

74. - Déterminer l'enjeu commun.

Lorsque l'innovation collaborative est portée conjointement par plusieurs acteurs, ils doivent déterminer ensemble l'objectif de la collaboration. Celui-ci doit être précis sans être limitant pour autant.

Dans le cadre d'un projet collaboratif regroupant de nombreux acteurs, il est possible qu'une partie des objectifs soit commune à l'ensemble des partenaires et qu'une autre ne concerne que certains acteurs. Il convient alors d'identifier la manière donc cette différence sera gérée dans le cadre du partenariat.

B. Comprendre les enjeux variés des différents partenaires

Rappelons que chaque acteur a ses spécificités, ainsi « une association, une entreprise, une collectivité territoriale possèdent chacune des atouts, des capacités et des faiblesses qu'il est bon de repérer rapidement »⁹²¹ dans un cadre partenarial. De ce point de vue, « reconnaître les asymétries de départ

⁹¹³ Bordeaux-metropole.fr, Accord de consortium 2016-2018, Réseau MAGEST (MAREL Gironde ESTuaire), Réseau de surveillance automatisé de la qualité des eaux du système estuarien Garonne-Dordogne-Gironde : « Le premier objectif de la reconduite du Réseau MAGEST (ci-après désigné le « RESEAU ») est de continuer à documenter les bases de données qui permettent la description à haute résolution temporelle : - des processus hydrodynamiques et sédimentaires (turbidité, dynamique du bouchon vaseux) ; - des conditions physico-chimiques (température, salinité, oxygène dissous) qui déterminent l'oxydation de la matière organique, le taux d'oxygénation des eaux, et la solubilisation des métaux, dont le Cadmium (Cd) ; - des conditions environnementales qui contrôlent la dynamique des chaînes primaires et des populations biologiques (survie, croissance et migrations) dans l'estuaire de la Gironde. »

⁹¹⁴ Par exemple des événements climatiques exceptionnels, crues, orages ; accident hydraulique ; désoxygénation des eaux estivales, etc...

⁹¹⁵ Notamment l'intrusion marine, l'augmentation de la température ou la modifications des débits.

⁹¹⁶ Notamment le Grands ports maritime de Bordeaux (établissement public d'État) et le Syndicat mixte pour le développement durable de l'estuaire (établissement public territorial de bassin), Bordeaux Métropole (Etablissement Public de coopération Intercommunale) et l'agence de l'eau Adour Garonne (établissement public à caractère administratif).

⁹¹⁷ EDF Centre nucléaire de production d'électricité du Blayais.

⁹¹⁸ Université de Bordeaux (Etablissement Public à caractère Scientifique, Culturel et Professionnel) et le Centre National de la Recherche Scientifique (Établissement Public à caractère Scientifique et Technologique)

⁹¹⁹ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 15.

⁹²⁰ Ibid. INPI.

⁹²¹ Jahsan P., Alliances de progrès : le défi est devant nous, Jurisassociations 2018.

entre les acteurs est capital »⁹²². Afin de mener à bien une collaboration, il est fondamental de comprendre les enjeux propres à chaque partenaire et de bâtir leur complémentarité⁹²³. La nature de la structure (1.), notamment sa taille et son statut juridique, et son secteur d'activité (2.) font partie des éléments contribuant à la diversité des enjeux propres à chaque partenaire d'une innovation collaborative.

1. Des enjeux différents tenant à la nature des partenaires

75. - Le constat d'une différence en termes d'enjeux tenant à la nature des partenaires.

L'INPI souligne que, « de façon schématique, deux caractéristiques principales ont un impact direct sur la façon dont est appréhendée et gérée la [propriété intellectuelle], en particulier dans un cadre collaboratif : le statut public ou privé de l'entité, et sa taille »⁹²⁴. Si le constat est vrai en matière de propriété intellectuelle, il l'est tout autant pour les autres enjeux potentiels d'une innovation collaborative.

Il semble alors essentiel d'identifier les différents enjeux selon que la structure est privée, en opérant notamment une différence entre les grandes entreprises et les *start up*, ou publique, en distinguant l'administration et la recherche publique, mais également en s'intéressant à la taille de la structure concernée, notamment pour une collectivité territoriale.

76. - Structures privées.

Les enjeux des structures privées en matière d'innovation sont différents de ceux des structures publiques. De manière générale, les entreprises partagent des objectifs identiques, notamment la création de valeur ajoutée et le gain de part de marchés. S'ils sont identiques, ce n'est pas pour autant qu'ils sont communs dans le cadre d'un projet partenarial : chacun voudra protéger ses connaissances initiales et ses intérêts financiers. Le secret est donc un enjeu clef pour les entreprises en matière d'innovation. La taille, le niveau de maturité et la nature de la structure privée conduisent également à des enjeux distincts entre structures privées, notamment entre les grands groupes ou les entreprises de taille intermédiaire (ETI) et les PME ou les *start-ups*.

Les grands groupes et les ETI ont généralement des fonctions supports, notamment juridiques, en interne, des processus clairement établis et l'habitude de travailler dans un cadre partenarial⁹²⁵. Concernant les PME et les *start up*, l'INPI met en lumière leur « besoin de collaboration », mais souligne qu'il est associé à une « perception fréquente d'un risque élevé (confidentialité/perte d'autonomie) »⁹²⁶. En outre, contrairement à une grande entreprise, les PME et les *start up* n'ont pas nécessairement toutes les expertises nécessaires en interne, notamment juridique. Cela peut être source de déséquilibre dans les relations partenariales. Dans ces structures, la tendance est plus à l'approche empirique qu'aux processus formalisés⁹²⁷. Cela peut également être source d'incompréhension dans le cadre d'une innovation collaborative, d'autant plus si les partenaires sont des grands groupes ou des administrations où les procédures sont précisément établies.

⁹²² Ibid. Jahsan P.

⁹²³ Ibid. Jahsan P.

⁹²⁴ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 15.

⁹²⁵ Ibid. INPI.

⁹²⁶ Ibid. INPI.

⁹²⁷ Ibid. INPI.

Les structures à but non lucratif de Droit privé doivent également être évoquées. En effet, comme le rappelle Philippe Jahsan, Président du Mouvement associatif, « les enjeux pour une association à but non lucratif et pour une entreprise capitalistique ne peuvent être équivalents »⁹²⁸.

77. - Acteurs publics.

Le rapport des structures publiques à l'innovation, quel que soit le type de structure, est frappé de deux spécificités pouvant complexifier la mise en place d'innovations collaboratives avec des acteurs privés : le temps long et la transparence. En premier lieu, le secteur public a une « une culture du long terme », généralement associée à une « complexité institutionnelle »⁹²⁹. En second lieu, l'innovation dans le secteur public est frappée d'une exigence de transparence. Les administrations, étatiques ou territoriales, sont tenues à la transparence dans un idéal d'information des citoyens et de renforcement de la démocratie. La recherche publique vise quant à elle à la diffusion des savoirs et est notamment caractérisée par l'« évaluation par les pairs reposant en particulier sur le nombre et la qualité des publications »⁹³⁰.

Les administrations de l'État et des collectivités territoriales vont poursuivre un but commun : l'intérêt général. Si cet enjeu partagé peut faciliter la coopération entre ces administrations, il peut cependant se décliner de manières distinctes selon que l'administration relève de l'État ou des collectivités territoriales et des champs d'action de chaque administration. Par exemple, dans le cadre de la création de l'Académie de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)⁹³¹ sur le territoire de la Métropole de Lyon, projet porté par l'OMS en partenariat avec le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE), le ministère des Solidarités et de la Santé (MSS), le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation (MESRI), la région Auvergne-Rhône-Alpes, la Métropole de Lyon et la Mairie de Lyon, l'objectif commun à tous les partenaires était la création d'une académie de la santé visant à améliorer l'apprentissage mondial dans le domaine de la santé. Plus spécifiquement, pour les acteurs publics français, l'objectif était également de valoriser les compétences françaises en la matière et chaque administration poursuivait elle-même d'autres objectifs plus précis. Au niveau de l'État, les priorités variaient d'un ministère à un autre : pour le MEAE il s'agissait de renforcer les liens de la France avec ses partenaires internationaux, le MSS avait vocation à mettre en lumière l'approche française de la santé publique et les acteurs de santé du territoire national, qu'ils soient publics ou privés, et pour le MESRI, l'objectif était de valoriser la recherche française, dans le domaine de la santé, mais également des nouvelles technologies de l'information et de la communication, une partie de la formation proposée par l'Académie OMS étant à distance et basée sur des outils numériques. Au niveau des collectivités territoriales, les enjeux tenaient davantage au développement économique, avec une mise en avant de l'écosystème local, au tourisme et à l'aménagement du territoire, le projet impliquant la mise en place d'un bâtiment dédié à l'Académie OMS.

En outre, les enjeux peuvent varier d'une collectivité territoriale à une autre pour deux raisons. La première tient aux domaines de compétences de chaque collectivité : tous les échelons territoriaux n'ayant pas les mêmes compétences, leurs enjeux varient nécessairement. De ce point de vue, le mil-

⁹²⁸ Jahsan P., *Alliances de progrès : le défi est devant nous*, op. cit.

⁹²⁹ INPI, *Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle*, op. cit. p. 30.

⁹³⁰ Ibid. INPI.

⁹³¹ *Projet d'Académie mondiale de la santé dont une grande partie des enseignements seraient proposés à distance grâce à l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication.*

lefeuille administratif peut complexifier la compréhension des enjeux d'une collectivité territoriale partenaire pour un acteur privé. La seconde tient aux spécificités du territoire où est la collectivité territoriale : les enjeux ne sont évidemment pas les mêmes pour un territoire rural et un territoire industriel.

2. Des enjeux différents tenant au secteur d'activité des partenaires

78. - Des spécificités sectorielles impactant les relations partenariales.

Si les entreprises opérant dans un même secteur d'activité sont plus à même de comprendre leurs enjeux respectifs, ces positions similaires pourraient rendre plus délicate la mise en place d'une collaboration, notamment d'un point de vue concurrentiel. Les acteurs participants à un même projet collaboratif peuvent être issus de secteurs d'activités variés. Les savoirs et connaissances des différents acteurs peuvent alors être d'autant plus enrichissants. Cependant, les enjeux peuvent diverger d'un secteur d'activité à un autre⁹³². Il est alors essentiel d'identifier clairement les enjeux de chaque acteur lors de la mise en place de la collaboration afin que cette dernière puisse être vertueuse.

En effet, « certaines caractéristiques inhérentes à chaque secteur ont inévitablement un impact sur les modalités de mise en œuvre de l'innovation collaborative »⁹³³. Forte de ce constat, l'INPI a proposé en 2012 une analyse faisant ressortir « quelques grandes spécificités sectorielles ». La liste non exhaustive établie par l'INPI est présentée ci-dessous afin d'illustrer la diversité et la variété des enjeux d'un secteur d'activité à un autre.

79. - Les spécificités par secteur d'activité identifiées par l'INPI.

Le secteur de la santé est caractérisé par des cycles longs (supérieurs à quinze ans), des axes de recherches nombreux et variés, des retours sur investissement incertains et le foisonnement de *start-ups*, notamment dans le secteur des biotechnologies⁹³⁴. Selon l'INPI, les spécificités de l'innovation collaborative dans ce secteur sont des « approches d'innovations collaboratives matures, basées sur l'in-licensing, le codéveloppement et les coentreprises » ainsi que le « développement de l'innovation entre concurrents pour des marchés ciblés »⁹³⁵.

Selon l'INPI, le secteur de l'automobile et de l'aérospatial est caractérisé par des « industries matures », l'« innovation incrémentale », la « recherche de productivité » et le « positionnement d'intégrateur de technologies et de services »⁹³⁶. Les spécificités de l'innovation collaborative dans ce secteur sont selon l'INPI un « fort recours à la "coconception" par les fournisseurs », la « multiplicité des domaines d'innovation (électronique, matériau, TIC...) » et la « logique d'assemblage des compétences »⁹³⁷.

⁹³² INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 15 et S.

⁹³³ Ibid. INPI.

⁹³⁴ Ibid. INPI.

⁹³⁵ Ibid. INPI.

⁹³⁶ Ibid. INPI.

⁹³⁷ Ibid. INPI.

Le secteur des télécommunications est caractérisé par une « évolution rapide de l'offre (standards technologiques et business models) », une innovation « tirée par l'offre », une « prime au premier entrant » et un « enjeu de maîtrise des coûts »⁹³⁸. Selon l'INPI, les spécificités de l'innovation collaborative dans ce secteur sont l'utilisation de l'incubation et du corporate venture « comme leviers pour accélérer le [time to market] et accéder aux nouveaux marchés », le recours au *crowdsourcing* et la « collaboration entre concurrents tirée par les logiques de normalisation »⁹³⁹.

Le secteur des logiciels et d'Internet est caractérisé par des « cycles courts, voire très courts ([inférieurs] à six mois) », des innovations par grappes⁹⁴⁰ et une « industrie culturellement ouverte »⁹⁴¹. Selon l'INPI, les spécificités de l'innovation collaborative dans ce secteur sont la présence de plateformes d'innovation, notamment en *open source*, le recours au *crowdsourcing*, les « partenariats multiples » assortis d'une « recherche de liberté d'exploitation et de vitesse d'exécution » et l'« essaimage technologique fréquent »⁹⁴².

Selon l'INPI, le secteur de l'énergie est caractérisé par des cycles longs, une « forte intensité capitalistique » et de l'innovation « induite par la demande »⁹⁴³. L'INPI considère que les spécificités de l'innovation collaborative dans le secteur de l'énergie sont une « forte présence de consortiums industriels », des « collaborations publics-privés inscrites dans la durée » et la « présence [...] modérée de PME, à l'exception de certains domaines (énergies nouvelles, smartgrids...) »⁹⁴⁴.

§2. Concilier les enjeux contradictoires des partenaires

Outre l'objectif commun à l'origine de la mise en place d'une collaboration, il existe des enjeux propres à chaque partenaire. Ces enjeux peuvent s'avérer contradictoires, rendant alors la collaboration délicate. Il apparaît donc fondamental de pouvoir les concilier afin de mener à bien les projets innovants multipartenariaux. Le Droit peut tout à la fois protéger les enjeux de chaque acteur et accompagner cet exercice de pacification. Afin d'appuyer cette idée, et d'en montrer les limites, il est possible de s'intéresser à la quête d'équilibre entre transparence dans le secteur public et secret dans le secteur privé. Comme le met en lumière l'approche juridique de ce sujet, si ces deux principes sont théoriquement en contradiction (A.), il demeure possible de les concilier (B.).

⁹³⁸ Ibid. INPI.

⁹³⁹ Ibid. INPI.

⁹⁴⁰ Lesgards V., Grappes d'innovations sur les réseaux électriques et les concessions des collectivités locales (eau, déchets). Une lecture schumpeterienne du smart grid, *Innovations 2011* : « Ainsi, selon Schumpeter, les innovations apparaissent en grappes ou essaims : après une innovation majeure, souvent une innovation de rupture due à un progrès technique, voire scientifique (par exemple : la vapeur, l'informatique...), d'autres innovations sont portées par ces découvertes. Les innovations dites radicales ou de rupture engendrent un ensemble d'innovations secondaires dans d'autres secteurs ayant à leur tour des répercussions sur d'autres produits et services. »

⁹⁴¹ Ibid. INPI.

⁹⁴² Ibid. INPI.

⁹⁴³ Ibid. INPI.

⁹⁴⁴ Ibid. INPI.

A. Transparence du secteur public et secret du secteur privé : des principes en contradiction

Le secteur public et le secteur privé ont longtemps partagé la culture du secret. Force est de constater que le secteur public se désolidarise progressivement de ce mouvement, lui préférant la transparence. À mesure que ces deux mouvements évoluent, le législateur les accompagne. Ainsi, tandis qu'il irrigue le mouvement de transparence du secteur public (1.), il ancre la culture du secret dans le secteur privé (2.).

1. La transparence : un mouvement en construction dans le secteur public

80. - La transparence : une obligation nouvelle pour les administrations prévue par le législateur.

La transparence des acteurs publics en France relève davantage de l'acquis que de l'innée. En effet, comme le rappelait Guy Carcassonne avec ferveur : « l'État, en France, a toujours eu le secret malade »⁹⁴⁵. Il étaye son propos en ces mots :

« Le regard citoyen lui était présumé hostile, donc délétère et dangereux. Que chacun s'occupe de ses affaires, et les secrets seront bien gardés, ceux d'un pouvoir politique aux dérives discrètes, ceux d'une administration aux replis insondables. L'opacité n'était pas vraiment une nécessité, plutôt une habitude, devenue seconde nature, qui, comme le brouillard londonien de jadis, recouvrait tout uniment ce qui gagnait à n'être pas visible et ce qui y perdait ou y était indifférent. »⁹⁴⁶

Au gré des scandales politiques, le besoin de transparence de l'administration est devenu pressant. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication, en ce qu'elles permettent un accès rapide à une grande quantité d'informations, ne sont pas étrangères au développement de cette logique de transparence de l'action publique. Le changement de paradigme s'est progressivement opéré : « Le voile était pudique. Il est devenu indécent. Où rien ne devait troubler le regard, rien ne doit plus l'entraver »⁹⁴⁷.

Contribuant à rétablir la confiance entre les citoyens et leurs élus et à renforcer la participation citoyenne à la création des territoires, la transparence occupe une place de plus en plus importante dans le secteur public. Plus qu'un idéal démocratique, la transparence est une obligation légale pour les

⁹⁴⁵ Carcassonne G., Le trouble de la transparence, Pouvoirs 2001.

⁹⁴⁶ Ibid. Carcassonne G.

⁹⁴⁷ Ibid. Carcassonne G.

administrations. Face à l'opacité de l'action publique, le législateur est intervenu pour exiger des administrations la transparence de la vie publique⁹⁴⁸, l'information des citoyens en matière d'environnement⁹⁴⁹, l'ouverture des données publiques⁹⁵⁰ et à la transparence des algorithmes⁹⁵¹.

À ce titre, les administrations doivent publier certains documents administratifs, notamment « les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions »⁹⁵². Elles doivent également assurer la transparence des algorithmes de prise de décision administrative individuelle⁹⁵³, en fournissant une information générale⁹⁵⁴, en faisant figurer une mention explicite⁹⁵⁵ et en fournissant une information individuelle à la demande de l'intéressé⁹⁵⁶. Outre ces obligations légales, certaines structures publiques publient d'elles-mêmes des jeux de données⁹⁵⁷ dans un idéal de transparence et de co-construction des politiques publiques avec les citoyens, basées notamment sur une réutilisation des données par les citoyens.

81. - La transparence : un objectif de la recherche publique prévu par le législateur.

La culture de la transparence dans le secteur public ne se cantonne pas aux administrations et est également au cœur de la logique de la recherche publique. Cet impératif d'accès aux connaissances figure d'ailleurs à l'article L. 112-1 du Code de la recherche⁹⁵⁸. Dans sa version en vigueur du 16 juin 2004 au 19 avril 2006, il prévoit que la recherche publique a notamment pour objectif « la diffusion des connaissances scientifiques »⁹⁵⁹. La loi de programme pour la recherche du 18 avril 2006⁹⁶⁰ vient compléter cet article, son quatrième alinéa, dans sa version en vigueur du 19 avril 2006 au 24 juillet 2013, n'évoquant plus uniquement la diffusion des connaissances scientifiques, mais également leur « partage »⁹⁶¹. Cet alinéa est à nouveau modifié par la loi relative à l'enseignement du 22 juillet 2013⁹⁶² pour être dorénavant rédigé comme suit : « le partage et la diffusion des connaissances scientifiques en donnant priorité aux formats libres d'accès »⁹⁶³. Cette même loi ajoute aux objectifs de la recherche publique « l'organisation de l'accès libre aux données scientifiques »⁹⁶⁴.

Ces différentes évolutions législatives témoignent d'une volonté certaine de renforcer la transparence des recherches publiques. L'INPI souligne d'ailleurs que dans le cadre d'une innovation collaborative

⁹⁴⁸ L. org. n° 2013-906, 11 oct. 2013 ; L. n° 2013-907, 11 oct. 2013.

⁹⁴⁹ Déc. (CE) n° 2005/370, 17 févr. 2005 ; Dir. (CE) n° 2003/35, 26 mai 2003 ; Dir. (CEE) n° 85/337, 27 juin 1985 ; Dir. (CE) n° 96/61, 24 sept. 1996 ; Déc. (CE) n° 2006/957, 18 déc. 2006 ; Dir. (CE) 2001/42, 27 juin 2001 ; Dir. (CE) n° 2000/60, 23 oct. 2000 ; Charte de l'environnement ; C. envir., L.110-1 II 4° & L.110-2.

⁹⁵⁰ L. n° 78-753, 17 juill. 1978 ; L. n° 79-18, 3 janv. 1979 ; L. n° 2008-696, 15 juill. 2008 ; L. n° 2000-321, 12 avril 2000 ; Dir. (CE) n° 2003/98, 17 nov. 2003 ; Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005 ; Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013 ; L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015 ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

⁹⁵¹ CADA, avis n° 20145478, 8 janv. 2015 ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.2 ; Guides.etalab.gouv.fr, Ouvrir les codes sources, 7 déc. 2020 ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016.

⁹⁵² CRPA, art. L. 300-2.

⁹⁵³ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 6 ; D. n° 2017-330, 14 mars 2017 ; CRPA, art. L.312-1-3 & L. 311-3-1.

⁹⁵⁴ CRPA, art. L.312-1-3.

⁹⁵⁵ CRPA, art. L.311-3-1.

⁹⁵⁶ CRPA, art. L.311-3-1 & R.311-3-2.

⁹⁵⁷ Métropole.rennes.fr, Dossier de presse, Service public métropolitain de la donnée, 2 févr. 2018.

⁹⁵⁸ C. rech. art. L. 112-1.

⁹⁵⁹ Ibid. C. rech.

⁹⁶⁰ L. n° 2006-450, 18 avr. 2006, art. 12.

⁹⁶¹ Ibid. C. rech.

⁹⁶² L. n° 2013-660, 22 juill. 2013, art. 16.

⁹⁶³ Ibid. C. rech.

⁹⁶⁴ Ibid. C. rech.; Ibid. L. n° 2013-660.

où des acteurs privés s'associent à la recherche publique, la « gestion du secret avec les partenaires académiques qui ont besoin de communiquer scientifiquement (publications, posters, présentations) »⁹⁶⁵ peut s'avérer délicate.

2. Le secret : une culture historique dans le secteur privé

82. - Le secret : une culture historique dans le secteur privé.

Comme le met en lumière Denis Kessler, économiste, « la règle implicite qui a longtemps prévalu dans le monde des entreprises était le secret, le caractère filtré des informations, le caractère feutré des instances de décision »⁹⁶⁶. La prééminence du secret dans le secteur de l'entreprise peut s'expliquer de différentes manières, cela tient notamment au fait que « les instruments mêmes du capitalisme français peuvent apparaître plutôt opaques »⁹⁶⁷ et que le secret « devient Pouvoir, attribut de ceux qui le possèdent et faiblesse de ceux-là mêmes qui ne le détiennent pas »⁹⁶⁸. La connaissance d'un nouveau procédé, et l'exclusivité de celui-ci permet par exemple de se démarquer de ses concurrents sur un marché. Didier Poracchia, Professeur de Droit privé, souligne à cet égard en 2000 que « le fait de conserver secrètes les informations sur l'entreprise, et celles détenues par elle, ne puise pas sa source dans une volonté d'occultation née d'une mauvaise conscience sociale de l'entrepreneur français » et ajoute que « c'est une attitude purement pragmatique dictée par le bon sens qui amène ce dernier à préserver les informations valorisant son entreprise en les gardant secrètes »⁹⁶⁹.

La valeur de ces secrets transparait d'ailleurs dans l'énergie qui est mise par certains pour s'en emparer. Le rapport d'information du Sénat du 6 avril 2018 portant observations sur la proposition de loi transposant la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites rappelle à cet égard que « les études ont [...] permis de constater que 20% des entreprises avaient subi au moins une tentative d'appropriation illicite de secrets d'affaires au cours des dernières années, notamment dans les secteurs de la chimie, de la pharmacie et de l'automobile »⁹⁷⁰. Les affaires d'espionnage industriel sont nombreuses et ont pu « faire trembler l'économie »⁹⁷¹. Peuvent notamment être cités à cet égard le vol des plans du Concorde par des espions russes en 1965 et la vente en 2007 par des personnes ayant travaillé chez Kia Motors (groupe Hyundai) de secrets industriels à des entreprises chinoises⁹⁷².

⁹⁶⁵ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 40.

⁹⁶⁶ Kessler D., L'entreprise entre transparence et secret, Pouvoirs 2001.

⁹⁶⁷ Ibid. Kessler D. : « Cela tenait notamment au fait que les instruments mêmes du capitalisme français peuvent apparaître plutôt opaques : la fiction de la personne morale dont l'incarnation la plus importante est la société fondée sur l'opacité par l'institution d'un écran entre les tiers et les associés, du moins dans certaines formes de sociétés ; la forme la plus répandue de sociétés commerciales en France est la société anonyme, c'est-à-dire une société dont les actionnaires ne sont a priori pas connus des tiers et n'ont pas à l'être ; les titres au porteur sont beaucoup plus répandus que les titres nominatifs ; le fonctionnement des sociétés, qu'il s'agisse des conseils d'administration et des assemblées générales, était traditionnellement peu transparent ; la personne même des dirigeants et a fortiori leur rémunération étaient plutôt placées sous le signe de la discrétion ; les informations financières sur l'activité et la solidité des entreprises étaient limitées aux obligations légales. »

⁹⁶⁸ Rouillé E., Le Secret et l'Aléthéia grecque, Le Portique 2004.

⁹⁶⁹ Poracchia D., La protection juridique des secrets de l'entreprise, Droit & Patrimoine 2000.

⁹⁷⁰ Rapp. Sénat n° 406, 6 avr. 2018, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁹⁷¹ Godard B., Espionnage industriel : les affaires qui ont fait trembler l'économie, Capital.fr, 2015.

⁹⁷² Ibid. Godard B. : « Un autre scandale, moins médiatique en Europe, mais tout aussi grave, a eu lieu en Asie, où le marché automobile est en plein essor. Le 10 mai 2007, cinq employés et anciens collaborateurs du constructeur

83. - La protection des secrets des entreprises : une multitude d'outils juridiques.

Le premier rempart à l'atteinte à des secrets détenus par des entreprises réside dans la propriété intellectuelle, particulièrement la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique applicable en matière de logiciels. Pourtant, elle « ne constitue que l'un des moyens de protéger les innovations des entreprises et l'avantage concurrentiel qui en résulte »⁹⁷³ et ne saurait à elle seule garantir le secret des affaires. En effet, toutes les innovations ne peuvent pas faire l'objet d'une protection au titre de la propriété intellectuelle, notamment lorsqu'elles sont en cours de développement⁹⁷⁴, et « la plupart des informations confidentielles de nature économique se trouve exclue d'un tel régime, alors que la préservation de leur confidentialité, en particulier vis-à-vis des concurrents, est indispensable à la compétitivité de l'entreprise »⁹⁷⁵. Ainsi, la propriété intellectuelle « [n'offre] que des réponses imparfaites aux nouvelles exigences de protection »⁹⁷⁶.

Le Droit français a développé d'autres notions visant à garantir la protection des secrets des entreprises, notamment celles de secret industriel et commercial, de secret de fabrique et de secret des affaires. Concernant le secret industriel et commercial, il est évoqué par plusieurs textes,⁹⁷⁷ mais se cantonne à « certains domaines bien circonscrits »⁹⁷⁸. La CADA précise que le secret en matière industrielle et commerciale recouvre trois réalités : le secret des procédés⁹⁷⁹, le secret des informations stratégiques et financières⁹⁸⁰ et le secret des stratégies commerciales⁹⁸¹. Concernant le secret de fabrique, il correspond à « tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial mis en usage par un industriel et tenu par lui caché à ses concurrents qui ne le connaissent pas »⁹⁸². Évoqué par le Code de propriété intellectuelle⁹⁸³, il est principalement traité à l'article L. 1227-1 du Code du

automobile sud-coréen Kia Motors (groupe Hyundai) ont été arrêtés dans le cadre d'une enquête sur des secrets industriels vendus à la Chine. En Corée du Sud, le scandale est énorme et les médias parlent très vite du « plus gros scandale d'espionnage industriel de l'histoire du pays ». Selon la justice, les cinq salariés auraient vendu 57 secrets industriels à des entreprises chinoises contre la somme dérisoire de 185.000 euros. Une excellente affaire pour l'industrie automobile chinoise pour combler son retard face aux autres constructeurs. »

⁹⁷³ Rapp. Sénat n° 419, 11 avr. 2018, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, p. 12.

⁹⁷⁴ Ibid. Rapp. Sénat n° 419.

⁹⁷⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 419.

⁹⁷⁶ Rapp. AN n° 777, 21 mars 2018, sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (n° 675), p. 13.

⁹⁷⁷ C. envir., art. L. 120-1 ; CRPA, art. L. 311-6 ; Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 44 ; Ibid. Rapp. Sénat n° 419.

⁹⁷⁸ Ibid. Rapp. Sénat n° 419.

⁹⁷⁹ Cada.fr, Les notions clefs, Les documents couverts par le secret en matière commerciale et industrielle : « Il s'agit des informations qui permettent de connaître les techniques de fabrication ou le contenu des activités de recherche-développement des entreprises, telles que : la description d'un radioémetteur utilisé par une entreprise de téléphonie mobile ; les travaux de captage, la description des matériels utilisés, les installations de conditionnement d'une entreprise exploitant l'eau de source »

⁹⁸⁰ Cada.fr, Les notions clefs, Les documents couverts par le secret en matière commerciale et industrielle : « Entrent dans cette catégorie les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit comme par exemple : le chiffre d'affaires et le bail d'une pharmacie ; les informations financières sur des entreprises détenues par le service central des risques de la banque de France ; les informations sur les projets et les sinistres assurés par la Coface ; les documents comptables d'une entreprise transmis à l'appui d'une demande d'ouverture le dimanche ; les déclarations de quantité de lait produites ; les effectifs bruts des candidats présentés par les auto-écoles, dans la mesure où elles révèlent le niveau d'activité de ces dernières.

⁹⁸¹ Ibid. Cada.fr : « Entrent dans cette catégorie des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que : l'état détaillé des lieux d'un magasin et la liste de ses fournisseurs, tels qu'ils ressortent des documents présentés à l'appui d'une demande devant la commission départementale d'équipement commercial ; le projet de réservation Socrate de la SNCF, étant donné l'importance du projet pour la SNCF ; le montant de la remise consentie par la Poste à certains clients. »

⁹⁸² Cass. crim., 30 déc. 1931

⁹⁸³ CPI, art. L.621-1.

travail qui dispose notamment que « le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros »⁹⁸⁴. La portée de ce texte demeure limitée, d'une part, parce qu'il ne vise que les processus de fabrication et, d'autre part, parce qu'il ne vise pas « les tiers extérieurs à l'entreprise, qu'il s'agisse du public, de clients ou concurrents »⁹⁸⁵. Enfin, jusqu'à récemment⁹⁸⁶, le secret des affaires n'était évoqué que dans de rares textes⁹⁸⁷ et souffrait de l'absence de définition⁹⁸⁸. Le rapport du Sénat du 11 avril 2018 sur la proposition de loi portant transposition de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites souligne que « quelques dispositifs épars et sectoriels ne constituent pas une protection générale et transversale contre l'obtention illicite de secrets d'entreprises non légalement protégés »⁹⁸⁹.

84. - Le secret des affaires : une pratique récemment protégée par le législateur.

S'inspirant de la réglementation en la matière aux États-Unis, l'Uniform Trade Secrets Act de 1979⁹⁹⁰, l'Union européenne adopte le 8 juin 2016 une directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites⁹⁹¹. La loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires⁹⁹², visant à transposer la directive du 8 juin 2016, ajoute au livre premier du Code de commerce un titre V relatif au secret des affaires. Selon le nouvel article L. 151-1 du Code de commerce, toute information répondant aux critères suivants est protégée au titre du secret des affaires : « elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité », « elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret » et « elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret »⁹⁹³.

Cette législation, couvrant une notion plus extensive que celle de secret industriel et commercial, est vivement critiquée, notamment en ce qu'elle « réduit [...] drastiquement la transparence des entreprises, là où l'exigence démocratique serait plutôt de libérer la parole dans celles-ci, afin que la pression externe les incite à innover dans leurs pratiques »⁹⁹⁴. Sibylle Chaudouet souligne que la loi relative à la protection du secret des affaires « ravive dans le même temps l'actualité de la dialectique de ce secret, c'est-à-dire du droit des uns à taire certaines informations, lorsqu'il vient se heurter à l'exigence de transparence, c'est-à-dire au droit des autres à connaître ces mêmes informations »⁹⁹⁵. Comme le

⁹⁸⁴ C. trav., art. 1227-1.

⁹⁸⁵ Barré-Pépin M., Secret industriel et commercial-secret d'entreprise et des affaires-et secret de la Défense, in Larceneux A., Olivier-Leprince J. (dir.), *Le secret nucléaire*, 2014, EUD.

⁹⁸⁶ Dir. (UE) n° 2016/943, 8 juin 2016 ; L. n° 2018-670, 30 juill. 2018.

⁹⁸⁷ C. com., art. L. 430-10 & L. 483-2 ; C. mon. fin., art. L. 612-24.

⁹⁸⁸ Roux (de) H., *La loi sur le secret des affaires : un premier élan vers la protection des données sensibles des entreprises françaises ?*, RLDA 2018 ; *Ibid.* Rapp. Sénat n° 419.

⁹⁸⁹ *Ibid.* Rapp. Sénat n° 419.

⁹⁹⁰ États-Unis : Uniform Trade Secrets Act, 1979.

⁹⁹¹ *Ibid.* Dir. (UE) n° 2016/943.

⁹⁹² L. n° 2018-670, 30 juill. 2018.

⁹⁹³ C. com., at. L. 151-1.

⁹⁹⁴ Briere T., *Le nouveau "secret des affaires", contraire à l'intérêt public comme à celui des entreprises*, Les Echos 2018.

⁹⁹⁵ Chaudouet S., *Quand le droit à l'information plie, mais ne rompt pas devant le secret des affaires dans les contrats d'intermédiation*, RLDA 2019.

rappelle Renaud Le Guhenec, cette législation inquiétait notamment en ce qui concerne les contenus relatifs à la liberté d’informer⁹⁹⁶ et « la première affaire signalée sur le sujet est atypique, mais très révélatrice des enjeux »⁹⁹⁷.

B. Transparence du secteur public et secret du secteur privé : une possible conciliation

Il est alors relativement aisé d’imaginer les potentiels points de frictions entre secret des affaires et transparence publique au sein d’un projet partenarial. Par exemple, si des données sont collectées dans le cadre d’une innovation collaborative ou qu’un code source est développé à cette occasion, il semble délicat d’aménager le besoin de transparence du secteur public, impliquant potentiellement la publication des données et du code source, et celui de secret des acteurs privés, les données comme le code source pouvant représenter un avantage concurrentiel s’il est tenu secret. Le législateur ne se contente pas de prévoir des normes incarnant le besoin de secret des entreprises et celui de transparence des acteurs publics. En effet, il prévoit différents outils permettant de réconcilier ces deux dynamiques. En premier lieu, des législations relatives au secret et à la transparence s’appliquent tant aux acteurs publics qu’aux entreprises. Par exemple, ces derniers sont tenus à des mesures communes de secret tant en ce qui concerne la protection de la vie privée des personnes physiques au titre de la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel qu’en ce qui concerne le secret de la défense nationale. Il existe également des exigences de transparence qui leur sont communes, par exemple en ce qui concerne l’information des personnes concernées lorsque des décisions individuelles automatisées sont prises à leur sujet⁹⁹⁸. En second lieu, en dehors de ces champs spécifiques, il apporte des indications sur la manière dont la transparence et le secret peuvent coexister. Il prévoit ainsi des exceptions et des atténuations aux principes de transparence administrative et de transparence de la recherche publique permettant de guider les partenaires dans l’aménagement de ces derniers avec le secret des affaires (1.). Du côté des acteurs privés, si le principe est le secret, il connaît des exceptions, que celles-ci soient du fait du législateur ou d’initiatives spontanées des acteurs privés. En ce qui concerne le secret des affaires, le législateur ne prévoit que de rares exceptions qui, de manière assez logique, ne touchent pas directement à la transparence administrative ou à celle de la recherche publique. Si la priorité donnée au secret a le mérite de clarifier le cadre juridique et donc de potentiellement simplifier les relations partenariales, elle conduit cependant à un potentiel déséquilibre au sein d’une collaboration réunissant des acteurs publics et des entreprises. En ce que le secret des affaires est un droit pour les entreprises et non un devoir, elles peuvent pallier cette carence par des initiatives spontanées d’ouverture, notamment dans le cadre d’une innovation collaborative (2.)

1. Des exceptions à la transparence prévue par le législateur : clarification juridique de la conciliation du secret et de la transparence

⁹⁹⁶ Le Guhenec R., *Secret des affaires : drôle d’ambiance*, Légipresse 2019.

⁹⁹⁷ Le Guhenec R., *Droit d’accès à des informations d’intérêt général dans le domaine de la santé : le verrou du secret des affaires*, Légipresse 2021.

⁹⁹⁸ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 39 ; Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995, art. 12 ; L. n° 2004-801, 6 août 2004, art. 5 ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 12, 13, 14 & 22.

85. - **Transparence administrative : le secret des affaires comme exception.**

La transparence administrative « ne saurait transformer l'administration en "maison de verre" au sein de laquelle toutes les décisions seraient accessibles »⁹⁹⁹. La transparence de l'action publique est au législateur, ce que la « Vierge Voilée » est à Giovanni Strazza : une vérité révélée à demi-mot. Soulignons que l'exercice était aussi délicat pour le législateur français que pour l'artiste italien : rendre l'action publique intelligible n'est guère plus aisé que de rendre le marbre transparent¹⁰⁰⁰. Un équilibre subtil entre le visible et l'invisible devait ensuite être trouvé par le juriste et le sculpteur. Si certains traits de la « Vierge Voilée » s'observent à travers son voile, d'autres restent masqués. De même, alors que le principe de la transparence de l'action publique est posé, ses exceptions sont prévues et les secrets qui doivent l'être sont protégés. En 1978, alors qu'il amorçait le mouvement d'ouverture des documents administratifs, le législateur lui a posé plusieurs limites touchant notamment à la protection de secrets. Par exemple, les documents dont la communication porterait atteinte au secret de la défense nationale ne sont pas communicables et ceux dont la communication porterait atteinte au secret en matière commerciale et industrielle ne sont communicables qu'à l'intéressé¹⁰⁰¹. La loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires¹⁰⁰² est venue modifier l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration¹⁰⁰³, où sont codifiées ces exceptions, en remplaçant la référence au « secret industriel et commercial » retenue en 1978 par « le secret des affaires », ce terme jouissant dorénavant d'une définition législative.

Ces précisions législatives ont le mérite de clarifier l'articulation entre secret et transparence, semblant donner la priorité au secret des affaires. Cette clarification pourrait faciliter les négociations entre entreprises et administration dans le cadre d'une innovation collaborative. Elle peut ainsi apparaître comme un vecteur d'innovation en ce qu'elle facilite la détermination du degré de communication concernant l'innovation créée de manière partenariale. Cependant, le renforcement de la notion de secret des affaires¹⁰⁰⁴ pourrait constituer un frein au partage d'information entre partenaires : les structures privées pourraient partager moins de connaissances que les acteurs publics dans un cadre partenarial. Ce déséquilibre pourrait être préjudiciable tant à l'administration impliquée dans le partenariat qu'au développement de l'innovation elle-même.

86. - **Transparence de la recherche publique : la nécessité de valoriser les résultats.**

La transparence de la recherche publique doit également être relativisée. Si la loi relative à l'enseignement du 22 juillet 2013¹⁰⁰⁵ renforce l'objectif de partage et de diffusion des connaissances, notamment grâce aux formats libres d'accès, et ajoute l'objectif d'organisation de l'accès libre aux données scientifiques, elle vient également préciser l'objectif de valorisation des résultats de la recherche. Le troisième alinéa de l'article L. 112-1 du Code de la recherche évoque à présent l'objectif de « valorisation des résultats de la recherche au service de la société, qui s'appuie sur l'innovation et le transfert de technologie »¹⁰⁰⁶. François Herpe, avocat, souligne à cet égard que la loi du 22 juillet 2013 « [recentre] la notion de valorisation autour de la notion de "transfert", c'est-à-dire de licence ou de cession à un

⁹⁹⁹ Aubin E., La protection constitutionnelle de la transparence administrative, N3C 2018.

¹⁰⁰⁰ L. n° 78-753, 17 juill. 1978.

¹⁰⁰¹ L. n° 78-753, loc. cit. art. 6.

¹⁰⁰² L. n° 2018-670, 30 juill. 2018.

¹⁰⁰³ CRPA, art. L. 311-6.

¹⁰⁰⁴ Ibid. L. n° 2018-670.

¹⁰⁰⁵ L. n° 2013-660, 22 juill. 2013, art. 16.

¹⁰⁰⁶ C. rech. art. L. 112-1.

tiers pour une meilleure exploitation collaborative »¹⁰⁰⁷. Il souligne que cette loi « consacre plus généralement une véritable obligation générale de valoriser les résultats »¹⁰⁰⁸, faisant alors référence à l'article L 329-7 du Code de la recherche modifié par la loi du 22 juillet 2013 et en vigueur jusqu'au 19 février 2014. François Herpe considère que « si ce texte législatif n'est pas révolutionnaire, la loi du 22 juillet 2013 devrait toutefois conduire les acteurs publics à renouveler leurs stratégies de gestion collaborative des innovations »¹⁰⁰⁹.

La loi relative à l'enseignement du 22 juillet 2013¹⁰¹⁰ ajoute à l'article L. 122-1 du Code de la recherche un alinéa ainsi rédigé :

« Les établissements publics de recherche et les établissements d'enseignement supérieur favorisent le développement des travaux de coopération avec les associations et fondations, reconnues d'utilité publique. Ils participent à la promotion de la recherche participative et au développement des capacités d'innovation technologique et sociale de la Nation. Ces coopérations s'exercent dans le respect de l'indépendance des chercheurs et, en l'absence de clauses contraires, dans un but non lucratif. Les travaux de recherche menés dans le cadre de ces coopérations sont, en l'absence de clauses contraires, rendus publics et accessibles. »¹⁰¹¹

Cette disposition met en lumière la volonté du législateur de renforcer l'innovation collaborative réunissant des acteurs publics et privés, même si ce ne sont que les associations et fondations, reconnues d'utilité publique qui sont expressément visées. La dernière phrase met également en lumière que si en matière de recherches publiques le principe est à la transparence, il est possible d'y déroger lorsque cela est prévu contractuellement.

2. Une priorité donnée au secret par le législateur pouvant porter préjudice aux projets collaboratifs

87. - Secret des affaires : des exceptions prévues par le législateur.

La directive du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites¹⁰¹² prévoit des exceptions en ce qui concerne le secret des affaires. Il est ainsi précisé à son article 5 qu'une demande ayant pour objet l'application de ladite directive devra être rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans une ou plusieurs des circonstances suivantes¹⁰¹³ : pour l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information au sens de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, pour les lanceurs d'alertes, la divulgation par des travailleurs à leurs représentants et « aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national »¹⁰¹⁴. À l'occasion de la transposition en Droit français de ces exceptions, le législateur national

¹⁰⁰⁷ C. rech. art. L. 112-1.

¹⁰⁰⁸ Ibid. C. rech.

¹⁰⁰⁹ Herpe F., Innovation collaborative : un enjeu fort pour la propriété intellectuelle, Les petites affiches 2014.

¹⁰¹⁰ L. n° 2013-660, 22 juill. 2013, art. 16.

¹⁰¹¹ Ibid. C. rech.

¹⁰¹² Dir. (UE) n° 2016/943, 8 juin 2016.

¹⁰¹³ Marcellin S., Secret des affaires : une loi méconnue protégeant les informations sensibles des entreprises, Village de la Justice 2019.

¹⁰¹⁴ Dir. (UE) n° 2016/943, loc. cit., art. 5.

a opté pour une rédaction « plus précise que [celle de] la directive, dans la mesure où ces exceptions sont une question sensible »¹⁰¹⁵. Par exemple, en ce qui concerne les lanceurs d'alerte, l'Union européenne prévoyait une exception au secret des affaires « pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général »¹⁰¹⁶. À l'exigence d'intérêt général, le législateur français vient ajouter celle de la bonne foi de la personne révélant une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale¹⁰¹⁷.

Malheureusement, la rédaction retenue par le législateur français scelle le déséquilibre naissant entre secret des affaires et transparence. Plusieurs propositions visant à rééquilibrer le rapport entre secret et transparence avaient pourtant été introduites lors des débats. Il avait notamment été proposé d'ajouter au sein de l'article L. 151-1¹⁰¹⁸, qui indique les critères permettant de déterminer les informations protégées au titre du secret des affaires, des alinéas « [mentionnant] explicitement les données ne pouvant être couvertes par le secret des affaires, compte tenu de leur importance au regard de l'intérêt général »¹⁰¹⁹, notamment celles relatives à l'impact environnemental et sanitaire de l'activité de l'entreprise, les conditions de travail des salariés et les informations relatives aux montages fiscaux. Rejeté au motif qu'il « [modifierait] totalement la définition du secret des affaires »¹⁰²⁰, ce qui n'était pas concevable au regard de la hiérarchie des normes¹⁰²¹, cet amendement aurait pu rétablir une forme d'équilibre entre secret et transparence. Si le législateur français ne pouvait contredire le Droit européen, il aurait pu préciser les dispositions de la directive à cette fin. Il aurait par exemple pu citer explicitement, tout en précisant que ce n'est pas exhaustif, des cas concrets auxquels renvoient les dispositions de l'article 5 de la directive relative aux exceptions au secret des affaires. Alors qu'il précisait la disposition européenne selon laquelle le secret des affaires ne couvre pas les situations où un secret un révélé « pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général »¹⁰²², en ajoutant que cela concerne notamment « l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique »¹⁰²³, le législateur français aurait ainsi pu illustrer par une liste non exhaustive ce qu'implique l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte et la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national.

88. - Secret des affaires : une liberté d'ouverture laissée aux entreprises.

La directive du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites¹⁰²⁴ précise que :

¹⁰¹⁵ Rapp. AN n° 777, op. cit. p. 8.

¹⁰¹⁶ Dir. (UE) n° 2016/943, 8 juin 2016, art. 5.

¹⁰¹⁷ L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, art. 1 ; C. com., art. L. 151-8. & L. 151-9. « Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique »

¹⁰¹⁸ Proposition de loi n° 675, 19 févr. 2018, amendement n°CL9, déposé le 16 mars 2018.

¹⁰¹⁹ Rapp. AN n° 777, op. cit. p. 43-44.

¹⁰²⁰ Ibid. Rapp. AN n° 777.

¹⁰²¹ Ibid. Rapp. AN n° 777 : « Je vous renvoie aux articles 54 et 55 de la Constitution sur le respect par la France de ses engagements internationaux, et notamment le respect des directives. Encore une fois, la directive a été adoptée au niveau européen, et votée au Parlement par l'essentiel des députés français. »

¹⁰²² Dir. (UE) n° 2016/943, 8 juin 2016, art. 5.

¹⁰²³ C. com., art. L. 151-8.

¹⁰²⁴ Dir. (UE) n° 2016/943, 8 juin 2016.

« l'obtention d'un secret d'affaires est considérée comme licite lorsque le secret d'affaires est obtenu par l'un ou l'autre des moyens suivants : a) une découverte ou une création indépendante ; b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires ; c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales ; d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale »¹⁰²⁵.

Transposées en Droit français par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires¹⁰²⁶, ces dispositions figurent dorénavant aux articles L. 151-2¹⁰²⁷, L. 151-3¹⁰²⁸ et L. 151-9¹⁰²⁹ du Code de commerce. Ces dispositions rappellent que le secret des affaires n'est pas une obligation pour les entreprises, mais bien un droit : elles peuvent lever le secret si elles le souhaitent. Si le problème du secret qui prime en principe sur la transparence demeure, les entreprises peuvent y pallier par des initiatives d'ouvertures.

Ainsi, dans le cadre d'un projet collaboratif, une entreprise pourra lever le secret des affaires avec ses partenaires, voire accepter contractuellement une ouverture de ses secrets au public. Si cette possibilité peut sembler utopique, elle trouve cependant une certaine réalité à l'heure du développement des projets partenariaux et du *crowdsourcing*. Alors que les consommateurs se soucient de plus en plus du caractère éthique des produits et services qu'ils consomment, notamment de leurs conditions de production et de leur impact environnemental, la transparence peut constituer un axe de développement commercial enrichissant pour les entreprises. À titre d'exemple, GRDF et Enedis ont mis à disposition certaines de leurs données en *Open Data*¹⁰³⁰.

Section 2. Structurer juridiquement les relations partenariales dans le cadre de projets innovants

¹⁰²⁵ Ibid. Dir. (UE) n° 2016/943.

¹⁰²⁶ L. n° 2018-670, 30 juill. 2018.

¹⁰²⁷ C. com., art. L. 151-2 : « Est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite. »

¹⁰²⁸ C. com., art. L. 151-3 : « Constituent des modes d'obtention licite d'un secret des affaires : 1° Une découverte ou une création indépendante ; 2° L'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret. »

¹⁰²⁹ C. com., L. 151-9 : « A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque : 1° L'obtention du secret des affaires est intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants ; 2° La divulgation du secret des affaires par des salariés à leurs représentants est intervenue dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice. L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance. »

¹⁰³⁰ Barbosa G., L'open data privé, le nouvel eldorado des entreprises ?, Usine-digitale.fr, 11 déc. 2018.

Si l'innovation collaborative requiert une grande liberté, elle implique également des engagements des différents partenaires et nécessite de la structuration, particulièrement en ce qui concerne les relations entre ces derniers. Le Droit peut apporter des réponses à ces besoins. Souvent partielles, parfois à l'origine de nouvelles problématiques, ces réponses juridiques demeurent enrichissantes pour les projets d'innovation collaborative. Force est de constater que « il n'existe pas un seul et unique montage juridique, mais un ensemble d'instruments adaptables aux priorités locales »¹⁰³¹. Schéhérazade Abboub et Christophe Delaisement, avocats à la cour, rappellent à cet égard que « aujourd'hui les retours d'expérience sur les premiers projets de smart city permettent de distinguer trois catégories de montages juridiques », à savoir : « les montages informels qui interviennent soit au stade de l'expérimentation lorsque le projet est encore peu mature, soit après la mise en œuvre du projet pour créer un cadre de confiance auquel l'ensemble des acteurs de la ville, et notamment les citoyens, pourront adhérer », « les montages formels qui visent la mise en œuvre concrète d'un projet mûri par le biais de contrats de la commande publique » et « les montages institutionnels qui permettent la création de "véhicules dédiés" afin de fédérer les acteurs d'une smart city »¹⁰³². La structuration des relations partenariales peut ainsi être accompagnée par la création d'une nouvelle structure juridique (§1.) ou par la signature d'un contrat (2§.).

§1. Les structures juridiques pouvant structurer les relations partenariales

Le Droit français offre une multitude de structures juridiques. Des entreprises et sociétés de Droit privé¹⁰³³ aux sociétés publiques¹⁰³⁴ en passant par les associations¹⁰³⁵, les fonds et fondations,¹⁰³⁶ ainsi que les groupements d'intérêts¹⁰³⁷, le champ des possibles est vaste. Comme le soulignent Schéhérazade Abboub et Christophe Delaisement, « dans le domaine de la smart city, plusieurs collectivités pionnières ou fortement engagées sur ce sujet sont en cours de réflexion ou de création d'une structure dédiée aux enjeux de la smart city ou des données du territoire »¹⁰³⁸. Au sein des territoires d'intelligences, l'enjeu principal est d'identifier les structures permettant la participation de personnes morales de Droit public, de personnes morales de Droit privé et de personnes physiques. Il est également essentiel que l'objet de la structure en question soit en lien avec les sujets clefs des territoires d'intelligences et que le « véhicule dédié » retenu permette une souplesse suffisante pour mener à

¹⁰³¹ Abboub S., Delaisement C., La smart city de demain, Le courrier des Maires 2020.

¹⁰³² Ibid. Abboub S.

¹⁰³³ Particulièrement les sociétés civiles et les sociétés commerciales, qu'elles soient de personnes (société en nom collectif et société en commandite simple) ou de capitaux (société anonyme, société en commandite par action, société par action simplifiée et coopératives)

¹⁰³⁴ Notamment les sociétés anonymes d'économie mixte, les sociétés anonymes d'économie mixte locales, les sociétés anonymes immobilière d'économie mixte, les sociétés d'économie mixte à opération unique, les sociétés publiques locales et les sociétés publiques locales d'aménagement.

¹⁰³⁵ Associations loi 1901 et associations reconnues d'utilité publique.

¹⁰³⁶ Particulièrement les fonds de dotation, les fondations reconnues d'utilité publique, les fondations d'entreprise, les fondations sous égide, les fondations de coopération scientifique, les fondations partenariales, les fondations universitaires et les fondations hospitalières.

¹⁰³⁷ Groupement d'intérêt économique, groupement européen d'intérêt économique, groupement d'intérêt public, groupement d'intérêt scientifique et groupement de coopération sanitaire.

¹⁰³⁸ Ibid. Abboub S., Delaisement C.

bien des projets innovants. Le présent paragraphe a vocation à mettre en lumière les principales structures juridiques pouvant accompagner les projets des territoires d'intelligences ainsi que les éventuelles limites de ces outils. Chaque projet ayant ses spécificités, pour certains projets innovants, aucune de ces structures ne sera pertinente et d'autres « véhicules dédiés » pourront être envisagés. Si peu de structures à but non lucratif et de sociétés commerciales semblent pertinentes pour mener des projets collaboratifs au sein des territoires d'intelligences (A.), plusieurs groupements d'intérêts et sociétés publiques peuvent accompagner ces démarches (B.).

A. Les structures à but non lucratif et les sociétés commerciales : une utilisation relativement marginale

Les structures à but non lucratif et sociétés commerciales ne font l'objet que d'une utilisation marginale en ce qui concerne la structuration de projets innovants au sein des territoires d'intelligences. Les structures à but non lucratif oscillant entre liberté et carcan (1.), l'usage principal qui en est fait est la mise en place d'associations 1901 comme outil de préfiguration d'une forme juridique ultérieure. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie interdisant en principe la prise de participation dans le capital d'une société commerciale par des collectivités territoriales, ces « véhicules dédiés » sont très peu utilisés pour les projets des territoires d'intelligences (2.).

1. Les structures à but non lucratif : outils oscillants entre liberté et carcan

89. - L'association 1901 : principale structure à but non lucratif adaptée aux projets partenariaux au sein des territoires d'intelligences.

Le secteur des organismes sans but lucratif est composé d'entités dont l'adaptation aux projets partenariaux susvisés est très variable. Dans ce champ, on distingue généralement les fonds et fondations, qui sont des groupements de biens, et les associations, qui sont des groupements de personnes.

Les fonds et fondations peuvent prendre différentes formes, mais seule une partie d'entre elles est adaptée aux projets partenariaux regroupant des acteurs publics et des entreprises. Les fonds de dotation¹⁰³⁹ et les fondations d'entreprise¹⁰⁴⁰ ne laissant que peu de possibilités en ce qui concerne l'intervention des acteurs publics ne seront pas traités dans la présente analyse. Les fondations abritées, qui consistent en l'affectation irrévocable d'un patrimoine à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général par le biais d'une fondation abritante, impliquent un fort lien de dépendance vis-à-vis de cette dernière et souffrent de l'absence de personnalité juridique propre, absence qui peut s'avérer délicate à

¹⁰³⁹ L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 140 : Aucun fonds public, de quelque nature qu'il soit, ne peut être versé à un fonds de dotation. Il peut être dérogé à cette interdiction, à titre exceptionnel, pour une œuvre ou un programme d'actions déterminé, au regard de son importance ou de sa particularité. Les dérogations sont accordées par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et du budget.

¹⁰⁴⁰ L. n° 87-571, 23 juill. 1987, art. 19 : « Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives, les institutions de prévoyance ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée fondation d'entreprise. »

gérer sur le plan contractuel. Ce type de structure n'apparaît donc pas pertinent dans le cadre de projets innovants multipartenariaux. De ce point de vue, la fondation universitaire n'est pas non plus adaptée en ce qu'elle n'a pas de personnalité distincte de celle de l'Université qui l'abrite. Il existe également des fondations sectorielles qui pourraient appuyer les démarches collaboratives au sein des territoires d'intelligences : la fondation de coopération scientifique¹⁰⁴¹, la fondation partenariale¹⁰⁴², et la fondation hospitalière. Celles-ci ne couvrant que des objets spécifiques, elles ne feront pas l'objet de la présente analyse qui se veut généraliste. Restent alors les fondations reconnues d'utilité publique, dont l'objet peut être généraliste.

Selon le premier article de la loi du 1^{er} juillet 1901, « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations »¹⁰⁴³. Si le législateur est intervenu pour conférer des statuts particuliers à certaines associations qui ont un objet spécifique¹⁰⁴⁴, notamment les associations syndicales libres de propriétaires, la présente analyse ne traitera que du régime général des associations. Les principaux avantages de l'association 1901 résident dans la simplicité de sa création, la forme et le contenu de ses statuts sont libres, et dans la grande liberté en ce qui concerne son fonctionnement et sa gouvernance. Permettant d'associer des personnes morales, de Droit public ou de Droit privé, et des personnes physiques, elle est particulièrement adaptée à l'innovation collaborative. Il convient cependant de préciser que si l'État peut librement constituer des associations ou y adhérer, le cas des collectivités territoriales est sensiblement différent. En effet, les collectivités territoriales peuvent le faire si l'association présente un intérêt public local¹⁰⁴⁵ et si le champ d'intervention de l'association se rattache à leur compétence et pour une mission pour laquelle la loi ne prévoit pas la constitution d'un établissement public¹⁰⁴⁶. De plus, son assemblée générale est le lieu privilégié de l'expression démocratique. L'association 1901 bénéficie également d'avantages fiscaux et d'une grande diversité de financements possibles. En effet, ses activités non lucratives sont exemptées des impôts commerciaux, elle est éligible aux dons et, lorsqu'elle est d'intérêt général, elle peut recevoir des subventions. La principale problématique que peuvent rencontrer les associations 1901 est le risque de transparence lorsqu'une personne morale de Droit public est fondatrice, qu'il lui est confié une mission de service public, que cette personne occupe une place trop importante dans l'organisation et que la gestion ou que l'essentiel des ressources provient de subventions de cette personne¹⁰⁴⁷. Il est donc fondamental de s'assurer de l'indépendance de l'association 1901 vis-à-vis de ses membres fondateurs. Le rapport *De la Smart City à la réalité des territoires connectés*¹⁰⁴⁸ souligne d'autres inconvénients de l'association¹⁰⁴⁹ à la lumière desquelles il juge cet outil « peu adapté aux collectivités

¹⁰⁴¹ Dédiées à la recherche.

¹⁰⁴² Dédiées à la l'enseignement supérieur.

¹⁰⁴³ L., 1er juill. 1901, relative au contrat d'association, art. 1.

¹⁰⁴⁴ Cerema.fr, Innovations et villes durables : repères pour l'action, Note d'approfondissement juridique, févr. 2015.

¹⁰⁴⁵ CAA Nancy, 28 sept. 2006, n° 05882.

¹⁰⁴⁶ CAA Douai, 2 févr. 2012, n° 10DA00798.

¹⁰⁴⁷ Flocco S., Kanoun S., Ramel A., Les relations entre les collectivités locales et les associations, *Le Courrier des maires* 2021.

¹⁰⁴⁸ Courbe T. (dir.), *Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés*, op. cit. p. 221 et s.

¹⁰⁴⁹ Ibid. Courbe T. : « Permet plus difficilement la valorisation de données publiques/privées, Pas de bail commercial. Sauf exceptions, l'association n'étant pas inscrite au registre de commerce, ne peut passer un bail commercial : l'activité est donc logée de manière précaire, Une responsabilité civile et pénale, aussi bien pour l'association, entité juridique, que pour les dirigeants. Un statut de Président souvent remis en cause. »

et peu robuste juridiquement »¹⁰⁵⁰. Structure juridique parfois retenue de manière pérenne pour les projets collaboratifs au sein des territoires d'intelligences, l'association est régulièrement utilisée comme un outil de préfiguration d'une forme juridique ultérieure. Cette préfiguration, stipulée dans les statuts de l'association, est généralement utilisée afin de s'assurer que la coopération remplit bien les conditions de création et de fonctionnement de la structure souhaitée ultérieurement. L'association Énergies Collectives, qui vise à « produire de l'électricité renouvelable, locale et citoyenne, mais également [à] œuvrer pour réduire le gaspillage énergétique »¹⁰⁵¹, est la préfiguration d'une société coopérative d'intérêt collectif (SCIC). L'association Occitanie Data¹⁰⁵², qui a pour objectifs principaux de « développer une économie de la donnée (intérêt général et nouveaux services) », de « définir un cadre de confiance éthique et souverain autour du Big Data et de l'IA » et d'« accompagner et accélérer la transformation numérique »¹⁰⁵³, est, pour sa part, la préfiguration d'un groupement d'intérêt public (GIP)¹⁰⁵⁴.

90. - La reconnaissance d'utilité publique : des avantages lourds de conséquences.

La fondation reconnue d'utilité publique, dont l'objet peut être généraliste, peut permettre d'associer des structures de Droit public et de Droit privé. Cet outil juridique présente plusieurs avantages, notamment sa pérennité au-delà de la disparition de ses fondateurs, d'importants avantages fiscaux et la possibilité d'abriter d'autres fondations. Cependant, certaines de ses spécificités le rendent peu pertinent pour mener des projets collaboratifs au sein des territoires d'intelligences. En premier lieu, sa dotation initiale (qui est non consommable) doit être d'au moins un million cinq cent mille euros. Il semble donc inadapté pour de petites collectivités pour lesquelles il serait complexe de réunir un tel montant, même en s'appuyant sur des fonds privés. En second lieu, la lourdeur de sa procédure de création rend sa mise en place très longue. Cette lenteur n'est pas adaptée à la mise en place d'innovations. Les fondations reconnues d'utilité publique sont également soumises à des statuts types. Ces derniers viennent limiter la liberté des fondateurs en ce qui concerne le mode de fonctionnement et de gestion de la fondation. Ils impliquent notamment une absence de contrôle des fondateurs dans la gouvernance qui ne serait pas pertinente pour les projets collaboratifs au sein des territoires d'intelligences.

Les associations peuvent également bénéficier de la reconnaissance d'utilité publique. Celle-ci représente notamment des avantages fiscaux et de notoriété. Cependant, les conditions de la reconnaissance d'utilité publique et le fonctionnement de ce type de structure ne semblent pas pertinents pour les projets innovants menés au sein des territoires d'intelligences. La mise en place d'une association reconnue d'utilité publique est conditionnée à ce que l'association ait au moins trois ans d'existence et deux-cents membres. En outre, les associations reconnues d'utilité publique ont également des statuts types imposés venant notamment encadrer leur modalité de gouvernement et limiter leur liberté de fonctionnement.

2. Les sociétés commerciales : participation des collectivités territoriales à l'épreuve du principe de la liberté du commerce et de l'industrie

¹⁰⁵⁰ Ibid. Courbe T.

¹⁰⁵¹ Energiescollectives.fr, Notre démarche.

¹⁰⁵² Abboub S., Delaisement C., La smart city de demain, op. cit.

¹⁰⁵³ Occitaniedata.fr, Actualités, En mars, Occitanie Data va lancer sa transformation en GIP, 25 févr. 2021.

¹⁰⁵⁴ Ibid. Occitaniedata.fr.

91. - L'interdiction de principe de prise de participation dans le capital d'une société commerciale par des collectivités territoriales.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, héritage révolutionnaire¹⁰⁵⁵, est dorénavant un principe général du Droit¹⁰⁵⁶ et a valeur constitutionnelle¹⁰⁵⁷ et est protégé par le Droit européen¹⁰⁵⁸. Considérée comme une liberté publique¹⁰⁵⁹, la liberté du commerce et de l'industrie couvre trois réalités¹⁰⁶⁰ : la liberté d'entreprendre, la liberté d'exploiter et la liberté de la concurrence¹⁰⁶¹. Au titre de ce principe, « les collectivités publiques ne peuvent intervenir dans le domaine économique que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie cette intervention »¹⁰⁶². Les personnes publiques ne peuvent donc pas « exercer, sur le marché, des activités économiques concurrençant directement les entreprises privées »¹⁰⁶³. En application de ce principe, le code général des collectivités territoriales encadre la prise de participation des collectivités territoriales au sein des sociétés commerciales.

Ainsi, l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales pose le principe selon lequel « sont exclues [...] toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général »¹⁰⁶⁴. Le même principe s'applique aux groupements de communes et aux départements¹⁰⁶⁵. Le code général des collectivités territoriales prévoit plusieurs atténuations à ce principe. La première est l'octroi d'une autorisation par décret en Conseil d'État permettant à ces collectivités de prendre des participations dans le capital de ce type de sociétés. La seconde est spécifique aux sociétés dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables ou d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone¹⁰⁶⁶. En outre, une disposition de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales prévoit une dérogation particulière pour la Ville de Paris¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁵⁵ L., 17 mars 1791, portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente ; D., 14 juin 1791, relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit « Loi Le Chapelier » ; L. n° 73-1193, 27 déc. 1973 ; Lucas F.-X., *Le droit des affaires*, PUF, 2005.

¹⁰⁵⁶ CE, 22 juin 1951, n° 00590 02551 ; CE, 9 nov. 1988, n° 83670 84516.

¹⁰⁵⁷ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : reconnaît la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre et donc, indirectement, du principe de la liberté de commerce et de l'industrie.

¹⁰⁵⁸ CJCE, 21 juin 1974, n° 2-74, Reyners c/ État belge ; Lucas F.-X., *Le droit des affaires*, PUF, 2005.

¹⁰⁵⁹ CE, 28 oct. 1960, n° 48293.

¹⁰⁶⁰ Lucas F.-X., *Le droit des affaires*, PUF, 2005.

¹⁰⁶¹ CE, 30 mai 1930 ; CE, 31 mai 2006, n° 275531.

¹⁰⁶² Ibid. CE, 30 mai 1930.

¹⁰⁶³ Sief.unblog.fr, Glossaire, Groupement d'intérêt économique.

¹⁰⁶⁴ CGCT, art. L. 2253-1.

¹⁰⁶⁵ CGCT, art. L. 3231-6.

¹⁰⁶⁶ CGCT, art. L. 2253-1 & L. 3231-6 ; Noël M., Orier J., *Participations des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergie renouvelable*, *Moniteurjuris.fr*, déc. 2015.

¹⁰⁶⁷ CGCT, art. L. 2253-1. « Par dérogation au même premier alinéa, la Ville de Paris peut souscrire de plein droit des parts dans un fonds commun de placement à risques à vocation locale ayant pour objet d'apporter des fonds propres à des entreprises concourant à la protection du climat, à la qualité de l'air et de l'énergie, à l'amélioration de l'efficacité énergétique, au retraitement des déchets et au développement des énergies renouvelables, de l'hydrogène renouvelable ou bas-carbone définis à l'article L. 811-1 du Code de l'énergie et des mobilités durables dans les conditions mentionnées au 9° de l'article L. 4211-1 du présent code. Elle passe avec la société gestionnaire du fonds une convention déterminant notamment l'objet, le montant et le fonctionnement du fonds ainsi que les conditions de restitution des souscriptions versées en cas de modification ou de cessation d'activité de ce fonds. »

Depuis la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République du 7 août 2015¹⁰⁶⁸, la situation est sensiblement différente pour les régions. Leur compétence en matière de développement économique¹⁰⁶⁹ leur permet notamment de « [participer] au capital des sociétés de capital-investissement, des sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, existantes ou à créer, ainsi que des sociétés d'économie mixte et des sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologies »¹⁰⁷⁰. Elles peuvent également « [participer] au capital [des autres] sociétés [...], pour la mise en œuvre du schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation »¹⁰⁷¹. Ces facultés, strictement encadrées¹⁰⁷², ne visant que les régions, et marginalement les communes et leurs groupements¹⁰⁷³, ne feront pas l'objet de la présente analyse.

Outre les cas précédemment évoqués, des formes spécifiques de sociétés commerciales peuvent permettre la participation de collectivités territoriales à leur capital, notamment les SCIC sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC), les sociétés d'économie mixte locale (SEML) et certains groupements d'intérêt économique (GIE).

92. - Les sociétés coopératives d'intérêt collectif.

Une coopérative est « un modèle d'entreprise démocratique, dans laquelle tous les membres ont les mêmes droits et promeuvent l'intérêt général de l'entreprise »¹⁰⁷⁴. La démarche coopérative est instaurée de longue date en Droit français¹⁰⁷⁵ et il existe une grande diversité de coopératives au rang desquelles figure la SCIC. Instituée par la loi du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel¹⁰⁷⁶, la SCIC¹⁰⁷⁷ a vu ses contours se préciser et évoluer au fil des années¹⁰⁷⁸. Cette société commerciale de capitaux peut être une société anonyme, une société par actions simplifiées ou une société à responsabilité limitée à capital variable.

La spécificité de la SCIC tient à son sociétariat. En effet, alors que celui des autres formes de coopératives est homogène, celui de la SCIC est diversifié¹⁰⁷⁹. Ainsi, peut être associée d'une SCIC « toute personne physique ou morale qui contribue par tout moyen à l'activité de la coopérative, et notamment toute personne productrice de biens ou de services, tout salarié de la coopérative, toute personne qui bénéficie habituellement, à titre gratuit ou onéreux, des activités de la coopérative, toute personne physique souhaitant participer bénévolement à son activité, ou toute personne publique »¹⁰⁸⁰. L'objet des SCIC justifie également de son intérêt au sein des territoires d'intelligences. En effet, une SCIC doit avoir pour objet « la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale »¹⁰⁸¹. Il convient de rappeler à cet égard les précisions apportées par

¹⁰⁶⁸ L. n° 2015-991, 7 août 2015.

¹⁰⁶⁹ CGCT, art. L 4211-1.

¹⁰⁷⁰ Ibid. CGCT.

¹⁰⁷¹ Ibid. CGCT.

¹⁰⁷² CGCT, art. R 4211-1 à R 4211-8.

¹⁰⁷³ CGCT, art. L 4211-1. « Sous réserve des articles L. 3641-1 et L. 5217-2, les communes et leurs groupements ne peuvent intervenir qu'en complément de la région et dans le cadre d'une convention signée avec celle-ci ; »

¹⁰⁷⁴ Asso.francevilledurable.fr, Les outils juridiques de droit privé pour les projets urbains innovants.

¹⁰⁷⁵ L. n° 47-1775, 10 sept. 1947.

¹⁰⁷⁶ L. n° 2001-624, 17 juill. 2001.

¹⁰⁷⁷ C. Com., art. L. 223-1 & suiv., art. L. 225-1 & suiv., art. L. 227-1 & suiv., art. L. 228-36 & suiv.

¹⁰⁷⁸ D. n° 2002-241, 21 févr. 2002 ; Circ. n° 2002-316, 18 avr. 2002 ; D. n° 2015-1381, 29 oct. 2015 ; L. n° 2001-624, 17 juill. 2001 ; L. n° 2012-387, 22 mars 2012 ; L. n° 2014-856, 31 juill. 2014.

¹⁰⁷⁹ Ibid. Asso.francevilledurable.fr.

¹⁰⁸⁰ Ibid. Asso.francevilledurable.fr.

¹⁰⁸¹ Ibid. Asso.francevilledurable.fr.

le Droit prétorien en ce qui concerne la notion d'utilité sociale. Le Conseil d'État soulignait en 1973 que « le caractère d'utilité sociale d'une institution ne découle pas du secteur dans lequel elle exerce son activité, mais bien des conditions dans lesquelles elle l'exerce », précisant que « tout secteur d'action socio-économique, qu'il s'agisse de la santé, de l'éducation, de la culture ou, demain, de la protection de l'environnement, peut donner lieu à des activités sociales »¹⁰⁸². En 2014, le législateur précise également la notion d'utilité sociale en indiquant les quatre objectifs¹⁰⁸³ qui peuvent permettre à une entreprise d'être considérée comme poursuivant une utilité sociale. En outre, s'agissant d'une société démocratique, le principe est celui de l'égalité des voix. Ainsi, chaque associé dispose d'une voix aux assemblées générales, quelle que soit sa part dans le capital¹⁰⁸⁴. Une pondération des voix au sein de chaque collège reste possible si celle-ci est prévue dans les statuts de la SCIC. Cette logique démocratique est d'autant plus intéressante si des citoyens prennent part à la SCIC, les replaçant ainsi au cœur de la création de leur territoire. L'annexe 1 au Vademecum relatif à l'innovation et aux villes durables considère que « cette structure est particulièrement adaptée au développement des projets d'innovation urbaine dès lors qu'ils sont dépourvus de but lucratif »¹⁰⁸⁵.

Plusieurs limites méritent cependant d'être soulignées. Les formalités de création d'une SCIC sont relativement complexes. En outre, la « rémunération limitée et encadrée du capital par rapport aux autres formes de coopératives » peut décourager certains acteurs privés à y prendre part. De plus, elle agréée par le préfet pour une durée de cinq ans renouvelable, « elle doit faire examiner sa situation financière et sa gestion coopérative à l'issue de cette période »¹⁰⁸⁶.

Au sein des territoires d'intelligences, plusieurs projets collaboratifs innovants ont été mis en place dans le cadre d'une SCIC. Peuvent être évoqués à cet égard Savécom¹⁰⁸⁷, « SCIC spécialisée dans la rénovation de l'habitat et regroupant des collectivités territoriales, des énergéticiens, des artisans, des financiers et des propriétaires »¹⁰⁸⁸, La MedNum¹⁰⁸⁹, SCIC « ouverte à toutes les parties prenantes, publiques ou privées, concernées par la transition numérique des citoyens et des organisations »¹⁰⁹⁰, ou

¹⁰⁸² CE, 30 nov. 1973, n° 85598.

¹⁰⁸³ L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 2 : « Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des quatre conditions suivantes : 1° Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leurs besoins en matière d'accompagnement social, médico-social ou sanitaire, ou de contribuer à la lutte contre leur exclusion. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise ; 2° Elles ont pour objectif de contribuer à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ; 3° Elles ont pour objectif de contribuer à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire et par la mise en œuvre de modes de participation impliquant, sur les territoires concernés, les bénéficiaires de ces activités. Elles participent ainsi à la réduction des inégalités sociales et culturelles, notamment entre les femmes et les hommes ; 4° Elles ont pour objectif de concourir au développement durable, à la transition énergétique, à la promotion culturelle ou à la solidarité internationale, dès lors que leur activité contribue également à produire un impact soit par le soutien à des publics vulnérables, soit par le maintien ou la recréation de solidarités territoriales, soit par la participation à l'éducation à la citoyenneté ».

¹⁰⁸⁴ Cerema.fr, Innovations et villes durables : repères pour l'action, Note d'approfondissement juridique, févr. 2015.

¹⁰⁸⁵ Ibid. Cerema.fr.

¹⁰⁸⁶ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, op. cit. p. 221 et s.

¹⁰⁸⁷ Savecom-commerce.fr.

¹⁰⁸⁸ Asso.francevilledurable.fr, Les outils juridiques de droit privé pour les projets urbains innovants.

¹⁰⁸⁹ Lamednum.coop.

¹⁰⁹⁰ Ibid. Asso.francevilledurable.fr.

encore CitoyenR¹⁰⁹¹, SCIC visant à « développer des moyens de production d'énergie renouvelable sur l'ensemble de l'aire urbaine toulousaine » à laquelle prennent part les citoyens et acteurs locaux.

B. Groupements d'intérêts et sociétés publiques : une utilisation croissante

Les groupements d'intérêts et les sociétés publiques sont des outils utilisés de manière croissante au sein des territoires d'intelligences. Les premiers sont partiellement adaptés aux projets collaboratifs (1.) et les seconds pertinents lorsque le pilotage est majoritairement public (2.).

1. Les groupements d'intérêts : outils partiellement adaptés aux projets collaboratifs

93. - Les groupements d'intérêt économique : outil relativement inadapté aux innovations collaboratives.

L'ordonnance du 23 septembre 1967¹⁰⁹² a introduit les GIE en Droit français. L'objectif des GIE est « de faciliter ou de développer l'activité économique de leurs membres, sans toutefois réaliser des bénéfices sauf à titre accessoire »¹⁰⁹³. Il s'agit d'une « structure ayant pour objet la mise en commun des moyens des membres entre personnes publiques et/ou privées permettant un développement plus important de l'activité, essentiellement économique »¹⁰⁹⁴. Les principaux avantages du GIE sont liés à sa mise en place et son mode de fonctionnement. En effet, les frais et le formalisme de sa constitution sont « réduits »¹⁰⁹⁵ et le GIE n'a pas de capital minimum. En outre, le GIE permet une « grande souplesse et liberté »¹⁰⁹⁶ dans son fonctionnement.

Le GIE présente cependant plusieurs limites. La responsabilité solidaire et indéfinie des membres du GIE, au titre de laquelle « chaque membre est responsable sur l'ensemble de son patrimoine personnel de toutes les dettes du groupement, qu'elles soient de son fait ou non »¹⁰⁹⁷ peut décourager certains acteurs à y prendre part. En outre, en cas de transformation du GIE en une autre forme juridique, les « conséquences fiscales [peuvent] être importantes »¹⁰⁹⁸. Sa principale limite en ce qui concerne les innovations collaboratives au sein des territoires d'intelligences tient à sa composition, particulièrement en ce qui concerne la possibilité pour des personnes publiques de participer au GIE. Comme le rappelle le Conseil d'État, dans certains cas le législateur a prévu spécifiquement une telle participation¹⁰⁹⁹ et « pour le reste, n'étant pas interdite par les textes, la participation des personnes publiques à un GIE [...] doit être regardée a priori comme possible »¹¹⁰⁰. Cependant, le Conseil d'État souligne que

¹⁰⁹¹ Citoyenr.org.

¹⁰⁹² Ord. n° 67-821, 23 sept. 1967.

¹⁰⁹³ Vie-publique.fr, Fiche thématique, GIP, GIE, fondation : quelles différences ?, 30 juin 2018.

¹⁰⁹⁴ Ibid. Courbe T.

¹⁰⁹⁵ Entreprises.nouvelle-aquitaine.fr, Les structures juridiques, GIE - Groupement d'intérêt économique.

¹⁰⁹⁶ Ibid. Entreprises.nouvelle-aquitaine.fr.

¹⁰⁹⁷ Ibid. Entreprises.nouvelle-aquitaine.fr.

¹⁰⁹⁸ Ibid. Entreprises.nouvelle-aquitaine.fr.

¹⁰⁹⁹ Rapp. CE, 2021, Guide des outils d'action économique : « c'est le cas, par exemple, de l'article L. 115-5 du code de la sécurité sociale, qui dispose que les caisses nationales d'assurance maladie, en tant qu'établissements publics, peuvent participer à des GIE. »

¹¹⁰⁰ Ibid. Rapp. CE, 2021.

la participation de personnes publiques au GIE « peut toutefois être subordonnée au respect par ces personnes de certaines règles du droit public, qui peuvent avoir pour conséquence de réduire la très grande liberté reconnue aux membres d'un GIE par le Code de commerce »¹¹⁰¹. Doit alors être évoqué le cas des collectivités territoriales. Leur participation à un GIE trouve ses limites dans les articles L. 2253-1 et L. 3231-6 du Code général des collectivités territoriales¹¹⁰² qui, comme évoqué précédemment, empêchent, sauf autorisation par décret en Conseil d'État, les communes et leurs groupements ainsi que les départements de prendre des « participations au capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général »¹¹⁰³. Si la participation d'une de ces collectivités territoriales à un GIE n'est pas totalement exclue, elle entraîne des conditions particulières. En effet, comme le rappelle le Conseil d'État, « l'absence de capital ou de but lucratif du GIE conditionne [la participation des collectivités territoriales], qui à défaut doit être autorisée par décret en Conseil d'État »¹¹⁰⁴.

94. - Les groupements d'intérêt public : outil pertinent lorsque le pilotage est majoritairement public.

Les GIP « ont pour objet de favoriser la coopération des personnes morales publiques et privées qu'ils regroupent en leur sein pour gérer des équipements ou des activités d'intérêt commun »¹¹⁰⁵. Mis en place en 1982¹¹⁰⁶ pour les seuls besoins du secteur de la recherche¹¹⁰⁷, le GIP s'est progressivement étendu à d'autres domaines d'activités¹¹⁰⁸. Victime de son succès, qui a conduit à la multiplication de régimes législatifs et règlementaires en la matière, le GIP a été progressivement délaissé. Alors que le Conseil d'État préconisait d'ores et déjà une unification du régime juridique des GIP en 1996, la réforme attendue n'est intervenue qu'en 2011. La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011¹¹⁰⁹ a alors mis fin à la trentaine de régimes applicables aux GIP¹¹¹⁰ pour créer un régime unique en la matière¹¹¹¹. Elle a ainsi permis de mettre en place un GIP « pour tout projet d'intérêt général à but non lucratif »¹¹¹² qui n'est donc plus « [cantonné] à des domaines définis et à la poursuite de buts déterminés »¹¹¹³. Fort de cette simplification juridique, le GIP a connu un nouvel essor¹¹¹⁴. Comme le rappelle le rapport De la Smart City à la réalité des territoires connectés¹¹¹⁵, le GIP est un « mécanisme très éprouvé par les personnes publiques ainsi que dans le domaine de la *smart city* et des données »¹¹¹⁶.

Le GIP « permet la mise en commun des moyens de partenaires publics et privés dans le but de mener à bien une mission d'intérêt général à but non lucratif »¹¹¹⁷. Le GIP doit être constitué d'au moins une

¹¹⁰¹ Ibid. Rapp. CE, 2021.

¹¹⁰² CGCT, art. L. 2253-1 & L. 3231-6.

¹¹⁰³ CGCT, art. L. 2253-1.

¹¹⁰⁴ Rapp. CE, 2021, Guide des outils d'action économique, p. 166 & s.

¹¹⁰⁵ Vie-publique.fr, Fiche thématique, GIP, GIE, fondation : quelles différences ?, 30 juin 2018

¹¹⁰⁶ L. n° 82-610, 15 juill. 1982.

¹¹⁰⁷ Economie.gouv.fr, DAJ, Groupement d'intérêt public.

¹¹⁰⁸ Notamment l'environnement, la santé et la justice.

¹¹⁰⁹ L. n° 2011-525, 17 mai 2011.

¹¹¹⁰ Ibid. Economie.gouv.fr.

¹¹¹¹ Il convient cependant de noter que certains textes prévoyant la possibilité de créer des GIP pour un objet spécifique demeurent, notamment dans les domaines de l'aménagement du territoire ou du développement économique. Leur articulation avec le régime général de 2011 demeure d'ailleurs incertaine.

¹¹¹² Idrissi M., Kermarrec M., Constituer un groupement d'intérêt public en 6 étapes, Gaz. Cnes. 2018.

¹¹¹³ Ibid. Idrissi M., Kermarrec M.

¹¹¹⁴ Ibid. Idrissi M., Kermarrec M.

¹¹¹⁵ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, op. cit. p. 221 et s.

¹¹¹⁶ Ibid. Courbe T.

¹¹¹⁷ Cerema.fr, Innovations et villes durables : repères pour l'action, Note d'approfondissement juridique, févr. 2015.

personne morale de Droit public et permet la collaboration de personnes publiques et privées. Il est cependant précisé que « la moitié du capital ou des voix doit être détenue par les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public présentes au sein de la structure »¹¹¹⁸. Cet outil juridique est donc particulièrement adapté aux partenariats innovants ayant un pilotage majoritairement public. Cette structure présente différents atouts qu'il convient de mettre en exergue, notamment une « fiscalité avantageuse », l'absence d'« obligation de prévoir la constitution de capital » et la « possibilité pour ses membres, lorsqu'il s'agit essentiellement de personnes publiques, de recevoir des services dudit GIP sans le mettre en concurrence »¹¹¹⁹.

Le GIP présente cependant plusieurs inconvénients ou inadéquations aux projets collaboratifs innovants au sein des territoires d'intelligences. Le contrôle de l'État sur les GIP peut constituer un frein à leur constitution. En premier lieu, la convention constitutive du GIP, après avoir été signée par ses membres, doit être approuvée par l'État¹¹²⁰. En second lieu, le GIP peut faire l'objet d'une tutelle étatique. Outre le contrôle par la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes, dont toute personne publique peut faire l'objet, deux options permettent l'intervention de l'État au sein d'un GIP. La loi du 17 mai 2011 permet à l'État « d'adjoindre aux structures décisionnelles du GIP un commissaire du gouvernement qui sera chargé de vérifier que la mission de service public assignée au groupement est correctement remplie et que les fonds publics dont il peut user à cet effet sont employés à bon escient »¹¹²¹. Si cette possibilité n'est envisageable que lorsque l'État est membre du GIP, elle lui donne malgré tout un pouvoir important, le commissaire du gouvernement disposant d'un pouvoir de veto « contre une décision qui met en jeu l'existence ou le bon fonctionnement du groupement »¹¹²². De plus, si un membre du GIP est soumis à un contrôle économique et financier de l'État, le GIP peut également faire l'objet de ce type de contrôles¹¹²³. En outre, les membres d'un GIP ne peuvent pas être des personnes physiques, limitant ainsi la participation directe des citoyens à cet outil juridique.

Le GIP a appuyé la mise en place de plusieurs projets collaboratifs au sein des territoires d'intelligences. L'association Autonom'lab créée en 2010, s'est transformée en GIP en 2015. Le GIP Autonom'lab, devenu le Gerontopôle Nouvelle-Aquitaine¹¹²⁴, qui vise à « [favoriser] et [accompagner] l'émergence de projets d'amélioration du bien vieillir dans une logique d'intérêt général »¹¹²⁵, réunit une grande diversité de membres réunis en six collèges¹¹²⁶ : celui des financeurs publics, celui des usagers et professionnels¹¹²⁷, celui des territoires¹¹²⁸, celui relatif à la formation et à la recherche¹¹²⁹, celui relatif au

¹¹¹⁸ Droitpubliceconomie.wordpress.com, Le groupement d'intérêt public : quand, pourquoi, comment ?, 24 août 2012.

¹¹¹⁹ Ibid. Courbe T.

¹¹²⁰ L. n° 2011-525, 17 mai 2011 ; D. n° 2012-91, 26 janv. 2012.

¹¹²¹ Ibid. Droitpubliceconomie.wordpress.com.

¹¹²² Ibid. Droitpubliceconomie.wordpress.com.

¹¹²³ Ibid. Droitpubliceconomie.wordpress.com.

¹¹²⁴ Gerontopole-na.fr.

¹¹²⁵ Avise.org, Annuaire des acteurs, Autonom'lab, 17 déc. 2018.

¹¹²⁶ Autonom-lab.com, Le GIP, Membres.

¹¹²⁷ France Assos Santé, APF France Handicap et Adapei 23.

¹¹²⁸ Notamment Limoges Métropole, la communauté d'agglomération Grand Guéret et la communauté d'Aix-sur-Vienne.

¹¹²⁹ Notamment l'Université de Limoges, Polaris Formation et IGL.

sanitaire et au social¹¹³⁰ et celui des acteurs économiques¹¹³¹. Peut également être évoqué Territoires Numériques Bourgogne-Franche-Comté, premier GIP dédié à l'administration numérique¹¹³², qui a pour objet « de mettre en œuvre une plateforme électronique de services dématérialisés fournis aux usagers (particuliers, entreprises, associations, etc.) par l'ensemble des organismes publics ou privés chargés d'une mission de service public ou d'intérêt général, dans une perspective de modernisation de l'administration et d'amélioration de l'accès aux services publics »¹¹³³.

2. Les sociétés publiques : outils au service des projets collaboratifs ayant un pilotage majoritairement public

95. - Les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP).

Les sociétés d'économie mixte à opération unique sont créées par la loi du 1^{er} juillet 2014¹¹³⁴ et figurent dorénavant aux articles L. 1541-1 et suivants du code général des collectivités territoriales¹¹³⁵. La SEMOP peut être créée par les collectivités territoriales et à leurs groupements, dans le cadre de leurs compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence¹¹³⁶. L'objet unique de la SEMOP est, de manière alternative : « la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement », « la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service » ou « toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales »¹¹³⁷.

L'annexe 1 au Vademecum relatif à l'innovation et aux villes durables précise que « la grande originalité de la SEMOP résulte dans le déplacement des obligations de mise en concurrence au stade de la création de la société et permet de dépasser ainsi l'interdiction faite aux collectivités territoriales de contracter librement avec les sociétés d'économie mixte qu'elles ont constituées »¹¹³⁸. Ainsi, cet outil juridique « devrait être particulièrement adapté aux collectivités territoriales désirant créer des sociétés anonymes avec au moins un actionnaire privé sélectionné après une mise en concurrence pour la réalisation d'un projet unique plus ou moins complexe nécessitant l'utilisation de technologies innovantes »¹¹³⁹. L'institut de la ville durable, devenu France Ville Durable, met en exergue plusieurs avantages de cette pratique. Il souligne à cet égard que la procédure de mise en concurrence unique « [favorise] l'accélération du processus de mise en œuvre du projet », que la SEMOP « bénéficie de l'expertise et des financements des opérateurs économiques », qu'elle permet par le biais des statuts et du pacte d'actionnaire de la « souplesse dans la répartition des risques et des profits » et la collectivité territoriale bénéficie d'une « maîtrise et [d'un] contrôle important » sur l'activité de la société¹¹⁴⁰.

¹¹³⁰ Notamment le centre hospitalier Bernard Desplas, le CHU de Limoges et la Mutualité française Nouvelle-Aquitaine.

¹¹³¹ Notamment le Groupe Afnor, Orange et le Groupe La Poste.

¹¹³² Data.gouv.fr, Organisations, Territoires Numériques Bourgogne-Franche-Comté.

¹¹³³ Ibid. Data.gouv.fr.

¹¹³⁴ L. n° 2014-744, 1er juill. 2014.

¹¹³⁵ CGCT, art. L. 1541-1 & suiv.

¹¹³⁶ CGCT, art. L. 1541-1.

¹¹³⁷ CGCT, art. L. 1541-1.

¹¹³⁸ Cerema.fr, Innovations et villes durables : repères pour l'action, Note d'approfondissement juridique, févr. 2015.

¹¹³⁹ Ibid. Cerema.fr.

¹¹⁴⁰ Asso.francevilledurable.fr, La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants.

Plusieurs inconvénients de la SEMOP, rappelés par France Ville Durable, méritent cependant d'être mis en lumière. Si l'objet de la SEMOP répond à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, il existe un risque de « qualification de la SEMOP en pouvoir adjudicateur ». En outre, la SEMOP est dissoute à la fin du contrat « alors que la garantie de parfait achèvement et la garantie décennale sont encore exécutoires »¹¹⁴¹. De plus, comme le rappelle le rapport De la Smart City à la réalité des territoires connectés, « la SEMOP doit garder le même objet social pendant toute la durée du marché public ou de la concession, toute modification substantielle du contrat entraînant une obligation de mise en concurrence »¹¹⁴². L'innovation étant souvent porteuse d'incertitudes et construite de manière itérative, la rédaction de l'objet social d'une SEMOP pour les projets d'innovation doit faire l'objet d'une attention particulière.

Malgré ses limites, la SEMOP fait ses preuves au sein des territoires d'intelligences. Carine Staropoli et Benoît Thirion considèrent d'ailleurs que « les problématiques posées par la *smart city* renforcent l'intérêt des sociétés à capitaux mixtes : sociétés d'économie mixte (SEM) et surtout sociétés d'économie mixte à opération unique (Semop) »¹¹⁴³. Les deux premières SEMOP françaises, Doléa Eau et Doléa Assainissement, ont été créées par la ville de Dole en partenariat avec Suez en 2015. La SEMOP a également été utilisée par la Ville de Chatenay-Malabry, en partenariat avec Eiffage Aménagement, pour l'aménagement d'un nouvel écoquartier, et par la ville de Port-Barcarès, avec NGE qui est mandataire d'un groupement incluant Vinci Construction, pour moderniser les infrastructures portuaires¹¹⁴⁴.

96. - Les sociétés d'économie mixte locales (SEML).

Par exception au principe d'interdiction de prise de participation des collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales¹¹⁴⁵, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent créer des SEML¹¹⁴⁶. Les SEML permettent à ces collectivités de s'associer « à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général »¹¹⁴⁷.

Cette société anonyme « présentant la particularité d'avoir un capital social partagé entre un actionariat public et un autre privé »¹¹⁴⁸ est donc un outil juridique pertinent pour mettre en place une collaboration public-privé. Plus de la moitié des voix dans les organes délibérants et du capital de la SEML devant être détenue par les collectivités territoriales et leurs groupements, séparément ou à plusieurs¹¹⁴⁹, cet outil est particulièrement adapté aux innovations collaboratives dont le pilotage est non seulement majoritairement public, mais surtout local. En outre, l'article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales disposant que « la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social »¹¹⁵⁰, la SEML présente l'avantage d'éviter une gestion du projet exclusivement par les collectivités territoriales.

¹¹⁴¹ Ibid. Asso.francevilledurable.fr.

¹¹⁴² Ibid. Courbe T.

¹¹⁴³ Chaire-eppp.org, Smart city : Quelles relations public-privé pour rendre la ville plus intelligente ?.

¹¹⁴⁴ Institutvilledurable.fr, La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants, sept. 2019, p.25

¹¹⁴⁵ CGCT, art. L. 2253-1 & L. 3231-6.

¹¹⁴⁶ CGCT, art. L. 1521-1 & suiv.

¹¹⁴⁷ CGCT, art. L. 1521-1.

¹¹⁴⁸ Morbihan.gouv.fr, Société publique locale (SPL) – Société d'économie mixte (SEM).

¹¹⁴⁹ CGCT, art. L. 1521-2.

¹¹⁵⁰ Ibid. CGCT.

La SEML présente malgré tout des inconvénients. Tout d’abord, elle a le défaut de ses qualités : la gestion majoritairement publique n’est non seulement pas adaptée à tous types de projets, notamment ceux visant à une représentation équilibrée entre acteurs publics et structures privées, mais elle n’est également pas envisageable pour tous les types de collectivités. En effet, pour certaines petites collectivités, la SEML, qui implique qu’au moins 51% du capital soit détenu par les collectivités et qu’elles détiennent plus de la moitié des voix dans les organes délibérants, peut être jugée trop lourde. En outre, leur objet est limité à la compétence de la collectivité territoriale¹¹⁵¹.

Au sein des territoires d’intelligences, plusieurs projets collaboratifs ont été mis en place grâce aux SEML. Par exemple, Energ’iV, la SEML mise en place par SDE35 et les acteurs du territoire d’Ille-et-Vilaine, vise à « massifier le développement des énergies renouvelables en Ille-et-Vilaine »¹¹⁵². La Sem Breizh, société d’économie mixte régionale qui compte notamment parmi ses actionnaires la Banque Populaire Grand Ouest et le Crédit Coopératif¹¹⁵³, a pour sa part vocation à aider « les territoires bretons à concrétiser leurs projets de développement en mobilisant ses équipes de la faisabilité à la réalisation en passant par l’investissement »¹¹⁵⁴.

§2. Les outils contractuels pouvant structurer les relations partenariales

Carine Staropoli, maître de conférences, et Benoît Thirion, conseil en Droit public des affaires, soulignent que « les caractéristiques de la smart city impliquent une nouvelle approche des contrats publics »¹¹⁵⁵ et ajoutent que « le droit de la commande publique, et plus encore les pratiques contractuelles, doivent évoluer pour pleinement intégrer les implications de la transformation digitale »¹¹⁵⁶. Les outils « classiques » de la commande publique, qui demeurent pour l’instant les outils privilégiés des collectivités territoriales¹¹⁵⁷, sont souvent mis en œuvre sans mobiliser l’ensemble des dispositifs qui pourraient « renforcer le caractère innovant des services »¹¹⁵⁸. Ainsi, afin que les pratiques contractuelles stimulent l’innovation, il serait pertinent d’avoir davantage recours au sourcing et aux marchés à tranches¹¹⁵⁹. Outre cette possible évolution des pratiques contractuelles liées aux outils « classiques » de la commande publique, il convient également d’évoquer l’émergence de nouveaux types de contrats ayant vocation à favoriser l’innovation au sein des territoires. Le législateur a progressivement mis en place des outils de la commande publique en faveur d’une conception collaborative de l’innovation (A.), particulièrement le marché public de recherche et développement et le partenariat d’innovation, et se saisit progressivement de la méthode expérimentale afin de faire émerger de contrats adaptés à l’innovation au sein des territoires d’intelligences (B.), comme en atteste notamment l’expérimentation relative aux achats publics innovants.

A. La consécration d’outils de la commande publique en faveur d’une conception collaborative de l’innovation

¹¹⁵¹ Bayonne.cci.fr, Inventaire et analyse des différentes structures juridiques.

¹¹⁵² Sde35.fr, Energ'iv.

¹¹⁵³ Sembreizh.fr, Qui sommes nous ?.

¹¹⁵⁴ Ibid. Sembreizh.fr.

¹¹⁵⁵ Carine Staropoli C., Thirion B., Digital New Deal : les relations public-privé dans la smart city, Les Policy Papers de la Chaire EPPP 2019.

¹¹⁵⁶ Ibid. Carine Staropoli C., Thirion B.

¹¹⁵⁷ Belot L., De la Smart City au Territoire d’Intelligence(s), op. cit.

¹¹⁵⁸ Ibid. Carine Staropoli C., Thirion B.

¹¹⁵⁹ Belot L., De la Smart City au Territoire d’Intelligence(s), op. cit. ; Ibid. Carine Staropoli C., Thirion B.

Carine Staropoli et Benoît Thirion rappellent que « du point de vue juridique, le droit de la commande publique, souvent considéré comme rigide, offre néanmoins un certain nombre d'outils en faveur de l'innovation »¹¹⁶⁰. Deux outils de la commande publique se démarquent particulièrement au sein des territoires d'intelligences : le marché public de recherche et développement et le partenariat d'innovation. Dans le cadre de l'appel à manifestation d'intérêt de l'État relatif au *Big Data* de 2014, les deux gagnants, Montpellier et Rennes, avaient proposé l'organisation des Challenges Big Data afin de générer la création de nouveaux services¹¹⁶¹. Afin de concrétiser cette idée, Montpellier Méditerranée Métropole a mis en place avec IBM un marché public de recherche et développement et Rennes Métropole et Dassault Systèmes se sont réunis autour d'un partenariat d'innovation¹¹⁶². Si l'exonération des règles de passation de marché fait des marchés publics de recherche et développement un outil attractif (A.), les limites qu'il présente ont incité le législateur à créer les partenariats d'innovations (B.).

1. Le marché public de recherche et développement : une exonération des règles de passation des marchés aux contours incertains

97. - Les marchés publics de recherche et développement : absence de procédure de passation.

Le Droit français a rapidement consacré une place spécifique aux marchés publics de recherche et développement¹¹⁶³. En 1991, le législateur opère une distinction entre les contrats ayant pour objet l'exécution de « services de recherche et de développement dont les résultats appartiennent exclusivement à la personne qui se propose de passer le contrat pour son usage, dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation soit entièrement rémunérée par cette personne »¹¹⁶⁴ et les autres contrats de services de recherche et de développement. Alors que les premiers sont soumis aux règles de passation des marchés publics, les seconds en sont exemptés. C'est à cette seconde catégorie de marchés publics de recherche et développement (ci-après « marchés R&D ») que nous nous intéresserons.

Comme le rappellent Christophe Farineau, avocat, et Antonin Gras, docteur en Droit public¹¹⁶⁵, depuis leur consécration en Droit français en 1991, les marchés de R&D ont évolué sous l'influence des législateurs européen¹¹⁶⁶ et français¹¹⁶⁷. Christophe Farineau, avocat, et Antonin Gras, docteur en Droit public, rappellent que le recours aux marchés de R&D est soumis, selon l'article L. 2512-5 du Code de la commande publique¹¹⁶⁸, à deux critères : « d'une part, la présence de services de [recherche et développement] et, d'autre part, deux autres exigences alternatives tenant aux résultats ou aux coûts »¹¹⁶⁹. Concernant le critère matériel, la notion de recherche et développement est définie par le

¹¹⁶⁰ Ibid. Carine Staropoli C., Thirion B.

¹¹⁶¹ Commissariat Général au développement durable, rapp., mars 2016, Villes intelligentes, « smart », agiles : Enjeux et stratégies de collectivités françaises.

¹¹⁶² Ibid. Général au développement durable.

¹¹⁶³ L. n° 91-3, 3 janv. 1991, art. 10-1.

¹¹⁶⁴ Ibid. L. n° 91-3.

¹¹⁶⁵ Farineau C., Gras A., op. cit. p. 26.

¹¹⁶⁶ Dir. (CEE) n° 92/50, 18 juin 1992, art. 1 ; Dir. (CE) n° 2004/17, 31 mars 2004, art. 24 ; Dir. (CE) 2004/18, 31 mars 2004, art. 16 ; Dir. n° 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 14 ; Dir. (UE) n° 2014/24, 26 févr. 2014, art. 14 ; Dir. (UE) n° 2014/25, 26 févr. 2014, art. 32.

¹¹⁶⁷ Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 ; D. n° 2016-360, 25 mars 2016.

¹¹⁶⁸ CCP, art. L. 2512-5.

¹¹⁶⁹ Ibid. Farineau C., Gras A.

Code de la commande publique et « regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques », étant précisé que ces derniers « sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif »¹¹⁷⁰. Le Code de la commande publique exclut explicitement du champ de la recherche et du développement « la réalisation et [...] la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication »¹¹⁷¹. Concernant les deux critères alternatifs, le marché de R&D peut être mis en place si l'acheteur « n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation »¹¹⁷². Si l'une ou l'autre de ces conditions semble aisément invocable dans un cadre partenarial, « leur interprétation est plus subtile qu'il n'y paraît »¹¹⁷³.

Le principal avantage du marché de R&D réside dans la « dérogation aux règles de mise en concurrence et de publicité relatives aux marchés publics (liberté dans la passation du marché) »¹¹⁷⁴. Aussi réel que soit ce côté positif des marchés de R&D, il souffre d'une certaine insécurité juridique. En effet, comme le rappellent Christophe Farineau et Antonin Gras « en indiquant que sont applicables [aux marchés de R&D] les règles figurant au " Titre " , le [Code de la commande publique] exclut l'application d'autres règles, dont celles relatives à la procédure de passation »¹¹⁷⁵. Ils soulignent que « malgré l'effort entrepris de détermination des règles applicables, il reste que la rédaction aurait gagné à écarter expressément l'application des autres règles du code »¹¹⁷⁶. L'absence d'application de ces règles de passation contribue malgré tout à simplifier et à accélérer la mise en place des marchés de R&D synchronisant ainsi le temps de l'innovation et le temps des administrations.

Cet outil a été mis en œuvre dans le cadre de projets innovants au sein des territoires d'intelligences. C'est sur un marché de R&D que s'est appuyé le Syndicat des Transports Île-de-France mobilités, en partenariat avec une filiale de Keolis afin de réaliser « un démonstrateur technologique durant l'été 2017 pour l'expérimentation d'un service de navettes autonomes sur l'esplanade de la Défense à Paris »¹¹⁷⁷. La Métropole de Lyon a également utilisé un marché de R&D dans le cadre du projet *Smarter Together*.

98. - Les marchés publics de recherche et développement : les freins à leur mise en œuvre.

Christophe Farineau et Antonin Gras rappellent que « les acheteurs publics et les opérateurs économiques sont confrontés à des incertitudes quant à la définition à retenir des services de R&D, mais aussi sur le régime applicable à ces marchés » et considèrent que « la difficulté de cerner les contours des marchés de R&D constitue de fait leur écueil principal »¹¹⁷⁸. Une première incertitude tient à la définition même de recherche et développement, malgré l'effort du législateur à l'article L. 2512-5 du Code de la commande publique¹¹⁷⁹, les réalités que recouvrent cette notion et les limites qui lui sont

¹¹⁷⁰ CCP, art. L. 2512-5.

¹¹⁷¹ Ibid. CCP.

¹¹⁷² Ibid. CCP.

¹¹⁷³ Ibid. Farineau C., Gras A.

¹¹⁷⁴ Institutvilledurable.fr, La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants, sept. 2019, p.24 et s.

¹¹⁷⁵ Ibid. Farineau C., Gras A.

¹¹⁷⁶ Ibid. Farineau C., Gras A.

¹¹⁷⁷ Ibid. Institutvilledurable.fr.

¹¹⁷⁸ Ibid. Farineau C., Gras A.

¹¹⁷⁹ CCP, art. L. 2512-5.

propres restent relativement troubles¹¹⁸⁰. En outre, la nature juridique des marchés de recherche et développement a longtemps souffert d'un certain flou juridique. En effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015¹¹⁸¹ « ne permettait pas de déterminer si les marchés "exclus" de l'ordonnance, tels que l'étaient les marchés de R&D, étaient des contrats administratifs »¹¹⁸². L'entrée en vigueur du Code de la commande publique a apporté des premiers éléments de réponse à ce sujet¹¹⁸³. En effet, l'article 6 du Code de la commande publique pose le principe selon lequel les contrats relevant dudit Code sont des contrats publics¹¹⁸⁴ et exclut explicitement de ce principe les « autres marchés publics » figurant au livre V de la deuxième partie¹¹⁸⁵, dont font partie les marchés de R&D. Exception au principe, les marchés de R&D sont donc des contrats de Droit privé¹¹⁸⁶. Cependant, ce même article 6 ajoute une exception à l'exception : ces contrats « peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses »¹¹⁸⁷. Comme le soulignent Christophe Farineau et Antonin Gras, « ce sont des règles jurisprudentielles anciennes qui permettent de déterminer la nature juridique d'un marché de R&D, ce qui est source de sécurité »¹¹⁸⁸. Si la récente entrée en vigueur du Code de la commande publique a pu clarifier certaines questions relatives aux marchés de R&D, les sécurisant juridiquement et ouvrant la voie à un développement de cette pratique, d'autres n'ont fait l'objet que d'une réponse partielle. C'est notamment le cas des règles applicables aux marchés de R&D. En effet, le Code de la commande publique « consacre les règles applicables aux "autres marchés publics" plutôt que de déterminer les règles dont ils sont exclus »¹¹⁸⁹.

En outre, si les marchés de R&D ne sont pas soumis aux règles de passation des marchés publics, au terme de la phase de recherche et développement, la situation est plus délicate. En effet, les marchés de R&D ne couvrent qu'une partie du travail d'innovation et touchent à leur fin au terme de la phase de recherche et développement. Après une finalisation du travail d'innovation, afin de proposer un bien ou un service innovant, « la solution innovante issue de ce travail ne peut être acquise par l'acheteur qu'après une mise en concurrence »¹¹⁹⁰. Cette mise en concurrence, procédure lourde pour les deux parties, peut également être « difficile à justifier auprès du partenaire, qui a investi pour développer une solution [...] et qui peut craindre que le fruit de son travail soit porté à la connaissance de concurrents éventuels [...] »¹¹⁹¹.

2. Le partenariat d'innovation : une réponse insuffisante aux difficultés liées aux marchés de recherche et développement

99. - Le partenariat d'innovation : un outil juridique permettant l'innovation « sur mesure ».

¹¹⁸⁰ Ibid. Farineau C., Gras A.

¹¹⁸¹ Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015.

¹¹⁸² Linditch F., L'ordonnance relative aux marchés publics : champ d'application, JCP A 2015 ; Ibid. Farineau C., Gras A.

¹¹⁸³ Farineau C., Rouveyran T., Les autres marchés publics ou le remodelage des marchés exclus, Le Moniteur 2019.

¹¹⁸⁴ CCP, art. L. 6.

¹¹⁸⁵ CCP, art. L2500-1 à L2522-1.

¹¹⁸⁶ CCP, art. L. 2521-3.

¹¹⁸⁷ CCP, art. L. 6.

¹¹⁸⁸ Ibid. Farineau C., Rouveyran T.

¹¹⁸⁹ Ibid. Farineau C., Rouveyran T.

¹¹⁹⁰ Ibid. Farineau C., T. Rouveyran.

¹¹⁹¹ Economie.gouv.fr, Guide pratique achats publics innovants.

Fruit de deux directives européennes du 26 février 2014¹¹⁹², le partenariat d'innovation est transposé en Droit français par le décret du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics¹¹⁹³ et figure dorénavant aux articles L.2172-3 et R.2172-20 à R.2172-32 du Code de la commande publique¹¹⁹⁴. Il s'agit d' « un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché »¹¹⁹⁵. Étant précisé que « sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés » et que « le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise »¹¹⁹⁶. Cet outil juridique vise notamment à « pallier les difficultés structurelles des marchés de recherche et de développement (R&D) qui imposaient une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat »¹¹⁹⁷.

Dans la lignée du rapport de Luc Belot selon lequel cet outil juridique permet une innovation « sur mesure »¹¹⁹⁸, le rapport De la Smart City à la réalité des territoires connectés de 2021¹¹⁹⁹ rappelle que le partenariat d'innovation « permet la mise en place d'une relation contractuelle de long terme comprenant à la fois des prestations de R & D, la réalisation d'un démonstrateur et l'acquisition des solutions innovantes qui en découlent »¹²⁰⁰.

L'institut de la Ville Durable met en lumière les avantages que présente cet outil juridique. Le partenariat d'innovation permet à l'acheteur public de jouir d'un « pouvoir d'orientation et décision sur la solution à la fin de chaque phase avant de poursuivre dans la phase ultérieure »¹²⁰¹, de bénéficier « d'une expertise et d'un engagement à long terme de l'opérateur privé » et un « choix possible et simultané d'un (ou plusieurs) opérateur(s) privé(s) à toutes les phases »¹²⁰². Du côté de l'opérateur économique, ce type de marché lui permet d'éviter une remise en concurrence « après la phase de recherche pour passer à la phase de développement puis d'acquisition »¹²⁰³.

Le partenariat d'innovation a été utilisé à plusieurs reprises au sein des territoires d'intelligences. C'est l'outil juridique qui a été retenu par Rennes Métropole pour contractualiser avec l'entreprise Bluebus afin d'élaborer des bus articulés totalement électriques¹²⁰⁴. La communauté de communes du Pays Haut Val d'Alzette a également fait le choix du partenariat d'innovation pour contractualiser avec le groupement Capgemini, Bouygues Énergie & Service et Suez afin d'élaborer une plateforme « Smart

¹¹⁹² Dir. (UE) n° 2014/24, 26 févr. 2014, art. 14 ; Dir. (UE) n° 2014/25, 26 févr. 2014, art. 32.

¹¹⁹³ D. n° 2014-1097, 26 sept. 2014.

¹¹⁹⁴ CCP, art. L. 2172-3 & R.2172-20 à R.2172-32.

¹¹⁹⁵ CCP, art. L. 2172-3.

¹¹⁹⁶ Ibid. CCP.

¹¹⁹⁷ Economie.gouv.fr, DAJ, Partenariat d'innovation.

¹¹⁹⁸ Rapp. AN n° 3399, 15 janv. 2016, sur le projet de loi (n° 3318) pour une République numérique.

¹¹⁹⁹ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, op. cit. p. 188-189.

¹²⁰⁰ Ibid. Courbe T.

¹²⁰¹ Institutvilledurable.fr, La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants, sept. 2019, p.29.

¹²⁰² Ibid. Institutvilledurable.fr.

¹²⁰³ Ibid. Institutvilledurable.fr.

¹²⁰⁴ Ibid. Institutvilledurable.fr.

City ». Cette dernière est « une plateforme de gestion des données personnelles et de mise à disposition des données du territoire pour l'ensemble des acteurs qui y sont présents (collectivités, habitants, bureaux, développeurs, prestataires de services) et sur l'ensemble de son périmètre »¹²⁰⁵. Le projet vise à « apporter un socle de services innovants et opérationnels à la population, un outil d'aide à la gestion des services pour les collectivités et de support au développement d'activités pour les entreprises »¹²⁰⁶.

100. - Les insuffisances du partenariat d'innovation.

Le rapport de Luc Belot relatif aux territoires d'intelligences souligne que « le partenariat d'innovation, jugé peu sécurisant et trop complexe par les acheteurs, est peu utilisé »¹²⁰⁷. Les entretiens menés dans le cadre de cette mission révèlent que les acheteurs sont réticents face à cet outil et lui préfèrent « les outils classiques malgré leurs limites »¹²⁰⁸. Cette réticence peut s'expliquer de différentes manières.

Il considère notamment que « les conditions de recours à ce type de contrat sont strictes, fixées par le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics »¹²⁰⁹. Deux raisons principales sont ainsi mises en exergue par le rapport Belot. En premier lieu, « il doit s'agir de l'acquisition d'innovations c'est-à-dire des biens ou services qui n'existent pas encore, ce qui ne doit pas être confondu avec les produits ou services innovants, mais déjà développés »¹²¹⁰. En second lieu, un partenariat d'innovation ne peut être conclu « qu'à la condition qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché susceptible de répondre au besoin de l'acheteur »¹²¹¹. La fiche de la DAJ relative au partenariat d'innovation souligne que « sous réserve de cas particuliers, le marché pertinent permettant d'apprécier l'absence de solution disponible sera le marché européen »¹²¹². Le champ de l'étude de marché est donc vaste, ce qui peut être source d'insécurité juridique. En effet, comme le rappelle le rapport Belot, « les décideurs publics affirment ne pas être en mesure de prouver de manière certaine que leur besoin ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, travaux ou services déjà disponibles »¹²¹³. Ainsi, le partenariat d'innovation ne peut couvrir qu'un nombre restreint de cas et demande un travail préparatoire en amont du partenariat, notamment afin d'identifier les éventuelles solutions existantes sur les marchés, relativement lourd et incertain.

En outre, le rapport Belot souligne qu'« il existe une incertitude auprès des collectivités territoriales et de leurs groupements qui disent ne pas être sûrs de pouvoir recourir à un seul opérateur économique dès la phase de développement »¹²¹⁴. Alors que cette faculté est exclusivement prévue par les textes, l'enjeu semble plus politique que juridique¹²¹⁵. En outre, « le partenariat d'innovation est jugé trop lourd et trop complexe, nécessitant une prévision des différentes phases, alors même que l'innovation ne permet pas une telle précision »¹²¹⁶.

¹²⁰⁵ Ibid. Institutvilledurable.fr.

¹²⁰⁶ Ibid. Institutvilledurable.fr.

¹²⁰⁷ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit. p. 68 et s.

¹²⁰⁸ Ibid. Belot L.

¹²⁰⁹ Ibid. Belot L.

¹²¹⁰ Ibid. Belot L.

¹²¹¹ Code-commande-publique.com, Partenariat d'innovation (L2172-3).

¹²¹² Ibid. Code-commande-publique.com.

¹²¹³ Ibid. Belot L.

¹²¹⁴ Ibid. Belot L.

¹²¹⁵ Ibid. Belot L.

¹²¹⁶ Ibid. Belot L.

B. De nouveaux outils contractuels expérimentés afin de faciliter la mise en place d'innovations collaboratives

Afin de développer de nouveaux outils contractuels, véritablement adaptés aux besoins opérationnels, qu'ils relèvent de la commande publique ou non, le législateur utilise progressivement l'expérimentation juridique. Alors que des expérimentations sont déjà mises en place dans ce champ, notamment celle relative aux achats publics innovants (1.), des propositions visant à expérimenter d'autres outils émergent progressivement, par exemple celle relative à l'expérimentation d'alliances innovantes au service de l'intérêt général (2.).

1. La pérennisation de l'expérimentation relative aux achats publics innovants

101. - Volonté initiale de simplifier la procédure pour les « petits » marchés avec des PME.

Comme le rappellent Philippe Guellier et Christophe Farineau, avocats, « l'achat public de solutions innovantes fait [...] l'objet d'une attention soutenue aux plans européen et national depuis plusieurs années »¹²¹⁷. Ainsi, parmi les trente-cinq « décisions » du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi de 2012, figure celle visant à « accompagner le développement des PME de croissance innovante en mobilisant la commande publique »¹²¹⁸. Dans la lignée de cette « décision », le Gouvernement a produit en 2013 un premier guide pratique de l'achat public innovant¹²¹⁹ et la direction générale du Trésor a réalisé en 2017 une étude comparative internationale¹²²⁰ à ce sujet¹²²¹.

Depuis le mois de juillet 2018, le Gouvernement ambitionnait de mettre en place une expérimentation exonérant de publicité et de mise en concurrence les achats publics innovants inférieurs à cent mille euros hors taxes¹²²². Cet outil juridique ne devait alors concerner que les PME, au sens de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003¹²²³, soit les entreprises de moins de deux-cent-cinquante salariés réalisant un chiffre d'affaires annuel de moins de cinquante millions d'euros hors taxes¹²²⁴. Le Lamy droit public des affaires souligne d'ailleurs que « jusqu'en octobre 2018, ce dispositif était présenté comme une mesure de soutien aux PME »¹²²⁵. Mise en place par le décret du 24 décembre 2018¹²²⁶, cette expérimentation ne se cantonnera finalement pas au champ des PME et pourra s'appliquer à toutes les entreprises pouvant proposer des innovations¹²²⁷.

102. - Décret du 24 décembre 2018 : mise en place de l'expérimentation relative aux achats publics innovants.

¹²¹⁷ Guellier P., Farineau C., L'hypothèse des achats innovants, Le Moniteur 2019.

¹²¹⁸ Entreprises.gouv.fr, Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi.

¹²¹⁹ Economie.gouv.fr, DAJ, Guide pratique achats publics innovants.

¹²²⁰ Tresor.economie.gouv, Etude comparative internationale, Achats publics innovants Contributions des services économiques des pays suivants : Canada, Corée, Espagne, États-Unis, Italie, Royaume Uni, Suisse, oct. 2017.

¹²²¹ Ibid. Guellier P., Farineau C.

¹²²² Rapp L., Terneyre P., Garnier C. (dir.), Le Lamy Droit Public des Affaires, 2021, Wolters Kluwer.

¹²²³ Recomm. (CE) n° 2003/361, 6 mai 2003.

¹²²⁴ Ibid. Rapp L., Terneyre P., Garnier C.

¹²²⁵ Rapp L., Terneyre P., Garnier C.

¹²²⁶ D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018.

¹²²⁷ Ibid. Rapp L., Terneyre P., Garnier C.

Afin de favoriser l'innovation dans la commande publique, le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique¹²²⁸ met en place à son chapitre premier une expérimentation relative aux achats innovants. Cette expérimentation permet à certains acheteurs¹²²⁹ de « passer un marché public, y compris un marché public de défense ou de sécurité, négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants¹²³⁰ [...] et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes »¹²³¹.

Les conditions pour utiliser ce nouvel outil sont donc l'existence d'une solution innovante et un besoin dont la valeur estimée est inférieure à cent mille euros. Concernant le critère d'achat innovant, cette notion est définie depuis le 1^{er} avril 2019¹²³², date d'entrée en vigueur du Code de la commande publique, à l'article R. 2124-3 du Code de la commande publique selon lequel « sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise »¹²³³. Ainsi cette définition ne se cantonne pas à une « innovation technologique de produit ou de procédé », mais renvoie également à une « innovation d'organisation ou de commercialisation »¹²³⁴. Face au manque de sécurité juridique en ce qui concerne la notion d'innovation, le rapport de l'OECP publié six mois après la mise en place de cette expérimentation¹²³⁵ propose « un faisceau d'indices permettant de déterminer le caractère innovant d'un achat public »¹²³⁶.

Concernant le besoin dont la valeur estimée est inférieure à cent mille euros, il est important de rappeler que l'évaluation du montant du besoin s'effectue dans les conditions prévues aux articles R. 2121-1 et suivants du Code de la commande publique¹²³⁷. Il est important de souligner que, contrairement au partenariat d'innovation¹²³⁸, l'achat public innovant n'est pas conditionné à la condition que le besoin ne puisse être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché. Ainsi, dans le cadre d'un achat public innovant, il est « possible de conclure un marché de gré à gré avec une entreprise pour l'acquisition d'une solution innovante alors même qu'une solution non-innovante pourrait répondre au besoin ou que plusieurs opérateurs économiques pourraient proposer des solutions innovantes alternatives »¹²³⁹. Si cette possibilité est explicitement envisagée au second alinéa de l'article 1 du décret du 24 décembre 2018¹²⁴⁰, elle est encadrée. Ainsi, lorsqu'ils mettent en place des achats publics innovants, les acheteurs sont notamment tenus de veiller à « ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité

¹²²⁸ D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018.

¹²²⁹ Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015.

¹²³⁰ D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25 ; D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 81.

¹²³¹ D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018, art. 1.

¹²³² Ibid. Rapp L., Terneyre P., Garnier C.

¹²³³ CCP, art. R. 2124-3.

¹²³⁴ Code-commande-publique.com, Expérimentation en matière d'achats innovants (Décret n° 2018-1225) – Moins de 100 000 Euros.

¹²³⁵ Economie.gouv.fr, DAJ, Guide pratique achats publics innovants.

¹²³⁶ Droit-des-contrats-publics.efe.fr, L'heure du bilan de l'expérimentation achats innovants a sonné !, 29 janv. 2020.

¹²³⁷ Code-commande-publique.com, Expérimentation en matière d'achats innovants (Décret n° 2018-1225) – Moins de 100 000 Euros.

¹²³⁸ CCP, art. L. 2172-3.

¹²³⁹ Ibid. Code-commande-publique.com.

¹²⁴⁰ D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018, art. 1.

d'offres susceptibles de répondre au besoin »¹²⁴¹. Ainsi, « on retrouve ici la même condition que celle qui s'applique aux marchés dont le montant n'excède pas 40 000 € HT (qui peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence) et qui vise à éviter toute utilisation abusive de la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables »¹²⁴².

En effet, le décret du 24 décembre 2018¹²⁴³ prévoit deux types d'obligations pour l'acheteur lorsqu'il s'appuie sur cette expérimentation : un achat en « bon gestionnaire » et une déclaration auprès de l'Observatoire économique de la commande publique (OCEP). La première, inspirée des dispositions pour les marchés inférieurs à vingt-cinq mille euros¹²⁴⁴, implique trois points d'attentions mis en lumière au premier article du décret du 24 décembre 2018¹²⁴⁵. Ainsi, dans le cadre de l'expérimentation relative aux achats publics innovants, « les acheteurs veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin »¹²⁴⁶. La seconde est pour sa part prévue à l'article 2 du décret du 24 décembre 2018¹²⁴⁷ qui dispose que les acheteurs concluant ce type de marchés « en font la déclaration auprès de l'Observatoire économique de la commande publique selon les modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie »¹²⁴⁸. Cette obligation est relativisée par l'arrêté du 26 décembre 2018 relatif à la déclaration des achats innovants prévue par l'article 2 du décret du 24 décembre 2018. En effet, cet arrêté précise à son premier article que l'obligation de déclaration d'achat innovant auprès de l'OCEP ne concerne que « les marchés d'un montant égal ou supérieur à 25 000 euros HT et inférieur à 100 000 euros HT »¹²⁴⁹.

Afin d'accompagner au mieux cette expérimentation, l'OCEP a produit d'une nouvelle version du Guide pratique de l'achat public innovant qui a « pour objet d'aider les acheteurs publics à construire en interne et en collaboration entre eux, des méthodes susceptibles de repérer et d'insuffler cette force d'innovation dans les politiques d'achat »¹²⁵⁰. En effet, l'OCEP rappelle que « l'innovation ne concerne pas seulement la recherche-développement ou les achats spécialisés : la collectivité a tout intérêt à rechercher et à permettre la prise en compte de procédés nouveaux et créatifs y compris dans ses activités ou ses achats les plus récurrents »¹²⁵¹.

103. - Un premier bilan en demi-teinte.

Le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique¹²⁵² met en place une expérimentation relative aux achats innovants et ne consacre donc pas directement cette pratique de manière pérenne. Comme toute expérimentation juridique, cette mesure est donc prévue pour une durée limitée et doit faire l'objet d'une évaluation qui permettra de décider de son avenir dans l'ordonnancement juridique. Prévue pour une durée de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du décret du 24 décembre 2018, soit jusqu'au 26 décembre 2021,

¹²⁴¹ D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018, art. 1.

¹²⁴² Rapp L., Terneyre P., Garnier C. (dir.), *Le Lamy Droit Public des Affaires*, 2021, Wolters Kluwer.

¹²⁴³ Ibid. D. n° 2018-1225.

¹²⁴⁴ Ibid. Code-commande-publique.com.

¹²⁴⁵ Ibid. D. n° 2018-1225.

¹²⁴⁶ Ibid. D. n° 2018-1225.

¹²⁴⁷ Ibid. D. n° 2018-1225.

¹²⁴⁸ D. n° 2018-1225, loc. cit. art. 2.

¹²⁴⁹ A. 26 déc. 2018.

¹²⁵⁰ Economie.gouv.fr, DAJ, Guide pratique achats publics innovants.

¹²⁵¹ Ibid. Economie.gouv.fr.

¹²⁵² D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018.

l'expérimentation des achats publics innovants devait donc faire l'objet d'une évaluation. L'article 3 du décret du 24 décembre 2018¹²⁵³ apporte des précisions à ce sujet. Il dispose ainsi que « le ministre chargé de l'économie assure le suivi et l'évaluation de l'expérimentation. Il transmet au Premier ministre un rapport d'évaluation sur l'application du dispositif dans les six mois qui précèdent le terme de l'expérimentation » et ajoute que ce rapport élaboré sur la base des données transmises à l'OECP conformément à l'article 2 du décret est rendu public¹²⁵⁴.

Un premier bilan intermédiaire a été réalisé en janvier 2020 par la direction des affaires juridiques de Bercy, s'appuyant sur le rapport fourni par l'OECP. Alors que les chiffres ne sont pas flamboyants, la direction des affaires juridiques de Bercy reste positive. En effet, elle considère que le bilan négatif de l'OECP est « à décrypter avec parcimonie »¹²⁵⁵ pour plusieurs raisons. En effet, si l'OECP n'a recensé la passation que de cinquante-six achats innovants dans son rapport de janvier 2020, ce chiffre est à relativiser de deux points de vue. En premier lieu, « il est d'usage que les collectivités procèdent à la déclaration de leurs achats publics bien après leur notification, que certaines organisations publiques ne procèdent pas à la déclaration de leurs achats innovants ou encore parce que le recensement pour les contrats notifiés en 2019 est ouvert jusqu'au 31 mai 2020 »¹²⁵⁶. En second lieu, les achats innovants dont le montant était inférieur à vingt-cinq mille euros étant exclus du champ de la notification à l'OECP¹²⁵⁷, le bilan alors dressé ne pouvait être que parcellaire. Ce bilan négatif semble donc tenir davantage à des carences dans la conduite de l'expérimentation que dans la mesure expérimentée elle-même. Ainsi, la Direction des affaires juridiques de Bercy considère qu'il s'agit d'une « année positive, sachant que nous ne nous attendions pas à un nombre trop important de marchés publics passés selon ce dispositif. Il faut laisser du temps aux acteurs pour s'approprier cette nouvelle procédure, il y a notamment eu un moment d'inquiétude autour de la notion, un peu large, d'innovation »¹²⁵⁸.

104. - Pérennisation de l'expérimentation.

Le décret du 13 décembre 2021 relatif aux achats innovants et portant diverses autres dispositions en matière de commande publique¹²⁵⁹ pérennise l'expérimentation relative aux achats publics innovants. Les achats publics innovants figurent donc désormais au nouvel article R. 2122-9-1 du code de la commande publique¹²⁶⁰.

Le champ de cette dispense de procédure a été étendu à l'occasion de cette pérennisation « aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros HT pour des travaux innovants, à condition que la valeur de l'ensemble des lots concernés n'excède pas 20 % du montant total du marché »¹²⁶¹.

2. La proposition d'expérimentation relative aux alliances innovantes au service de l'intérêt général

¹²⁵³ D. n° 2018-1225, loc. cit., art. 3.

¹²⁵⁴ Ibid. D. n° 2018-1225.

¹²⁵⁵ Droit-des-contrats-publics.efe.fr, L'heure du bilan de l'expérimentation achats innovants a sonné !, 29 janv. 2020.

¹²⁵⁶ Ibid. Droit-des-contrats-publics.

¹²⁵⁷ A. 26 déc. 2018.

¹²⁵⁸ Droit-des-contrats-publics.efe.fr, L'heure du bilan de l'expérimentation achats innovants a sonné !, 29 janv. 2020.

¹²⁵⁹ D. n° 2021-1634, 13 déc. 2021.

¹²⁶⁰ CCP, art. R. 2122-9-1.

¹²⁶¹ Economie.gouv.fr, DAJ, Le dispositif « achats innovants » pérennisé, 16 déc. 2021.

105. - Le contexte de la proposition de loi relative au développement de l'engagement collectif et des alliances innovantes au service de l'intérêt général sur les territoires pour une société durable.

La proposition de loi relative au développement de l'engagement collectif et des alliances innovantes au service de l'intérêt général sur les territoires pour une société durable déposée le 9 février 2021¹²⁶² trouve ses origines au sommet de l'ONU sur le développement durable du 25 septembre 2015. A cette occasion, et après deux ans de concertations à l'échelle mondiale « ayant associé tout à la fois les États, les institutions multilatérales, les organisations non gouvernementales [...], les entreprises, les autorités locales, les instituts de recherche ou encore les grandes confédérations syndicales »¹²⁶³, les États membres de l'ONU ont adopté un nouveau programme de développement durable pour 2030. Il énumère dix-sept objectifs de développement durable (ODD) et le dernier (ODD 17) touche aux « partenariats pour la réalisation des objectifs »¹²⁶⁴.

Afin de concrétiser l'ODD 17 au niveau national, Gabriel Attal a annoncé le 16 octobre 2019 durant le Forum National des Associations et des Fondations, la mise en place d'une mission relative aux alliances stratégiques entre associations, entreprises et collectivités confiée à Cathy Racon-Bouzon, députée des Bouches-du-Rhône et Charles-Benoît Heidsieck, Président-Fondateur du RAMEAU¹²⁶⁵. Cette idée a été portée par la conviction du Gouvernement « de la nécessité de créer des espaces de dialogue pour confronter les points de vue et ouvrir la voie à de futures coopérations nationales et territoriales entre ces acteurs aux identités et activités différentes, mais complémentaires »¹²⁶⁶.

Ce travail s'est matérialisé en 2020 par trois résultats : « un cap ambitieux pour faire des alliances stratégiques un levier de transformation à la fois en cette période de sortie de crise Covid-19, mais aussi pour réussir les Objectifs de Développement Durable à horizon 2030 », « un programme d'actions autour de 21 mesures pour (re)connaître, valoriser et accélérer le mouvement de co-construction du bien commun qui s'incarne sur les territoires, véritable " Collective Impact " à la Française » et « un kit "l'ODD 17 en pratique" pour permettre dès aujourd'hui aux organisations et aux territoires de mettre en œuvre des alliances stratégiques innovantes, pertinentes et porteuses d'engagement »¹²⁶⁷. La mission articule ses travaux autour de quatre chantiers au rang desquels figure la création d'un droit d'alliance qui serait « un droit non contraignant, co-construit avec les acteurs, pour sécuriser au maximum la démarche d'alliance d'intérêt général et lui permettre d'innover »¹²⁶⁸. La proposition de loi relative au développement de l'engagement collectif et des alliances innovantes au service de l'intérêt général sur les territoires pour une société durable déposée par Cathy Racon-Bouzon le 9 février 2021 s'inscrit dans la lignée de ces travaux et propose la mise en place d'une expérimentation relative aux alliances innovantes au service de l'intérêt général¹²⁶⁹.

106. - Les motivations incitant à la mise en place d'une expérimentation relative aux alliances innovantes au service de l'intérêt général.

¹²⁶² Proposition de loi n° 3849, 9 févr. 2021.

¹²⁶³ Jahsan P., Alliances de progrès : le défi est devant nous, op. cit.

¹²⁶⁴ Undp.org, Objectifs de développement durable (ODD).

¹²⁶⁵ Associations.gouv.fr, Alliances stratégiques entre associations, entreprises et collectivités, 7 mai 2020.

¹²⁶⁶ Ibid. Associations.gouv.fr.

¹²⁶⁷ Ibid. Associations.gouv.fr.

¹²⁶⁸ Culture.gouv.fr, Remise du rapport de la mission ministérielle sur les alliances stratégiques : développer les partenariats multi-acteurs au service de l'intérêt général, 17 juin 2020.

¹²⁶⁹ Proposition de loi n° 3849, 9 févr. 2021.

Dans la continuité des travaux précédemment évoqués, la proposition de loi n°3849 déposée le 9 février 2021 part du constat suivant :

« Lorsqu'il s'agit d'expérimenter ensemble de nouvelles solutions, les personnes morales issues de statuts différents n'ont pas de cadre juridique pour contractualiser sans mettre en risque l'une ou l'autre des parties, voire rendre fragile l'alliance qu'ils ont créée. Ils prennent alors le risque de voir requalifier leurs relations, voire leur statut pour les structures d'intérêt général. Plus encore, il ne leur est pas possible d'assurer une réelle protection juridique du « commun » qu'ils constituent ensemble. Au moment où les expérimentations partenariales se multiplient, notamment sur les territoires, pour répondre à des défis communs comme le suggère l'Objectif de Développement Durable n° 17, aucun cadre juridique ne permet de les favoriser ; pire encore, une analyse juridique de leur constitution conduit rapidement les parties à renoncer à « faire alliance au service de l'intérêt général. »¹²⁷⁰

Si des outils juridiques existants peuvent en réalité être mis au service de l'innovation collaborative, il faut bien admettre qu'ils ne sont pas toujours adaptés aux besoins des partenaires et peuvent constituer un frein à l'innovation. Le Droit pourrait davantage accompagner l'innovation, voire la favoriser, et c'est bien là l'objectif poursuivi par la proposition de loi. En effet, elle « vise à expérimenter un droit de l'alliance innovante et à créer les conditions permettant son développement partout sur les territoires pour favoriser la coopération au service du bien commun »¹²⁷¹ et rappelle qu' « il appartient au législateur de créer un cadre législatif permettant à la fois de sécuriser juridiquement l'action des acteurs et de promouvoir ces coopérations essentielles au développement d'une société durable. »¹²⁷².

107. - Le contenu de la proposition.

Le premier article de la proposition de loi du 9 février 2021¹²⁷³ prévoit la mise en place pour une durée de trois ans d'une expérimentation relative aux alliances innovantes au service de l'intérêt général et précise le cadre de cette expérimentation. Il précise l'objectif de la norme expérimentée, qui vise à permettre « une coopération entre des personnes morales de droit privé et de droit public qui, dans une même communauté d'intérêts pour un projet, s'associent par voie de contrat, pour déterminer les modalités par lesquelles elles développent conjointement des méthodes, des produits, des services innovants en réponse à des besoins d'intérêt général [...] dans les conditions actuelles du marché ou dans le cadre des politiques publiques »¹²⁷⁴. Il prévoit les modalités de pilotage, d'accompagnement, de suivi et d'évaluation de l'expérimentation afin que celle-ci puisse être menée de manière constructive. Le deuxième article précise également les normes auxquelles il doit être dérogé pour mener à bien cette expérimentation, notamment en ce qui concerne la participation des collectivités territoriales à ce type d'alliances¹²⁷⁵.

¹²⁷⁰ Ibid. Proposition de loi n° 3849.

¹²⁷¹ Ibid. Proposition de loi n° 3849.

¹²⁷² Ibid. Proposition de loi n° 3849.

¹²⁷³ Ibid. Proposition de loi n° 3849.

¹²⁷⁴ Proposition de loi n° 3849, loc. cit., art. 1.

¹²⁷⁵ Proposition de loi n° 3849, loc. cit., art. 2. « 1° Par dérogation aux dispositions du titre IER du livre II de la troisième partie et du titre II du livre II de la quatrième partie du code général des collectivités territoriales, les conseils départementaux et régionaux peuvent participer à une alliance ne relevant pas des domaines de compétences que la loi leur attribue »

Le premier article de la proposition de loi précise également les cinq conditions cumulatives auxquelles doivent répondre ce type d'alliances. À ce titre il apporte des précisions en ce qui concerne sa composition¹²⁷⁶, son objet, à savoir « une communauté d'intérêts autour d'un projet innovant en réponse à des besoins d'intérêt général »¹²⁷⁷ et ses modalités de gouvernance, qui doivent être paritaires et désintéressées¹²⁷⁸. Il précise le cadre contractuel dans lequel les parties de l'alliance s'inscrivent¹²⁷⁹, indiquant le contenu et les modalités de signature des contrats¹²⁸⁰, et ajoute que le but ne soit pas être la distribution des bénéfices¹²⁸¹.

Section 3. Clarifier les règles de propriété intellectuelle applicables à l'innovation collaborative

Alain Duprey, Directeur de l'association des instituts Carnot, rappelle que « la propriété intellectuelle [...] et son partage jouent un rôle majeur dans le choix et la mise en place des partenariats »¹²⁸². Si les droits de propriété intellectuelle sont un enjeu clef des innovations collaboratives, ils sont souvent un sujet délicat à traiter dans une approche partenariale. François Herpe souligne que l'innovation collaborative « se heurte encore aux difficultés qui naissent de telles démarches communes, en particulier celles liées à la maîtrise, toujours complexe, de la propriété intellectuelle »¹²⁸³. Symptomatique d'une vision de la propriété intellectuelle qui n'est pas celle de l'innovation collaborative, le Code de propriété intellectuelle n'est que partiellement adapté pour accompagner cette dernière (§1.). Les contrats constituent alors le principal palliatif en la matière (§2.).

¹²⁷⁶ Proposition de loi n° 3849, loc. cit., art. 1. « Sa composition comprend au minimum un organisme d'intérêt général et une entreprise dont les activités ont un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou qui concourt à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'œuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises »

¹²⁷⁷ Ibid. Proposition de loi n° 3849.

¹²⁷⁸ Ibid. Proposition de loi n° 3849 : « Une gouvernance paritaire des parties prenantes, indépendamment des contributions de chacune d'elles ».

¹²⁷⁹ Ibid. Proposition de loi n° 3849 : « Un partenariat désintéressé défini et organisé par le contrat d'alliance ».

¹²⁸⁰ Ibid. Proposition de loi n° 3849 : « I. – L'alliance innovante est instituée par un contrat d'alliance qui précise les obligations réciproques des parties et notamment : 1° L'objet, le but, les motifs et la durée du contrat d'alliance, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut être prorogé ou modifié ; 2° Les conditions d'adhésion et de retrait des parties ; 3° La protection des connaissances techniques et des savoir-faire antérieurement acquis ; 4° La répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment issus de la phase de recherche et développement ; 5° Les contributions matérielles et financières de chacune des parties. Le projet de contrat est arrêté par délibérations concordantes adoptées dans les conditions requises par les statuts des personnes morales de droit privé parties au contrat et, le cas échéant, par les personnes morales de droit public. La validité du contrat est subordonnée à la signature, par les parties au contrat, d'une charte de bonnes pratiques. Le contrat type d'alliance et la charte de bonnes pratiques sont définis par un arrêté du ministre chargé de la vie associative. Ils peuvent être adaptés aux spécificités des territoires par les comités locaux mentionnés au IV. »

¹²⁸¹ Ibid. Proposition de loi n° 3849 : « Un but autre que la distribution des bénéfices. Les éventuels bénéfices sont exclusivement consacrés à l'objectif de développement de l'alliance. »

¹²⁸² INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 5.

¹²⁸³ Herpe F., Innovation collaborative : un enjeu fort pour la propriété intellectuelle, Les petites affiches 2014.

§1. La délicate application des règles de propriété intellectuelle à l'innovation collaborative

Les règles classiques de propriété intellectuelle entrent en contradiction avec l'innovation collaborative plus qu'elles ne l'accompagnent (A.). Face à ce constat, la propriété intellectuelle s'adapte progressivement à l'innovation collaborative (B.).

A. La confrontation des règles classiques de propriété intellectuelle à l'innovation collaborative

Benjamin Jean met en lumière le décalage entre les règles classiques de propriété intellectuelle et l'innovation collaborative. Il considère que, « quels que soient les similitudes et les efforts menés pour les rapprocher, les deux concepts s'opposent, par le simple fait qu'ils correspondent à deux modèles d'innovation différents : l'innovation du XIXe siècle n'a plus rien à voir avec celle du XXIe siècle »¹²⁸⁴. Il considère que « la propriété intellectuelle ayant été conçue pour une innovation particulière, il aurait été logique qu'elle suive l'évolution de cette dernière », mais souligne qu'« il semblerait que le système ait développé sa propre autonomie de sorte qu'il chercherait plus à transformer l'innovation qu'à se transformer lui-même »¹²⁸⁵. Le caractère individuel des règles classiques de propriété intellectuelle (2.) ainsi que la multitude de droits pouvant en découler (1.) figurent parmi les points de friction entre innovation collaborative et règles classiques de propriété intellectuelle mis en exergue par Benjamin Jean¹²⁸⁶.

1. L'innovation collaborative à l'épreuve de la multitude des droits de propriété intellectuelle

108. - Multitude de droits de propriété intellectuelle.

Traditionnellement, le Droit de la propriété intellectuelle est scindé en deux branches : la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle¹²⁸⁷. La première s'applique aux « œuvres de l'esprit »¹²⁸⁸, notamment les écrits littéraires, les compositions musicales, les œuvres cinématographiques, les œuvres graphiques et typographiques ou encore les logiciels, y compris le matériel de

¹²⁸⁴ Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, op. cit.

¹²⁸⁵ Ibid. Jean B.

¹²⁸⁶ Ibid. Jean B.

¹²⁸⁷ Grudler C., Théorie de l'unité de l'art : du cumul de protection par le droit d'auteur et le droit de la propriété industrielle, Village de la Justice 2018.

¹²⁸⁸ CPI, art. L. 111-1.

conception préparatoire¹²⁸⁹. La seconde a pour sa part vocation à protéger les dessins et modèles¹²⁹⁰, les inventions et connaissances techniques¹²⁹¹, les marques de produits ou de services et les autres signes distinctifs¹²⁹². Chacune de ces branches peut conduire, pour des raisons différentes à une multiplication incontrôlée de droits de propriété intellectuelle, multiplication qui peut s'avérer problématique dans le cadre des projets innovants.

Concernant la propriété littéraire et artistique, rappelons les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de propriété intellectuelle qui disposent que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »¹²⁹³ complétées selon l'article L. 111-2 du même code selon lequel « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». Ainsi, « dès l'instant où une œuvre est exprimée, et au fur et à mesure de sa création, l'auteur bénéficie de droits sur cette dernière »¹²⁹⁴. Ces droits sont moraux et patrimoniaux. Il est important de rappeler que les droits moraux associés au droit d'auteur sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles¹²⁹⁵. Benjamin Jean considère que « ce caractère automatique et obligatoire de la jouissance de certains droits, ajouté à l'existence d'un formalisme contraignant selon lequel tout ce qui n'est pas expressément cédé est réservé, empêche toute volonté délibérée d'ignorer ces droits »¹²⁹⁶. Il souligne que « la persistance des droits, même s'ils ne sont pas exploités, pourrait freiner les tiers qui y verraient, à raison, la source d'une insécurité juridique »¹²⁹⁷.

Concernant la propriété industrielle, c'est l'acte de dépôt qui est créateur de droits. Le droit d'interdire associé aux titres de propriété industrielle peut constituer un véritable frein à l'innovation. Forts de ce constat, de nombreux acteurs se sont « [armés] par l'acquisition de droits de propriété industrielle »¹²⁹⁸. Cette logique a emporté avec elle plusieurs dérives. Tout d'abord, on assiste à une capitalisation des titres de propriété industrielle¹²⁹⁹. Par exemple, le brevet est devenu un « objet marchand, négociable à un point jamais atteint jusqu'alors, et il existe aujourd'hui un véritable marché des brevets

¹²⁸⁹ CPI, art. L. 112-2 « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; 3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ; 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; 7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; 8° Les œuvres graphiques et typographiques ; 9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; 10° Les œuvres des arts appliqués ; 11° Les illustrations, les cartes géographiques ; 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement »

¹²⁹⁰ CPI, art. L. 511-1 à L. 522-2.

¹²⁹¹ CPI, art. L. 611-1 à L. 623-44.

¹²⁹² CPI, art. L. 711-1 à L. 731-4.

¹²⁹³ CPI, art. L. 111-1.

¹²⁹⁴ Ibid. Jean B.

¹²⁹⁵ CPI, art. L. 121-1.

¹²⁹⁶ Ibid. Jean B.

¹²⁹⁷ Ibid. Jean B.

¹²⁹⁸ Ibid. Jean B.

¹²⁹⁹ Jean B., *Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?*, op. cit.

»¹³⁰⁰. Comme le rappelle Mouaz Rikabi, « il s'agit [...] d'un détournement du système des brevets qui déséquilibre l'ensemble de ce régime au profit de l'intérêt individuel du titulaire de droit »¹³⁰¹. Cette course aux brevets emporte avec elle « une survalorisation des portefeuilles de titres (leur valeur n'étant plus intrinsèque, mais stratégique) » et sature les offices nationaux chargés de traiter ces dépôts, emportant la délivrance de « titres de mauvaise qualité »¹³⁰². Benjamin Jean affirme à cet égard qu'« en combinant ces deux facteurs, on assiste à une survalorisation de titres incertains et très larges, qui n'ont d'autre fin que de contrôler la concurrence et l'innovation : une fonction entièrement contraire aux objectifs initiaux du droit des brevets »¹³⁰³. Outre cette course folle, le développement d'innovations complexes impliquant différentes inventions contribue à la formation de *patent thickets*, c'est-à-dire de « [réseaux denses] de droits de propriété intellectuelle qui se chevauchent » conduisant les entreprises à « se frayer un chemin [...] pour pouvoir commercialiser une nouvelle technologie »¹³⁰⁴. Un exemple éclairant mis en lumière par Laure Marino¹³⁰⁵, Professeur de Droit, est celui du *patent thicket* des *smartphones* qui impliquait environ quinze mille brevets en 2013¹³⁰⁶. S'ils « témoignent de l'innovation » et ne sont pas en eux même à l'origine des abus en matière de brevets ou de « la mauvaise qualité » de ces derniers, les *patent thickets* constituent ce pendant « une poudrière » au cœur de la guerre des brevets¹³⁰⁷.

109. - Inadéquation aux créations complexes issues d'innovations collaboratives.

L'impossibilité de renoncer à une partie des droits de propriétaire littéraire et artistique et la multiplication des droits de propriété industrielle, notamment dans un idéal capitalistique, constituent un frein à l'innovation, d'autant plus si celle-ci est collaborative. Elles peuvent bloquer la mise en place d'un projet collaboratif, ou tout au moins la complexifier, mais également limiter la protection juridique d'une innovation collaborative, venant alors limiter l'intérêt de la démarche.

En premier lieu, les innovations collaboratives conduisent à l'élaboration de créations complexes associant des acteurs plus nombreux et variés, apportant potentiellement chacun au projet des créations protégées par des droits de propriété intellectuelle. Or, l'exclusivité conférée aux titulaires de droits a été « conçue dans un monde où les produits ou services étaient relativement simples et ne reposaient que sur un nombre limité d'inventions » où elle « n'avait pas d'effet bloquant »¹³⁰⁸. Cette approche est difficilement conciliable avec les créations complexes développées actuellement, qui peuvent impliquer des centaines d'objets de droits¹³⁰⁹. Les inventions « complexes », en ce qu'elles sont composées d'un grand nombre d'inventions brevetables, contribuent indéniablement au développement de *patent thickets*¹³¹⁰. Le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication, qui est au cœur des territoires d'intelligences, utilise généralement des produits « complexes » et est au

¹³⁰⁰ Gasnier J.-P., Bronzo N. (dir.), Les nouveaux usages du brevet d'invention, Réflexions théoriques et incidences pratiques, 2016, PUAM, p. 8.

¹³⁰¹ Rikabi M., Les droits de la propriété intellectuelle et l'intérêt général (Approche en droit d'auteur et en droit des brevets), thèse, Isar H. (dir.), 2019.

¹³⁰² Ibid. Jean B.

¹³⁰³ Ibid. Jean B.

¹³⁰⁴ Shapiro C., Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting, in Jaffe A. B., Lerner J. et Stern S (dir.), Innovation Policy and the Economy, 2001, MIT Press.

¹³⁰⁵ Marino L., Les patent thickets : du bouillon de l'innovation à la poudrière, RLDI 2014.

¹³⁰⁶ Epo.org.

¹³⁰⁷ Ibid. Marino L.

¹³⁰⁸ Ibid. Jean B.

¹³⁰⁹ Ibid. Jean B.

¹³¹⁰ Ibid. Marino L.

cœur d'un « maquis de brevets »¹³¹¹. Benjamin Jean considère que « des inventions fictives ou mineures peuvent aujourd'hui bloquer une invention plus importante et un produit de grande valeur sociale »¹³¹². En outre, même si les acteurs réunis pour mettre en place une innovation collaborative détiennent les droits de propriété intellectuelle sur les créations initiales nécessaires pour réaliser la nouvelle création, les négociations relatives aux droits de propriété intellectuelle existants et à venir peuvent s'avérer relativement délicates.

En second lieu, la multiplication des droits de propriété intellectuelle complexifie la protection des inventions incrémentales qui peuvent être issues de projets collaboratifs. L'innovation incrémentale peut être définie comme « le processus qui tente de valoriser économiquement des inventions relatives à des méthodes et des produits existants en fonction d'objectifs stratégiques tels que l'apport de nouvelles fonctionnalités, l'augmentation des performances ou la réduction des coûts »¹³¹³. Cette terminologie s'oppose à celle de l'invention de rupture. Plus radicale, l'innovation de rupture ébranle la société¹³¹⁴. Actuellement, les inventions de rupture se raréfient, laissant place aux inventions incrémentales. De ce point de vue, « l'inventivité caractérisant les inventions brevetables n'est plus aussi évidente qu'elle l'était - souvent simple avancée dans l'état de l'art que véritable éclair de génie »¹³¹⁵.

2. L'individualisme des règles classiques de propriété intellectuelle à l'épreuve du pluralisme de l'innovation collaborative

110. - La multitude et la diversité des acteurs impliqués dans l'innovation collaborative.

Le concept d'*Open Innovation*, également appelé innovation collaborative¹³¹⁶, est né sous la plume de Henry Chesbrough en 2003¹³¹⁷ et renvoi à « une évolution des pratiques d'innovation plus anciennes »¹³¹⁸. Le développement des technologies de l'information et de la communication, ainsi que le partage de connaissance qui en résulte¹³¹⁹, la volonté de replacer le citoyen au cœur des territoires et la prise de conscience des structures privées de la valeur ajoutée que peuvent apporter les acteurs les entourant¹³²⁰ invitent à repenser la conception de l'innovation. « En consacrant l'idée d'une innovation sociale, voire sociétale, où il n'est plus question d'être le premier à créer ou à inventer, mais d'inventer ou de créer mieux avec et grâce aux autres : chacun perfectionnant sa capacité à bénéficier

¹³¹¹ Ibid. Marino L.

¹³¹² Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, op. cit.

¹³¹³ Lucidarme T., Valoriser et développer l'innovation: De l'innovation incrémentale à l'innovation visionnaire de rupture, 2013, Vuibert.

¹³¹⁴ Ibid. Jean B.

¹³¹⁵ Ibid. Jean B.

¹³¹⁶ Ibid. Jean B.

¹³¹⁷ Chesbrough H. W., Open innovation : the new imperative for creating and profiting from technology, Harvard Business School Press 2003.

¹³¹⁸ Ibid. Jean B.

¹³¹⁹ Ibid. Jean B.

¹³²⁰ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 21 : « Ces acteurs évoquent plusieurs éléments de contexte pour expliquer cette volonté d'ouverture : la multiplicité des savoirs et des compétences nécessaires et la difficulté de tous les maîtriser en interne, en particulier lorsqu'ils ne sont pas liés au cœur de métier ; l'accroissement des risques financiers et les difficultés d'accès aux financements, qui incitent les entreprises à mutualiser les investissements de R&D ; l'internationalisation des marchés et la nécessité croissante d'adapter les services produits aux usages locaux ; l'hyperspécialisation de certains marchés sur lesquels se multiplient des acteurs de niche plus spécialisés, plus réactifs, plus innovants ; la nécessité de développer une agilité forte dans des marchés incertains, notamment ceux à forte composante technologique, qui pousse à intégrer des composants externes complémentaires pour « coller » au plus près de la demande. »

de la créativité, de l'intelligence et des contributions externes »¹³²¹, l'innovation collaborative vient donc « [bouleverser] la conception traditionnelle de l'innovation »¹³²².

D'aucuns considèrent que la pratique collaborative existait déjà et que son développement n'est pas révolutionnaire. Si l'argument est audible, il nécessite cependant d'être relativisé¹³²³. En effet, les collaborations dans un but d'innovation se sont multipliées et la diversité des formes qu'elles peuvent prendre est grandissante. Tandis que les liens entre les acteurs historiques de l'innovation se consolident, de nouveaux protagonistes entrent sur la scène de l'innovation collaborative. Ainsi, les synergies entre les acteurs publics, particulièrement ceux du monde de la recherche, et les entreprises s'intensifient et de nouveaux acteurs participent de manière collaborative à la création d'innovation. Joël Smith, Rebekah Gay et Rachel Montagnon soulignent à cet égard que « si le savoir et la technologie peuvent encore émaner de collaborations avec les acteurs habituels, l'éventail de partenaires s'élargit toujours plus »¹³²⁴. Les entreprises nouvelles, particulièrement les *start up*, les structures à but non lucratif, mais également les personnes physiques, notamment les bénéficiaires d'un service public ou les consommateurs, prennent progressivement part à la création collaborative d'innovation¹³²⁵. L'étude du cabinet d'avocats Herbert Smith Freehills publiée par le magazine de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) met d'ailleurs en lumière le développement de défis en ligne, de concours et de marathon visant à « [exploiter] la créativité du grand public », l'élargissement du « panel de collaborateurs externes » des entreprises, la propagation de la pratique de l'incubation et l'émergence de plateformes collectives¹³²⁶.

111. - L'inadéquation des règles de propriété intellectuelles classiques.

Si la reconnaissance de l'aspect collaboratif de la création prend corps en Droit de la propriété intellectuelle, Benjamin Jean souligne malgré tout que « l'innovation et la création telles que saisies par le code sont encore très liées à la contribution d'un individu (les partenaires et clients ne jouant qu'un rôle passif dans celle-ci) »¹³²⁷. Par exemple, en matière de propriété littéraire et artistique, l'article L. 111-1 du Code de propriété intellectuelle dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »¹³²⁸. Les droits d'auteur sont généralement rattachés à une personne physique, un employé créant une œuvre dans le cadre de son contrat de travail bénéficiera en principe des droits d'auteurs attachés à son œuvre¹³²⁹. Les droits moraux dont bénéficie l'auteur, au titre desquels il « jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre » sont « attachés à sa personne »¹³³⁰. Ces dispositions laissent transparaître le caractère éminemment individuel et personnel du droit d'auteur.

¹³²¹ Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, op. cit.

¹³²² Ibid. Jean B.

¹³²³ Montagnon R., Rebekah G., Smith J., L'innovation ouverte mise sur la collaboration, OMPI Magazine 2020.

¹³²⁴ Ibid. Montagnon R.

¹³²⁵ Ibid. Montagnon R.

¹³²⁶ Montagnon R., Rebekah G., Smith J., L'innovation ouverte mise sur la collaboration, OMPI Magazine 2020.

¹³²⁷ Ibid. Jean B.

¹³²⁸ CPI, art. L. 111-1.

¹³²⁹ Ce principe connaît cependant des exceptions, par exemple en matière de logiciels (CPI, art. L. 113-9)

¹³³⁰ CPI, art. L. 121-1.

Les « paradigmes initiaux »¹³³¹ de la propriété intellectuelle sont donc mis à l'épreuve du développement de l'innovation collaborative. En effet, à l'heure de l'innovation collaborative, « l'image de l'auteur ou du créateur solitaire a glissé du principe à l'exception »¹³³². Benjamin Jean souligne qu'à l'ère de l'innovation collaborative, la « complexification de l'élaboration - et du statut - de l'œuvre remet en cause le caractère très individualiste et personnel des droits de propriété intellectuelle et, plus généralement, du concept de propriété à l'encontre de ces créations »¹³³³.

B. La possible conciliation des règles de propriété intellectuelle avec l'innovation collaborative

Des outils de propriété intellectuelle, législatifs et contractuels, pouvant être mis au service de l'innovation collaborative, émergent progressivement (1.). Malgré cet effort de conciliation des deux logiques, des contradictions demeurent palpables et conduisent à envisager une réforme du Droit de la propriété intellectuelle (2.). Alors qu'il invite à réformer la propriété intellectuelle, Benjamin Jean propose trois arguments en faveur d'une telle réforme, à savoir : « redonner à la propriété intellectuelle une légitimité aux yeux de tous », « lever les freins systémiques » et « protéger l'innovation de demain »¹³³⁴.

1. Les outils de propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative

112. - Les outils législatifs au service de l'innovation collaborative : développement progressif de règles relatives à la pluralité d'acteurs impliqués dans l'innovation.

En matière de propriété littéraire et artistique, l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle introduit trois notions relatives aux œuvres ayant une pluralité d'auteurs. La première est l'œuvre de collaboration, c'est-à-dire lorsque plusieurs personnes physiques ont concouru à sa création¹³³⁵. L'œuvre de collaboration est « la propriété commune des coauteurs » qui doivent alors exercer leurs droits d'un commun accord¹³³⁶. Le Code de la propriété intellectuelle précise que « lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune »¹³³⁷. La deuxième notion de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle est celle d'œuvre composite. Celle-ci correspond à « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière »¹³³⁸. La propriété de cette œuvre est celle « de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante »¹³³⁹. L'œuvre collective est le troisième cas évoqué à l'article L. 113-2. Il s'agit d'une « œuvre

¹³³¹ Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, op. cit.

¹³³² Ibid. Jean B.

¹³³³ Ibid. Jean B.

¹³³⁴ Ibid. Jean B.

¹³³⁵ CPI, art. L. 113-2.

¹³³⁶ CPI, art. L. 113-3.

¹³³⁷ Ibid. CPI.

¹³³⁸ CPI, art. L. 113-2.

¹³³⁹ CPI, art. L. 113-4.

créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé »¹³⁴⁰. Celle-ci est « sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée » et c'est cette dernière qui est investie des droits d'auteur¹³⁴¹.

La propriété industrielle permet également la copropriété des dessins et modèles¹³⁴², des inventions et connaissances techniques¹³⁴³, des marques de produits ou de services et des autres signes distinctifs¹³⁴⁴. La copropriété attachée aux dessins et modèles et aux marques ne fait pas l'objet d'un régime particulier et est donc régie par les règles classiques en matière d'indivision. En ce qui concerne la copropriété des brevets, les articles L. 613-29 à L. 613-32 du Code de la propriété intellectuelle prévoient un régime spécial dérogatoire au droit commun de l'indivision¹³⁴⁵.

Avec le développement de l'innovation collaborative, ces différents régimes tendent à s'entremêler. Ainsi, comme le rappelle Benjamin Jean, « les statuts particuliers des créations faisant intervenir plusieurs auteurs - simultanément (de collaboration ou collectives) ou successivement (composites, dérivées) - deviennent aujourd'hui la norme et il n'est pas rare qu'une œuvre dérivée soit aussi composite, mêlant des contributions d'œuvres collectives et de collaboration »¹³⁴⁶.

113. - Les outils contractuels au service de l'innovation collaborative : l'émergence des licences libres et des licences croisées.

Le Droit de la propriété intellectuelle offre différents outils contractuels pouvant être mis au service de l'innovation collaborative¹³⁴⁷. La pluralité d'auteurs évoquées précédemment peut ainsi être accompagnée contractuellement, notamment avec un contrat de copropriété ou un contrat de coopération selon le cas. Le premier, qui est souvent la conséquence d'une co-création, « implique que les copropriétaires soient détenteurs chacun d'une quote-part dudit bien »¹³⁴⁸. Le second peut « régir les relations entre des partenaires partageant les coûts de développement d'une innovation »¹³⁴⁹. Parmi les instruments contractuels permettant la gestion individuelle de la propriété intellectuelle, il est possible d'en distinguer deux principaux pouvant permettre l'utilisation de l'œuvre protégée¹³⁵⁰ : la cession et la licence. Si le premier emporte transfert de propriété, le second s'apparente davantage à une location¹³⁵¹. Deux types de licences sont particulièrement intéressantes dans le cadre de l'innovation collaborative : la licence libre et la licence croisée.

¹³⁴⁰ CPI, art. L. 113-2.

¹³⁴¹ CPI, art. L. 113-5.

¹³⁴² CPI, art. L. 511-1 à L. 522-2.

¹³⁴³ CPI, art. L. 611-1 à L. 623-44.

¹³⁴⁴ CPI, art. L. 711-1 à L. 731-4.

¹³⁴⁵ Dreyfus.fr, Copropriété.

¹³⁴⁶ Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, op. cit.

¹³⁴⁷ Marino L., Les patent thickets : du bouillon de l'innovation à la poudrière, op. cit.; Dhenne M., Les contrats de propriété intellectuelle, Village-justice.com, 2020.

¹³⁴⁸ Ibid. Dhenne M.

¹³⁴⁹ Ibid. Dhenne M.

¹³⁵⁰ Cahen M.-I., Contrats de propriété intellectuelle : comment les utiliser ?, Consultation.avocat.fr, oct. 2020 ; Dhenne M., Les contrats de propriété intellectuelle, Village-justice.com, 2020.

¹³⁵¹ Ibid. Dhenne M.

La licence libre est particulièrement utilisée en matière de logiciels, donc dans le champ de la propriété littéraire et artistique¹³⁵². Lorsque l'on aborde le sujet de la licence libre, il est d'usage d'évoquer le projet GNU créé par Richard Stallman, chercheur au Massachusetts Institute of Technology, qui vise à créer un système d'exploitation librement « partageable »¹³⁵³. La définition du logiciel libre retenue par la Free Software Foundation gravite autour des quatre libertés qu'il implique, à savoir : « la liberté d'exécuter le programme — pour tous les usages ; la liberté d'étudier le fonctionnement du programme — ce qui suppose l'accès au code source ; la liberté de redistribuer des copies — ce qui comprend la liberté de vendre des copies ; la liberté d'améliorer le programme et de publier ces améliorations — ce qui suppose, là encore, l'accès au code source »¹³⁵⁴. La notion de licence libre n'implique pas une liberté d'entrée, c'est-à-dire que si la gratuité est possible, elle n'est pas pour autant le principe de la licence libre. Comme tout logiciel, le logiciel libre relève du régime de droits d'auteurs¹³⁵⁵. Cependant, « la particularité des logiciels libres est que l'auteur exerce son droit en distribuant le logiciel accompagné d'une licence libre qui énumère les droits donnés à l'utilisateur. Il renonce ainsi à l'exclusivité de la plupart des droits que confère le droit de l'auteur »¹³⁵⁶. Le mouvement Creative Commons, « inspiré par les licences de logiciels libres et le mouvement open source »¹³⁵⁷ s'inscrit dans cette logique et propose des contrats types d'offre de mise à disposition d'œuvres. Elles permettent ainsi à l'auteur « d'autoriser à l'avance certaines utilisations selon des conditions exprimées par lui, et d'en informer le public »¹³⁵⁸ se distinguant alors des licences classiques qui requièrent l'autorisation préalable des titulaires de droits. La question de la compatibilité des licences Creative Commons avec le Code de la propriété intellectuelle¹³⁵⁹ et celle de la valeur juridique de ces licences libres étaient cependant récurrentes¹³⁶⁰. Si dans d'autres États de l'Union européenne des jurisprudences ont rapidement fleuri en ce qui concerne les licences Creative Commons¹³⁶¹, l'intervention du juge français fut tardive¹³⁶². Dans son arrêt du 11 décembre 2019, la Cour de cassation traite pour la première fois le

¹³⁵² CPI, art. L. 112-2.

¹³⁵³ Murielle-cahen.com, Licence de logiciel libre : « En 1983, Richard Stallman, chercheur au MIT () crée le projet GNU, visant à créer un système d'exploitation librement « partageable ». Parallèlement à ces travaux de développement, il fonde la Free Software Foundation. Richard Stallman a défini précisément la notion de logiciel libre et rédigé la licence publique générale GNU (GPL) dont l'objectif est le libre partage mais utilisant également le droit d'auteur. »

¹³⁵⁴ Ibid. Murielle-cahen.com.

¹³⁵⁵ Ibid. CPI.

¹³⁵⁶ Ibid. Murielle-cahen.com.

¹³⁵⁷ Ibid. Murielle-cahen.com.

¹³⁵⁸ Ibid. Murielle-cahen.com.

¹³⁵⁹ Ibid. Murielle-cahen.com ; Deshoulières E., Le droit moral et les licences Creative Commons, mémoire, Bourcier D. (dir.), 2007 ; Caron C., Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, D. 2003, Chron. ; Le Goffic C., Licences libres et copyleft : la contractualisation du droit d'auteur, RLDI 2011 ; De Roquefeuil B., Le statut juridique des logiciels libres : un régime juridique qui n'est pas unifié, Gaz. Pal. 2007.

¹³⁶⁰ Ibid. Murielle-cahen.com.

¹³⁶¹ Ibid. Murielle-cahen.com : « Dans la décision rendue par une juridiction d'Amsterdam, il a été jugé qu'un magazine ne peut pas reproduire des photos publiées sur Flickr sous contrat Creative Commons BY-NC-SA sans l'autorisation de l'auteur. (District Court of Amsterdam, 9 mars 2006). Dans la décision rendue par une juridiction espagnole, la SGAE (principale société d'auteurs en Espagne) demandait le paiement de près de 5000 euros aux responsables d'un bar qui diffuse de la musique sous Creative Commons. Le tribunal l'a déboutée, car le bar ne diffusait pas de titres appartenant au répertoire géré par la SGAE. (Lower Court of Badajoz, février 2006) » ; Allemagne : Cour d'appel de Francfort, 22 sept. 2006, Harald Welte c. D-Link ; Schurr L., Logiciel libre : un panorama des évolutions jurisprudentielles et politiques publiques, RLDI 2014.

¹³⁶² Scinfolex.com, L'affaire Jamendo et les Creative Commons : où est (exactement) le problème ?, 1e janv. 2020.

sujet des licences Creative Commons¹³⁶³. De manière plus générale, les licences libres sont progressivement prises en compte par le Droit prétorien, notamment français¹³⁶⁴, « qui semble leur reconnaître à la fois validité et force obligatoire »¹³⁶⁵.

La licence croisée est particulièrement utilisée en matière de brevets¹³⁶⁶, c'est-à-dire dans le champ de la propriété industrielle. Selon Laure Marino, la meilleure manière d'apaiser les relations au cœur de la guerre des brevets est contractuelle et consiste à « "échanger" les brevets »¹³⁶⁷. Elle souligne que cela est possible dans le cas d'un *patent thicket*, où les brevets sont détenus par plusieurs titulaires, contrairement à un *patent fence* où « une seule entreprise est titulaire des brevets qui déclinent plus ou moins la même invention »¹³⁶⁸. Les titulaires de brevets au sein d'un *patent thicket* concluent alors des licences croisées et s'ils sont plus de deux, cela peut se matérialiser par une communauté de brevets que l'on appelle également *patent pool*. Matthieu Dhenne explique que cela consiste pour les propriétaires de brevets à se regrouper au sein d'un consortium afin de « [mettre] en place une sorte de guichet unique permettant d'exploiter et de valoriser leur propriété »¹³⁶⁹. Laure Marino illustre son propos avec le *patent pool* dédié au standard de compression vidéo MPEG 2 qui « concerne une centaine de brevets et une vingtaine de cocontractants qui les mettent en commun »¹³⁷⁰. Si les licences croisées et les *patent pools* peuvent réconcilier innovation collaborative et propriété intellectuelle, elles peuvent cependant entretenir des liens plus complexes avec le Droit de la concurrence¹³⁷¹.

2. Les réformes envisagées de la propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative

114. - La possible réforme des règles relatives aux brevets.

Alors qu'il établit que « la réforme - si réforme il y a - devra permettre de définir de nouveaux leviers qui favoriseront l'innovation et la création de demain »¹³⁷², Benjamin Jean rappelle que « les brevets sont certainement les droits qui ont été les plus détournés de leurs objectifs initiaux »¹³⁷³. En effet, le système des brevets a été mis en place dans une logique d'ouverture et de partage de connaissances, les droits exclusifs étant « une récompense à cette publication »¹³⁷⁴. À présent, les droits exclusifs sont l'objectif des brevets et l'accès aux connaissances et rendu de plus en plus complexe. La course aux

¹³⁶³ Cass. 1re civ., 11 déc. 2019, n°1021.

¹³⁶⁴ CA Paris, pôle 5, 10^e ch. 10, 16 sept. 2009 ; TGI Paris, 3^e ch., 28 mars 2007 ; TGI Paris, 3^e ch., 21 juin 2019.

¹³⁶⁵ Vivant M., Warusfel B., Mallet-Poujol N., Costes L. (dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, 2021, Wolters Kluwer.

¹³⁶⁶ Marino L., *Les patent thickets : du bouillon de l'innovation à la poudrière*, op. cit.

¹³⁶⁷ Ibid. Marino L.; Halla B., Helmers C., Rogers M., Senad V., *The choice between formal and informal intellectual property : a literature review*, National Bureau of Economic Research Working Papers 2012.

¹³⁶⁸ Ibid. Marino L.

¹³⁶⁹ Dhenne M., *Les contrats de propriété intellectuelle*, Village-justice.com, 2020.

¹³⁷⁰ Ibid. Marino L.

¹³⁷¹ Ibid. Marino L : « Mais attention : dans tous les cas, le droit de la concurrence veille. Notamment, les licences croisées et les communautés de brevets peuvent conduire à une entente sur les prix, susceptible d'être sanctionnée comme une pratique anticoncurrentielle. Ou encore, la détention d'un brevet essentiel, dans le patent thicket, peut constituer un abus de position dominante. L'abus peut prendre la forme d'un abus du droit d'agir en justice, l'action faussant les négociations contractuelles et conduisant les preneurs de licence à accepter des conditions injustifiées. Motorola fait actuellement l'objet d'une enquête en ce sens et la Commission européenne lui a adressé une communication des griefs (26) . Le spectre du licensing forcé se profile. »

¹³⁷² Jean B., *Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?*, op. cit.

¹³⁷³ Ibid. Jean B.

¹³⁷⁴ Ibid. Jean B.

brevets emporte avec elle le développement de *patent clusters*¹³⁷⁵, c'est-à-dire à la fois de *patent thickets* et de *patent fences*. Si le premier est un « [réseaux denses] de droits de propriété intellectuelle qui se chevauchent »¹³⁷⁶, phénomène relativement naturel dans un « bouillon d'innovation »¹³⁷⁷, le second correspond au cas où « une seule entreprise est titulaire des brevets qui déclinent plus ou moins la même invention »¹³⁷⁸ correspondant alors à un phénomène plus artificiel¹³⁷⁹. Malgré l'innovation possible au sein d'un *patent thicket*, notamment grâce aux licences croisées et aux *patent pools*, les *patent clusters*, particulièrement les *patent fences*, peuvent constituer un véritable frein au partage de connaissance.

Cet inversement de logique « explique les positions en faveur d'une refonte globale du système actuel, notamment afin de créer plusieurs régimes (durée, prérogatives, exceptions, procédure, etc.) en fonction des domaines d'application (les besoins de l'industrie pharmaceutique ne sont pas du tout similaires à ceux de l'informatique) »¹³⁸⁰. Benjamin Jean illustre cette idée avec la création d'un groupement de brevets dans le domaine de l'aéronautique imposé par le Gouvernement américain en 1917. Cette exigence s'est matérialisée par la mise en place de la Manufacturer's Aircraft Association « qui permit la création d'avions sans crainte de procès, mit fin aux querelles de brevets et favorisa l'essor de l'industrie aéronautique »¹³⁸¹. Il souligne que l'on retrouve « des régulations similaires dans le domaine des télécoms, de la radio, du nucléaire, sur la qualité de l'air (Clean Air Act), etc. »¹³⁸². Plusieurs points d'alerte doivent cependant être évoqués à ce sujet. Le premier, abordé par Benjamin Jean, est que « ce type d'impulsions publiques doit néanmoins veiller à ce que l'innovation reste au cœur des initiatives ». De ce point de vue, il considère que la création par l'État et la Caisse des dépôts de la société France Brevets SAS « avec pour objectif affiché la valorisation des brevets, incite aux plus grandes réserves »¹³⁸³. Le second concerne le Droit de la concurrence.

La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises témoigne de la conscience du législateur de besoin de réforme en la matière¹³⁸⁴. En premier lieu, elle met en place deux nouvelles procédures de contestations, l'une relative aux marques¹³⁸⁵ et l'autre aux brevets¹³⁸⁶. Cette dernière « permet désormais à tout tiers de contester partiellement ou totalement la délivrance d'un brevet par l'INPI sans passer par la voie judiciaire, à l'instar de dispositifs similaires dans d'autres pays et à l'Office européen des brevets »¹³⁸⁷. L'objectif de cette mesure est « de faciliter la remise en cause

¹³⁷⁵ Marino L., Les patent thickets : du bouillon de l'innovation à la poudrière, op. cit.

¹³⁷⁶ Ibid. Marino L.

¹³⁷⁷ Ibid. Marino L.

¹³⁷⁸ Ibid. Marino L.

¹³⁷⁹ Ibid. Marino L.

¹³⁸⁰ Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, op. cit.

¹³⁸¹ Ibid. Jean B.

¹³⁸² Ibid. Jean B.

¹³⁸³ Ibid. Jean B.

¹³⁸⁴ L. n° 2019-486, 22 mai 2019.

¹³⁸⁵ Demande en nullité ou en déchéance de marque.

¹³⁸⁶ L. n° 2019-486, 22 mai 2019 ; D. n° 2020-225, 6 mars 2020.

¹³⁸⁷ Economie.gouv.fr, Brevet : un nouveau droit d'opposition entre en vigueur, 28 oct. 2020.

de titres non valables au regard des conditions strictes de brevetabilité et dans un contexte de multiplication des demandes de brevet »¹³⁸⁸. En second lieu, elle prévoit « l'examen renforcé de la brevetabilité avec prise en compte de l'activité inventive »¹³⁸⁹ pour les demandes déposées à compter du 22 mai 2020.

115. - L'intervention souhaitée du législateur en matière de logiciels libres.

Si la jurisprudence accorde progressivement un statut juridique au logiciel libre¹³⁹⁰, notamment en le qualifiant de contrat d'adhésion et en précisant que l'action visant à faire réparer le dommage de sa violation est de nature contractuelle¹³⁹¹, une intervention législative en la matière est apparue progressivement nécessaire. Si une telle réforme est théoriquement amorcée dans le secteur public, elle peine à se concrétiser¹³⁹² et devrait s'accompagner de mesures plus vastes contribuant à sécuriser juridiquement les licences libres.

Les avantages à utiliser des logiciels libres plutôt que des logiciels propriétaires sont nombreux¹³⁹³. De ce point de vue, « en Europe et dans le monde, les initiatives gouvernementales, voire législatives, se multiplient depuis quelques années pour inciter les administrations à avoir recours aux logiciels libres plutôt qu'aux logiciels propriétaires dans le cadre de leur activité »¹³⁹⁴. En France, les discours politiques s'accordent à défendre le développement de cette pratique au sein des administrations¹³⁹⁵. Dans la lignée de ces derniers, plusieurs textes visant à l'utilisation des logiciels libres par l'administration ont été adoptés, notamment la circulaire-plaidoyer du 19 décembre 2012 n° 35837 pour l'usage des logiciels libres dans l'Administration¹³⁹⁶, l'article 9 de la loi relative à l'enseignement supérieur et à la recherche du 22 juillet 2013¹³⁹⁷ et l'article 16 de la loi pour une République numérique¹³⁹⁸. La promesse est belle, la réalité cruelle. Ludovic Schurr considérait en 2014 que « les politiques publiques en

¹³⁸⁸ Ibid. Economie.gouv.fr.

¹³⁸⁹ Becker.fr, Actualité, La procédure d'Opposition à un brevet français : un nouvel outil entre en vigueur, 28 avr. 2020.

¹³⁹⁰ Schurr L., Logiciel libre : un panorama des évolutions jurisprudentielles et politiques publiques, op. cit.

¹³⁹¹ TGI Paris, 3^e ch., 21 juin 2019 ; Casanova A., La licence de logiciel libre est un contrat d'adhésion et l'action visant à faire réparer le dommage de sa violation est de nature contractuelle, RLDI 2019.

¹³⁹² Ibid. Schurr L.

¹³⁹³ Ibid. Schurr L. : « Les arguments en faveur de cette adoption du logiciel libre dans les administrations par préférence aux logiciels dits « propriétaires » sont similaires à ceux retenus par la jurisprudence. Les logiciels libres : permettent de réduire les coûts des administrations par la mutualisation de leurs efforts de développement et de correction des anomalies des logiciels libres utilisés de manière transverse entre services, directions, administrations et/ou ministères ; permettent d'augmenter l'indépendance technique, voire de rétablir la souveraineté technologique des Gouvernements dont les administrations ont recours aux logiciels libres ; assurent la transparence technique des solutions mises en œuvre grâce à l'ouverture du code source ; permettent de changer plus aisément de titulaire pour les marchés subséquents de maintenance de ces logiciels, ce qui favorise la concurrence et évite également de favoriser certains opérateurs économiques. »

¹³⁹⁴ Ibid. Schurr L.

¹³⁹⁵ Raffarin J.-P., 26 mai 2004, radio France Inter « Chacune de nos administrations achète des logiciels, tableurs, traitements de texte, etc. à des éditeurs privés alors qu'il existe des logiciels libres. Ce sont là 50 autres millions d'euros que l'on peut économiser. » ; Cnll.fr, Le CNLL pour une priorité au logiciel libre et aux standards ouverts dans l'éducation, 23 mai 2013 : « Je souhaite que les logiciels libres de qualité, utilisant des formats ouverts normalisés, soient enseignés à l'école comme à l'université, et que leur usage soit privilégié dans les concours et examens, tant pour la bureautique que pour les usages scientifiques, techniques ou documentaires. » (Citation de François Hollande) ; Ibid. Schurr L.

¹³⁹⁶ Circ. n° 35837, 19 déc. 2012.

¹³⁹⁷ L. n° 2013-660, 22 juill. 2013, art. 9. « Le service public de l'enseignement supérieur met à disposition de ses usagers des services et des ressources pédagogiques numériques. Les logiciels libres sont utilisés en priorité. »

¹³⁹⁸ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 16 « Les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration veillent à préserver la maîtrise, la pérennité et l'indépendance de leurs systèmes d'information. Elles encouragent l'utilisation des logiciels libres et des formats ouverts lors du développement, de l'achat ou de l'utilisation, de tout ou partie, de ces systèmes d'information. Elles encouragent la

faveur du logiciel libre se distinguent par une certaine indécision, voire une véritable incohérence, entre déclarations d'intention, d'un côté, et les décisions et actes effectifs, de l'autre »¹³⁹⁹. Il illustre son propos avec le marché-cadre Open Bar de 2009 mis en place entre le ministère de la Défense et la société Microsoft qui permet « aux administrations, pour un prix annuel forfaitaire, de choisir de déployer autant de logiciels Microsoft qu'elles le souhaitent dans le cadre de leur activité, d'où le soubriquet d' "Open Bar" »¹⁴⁰⁰. Malgré les alertes exprimées dans les conclusions des experts mandatés par la Direction générale des services d'information et de communication du ministère de la Défense à ce sujet¹⁴⁰¹, ce marché-cadre a été reconduit une première fois en 2013. Alors que les décisions politiques en faveur de l'utilisation des logiciels libres se multipliaient, notamment avec l'article 16 de la loi pour une République numérique qui dispose que les administrations « encouragent l'utilisation des logiciels libres et des formats ouverts lors du développement, de l'achat ou de l'utilisation, de tout ou partie, de ces systèmes d'information »¹⁴⁰², on pouvait légitimement imaginer que ce contrat-cadre ne serait pas à nouveau renouvelé. Pourtant, c'est « droit dans leurs rangs »¹⁴⁰³ que les Armées ont renouvelé ce marché-cadre une seconde fois au 1^{er} juin 2017 pour une durée de quatre ans. Le décalage entre le discours politique et la réalité des administrations peut notamment tenir à l'absence de portée contraignante des dispositions de la loi pour une République numérique relatives aux logiciels libres¹⁴⁰⁴. Une réforme en ce sens pourrait être pertinente.

En outre, certaines dispositions du Code de propriété intellectuelle pourraient être repensées afin de favoriser l'utilisation de logiciels libres. Alors qu'il invite à « repenser les normes impératives et notamment les différents dispositifs d'ordre public » liés à la propriété intellectuelle afin de lever les freins systémiques de cette dernière, Benjamin Jean illustre cette idée avec deux problématiques touchant aux licences libres. La première concerne le droit à l'intégrité de l'œuvre que possède tout auteur diffusant ses œuvres sur Internet. Benjamin Jean s'interroge : « ce droit doit-il par principe interdire toute modification apportée à l'œuvre ou peut-on au contraire estimer que certaines œuvres aient pu être imaginées comme collaboratives et évolutives (une diffusion propriétaire de celles-ci pourrait alors valablement être considérée comme contraire au respect des droits moraux de l'auteur) ? »¹⁴⁰⁵. La seconde est relative aux sociétés de gestion collective qui « bénéficient de certaines faveurs de la part du législateur, leur permettant notamment de se faire céder a priori toutes les œuvres passées et futures de leurs auteurs sociétaires »¹⁴⁰⁶. Il considère que « cet avantage, associé au monopole de fait

migration de l'ensemble des composants de ces systèmes d'information vers le protocole IPV6, sous réserve de leur compatibilité, à compter du 1er janvier 2018. »

¹³⁹⁹ Schurr L., Logiciel libre : un panorama des évolutions jurisprudentielles et politiques publiques, op. cit.

¹⁴⁰⁰ Ibid. Schurr L.

¹⁴⁰¹ April.org, Open Bar Microsoft/Défense : de nouveaux documents confirment les jeux de pouvoir et la décision politique, 14 oct. 2013 : Les experts mandatés par la Direction générale des services d'information et de communication du ministère de la Défense pour analyser ce marché-cadre formulaient les conclusions suivantes dans leur rapport : « Compte tenu des risques élevés et du surcoût par rapport à la situation actuelle, le groupe de travail déconseille la contractualisation sous forme de contrat global », et ajoutaient que « la seule certitude qui apparaît sur l'offre Microsoft est une dépense supplémentaire de 3 M€ par an. En revanche, aucun gain n'a été identifié au profit du ministère en matière de ROI dans l'offre Microsoft ».

¹⁴⁰² L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 16.

¹⁴⁰³ Adam L., Contrat Open Bar Microsoft : les Armées droit dans leurs rangs, ZDNet 2017.

¹⁴⁰⁴ Murielle-cahen.com, Licence de logiciel libre

¹⁴⁰⁵ Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, op. cit.

¹⁴⁰⁶ Ibid. Jean B.

qu'elles ont acquis et aux toiles qu'elles ont tissées, les rend ainsi en capacité de refuser, reporter, voire conditionner, toute ouverture des œuvres de son répertoire sous licences libres »¹⁴⁰⁷.

§2. Les éléments contractuels relatifs à la propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative

Alors que le Code de propriété intellectuelle peine à suivre le rythme de l'innovation collaborative, les contrats entonnent un hymne à cette dernière, particulièrement en matière de propriété industrielle. Ce refrain entraîne avec lui l'émergence de montages contractuels aussi originaux que structurés. A droit constant, il apparaît alors fondamental de trouver au sein des contrats le bon tempo entre propriété et partage. Le rapport de l'INPI de 2012 relatif aux bonnes pratiques en matière d'innovation collaborative et de propriété intellectuelle s'est attelé à cette étude musicologique et sert de fondement aux réflexions menées dans le présent paragraphe. L'INPI souligne que « la nécessité de définir en amont un cadre détaillé pour la collaboration conduit à un processus jalonné de différents accords et en évoque quatre principaux : l'accord de confidentialité¹⁴⁰⁸, l'accord de principe¹⁴⁰⁹, l'accord de consortium¹⁴¹⁰ et l'accord d'exploitation¹⁴¹¹. Il convient également d'opérer une distinction entre propriété *background*, *foreground* et *sideground*¹⁴¹². La première renvoie à l'« ensemble des informations et connaissances (incluant les inventions brevetées ou non, les bases de données, etc.) détenues par les participants avant le projet » et « inclut les différents droits de [propriété intellectuelle] qui leur sont associés »¹⁴¹³. La seconde correspond pour sa part à l'« ensemble des résultats, quelle que soit leur forme, générés par un projet, qu'ils soient ou non protégeables par un droit de [propriété intellectuelle] »¹⁴¹⁴. La propriété *sideground*, qui fait référence à l'« ensemble des résultats obtenus dans le cadre d'activités menées en parallèle d'un projet »¹⁴¹⁵, ne fera pour sa part pas l'objet de l'étude du présent paragraphe. Il s'agira donc d'étudier la manière dont peuvent être déterminées contractuellement les règles de propriété intellectuelle applicables tant aux connaissances propres des partenaires (A.) qu'aux connaissances nouvelles issues de la collaboration (B.)

A. Déterminer contractuellement les règles applicables aux connaissances propres

¹⁴⁰⁷ Jean B., *Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?*, op. cit.

¹⁴⁰⁸ INPI, *Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle*, op. cit p. 103 : *Signé lors des premiers échanges, il « organise la protection d'informations confidentielles échangées entre les partenaires »*

¹⁴⁰⁹ Ibid. INPI : *Signé lorsque les partenaires ont défini les grands principes de leur collaboration, il « déclare l'intention de collaborer des partenaires, présente les grands principes de la collaboration, est un préliminaire à l'accord de consortium [et] peut être contraignant ou non contraignant »*

¹⁴¹⁰ Ibid. INPI : *Détaillant les principes posés par l'accord de principe, l'accord de consortium « organise précisément les relations entre les partenaires [...], peut être bilatéral ou multilatéral [et] est juridiquement contraignant »*

¹⁴¹¹ Ibid. INPI : *Définissant les règles d'utilisation de la propriété intellectuelle générée par le projet, il « présente les règles de répartition des redevances, les domaines d'exploitation [et] définit les modalités de cession de licence par les partenaires »*

¹⁴¹² INPI, *Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle*, op. cit. p. 29.

¹⁴¹³ Ibid. INPI.

¹⁴¹⁴ Ibid. INPI.

¹⁴¹⁵ Ibid. INPI.

Les apports respectifs de chaque partenaire doivent être définis contractuellement. Si les apports de chaque partenaire peuvent être notamment humains, financiers et matériels, seules les connaissances propres seront abordées ici, le sujet portant sur les questions de propriété intellectuelle¹⁴¹⁶. L'INPI souligne que « les accords sur les apports respectifs, les droits de [propriété intellectuelle] associés et leurs conditions d'accès (background-droits préexistants) sont également largement cités comme sources de difficultés » et ajoute que « dans plusieurs projets observés, les responsables soulignent que cette phase a été négligée, car jugée trop chronophage »¹⁴¹⁷. Ainsi, selon l'étude menée pour l'INPI en 2012, la complexité de la négociation de l'accord sur les apports respectifs et les droits de propriété intellectuelle associés est estimée élevée par 29% des personnes interrogées, moyenne par 32% d'entre eux et facile par seulement 39%¹⁴¹⁸. Dans le cadre d'une innovation collaborative, il convient tant de déterminer les apports initiaux de chaque partenaire et la capacité d'exploitation afférente (1.) que de définir le régime applicable à l'amélioration des connaissances propres dans le cadre du projet (2.).

1. Identifier les connaissances propres partagées dans le cadre du projet

116. - Définir les connaissances propres partagées par chaque partenaire.

Afin de mener à bien le projet collaboratif, il est fondamental d'identifier les connaissances propres de chaque partenaire qui pourront être partagées et utilisées dans le cadre du projet. Pour ce faire, il est fondamental que chaque partenaire identifie l'intégralité de son patrimoine et identifie celui qu'il choisit de dévoiler¹⁴¹⁹, notamment selon les connaissances nécessaires à la mise en place du projet. Il convient également de déterminer le « niveau d'informations partagé avec le partenaire sur les connaissances antérieures »¹⁴²⁰. Si l'exercice est toujours délicat, il peut s'avérer périlleux dans un cadre concurrentiel. En effet, « le positionnement complémentaire des partenaires sur la chaîne de valeur [peut faciliter] la définition des apports de chacun ainsi que les négociations des droits à venir en termes de propriété intellectuelle »¹⁴²¹ comme ce fut le cas dans le cadre du programme relatif à la fonctionnalisation de surface qui réunissait le *leader* mondial dans l'industrie de la chimie et une PME spécialisée dans les équipements de traitement de surface¹⁴²².

Une mauvaise définition des connaissances propres et savoirs antérieurs peut complexifier les rapports entre les partenaires et nuire au projet¹⁴²³. En effet, « trop souvent mal documentés, il devient difficile d'en évaluer l'apport par chaque partenaire »¹⁴²⁴. Il est donc fondamental de formaliser et de documenter les savoirs antérieurs.

117. - Accorder des droits d'exploitation aux partenaires.

¹⁴¹⁶ Ibid. INPI.

¹⁴¹⁷ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 28

¹⁴¹⁸ Ibid. INPI

¹⁴¹⁹ Inpi.fr, Guide du consortium dans le numérique.

¹⁴²⁰ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 29.

¹⁴²¹ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 49 et s.

¹⁴²² Ibid. INPI.

¹⁴²³ Herpe F., Innovation collaborative : un enjeu fort pour la propriété intellectuelle, Les petites affiches 2014.

¹⁴²⁴ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, op. cit. p. 28.

Il convient également de définir les conditions d'accès et d'utilisation des connaissances propres dans le cadre du projet collaboratif. Le niveau de granularité de l'information fournie au partenaire devra être précisément défini. Dans certains cas, il est nécessaire d'accorder un droit d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle détenu concernant des connaissances propres. Le contrat de consortium peut alors contenir une clause relative à l'exploitation des connaissances qui stipule, par exemple, que « pendant la durée du projet, chaque partenaire accordera aux autres partenaires une licence d'utilisation ou d'exploitation de ses connaissances propres uniquement à des fins d'exécution du projet, sur demande écrite de ces partenaires et lorsque ses connaissances propres sont nécessaires pour exécuter leurs contributions au projet »¹⁴²⁵.

Concernant l'exploitation de connaissances propres dans le cadre d'un partenariat, la problématique principale tient à savoir si certaines des connaissances propres ne sont pas d'ores et déjà protégées par des droits de propriété intellectuelle. L'INPI souligne à cet égard que, dans le cadre des propriétés *background*, une des questions essentielles à se poser est la suivante : « comment s'assurer que la recherche d'antériorité a bien été bien menée par le partenaire, notamment concernant les brevets adjacents ? »¹⁴²⁶. Par exemple, dans le cadre du projet collaboratif de recherche de molécules à visée thérapeutique qui réunissait une société de biotechnologie, un industriel du secteur de la chimie, une unité mixte de recherche (Université/CNRS) et l'institut de recherche d'une école de biotechnologie, un des principaux défis sur le plan de propriété intellectuelle était lié à la « difficulté pour évaluer rapidement la liberté d'exploitation des modèles proposés par les partenaires académiques du fait d'un manque de traçabilité de certains travaux, pouvant mettre en péril tous les résultats du projet ».

2. Déterminer le régime applicable à l'amélioration des connaissances propres

118. - Amélioration des connaissances propres demeurant la propriété de leur propriétaire : le principe généralement retenu.

Si, en principe, chaque partenaire « est et reste propriétaire de ses connaissances propres »¹⁴²⁷, le sujet du régime applicable à l'amélioration des connaissances propres se doit d'être évoqué. Les partenaires s'accordent généralement sur le fait que « chaque partenaire est également propriétaire des évolutions qu'il apporte lui-même, sans participation des autres partenaires, à ses connaissances propres »¹⁴²⁸.

La question des améliorations apportées aux connaissances propres dans le cadre du partenariat, avec la participation des autres partenaires, est en apparence plus délicate. Pourtant, le principe selon lequel « l'amélioration des connaissances propres reste la propriété de leurs propriétaires »¹⁴²⁹ est généralement retenu.

119. - Amélioration des connaissances propres demeurant la propriété de leur propriétaire : une pratique mise en lumière par l'INPI.

¹⁴²⁵ Inpi.fr, Accord de Consortium type.

¹⁴²⁶ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 29.

¹⁴²⁷ Ibid. Inpi.fr, Accord de Consortium type.

¹⁴²⁸ Ibid. Inpi.fr, Accord de Consortium type.

¹⁴²⁹ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 17 et s.

Dans le cadre de son étude relative aux bonnes pratiques en matière d'innovation collaborative et de propriété intellectuelle, l'INPI met en lumière plusieurs études de cas où ce principe a été retenu. Ce fut notamment le cas dans le cadre de plusieurs partenariats mis en place entre Armines, association 1901 visant à créer des synergies entre la recherche et l'industrie, et différents industriels. Ces partenariats visaient au développement et à l'optimisation d'un logiciel, afin de développer puis d'optimiser un logiciel de simulation numérique : le logiciel Forge. Dans le cadre de ces partenariats, Armines applique donc le « principe selon lequel l'amélioration des connaissances propres reste la propriété de leur propriétaire »¹⁴³⁰. L'étude de l'INPI met en lumière le fait qu'« ainsi les industriels disposent des outils nécessaires à la résolution de leurs problèmes "métier" et le centre de recherche géré par Armines conserve la propriété des aspects méthodologiques (en l'occurrence l'ensemble logiciel et ses améliorations) qui constituent le cœur de compétence des enseignants-chercheurs ». Pascal Iris, directeur d'Armines, souligne que « ce principe permet de continuer à développer de nouvelles versions du logiciel avec des modules adaptés aux besoins d'autres industriels sans être freiné par un problème de copropriété avec un ancien partenaire ; ancien partenaire qui, souvent, n'aura ni les moyens ni les compétences pour investir davantage dans le développement et la valorisation du module précédemment développé avec Armines »¹⁴³¹. Selon l'INPI, c'est donc « un principe dynamique pour l'innovation collaborative »¹⁴³².

B. Déterminer contractuellement les règles applicables aux connaissances nouvelles

Il convient également de déterminer les règles de propriété intellectuelle applicables aux créations issues d'une collaboration en matière de propriété intellectuelle. Il convient alors d'opérer une différence entre la propriété et exploitation de la propriété intellectuelle. L'INPI rappelle à cet égard que « lorsque le partenaire a la propriété d'un titre de [propriété intellectuelle] (brevet, marque, dessin, modèle), cela signifie qu'il détient le monopole d'exploitation »¹⁴³³ et prend donc les décisions relatives à l'exploitation du titre. Ainsi, en matière de propriété industrielle, « il doit payer les annuités relatives au maintien s'il s'agit par exemple d'un brevet, ou la taxe de renouvellement (tous les dix ans) s'il s'agit d'une marque, et il est responsable en cas de litige »¹⁴³⁴. L'exploitation correspond pour sa part au « régime selon lequel les différents droits de [propriété intellectuelle] vont pouvoir être utilisés et commercialisés/licenciés »¹⁴³⁵. Étroitement liées, la propriété (1.) et les modalités d'exploitation (2.) des droits de propriété intellectuelle applicables aux créations issues de la collaboration devraient être définies contractuellement.

1. Choisir le régime de propriété applicable aux connaissances nouvelles issues de la collaboration

¹⁴³⁰ Ibid. INPI.

¹⁴³¹ Ibid. INPI.

¹⁴³² Ibid. INPI.

¹⁴³³ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 58.

¹⁴³⁴ Ibid. INPI.

¹⁴³⁵ Ibid. INPI.

120. - La copropriété des titres de propriété intellectuelle.

Dans le cadre d'une copropriété, chaque partenaire possède une quote-part du titre. La copropriété n'est donc pas nécessairement égalitaire et il convient d'identifier le pourcentage du titre détenu par chaque partenaire. Si le calcul de la quote-part peut se faire de diverses manières, notamment selon l'investissement de chaque partenaire ou leur part inventive¹⁴³⁶, il est fondamental de déterminer celle retenue dans le cadre d'un partenariat. En outre, il convient de « mettre en place des outils de traçabilité décrivant précisément les étapes ayant amené à cette innovation, de tenir des cahiers de laboratoires, mais aussi de procéder à des dépôts probatoires tels que des horodatages de documents techniques »¹⁴³⁷.

La copropriété est généralement encadrée par un accord de copropriété, il peut notamment être annexé à un contrat de consortium¹⁴³⁸. L'INPI précise que cet accord contient généralement les éléments suivants : « fixation des quotes-parts entre les partenaires », « décisions liées à l'obtention du titre (phases de dépôt, rédaction des revendications du brevet, réponse aux notifications...) », « décisions concernant les extensions internationales », « répartition des coûts d'entretien », « gestion des actions en contrefaçon », « règle d'exploitation par les partenaires ou par des tiers », « concession de licences exclusives ou non, licences croisées » et « cession des quotes-parts d'un partenaire, fusion / acquisition »¹⁴³⁹. Si un tel accord n'est pas conclu entre les partenaires, « la copropriété est, par défaut, régie par les dispositions prévues par le Code de la propriété intellectuelle »¹⁴⁴⁰. Deux points d'attention sont mis en lumière par l'INPI à ce sujet. Le premier est qu'il faut éviter des accords trop rigides qui pourraient scléroser les relations partenariales et la gestion de la propriété intellectuelle applicable à la création issue de la collaboration, particulièrement lorsque cet accord est négocié « alors que les paramètres de maturité de l'invention ou de mise sur le marché ne sont pas connus ou difficilement ». Le second concerne l'application du régime supplétif de copropriété en matière de brevets¹⁴⁴¹, jugé « assez difficile à mettre en œuvre »¹⁴⁴² par l'INPI.

L'INPI présente les avantages et inconvénients du choix de la copropriété en ce qui concerne les créations issues d'un projet collaboratif. Parmi les avantages, elle évoque notamment le fait que les titres de propriété industrielle constituent un capital immatériel pour une entreprise et l'image positive qui peut être générée du fait de codéposer un titre avec une structure bénéficiant « [d'] une notoriété importante ou [d'] une expertise reconnue dans un domaine technologique »¹⁴⁴³. Concernant les inconvénients de la copropriété, l'INPI aborde le risque de renégociation des accords en cas d'évolution de la structure juridique d'un des partenaires, par exemple du fait d'une acquisition, le caractère « chronophage » des procédures issu du besoin d'obtenir l'accord du partenaire en cas de cession de licence à un tiers et les difficultés que cela peut impliquer dans les négociations avec des structures tierces intéressées par l'innovation qui tendent à préférer négocier avec un interlocuteur unique. Ce dernier point peut être particulièrement sensible en cas de partage égalitaire des droits de propriété

¹⁴³⁶ Dhenne M., Les contrats de propriété intellectuelle, Village-justice.com, 2020.

¹⁴³⁷ Lemonedudroit.fr, Les nouveaux processus d'innovation changent la donne en matière de propriété industrielle, nov. 2020.

¹⁴³⁸ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 58 et s.

¹⁴³⁹ Ibid. INPI.

¹⁴⁴⁰ Ibid. INPI.

¹⁴⁴¹ CPI, art. L. 613-29 à 613-32.

¹⁴⁴² Ibid. INPI.

¹⁴⁴³ Ibid. INPI.

intellectuelle comme l'illustre le cas du projet collaboratif de recherche de molécules à visée thérapeutique qui réunissait une société de biotechnologie, un industriel du secteur de la chimie, une unité mixte de recherche (Université/CNRS) et l'institut de recherche d'une école de biotechnologie. En l'espèce, le partage équitable de la propriété intellectuelle entre les deux acteurs industriels du projet qui avait été décidée a été remise « par un acheteur de la molécule innovante qui souhaitait ne signer d'accord qu'avec un seul interlocuteur »¹⁴⁴⁴.

121. - La pleine propriété des titres de propriété intellectuelle.

Les contraintes liées à la copropriété et l'envie de certains partenaires de se garantir un usage libre de l'innovation issue de la collaboration peuvent inciter au choix de la pleine propriété. L'INPI souligne que « certaines sociétés font de la pleine propriété un prérequis à leur démarche collaborative, ce qui peut se révéler un frein à l'émergence de projets en partenariats »¹⁴⁴⁵. Afin que la pleine propriété ne soit pas un carcan limitant la mise en place d'innovations collaboratives, deux solutions sont envisageables. La première réside dans la contrepartie accordée aux partenaires qui n'auraient pas la pleine propriété du titre de propriété intellectuelle. Elle peut se matérialiser notamment pas un avantage donné aux autres partenaires dans l'exploitation du titre, par exemple avec un droit d'exploitation exclusif, ou une contrepartie financière¹⁴⁴⁶. La seconde solution repose dans la répartition des titres de propriété intellectuelle en pleine propriété entre les partenaires. Si cette option est délicate à mettre en place lorsque les partenaires sont concurrents, elle est facilitée lorsque les partenaires sont implantés sur des marchés distincts. La pleine propriété des partenaires peut alors être établie par domaines¹⁴⁴⁷.

Le programme Iseult peut être évoqué à cet égard. Il réunissait Guerbet, groupe français spécialisé dans l'imagerie médicale, Siemens, groupe allemand spécialisé dans les hautes technologies et opérant dans les secteurs de l'industrie, de l'énergie et de la santé et équipements médicaux, Bruker, groupe allemand spécialisé dans l'instrumentation scientifique (résonance magnétique, rayons X), l'IRM pré-clinique et les appareils de laboratoires en spectroscopie, ainsi que le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA) et l'Université de Fribourg. L'INPI souligne en 2012 que « depuis le début du projet, Guerbet a déposé quatre demandes de brevets et le CEA quinze » et ajoute que « les domaines de chaque partenaire étant clairement définis, aucune demande de brevet n'a été déposée en copropriété » et qu'« en conséquence, l'exploitation revient au déposant ; les partenaires y ont un accès privilégié le cas échéant »¹⁴⁴⁸. Le partenariat entre Ryb, entreprise spécialisée dans les systèmes de réseaux en polyéthylène, et le laboratoire d'électronique et de technologies de l'information du CEA peut également être cité. Il a « abouti au dépôt d'une demande de brevet par Ryb et de trois autres par le CEA pour lesquels l'entreprise bénéficie d'une licence limitée à son secteur d'activité, moyennant redevance »¹⁴⁴⁹.

122. - Le possible choix d'une gestion hybride des droits de propriété intellectuelle.

Il est important de préciser que le choix entre copropriété et pleine propriété d'un ou plusieurs des partenaires n'est pas binaire. En effet, une gestion hybride des droits de propriété intellectuelle est

¹⁴⁴⁴ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 38 et s.

¹⁴⁴⁵ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 58 et s.

¹⁴⁴⁶ Ibid. INPI.

¹⁴⁴⁷ Lemonedudroit.fr, Les nouveaux processus d'innovation changent la donne en matière de propriété industrielle, nov. 2020.

¹⁴⁴⁸ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 85 et s.

¹⁴⁴⁹ Ibid. INPI.

envisageable, une part des brevets relatifs à une innovation collaborative étant alors détenus en copropriété et une autre en pleine propriété.

Par exemple dans le cadre du programme relatif à la fonctionnalisation de surface mis en place par le *leader* mondial dans l'industrie de la chimie et une PME spécialisée dans les équipements de traitement de surface, « les brevets issus de la collaboration ont été déposés soit en copropriété, soit par un unique partenaire »¹⁴⁵⁰.

2. Définir les droits d'exploitation des connaissances nouvelles issues de la collaboration

123. - De la non-exclusivité à l'exclusivité totale des droits d'exploitation.

Il convient de distinguer les accords d'exploitation non exclusifs et exclusifs. Alors que le premier correspond à une « exploitation non exclusive du titre de propriété intellectuelle par plusieurs acteurs », le second permet une exploitation exclusive. Cette exclusivité peut prendre plusieurs formes. Elle peut être totale, permettant alors « l'exploitation sur tous les secteurs et sur n'importe quelle zone géographique »¹⁴⁵¹, par secteur, se cantonnant alors à un secteur d'activité clairement défini, ou encore par territoire, ne portant donc que sur une zone géographique précise. L'exploitation non exclusive est envisageable dans le cadre d'une approche partenariale, permettant alors une exploitation libre des partenaires¹⁴⁵². L'INPI considère que c'est une option pertinente lorsque l'innovation se situe sur un marché « dont l'une des caractéristiques principales est un [time to market] rapide »¹⁴⁵³, que le « poids de l'un des partenaires dans l'écosystème [...] lui permet d'imposer son innovation dans le cadre de standard de fait » et que « l'innovation liée à la gestion d'un risque commun pour les partenaires (exemple : risque sanitaire pour l'industrie agroalimentaire) »¹⁴⁵⁴. Pour être efficace, ce type de gestion de l'exploitation des titres de propriété intellectuelle est cependant conditionné à des « apports et bénéfices équilibrés », ainsi qu'à des « relations saines » entre les partenaires.

Le choix d'une exploitation exclusive pour un ou plusieurs des partenaires, totale ou limitée géographiquement, sectoriellement ou temporellement, peut s'avérer pertinent pour certains types de collaborations. Selon la nature de la collaboration, les recherches peuvent être menées parallèlement ou conjointement. Des recherches parallèles et complémentaires peuvent conduire des dépôts disjoints des titres de propriété intellectuelle assortis d'une exploitation exclusive de chaque partenaire sur son domaine¹⁴⁵⁵. Possible lorsque les produits ou services des partenaires sont complémentaires pour adresser un besoin client et ne sont pas concurrents, cette approche présente plusieurs avantages selon l'INPI, à savoir : « simplicité de gestion », « absence de conflits d'intérêts », « capacité pour chaque partenaire à développer un avantage compétitif tout en conservant sa liberté d'exploitation » et « extension possible à de multiples partenaires »¹⁴⁵⁶. L'INPI précise cependant que cette approche « nécessite une identification claire des champs de compétences de chaque partenaire » et est « adap-

¹⁴⁵⁰ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 49 et s.

¹⁴⁵¹ INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 59 et s.

¹⁴⁵² Ibid. INPI.

¹⁴⁵³ Ibid. INPI.

¹⁴⁵⁴ Ibid. INPI.

¹⁴⁵⁵ Ibid. INPI.

¹⁴⁵⁶ Ibid. INPI.

tée à une collaboration entre partenaires aux domaines disjoints » ce qui est « une approche très spécifique »¹⁴⁵⁷. Dans le cadre de recherches communes, un droit d'exploitation exclusif peut également être mis en place. Cela est notamment envisageable avec la mise en place d'une exploitation exclusive ou d'une exploitation exclusive temporaire qui permet « l'exploitation libre par l'un des deux partenaires en contrepartie d'une rémunération forfaitaire initiale ou sous forme de *royalties* »¹⁴⁵⁸. Une approche « licence exclusive sur un domaine accompagné d'une ouverture sur les autres » domaines est aussi envisageable. Cette démarche incarne la volonté d'un des partenaires de « maîtriser dans la durée et sur un domaine clef précis, qui correspond souvent à des marchés stratégiques, l'exploitation des droits de [propriété intellectuelle] »¹⁴⁵⁹. L'INPI souligne qu'elle est adaptée aux « collaborations grands groupes/start-up grâce à une répartition géographique de l'exclusivité » et aux « collaborations grands groupes/organismes de recherche grâce à une répartition sectorielle de l'exclusivité »¹⁴⁶⁰ à condition que le domaine sur lequel porte la licence exclusive ait été précisément défini.

124. - Diversité des avantages pouvant être accordés en matière d'exploitation dans un cadre partenarial.

Afin de valoriser la participation d'un partenaire à la création d'une innovation collaborative, des droits d'exploitation, exclusifs ou non, peuvent lui être accordés. Outre l'attribution d'un droit d'exploitation en tant que tel, divers mécanismes peuvent avantager un partenaire dans l'exploitation des droits de propriété intellectuelle.

Un premier avantage peut être financier. En matière d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, il est possible de prévoir un prix fixe accompagné du versement de redevances, souvent proportionnelles à l'exploitation¹⁴⁶¹. Si une innovation est développée collaborativement et que la propriété des titres de propriété intellectuelle ne revient qu'à une partie des acteurs ayant contribué à son développement, il est envisageable de conférer un avantage financier aux parties impliquées qui ne jouiraient pas de la propriété. Cet avantage financier peut notamment se matérialiser par l'offre de licences à prix préférentiels. Par exemple, dans le cadre des partenariats mis en place entre différents industriels et Armines afin de développer et d'optimiser le logiciel Forge, dont Armines conserve la propriété, « Armines valorise ces travaux cofinancés en concédant des licences à des prix préférentiels à ses partenaires et des conditions privilégiées d'exploitation »¹⁴⁶².

Un second avantage qu'il convient d'évoquer est un droit de priorité en matière d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Par exemple, dans le cadre du programme Iseult qui réunissait Guerbet, Siemens, Bruker ainsi que le CEA et l'Université de Fribourg, une clause de priorité aux membres a été rédigée au sein de l'accord de consortium. Selon cette dernière, « en cas de licence exclusive ou de cession d'un nouveau produit issu des recherches d'Iseult par un des partenaires, les autres partenaires sont prioritaires pour l'exploitation commerciale de ce produit »¹⁴⁶³.

En outre, l'accord de consortium signé par Guerbet et le CEA dans le cadre du programme Iseult comporte une clause intéressante en matière d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Afin de

¹⁴⁵⁷ Ibid. INPI.

¹⁴⁵⁸ Ibid. INPI.

¹⁴⁵⁹ Ibid. INPI.

¹⁴⁶⁰ Ibid. INPI.

¹⁴⁶¹ Inpi.fr, Comment évaluer le prix d'une licence d'exploitation de brevet ?.

¹⁴⁶² INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative..., op. cit. p. 17 et s.

¹⁴⁶³ Ibid. INPI.

bien comprendre celle-ci, il convient de rappeler que Oséo, entreprise privée avec délégation de service public, finance à hauteur de cinquante-quatre millions d'euros le projet Iseult¹⁴⁶⁴. Cette somme versée côté français était répartie entre Guerbert, chef de file du projet, qui s'est vu accorder trente-quatre millions d'euros à ce titre, et le CEA, qui a pour sa part bénéficié de vingt millions d'euros provenant d'Oséo¹⁴⁶⁵. La clause précédemment évoquée prévoit que « en cas de non-exploitation des brevets générés par le programme, Oséo peut présenter ces brevets à un tiers », étant précisé que « Guerbert et le CEA conservent néanmoins la possibilité de refuser toute concession de licences à ce tiers sur justes motifs ».

Conclusion du Chapitre : Le Droit apparaît progressivement comme un outil au service de l'innovation collaborative. En premier lieu, il peut, notamment dans le cadre de négociations contractuelles, aider à l'identification de l'enjeu commun de la collaboration mais également à celle des enjeux contradictoires. De ce point de vue, le Droit peut aussi donner des pistes permettant de concilier ces enjeux contradictoires. En second lieu, les contrats et les structures juridiques peuvent être mises au service de la structuration des relations partenariales. Certains outils juridiques sont particulièrement mis en œuvre à cette fin au sein des territoires d'intelligences, notamment les associations 1901, le GIP, la SEMOP et la SEML mais aussi le marché public de recherche et développement, le partenariat d'innovation et progressivement les achats publics innovants.

Conclusion du Titre : Les territoires d'intelligences impliquent une conception de l'innovation inclusive et collaborative. Pour que l'innovation soit inclusive, les outils juridiques de participation citoyenne doivent être renforcés et accompagnés d'outils numériques favorisant cette dernière. Il convient toutefois de rappeler que, pour que ces technologies garantissent effectivement un renforcement de la démocratie, les acteurs publics doivent s'imposer comme garants de la démocratie numérique. Afin de favoriser une conception collaborative de l'innovation, il est donc essentiel d'articuler les différents enjeux de la collaboration, de structurer juridiquement les relations partenariales et de préciser les règles de propriété intellectuelle applicables à l'innovation collaborative.

¹⁴⁶⁴ Lesechos.fr, 54 millions d'euros pour le projet d'imagerie Iseult, 23 déc. 2008.

¹⁴⁶⁵ Ibid. INPI.

TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNÉES DANS UN IDÉAL D'INNOVATION¹⁴⁶⁶

La donnée, définie par l'arrêté du 22 décembre 1981 comme « la représentation d'une information sous une forme conventionnelle destinée à faciliter son traitement »¹⁴⁶⁷, est au cœur des territoires d'intelligences. Traitée par les outils numériques, elle est ouverte et mise au service de l'intérêt général par les acteurs publics, collectée et précieusement conservée, parfois à outrance, par les acteurs privés, mais aussi produite et utilisée par les citoyens. Afin d'accompagner les différentes utilisations qui en sont faites, que ce soit pour les encourager ou pour les encadrer, le législateur a mis en place de nombreuses règles juridiques en la matière, démontrant ainsi sa capacité d'adaptation. Ainsi, il a appuyé l'ouverture des données dans un but d'intérêt général pour les acteurs publics, il surveille au prisme de la concurrence l'utilisation qui en est faite par les acteurs privés et protège la vie privée des citoyens qu'elle incarne. Les approches divergentes de la donnée au sein des territoires d'intelligences ont donc chacune été accompagnées juridiquement (Chapitre 1.). Cependant, comme le soulignait Jean Carbonnier : « Les préoccupations des bureaux deviennent par symbiose les préoccupations du ministre. De là, découle un reproche plus grave : c'est que chaque compartiment légifère sur les problèmes de sa spécialité sans les intégrer dans une vision d'ensemble du système juridique. »¹⁴⁶⁸. Légiférer pour chaque ministère ou pour chaque spécialité du Droit n'a guère de sens au sein des territoires d'intelligences où les systèmes d'information sont interconnectés et où les acteurs des territoires construisent ensemble l'innovation. Il apparaît donc nécessaire de faire converger les approches de la donnée dans un idéal d'innovation (Chapitre 2.).

CHAPITRE 1. DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNÉES AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

Pour chacune des grandes catégories d'acteurs des territoires d'intelligences, les données ont une valeur différente. On assiste ainsi à l'émergence de trois grandes approches de la donnée au sein des territoires d'intelligences : l'ouverture des données dans un idéal d'intérêt général pour les acteurs publics (Section 1.), la valorisation des données dans un but commercial et concurrentiel pour les structures privées (Section 2.) et la protection des données dans un objectif de respect du droit à la vie privée pour les citoyens (Section 3.). Le législateur aborde indépendamment les unes des autres chacune de ces démarches. Il tente de les accompagner et de les encadrer séparément, parfois de manière insuffisante.

¹⁴⁶⁶ v. [Annexe 1- Schémas de synthèse de la thèse, Partie 1- Titre 2 p. 656 & s.](#)

¹⁴⁶⁷ A., 22 déc. 1981, enrichissement du vocabulaire de l'informatique.

¹⁴⁶⁸ Carcassonne G., *Penser la loi*, op. cit. ; Assier-Andrieu L., Carbonnier Jean, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Droit et Société 1998.

Section 1. Acteurs publics : ouverture des données dans un but d'intérêt général

Les données peuvent contribuer à l'intérêt général, voire avoir un statut de données d'intérêt général, et ainsi concourir au service public (Paragraphe 1.). Cet avantage que peuvent représenter les données pour l'intérêt général et le service public a permis l'émergence d'un mouvement volontariste d'ouverture et de réutilisation des données (Paragraphe 2.).

§1. Des données d'intérêt général concourant au service public

Les données, tant par leur ouverture que par l'utilisation de données à caractère personnel d'utilisateur pour échanger avec eux, peuvent concourir à l'intérêt général et au service public. Il existe des synergies tant entre les données et l'intérêt général (A.) qu'entre les données et le service public (B.).

A. Des données au service de l'intérêt général aux données d'intérêt général

Les données, notamment les données à caractère personnel et les données ouvertes, peuvent concourir à l'intérêt général (1.). La doctrine et le législateur commencent à parler de données d'intérêt général et certains défendent l'émergence d'un statut juridique spécifique pour ces dernières (2.).

1. Des données pouvant concourir à l'intérêt général

125. - Les données à caractère personnel des citoyens au service de l'intérêt général.

Le lien entre données à caractère personnel des citoyens et intérêt général se noue progressivement. Il est reconnu au niveau international, communautaire et français. Au niveau international, nous pouvons par exemple citer la coopération entre l'Agence nationale de la démographie et la statistique et Sonatel, opérateur de téléphonie mobile¹⁴⁶⁹. Afin d'identifier au mieux les besoins du peuple, des algorithmes analysent les données téléphoniques des usagers. Au niveau européen, Alberto Alemanno souligne également que « le partage de données peut sauver des vies : à partir d'informations vendues par un opérateur de téléphonie mobile, une grande ville européenne a par exemple pu améliorer sa sécurité routière »¹⁴⁷⁰. La France avait vu se dessiner relativement tôt le lien entre données à caractère personnel et intérêt général. Par exemple, en matière de statistiques, il a été établi dès les années quatre-vingt. Le 10 septembre 1986, le ministre d'État, ministre de l'Économie, des finances et de la

¹⁴⁶⁹ Henno J., Nos données peuvent-elles servir l'intérêt général ?, Les Echos 2019.

¹⁴⁷⁰ Ibid. Henno J.

privatisation a présenté au Conseil des ministres un projet de loi régissant l'utilisation de données administratives pour l'établissement de statistiques d'intérêt général¹⁴⁷¹. La quête d'équilibre entre utilisation des données à des fins d'intérêt général et protection de la vie privée lorsque les données en question sont à caractère personnel était d'ailleurs d'ores et déjà prégnante, ce projet de loi ayant été soumis à la CNIL et excluant les données à caractère pénal et les données de santé.

L'enjeu de protection des données personnelles ne doit en effet pas être évincé au motif que l'utilisation des données est d'intérêt général, il est nécessaire de maintenir un équilibre entre les libertés et droits fondamentaux et l'intérêt général. Différentes possibilités sont envisageables pour réduire les risques pour les personnes concernées. La pseudonimisation renforce la protection des données, mais celles-ci demeurent à caractère personnel. À ce titre, des méthodes de chiffrement peuvent contribuer à sécuriser les données personnelles. Lorsqu'il n'est pas nécessaire de pouvoir identifier directement ou indirectement la personne concernée, par exemple en matière de statistiques, l'anonymisation est plus protectrice pour la vie privée des citoyens. Cependant, même si des mesures sont mises en place pour protéger la vie privée des citoyens, « Le risque est grand de voir se diluer la notion d'intérêt général », comme le souligne Joëlle Farchy¹⁴⁷².

126. - Les données numérisées et ouvertes au service de l'intérêt général.

La numérisation des données ainsi que leur ouverture contribuent à l'intérêt général. La doctrine souligne que la numérisation des données est « indéniablement une activité d'intérêt général »¹⁴⁷³, celle-ci permettant, d'une part, d'assurer une plus grande efficacité des administrations publiques¹⁴⁷⁴ et, d'autre part, l'amélioration quantitative et qualitative du patrimoine immatériel des entités publiques¹⁴⁷⁵.

Concernant l'ouverture des données, leur contribution à l'intérêt général a été reconnue tant par le Droit prétorien que par le législateur. Le tribunal des conflits ainsi considère dès 1990 que l'ouverture de cartes géographiques par l'Institut géographique national constitue « une des missions d'intérêt général (...) indissociable de ses autres missions »¹⁴⁷⁶. Le Sénat a également mis en exergue la contribution des données ouvertes à l'intérêt général dans son rapport au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques. Il y affirmait la nécessité de « sensibiliser les administrations et les agents publics aux enjeux d'intérêt général de l'*Open Data* et aux gains d'efficacité susceptibles d'en résulter pour l'action publique »¹⁴⁷⁷.

2. Volonté relative de voir émerger un statut de données d'intérêt général

127. - Des notions « concurrentes » aux données d'intérêt général : Données publiques, données essentielles et données de référence.

¹⁴⁷¹ Vie-publique.fr, Discours, Conseil des ministres du 10 Septembre 1986 Utilisation des données administratives pour l'établissement de statistiques d'intérêt général.

¹⁴⁷² Henno J., Nos données peuvent-elles servir l'intérêt général ?, op. cit.

¹⁴⁷³ Guglielmi G.J., Numérisation des données publiques et données publiques numériques, Guglielmi.fr, 2013.

¹⁴⁷⁴ Burkert H., L'information du secteur public. Le secret, la transparence et le commerce, RFAP 1994.

¹⁴⁷⁵ JO, 30 avr. 2013, p. 4757.

¹⁴⁷⁶ T. confl., 15 janv. 1990, n° 2605.

¹⁴⁷⁷ Rapp. Sénat n° 589, 5 juin 2014, sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, p. 173.

Maxime Boul, alors qu'il s'attèle à la délicate tâche d'analyser la notion de données publiques, précise que plusieurs notions relatives aux données traitées par des acteurs publics ou utilisées à des fins d'intérêt général se sont développées de manière synchrone avec celles de données publiques¹⁴⁷⁸. Il est alors fondamental de discerner différentes « notions concurrentes » de celle de données d'intérêt général : données publiques, données essentielles et données de référence.

La politique d'ouverture ayant été initiée relativement aux documents administratifs, son évolution vers les données publiques a appelé à une définition de ces dernières. Cette définition a été à géométrie variable, elle a été perçue différemment « en fonction des époques et des buts poursuivis par les auteurs de textes législatifs et réglementaires, par les rédacteurs de rapports ou par les décideurs politiques »¹⁴⁷⁹. Le rapport Lasserre centrait sa définition sur la destination des données, considérant que les données publiques sont « les données collectées ou produites par un service public sur fonds publics dans le cadre de sa mission et ayant vocation à être diffusées »¹⁴⁸⁰. La doctrine tend à définir les données publiques selon leur origine¹⁴⁸¹, considérant qu'il s'agit des données « produites ou collectées au cours du fonctionnement d'une activité de service public »¹⁴⁸². En effet, faire de la destination des données publiques la clef de voûte de leur définition expose à leur dissolution dans le domaine de la communication publique¹⁴⁸³. Une donnée publique n'est pas nécessairement ouverte¹⁴⁸⁴ et une donnée ouverte n'est pas nécessairement publique¹⁴⁸⁵. Cependant, Maxime Boul souligne que la consécration d'une République numérique appelle à une considération des données publiques comme « de véritables "choses publiques" auxquelles les citoyens doivent pouvoir accéder et réutiliser librement » et au-delà de leurs seuls éléments caractéristiques¹⁴⁸⁶. Gilles Guglielmi défend quant à lui une approche des données publiques « dans leur ensemble comme un patrimoine, même si l'évaluation de ce dernier demeure délicate en raison du volume et de la diversité des données dont la valorisation dépend surtout de l'apport intellectuel que leur confèrent les réutilisateurs »¹⁴⁸⁷. La scission entre données publiques et données ouvertes s'amenuise. Une partie de la doctrine a fait le choix terminologique de « données publiques ouvertes » qui renverrait directement à la notion d'*Open Data* alors définie comme « la mise à disposition libre et (quasi) gratuite de données qui implique la possibilité de les réutiliser de façon la moins contrainte possible. »¹⁴⁸⁸. De ce point de vue, les données publiques entretiennent une relation étroite avec ce que l'on pourrait considérer comme des données d'intérêt général. Cependant, toutes les données d'intérêt général ne sont pas des données publiques. En effet, l'épithète « publique »¹⁴⁸⁹ met en exergue les limites de cette notion en lui opposant celle de données privées¹⁴⁹⁰. Or, des données privées pourraient également participer à l'intérêt général et être intégrées à la notion de données d'intérêt général.

¹⁴⁷⁸ Boul M., *Réflexions sur la notion de donnée publique*, RFAP 2018.

¹⁴⁷⁹ Guglielmi G.J., *Numérisation des données publiques et données publiques numériques*, Guglielmi.fr, 2013.

¹⁴⁸⁰ Lasserre B., *L'État et les Technologies de l'information et de la Communication : vers une administration « à accès pluriel »*, DF 2000.

¹⁴⁸¹ Bruguière J.-M., *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002.

¹⁴⁸² Ibid. Guglielmi G.J.

¹⁴⁸³ Koubi G., *Équivoque administrative de la notion de données publiques*, JCP A 2018.

¹⁴⁸⁴ Chignard S., *Open Data, comprendre l'ouverture des données publiques*, 2012, fyp, entreprendre.

¹⁴⁸⁵ Ibid. Koubi G.

¹⁴⁸⁶ Ibid. Boul M.

¹⁴⁸⁷ Ibid. Guglielmi G.J.

¹⁴⁸⁸ Bourcier D., Filippi (de) P., *L'Open Data : universalité du principe et diversité des expériences ?*. JCP G 2013.

¹⁴⁸⁹ Ibid. Boul M.

¹⁴⁹⁰ Ibid. Boul M.

La notion de « données essentielles » a fait irruption dans le champ lexical juridique de manière à peu près synchrone avec celle de données publiques. La terminologie de « données publiques essentielles » avait été employée dès 1997 lors du discours du Premier ministre Lionel Jospin à Hourtin qui défendait déjà l'idée que « les données publiques essentielles doivent désormais pouvoir être accessibles à tous gratuitement sur Internet »¹⁴⁹¹. Mélina Elshoud met en exergue la réglementation favorisant l'ouverture des données essentielles des contrats de la commande publique¹⁴⁹². Ainsi l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics prévoit que « les acheteurs rendent public le choix de l'offre retenue et rendent accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché public »¹⁴⁹³. Les décrets du 25 mars 2016¹⁴⁹⁴ viendront préciser les contours de cette ouverture, notamment en imposant que la publication « soit réalisée sur le « profil acheteur » personnel de l'acheteur public ou de l'autorité concédante »¹⁴⁹⁵. Les deux arrêtés du 14 avril 2017¹⁴⁹⁶, particulièrement celui relatif aux données essentielles dans la commande publique¹⁴⁹⁷ viennent parachever le régime juridique des données dites essentielles. Les données essentielles semblent être intégrées aux données publiques, la notion de données publique essentielle figurait d'ailleurs d'ores et déjà dans le discours de Lionel Jospin de 1997 et est employée par une partie de la doctrine. Cela renvoie à l'idée que certaines données publiques sont plus importantes que d'autres, notamment en présentant un « potentiel d'usage plus élevé que d'autres »¹⁴⁹⁸. Jacques Chevallier et Lucie Cluzel-Métayer considèrent que les données de référence figurant dans la loi pour une République numérique sont le prolongement des données publiques essentielles¹⁴⁹⁹.

128. - La consécration partielle des données d'intérêt général.

La notion de données d'intérêt général a émergé progressivement, notamment avec les notions d'informations d'intérêt général et de documents d'intérêt général. En 2014, le rapport Bouchoux défendait la mise en ligne systématique des « documents d'intérêt général les plus fréquemment demandés, dont la liste serait fixée par décret »¹⁵⁰⁰. À l'occasion de son rapport sur l'ouverture des données de transports de 2015, Francis Jutand définit les « informations d'intérêt général » qui sont toutes « données (ou classes de données) des services de mobilité dont l'ouverture serait jugée opportune »¹⁵⁰¹. Le rapport semble donc défendre une approche sectorielle des informations d'intérêt général. Bertrand Pailhès, considère que cela comprend les données de services publics et celles « d'entreprises privées fournissant un service de mobilité »¹⁵⁰². La mise en place de la mission Cytermann, composée par le Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, le Conseil d'État et l'inspection générale des finances, qui avait pour but de rédiger le rapport relatif aux données d'intérêt général¹⁵⁰³, souligne la prise de conscience des autorités de cette notion. Ce rapport rejoint la vision

¹⁴⁹¹ Jospin L., Discours d'Hourtin, 25 août 1997.

¹⁴⁹² Elshoud M., L'accès aux données essentielles de la commande publique, in Mouriesse E. (dir.), L'open data : une évolution juridique ?, RGD 2018.

¹⁴⁹³ Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 56.

¹⁴⁹⁴ D. n° 2016-360, 25 mars 2016 ; D. n° 2016-361, 25 mars 2016 ; D. n° 2016-86, 25 mars 2016.

¹⁴⁹⁵ Ibid. Elshoud M.

¹⁴⁹⁶ A., 14 avr. 2017, relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs ; A., 14 avr. 2017, relatif aux données essentielles dans la commande publique.

¹⁴⁹⁷ A., 14 avr. 2017, relatif aux données essentielles dans la commande publique.

¹⁴⁹⁸ Verdier H., La donnée comme infrastructure essentielle, 2018, Rapp. au Premier ministre, p.16.

¹⁴⁹⁹ Chevallier J., Cluzel-Métayer L., Introduction, Revue française d'administration publique, 2018.

¹⁵⁰⁰ Rapp. Sénat n° 589, op. cit. p. 158.

¹⁵⁰¹ Jutand F., Ouverture des données de transport, 2015, Rapp. au secrétaire d'État chargé des Transports, de la Mer et de la Pêche.

¹⁵⁰² Pailhès B., Comment définir et réguler les « données d'intérêt général », Annales des mines 2018.

¹⁵⁰³ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général.

sectorielle de la définition des données d'intérêt général de Francis Jutand. Il souligne qu'un régime juridique unique des données d'intérêt général n'est « ni souhaitable ni possible juridiquement » et qu'une approche sectorielle devrait être retenue à la lumière de la grande variété de secteurs et de données concernés¹⁵⁰⁴.

La loi pour une République numérique entérine partiellement la valeur juridique des données d'intérêt général. En effet, la section 2 du chapitre premier du titre premier s'intitule « Données d'intérêt général »¹⁵⁰⁵. Maxime Boul souligne que cette notion fait partie de celles figurant dans la loi pour une République numérique « qui complètent voire obscurcissent les contours de la notion de donnée publique. »¹⁵⁰⁶. Si la loi pour une République numérique sacralise la notion de données d'intérêt général, elle n'y apporte cependant pas une définition claire¹⁵⁰⁷ et s'abstient de préciser ce que cette notion recouvre, se contentant de lister des données hétérogènes dans la section relative aux données d'intérêt général. Cette section prévoit, entre autres, la gratuité et la réutilisation des décisions de justice des juridictions administratives¹⁵⁰⁸ et judiciaires¹⁵⁰⁹. Ces dispositions relatives à l'accès aux données de justice soulignent que les données d'intérêt général peuvent être des données publiques. Il est également prévu à la section 2 l'ouverture des données collectées ou produites dans le cadre d'une délégation de service public et qui sont indispensables à son exécution¹⁵¹⁰ ainsi que la publication des données essentielles des contrats de subvention au-delà d'un certain seuil¹⁵¹¹. Ces dispositions mettent en lumière le lien entre données d'intérêt général et service public « tout en transcendant la qualité du détenteur »¹⁵¹². Le législateur va également dans ce sens en mettant en place la transmission sous forme électronique d'informations présentes dans certaines bases de données d'organismes privés afin de réaliser des enquêtes statistiques¹⁵¹³ au sein de cette même section. Les données d'intérêt général peuvent donc être tant des données publiques que privées et leur définition semble être centrée sur la destination des données, qui doit être d'intérêt général, comme cela avait été le cas lors des prémices des données publiques¹⁵¹⁴. L'article 24 de la loi pour une République numérique prévoit la transmission des éléments d'information détenus par l'administration fiscale au sujet des valeurs foncières à des acteurs publics et privés¹⁵¹⁵. L'idée que l'ouverture des données d'intérêt général n'est pas nécessairement publique et peut se faire directement vers certains acteurs sans publication pour tous transparait dans cet article 24. Enfin, la loi pour une République numérique semble retenir partiellement l'approche sectorielle des données d'intérêt général en instituant une base de données nationale des vitesses maximales autorisées sur le domaine public routier¹⁵¹⁶ et en prévoyant l'ouverture et la réutilisation des données de consommation et de production des gestionnaires des réseaux publics de

¹⁵⁰⁴ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

¹⁵⁰⁵ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, Titre 1^{er}, Chapitre 1^{er}, Section 2.

¹⁵⁰⁶ Boul M., *Réflexions sur la notion de donnée publique*, op. cit.

¹⁵⁰⁷ Bothorel E., *Pour une politique publique de la donnée*, 2020, Rapp. au Premier ministre.

¹⁵⁰⁸ L. n° 2016-1321, loc. cit. art. 20.

¹⁵⁰⁹ L. n° 2016-1321, loc. cit. art. 21.

¹⁵¹⁰ L. n° 2016-1321, loc. cit. art. 17.

¹⁵¹¹ L. n° 2016-1321, loc. cit. art. 18.

¹⁵¹² Ibid. Boul M.

¹⁵¹³ L. n° 2016-1321, loc. cit. art. 19.

¹⁵¹⁴ Lasserre B., *L'État et les Technologies de l'information et de la Communication : vers une administration « à accès pluriel »*, DF 2000.

¹⁵¹⁵ L. n° 2016-1321, loc. cit. art. 24.

¹⁵¹⁶ L. n° 2016-1321, loc. cit. art. 22.

distribution d'électricité et de gaz naturel ainsi que des gestionnaires du réseau public de transport d'électricité et de gaz naturel¹⁵¹⁷.

La loi pour une République numérique n'est pas la seule à se positionner en faveur de l'ouverture des données d'intérêt général. Comme le souligne le rapport Bothorel en 2020¹⁵¹⁸, plusieurs normes sectorielles sont intervenues en la matière, notamment dans les domaines des transports¹⁵¹⁹, de la santé¹⁵²⁰, de la formation professionnelle¹⁵²¹, du logement¹⁵²² et de l'énergie¹⁵²³. Force est de constater que « les premières bases juridiques sectorielles qui encadrent l'utilisation des données d'intérêt général sont particulièrement hétérogènes et peu cohérentes »¹⁵²⁴.

B. Des données contribuant au service public à l'émergence d'un service public de la donnée

Les synergies entre données et service public se développent tant autour de l'ouverture et de la réutilisation des données que par l'utilisation de données à caractère personnel d'usagers, dans le respect du Droit applicable en matière de protection des données, pour contacter directement ceux-ci. De ce point de vue, les données peuvent être un facteur exogène d'amélioration des services publics existants, contribuant à l'amélioration de l'effectivité des principes du service public (A). En outre, les données sont un facteur endogène de l'émergence d'un nouveau service public, celui des données ouvertes (B).

1. Les données : facteur exogène de l'amélioration des services publics

129. - Amélioration de l'effectivité des principes cardinaux du service public à l'aune des données.

¹⁵¹⁷ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 23.

¹⁵¹⁸ Bothorel E., Pour une politique publique de la donnée, op. cit.

¹⁵¹⁹ Ibid. Bothorel E. : la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 4) prévoit la « diffusion libre et gratuite des données des services réguliers de transport public et des services de mobilité à des fins d'information du voyageur sur les horaires, prix, tarifs et itinéraires » et la loi d'orientation des mobilités (L. n° 2019-1428, 24 déc. 2019) élargit le champ des données concernées et ajoute notamment « les données statiques et dynamiques sur les déplacements et la circulation, ainsi que les données des bornes de recharge électrique (localisation, puissance, tarification, etc) et des services de covoiturage, de free-floating et des gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire ».

¹⁵²⁰ Ibid. Bothorel E. : la loi de modernisation de notre système de santé (L. n° 2016-41, 26 janv. 2016) « permet l'intégration des données publiques de l'assurance maladie et des hôpitaux avec des données privées des complémentaires santé ».

¹⁵²¹ Ibid. Bothorel E. : la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (L. n° 2016-1088, 8 août 2016) « prévoit la mise à disposition des données des organismes de formation sur les entrées et les sorties des formations et les taux de retour à l'emploi ».

¹⁵²² Ibid. Bothorel E. : la loi ELAN (L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 145) prévoit des « obligations de coopération renforcée entre les plateformes de location de meublés touristiques et les communes ».

¹⁵²³ Ibid. Bothorel E.

¹⁵²⁴ Ibid. Bothorel E.

Les principes cardinaux du service public, mis en exergue en 1938 par Louis Rolland et réaffirmés en 1997, sont ceux de continuité, d'égalité et de mutabilité. Le principe de continuité impose la non-interruption du service public afin d'éviter « un État à éclipses »¹⁵²⁵. Dégagé par la jurisprudence, il est considéré comme un principe général du Droit¹⁵²⁶ et un principe à valeur constitutionnelle¹⁵²⁷ depuis 1979. Les données à caractère personnel peuvent permettre de contacter les usagers afin de garantir la continuité du service public à distance. Par exemple, en cas de crise sanitaire conduisant au confinement comme celle du Covid-19, les données sont utilisées pour se connecter à distance aux cours en ligne, permettant ainsi d'assurer les cours du primaire à l'enseignement supérieur. L'analyse et l'ouverture de données, par exemple de transports, peuvent également contribuer au maintien de la continuité du service public. Ainsi, en période de grève, le service minimum peut être optimisé par l'analyse des données de voyageurs (nombres, horaires, lignes concernées, etc.).

Le principe d'égalité, qui est admis comme un principe constitutionnel¹⁵²⁸, vise l'égalité tant à l'accès qu'au fonctionnement des services publics et s'applique aux usagers et aux agents. Il sous-tend également les principes de neutralité et de laïcité. Le traitement des données à caractère personnel peut faciliter la mise en œuvre du principe d'égalité. Par exemple, elles peuvent permettre de contacter et de mettre à disposition des services pour les personnes en situation de handicap à distance auxquels ils n'auraient pas nécessairement accès autrement. En outre, le traitement des données peut permettre un plus grand accès au service public pour les zones qui n'en bénéficient que peu. Par exemple, les déserts médicaux ont un plus grand accès aux soins médicaux grâce à la télémédecine et celle-ci implique un traitement des données à caractère personnel à distance.

Le principe de mutabilité, consacré par le Conseil d'État au début du XXe siècle¹⁵²⁹, prévoit que le fonctionnement et l'organisation des services publics peuvent être modifiés afin de satisfaire au mieux l'intérêt général. « Le service public [nécessitant] de le faire évoluer en fonction des changements qui affectent l'intérêt général »¹⁵³⁰, il doit être en capacité de se transcender en tenant compte des innovations technologiques qui pourraient être mises à son service¹⁵³¹. L'analyse des données des usagers peut contribuer à identifier au mieux leurs besoins ainsi que des changements sociétaux et déterminer un possible besoin d'évolution du service public dans un but d'intérêt général.

130. - Amélioration de l'effectivité des principes émergents du service public à l'aune des données.

Les principes émergents du service public, notamment qualité, accessibilité, transparence et participation, peuvent être améliorés grâce aux données.

¹⁵²⁵ Gazier F., Conclusions sur CE Assemblée, 7 juillet 1950, Dehaene, RDP 1950.

¹⁵²⁶ CE, 9 mars 1951, n° 92004.

¹⁵²⁷ Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC.

¹⁵²⁸ Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC.

¹⁵²⁹ CE, 10 janv. 1902, n° 94624 ; CE, 11 mars 1910, n° 16178 ; CE, 30 mars 1916, n° 59928.

¹⁵³⁰ Boiteau C., Lachaume J-F., Pauliat H., Droit des services publics, 2004, Armand Colin ; Donier V., Les lois du service public : entre tradition et modernité, RFDA 2006.

¹⁵³¹ Ait Mouhoub Louali, Le service public à l'heure de l'Open Data, thèse, Guglielmi G. (dir.), 2018.

Le principe de qualité, développé dans les années quatre-vingt-dix¹⁵³² notamment sous l'influence du secteur privé et confirmé par le Droit européen¹⁵³³, a pour but d'améliorer l'efficacité du service rendu. La collecte et l'analyse des données par les acteurs publics peuvent leur permettre d'optimiser ces services et de les améliorer.

Le principe d'accessibilité, considéré comme indissociable des principes de continuité et d'égalité par une partie de la doctrine¹⁵³⁴ et autonome par une autre partie à l'aune du Droit européen¹⁵³⁵, renvoi à la possibilité et la probabilité d'accéder au service public. Il est donc étroitement lié à la lisibilité du service par les usagers. L'ouverture de données relatives au service, notamment avec une mise en ligne de données en temps réel ou l'utilisation de données à caractère personnel pour informer directement les usagers, peut renforcer l'accessibilité à ce service public. Cela s'applique par exemple en matière de transports.

Le principe de transparence, inscrit dans la continuité de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹⁵³⁶ et impulsé par le Droit de l'Union européenne¹⁵³⁷, a vocation à faire de l'administration une « maison de verre »¹⁵³⁸. L'ouverture des données produites et détenues dans le cadre d'un service public contribue grandement à la transparence de ces services.

Le principe de participation, encouragé dès les années quatre-vingt-dix par le Conseil d'État¹⁵³⁹ et transparaissant dans diverses mesures mises en place¹⁵⁴⁰, a vocation à associer les usagers et agents du service public au fonctionnement du service public¹⁵⁴¹. Les données à caractère personnel des usagers peuvent être utilisées pour les informer de la mise en place d'outils de participation et ainsi contribuer à celle-ci.

2. Les données : facteur endogène de l'émergence du service public de la donnée

131. - Prémices du service public de la donnée : consécration d'un service public de la mise à disposition et de la diffusion des textes juridiques.

Les prémices d'un service public des données ouvertes se dessinent avec l'émergence d'un service public d'accès aux informations juridiques¹⁵⁴². La démarche est entamée sur le plan réglementaire avec

¹⁵³² Cluzel-Metayer L., L'irruption de la qualité dans le domaine sanitaire, RDSS 2014 ; Cluzel-Metayer L., Le service public et l'exigence de qualité, thèse, Chevallier J. (dir.), 2006.

¹⁵³³ Guglielmi G.J., Exit les lois de Rolland. La nouvelle ère des principes de fonctionnement garantis, in Bousta R., Dantonel-Cor N., Kada N., Millet F.-X. et a., Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou, 2018, IRJS.

¹⁵³⁴ Guglielmi G.J., Koubi G., Long M., Droit du service public, 2016, LGDJ.

¹⁵³⁵ Malvasio F., Les catégories du droit administratif économique et du service public, in Auby J.-B. (dir.), L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, 2010, Dalloz.

¹⁵³⁶ Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art.15. « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »

¹⁵³⁷ Mouriesse E., L'accès aux données dans le cadre du service public de la donnée, in Mouriesse E. (dir.), L'open data : une évolution juridique ?, RGD 2018.

¹⁵³⁸ Rlivero J., Rapport de synthèse, in Debbash C. (dir.), La transparence administrative en Europe, 1990, Centre national de la recherche scientifique ; Jeannin H., Transparence et big data : revers et infortunes, in Broudoux E., Chartron G. (dir.), Big data – Open data Quelles valeurs ? Quels enjeux ?, 2015, De Boeck Supérieur.

¹⁵³⁹ Rapp. CE, 1995, Service public, services publics : déclin ou renouveau ?.

¹⁵⁴⁰ Ibid. Mouriesse E.

¹⁵⁴¹ Donier V., Les lois du service public : entre tradition et modernité, RFDA 2006.

¹⁵⁴² Guglielmi G.J., Open Data et service public : les données publiques ouvertes sont-elles un service public ?, in Bourcier D., De Filippi P. (dir.), Open Data & Big Data Nouveaux défis pour la vie privée, 2016, Mare et Martin.

le décret du 31 mars 1996 relatif au service public des bases de données juridiques¹⁵⁴³, dont le premier article dispose que « Le service public des bases de données juridiques vise à rassembler et mettre sous forme de bases de données informatisées, en vue de leur consultation par voie ou support électronique » certaines données. Cette initiative sera confirmée par le Droit prétorien lorsque le décret est attaqué par l'Ordre des avocats sur la base de l'article 34 de la Constitution¹⁵⁴⁴. Le Conseil d'État reconnaitra à cette occasion¹⁵⁴⁵, d'une part, que le pouvoir réglementaire était compétent pour fixer ce service public et, d'autre part, l'existence d'un service public par nature.

Le législateur viendra parachever cette initiative réglementaire. L'accès aux informations juridiques devient un service public à fondement législatif avec la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹⁵⁴⁶. En 2002, le service public de la mise à disposition et de la diffusion des textes juridiques devient le service public de la diffusion du Droit par Internet¹⁵⁴⁷.

132. - Application de la méthode de qualification de service public à l'ouverture des données.

Gilles Guglielmi s'est attelé à appliquer la méthode de qualification de service public à l'ouverture des données¹⁵⁴⁸. Un service public est une activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique. Le premier critère, celui de l'intérêt général, ayant été développé au A. ci-dessus, nous nous intéresserons principalement au second ici : « assurée ou assumée par une personne publique ».

Sur ce point, l'ouverture des données est opérée par l'État, les collectivités territoriales ou les délégataires de service public. L'État a mis en place le mouvement de modernisation de l'action publique (MAP) rattaché au SGMAP¹⁵⁴⁹ et la plateforme data.gouv issue du décret portant création d'Etalab¹⁵⁵⁰. Une volonté prégnante d'ouvrir les données émerge également au niveau des collectivités territoriales. À ce titre, Rennes Métropole a mis en place le Service public métropolitain de la donnée¹⁵⁵¹ et la Métropole de Lyon met en ligne sur data-grandlyon des données ouvertes.

133. - Consécration du service public des données de références.

Si la doctrine démontrait que l'ouverture des données constituait un service public à part entière, le législateur aura tardé à consacrer ce dernier. Comme le souligne Lucie Cluzel-Métayer, la consécration du service public de la donnée s'est majoritairement faite sous l'égide « des réflexions convergentes autour de l'importance d'assurer la circulation des "données essentielles" pour l'économie »¹⁵⁵². Cette idée, évoquée dès 1999 par le rapport relation à la diffusion des données publiques et à la révolution numérique¹⁵⁵³, sera relancée durant les années deux mille dix par le Groupement français de l'industrie de l'information¹⁵⁵⁴, par le Parlement dans le cadre de la loi pour la transition énergétique¹⁵⁵⁵ et par le

¹⁵⁴³ D. n° 96-481, 31 mai 1996.

¹⁵⁴⁴ Const., 4 oct. 1958, art. 34.

¹⁵⁴⁵ CE, 17 déc. 1997, n° 181611.

¹⁵⁴⁶ L. n° 2000-321, 12 avril 2000.

¹⁵⁴⁷ D. n° 2002-1064, 7 août 2002.

¹⁵⁴⁸ Ibid. Guglielmi G.

¹⁵⁴⁹ D. n° 2012-1198, 30 oct. 2012.

¹⁵⁵⁰ D. n° 2011-194, 21 fév. 2011.

¹⁵⁵¹ Métropole.rennes.fr, Dossier de presse, Service public métropolitain de la donnée, 2 fév. 2018.

¹⁵⁵² Cluzel-Métayer L., La construction d'un service public de la donnée, RFAP 2018.

¹⁵⁵³ Commissariat Général du Plan, rapp., 1 janv. 1999, Diffusion des données publiques et révolution numérique.

¹⁵⁵⁴ Ibid. Cluzel-Métayer L.

¹⁵⁵⁵ L. n° 2015-992, 17 août 2015. Lors des discussions relatives à celle-ci était apparue l'idée d'un « service public de la donnée énergétique » (v. Ibid. Cluzel-Métayer L.)

Gouvernement à l'occasion de Conférence de Paris sur l'Open data et le gouvernement ouvert organisée par Etalab, le Conseil national du numérique¹⁵⁵⁶, ou encore dans le cadre de la mission Cytermann portant sur les données d'intérêt général¹⁵⁵⁷. Ainsi, afin de garantir la fiabilité de certaines données publiques, dans un objectif d'ouverture et de réutilisation par des acteurs publics ou privés, il est apparu nécessaire de consacrer un service public de la donnée. Le lien entre économie de la donnée et service public de la donnée est scellé par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016. En effet, celle-ci considère explicitement la mise à disposition des données de référence en vue de faciliter leur réutilisation comme un service public à son article 14¹⁵⁵⁸. Or, cet article figure au chapitre premier du titre 1 intitulé « Économie de la donnée ».

Si un service public de la donnée est effectivement consacré à l'article 14 de la loi pour une République numérique, sa portée est à relativiser de deux points de vue. En premier lieu, ce service public ne porte pour l'instant que sur les « données de références » qui sont actuellement au nombre de neuf : la base Sirene des entreprises, le Répertoire national des associations, le Plan cadastral informatisé, le Registre parcellaire graphique, le Référentiel à grande échelle, la Base adresse nationale, le Référentiel de l'organisation administrative de l'État, le Répertoire opérationnel des métiers et des emplois et le code officiel géographique¹⁵⁵⁹. Ce choix, restreignant pour l'instant la portée du service public émergent, est cependant empreint d'un pragmatisme certain. Cantonner ce nouveau service public à un nombre très limité de données peut permettre d'éviter des déconvenues telles que celles du National Information Infrastructure (NII) britannique qui avait eu pour vocation initiale de porter sur plus de deux-cents jeux de données et qu'il s'est soldée par un échec en grande partie dû à la quantité de données¹⁵⁶⁰. En outre, cette mission de service public est évolutive et devrait porter progressivement sur d'autres jeux de données. En second lieu, l'article 14 de la loi pour une République numérique précise qu'il s'agit d'un service public relevant de l'État et que les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public pourront y concourir. Cela s'explique notamment par le fait qu'un service public de la donnée relevant de l'État permet à ce dernier de conserver sa « souveraineté informationnelle »¹⁵⁶¹. Cependant, comme une partie de la doctrine le souligne, afin de développer de nouveaux services au plus près des citoyens et de leurs besoins, il pourrait être pertinent de créer un service public local de la donnée¹⁵⁶², particulièrement au sein des territoires d'intelligences¹⁵⁶³.

134. - Application des principes cardinaux du service public à l'ouverture des données.

La qualification de service public entraîne l'application des principes du service public¹⁵⁶⁴. Les principes cardinaux du service public, continuité, mutabilité et égalité, devraient dès lors s'appliquer au service public de la donnée.

¹⁵⁵⁶ Etalab, CNum, Conférence sur l'open data et le gouvernement ouvert, 21 avr. 2014, Paris.

¹⁵⁵⁷ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général, p.12. « Les caractéristiques des données en tant que bien économique plaident en faveur de leur ouverture, afin de favoriser leur circulation et l'émergence de nouveaux usages ».

¹⁵⁵⁸ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 14.

¹⁵⁵⁹ D. n° 2017-331, art. 1.

¹⁵⁶⁰ Ibid. Cluzel-Métayer L.

¹⁵⁶¹ Verdier H., op. cit. p. 179.

¹⁵⁶² Mazon R., « Nous défendons un service public local de la donnée » - Mireille Bonnin, Gaz. Cnes. 2019.

¹⁵⁶³ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit., p.15.

¹⁵⁶⁴ Guglielmi G.J., Open Data et service public : les données publiques ouvertes sont-elles un service public ?, op. cit.

La transposition du principe de continuité aux données suppose qu'elles soient accessibles à tout moment. Cela semble plus facile à garantir dans la sphère numérique que lorsque des contacts humains et des actions concrètes sont nécessaires. Cependant, cela appelle tout de même à une certaine préparation pour garantir la continuité du service public des données ouvertes. « Toute continuité suppose des discontinuités »¹⁵⁶⁵, il convient alors d'identifier les potentielles discontinuités qui pourraient être liées au service public de la donnée. Les discontinuités peuvent être d'origine informatique, comme une attaque du réseau, une opération de maintenance ou un dysfonctionnement qui lui est intrinsèque, ou être la conséquence d'autres causes impactant plus généralement le service public, comme une grève ou un confinement impliquant une grande quantité d'accès synchrones au réseau ou limitant la production d'électricité. Cela peut se matérialiser, entre autres, par un réseau bloqué, une suppression des données ou un accès en masse bloquant les flux. Pour lutter contre ces discontinuités, il convient d'une part d'appliquer les règles classiques garantissant la continuité du service public et d'autre part de mettre en place des mesures spécifiques, particulièrement en matière préventive. Concernant les règles classiques, il sera ainsi possible de restreindre le droit de grève dans le service public¹⁵⁶⁶ et d'appliquer la théorie de l'imprévision dans l'exécution des contrats administratifs¹⁵⁶⁷. Concernant les mesures spécifiques, il est essentiel d'assurer la sécurité des réseaux et des systèmes d'information liés à ce service public en mettant en place les mesures organisationnelles appropriées, en déployant les moyens nécessaires à la protection et à la défense des réseaux et en mettant en place les mesures relatives à la continuité de l'activité, notamment en rédigeant un plan de continuité intégré à la politique de sécurité.

De la même manière, toute égalité suppose des inégalités et il conviendra d'identifier les inégalités qui pourraient contribuer à une rupture d'égalité du service public de la donnée. Les inégalités peuvent être vis-à-vis des usagers comme des administrations. Un inégal accès à Internet et aux équipements nécessaires à l'accès à ces données ainsi qu'un déséquilibre en matière de littéracie numérique peuvent contribuer à des inégalités face à ce service public. Il est alors nécessaire de s'assurer que les données sont accessibles sur tout support, une version mobile étant alors à prévoir, de mettre en œuvre les moyens nécessaires à la littéracie numérique des administrés et de l'administration ainsi que de garantir la couverture sur l'ensemble du territoire.

Concernant le principe de mutabilité, il implique que le fonctionnement et l'organisation du service public de la donnée puissent être modifiés pour satisfaire au mieux l'intérêt général. Cela peut impliquer d'imposer l'ouverture et la possible réutilisation d'un plus grand nombre de données, de faire évoluer les standards des jeux de données ou encore de mettre en place de nouvelles règles relatives à leur mise en ligne.

135. - Application des principes émergents du service public à l'ouverture des données.

Comme le souligne Élise Mouriesse, les principes émergents du service public, c'est-à-dire ceux de qualité, d'accessibilité, de participation et de transparence, peuvent s'appliquer aux données de référence¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁵ Guglielmi G.J., Koubi G., Le Floch G. (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, 2011, L'Harmattan, p.17.

¹⁵⁶⁶ CE, 7 juill. 1950, n°01645.

¹⁵⁶⁷ CE, 30 mars 1916, n° 59928.

¹⁵⁶⁸ Mouriesse E., *op. cit.* p. 183.

Le principe de qualité du service public implique que les données et leur hébergement soient de qualité, notamment avec des données mises à jour¹⁵⁶⁹, une standardisation des données et éventuellement une certification ou un agrément de leur ouverture. Cela peut également impliquer une interopérabilité des systèmes d'information entre administrations.

Le principe d'accessibilité peut quant à lui renvoyer à la nécessité d'un accès facile aux données sur la plateforme ou le site les hébergeant et potentiellement la possibilité de demander ces données au format papier.

Le principe de participation peut s'appliquer aux données ouvertes en permettant au citoyen de fournir des données aux administrations et d'appuyer à la structuration des jeux de données de manière collaborative.

Enfin, le principe de transparence appliqué au service public de la donnée pourrait consister à expliquer la raison de l'ouverture de certains jeux de données plutôt que d'autres. Il pourrait également s'agir de rendre accessibles aux administrés des informations concernant les nouveaux services issus de ces données ouvertes. Une plus grande transparence quant à la réutilisation qui est faite des données, lorsque les licences permettent effectivement la traçabilité de la réutilisation, est elle aussi envisageable.

§2. Un mouvement volontariste d'ouverture et de réutilisation des données

Les législateurs français et européen mettent en place un mouvement volontariste d'ouverture et de réutilisation des données. Celui-ci émerge notamment parce que les données peuvent être d'intérêt général et concourir au service public. Il trouve également ses racines chez les autres acteurs des territoires d'intelligences, l'ouverture et la réutilisation des données pouvant favoriser le développement économique des structures privées et renforcer l'accès à l'information des usagers. Si la volonté d'ouverture et de réutilisation a été réaffirmée par le législateur (A.), l'ouverture et la réutilisation n'en demeurent pas moins perfectibles en pratique (B.).

A. Une volonté d'ouverture et de réutilisation des données réaffirmée par le législateur

Le mouvement d'ouverture des données a été doucement initié avec la communication des documents administratifs puis le partage des informations publiques pour être plus récemment affirmé par le lé-

¹⁵⁶⁹ Bourcier D., Filippi (de) P., « Open data » : l'ouverture des données, JCP G 2014. « Certaines données qui sont susceptibles d'évoluer au cours du temps doivent être régulièrement actualisées afin d'assurer leur pertinence et validité à tout moment. Les acteurs publics dont les données ont été mises à disposition du public sont donc chargés d'effectuer des mises à jour (plus ou moins fréquentes) de tous les jeux de données qui seraient devenus obsolètes. Cette opération permet de mieux répondre aux besoins de réutilisateurs (y compris les acteurs privés) ainsi que d'éviter certains risques juridiques susceptibles d'engager la responsabilité des acteurs publics. »

gislateur, voire réaffirmé avec l'ouverture par défaut de certaines données (1.). Le législateur a également consacré, en synergie avec le droit à l'ouverture des données, un droit à la réutilisation de celles-ci (2.).

1. Renforcement général de l'ouverture des données applicable au sein des territoires d'intelligences

136. - La communication des documents administratifs : prémices pusillanimes de l'ouverture des données.

La France a très rapidement développé un cadre juridique en matière de transparence, mais loin de la notion de données publique, celui s'est initialement construit autour de la notion de documents administratifs¹⁵⁷⁰. 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 consacre le droit des administrés à l'information et la liberté d'accès aux documents administratifs¹⁵⁷¹ et crée la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)¹⁵⁷². La loi du 3 janvier 1979¹⁵⁷³, qui sera modifiée par celle du 15 juillet 2008¹⁵⁷⁴, met en place un régime spécifique en matière d'archives.

Au début des années 2000, le législateur et le juge administratifs détaillent les contours de la communication des documents administratifs. La loi du 12 avril 2000¹⁵⁷⁵ relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration complète le régime juridique de la communication des documents administratifs, notamment en précisant que les budgets et les comptes de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics à caractère administratif, des organismes de sécurité sociale et des autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif peuvent être communiqués au citoyen à la demande de ce dernier¹⁵⁷⁶. Le Conseil d'État ajoutera que le droit d'accès aux documents administratifs est une liberté publique¹⁵⁷⁷.

137. - Le partage des informations publiques : renforcement du droit des administrés à l'information sous l'influence du Droit européen.

La directive 2003/98/CE du PE et du Cons. du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public¹⁵⁷⁸ est venue renforcer les droits des administrés à l'information.

¹⁵⁷⁰ Chevallier J., Le droit français et la question des données publiques, in Bourcier D., De Filippi P. (dir.), *Open Data & Big Data Nouveaux défis pour la vie privée*, 2016, Mare et Martin.

¹⁵⁷¹ L. n° 78-753, 17 juill. 1978, art. 1er.

¹⁵⁷² L. n° 78-753, loc. cit., art. 5.

¹⁵⁷³ L. n° 79-18, 3 janv. 1979.

¹⁵⁷⁴ L. n° 2008-696, 15 juill. 2008.

¹⁵⁷⁵ L. n° 2000-321, 12 avril 2000.

¹⁵⁷⁶ L. n° 2000-321, loc. cit., art. 10 : « Les budgets et les comptes des autorités administratives mentionnées à l'article 1er et dotées de la personnalité morale sont communicables à toute personne qui en fait la demande, dans les conditions prévues par le livre III du Code des relations entre le public et l'administration. La communication de ces documents peut être obtenue tant auprès de l'autorité administrative concernée que de celles qui les détiennent. »

¹⁵⁷⁷ CE, 29 avr. 2002, n° 228830 : « Considérant que les dispositions susmentionnées, relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs, concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »

¹⁵⁷⁸ Dir. (CE), n° 2003/98, 17 nov. 2003.

Cette directive a été transposée en France avec l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques¹⁵⁷⁹. Cette dernière introduit la notion d'information publique sous impulsion européenne. Elle vient aussi renforcer le pouvoir de la CADA qui est érigée en autorité administrative indépendante¹⁵⁸⁰. Le régime de demande par les administrés demeure, mais les prémices d'une publication à l'initiative des autorités publiques se dessinent doucement¹⁵⁸¹. Elle évoque également la possibilité de demander l'accès aux documents par courriers électroniques¹⁵⁸².

138. - Ouverture des données : de l'ouverture sur demande à l'ouverture par défaut.

Le G8 a montré les 17 et 18 juin 2013, à l'occasion du sommet de Lough Erne, son aspiration à soutenir « une gouvernance plus ouverte et plus transparente »¹⁵⁸³. La Charte innovante sur l'accessibilité des données¹⁵⁸⁴ signée à cette occasion ambitionne de rendre les données accessibles à tous. Cette soif d'ouverture a été en partie assouvie avec la directive 2013/37/UE¹⁵⁸⁵ qui renforce le partage de données publiques.

La loi du 28 décembre 2015 est venue transposer, tardivement, mais ambitieusement¹⁵⁸⁶, la directive 2013/37/UE¹⁵⁸⁷. Plus récemment, la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique¹⁵⁸⁸ ancre le principe d'ouverture des données dans le paysage législatif français, particulièrement en passant d'une « logique de demande d'un accès à une logique d'offre de données »¹⁵⁸⁹. C'est ainsi qu'Axelle Lemaire a déclaré dans le cadre de la loi pour une République numérique « Nous avons fait de l'ouverture le principe, et du secret, l'exception : c'est un véritable changement culturel, qui peut aussi participer à une création de valeur nouvelle. »¹⁵⁹⁰.

Outre ce changement de paradigme, il est fondamental de rappeler la place croissante de la notion de « données ». Ainsi, la directive du 20 juin 2019¹⁵⁹¹, troisième acte du législateur européen en matière d'ouverture et de réutilisation, concerne « les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public » alors que les intitulés de la directive de 2003¹⁵⁹² et celle de 2013¹⁵⁹³ ne faisaient référence qu'à « la réutilisation des informations du secteur public ». Le rapport pour une politique publique de la donnée souligne que cette « évolution sémantique [...] reflète l'importance prise par la donnée dans l'accès à l'information publique »¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁷⁹ Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005.

¹⁵⁸⁰ Ord. n° 2005-650, loc. cit., art. 10.

¹⁵⁸¹ Ord. n° 2005-650, loc. cit., art. 8 : « Font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives. »

¹⁵⁸² Ord. n° 2005-650, loc. cit., art. 6.

¹⁵⁸³ Vie-publique.fr, Discours, Communiqué final du Sommet du G8 du 19 juin 2013.

¹⁵⁸⁴ Ibid. Vie-publique.fr.

¹⁵⁸⁵ Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013.

¹⁵⁸⁶ Cadot P., Chalmeton H., Open Data : Transposition de la directive du 26 juin 2013 concernant la réutilisation des informations du secteur public : fait!, Lexplicite.fr, 16 févr. 2016.

¹⁵⁸⁷ L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015.

¹⁵⁸⁸ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

¹⁵⁸⁹ CNIL, Ce que change la loi pour une République numérique pour la protection des données personnelles, 17 nov. 2016.

¹⁵⁹⁰ Mazon R., Open data : « Le mouvement qui s'enclenche est inéluctable » – Axelle Lemaire, Gaz. Cnes. 2018.

¹⁵⁹¹ Dir. (UE) n° 2019/1024, 20 juin 2019.

¹⁵⁹² Dir. (CE), n° 2003/98, 17 nov. 2003.

¹⁵⁹³ Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013.

¹⁵⁹⁴ Bothorel E., Pour une politique publique de la donnée, op. cit.

139. - Une approche sectorielle favorable à l'ouverture des données au sein des territoires d'intelligences.

Dans certains secteurs, la volonté d'ouvrir les données est particulièrement prégnante¹⁵⁹⁵. C'est le cas notamment en matière de données de transport¹⁵⁹⁶, énergétiques¹⁵⁹⁷, environnementales¹⁵⁹⁸ et géographiques¹⁵⁹⁹. Les évolutions juridiques liées aux données de transport ont particulièrement fait avancer le régime de l'ouverture des données¹⁶⁰⁰.

Cette approche sectorielle, bien que participant à l'essor des données ouvertes, présente plusieurs limites. Les définitions peu claires des données avec un approche sectorielle (données de transports, données énergétiques, etc.) complexifient l'identification des champs d'application de chaque réglementation. La recrudescence de ce fonctionnement législatif en silo et le manque d'intelligibilité des données auxquelles il s'applique exposent à une forme d'insécurité juridique.

2. Consécration du droit à la réutilisation des données

140. - Droit de réutilisation de l'information publique : consécration en droit français sous l'égide du Droit européen.

Le droit à la réutilisation des données a été initialement écrit sous la plume du législateur européen¹⁶⁰¹. La directive européenne du 17 novembre 2003¹⁶⁰² met ainsi en place un droit de réutilisation des informations du secteur public. Elle sera transposée en France par l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁶⁰³ prise sur la base d'une loi d'habilitation. Ainsi l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁶⁰⁴ et le décret du 30 décembre 2005 ont modifié la loi CADA et entamé la construction du régime de la réutilisation des données en Droit français. Le législateur français est venu préciser les contours de la réutilisation avec le décret du 21 janvier 2011 créant la mission Etalab¹⁶⁰⁵ et le décret du 26 mai 2011 relatif à l'utilisation des informations publiques détenues par l'État et ses établissements publics¹⁶⁰⁶.

Le législateur européen rappellera la place fondamentale de la réutilisation des données à deux reprises. La première est la directive modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public du 26 juin 2013¹⁶⁰⁷, transposée en Droit français en 2015¹⁶⁰⁸. La seconde

¹⁵⁹⁵ Guglielmi G.J., Open Data et service public : les données publiques ouvertes sont-elles un service public ?, op. cit.

¹⁵⁹⁶ Dir. (UE) n°2010/40, 7 juill. 2010.

¹⁵⁹⁷ Règl. (UE) n° 1227/2011, 25 oct. 2011.

¹⁵⁹⁸ Conv. Aarhus, 25 juin 1998 ; Dir. (CE) n° 2003/4., 28 janv. 2003 ; L. n° 2005-1319, 26 oct. 2005 ; Règl. (CE) n° 1367/2006, 6 sept. 2006 ; Ord. n° 2010-1232, 21 oct. 2010 ; D. n° 2011-127, 31 janv. 2011.

¹⁵⁹⁹ Dir. (CE) n° 2007/2, 14 mars 2007 ; L. n° 2011-12, 5 janv. 2011 ; D. n° 2011-127, 31 janv. 2011 ; D. n° 2011-223, 1er mars 2011 ; D. n° 2011-494, 5 mai 2011.

¹⁶⁰⁰ Jutand F., Op. cit, p. 179.

¹⁶⁰¹ Chevallier J., Le droit français et la question des données publiques, op. cit.

¹⁶⁰² Dir. (CE), n°2003/98, 17 nov. 2003.

¹⁶⁰³ Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005.

¹⁶⁰⁴ Ibid. Ord. n° 2005-650.

¹⁶⁰⁵ D. n° 2011-194, 21 févr. 2011.

¹⁶⁰⁶ D. n° 2011-577, 26 mai 2011.

¹⁶⁰⁷ Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013.

¹⁶⁰⁸ Cadio P., Chalmeton H., Open Data : Transposition de la directive du 26 juin 2013 concernant la réutilisation des informations du secteur public : fait!, Lexplicit.fr, 16 févr. 2016.

est la directive concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public du 20 juin 2019¹⁶⁰⁹.

141. - Le principe de gratuité : corollaire du droit à la réutilisation.

Comme le souligne le rapport Trojette, « La doctrine de l'État, en matière d'ouverture des données publiques, a oscillé entre objectif de gratuité totale et recherche de recettes valorisant le patrimoine immatériel de l'État »¹⁶¹⁰. Ce rapport distingue différentes phases concernant la tarification de l'ouverture des données.

Premièrement, il rappelle que jusqu'en 1997 il existait une « démarche timide d'ouverture des données »¹⁶¹¹ et que la tarification tendait à être considérée comme légitime, la gratuité n'étant pas une loi du service public selon la doctrine¹⁶¹² et la jurisprudence¹⁶¹³. Par exemple, la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques soulignait que le principe de gratuité « exprimé sans nuances se heurte à trois objections »¹⁶¹⁴ et que « la tarification est légitime » sous certaines conditions¹⁶¹⁵.

Deuxièmement, il souligne que de 1997 à 2007, le principe est celui de la redevance avec « des îlots de gratuité cantonnés aux données publiques essentielles »¹⁶¹⁶. La gratuité est évoquée pour les données publiques essentielles sur Internet par Lionel Jospin à l'occasion de son discours à Hourtin en 1997¹⁶¹⁷ et cette souplesse sera rappelée dans le programme d'action du Gouvernement pour la société de l'information¹⁶¹⁸. Ce point de vue sera confirmé par différentes circulaires¹⁶¹⁹ et par le projet de loi du Gouvernement sur la société de l'information de 2011¹⁶²⁰ avant que ce dernier ne soit abandonné¹⁶²¹ afin de transposer directement la directive du 17 novembre 2003. Cette transposition s'est matérialisée par l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques¹⁶²² qui n'impose pas de mise en ligne gratuite des données et mentionne explicitement le versement de redevances. Cependant, le montant des redevances est encadré par la directive du 17 novembre 2003 qui limite « le total des recettes perçues au coût de collecte, de production, de reproduction et de diffusion, tout en permettant un retour sur investissement

¹⁶⁰⁹ Dir. (UE) n° 2019/1024, 20 juin 2019.

¹⁶¹⁰ Trojette M.A., Ouverture des données publiques. Les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?, 2013, Rapp. au Premier ministre, p.13.

¹⁶¹¹ Ibid. Trojette M.A.

¹⁶¹² Chapus R., Droit administratif général, 2001, Montchrestien. Le principe de gratuité n'est « certainement pas au nombre [des] lois » du service public.

¹⁶¹³ Rapp. CE, 2002, Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, p. 13 : Concernant le principe de gratuité : « un tel principe, qui n'aurait guère de sens pour les services industriels et commerciaux, n'est pas non plus au nombre des règles essentielles qui régissent les services publics administratifs. La doctrine a pu ainsi parler d'un principe "introuvable" ».

¹⁶¹⁴ Circ., 14 fév. 1994.

¹⁶¹⁵ Ibid. Circ. « La tarification est légitime dans la mesure où elle a pour objet de compenser tout ou partie des dépenses engagées et ne vise pas à aller, pour l'ensemble des produits informationnels diffusés, au-delà de la couverture globale de ces coûts ; - elle peut servir de « ticket modérateur » à l'égard des administrés qui seraient tentés d'abuser de la gratuité de la diffusion des informations. La tarification ne doit pas procurer un bénéfice à l'administration. Cette règle ne peut être infléchie que par les exigences du droit de la concurrence ou du droit d'auteur. »

¹⁶¹⁶ Ibid. Trojette M.A.

¹⁶¹⁷ Jospin L., Discours d'Hourtin, 25 août 1997.

¹⁶¹⁸ Programme d'action gouvernemental, Préparer l'entrée de la France dans la société de l'information, 1998.

¹⁶¹⁹ Circ., 28 janv. 1999 ; Circ., 7 oct. 1999.

¹⁶²⁰ Projet de loi n° 3143, 14 juin 2011.

¹⁶²¹ Ibid. Trojette M.A.

¹⁶²² Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005.

raisonnable »¹⁶²³. Cette disposition sera transposée à l'article 15 de la loi CADA¹⁶²⁴. Cette évolution législative s'inscrit dans la lignée du Droit prétorien, le juge administratif français ayant d'ores et déjà exprimé sa volonté d'encadrer le montant des redevances¹⁶²⁵.

Troisièmement, le rapport Trojette souligne que de 2007 à 2011 les données sont considérées comme « un patrimoine à valoriser »¹⁶²⁶. Cette vision patrimoniale des données a notamment été impulsée par le rapport Lévy-Jouyet, relatif à l'économie de l'immatériel, qui considérait les données publiques comme un patrimoine immatériel de l'État¹⁶²⁷. Cette vision a été corroborée par différents décrets en 2009¹⁶²⁸.

Quatrièmement, à partir de 2011, la gratuité occupe une place croissante¹⁶²⁹. Cette transition a été impulsée notamment suite aux réflexions sur les gouvernements ouverts et transparents. La doctrine défend de plus en plus ardemment sa volonté de faire explicitement de la gratuité le principe¹⁶³⁰. On assiste à un changement de paradigme progressif, le paiement de redevance devient l'exception¹⁶³¹, notamment à l'aune du décret n° 2011-577 du 26 mai 2011 relatif à la réutilisation des informations publiques¹⁶³². Cette orientation est confirmée par l'Union européenne par le biais de la Directive 2013/37/UE du 26 juin 2013¹⁶³³ qui prévoit une tarification au coût marginal c'est-à-dire une quasi-gratuité¹⁶³⁴. Cette directive a été transposée en France par la loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de réutilisation des informations du secteur public¹⁶³⁵. La loi pour une République numérique¹⁶³⁶ vient ancrer le principe de gratuité¹⁶³⁷. Si la mise en œuvre de ce principe de gratuité connaît des limites, tant prévues par la législation¹⁶³⁸ que rencontrées dans sa mise en

¹⁶²³ Rapp. Sénat n° 589, op. cit. p. 125.

¹⁶²⁴ Rapp. Sénat n° 93, 21 oct. 2015 : « L'article 15 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 transpose cette disposition en prévoyant que le produit total des redevances, évalué sur une période comptable appropriée, ne dépasse pas le total formé par : - d'une part, les coûts de collecte, de production et de mise à disposition des informations qui peuvent comprendre, le cas échéant, le coût de l'anonymisation des informations ; - et, d'autre part, le cas échéant, la rémunération des investissements comprenant, éventuellement, une part au titre des droits de propriété intellectuelle. L'article 15 précise que les redevances sont fixées de manière non discriminatoire. Il est en outre prévu que lorsque l'administration productrice ou détentrice d'informations publiques les utilise dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut les facturer à d'autres réutilisateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même. »

¹⁶²⁵ CE, 29 juill. 2002, n° 200886.

¹⁶²⁶ Trojette M.A., Ouverture des données publiques. Les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?, op. cit.

¹⁶²⁷ Jouyet J.P., Levy M., L'économie de l'immatériel, La croissance de demain, 2006, Rapp. au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

¹⁶²⁸ D. n° 2009-151, 10 févr. 2009 ; D. n° 2009-157, 10 févr. 2009.

¹⁶²⁹ Ibid. Trojette M.A.

¹⁶³⁰ Ibid. Trojette M.A. : « Depuis plus de quinze ans, l'État a pris conscience de l'importance des données produites et collectées par ses services et de la nécessité de les mettre gratuitement à disposition d'utilisateurs et de réutilisateurs, pour renforcer la démocratie et développer l'économie, ainsi que pour moderniser l'action publique. »

¹⁶³¹ Chevallier J., Le droit français et la question des données publiques, op. cit.

¹⁶³² D. n° 2011-577, 26 mai 2011.

¹⁶³³ Dir. (UE) n° 2013/37, 26 juin 2013.

¹⁶³⁴ Ibid. Chevallier J.

¹⁶³⁵ L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015.

¹⁶³⁶ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

¹⁶³⁷ Bothorel E., Pour une politique publique de la donnée, op. cit.

¹⁶³⁸ Rapp. Sénat n° 93, op. cit. p. 192 : Le plafonnement de la tarification au coût marginal connaît cependant trois exceptions : « les organismes qui sont tenus de générer des recettes destinées à couvrir une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public ; les documents pour lesquels l'organisme est tenu de générer des recettes suffisantes pour couvrir une part substantielle des coûts afférents à leur collecte, leur production, leur reproduction et leur diffusion (...); les bibliothèques, y compris universitaires, les musées et les archives. Pour ces organismes, le total des recettes perçues, évalué sur une période comptable appropriée, ne peut

œuvre¹⁶³⁹, il contribue cependant activement au droit de réutilisation et à la création de nouveaux services pour les usagers et pour les clients. En effet, le principe de gratuité facilite l'accès aux données et leur réutilisation par les acteurs publics et privés. Du point de vue des acteurs privés, cette gratuité stimule la concurrence, les données étant plus facilement accessibles et réutilisables par les nouveaux entrants sur un marché.

B. Une ouverture et une réutilisation perfectibles en pratique

Si un mouvement d'ouverture et de réutilisation des données est initié de manière volontariste tant par les législateurs européen et français que l'État et les collectivités territoriales, il n'en demeure pas moins perfectible. En effet, l'exclusion de certains types de données des démarches d'ouverture et de réutilisation (1.), l'exclusion de certains acteurs dans ces domaines (2.) et le manque de lisibilité de l'information issue des données ouvertes (3.) viennent grandement limiter la portée des principes d'ouverture et de réutilisation.

1. Exclusion des démarches d'ouverture et de réutilisation

142. - Exclusion de certains types de données des démarches d'ouverture et de réutilisation.

L'exclusion de certains documents par nature vient limiter la portée de ces principes d'ouverture et de réutilisation. Des documents sont implicitement évincés, par exemple ceux « en cours d'élaboration et les documents préparatoires »¹⁶⁴⁰. En effet, les documents relevant du champ de l'ouverture et de la réutilisation doivent être des documents formalisés achevés. Des catégories de documents sont quant à elles explicitement exclues, on y compte notamment les avis du Conseil d'État et les actes d'assemblées parlementaires¹⁶⁴¹.

L'exclusion de certains documents n'étant pas en état d'être communiqués constitue elle aussi une limite aux principes d'ouverture et de réutilisation. Par exemple, la communication par courrier électronique n'est obligatoire que « lorsque le document est disponible sous forme électronique »¹⁶⁴².

excéder le coût de collecte, de production, de reproduction, de diffusion, mais également de conservation et d'acquisition des droits, tout en permettant un retour sur investissement raisonnable. »

¹⁶³⁹ Beguin-Faynel C., Rapport de synthèse, in Mouriesse E. (dir.), L'open data : une évolution juridique ?, RGD 2018 : « Parmi les obstacles à la réalisation de l'open data, un rapport soulignait en 2013 les fortes résistances, des administrations en particulier, à devoir se départir gratuitement de données, précédemment sources de valeur⁷⁹. Pourtant, en 2016, la gratuité de la diffusion des données ouvertes a été posée à l'article L. 324-1 du Code des relations entre le public et l'administration, avec des exceptions limitées. Il n'en demeure pas moins qu'un auteur a considéré qu'il fallait relativiser la gratuité, qui serait surtout apparente en ce que les données n'apparaissent pas comme un bien public pur sans rival. Il a pointé que la gratuité n'était qu'apparente, pour les multiples services numériques⁸⁰. Elle traduirait plutôt une « monétisation des données par les modèles économiques bi-face largement répandus sur le net ». Il s'en déduirait que les données seraient un « bien de club », avec la particularité d'être « un type particulier de bien collectif dont la consommation respecte le principe de non-rivalité, mais qui a la possibilité d'être rendu excusable » ».

¹⁶⁴⁰ Chevallier J., Le droit français et la question des données publiques, op. cit.

¹⁶⁴¹ Ibid. Chevallier J.

¹⁶⁴² Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005, art. 6.

Lorsqu'il a eu à se prononcer sur une ouverture des données mettant en cause des informations protégées par le secret, le législateur a régulièrement donné la priorité au secret. En 1978, il a précisé que les documents administratifs n'étaient pas communicables si cette communication portait atteinte aux secrets, tels que le secret des délibérations du Gouvernement, le secret de la défense ou encore secret en matière commerciale et industrielle¹⁶⁴³. Il est venu compléter cette protection du secret, notamment dans le domaine des affaires, en venant proscrire la publication des documents administratifs pouvant porter atteinte à la propriété littéraire et artistique¹⁶⁴⁴. La circonscription du droit d'accès aux documents administratifs à ceux n'étant ni protégés par le secret ni par la propriété littéraire et artistique vient réduire la portée de ce droit. Cependant, comme le souligne Jacques Chevallier¹⁶⁴⁵, se pose la question de savoir si la liste des secrets évoqués dans la loi de 1978 relative aux documents administratifs s'applique également aux données publiques. Cette approche doctrinale souple ouvre la porte d'une réévaluation des priorités entre secret, particulièrement dans le domaine des affaires, et ouverture des données publiques. Elle semble difficilement pouvoir être retenue, la liste des secrets de 1978 ayant été mise à jour notamment à l'aune de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires¹⁶⁴⁶. L'article L. 311-6 fait dorénavant référence au secret des affaires au détriment de la notion de secret en matière commerciale et industrielle. Le secret des affaires couvrant un champ plus vaste que cette dernière, les exceptions aux démarches d'ouverture et de réutilisation sont d'autant plus nombreuses.

La loi CADA exclut explicitement la communication de documents pouvant porter atteinte « au secret de la vie privée, des dossiers personnels et médicaux »¹⁶⁴⁷. L'exclusion de publication de données pouvant porter atteinte au droit à la vie privée n'implique pas nécessairement l'interdiction de publier des données à caractère personnel. La CADA et la CNIL soulignent à cet égard que « certains documents administratifs comportent des données personnelles qui ne sont pas couvertes en tant que telles par le secret de la vie privée »¹⁶⁴⁸, par exemple le prénom et le nom d'une personne physique ne font pas partie des éléments protégés au titre de la vie privée¹⁶⁴⁹. Elles rappellent cependant que « par principe, la diffusion des données à caractère personnel en ligne est proscrite sauf si : "une disposition législative contraire" autorise une telle publication [...] ; les personnes intéressées ont donné leur accord [...]»¹⁶⁵⁰. En outre, certaines données à caractère personnel sont exclues implicitement du principe d'ouverture, la liberté d'accès se cantonnant « aux documents administratifs de caractère non nominatif »¹⁶⁵¹. Or, une donnée à caractère personnel est « toute information relative à une personne physique susceptible d'être identifiée, directement ou indirectement »¹⁶⁵², cela comprenant pour partie les documents administratifs nominatifs. Afin de permettre la publication de données relatives à des personnes physiques, le Droit applicable envisage d'anonymiser¹⁶⁵³ les données¹⁶⁵⁴, celles-ci ne

¹⁶⁴³ L. n° 78-753, 17 juill. 1978, art. 6.

¹⁶⁴⁴ Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005, art. 9 & 10.

¹⁶⁴⁵ Chevallier J., *Le droit français et la question des données publiques*, op. cit.

¹⁶⁴⁶ L. n° 2018-670, 30 juill. 2018

¹⁶⁴⁷ Ibid. L. n° 78-753.

¹⁶⁴⁸ CADA, CNIL, oct. 2019, Guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques.

¹⁶⁴⁹ CE, 30 mars 1990, Mme D.

¹⁶⁵⁰ Ibid. CADA, CNIL.

¹⁶⁵¹ L. n° 78-753, loc. cit., art. 1er.

¹⁶⁵² Cnil.fr, Une donnée à caractère personnel, c'est quoi ?

¹⁶⁵³ Avis n° 05/2014 du G29, 10 avr. 2014, sur les techniques d'anonymisation : « L'anonymisation est le résultat du traitement des données personnelles afin d'empêcher, de façon irréversible, toute identification ».

¹⁶⁵⁴ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 23. Sur certaines données énergétiques : « 2° De mettre ces données à disposition du public par voie électronique, dans un format ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé sous une forme agrégée garantissant leur caractère anonyme. »

constituant dès lors plus des données à caractère personnel¹⁶⁵⁵. Néanmoins, l’anonymisation est techniquement complexe à mettre en œuvre. D’une part, avec le développement des algorithmes, elle est de plus en plus délicate à assurer, des croisements de données pouvant permettre d’identifier la personne concernée, certains mécanismes visant à anonymiser les données relèvent davantage d’une pseudonymisation¹⁶⁵⁶. D’autre part, le coût d’une anonymisation effective peut être important et les acteurs publics ne disposent pas nécessairement des connaissances en interne ou du budget pour réaliser celle-ci. La publication de données à caractère personnel dans une démarche d’ouverture et de réutilisation est possible dans certains cas. Elle est par exemple envisageable après un certain temps dans le cadre de la consultation des archives publiques¹⁶⁵⁷. La CADA précise que si l’absence de publication de données à caractère personnel est le principe, et l’anonymisation l’une des exceptions, il en existe d’autres¹⁶⁵⁸. Ainsi la publication est possible si la loi prévoit expressément que des données à caractère personnel soient publiées sans anonymisation, avec l’accord des personnes concernées ou si les documents figurent dans la liste prévue par le décret du 10 décembre 2018 relatif aux catégories de documents administratifs pouvant être rendus publics sans faire l’objet d’un processus d’anonymisation¹⁶⁵⁹.

Ce sujet des « données dont l’utilisation dépend de droits d’autrui », c’est-à-dire des « données qui pourraient être soumises à la législation en matière de protection des données, à des droits de propriété intellectuelle ou qui contiennent des secrets d’affaires ou d’autres informations commercialement sensibles »¹⁶⁶⁰ et qui sont donc exclus du champ des directives n° 2003/98, n° 2013/37 et n° 2019/1024, est abordé par la proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données¹⁶⁶¹. En effet, cette proposition de règlement vise notamment à permettre « la mise à disposition de données du secteur public en vue d’une réutilisation, lorsque de telles données sont soumises à des droits d’autrui »¹⁶⁶². Il convient de souligner que les dispositions proposées « ne créent aucun droit de réutilisation de ces données, elles définissent cependant un ensemble de conditions de base harmonisées dont le respect autoriserait une telle réutilisation (l’exigence de non-exclusivité, par exemple) »¹⁶⁶³.

143. - Exclusion de certains acteurs des démarches d’ouverture et de réutilisation.

¹⁶⁵⁵ Dir. (CE) n° 2003/98, 17 nov. 2003.

¹⁶⁵⁶ Cnil.fr, Fiche n° 10 Sécurité des données : « Le terme d’anonymisation est réservé aux opérations irréversibles. On utilise le terme de pseudonymisation lorsque l’opération est réversible. Une anonymisation irréversible consiste à supprimer tout caractère identifiant à un ensemble de données. Concrètement, cela signifie que toutes les informations directement ou indirectement identifiantes sont supprimées ou modifiées, rendant impossible toute ré-identification des personnes. La pseudonymisation est une technique qui consiste à remplacer un identifiant (ou plus généralement des données à caractère personnel) par un pseudonyme. Cette technique permet la ré-identification ou l’étude de corrélations en cas de besoin particulier. Lors d’une pseudonymisation, il faut être vigilant dans la mesure où une ré-identification peut intervenir à partir d’informations partielles (par exemple, la combinaison des données ville et date de naissance peut être suffisante). »

¹⁶⁵⁷ C. patr., art. L.213-2. Par exemple : « Les archives publiques sont communicables de plein droit à l’expiration d’un délai de : (...) Cinquante ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, pour les documents dont la communication porte atteinte (...) à la protection de la vie privée, à l’exception des documents mentionnés aux 4° et 5° »

¹⁶⁵⁸ CADA, conseil n° 20181892.

¹⁶⁵⁹ D. n° 2018-1117, 10 déc. 2018 ; CRPA, art. L312-1-2 ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 6.

¹⁶⁶⁰ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340 du PE et du Cons., 25 nov. 2020, sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données).

¹⁶⁶¹ Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340.

¹⁶⁶² Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340.

¹⁶⁶³ Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340.

Selon l'article 10 de l'ordonnance du 6 juin 2005, les informations contenues dans les documents « élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1^{er} dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial »¹⁶⁶⁴ ne sont pas considérées comme des informations publiques. Ainsi, les services à caractère industriel ou commercial (SPIC) doivent ouvrir certaines de leurs données, mais pas les rendre réutilisables, les SPIC relevant dès lors d'un régime hybride en la matière¹⁶⁶⁵. Cette scission est un frein au développement de nouveaux services basés sur ces données. Or de nombreux services publics au sein des territoires d'intelligences sont des services à caractère industriel ou commercial (SPIC), par exemple dans le domaine des transports¹⁶⁶⁶ ou en matière de performance énergétique¹⁶⁶⁷. Cette exclusion des SPIC présente plusieurs inconvénients. Elle limite la portée des dispositions sectorielles en matière de réutilisation des données et elle occasionne également une insécurité juridique. La réutilisation des informations contenues dans les documents élaborés ou détenus par les services publics administratifs (SPA) est possible contrairement au cas des SPIC. Fonder des régimes différents en matière de réutilisation des données sur cette distinction qui est encore relativement floue¹⁶⁶⁸, particulièrement dans le domaine des transports¹⁶⁶⁹, renforce l'insécurité juridique. Cette distinction bancaire a cependant contribué à une lecture pro réutilisation de la législation. Ainsi, la CADA a considéré en 2011 dans son avis Agence française pour l'information multimodale et la billettique que les informations sur les transports sont réutilisables, « quelle que soit leur provenance »¹⁶⁷⁰ lorsqu'elles sont collectées dans le cadre d'une mission de SPA. Cela vient ainsi atténuer la portée de l'article 10 de l'ordonnance du 6 juin 2005 en permettant la réutilisation détenue dans l'exercice d'un SPIC si elles ont été collectées dans le cadre d'un SPA. Cette lecture n'a pas suffi à atténuer les critiques doctrinales relatives à cette limitation et le besoin de réformer la législation en la matière s'est fait sentir de manière croissante. À ce titre, le Conseil national du numérique préconisait dans son avis relatif à l'ouverture des données publiques de 2012 d'« étendre le droit à la réutilisation aux données brutes des SPIC »¹⁶⁷¹. En 2015, le rapport de la mission Cytermann s'inscrira dans la même lignée en proposant « d'imposer la publication des données essentielles des SPIC et des contrats de subventions, et d'introduire par défaut dans les contrats de concessions ou de subventions des clauses *open data* concernant les données d'exploitation. »¹⁶⁷². La loi pour une République numérique va dans ce sens et marque un tournant important en venant partiellement uniformiser le régime de l'ouverture et celui de la réutilisation¹⁶⁷³. Selon Jean-Bernard Auby, l'exception concernant la réutilisation des données ouvertes par les SPIC est abrogée à cette occasion¹⁶⁷⁴. Plusieurs limitations à la réutilisation des données élaborées ou détenues par des SPIC sont malgré tout mises en place. Tout d'abord, l'autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un SPIC attribuant une subvention ne doit rendre accessibles et réutilisables les données essentielles de la convention de subvention que pour les subventions dépassant un certain seuil¹⁶⁷⁵, la loi pour une République numérique excluant ainsi un certain nombre de données. En outre, concernant la réutilisation des bases de données, il est

¹⁶⁶⁴ Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005, art. 10.

¹⁶⁶⁵ Étude d'impact, 9 déc. 2015, Projet de loi pour une république numérique.

¹⁶⁶⁶ Jutand F., Op. cit, p. 179.

¹⁶⁶⁷ République-numérique.fr, Explication des articles.

¹⁶⁶⁸ Gastine L., Quel avenir pour les services publics ?, Millénaire3.com, 2006.

¹⁶⁶⁹ Ibid. Jutand F.

¹⁶⁷⁰ CADA, conseil n° 20104559.

¹⁶⁷¹ CNNum, avis n° 12, 5 juin 2012, relatif à l'ouverture des données publiques (« Open data »).

¹⁶⁷² Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général, p. 3.

¹⁶⁷³ Jean B., L'ouverture des données publiques : nouvelles obligations et nouveaux acteurs, Inno3.fr, 23 juin 2017.

¹⁶⁷⁴ Auby J.-B., Données publiques, JCl. Administratif 2018

¹⁶⁷⁵ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.18.

possible de s'opposer à la réutilisation de celles produites ou reçues dans l'exercice d'une mission de SPIC soumise à la concurrence¹⁶⁷⁶. Le souhait du législateur de maintenir un statut particulier pour les données élaborées ou détenues dans le cadre d'une mission de SPIC transparait également dans le maintien de dispositions limitant l'ouverture et la réutilisation des données lorsque celles-ci sont protégées par le secret industriel et commercial¹⁶⁷⁷. Enfin, les entités réalisant une mission de SPIC pourront encore prévoir des redevances¹⁶⁷⁸.

Selon l'article 1 de la loi CADA, les données doivent être ouvertes « 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 »¹⁶⁷⁹. En matière de réutilisation, l'article 10 de l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁶⁸⁰ précise que la réutilisation s'applique aux données concernées par l'article 1 de la loi CADA¹⁶⁸¹. Ainsi, les acteurs privés n'agissant pas dans le cadre d'une mission de service public sont exclus des régimes d'ouverture et de réutilisation des données. Or, comme le met en exergue la CNIL¹⁶⁸², on assiste à une privatisation du service public au sein des territoires d'intelligences. En d'autres termes, de plus en plus d'acteurs privés exercent des missions pouvant être considérées comme des missions de service public sans que cela ne soit nécessairement mis en place dans un cadre contractuel, notamment par délégation de service public, partenariat public-privé, etc. Le rapport de Luc Belot sur les territoires d'intelligences met également en lumière la nécessité de garantir la souveraineté et d'« éviter une privatisation de la ville »¹⁶⁸³. De ce point de vue, l'exclusion des données détenues par des acteurs privés n'agissant pas dans le cadre d'une mission de service public juridiquement formalisée, peut venir limiter la portée de l'ouverture et de la réutilisation des données, les structures privées pouvant détenir des données d'intérêt général. Antoine Petel, doctorant en Droit, souligne à cet égard que, tant au niveau français qu'europpéen, le législateur a amorcé une réflexion en ce qui concerne l'ouverture des données du secteur privé¹⁶⁸⁴. Au niveau français, elle a été initiée en 2015¹⁶⁸⁵ et prend corps notamment avec les données d'intérêt général évoquées dans la loi pour une République numérique¹⁶⁸⁶. Cette démarche reste cependant inaboutie comme le souligne le rapport Bothorel de 2020 qui fait plusieurs recommandations à ce sujet¹⁶⁸⁷. Au niveau européen, un rapport de 2020 de la Commission européenne¹⁶⁸⁸ a conduit cette dernière à envisager de « proposer un cadre réglementaire dédié au partage de données B2G dans le prochain Acte sur les données dont la publication est prévue fin 2021 »¹⁶⁸⁹. Cette réflexion s'est matérialisée dans la proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁷⁶ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.11.

¹⁶⁷⁷ L. n° 2016-1321, loc. cit. art.36.

¹⁶⁷⁸ CRPA, art. L.324-1.

¹⁶⁷⁹ L. n° 78-753, 17 juill. 1978, art. 1.

¹⁶⁸⁰ Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005, art. 10.

¹⁶⁸¹ L. n° 78-753, loc. cit., art. 1.

¹⁶⁸² Cnil.fr, Cahiers IP n° 05, La plateforme d'une ville, Les données personnelles au cœur de la fabrique d'une ville, 2017.

¹⁶⁸³ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit., p.2.

¹⁶⁸⁴ Petel A., Politique sur les données : comparaison des approches française et européenne, RLDI 2021.

¹⁶⁸⁵ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général.

¹⁶⁸⁶ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016

¹⁶⁸⁷ Bothorel E., Pour une politique publique de la donnée, op. cit.

¹⁶⁸⁸ Towards a European strategy on Business-to-Government data sharing for the public interest.

¹⁶⁸⁹ Ibid. Petel A.

¹⁶⁹⁰ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340 du PE et du Cons., 25 nov. 2020, sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données).

2. Manque de lisibilité de l'information issue des données ouvertes

144. - **Manque d'accessibilité et d'intelligibilité des données ouvertes.**

L'objectif du partage de documents administratifs et de l'ouverture des données est l'accès à l'information. Ainsi, la communication des données et des documents n'est pas suffisante si l'information qu'ils contiennent n'est pas accessible et lisible par le plus grand nombre. Or, actuellement, plusieurs freins à l'intelligibilité de l'information existent. La complexité terminologique de certains documents, par exemple dans le domaine juridique, ne permet l'accès à l'information qu'à une portion réduite des personnes pouvant utiliser les documents. Un frein majeur à l'accessibilité de l'information est aussi la diversité en matière de communication. En effet, une certaine liberté est laissée aux différentes collectivités dans la manière de publier les documents et données¹⁶⁹¹ et ce manque d'uniformité dans la publication peut être préjudiciable à l'administré. La mise en page des documents peut être une limite à l'accessibilité de l'information qu'ils contiennent. De plus, les collectivités territoriales ouvrant leurs données ne le font pas sur le même site ni sous le même format ce qui complexifie l'agrégation de différents jeux de données. Ce manque de cohérence dans les choix de format complexifie la lecture tant par l'Homme que par la machine.

145. - **La réutilisation : une solution partielle au manque d'intelligibilité des données ouvertes.**

Le droit à la réutilisation permet de favoriser l'émergence de jeux de données rendus plus lisibles et intelligibles. Il est particulièrement pertinent par exemple dans des domaines où le besoin est double : d'une part, une information exhaustive quitte à être très technique pour certains et, d'autre part, une information vulgarisée pour les néophytes. Si la réutilisation apparaît comme un levier pertinent à l'intelligibilité de l'information, plusieurs limites sont à souligner. Tout d'abord, les données issues de la réutilisation ne sont pas nécessairement ouvertes à leur tour. En outre, la réutilisation des données ne résout pas la question de la capacité des bénéficiaires de l'ouverture à localiser l'information. Enfin, si les données initialement ouvertes ne sont pas facilement localisables ni uniformisées, et dépourvues d'une qualité suffisante, cela constitue un frein important à leur réutilisation et entraîne ainsi un cercle vicieux.

¹⁶⁹¹ D. n° 2005-1755, 30 déc., art. 31. « sont publiées, au choix de l'autorité exécutive de la collectivité intéressée : 1° Soit par insertion dans un bulletin officiel lorsqu'il a une périodicité au moins trimestrielle ; 2° Soit par transcription dans les trois mois sur un registre tenu à la disposition du public. »

Section 2. Structures privées : valorisation des données dans un but concurrentiel

Pour les structures privées, particulièrement les sociétés, les données constituent un atout concurrentiel. Le développement des données massives et des algorithmes constitue un atout fondamental pour une société sur un marché. Les données traitées dans ce cadre peuvent contribuer à son maintien sur un marché, au développement d'une position dominante ou à l'implantation sur un autre marché. Ainsi, les données peuvent avoir une valeur commerciale concourant à leur pouvoir de marché (Paragraphe 1). Des pratiques anticoncurrentielles basées sur les données émergent et un mouvement embryonnaire de contrôle de ce type de pratiques se dessine parallèlement (Paragraphe 2.).

§1. Des données à valeur commerciale concourant au pouvoir de marché

Les données, particulièrement à l'aune des données massives, peuvent être un véritable levier pour une entreprise. Celles-ci, bien que représentant un avantage commercial indéniable, sont difficilement valorisables (A.). Elles concourent au pouvoir de marchés de nombreuses entreprises sur les marchés gravitant autour des territoires d'intelligences (B).

A. Des données difficilement valorisables représentant un avantage commercial

Les données massives représentent un avantage pour les entreprises, tant en permettant la création d'informations stratégiques qu'en étant au service du ciblage publicitaire (1.). Si cet avantage commercial et concurrentiel existe, il est délicat d'évaluer la valeur des données (2.).

1. Des données massives représentant un avantage pour les entreprises

146. - La notion de données massives (*Big Data*).

Les données massives, également appelées *Big Data*, souffrent d'une absence de consensus quant à sa définition. Le Mc Kinsey Global Institute les définit comme un « ensemble de données dont la taille est supérieure à ce que les logiciels typiques de bases de données peuvent capturer, enregistrer, gérer et analyser »¹⁶⁹². Pour P. Hunstinx, il s'agit de « l'association de la collecte de données massives à caractère personnel et de l'analyse d'ensemble très volumineux de données très variées »¹⁶⁹³. Enfin, la CNIL considère que c'est « le gigantesque volume de données numériques produites combiné aux

¹⁶⁹² Mckinsey.com, Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, juin 2011.

¹⁶⁹³ Avis préliminaire du CEPD, 26 mars 2014, Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives : l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique.

capacités sans cesse accrues de stockage et à des outils d'analyse en temps réel de plus en plus sophistiqué offre aujourd'hui des possibilités inégalées d'exploitation des informations ». Elle précise que « les ensembles de données traités correspondant à la définition du Big Data répondent à trois caractéristiques principales : volume, vitesse et variété »¹⁶⁹⁴.

Les trois caractéristiques des données massives mises en lumière dans la définition de la CNIL sont souvent abordées. Elles ont été complétées par Maurice Stucke & Allen Grunes¹⁶⁹⁵ qui en ont ajouté une quatrième : la valeur. Celle-ci serait « à la fois origine et résultat des trois autres »¹⁶⁹⁶.

147. - Des données massives à la création d'information stratégique.

Comme le souligne Kévin Carillo¹⁶⁹⁷, les sociétés qui sauront sublimer les données massives en information bénéficieront d'un avantage économique et stratégique non négligeable. La transcendance des données en information¹⁶⁹⁸ est conditionnée à plusieurs éléments : la quantité de données, leur qualité et leur analyse, notamment par le biais d'algorithmes. Il ajoute que les données massives sont « le nouveau carburant de l'innovation »¹⁶⁹⁹. Il s'agit donc dorénavant de « transformer la masse de données en opportunité d'innover »¹⁷⁰⁰. Les exemples d'entreprises ayant étoffé leur *business model* à l'aide des données massives fleurissent, ces informations stratégiques peuvent contribuer tant à l'amélioration des services existants qu'à la création de nouveaux services. Des sociétés ont ainsi optimisé leurs services à l'aide de données massives, ce fut par exemple le cas d'entreprises de navigation GPS¹⁷⁰¹. Certaines sociétés développent de nouveaux services en revendant des informations stratégiques issues de l'analyse de leur service initial, à l'instar de Spotify¹⁷⁰². En s'appuyant sur l'analyse de données, des entreprises se sont dépassées, en passant d'un fournisseur de contenu en ligne à celui de créateur de contenu, comme le fit Netflix¹⁷⁰³.

Kévin Carillo souligne que les données massives ne sont pas une révolution technologique, les méthodes d'analyse étant issues du *business analytics* et du *business intelligence*¹⁷⁰⁴. Or, ces types d'analyses existent depuis de nombreuses années. « Par exemple, l'analyse de flux de réseaux sociaux se base très souvent sur des techniques d'analyse de sentiments (ou d'opinions) qui existent depuis plusieurs décennies. De la même manière, l'analyse des données massives s'appuie souvent sur des algorithmes, particulièrement sur le machine learning qui a émergé dans les années soixante¹⁷⁰⁵. « Le Big Data n'est donc en rien une révolution technologique. Selon Kevin Carillo, « il résulte, de cette prise

¹⁶⁹⁴ Cnil.fr, Définition, Big Data.

¹⁶⁹⁵ Stucke M., Grunes A., Big Data and competition policy, OUP 2016, p. 16.

¹⁶⁹⁶ Fraiture G., Big Data et droit de la concurrence, mémoire, Petit N. (dir.), 2017.

¹⁶⁹⁷ Carillo K., Le Big Data, une révolution qui transforme l'entreprise en profondeur, Hbrfrance.fr, nov. 2017.

¹⁶⁹⁸ Monino J.-L., Big Data, Open Data et valorisation des données, 2016, ISTE.

¹⁶⁹⁹ Ibid. Carillo K.

¹⁷⁰⁰ Ibid. Monino J.-L.

¹⁷⁰¹ Ibid. Fraiture G.

¹⁷⁰² Marr B., The Amazing Ways Spotify Uses Big Data, AI And Machine Learning To Drive Business Success, Forbes.com, 30 oct. 2017 : "In an effort to make its mountains of data available to musicians and their managers, Spotify just launched the Spotify for Artists app that provides mobile access to analytics—everything from which playlists are generating new fans to how many streams they are getting overall."

¹⁷⁰³ Ibid. Carillo K. : « C'est le cas de Netflix. Grâce à l'analyse de plusieurs années de données sur le comportement des utilisateurs de Netflix, l'entreprise américaine a muté avec succès d'un simple fournisseur de contenu en ligne (des séries et des films accessibles en streaming) en créateur de contenu, en produisant par exemple des séries telles que House of Cards, qui ne cesse de générer des revenus et gagner des prix. »

¹⁷⁰⁴ Ibid. Carillo K.

¹⁷⁰⁵ Ibid. Carillo K.

de conscience, un chamboulement dans le fonctionnement des entreprises et une redistribution des cartes de la compétitivité. ».

148. - Les données massives au service du ciblage publicitaire.

Comme le rappelle l'OCDE, à l'aune des données massives, « le distributeur peut ainsi fixer des prix individualisés, mais il peut également cibler des clients grâce à des techniques commerciales et à la publicité comportementale. »¹⁷⁰⁶.

Les données massives peuvent également être utilisées comme vecteur de ciblage publicitaire contribuant ainsi au développement économique d'une entreprise. La publicité a pour objectif l'appariement entre un message à vocation commerciale et une audience cible¹⁷⁰⁷. Le ciblage comportemental, initié en 2001 aux États-Unis, s'est développé sur Internet, de nouveaux espaces publicitaires étant disponibles en ligne¹⁷⁰⁸. Cela a conduit à une autre approche de la publicité, comme le soulignait le responsable de Weborama en 2008 : « On ne valorise pas un espace sur la valeur de son contenu, mais sur la valeur du profil qui va consulter ce contenu. »¹⁷⁰⁹. Cette démarche s'est propagée aux applications, aux réseaux sociaux, voire aux objets connectés. Cette utilisation des données peut donc contribuer à renforcer la place d'une entreprise sur un marché. Ces pratiques sont particulièrement utilisées dans des grandes entreprises américaines comme Google, qui détient la majorité du marché de la publicité basée sur les mots clefs de recherche.

Cependant, ces pratiques flirtent souvent avec l'illégalité. Elles peuvent ainsi porter atteinte à la réglementation applicable en matière de protection des données à caractère personnel comme a pu le souligner le CEPD dans son avis n° 3/2018¹⁷¹⁰. Le droit de la concurrence peut également être impacté par ce type de pratiques comme le souligne l'avis n° 18-A-03 de l'autorité de la concurrence du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet¹⁷¹¹. En outre, même si dans le cadre de l'achat de DoubleClick par Google la FTC avait considéré que les données n'étaient pas un élément essentiel pouvant avoir un impact direct sur le marché de la publicité en ligne¹⁷¹², une partie de la doctrine relativise, voire remet en question cette position¹⁷¹³.

2. Des données difficilement valorisables

149. - Difficultés liées à la valorisation des données.

La valeur est le « caractère mesurable prêté à un objet en fonction de sa capacité à être échangé ou vendu; prix correspondant à l'estimation faite d'un objet »¹⁷¹⁴. Le rapport relatif à la révolution de la donnée au service de la croissance souligne que la valeur de la donnée ne lui est pas inhérente, mais

¹⁷⁰⁶ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique.

¹⁷⁰⁷ Sonnac N., Gabszewicz J., L'industrie des médias à l'ère numérique, 2013, La Découverte.

¹⁷⁰⁸ Ouakrat A., Le ciblage comportemental, une perte de contrôle des éditeurs sur les données de l'audience, tic&société, 2012.

¹⁷⁰⁹ Ibid. Ouakrat A.

¹⁷¹⁰ Avis n° 3/2018 du CEPD, 19 mars 2018, sur la manipulation en ligne et les données à caractère personnel

¹⁷¹¹ Aut. conc., avis n° 18-A-03, 6 mars 2018.

¹⁷¹² Ftc.gov, Statement of Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick, FTC File n° 071-0170.

¹⁷¹³ Stucke M., Grunes A., Big Data and competition policy, OUP 2016.

¹⁷¹⁴ Cnrtl.fr, Définition, Valeur.

est relative à son utilisation. Ainsi, les données sont source de valeur ajoutée, mais n'ont pas initialement de valeur propre. Il est dès lors extrêmement complexe de valoriser ces données, ce qui est pourtant essentiel sur un marché.

La valeur des données ne leur est pas intrinsèque, elle relève davantage de l'information que l'on retire des données. Cette information dépend de plusieurs facteurs : la masse de données disponibles, la structuration des données disponibles, et l'analyse (notamment par le biais d'algorithmes) qui est faite des données. Il n'est dès lors pas aisé de mesurer la valeur de données, celle-ci étant conditionnée à plusieurs facteurs qui lui sont extrinsèques.

Au-delà de l'information que l'on retire des données, leur simple partage peut être vecteur de valeur. En théorie des jeux, « des informations peuvent prendre une dimension différente et donc créer de la valeur du seul fait d'être partagées »¹⁷¹⁵. Henri Verdier, à l'occasion des rencontres du Comité de la prospective, appelle cela « l'effet cadastre », c'est-à-dire que la mise en place d'un cadastre crée de la valeur ajoutée pour la propriété foncière.

En outre, certaines données sont des données à caractère personnel et leur donner une valeur peut être complexe éthiquement, voire du point de vue des libertés fondamentales, cela revenant, dans une certaine mesure, à mettre un prix sur la vie privée d'un individu

150. - Tentatives de valorisation des données.

Différentes entreprises développent des stratégies de valorisation de la donnée, celles-ci émergent tant directement dans les relations avec leurs clients qu'en conduisant des réflexions plus globales sur la méthode de valorisation des données.

Dans le cadre des relations des entreprises avec leurs clients, la valorisation des données repose sur un processus complexe qui reviendrait à évaluer le prix de la vie privée des individus. Certaines entreprises ont tenté de mettre en place des procédés permettant cela. En 2012, le programme Screenwise offre 100 dollars à l'inscription et 20 dollars par mois à ses participants à la condition qu'ils installent « un boîtier suivant 100% de leur activité sur Internet »¹⁷¹⁶. L'opérateur AT&T proposait quant à lui une réduction de 30% sur le prix du forfait en l'échange de données de navigation¹⁷¹⁷.

Dans le cadre de relations BtoB, différentes voies sont envisagées. L'entreprise Dawex¹⁷¹⁸, plateforme BtoB d'achat, de vente et d'échange de données créée avec le soutien de BPIFrance, a proposé au CIGREF¹⁷¹⁹ un ensemble de critères afin de valoriser la donnée. Ces dix critères sont : « 1. Notoriété de l'offreur : réputation et confiance 2. Complétude : se suffit à elle-même 3. Rareté : peu d'organisations sont capables de la fournir 4. Fiable : le reflet de la réalité 5. Organisée : présentation stable, utilisable facilement 6. Fréquence et délai : rafraîchissement 7. Pérennité : sera-t-elle encore produite dans l'avenir ? 8. Volume, dont l'historique 9. Compréhensible et documentée 10. Dépendance : données cruciales pour l'acquéreur »¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁵ Cnil.fr, Cahiers IP, Partage I, 2016.

¹⁷¹⁶ Zdnet.fr, Le programme Screenwise de Google : de l'argent en échange de 100% de vos données Internet, 9 févr. 2012.

¹⁷¹⁷ FTelecoms.org, Articles, Expérimentation : AT&T fixe un prix pour les données personnelles de ses clients.

¹⁷¹⁸ Dawex.com.

¹⁷¹⁹ Cigref.fr, Valorisation des données dans les grandes entreprises : maturité, pratiques et modèle, nov. 2016.

¹⁷²⁰ Ibid. Cigref.fr.

L'OCDE soulignait déjà en 2013 la diversité des méthodes de mesure de la valeur pécuniaire des données¹⁷²¹. Dans ce cadre, elle évoquait notamment la méthode des « résultats financiers par enregistrement », celle des « prix des données sur le marché » ou encore celle du « consentement à payer révélé pour la protection des données »¹⁷²².

B. Des données concourant au pouvoir de marché sur des marchés variés

Comme le rappelle l'OCDE, « Le point de départ pour toute analyse de la concurrence est la définition du marché à prendre en compte, dit marché de "référence" ou marché "pertinent" »¹⁷²³. Pour analyser l'impact des données sur la concurrence, il est donc fondamental de déterminer les marchés pertinents¹⁷²⁴ influencés par les données. Au sein des territoires d'intelligences, ces marchés sont caractérisés par leur hétérogénéité (1.). Les données peuvent concourir au pouvoir de marchés au sein de ces derniers (2.).

1. Hétérogénéité des marchés pertinents impactés par les données

151. - Les marchés « classiques » pertinents impactés par les données.

Au sein des territoires d'intelligences, les marchés « classiques » sont impactés par le développement des données massives, notamment ceux des transports, de l'énergie, du bâtiment et des communications. L'innovation basée sur les données devient la pierre angulaire des stratégies de développement des entreprises implantées sur ces marchés.

Qu'il s'agisse des modes de transports (en commun, routier, ferroviaire, etc.), de l'objet du transport (biens ou personnes) ou des destinations (intérieure ou extérieure), les différents marchés des transports sont profondément touchés par les données massives¹⁷²⁵, celle-ci permettant par exemple le développement de transports combinés. Cette influence se traduit tant sur les stratégies internes qu'externes. En interne, les données contribuent à un meilleur suivi, notamment pour le transport de marchandises. En externe, cela se ressent avec le développement des transports combiné, intermodal

¹⁷²¹ Rapp. OCDE, mai 2013, Exploration de l'économie des données personnelles : revue des méthodes de mesure de la valeur pécuniaire des données.

¹⁷²² Ibid. Rapp. OCDE.

¹⁷²³ Concurrences.com, Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence de l'OCDE.

¹⁷²⁴ Eur-lex.europa.eu, Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration : « La définition du marché en cause permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises. Elle permet d'établir le cadre dans lequel la Commission applique la politique de la concurrence. Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises données. La définition du marché permet, entre autres, de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché afin d'apprécier une position dominante (positions dominante(s)). Le marché en cause est délimité tant au niveau des produits que dans sa dimension géographique. D'une manière générale, le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables (substituabilité) en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Il convient également de prendre en compte les produits et/ou les services qui pourraient être facilement commercialisés par d'autres producteurs sans coût de réorientation important, ou par des concurrents potentiels, à un coût raisonnable, et dans un laps de temps limité. Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services donnés, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable. »

¹⁷²⁵ Yannis G., Système d'information et stratégie dans les transports Le cas du transport express, Savy M. (dir.), 1993.

et multimodal¹⁷²⁶. Cela entraîne un échange d'information entre les entreprises¹⁷²⁷ et le déploiement de systèmes de transport intelligents qui sont progressivement encadrés juridiquement¹⁷²⁸. Les marchés de l'énergie, qu'elle soit électrique, fossile (par exemple, charbon, gaz naturel ou pétrole), nucléaire ou renouvelable, sont également marqués par cette transition. Nous pouvons citer à titre d'exemple le développement des compteurs connectés qui permet un meilleur suivi de la consommation par l'entreprise et dans certains cas par le consommateur lui-même. Les marchés du bâtiment évoluent également à l'aune des données massives, celles-ci permettant notamment une amélioration de l'impact énergétique des édifices, avec le déploiement de bâtiments intelligents.

Ces marchés sont souvent d'anciens monopoles publics et ou des oligopoles. L'ancrage public historique de ces marchés participe au développement d'une réglementation spécifique en matière de données, certaines étant d'intérêt général. C'est le cas notamment en matière de données de transports¹⁷²⁹, énergétiques¹⁷³⁰, environnementales¹⁷³¹ et géographiques¹⁷³².

152. - Les marchés numériques pertinents impactés par les données.

Les marchés numériques pertinents au sein des territoires d'intelligences en matière de données sont souvent des plateformes. Les marchés numériques présentent plusieurs spécificités. Ils sont souvent très concentrés¹⁷³³ en raison de barrières à l'entrée dues à la détention d'un grand nombre de données difficilement accessibles par quelques entreprises qui y sont implantées. Ce sont également régulièrement des marchés multifaces, c'est-à-dire « [caractérisés] par la présence de plusieurs ensembles de consommateurs qui acquièrent différents produits et services auprès d'une même entreprise »¹⁷³⁴. À cet égard, il est fondamental pour les autorités de concurrence d'étudier les différentes faces¹⁷³⁵. En outre, les effets de réseaux, c'est-à-dire « la manière dont l'utilisation d'un bien ou d'un service par un utilisateur donné influence la valeur que ce produit a pour d'autres utilisateurs »¹⁷³⁶, sont très présents sur ces marchés et les données massives tendent à les intensifier¹⁷³⁷. Le multihébergement, qui consiste pour un consommateur à s'inscrire sur différentes plateformes proposant des services similaires, est également prégnant sur ces marchés. Cela peut réduire l'intensité de la concurrence¹⁷³⁸ et inciter les acteurs d'un marché à acquérir un maximum de données pour lutter contre le multihébergement¹⁷³⁹. Cependant, le droit à la portabilité mis en place par le RGPD ouvre la possibilité de réduire

¹⁷²⁶ Delebecque P., Le transport multimodal, RIDC 1998.

¹⁷²⁷ Ibid. Yannis G. : « Dans un futur proche, les bases de données et même les bases de connaissances devront être "inter-organisation" en s'appuyant sur un ensemble de réseaux de communications à l'échelle mondiale. Les entreprises qui n'auront pas pu intégrer leurs propres systèmes d'information, en utilisant les normes internationales ou en possédant le savoir-faire des interfaces téléinformatiques, auront du mal à se rattacher à ces réseaux d'information inter-organisation et courent le risque de se trouver marginalisées, puis éliminées. »

¹⁷²⁸ Dir. (UE) n°2010/40, 7 juill. 2010.

¹⁷²⁹ Ibid. Dir. (UE) n°2010/40.

¹⁷³⁰ Règl. (UE) n° 1227/2011, 25 oct. 2011 ; L. n° 2015-992, 17 août 2015 ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

¹⁷³¹ Conv. Aarhus, 25 juin 1998 ; Dir. (CE) n° 2003/4, 28 janv. 2003 ; L. n° 2005-1319, 26 oct. 2005 ; Règl. (CE) n° 1367/2006, 6 sept. 2006 ; Ord. n° 2010-1232, 21 oct. 2010 ; D. n° 2011-127, 31 janv. 2011.

¹⁷³² Dir. (CE) n° 2007/2, 14 mars 2007 ; L. n° 2011-12, 5 janv. 2011 ; D. n° 2011-127, 31 janv. 2011 ; D. n° 2011-223, 1er mars 2011 ; D. n° 2011-494, 5 mai 2011.

¹⁷³³ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016.

¹⁷³⁴ Rapp. OCDE et G20, 30 mai 2018, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire 2018.

¹⁷³⁵ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt.

¹⁷³⁶ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt.

¹⁷³⁷ Fraiture G., Big Data et droit de la concurrence, mémoire, Petit N. (dir.), 2017, p.18-19.

¹⁷³⁸ Waulthy X., Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction, CEREC Working Papers 2008.

¹⁷³⁹ Autorité de la concurrence française et Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit., p.33.

ce coût de transfert. Enfin, les marchés numériques ont souvent une face gratuite. Cette gratuité complexifie l'application des règles de Droit la concurrence, celle-ci étant souvent basée sur le prix et/ou les parts de marchés.

153. - L'éventuelle émergence du marché de la donnée.

La doctrine tend à appeler les données le « nouvel or noir »¹⁷⁴⁰ et un nouveau marché de la donnée se dessine autour de cette ressource émergente. Le rapport Nouvelle France Industrielle du 23 mai 2016¹⁷⁴¹ met en exergue neuf marchés prioritaires parmi lesquels se trouve « l'économie des données »¹⁷⁴², l'idée étant de « créer de la valeur en exploitant la quantité exponentielle de données dont nous disposons »¹⁷⁴³.

En premier lieu, ce parallèle avec l'or noir est à relativiser, la donnée étant une ressource aussi peu épuisable qu'exclusive, contrairement au pétrole. Cela fait ressortir deux particularités du marché de la donnée. Les réserves de pétrole sont rares et limitées tandis que celles de données sont en quantité et leur synergie les décuple¹⁷⁴⁴ et elles peuvent être utilisées de manière simultanée¹⁷⁴⁵. Il ne s'agit donc pas d'un marché de la rareté. La mission Cytermann met en évidence ces spécificités du marché de la donnée et en ajoute d'autres afin de relativiser le parallèle régulièrement fait avec les matières premières. Il est ainsi établi que les données sont des biens non rivaux, que ce ne sont pas des biens finis, que leur coût marginal est quasiment nul, que leur usage détermine leur valeur et qu'elles sont à l'origine de fortes externalités positives¹⁷⁴⁶.

En second lieu, l'idée qu'il existerait un marché de la donnée est au cœur des débats en Droit de la concurrence comme le rappelle l'OCDE¹⁷⁴⁷. Alors que certains défendent ardemment la reconnaissance de l'existence d'un marché de la donnée¹⁷⁴⁸, d'autres nient cette hypothèse¹⁷⁴⁹ avec la même véhémence.

2. Des données pouvant concourir au pouvoir de marché

154. - La notion de pouvoir de marché.

¹⁷⁴⁰ Lavenue J.-J., Souveraineté, Academic Days, 5-6 déc. 2016, Paris.

¹⁷⁴¹ Entreprises.gouv.fr, Nouvelle France industrielle, 23 mai 2016.

¹⁷⁴² Economie.gouv.fr, Rapport du groupe de travail franco-britannique sur l'économie de la donnée, 2016.

¹⁷⁴³ Ibid. Economie.gouv.fr.

¹⁷⁴⁴ Ibid. Economie.gouv.fr.

¹⁷⁴⁵ Ibid. Economie.gouv.fr.

¹⁷⁴⁶ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général, p.13.

¹⁷⁴⁷ Rapp. OCDE, 2 juin 2020, Droits relatifs aux données des consommateurs et impact sur la concurrence ; Costa-Cabral F. et Lynskey O., Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, Common Market Law Review 2017.

¹⁷⁴⁸ Jones Harbour P. et Koslov T., Section 2 in a Web 2.0 World : An Expanded Vision of Relevant Product Markets, Antitrust Law Journal 2010 : « La définition d'un marché des données permettrait de marquer la différence entre la collecte des données à un moment donné et leur utilisation élargie ultérieure » ; Forrest K., Big Data and Online Advertising: Emerging Competition Concerns, Antitrust Chronicle 2019 : « la banalisation potentielle d'un ensemble de données a pour effet de permettre indirectement la définition d'un univers concurrentiel ».

¹⁷⁴⁹ Körber, T., Is Knowledge (Market) Power? - On the Relationship Between Data Protection, 'Data Power' and Competition Law, NZKart 2018 : « il ne peut y avoir un et unique « marché des données », de la même manière qu'il ne peut exister un seul et unique « marché des matières premières » ; Rouillot A., Le marché des données n'existe pas : étude des différentes formes de valorisation des données, mémoire, Meadel C. (dir.), 2018 : « "Le marché des données" : une expression problématique pour désigner l'exploitation économique des données »

Selon la Commission européenne, le pouvoir de marché est :

« le pouvoir d'une entreprise sur un marché donné. En économie, le pouvoir de marché désigne à la base la capacité des entreprises à fixer des prix supérieurs au coût marginal d'une manière que ceci soit rentable. En matière de concurrence, le pouvoir de marché est déterminé à l'aide d'une analyse structurelle du marché, notamment du calcul des parts de marché, qui oblige à examiner s'il existe d'autres producteurs des mêmes produits ou des produits substituables. L'analyse du pouvoir de marché doit également apprécier les barrières à l'entrée ou à l'expansion et le degré d'innovation. Elle peut par ailleurs faire intervenir des critères qualitatifs, tels que les ressources financière, l'intégration verticale ou la gamme de produits offerte par l'entreprise concernée. »¹⁷⁵⁰.

Au croisement de la vision économique et de la vision concurrentielle comparées par la Commission européenne, plusieurs éléments semblent donc caractériser le pouvoir de marché : la capacité à fixer des prix indépendamment des concurrents, à augmenter ses parts de marchés, à fixer des barrières à l'entrée ou à l'expansion et à innover. Comme le souligne l'OCDE, « il est évident que, dans certains cas, les données et, plus précisément, les connaissances qui en sont tirées constituent la source d'un avantage concurrentiel significatif »¹⁷⁵¹.

155. - Les données : potentiel outil de fixation des prix.

L'OCDE centre sa définition du pouvoir de marché sur le critère de fixation des prix en considérant qu'il s'agit de l'« aptitude d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises) à relever et maintenir ses prix au-dessus du niveau de concurrence. »¹⁷⁵². Les données, croisées avec des algorithmes, peuvent aider à déterminer le prix idéal à fixer voire le moduler selon les publics.

En premier lieu, elles peuvent, coordonnées avec un système d'intelligence artificielle, permettre à une entreprise d'analyser des prix du marché pour faire évoluer les siens. Il ne s'agira ici pas nécessairement des données d'utilisateurs, mais davantage des données du marché, potentiellement croisées avec celles des utilisateurs.

¹⁷⁵⁰ Eur-lex.europa.eu, Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration.

¹⁷⁵¹ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p.25.

¹⁷⁵² Concurrences.com, Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence de l'OCDE : « Aptitude d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises) à relever et maintenir ses prix au-dessus du niveau de concurrence. L'exercice d'une puissance sur le marché (qualifiée également de pouvoir de monopole) se traduit par une moindre production et une perte de bien-être économique. On peut donner une définition économique précise de la puissance sur le marché, mais il est difficile de la mesurer concrètement. L'une des méthodes proposées est l'indice de Lerner, qui permet de calculer de combien le prix dépasse le coût marginal. Cependant, comme il est difficile de mesurer en pratique le coût marginal, une alternative consiste à effectuer ce calcul par rapport au coût variable moyen. Une autre solution consiste à mesurer l'élasticité de la demande par rapport au prix pour l'entreprise, puisque cette élasticité est liée à la marge prix-coût (bénéficiaire) de l'entreprise et à sa capacité à relever ses prix. Le calcul de cette élasticité pose néanmoins de nombreux problèmes. L'exercice effectif ou potentiel d'une puissance sur le marché permet de savoir si l'on se trouve en présence d'atteintes substantielles à la concurrence ou si de telles atteintes risquent de se produire. Aux États-Unis et au Canada, les autorités compétentes chargées des fusions procèdent à cet égard de la manière suivante : elles examinent si, après fusion, les entreprises concernées pourront relever durablement leurs prix au-delà d'un certain seuil (par exemple 5 ou 10 pour cent, le chiffre variant selon le cas) sans provoquer l'entrée de nouvelles firmes ou la production de substituts. Cette capacité de majoration des prix est déterminée au moyen d'une analyse détaillée de la structure quantitative et qualitative du marché et des paramètres de comportement des entreprises. ».

En second lieu, elles peuvent être utilisées comme outil d'individualisation des prix. Cette méthode est notamment employée en matière d'assurance. Par exemple, dans le secteur de l'automobile, on assiste déjà à une modulation du contrat selon les données collectées, à l'instar de Direct Assurance¹⁷⁵³. Cela se développe également dans le domaine médical. Par exemple, aux États-Unis, l'assurance John Hancock a développé en 2015 l'offre Vitality qui module le prix des primes selon les résultats issus de bracelets connectés. En France, Axa a fourni à des assurés volontaires des bracelets connectés ; les clients qui marchent le plus selon les données récoltées bénéficient alors de bons de réduction¹⁷⁵⁴. Le géant de l'assurance affirme que cela s'inscrit dans une logique d'*empowerment* de l'assuré.

156. - Les données : potentielles barrières à l'entrée ou à l'expansion.

Les données pourraient constituer des barrières à l'entrée ou à l'expansion. Par exemple, les marchés numériques, du fait de leur forte concentration, sont marqués par le fait que les entreprises implantées sur ces marchés détiennent un grand nombre de données difficilement accessibles qui peuvent constituer une barrière à l'entrée¹⁷⁵⁵. Mais ce point de vue est souvent remis en question par la doctrine qui considère que les données ne constituent pas une barrière à l'entrée du marché, d'autres ayant réussi à s'implanter sur le marché sans données¹⁷⁵⁶.

Ce point de vue niant que les données puissent être considérées comme une barrière à l'entrée reste à relativiser, comme le souligne l'OCDE car l'utilisation des données comme « élément fondamental des stratégies d'entreprises est relativement récent »¹⁷⁵⁷. En outre, concernant d'anciens monopoles publics s'ouvrant à la concurrence, il est plus délicat de nier que les données soient des barrières à l'entrée. En effet, une entreprise de transport disposant d'un monopole sur un territoire durant de nombreuses années et devant s'ouvrir à la concurrence disposerait d'un avantage concurrentiel indéniable. Elle disposerait grâce à son ancienne position monopolistique de données géographiques, de données sur les besoins et habitudes des utilisateurs ou encore d'information sur le trafic qui, si elles ne sont pas partagées au moment de l'ouverture à la concurrence, constitueraient des barrières à l'entrée pour de potentiels concurrents, et ce, malgré la logique d'ouverture des données géographiques et des données de transport. Si une telle ouverture des données n'est pas réalisée, le coût relatif à l'obtention de ces informations pourrait être trop important pour le nouvel entrant.

157. - Les données : potentiel vecteur d'innovation.

¹⁷⁵³ Bergé F., Assurance-auto : un mouchard dans la voiture pour payer moins cher, Bfmbusiness.bfmtv.com, 17 mai 2015.

¹⁷⁵⁴ Lemonde.fr, Les objets connectés transforment le secteur de l'assurance, 15 juin 2015.

¹⁷⁵⁵ Fraiture G., Big Data et droit de la concurrence, mémoire, Petit N. (dir.), 2017, p.16.

¹⁷⁵⁶ Lerner A.V., The Role of « Big Data » in online platform competition, Papers.ssrn.com, 2014 ; Balto D.A., Lane M.C., Monopolizing Water in a Tsunami : Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data, Competitionpolicyinternational.com, 2016; Sokol D., Comerford R., Does antitrust have a role to play in regulating Big Data?, in Blair R., Sokol D. (dir.), Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, 2016, CUP, p. 293-316.

¹⁷⁵⁷ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p.25.

Comme le souligne l'OCDE, l'innovation fondée sur les données permet « aux entreprises d'améliorer la qualité de leurs produits et de concevoir des services inédits en cernant et en ciblant mieux les besoins de chaque consommateur »¹⁷⁵⁸. Elle aborde explicitement « l'innovation fondée sur les données » qui permettrait « aux entreprises d'améliorer la qualité de leurs produits et de concevoir des services inédits en cernant et en ciblant mieux les besoins de chaque consommateur »¹⁷⁵⁹.

§2. Un mouvement embryonnaire de contrôle par les autorités de concurrence des pratiques liées aux données

Les données pouvant représenter un avantage pour une entreprise sur un marché et concourir à son pouvoir de marché, les pratiques anticoncurrentielles fondées sur les données tendent à se développer. La doctrine, notamment des autorités de concurrence, les décisions de ces mêmes autorités et la jurisprudence témoignent d'une conscience croissante des comportements liés aux données pouvant impacter un marché (A.). Malgré une conscience prégnante des risques que cela peut représenter en matière de concurrence, il s'avère complexe de mettre en œuvre les règles de concurrence aux opérations liées aux données, tant du fait d'une inadaptation des outils à disposition des autorités que du Droit applicable (B.).

A. Prise de conscience des autorités de concurrence des comportements liés aux données pouvant impacter un marché

Les autorités de concurrence française et européennes témoignent d'une volonté croissante de contrôler les opérations liées aux données pouvant impacter un marché. Selon la nature de la pratique anticoncurrentielle, la prise de conscience est plus ou moins avancée. Nous voyons ainsi émerger une approche volontariste en matière d'abus de position dominante (1.), une approche en demi-teinte en matière de concentrations (2.) et une approche hésitante en matière de pratiques collusoires (3.).

1. Une approche volontariste des autorités de concurrence en matière d'abus de position dominante

158. - Refus d'accès, accès discriminatoire et contrats exclusifs en matière de données : des pratiques d'éviction reconnues par l'étude de l'Autorité de la concurrence française et du Bundeskartellamt.

L'étude de l'Autorité de la concurrence française et du Bundeskartellamt considère que le refus d'accès aux données massives peut être « anticoncurrentiel si les données constituent une « facilité essentielle » à l'entreprise qui cherche à y accéder »¹⁷⁶⁰. La CJUE pose le principe selon lequel une entreprise

¹⁷⁵⁸ Ibid. Rapp. OCDE.

¹⁷⁵⁹ Ibid. Rapp. OCDE.

¹⁷⁶⁰ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit.

ne peut pas être forcée à favoriser l'activité de ses concurrents et définit les exceptions¹⁷⁶¹. Initialement, le refus d'accès à une licence détenue par une société en position dominante ne constituait pas un abus de position dominante¹⁷⁶². En 2004, la décision IMS Health¹⁷⁶³ établit que le refus d'octroi de licence peut avoir un caractère abusif à quatre conditions cumulatives: « le produit en cause doit être indispensable pour opérer sur un marché dérivé; à cet égard, un simple marché dérivé ou potentiel suffit ; le refus de licence doit avoir pour conséquence d'empêcher le développement, sur un marché dérivé, de produits nouveaux pour lesquels il existe une demande potentielle des consommateurs ; le refus de licence n'est pas objectivement justifié ; le refus de licence est de nature à éliminer toute concurrence sur le marché dérivé en cause. »¹⁷⁶⁴. Cette position a été rappelée, voire complétée dans la décision Microsoft de 2004 confirmée par celle de 2007¹⁷⁶⁵. À cette occasion, les quatre critères sont repris¹⁷⁶⁶, avec une légère nuance soulignée par une partie de la doctrine, l'utilisation de la terminologie « impact important sur l'innovation » étant nouvelle. Marie de Bellefroid relativise l'évolution impulsée par cette précision, considérant que « ce critère n'est pas réellement différent de celui du "produit nouveau" »¹⁷⁶⁷. Cela ne constitue une atteinte au droit de la concurrence qu'à la condition que les données ne puissent pas être obtenues d'une autre manière¹⁷⁶⁸. Or, avec le développement des marchés multifaces, cela peut devenir plus complexe à démontrer. À l'aune du RGPD, cela peut être relativement complexe de collecter les données. Les obligations relatives au consentement de la personne concernée peuvent complexifier la constitution d'une base de données et représenter un coût important pour l'entreprise souhaitant obtenir les mêmes données que son concurrent.

L'accès discriminatoire aux données peut être considéré comme une pratique d'éviction. Par exemple en refusant de vendre sa base de données à un concurrent comme dans l'affaire Cegedim où l'autorité de la concurrence française avait conclu à un abus de position dominante¹⁷⁶⁹. Le recours formé contre cette décision avait été jugé partiellement irrecevable par la Cour d'appel de Paris en 2015¹⁷⁷⁰ et la Cour de cassation a confirmé cette position en 2017¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶¹ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt : « Si le refus d'accès concerne un produit indispensable à l'exploitation de l'activité en question ; Si le refus empêche l'émergence d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle ; (NB : position pro innovation) Si le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ; et S'il est susceptible d'exclure l'intégralité de la concurrence sur le marché secondaire »

¹⁷⁶² CJCE, 5 oct. 1988, n°238/87.

¹⁷⁶³ CJCE, 29 avr. 2004, n° C-418/01.

¹⁷⁶⁴ Bellefroid (de) M., Droit de la concurrence et propriété intellectuelle: histoire d'un mariage forcé entre deux logiques, Droitbelge.be.

¹⁷⁶⁵ TPI, 17 sept. 2007, Microsoft Corp c/ Commission.

¹⁷⁶⁶ Ibid. Bellefroid (de) M. : « Reprenant les critères déjà appliqués par la jurisprudence antérieure, la Commission considéra que : l'information requise par Sun était indispensable pour permettre le développement de systèmes d'exploitation pour serveurs ; Microsoft éliminait progressivement toute concurrence sur le marché dérivé des systèmes d'exploitation pour serveurs ; le refus opposé par Microsoft n'était pas justifié de manière objective ; l'absence de communication d'informations relatives à l'interopérabilité, a un impact important sur l'innovation en matière de systèmes d'exploitation pour serveurs »

¹⁷⁶⁷ Ibid. Bellefroid (de) M.

¹⁷⁶⁸ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt.

¹⁷⁶⁹ Aut. conc., déc. n° 14-D-06.

¹⁷⁷⁰ CA Paris, pôle 5, 5e-7e ch., 24 sept. 2015.

¹⁷⁷¹ Cass. Com., 21 juin 2017, n° 15-25.941.

L'étude des autorités de concurrence franco-allemande souligne qu'un réseau de contrats exclusifs en matière de données peut être préjudiciable à la concurrence et qu'il pourrait porter atteinte au droit de l'Union européenne au titre de deux articles : l'article 102 du TFUE¹⁷⁷² et l'article 101 TFUE¹⁷⁷³.

159. - Ventés liées et utilisation croisée des ensembles de données : une pratique d'éviction reconnue par l'étude de l'Autorité de la concurrence française et du Bundeskartellamt incarnée dans un nombre croissant de décisions.

Les données collectées sur un marché peuvent être utilisées de manière anticoncurrentielle pour impacter le pouvoir de marché sur un autre marché. Ce risque est mis en exergue par plusieurs autorités. L'autorité de concurrence française évoquait dans un avis de 2010¹⁷⁷⁴ le risque de forclusion lié à une utilisation croisée des données, l'autorité de concurrence du Royaume-Unis abordait en 2015¹⁷⁷⁵ les risques de ventes liées et cela a été repris en 2016 dans le rapport conjoint des autorités de concurrence française et allemande¹⁷⁷⁶.

Ce risque est exacerbé pour les anciens monopoles publics, qui occupent une place centrale au sein des territoires d'intelligences. Cela a été souligné par l'Autorité de concurrence française dans son avis de 2010. Elle réaffirma vigoureusement sa position en 2014 en imposant des mesures conservatoires à GDF-Suez¹⁷⁷⁷, le contraignant à partager certaines données collectées dans le cadre d'offres réglementées de gaz avec ses concurrents (cependant, sous condition du consentement des personnes concernées et peu de personnes ont accepté). Ce risque est de plus en plus prégnant au sein des territoires d'intelligences et la marge de manœuvre pour limiter les atteintes à la concurrence en ouvrant certaines données est relativement limitée à l'aune du renforcement du régime de protection des données.

Un autre exemple est celui de la société Orange. Cette dernière disposait d'un quasi-monopole (détenant plus de 99,99% des paires de cuivres en France) sur les marchés des offres de gros d'accès à la boucle locale en métropole, soit une position dominante. Elle a donné accès à ces informations à son entité Orange Business favorisant son positionnement sur le marché des services de communication électronique fixe à destination de clientèle non résidentielle. Les opérateurs tiers ne disposent en effet pas de ces informations. L'ARCEP avait affirmé que « l'obligation de fourniture d'information préalable est une condition sine qua non de l'effectivité des offres d'accès »¹⁷⁷⁸. L'Autorité de la concurrence considère qu'il s'agit d'une violation de la concurrence¹⁷⁷⁹ des articles L.420-2 du Code de commerce¹⁷⁸⁰ et 102 du TFUE¹⁷⁸¹.

160. - Prix prédateurs et prix discriminatoires : une conscience doctrinale en quête de pratique.

Les données peuvent permettre d'évaluer la propension des consommateurs à payer pour un bien ou un service et donc aider une structure disposant d'une position dominante à fixer des prix adaptés,

¹⁷⁷² Traité FUE, art. 102.

¹⁷⁷³ Traité FUE, art. 101.

¹⁷⁷⁴ Aut. conc., avis n° 10-A-13.

¹⁷⁷⁵ Gov.uk, Competition and Markets Authority cases, Commercial use of consumer data..

¹⁷⁷⁶ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit. p.23.

¹⁷⁷⁷ Aut. conc., déc. n° 14-MC-02, 9 sept. 2014, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

¹⁷⁷⁸ ARCEP, déc. n° 2014-0733, 26 juin 2014, p.14.

¹⁷⁷⁹ Aut. conc., déc. n° 15-D-20.

¹⁷⁸⁰ C. com., article L.420-2.

¹⁷⁸¹ Traité FUE, art. 102.

potentiellement prédateurs¹⁷⁸² ou discriminatoires¹⁷⁸³, aux différents groupes de clients qu'elle aurait pu identifier¹⁷⁸⁴. Cette possibilité a été envisagée en 2016 par l'Autorité de la Concurrence française et le Bundeskartellamt dans leur étude conjointe qui distingue deux effets potentiels de ce type de pratiques¹⁷⁸⁵. Cette discrimination tarifaire pourrait, d'une part, permettre aux personnes au plus faible revenu d'accéder à certains biens et services et contribuer au bien-être social, et d'autre part, avoir de potentiels effets pro concurrentiels avec une concurrence tarifaire plus vive. Ces pratiques pourraient cependant avoir des effets pervers sur la concurrence. Les autorités françaises et allemandes questionnent l'applicabilité du Droit de la concurrence à ce type de pratiques, l'effet sur la concurrence, et non uniquement sur le consommateur devant être palpable.

161. - Dénigrement : une construction prétorienne.

Le droit prétorien sanctionne de plus en plus les cas de dénigrement dans la sphère numérique, notamment les cas de dénigrement sur des blogs¹⁷⁸⁶, des sites Internet¹⁷⁸⁷ et des forums¹⁷⁸⁸ ou sur les réseaux sociaux¹⁷⁸⁹. Cette position jurisprudentielle s'est progressivement étendue aux cas où des données à caractère personnel de clients ont été utilisées afin de leur communiquer directement des informations afin de dénigrer un client.

Cela a notamment été le cas en 2016 pour la communication fautive par courriels et sur les réseaux sociaux d'informations relatives à la condamnation non définitive d'un concurrent¹⁷⁹⁰. La Cour de cassation a maintenu cette position dans une autre affaire en condamnant pour dénigrement une entreprise qui avait informé par courriel ses clients de l'engagement d'une procédure contre un de ses clients, et ce, en l'absence de décision¹⁷⁹¹.

Au sein des territoires d'intelligences, Engie a également utilisé des données à caractère personnel afin de démarcher des clients. Si cela est permis par la loi, à condition du respect de la réglementation en matière de données à caractère personnel, il convient de prêter une attention particulière à l'information fournie au client par le prestataire effectuant le démarchage. En effet, un des dirigeants de l'entreprise EDF affirmait que « Les démarcheurs, sous-traitants d'Engie, font signer des papiers à des personnes âgées en leur expliquant qu'EDF n'existe plus ou qu'Engie est le nouveau nom d'EDF. »¹⁷⁹². Condamnée à ce titre en 2017 à 150 000 euros d'amende, Engie a fait appel. Cela a conduit au maintien de la décision de première instance et à l'augmentation de la sanction¹⁷⁹³.

162. - Abus de position dominante illicites par eux-mêmes : des contours incertains.

En matière de données, des abus de position dominante illicites par eux-mêmes pourraient être prononcés par les autorités de concurrence, notamment pour non-respect des obligations en matière de

¹⁷⁸² CJCE, 3 juill. 1991, n°C-62/86 (Arrêt de principe relatif à la notion de prix prédateurs).

¹⁷⁸³ CJUE, 27 mars 2012, n° C-209/10, Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet (Arrêt relatif à la notion de différenciation tarifaire).

¹⁷⁸⁴ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit.

¹⁷⁸⁵ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt.

¹⁷⁸⁶ TGI Montpellier, 2e ch., 07 juill. 2011.

¹⁷⁸⁷ CA Paris, pôle 1, 2e ch., 21 nov. 2013.

¹⁷⁸⁸ T. Com. Paris, 15e ch., 8 déc. 2014.

¹⁷⁸⁹ T. Com. Paris, 26 juill. 2011.

¹⁷⁹⁰ CA Paris, pôle 5, 4e ch., 27 janv. 2016.

¹⁷⁹¹ Cass. Com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350.

¹⁷⁹² Wakim N., Electricité : Engie condamné à un million d'euros au profit d'EDF pour démarchages abusifs, Le Monde 2019.

¹⁷⁹³ CA Versailles, 12 mars 2019.

protection des données à caractère personnel ou des législations sectorielles émergentes concernant l'ouverture de certaines données détenues par des acteurs privés. La CNIL soulignait d'ailleurs que les données personnelles peuvent être « un levier pour différents régulateurs » et mettait en exergue « interactions toujours plus fortes entre le droit de la protection des données personnelles, le droit de la concurrence et le droit de la consommation »¹⁷⁹⁴. En 2017, la CNIL, autorité française de contrôle en matière de protection des données, et l'autorité de protection de la concurrence italienne, « qui a la particularité de regrouper également les compétences de protection du consommateur »¹⁷⁹⁵, condamnaient toutes deux WhatsApp pour des faits similaires¹⁷⁹⁶, la première au titre de la protection des données et la seconde, au titre de la protection des consommateurs¹⁷⁹⁷. En 2019, la CNIL et le Bundeskartellamt, gendarme allemand de la concurrence, sanctionnaient respectivement Google LLC¹⁷⁹⁸ et Facebook¹⁷⁹⁹ pour des faits relativement similaires. Des sanctions en la matière pouvant être prononcées par la CNIL ou par la CADA, il apparaît essentiel de déterminer dans quelle mesure les autorités de concurrence peuvent sanctionner des structures pour abus de position dominante pour non-conformité au RGPD ou à d'autres textes liés à l'ouverture des données. Les tâtonnements du Droit pré-torien allemand dans le cadre de l'affaire entre le Bundeskartellamt et Facebook¹⁸⁰⁰ témoignent des incertitudes gravitant autour de cette question.

Le 7 février 2019, le Bundeskartellamt, office fédéral des cartels, a rendu une décision relative à l'utilisation faite par Facebook des données à caractère personnel de ses utilisateurs¹⁸⁰¹. Comme le rappelle l'OCDE, « dans le cadre de l'évaluation des pratiques de Facebook en matière de données, le Bundeskartellamt a appliqué les normes du RGPD européen et conclu à l'insuffisance de ces pratiques, et donc à un abus de position dominante »¹⁸⁰². Le Bundeskartellamt considère donc que Facebook ne doit pas rattacher les données de ses utilisateurs collectées par ses filiales à leur profil utilisateur. Cependant, en réponse à l'appel de Facebook dans le cadre de cette affaire, le Tribunal de grande instance de Düsseldorf suspendit cette décision en août 2019 notamment parce qu'il « n'acceptait [...] pas qu'une éventuelle violation des règles de la protection de la vie privée pût automatiquement entraîner une infraction au droit de la concurrence dans le cas d'une entreprise dominante » et qu'il considérait que le « Bundeskartellamt n'était pas parvenu à prouver que les pratiques de Facebook en matière de données pouvaient nuire à la concurrence »¹⁸⁰³. L'office fédéral allemand des Cartels fait appel auprès de la Cour suprême fédérale. Cette dernière, considère qu'« il n'y a aucun doute sérieux sur la position dominante de Facebook sur le marché allemand des réseaux sociaux, et il n'y a pas de doute sérieux que Facebook abuse de cette position dominante avec les conditions d'utilisation interdites par l'Office des cartels »¹⁸⁰⁴. En outre, elle précise que « l'abus ne résulte pas de la violation des dispositions du RGPD [...], mais bien de l'exploitation abusive par l'opérateur de sa position dominante sur le marché national des réseaux sociaux qui affecte non seulement le marché des réseaux sociaux,

¹⁷⁹⁴ Zribi D., Les données personnelles : un levier pour différents régulateurs, Cnil.fr, 5 juill. 2019.

¹⁷⁹⁵ Ibid. Zribi D.

¹⁷⁹⁶ Relatifs au partage de données avec Facebook.

¹⁷⁹⁷ Ibid. Zribi D.

¹⁷⁹⁸ CNIL, délib. n° SAN-2019-001 : cette sanction a été établie pour « manque de transparence, information insatisfaisante et absence de consentement valable pour la personnalisation de la publicité ».

¹⁷⁹⁹ Allemagne : Bundeskartellamt, 7 févr. 2019, Facebook.

¹⁸⁰⁰ Ibid. Bundeskartellamt.

¹⁸⁰¹ Ibid. Bundeskartellamt.

¹⁸⁰² Rapp. OCDE, 2 juin 2020, op. cit. p. 36 et s.

¹⁸⁰³ Ibid. Rapp. OCDE, 2 juin 2020.

¹⁸⁰⁴ Selinsky-avocats.com, Facebook : abus de position dominante en Allemagne et données personnelles, 30 juin 2020.

mais également le marché de la publicité en ligne, car l'accès aux données est un paramètre concurrentiel clé sur ces deux marchés »¹⁸⁰⁵. Le Tribunal de Grande Instance de Düsseldorf qui devait alors se prononcer à nouveau sur la question, fort de ces éclairages apportés par la Cour suprême, déclare que « la question de savoir si Facebook abuse de sa position dominante en tant que fournisseur sur le marché allemand des réseaux sociaux, parce qu'il collecte et utilise les données de ses utilisateurs en violation du [RGPD], ne peut être tranchée sans en référer à la CJUE »¹⁸⁰⁶.

2. Une approche en demi-teinte des autorités de concurrence en matière de concentrations

163. - Effet levier des concentrations en matière de données massives.

Les concentrations peuvent permettre à une entreprise de développer ses données massives de différentes manières. Cela peut se matérialiser par l'achat d'une société agissant sur le même marché, l'achat dans le cadre de marchés multifaces ou par l'obtention de données, qui, croisées aux données initiales, constituent de nouveaux jeux de données¹⁸⁰⁷.

164. - Effets discutables des concentrations liées aux données sur un marché.

Souvent, dans le cadre de données, il s'agit de concentrations entre un nouvel entrant et une structure étant bien implantée sur le marché, comme ce fut le cas entre Facebook et Instagram¹⁸⁰⁸. Or, les autorités française et allemande soulignent que, du fait des faibles parts de marché d'un nouvel entrant, ce type de fusions a un impact faible sur la part de marché¹⁸⁰⁹.

Cependant, la part de marché n'est plus nécessairement l'élément clef pour ce type de concentrations. En matière de données, une fusion ou une acquisition, même si les parts de marchés sont faibles, peut renforcer la concentration¹⁸¹⁰. En outre, « La fusion de deux entreprises qui occupent déjà des positions importantes sur des marchés amont ou aval différents peut conduire à la forclusion de ces marchés au détriment de nouveaux concurrents »¹⁸¹¹.

165. - Effets bivalents des concentrations liées aux données sur les produits et services proposés aux consommateurs.

Les concentrations liées aux données peuvent avoir un double effet sur les produits et services proposés aux consommateurs. D'une part, elles peuvent permettre un gain d'efficacité et l'émergence de

¹⁸⁰⁵ Ibid. Selinsky-avocats.com.

¹⁸⁰⁶ Stolton S., Facebook : le litige allemand sur l'utilisation des données est transmis à la Cour de justice européenne, Euractiv.fr, 25 mars 2021.

¹⁸⁰⁷ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit.

¹⁸⁰⁸ Fraiture G., Big Data et droit de la concurrence, mémoire, Petit N. (dir.), 2017, p.28.

¹⁸⁰⁹ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt.

¹⁸¹⁰ Autorité de la concurrence française et Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016, p.18. « dans les marchés liés aux données, ce type d'opération peut se traduire par un accès différencié aux données et ainsi augmenter leur concentration si l'entrant a accès à une base de données importante (obtenue sur un autre marché par exemple) »

¹⁸¹¹ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt.

nouveaux produits¹⁸¹². D'autre part, elles peuvent contribuer à une réduction de la qualité des produits, comme cela avait été évoqué dans le cadre de l'affaire Facebook/Whatsapp concernant une potentielle baisse de sécurité pour l'utilisateur¹⁸¹³.

166. - Reconnaissance partielle des atteintes au droit de la concurrence issues des concentrations liées aux données.

L'existence de jurisprudences relatives aux concentrations liées aux données témoigne de la conscience croissante des risques que cela peut représenter en matière de concurrence. Cependant, les décisions portant sur ce sujet ne sanctionnent pas nécessairement la fusion ou l'acquisition de la société au titre du droit de la concurrence.

Ce fut notamment le cas en 2008 au sujet du rachat par Google de DoubleClick. La Commission européenne, malgré la mise en garde du Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)¹⁸¹⁴ concernant un potentiel danger pour la vie privée des utilisateurs du moteur de recherches¹⁸¹⁵, a donné son aval à cette opération. Cette décision s'inscrit dans la lignée de son enquête approfondie concernant cette concentration qui indiquait « que l'opération n'aurait probablement aucun effet préjudiciable sur les consommateurs »¹⁸¹⁶. En 2012, la Commission européenne avait également déclaré la création d'une entreprise commune de commerce mobile par les sociétés de téléphonie mobile Telefónica, Vodafone et Everything Everywhere conforme au Droit de l'Union européenne¹⁸¹⁷. La Commission européenne avait rendu une autre décision dans cette lignée en 2014, concernant la fusion de Facebook et Whatsapp¹⁸¹⁸. Elle avait alors considéré, à la suite de son enquête préalable, que la concurrence demeurerait suffisante après l'acquisition et que les consommateurs continueraient d'avoir un choix suffisant¹⁸¹⁹. La Commission européenne avait accepté cette opération à condition que Facebook respecte les règles en vigueur en matière de protection des données¹⁸²⁰. Cette position, perçue comme un peu laxiste par une partie de la doctrine, a été relativisée par la suite par la Commission européenne elle-même. En effet, elle a sanctionné ultérieurement Facebook, avec une amende à hauteur de cent dix millions d'euros¹⁸²¹, pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant cette opération, portant ainsi atteinte au règlement de l'Union européenne sur les concentrations¹⁸²². Cette

¹⁸¹² Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt.

¹⁸¹³ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 23.

¹⁸¹⁴ Schmidt E., Le rachat de DoubleClick par Google fait toujours polémique, Challenges.fr, 21 déc. 2007.

¹⁸¹⁵ Lexing.network, Le rachat par Google de DoubleClick ou comment le droit de la concurrence met en péril la vie privée.

¹⁸¹⁶ Ec.europa.eu, Communiqué de presse, Concentrations : la Commission autorise le projet de rachat de DoubleClick par Google, 11 mars 2008.

¹⁸¹⁷ Déc. (COMP) n° M.6314, 4 sept. 2012.

¹⁸¹⁸ Déc. (COMP) n° M.7217, 3 oct. 2014.

¹⁸¹⁹ Ec.europa.eu, Communiqué de presse, Concentrations : la Commission autorise le rachat de WhatsApp par Facebook, 3 oct. 2014.

¹⁸²⁰ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p.22 et s.

¹⁸²¹ Ec.europa.eu, Communiqué de presse, Concentrations : la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp, 18 mai 2017 : Margrethe Vestager, commissaire chargée de la politique de concurrence, déclare que « la décision d'aujourd'hui envoie un signal fort aux entreprises, montrant qu'elles doivent respecter tous les aspects du règlement de l'UE sur les concentrations, y compris l'obligation de fournir des informations exactes. Et elle impose à Facebook une amende proportionnée et dissuasive. La Commission doit être en mesure de prendre des décisions en pleine connaissance de cause ».

¹⁸²² Règl. (CE) n° 139/2004, 20 janv. 2004.

décision laissait espérer moins d'attentisme des autorités de concurrence concernant les concentrations liées aux données.

En 2016, la Commission européenne a autorisé la fusion entre Microsoft et LinkedIn « soulignant que même si la protection de la vie privée est un facteur de qualité essentiel dans le marché des réseaux sociaux professionnels, la législation européenne sur la protection des données limitera la manière dont l'entité issue de la fusion pourra combiner les données des deux entreprises »¹⁸²³. Comme le souligne l'OCDE, « au-delà de ses effets potentiels sur la protection de la vie privée, il a été reproché à la Commission européenne de ne pas avoir suffisamment pris en compte les incidences de la fusion Microsoft/LinkedIn sur le pistage par des acteurs tiers »¹⁸²⁴.

3. Une approche hésitante des autorités de concurrence en matière de pratiques collusoires

167. - Des pratiques collusoires liées aux données envisagées par la doctrine.

Ezrachi et Stucke envisagent plusieurs pratiques collusoires liées aux algorithmes et aux données¹⁸²⁵. Ils examinent à ce titre un possible accord sur une méthode de tarification et l'utilisation d'algorithmes pour vérifier le respect de l'accord par les différentes parties. La mise en place d'un algorithme de tarification partagé entre plusieurs entreprises leur permettant de coordonner leurs prix en fonction des données entrantes sur le marché est également étudiée par ces auteurs. Ils se figurent aussi une collusion tacite par l'usage des données massives, scénario *the predictable agent*, « soit en améliorant la transparence du marché, soit en adoptant des mesures étroitement dépendantes les unes des autres »¹⁸²⁶. Enfin, dans la continuité de l'idée précédente, ils envisagent une collusion tacite avec de l'intelligence artificielle.

L'OCDE souligne également qu'« une collusion basée sur l'établissement d'un niveau commun de protection de la vie privée des consommateurs pourrait constituer une infraction au droit des ententes, comme tout autre accord sur la qualité, la production ou les prix »¹⁸²⁷. Elle envisage également les problèmes de concurrence que pourraient soulever¹⁸²⁸ « la fourniture de services sans contrepartie financière dans l'optique d'optimiser la collecte et l'utilisation des données des consommateurs »¹⁸²⁹.

168. - Des pratiques collusoires liées aux données mises en œuvre par les acteurs de marché.

Ces théories, malgré leurs airs de dystopies, commencent à trouver leur écho dans certaines pratiques mises en œuvre par les acteurs de marché. Cela avait commencé dès les années 90 aux États-Unis avec l'affaire des compagnies aériennes américaines. À cette occasion, le ministère de la Justice des États-Unis avait opéré, mais cela avait conduit à un simple accord de règlement sans faire jurisprudence¹⁸³⁰.

¹⁸²³ Rapp. OCDE, 2 juin 2020, op. cit. p. 34 et s.

¹⁸²⁴ Ibid. Rapp. OCDE, 2 juin 2020.

¹⁸²⁵ Ezrachi A., Stucke M., *Virtual competition : The promise and peils of the algorithm driven economy*, 2016, Harvard University Press, p. 39 à 45.

¹⁸²⁶ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 27.

¹⁸²⁷ Rapp. OCDE, 2 juin 2020, op. cit. p. 38.

¹⁸²⁸ Rapp. OCDE, 14 nov. 2018, *Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans contrepartie financière*.

¹⁸²⁹ Ibid. Rapp. OCDE, 2 juin 2020.

¹⁸³⁰ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

Ce type de problématiques s'est également retrouvé sur la Marketplace d'Amazon où des algorithmes de tarification complexes étaient utilisés pour permettre l'alignement des prix¹⁸³¹.

169. - Des pratiques collusoires liées aux données peu régulées par les autorités de concurrence.

Si l'OCDE évoque les pratiques collusoires liées aux données, celles-ci sont encore peu régulées par les autorités de concurrence. L'OCDE souligne à ce titre que « les auteurs actuels s'intéressent peu aux implications des données massives pour la détection des ententes et les travaux d'investigation connexes, ce qui s'explique peut-être par le très petit nombre d'affaires ayant fait l'objet d'une enquête à ce jour »¹⁸³². Cette possibilité n'était pas évoquée par les autorités françaises et allemandes dans leur rapport¹⁸³³.

Parmi les rares jurisprudences en la matière, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 23 novembre 2006¹⁸³⁴ peut être évoqué. Devant statuer sur « un accord établi entre des institutions financières concurrentes dans le but de créer un registre partagé réunissant des informations bancaires et sur la solvabilité des consommateurs, et ce, afin de déterminer leur niveau de risque pour l'octroi de crédits et de prêts », la Cour avait alors validé cet accord et souligné que « les éventuelles questions relatives à l'aspect sensible des données à caractère personnel ne relevant pas, en tant que telles, du droit de la concurrence, elles peuvent être résolues sur le fondement des dispositions pertinentes en matière de protection de telles données »¹⁸³⁵.

B. Difficile mise en œuvre des règles de concurrence sur les marchés gravitant autour de la donnée

Si les autorités de concurrence sont conscientes de la nécessité de contrôler les comportements liés aux données pouvant impacter un marché, les règles de concurrence sont encore complexes à mettre en œuvre dans ce domaine. Cette complexité s'explique en partie par l'inadaptation des outils à disposition de ces autorités (1.) et par l'inadaptation du Droit de la concurrence au contrôle des comportements anticoncurrentiels liés aux données (2.).

1. Inadaptation des outils à disposition des autorités de concurrence pour contrôler les comportements liés aux données

170. - La détermination du marché pertinent : obsolescence du test SSNIP en matière de données.

¹⁸³¹ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

¹⁸³² Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

¹⁸³³ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit.

¹⁸³⁴ CJUE, 23 nov. 2006, n° C-238/05.

¹⁸³⁵ Rapp. OCDE, 2 juin 2020, op. cit. p. 38.

Le test SSNIP et le test du monopole hypothétique sont inadaptés aux marchés multifaces, ces deux derniers dépendants « fondamentalement des mécanismes de formation des prix »¹⁸³⁶. Or sur les marchés liés aux données, beaucoup de services sont gratuits et il s'agit souvent de plateformes multifaces avec des faces gratuites et où il est complexe d'identifier les différentes faces¹⁸³⁷. Des solutions commencent à être envisagées pour dépasser cela, notamment une modification du test SSNIP ou la mise en œuvre du test Small but significant and non transitory decrease in quality (SSNDQ).

171. - Le contrôle des concentrations : inadéquation de la technique des seuils de notification en matière de données.

Pour identifier les fusions et acquisitions pouvant porter préjudice à la concurrence, de nombreuses autorités de concurrence concentrent leurs efforts. Généralement cette identification est corrélée au chiffre d'affaires des structures concernées par la fusion ou l'acquisition¹⁸³⁸, comme c'est le cas pour le FTC et pour la Commission européenne¹⁸³⁹.

Cette logique présente plusieurs limites en matière de données. Un contrôle des fusions et acquisitions fondé sur le chiffre d'affaires peut conduire à une absence de contrôle sur celles liées aux données pouvant conduire à des distorsions de concurrence¹⁸⁴⁰. En effet, ce n'est pas toujours le chiffre d'affaires des entités qui motive une concentration, cela peut se faire pour d'autres motifs conduisant à une potentielle absence de contrôle des autorités de concurrence¹⁸⁴¹. Cela aurait pu être le cas avec la fusion de Facebook et Whatsapp. Le chiffre d'affaires de WhatsApp n'était pas assez élevé pour que l'opération rentre dans les seuils de notification de la majorité des autorités de concurrence et cette opération a été contrôlée par les autorités de concurrence compétentes suite à la demande de contrôle centralisé formulée par Facebook.

2. Inadaptation du Droit de la concurrence au contrôle des comportements anticoncurrentiels liés aux données

172. - L'appréciation d'un abus de position dominante : qualification ésothérique des données comme facilité essentielle.

En principe, deux critères permettent de qualifier les facilités essentielles. Il faut qu'il s'agisse d'une ressource fondamentale et que les concurrents ne puissent pas l'obtenir par eux-mêmes¹⁸⁴². Si le premier est, en apparence, aisément applicable aux données, le second semble plus complexe à mettre en œuvre dans ce cadre. À cet égard, il convient également de rappeler que la « doctrine des installations essentielles n'est pas universellement reconnue par les tribunaux ou les professionnels du droit de la concurrence »¹⁸⁴³.

¹⁸³⁶ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 18.

¹⁸³⁷ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

¹⁸³⁸ Rapp. OCDE, 2016, Rattachement local et seuils de compétence dans le contrôle des fusions, 2016.

¹⁸³⁹ Commission européenne, Merger control procedures, 13 août 2013.

¹⁸⁴⁰ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

¹⁸⁴¹ Vestager M., Redefining the EU Merger Control System, discours prononcé devant la Studienvereinigung, 10 mars 2016, Bruxelles.

¹⁸⁴² Temple Lang J., Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities, Fordham International Law Journal 1994 ; Goubet J., L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe et aux Etats-Unis, mémoire, Vogel L. (dir.), 2010.

¹⁸⁴³ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 25 et s.

Concernant le critère de ressource fondamentale, il n'est pas aussi évident qu'il pourrait y paraître de qualifier les données de ressource fondamentale. En effet, une forte critique¹⁸⁴⁴ émerge à ce sujet tant des acteurs en place¹⁸⁴⁵, des professionnels du droit de la concurrence¹⁸⁴⁶ et des universitaires¹⁸⁴⁷. Ils tendent à considérer que les données ne constituent pas une barrière à l'entrée du marché, d'autres ayant réussi à s'implanter sur le marché sans données. Ce point de vue reste à relativiser, comme le souligne l'OCDE, l'utilisation des données comme « élément fondamental des stratégies d'entreprises est relativement récent »¹⁸⁴⁸. Pour les anciens monopoles au sein des territoires d'intelligences, ces données sont des éléments clefs de leur stratégie et, à l'occasion de leur ouverture à la concurrence, la méconnaissance par les potentiels concurrents des informations qui en découle peut constituer une véritable barrière à l'entrée du marché.

Concernant le critère d'absence de détention simultanée par les concurrents, l'application aux données s'avère plus ardue¹⁸⁴⁹. La doctrine souligne cela en rappelant qu'il n'existe pas de monopolisation des données¹⁸⁵⁰ et que celles-ci peuvent être détenues simultanément par différents concurrents. En effet, en l'absence de contrat empêchant les personnes concernées de partager leurs données avec d'autres, il n'y a pas d'exclusivité sur les données. En outre, l'obstacle à l'entrée quasi inexistant¹⁸⁵¹, « les données s'avérant relativement peu coûteuses à recueillir, éphémères et abondantes »¹⁸⁵². Ce point de vue est également à relativiser. En effet, comme le souligne l'OCDE « ce n'est pas tant la collecte de données que la capacité à extraire rapidement et en temps voulu des renseignements utiles d'un grand volume de données très diverses qui aboutit à l'acquisition d'un avantage concurrentiel »¹⁸⁵³. En outre, la jurisprudence met en exergue que dans certains cas les données ne sont pas accessibles pour un temps et un coût raisonnable. Il est en réalité très coûteux d'ordonner les données et de les analyser, notamment par un algorithme qui lui peut être vendu avec une clause interdisant la vente à des concurrents.

173. - Pratiques collusoires : Absence de cadre juridique en matière d'algorithmes permettant un alignement des prix.

L'OCDE met en exergue les difficultés que pourraient rencontrer les autorités de concurrence face aux situations suivantes¹⁸⁵⁴. Elle souligne que « les entreprises peuvent se servir des données massives pour favoriser une collusion (tacite), soit en améliorant la transparence du marché, soit en adoptant des mesures plus étroitement dépendantes les unes des autres, comme la programmation de représailles immédiates en réaction à une baisse de prix. ». Elle ajoute qu'« il est possible que les entreprises s'appuient sur l'intelligence artificielle pour créer des algorithmes de maximisation des bénéfices qui, grâce à l'apprentissage automatique, peuvent aboutir à une collusion tacite, même dans les cas où le programmeur n'a pas prévu une telle issue au début ».

¹⁸⁴⁴ Ibid. Rapp. OCDE.

¹⁸⁴⁵ Lerner A.V., The Role of « Big Data » in online platform competition, Papers.ssrn.com, 2014.

¹⁸⁴⁶ Balto D.A., Lane M.C., Monopolizing Water in a Tsunami : Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data, Competitionpolicyinternational.com, 2016.

¹⁸⁴⁷ Sokol D., Comerford R., Does antitrust have a role to play in regulating Big Data?, op. cit. , p. 293-316.

¹⁸⁴⁸ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 25.

¹⁸⁴⁹ Lipsky Jr. A.B., Sidak J.G., Essential Facilities, SLR 1999.

¹⁸⁵⁰ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 19 et s.

¹⁸⁵¹ Ibid. Balto D.A., Lane M.C.

¹⁸⁵² Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 25 et s.

¹⁸⁵³ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

¹⁸⁵⁴ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

L'OCDE souligne que cela sera extrêmement complexe à contrôler et sanctionner, notamment du fait de la difficulté à prouver l'existence d'une volonté de coordination des prix et de l'absence de fondement juridique engageant la responsabilité de la personne physique ayant développé un algorithme qui deviendrait capable de coordonner les prix¹⁸⁵⁵.

Section 3. Citoyen : protection des données dans un but de respect du droit à la vie privée

Du point de vue des citoyens, les données peuvent être à caractère personnel, incarnant dès lors leur vie privée. Une donnée à caractère personnel est « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable »¹⁸⁵⁶. La conception des données comme manifestation de la vie privée des individus a incité le législateur à consacrer un droit à la protection des données à caractère personnel (Paragraphe 1.). Le législateur a souhaité par la suite renforcer la protection des données à caractère personnel, notamment par le biais du Règlement général de protection des données (RGPD), mais cela n'est que relativement effectif (Paragraphe 2.).

§1. Des données à caractère personnel incarnant la vie privée des citoyens

La protection juridique des données à caractère personnel s'est développée en synergie avec le droit à la vie privée (A). Cependant, c'est le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication et le renforcement afférent des opportunités et menaces liées aux données, qui est venu ancrer le droit à la protection des données dans le paysage législatif français et européen (B).

A. Consécration du droit à la vie privée et de la protection des données personnelles

La doctrine a arboré dès le XVIII^e siècle, et de manière croissante, la nécessité de protéger juridiquement les données à caractère personnel (1.). Cependant, il faudra attendre la seconde partie du XX^e siècle pour voir fleurir des réglementations dans ce domaine, sous l'égide du développement du droit à la vie privée (2).

1. Une conscience croissante du besoin de protection des données à caractère personnel

¹⁸⁵⁵ Stucke M., Grunes A., Big Data and competition policy, OUP 2016.

¹⁸⁵⁶ Règl. (UE) n°2016/679., 27 avr. 2016, art. 4.

174. - Conscience séculaire de l'importance des données personnelles.

Dès le 18^e siècle, l'Archevêque Boisgelin de Cucé soulignait déjà l'importance de la protection des données en réaction au « certificat de bonne vie et mœurs » exigé des mendiants éloignés de leur domicile et défendait « la liberté de quitter un lieu, de se dissimuler, mais aussi le droit à l'anonymat et au respect du secret des individus »¹⁸⁵⁷. Le risque est également identifié en 1792 par les parlementaires qui soulignaient au sujet du monopole de l'État dans la délivrance de papiers d'identité¹⁸⁵⁸ que « Cette formalité peut donner lieu à beaucoup d'arbitraire de la part des municipalités, des corps administratifs ou de la gendarmerie nationale »¹⁸⁵⁹.

Le besoin de protéger la vie privée par les données s'est également fait sentir par la volonté croissante de protection juridique de documents contenant des données à caractère personnel. Ce fut notamment le cas avec la consécration du secret des correspondances. Au 19^e siècle, probablement en réaction au cabinet noir qui a intercepté allègrement des courriers jusqu'à la seconde partie du 18^e siècle¹⁸⁶⁰, la doctrine accorda une importance croissante à ce droit¹⁸⁶¹. Si l'action du Cabinet noir devait s'arrêter en 1870, quand l'activité de Simonel fut arrêtée par Germain Rampont, l'intrusion dans la vie privée des citoyens par le contrôle des courriers ne s'est pas arrêtée là pour autant, des courriers pouvant encore être ouverts par la police si les lettres étaient considérées comme suspectes¹⁸⁶² et les courriers pouvant encore être ouverts en temps de guerre. Dès 1911, François Gény prônait des droits sur les lettres missives¹⁸⁶³, principal mode de communication à l'époque. La protection des correspondances s'est matérialisée ultérieurement.

175. - Seconde Guerre mondiale : concrétisation des dérives possibles liées à l'utilisation des données.

Cette crainte exprimée durant la Révolution française c'est concrétisée par une réalité glaçante durant la Seconde Guerre mondiale. Durant celle-ci, l'« inventaire du patrimoine génétique » fut la clef de voûte de mise en œuvre de la « politique de santé héréditaire » mise en place par le Troisième Reich¹⁸⁶⁴. La centralisation de données, notamment issues d'hôpitaux tels que Am Seinhof qui était le principal hôpital psychiatrique de Vienne, et d'Offices de Santé publique d'arrondissement, et leur analyse à des fins de « sélection négative » permis de constituer près de 500 000 fiches dans le « fichier de l'hérédité » après deux ans de traitement de ces données¹⁸⁶⁵. Cet ensemble structuré de données fut un des piliers de la concrétisation de la doctrine eugéniste.

¹⁸⁵⁷ Denis V., Une histoire de l'identité : France 1715-1815, 2008, Champ Vallon Editions.

¹⁸⁵⁸ Labrunie F., De l'archevêque Boisgelin de Cucé au RGPD : brève histoire de la protection des données, Numerama.com, 8 avr. 2018.

¹⁸⁵⁹ Lehodey de Saultchevreuil E., Journal de l'Assemblée nationale, ou Journal logographique : Première législature, 1792, Chez Baudoin, p. 362.

¹⁸⁶⁰ Lever E., Cabinet noir : les français sous surveillance, L'Histoire 1995.

¹⁸⁶¹ Peltier V., Le secret des correspondances, RIDC 2000.

¹⁸⁶² L'article 10 du code d'instruction criminelle permettait à la police de saisir les lettres suspectes.

¹⁸⁶³ Geny F., Des Droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français, essai d'application d'une méthode critique d'interprétation, 1911, L. Larose et L. Tenin.

¹⁸⁶⁴ Czech H., Santé publique, hygiène raciale et eugénisme sous le Troisième Reich : l'exemple de Vienne, Revue d'Histoire de la Shoah 2005.

¹⁸⁶⁵ Ibid. Czech H.

Après la Seconde Guerre mondiale, la nécessité d'éviter qu'un tel génocide puisse se reproduire a conduit à un encadrement en matière de bioéthique, qui s'est matérialisé en 1947 par le Code de Nuremberg¹⁸⁶⁶ et un an plus tard par la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁸⁶⁷. Au niveau national, il faudra cependant attendre 1988 pour voir émerger une loi encadrant l'expérimentation humaine¹⁸⁶⁸ et 1994 pour que la France se dote d'une loi relative au respect du corps humain¹⁸⁶⁹. Un encadrement de l'utilisation des données à caractère personnel, avec une prise de position internationale au sortir de la guerre, aurait également été envisageable voire souhaitable, mais n'a pas été adoptée en parallèle des réflexions sur la bioéthique.

176. - Seconde moitié du XXe siècle : consécration de la protection des données à caractère personnel.

Cette prise de conscience des risques liés à l'utilisation des données à caractère personnel dans les années cinquante n'aura pas conduit non plus à l'adoption de textes relatifs à la protection des données au niveau national. Il faudra attendre les années soixante-dix pour que le législateur français de saisisse explicitement de la question en réponse à l'affaire S.A.F.A.R.I. et dans un cadre davantage technologique, cependant, il est possible que les craintes éveillées par l'article du Monde à l'occasion de l'affaire S.A.F.A.R.I. aient eu un écho particulier suite à la Seconde Guerre Mondiale.

2. Une première avancée pour la protection des données : la consécration du droit à la vie privée

177. - Consécration du droit à la vie privée au niveau international et européen.

Au niveau international, le droit au respect de la vie privée a été proclamé en 1948 à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui stipule que « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »¹⁸⁷⁰. Il sera également rappelé en 1976 à l'article 17 du pacte international relatif aux droits civils et politiques selon lequel : « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »¹⁸⁷¹.

Au niveau européen, le droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance figure à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁶ Code de Nuremberg.

¹⁸⁶⁷ DUDH.

¹⁸⁶⁸ L. n° 88-1138, 20 déc. 1988.

¹⁸⁶⁹ L. n° 94-653, 29 juill. 1994.

¹⁸⁷⁰ DUDH, art. 12.

¹⁸⁷¹ PIDCP, art. 17.

¹⁸⁷² Conv. EDH, art. 8. « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à

Plus spécifiquement, au sein de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a force contraignante depuis le traité de Lisbonne, complète cela en consacrant à son article 7 le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications¹⁸⁷³. On assiste ainsi à une évolution terminologique avec le passage de « correspondances » à celui de « communications » qui semble s'appliquer à un spectre plus vaste, les correspondances renvoyant à la notion d'écrit alors que des communications peuvent être non écrites. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne érige également la protection des données à caractère personnel au rang des droits fondamentaux à son article 8¹⁸⁷⁴.

178. - Consécration du droit à la vie privée au niveau national.

En Droit français, les atteintes à la vie privée ont d'abord été sanctionnées sur le plan civil en usant de l'ancien article 1382 (dorénavant 1240) du Code civil qui dispose que « « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »¹⁸⁷⁵. La sanction d'une atteinte à la vie privée était alors conditionnée également à l'existence d'un dommage et d'un lien entre ce dernier et l'atteinte elle-même. En 1968, Robert Badinter soulignait que l'atteinte à la vie privée était devenue « Comme l'esclavage ou la détention arbitraire, un fléau international »¹⁸⁷⁶ et appelait le législateur à une intervention explicite dans ce domaine¹⁸⁷⁷. En 1970¹⁸⁷⁸, la création de l'actuel article 9 du Code civil vient consacrer le droit à la vie privée¹⁸⁷⁹.

Le Droit constitutionnel français protège également le droit à la vie privée. La vie privée ne figurant pas dans les textes à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel s'est servi de fondements traditionnels pour protéger la vie privée. La constitutionnalisation du Droit à la vie privée s'est donc faite sous l'égide du Droit prétorien¹⁸⁸⁰. La construction constitutionnelle du droit à la vie privée a été initiée sans référence explicite à ce droit, comme ce fut le cas dans la décision relative à la fouille des véhicules du Conseil Constitutionnel de 1977¹⁸⁸¹. Le Conseil constitutionnel orchestre un tournant en 1995 à l'occasion d'une décision portant sur un système de surveillance où il établit un lien direct entre liberté individuelle et protection de la vie privée¹⁸⁸² et rattachant ainsi la vie privée à la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution¹⁸⁸³. Le Conseil constitutionnel prendra une nouvelle orientation en 1999¹⁸⁸⁴ dans la décision relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle où le droit à la vie privée est rattaché à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme

la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

¹⁸⁷³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n° 364/01, 18 déc. 2000, art. 7. « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »

¹⁸⁷⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n° 364/01, 18 déc. 2000, art. 8. « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

¹⁸⁷⁵ C. Civ., art. 1240.

¹⁸⁷⁶ Badinter R., Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968.

¹⁸⁷⁷ Ader B., La protection de la vie privée en droit positif français, Legicom 1999.

¹⁸⁷⁸ L. n° 70-643, 17 juillet 1970, art. 22.

¹⁸⁷⁹ C. civ., art. 9. « Chacun a droit au respect de sa vie privée. »

¹⁸⁸⁰ Mazeaud V., La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, N3C 2015.

¹⁸⁸¹ Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC.

¹⁸⁸² Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, cons. 3. « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle » ; Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, cons. 44.

¹⁸⁸³ Const., 4 oct. 1958, art. 66.

¹⁸⁸⁴ Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, cons. 45.

et du citoyen¹⁸⁸⁵. Après la mise en place des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel a également précisé que le droit à la vie privée relève de la catégorie des « droits et libertés »¹⁸⁸⁶. Sur le plan constitutionnel, si la reconnaissance du droit à la vie privée est certaine, sa base légale n'en demeure pas moins bancal. À cet égard, le Comité Vedel avait proposé la réécriture de l'article 66 de la Constitution¹⁸⁸⁷ pour y introduire expressément le droit au respect de la vie privée et à la dignité de sa personne. Cependant, cela n'a pas donné lieu à une révision constitutionnelle.

B. Reconnaissance du besoin de protection des données à l'aune des nouvelles technologies de l'information et de la communication

L'émergence des nouvelles technologies a conduit à la création d'un nouvel espace offrant autant d'opportunités que de risques. Au sein de cette nouvelle sphère virtuelle, les droits et libertés fondamentales n'en demeurent pas moins réels et la nécessité d'y assurer le respect des Droits de l'Homme s'est progressivement fait sentir. Cette dernière a été grandissante à mesure que les menaces évoluaient. Ainsi, la protection des données à caractère personnel a été érigée, dans un premier temps, face au risque de surveillance par les pouvoirs publics (1) et confirmée, dans un second temps, en réaction à l'utilisation des données par les sociétés privées (2).

1. Une reconnaissance initiée en réaction à la surveillance des données par les pouvoirs publics

179. - Une initiative législative française pionnière insufflée en réponse à l'affaire S.A.F.A.R.I.

Concernant la protection du droit à la vie privée dans la sphère numérique, la France a été pionnière en adoptant la loi informatique et libertés dès 1978 à la suite des déboires de « l'affaire S.A.F.A.R.I. ». En 1973, le gouvernement français a souhaité créer le Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus (S.A.F.A.R.I.) qui aurait eu pour objectif le croisement des fichiers de l'administration française concernant les citoyens afin de créer un « méga-fichier ». Cette initiative potentiellement liberticide a été dénoncée par Le Monde dans son article « Safari : ou la chasse aux Français » publié le 21 mars 1974¹⁸⁸⁸. Cet article a permis une prise de conscience des autorités et du peuple français sur les risques que ce projet présentait pour le droit à la vie privée des citoyens. Cela a conduit, d'une part, à l'évolution du S.A.F.A.R.I. vers le Répertoire National d'Identification des Personnes Physiques (R.N.I.P.P.) avec un encadrement de l'interconnexion de fichiers, et, d'autre part, à l'affirmation par l'État français du besoin de garantir la protection des données à caractère personnel des personnes physiques tant dans le réel que dans le virtuel.

¹⁸⁸⁵ Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 2.

¹⁸⁸⁶ Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, cons. 6 et 16.

¹⁸⁸⁷ Const., 4 oct. 1958, art. 66.

¹⁸⁸⁸ Boucher P., Safari ou la chasse aux français, Le Monde 1974.

Dans ce cadre, Pierre Messmer, alors Premier ministre, créa une commission dite informatique et libertés, présidée par le vice-président du Conseil d'État¹⁸⁸⁹, qui avait pour mission de proposer une réglementation pour encadrer l'utilisation des moyens informatiques¹⁸⁹⁰. Son travail se traduit en 1975 par le rapport Tricot¹⁸⁹¹ qui souligne que l'informatique représente des menaces et des opportunités et qu'un mécanisme juridique lourd et dispersé ne saurait lutter contre les premières et permettre les secondes¹⁸⁹². La commission souligne dans ce rapport que « nous proposons des procédures, des manières de réfléchir, de discuter et d'agir qui, au-delà de ce que nous pouvons constater ou pressentir aujourd'hui, devraient permettre d'atteindre les objectifs qui nous ont été fixés ». Le projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés est le fils naturel du rapport Tricot comme le soulignait Alain Peyrefitte¹⁸⁹³, alors Garde des Sceaux. La loi informatique et libertés sera adoptée en 1978¹⁸⁹⁴. Son premier article précise que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen. [...] Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques. ». Cette disposition établit un lien clair entre protection de la vie privée et protection des données à caractère personnel¹⁸⁹⁵. La loi informatique et libertés posera les premières pierres en matière de protection des données à caractère personnel en imposant des droits aux personnes traitant des données et en précisant les droits des personnes dont les données sont traitées.

180. - Une initiative prétorienne au sein du Conseil de l'Europe initiée à la suite de l'ingérence des États membres dans la vie privée des citoyens.

Le Conseil de l'Europe a rapidement tenu compte des enjeux liés aux données à caractère personnel dans la sphère numérique. Si cette prise de conscience s'est incarnée en 1981 dans la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel¹⁸⁹⁶, elle a été avant tout le résultat d'une construction jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). La Convention européenne des droits de l'Homme ne faisant pas explicitement référence à la protection des données à caractère personnel, la CEDH a échafaudé le régime de la protection des données en se basant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁸⁹⁷ et en procédant à une extension du champ d'application de celui-ci. Le Président Dean Spielmann rappelait, à l'occasion de son intervention du 28 janvier 2013 à la Commission nationale pour la protection des données du Luxembourg, que cette jurisprudence s'est construite pour partie en réponse aux ingérences étatiques, notamment par le biais des nouvelles technologies de l'information et de la communication, dans la vie privée des citoyens¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁸⁹ CNIL, rapp., 1980, Bilan et perspectives.

¹⁸⁹⁰ Senat.fr, Dossiers d'histoire, 1977-1978 : Le Sénat invente les autorités administratives indépendantes.

¹⁸⁹¹ Tricot B., Rapport de la Commission informatique et libertés, 1975, La Documentation française.

¹⁸⁹² Ibid. Tricot B. « Ce n'est pas en mettant en place un dispositif juridique lourd et dispersé qu'on s'opposerait efficacement aux menaces, tout en sauvegardant les chances dont l'informatique est porteuse, mais bien en la dominant c'est-à-dire en faisant servir l'instrument qu'elle est, à des fins arrêtées publiquement, après réflexion et confrontation, par ceux à qui notre société reconnaît le pouvoir de décider. Nous avons élaboré peu de règles de fond, mais nous proposons des procédures, des manières de réfléchir, de discuter et d'agir qui, au-delà de ce que nous pouvons constater ou pressentir aujourd'hui, devraient permettre d'atteindre les objectifs qui nous ont été fixés. »

¹⁸⁹³ Senat.fr, Dossiers d'histoire, 1977-1978 : Le Sénat invente les autorités administratives indépendantes.

¹⁸⁹⁴ L. n° 78-17, 6 janv. 1978.

¹⁸⁹⁵ Fourets F., La protection des données, ou le symbole d'une démocratie nouvelle : Le contrôle de la CNIL, Informations sociales 2005.

¹⁸⁹⁶ Conv. Strasbourg, 28 janv. 1981.

¹⁸⁹⁷ Conv. EDH, art. 8.

¹⁸⁹⁸ Spielmann D., La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Rm.coe.int, 28 janv. 2013 : « La jurisprudence s'est donc construite en tenant compte de la nécessité de protéger la vie privée des individus, mais aussi de prendre en considération les limitations ou restrictions opposées par les États.

Le droit prétorien a façonné la protection des données à caractère personnel en réponse à différentes ingérences d'États membres du Conseil de l'Europe. À cet égard, Dean Spielmann a articulé son du 28 janvier 2013 autour de trois axes saillants ayant charpenté la jurisprudence de la CEDH : la collecte des données, la conservation et l'exploitation des données et le partage et l'accès aux données¹⁸⁹⁹. La CEDH a été particulièrement vigilante quant à la manière dont les données pouvaient être collectées et s'est intéressée à différents moyens de collecte, notamment les écoutes téléphoniques¹⁹⁰⁰, les dispositifs d'interception des conversations dans un cadre pénitentiaire¹⁹⁰¹ ou judiciaire¹⁹⁰² ou encore la vidéosurveillance¹⁹⁰³. À ces occasions, elle a dessiné les prémices du futur régime de la protection des données, en estimant que de telles collectes de données devaient être prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique¹⁹⁰⁴ et en accord avec le but légitime poursuivi¹⁹⁰⁵. On aperçoit bien ici les esquisses du principe de licéité du traitement. Concernant la conservation et l'exploitation des données, la CEDH anticipe également le principe de limitation de la conservation en s'attachant dans sa jurisprudence aux durées de conservation des données¹⁹⁰⁶ et le principe d'exactitude des données en considérant que la conservation de données inexactes peut porter atteinte au droit à la vie privée¹⁹⁰⁷. En matière d'exploitation des données, la CEDH s'est attachée à trouver un équilibre entre des intérêts divergents et particulièrement dans des affaires mettant en balance la vie privée du citoyen et la sécurité nationale¹⁹⁰⁸. Enfin, concernant le partage de données et l'accès de la personne concernée à ses données, la CEDH a eu l'occasion de participer à la construction du Droit en la matière. Sur le partage de données, elle est particulièrement intervenue en matière de données de santé auxquelles elle a rapidement accordé un statut particulier¹⁹⁰⁹, comme l'ont fait d'autres législations par la suite. Concernant l'accès de la personne concernée à des données, elle a dessiné les contours du droit d'accès¹⁹¹⁰.

2. Une reconnaissance confirmée en réaction à l'utilisation des données par les sociétés privées

La Cour accepte ces ingérences, mais exige que celles-ci soient prévues par la loi (une loi accessible et prévisible dans ses effets) ; qu'elles poursuivent un but légitime ; qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique e. »

¹⁸⁹⁹ Spielmann D., La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Rm.coe.int, 28 janv. 2013.

¹⁹⁰⁰ CEDH, 6 septembre 1978, Klass c/ Allemagne ; CEDH, 2 août 1984, Malone c/ Royaume-Uni ; CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c/France ; CEDH, 24 avril 1990, Huvig c/France ; CEDH, 16 fév. 2000, Amann c/ Suisse ; CEDH, 25 sept. 2001, P.G. ET J.H. c/ Royaume-Uni.

¹⁹⁰¹ CEDH, 20 déc. 2005, Wisse c/France.

¹⁹⁰² CEDH, 25 mai 2005, Vetter c/France. CEDH, 22 oct. 2002, Taylor-Sabori c. Royaume-Uni.

¹⁹⁰³ CEDH, 28 janv. 2001, Peck c/ Royaume-Uni.

¹⁹⁰⁴ CEDH, 6 septembre 1978, Klass c/ Allemagne.

¹⁹⁰⁵ CEDH, 2 août 1984, Malone c/ Royaume-Uni.

¹⁹⁰⁶ CEDH, 4 mai 2000, Rotaru c/ Roumanie ; CEDH, 4 déc. 2008, S. et Marper c/ Royaume-Uni.

¹⁹⁰⁷ CEDH, 18 oct. 2011, Khelili c/ Suisse.

¹⁹⁰⁸ CEDH, 6 sept 1978, Klass c. Allemagne ; CEDH, 26 mars 1987, Leander c/Suède ; CEDH, 6 juin 2006, Segersted-Wiberg c/ Suède ; CEDH, 17 déc. 2009, Bouchacourt c/ France ; CEDH, 17 déc. 2009, Gardel c/ France ; CEDH, 17 déc. 2009, M.B. c./ France.

¹⁹⁰⁹ CEDH, 25 fév. 1997, Z.c/ Finlande ; CEDH, 27 août 1997, M.S. c/ Suède ; CEDH, 25 nov. 2008, Biriuk et Armonas c/ Lituanie.

¹⁹¹⁰ CEDH, 7 juill. 1989, Gaskin c/ Royaume-Uni.

181. - Directives européennes relatives à la protection des données : un vecteur de libre circulation des données au sein de l'Union européenne.

Entraîné par la mélodie législative française et la ritournelle jurisprudentielle de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le législateur communautaire entonne une rengaine européenne en matière de protection des données. Cette démarche a été entamée en 1995 avec la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁹¹¹. Le législateur cèle le lien entre la protection des données et le marché européen à cette occasion, soulignant que cette directive a vocation à éliminer les obstacles à la circulation des données, ce qui est cardinal pour le marché intérieur¹⁹¹². Il souligne que cette libre circulation pourra bénéficier aux partenaires économiques et sociaux¹⁹¹³. Cet enjeu de libre circulation des données est rappelé également dans la directive du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications¹⁹¹⁴ et dans la directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)¹⁹¹⁵. Il est intéressant de souligner que ces deux dernières directives font expressément référence aux télécommunications et aux communications électroniques, mettant en lumière la nécessité de légiférer explicitement en matière de protection des données à l'aune des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

182. - Le Règlement général de protection des données : une proposition de réforme introduite partiellement en réponse aux GAFAM.

En 2010, le Conseil européen a invité la Commission européenne à conduire une étude approfondie sur les outils proposés par l'Union européenne en matière de protection des données¹⁹¹⁶. Cela a conduit à la proposition de réforme de la réglementation en matière de données à caractère personnel de la Commission européenne du 25 janvier 2012. Cette proposition de règlement répond en partie à un enjeu d'uniformisation, la directive de 1995 ayant été transposée de différentes manières au sein des États membres de l'Union européenne¹⁹¹⁷. Viviane Reding a également souligné que cette réforme était nécessaire à deux égards : renforcer la maîtrise des citoyens sur leurs données et simplifier les règles applicables aux entreprises¹⁹¹⁸. Ce double enjeu se retrouve d'ailleurs dans l'intitulé de la proposition de règlement, à savoir « relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement

¹⁹¹¹ Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995.

¹⁹¹² Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995, cons. 8. « considérant que, pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel, le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de ces données doit être équivalent dans tous les États membres; que cet objectif, fondamental pour le marché intérieur, ne peut pas être atteint par la seule action des États membres, compte tenu en particulier de l'ampleur des divergences qui existent actuellement entre les législations nationales applicables »

¹⁹¹³ Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995, cons. 9. « considérant que, du fait de la protection équivalente résultant du rapprochement des législations nationales, les États membres ne pourront plus faire obstacle à la libre circulation entre eux de données à caractère personnel pour des raisons relatives à la protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée; que les États membres disposeront d'une marge de manœuvre qui, dans le contexte de la mise en œuvre de la directive, pourra être utilisée par les partenaires économiques et sociaux; »

¹⁹¹⁴ Dir. (CE) n° 97/66, 15 déc. 1997, cons. 1.

¹⁹¹⁵ Dir. (CE) n° 2002/58, 12 juill. 2002, cons. 1.

¹⁹¹⁶ JOUE C n° 115, 4 mai 2010.

¹⁹¹⁷ Vétois J., L'Europe redéfinit la protection des données personnelles, Terminal 2013.

¹⁹¹⁸ Ec.europa.eu, Communiqué de presse, La Commission propose une réforme globale des règles en matière de protection des données pour accroître la maîtrise que les utilisateurs ont sur leurs données, et réduire les coûts grevant les entreprises, 25 janv. 2012 : « La protection des données à caractère personnel est un droit fondamental reconnu à tous nos concitoyens, mais ceux-ci n'ont pas toujours le sentiment de maîtriser entièrement les données à

des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ». Cette notion de libre circulation des données fait écho au marché européen et ainsi à la vocation du texte d'être facilitateur pour les acteurs économiques de l'Union européenne. Cependant, bien que simplement sous-entendue dans le texte de la Commission européenne, mais pointée par une partie de la doctrine, cette réforme est également une réponse au pouvoir grandissant des GAFAM et une manière de rappeler la souveraineté de l'Union européenne et de ses États membres.

Cette suggestion de réforme se matérialise par deux propositions législatives faites par la Commission européenne : un règlement définissant un cadre général pour la protection des données et une directive relative à la protection des données à caractère personnel traitées à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, ainsi que d'activités judiciaires connexes¹⁹¹⁹. Cette seconde proposition souligne que si un nouveau risque émerge du côté de certaines entreprises, la menace du côté des acteurs publics n'en est pas amoindrie pour autant.

183. - Le Règlement général de protection des données : une réglementation protégeant les États et citoyens européens face aux GAFAM.

Le Contrôleur européen de la protection des données adopte le 7 mars 2012 un avis sur les réformes proposées par la Commission européenne¹⁹²⁰. S'il félicite cette dernière pour les avancées proposées par le futur RGPD, il trouve regrettable que cela ne rapproche pas suffisamment l'Union européenne d'un ensemble cohérent de règles relatives à la protection des données au niveau national et européen¹⁹²¹. Le groupe de travail « article 29 » s'est également prononcé sur cette proposition de réforme dans son avis du 23 mars 2012 et salue particulièrement à cette occasion le renforcement de la responsabilité des acteurs traitant de la donnée, parmi lesquels figurent les GAFAM¹⁹²². Parmi les éléments manquants pointés par le G29, il souligne que l'obligation d'information de la personne concernée en cas de limitation du traitement prévue à l'article 37 de la proposition de règlement ne s'applique qu'aux transferts hors Union européenne et pas entre pays membres sans justification de la Commission de ce déséquilibre¹⁹²³. Celui-ci incarne en partie la vocation de cette réforme de répondre au pouvoir croissant des GAFAM en matière de protection des données.

Suite à l'adoption du texte par le Parlement européen en mars 2014, à une orientation générale concernant le RGPD du Conseil en juin 2015, à une recommandation du Contrôleur européen de la protection des données en juillet 2015, à un accord du Parlement européen, du Conseil et de la Commission en décembre 2015, le RGPD est finalement voté définitivement le 27 avril 2016¹⁹²⁴. Le texte définitif comportera plusieurs dispositions trahissant la volonté de protéger les enjeux nationaux et communautaires ainsi que les citoyens européens face aux GAFAM¹⁹²⁵. La hausse des sanctions financières,

caractère personnel les concernant. Nos propositions législatives contribueront, dès lors, à susciter la confiance dans les services en ligne parce que les utilisateurs seront mieux informés de leurs droits et auront une plus grande maîtrise des informations qui les concernent. La réforme proposée atteindra cet objectif, tout en simplifiant les règles auxquelles les entreprises sont soumises et en réduisant leurs frais. Un cadre juridique solide, clair et uniforme au niveau de l'UE contribuera à libérer le potentiel que possède le marché unique numérique et à soutenir la croissance économique, l'innovation et la création d'emplois.»

¹⁹¹⁹ Proposition règl. (COM) n° 2012/0011, 25 janv. 2012.

¹⁹²⁰ Avis du CEPD, 7 mars 2012, sur le paquet de mesures pour une réforme de la protection des données.

¹⁹²¹ Cnpd.public.lu, Actualités, Le CEPD critique la réforme de la protection des données, mars 2012.

¹⁹²² Avis n° 01/2012 du G29, 23 mars 2012.

¹⁹²³ Ibid. Avis n° 01/2012.

¹⁹²⁴ Edps.europa.eu, Législation, Évolution historique du règlement général sur la protection des données.

¹⁹²⁵ Vétois J., L'Europe redéfinit la protection des données personnelles, op. cit.

et un plafonnement de celles-ci plus uniquement à un montant, mais à un pourcentage de chiffre d'affaires¹⁹²⁶, s'inscrit en partie dans une démarche dissuasive pour les grands groupes internationaux¹⁹²⁷. Le ciblage des grandes entreprises est également souligné par les exceptions de seuils qui irriguent le RGPD et limite les charges administratives des micros, petites et moyennes entreprises. Si cela peut se justifier dans une logique de coût, les personnes concernées devraient bénéficier d'un même niveau de protection, quelle que soit la personne traitant leurs données¹⁹²⁸. Les articles du RGPD encadrant strictement les transferts hors de l'Union européenne¹⁹²⁹ mettent en lumière la volonté du législateur de protéger le marché européen.

§2. Un mouvement théoriquement renforcé de protection des données

Les législateurs européen et français se montrent très volontaires afin de renforcer la protection des données à caractère personnel (A.). Cependant, la pratique, particulièrement au sein des territoires d'intelligences et à la lumière de leurs spécificités, a rapidement mis en exergue les freins à l'effectivité des principes posés par le Droit applicable (B.).

A. Une volonté de protection des données réaffirmée par le législateur

Le RGPD et les réglementations nationales portent une ambition forte de renforcement du Droit relatif aux données à caractère personnel. Celle-ci se matérialise par des dispositions synergiques visant à responsabiliser les acteurs traitant des données personnelles (1.) et à donner du pouvoir aux personnes physiques sur leurs données à caractère personnel (2.).

1. Responsabilisation des acteurs traitant des données à caractère personnel

184. - D'une logique de consultation préalable à une logique d'*accountability*.

La loi informatique et libertés¹⁹³⁰ s'inscrivait dans une logique de consultation préalable auprès de la CNIL avec un régime de déclarations et d'autorisations¹⁹³¹. Les responsables de traitement devaient *a minima* informer celle-ci des traitements qu'ils mettaient en œuvre et, dans certains cas, lui demander une autorisation. Si cette logique paternaliste avait été maintenue avec les directives européennes relatives à la protection des données, le RGPD se démarque avec une logique de responsabilisation

¹⁹²⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 83.

¹⁹²⁷ Allechi D., La protection des données personnelles : quelles solutions face aux GAFAM ?, Village-justice.com, mars 2019.

¹⁹²⁸ Avis n° 01/2012 du G29, 23 mars 2012.

¹⁹²⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 44 à 50.

¹⁹³⁰ L. n° 78-17, 6 janv. 1978.

¹⁹³¹ L. n° 78-17, loc. cit., art. 14 à 24.

des acteurs traitant de la donnée. Ainsi, la tenue d'un registre de traitement viendra remplacer les formalités préalables à la mise en œuvre des traitements automatisés¹⁹³². Le RGPD impose la tenue de trois registres : le registre des activités de traitement en qualité de responsable de traitement¹⁹³³, le registre des activités de traitement en qualité de sous-traitant¹⁹³⁴ et le registre des fuites de données. Les personnes traitant des données devront mettre à disposition de l'autorité de contrôle qui le demande¹⁹³⁵. Le passage d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori* des autorités de contrôle se matérialise par la mise en place d'autres mécanismes, tels que les analyses d'impact relatives à la protection des données¹⁹³⁶ ou les principes de *privacy by design* et *privacy by default*. Cette volonté de quitter un contrôle *a priori* systématique incarne tant une volonté de réduire la charge administrative et financière qu'un changement de logique avec une responsabilisation des acteurs¹⁹³⁷.

L'analyse d'impact relative à la protection des données a vocation à s'appliquer aux traitements susceptibles d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques¹⁹³⁸. Elle est réalisée par le responsable de traitement qui, après avoir déterminé si elle est nécessaire, décrit les opérations de traitements, évalue la nécessité de ces opérations par rapport à la finalité poursuivie, identifie les risques liés à celui-ci et détermine les moyens pour limiter ces derniers¹⁹³⁹. Si la responsabilisation des acteurs traitant de la donnée transparait dans cette démarche, l'analyse d'impact relative à la protection des données relativise également l'absence de formalité préalable. Dans le cas où une étude d'impact relative à la protection des données révèle un risque élevé si le responsable du traitement ne prenait pas de mesures pour atténuer le risque, le responsable de traitement doit consulter l'autorité de contrôle préalablement au traitement¹⁹⁴⁰.

185. - Réaffirmation des principes fondamentaux en matière de protection des données.

Le RGPD rappelle et étoffe les principes fondamentaux en matière de protection des données¹⁹⁴¹. Ces principes sont : licéité, loyauté et transparence du traitement ; limitation des finalités¹⁹⁴² ; minimisation des données¹⁹⁴³ ; exactitude des données¹⁹⁴⁴ ; limitation de la conservation¹⁹⁴⁵ ; et intégrité et confidentialité¹⁹⁴⁶.

¹⁹³² Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 30 et cons. 82.

¹⁹³³ Ibid. Règl. (UE) n° 2016/679.

¹⁹³⁴ Ibid. Règl. (UE) n° 2016/679.

¹⁹³⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit., cons. 82.

¹⁹³⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 84 et art. 35.

¹⁹³⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 89.

¹⁹³⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 89 et art. 35.

¹⁹³⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 35 al.7.

¹⁹⁴⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 36.

¹⁹⁴¹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 5.

¹⁹⁴² Ibid. Règl. (UE) : « Les données à caractère personnel doivent être (...) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités; (...)»

¹⁹⁴³ Ibid. Règl. (UE) : « Les données à caractère personnel doivent être (...) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (...)»

¹⁹⁴⁴ Ibid. Règl. (UE) : « Les données à caractère personnel doivent être (...) exactes et, si nécessaire, tenues à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder (...)»

¹⁹⁴⁵ Ibid. Règl. (UE) : « Les données à caractère personnel doivent être (...) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; (...)»

¹⁹⁴⁶ Ibid. Règl. (UE) : « Les données à caractère personnel doivent être (...) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (...)»

186. - Renforcement de la responsabilité des différents acteurs.

Le RGPD vient renforcer la responsabilité des différents acteurs tant en précisant le régime de responsabilité applicable aux personnes traitant de la donnée qu'en renforçant les sanctions applicables. Le RGPD vient clarifier les responsabilités sur l'ensemble de la chaîne de traitement. Du côté des responsables de traitement, il met en place un système de responsabilité conjointe¹⁹⁴⁷. Il clarifie également la responsabilité applicable au sous-traitant¹⁹⁴⁸.

Les sanctions sont également renforcées. Sur le plan financier, la révolution concerne la hausse du montant des amendes administratives qui passe de 150 000 euros, et 300 000 en cas de récidive, sous l'égide la loi informatique et libertés à des montants pouvant s'élever jusqu'à 10 000 000 ou 20 000 000 d'euros. Dans le cas d'une entreprise, cela peut même s'élever encore plus, la sanction pouvant aller jusqu'à 2% ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, et s'il est supérieur à 10 000 000 ou 20 000 000, ce pourcentage représentera le montant retenu¹⁹⁴⁹. En outre, les États membres peuvent déterminer le régime pénal selon le RGPD¹⁹⁵⁰, en France, le régime applicable¹⁹⁵¹ condamne à 300 000 euros d'amende et 5 ans d'emprisonnement pour non-respect des formalités préalables¹⁹⁵², pour non-respect de l'article 34 de la LIL en matière de sécurité¹⁹⁵³, pour détournement de la finalité des données¹⁹⁵⁴ et pour transferts de données hors UE sans respect du cadre établi par la Commission¹⁹⁵⁵. Concernant l'absence d'information des personnes concernées¹⁹⁵⁶ et le non-respect des droits des personnes¹⁹⁵⁷, la sanction est de 1 500 euros d'amende par infraction constatée. Afin d'assurer que les personnes concernées soient bien maîtresses de leur droit à la vie privée, le RGPD a renforcé leur pouvoir sur leurs données à caractère personnel.

2. Assertion de la nécessité de donner au citoyen un pouvoir sur ses données**187. - Transparence accrue concernant les traitements de données à caractère personnel.**

Le renforcement du pouvoir des personnes concernées sur le traitement de leurs données à caractère personnel nécessite une connaissance de la manière dont leurs données sont traitées. Ce besoin de connaissance était déjà prégnant avant le RGPD et avait été dessiné par le législateur de deux manières ampliatives. D'une part, en imposant aux responsables de traitement un devoir de licéité, loyauté et transparence du traitement. D'autre part, en érigeant un droit à l'information pour les personnes concernées. En pratique, cette double approche du législateur se retrouve dans l'information relative au

¹⁹⁴⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit., art. 26.

¹⁹⁴⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 28.

¹⁹⁴⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 83.

¹⁹⁵⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 84.

¹⁹⁵¹ Picard F., RGPD : focus sur les sanctions, Info.haas-avocats.com, 2019.

¹⁹⁵² C. pén., art. 226-16.

¹⁹⁵³ C. pén., art. 226-17 et 226-16-1.

¹⁹⁵⁴ C. pén., art. 226-21.

¹⁹⁵⁵ C. pén., art. 226-22-1.

¹⁹⁵⁶ C. pén., art. R. 625-10.

¹⁹⁵⁷ C. pén., art. R. 625-11.

traitement fournie par le responsable de traitement et dans l'obtention du consentement de la personne concernée pour certains traitements. Le RGPD est venu conforter cette approche en renforçant le droit à l'information des personnes concernées et en consolidant leur consentement.

Concernant le droit à l'information, le RGPD est venu compléter la liste d'information à fournir à la personne concernée. Cette réglementation a ainsi ajouté l'identité du délégué à la protection des données, les finalités ultérieures (et non plus uniquement les finalités poursuivies), les durées de conservation, la base juridique du traitement et les nouveaux droits dont disposent les personnes concernées¹⁹⁵⁸. Dans le cadre de leur mise en conformité avec le RGPD, les responsables de traitement doivent donc mettre à jour leurs mentions d'information, notamment dans leurs clauses générales de vente et d'utilisation.

Plusieurs éléments du RGPD sont également venus cuirasser le consentement de la personne concernée. La charge de la preuve du consentement incombe désormais au responsable de traitement, celui-ci devant, dès lors, en conserver la preuve¹⁹⁵⁹. Le consentement doit dorénavant être exprimé par un acte positif clair¹⁹⁶⁰, imposant ainsi de mettre en place une méthode « opt in ». L'article 6(1-f) du Règlement met également en place un régime de consentement spécifique aux enfants. Il est précisé à l'article 8 que le consentement de l'enfant ne pourra être valide qu'à la condition d'avoir été « donnée ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ».

188. - Recrudescence du pouvoir d'agir des personnes concernées sur leurs données personnelles.

Les récentes réglementations en matière de protection des données viennent étayer le pouvoir d'agir des personnes concernées sur leurs données personnelles, d'une part en renforçant leurs droits existants et, d'autre part, en faisant émerger de nouveaux droits.

Les droits existants confortés par le RGPD sont particulièrement ceux d'accès, d'opposition et d'effacement. Le droit d'accès est renforcé à trois niveaux par le RGPD : élargissement des informations relevant de ce droit à l'article 15¹⁹⁶¹, tentative de gratuité de l'exercice de ce droit à l'article 12 (5)¹⁹⁶² et la demande d'accès pourra désormais pouvoir être faite de manière électronique et la réponse devra également être donnée de manière électronique dans ce cas¹⁹⁶³. Concernant le droit d'opposition, le RGPD inverse la charge de la preuve en imposant au responsable de traitement de démontrer « qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice »¹⁹⁶⁴. Enfin le droit d'effacement évolue tant grâce au RGPD qu'à la loi pour une république numérique. Le RGPD¹⁹⁶⁵ élargit les cas où l'effacement est possible, notamment aux situations où les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées¹⁹⁶⁶. La

¹⁹⁵⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 5.

¹⁹⁵⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 7.

¹⁹⁶⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 32.

¹⁹⁶¹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 15.

¹⁹⁶² Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 12(5) & considérant 63.

¹⁹⁶³ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 63.

¹⁹⁶⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 21.

¹⁹⁶⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 66.

¹⁹⁶⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 17.

loi pour une République numérique¹⁹⁶⁷ met également en place un droit à l'effacement spécifique aux mineurs.

Des nouveaux droits sont également érigés, notamment par le RGPD et par la réglementation française. Le RGPD met en place un droit à la limitation du traitement à son article 18¹⁹⁶⁸ et un « *droit de ne pas faire l'objet d'une décision individuelle automatisée, y compris le profilage* » à son article 22¹⁹⁶⁹. Le risque de profilage est d'autant plus important avec l'Internet des objets comme le souligne l'avis du G29 sur les objets connectés¹⁹⁷⁰, particulièrement en matière de santé et d'assurance. Des droits français sont également mis en place par le législateur national.

189. - Le maintien d'une position française avant-gardiste en matière de protection des données.

Le Droit français a réaffirmé sa position avant-gardiste en matière de protection des données en devançant l'entrée en vigueur du RGPD. Il témoigne d'un rassurant souci de protection des personnes concernées en renforçant des droits consacrés par le Droit européen et en consacrant des droits complémentaires sur les données.

Le Droit français renforce le RGPD en anticipant celui-ci et avec une lecture particulièrement protectrice de celui-ci. Par exemple, le « droit à l'oubli » a été consacré en France dès janvier 2016 dans le domaine de la santé. Ainsi la loi Touraine¹⁹⁷¹ est venue mettre en place un droit à l'effacement des données de santé pour les personnes atteintes de certains types de cancers et d'hépatites. La loi pour une république numérique met également en place un droit d'effacement pour les données ayant été collectées lorsque la personne concernée était mineure¹⁹⁷². Le législateur national et la doctrine de la CNIL sont également désireux d'appliquer les droits consacrés par l'Union européenne de la manière la plus protectrice pour les personnes concernées.

Le Droit français met également en place des droits pour les personnes concernées qui ne figurent pas dans le cadre législatif de l'Union européenne. Le droit à l'autodétermination informationnelle est énoncé à l'article 54 de la loi pour une République numérique¹⁹⁷³. Cette même loi affiche clairement sa volonté de replacer la personne concernée au cœur des traitements de données en consacrant également un droit sur les données post mortem¹⁹⁷⁴. Ce nouveau droit met en exergue l'ambition novatrice de la France en se démarquant du Droit européen, le RGPD indiquant explicitement qu'il ne s'applique pas aux données des personnes décédées¹⁹⁷⁵. La loi de modernisation de la justice du XXIe¹⁹⁷⁶ introduit quant à elle la possibilité d'exercer une action de groupe en matière de données à caractère personnel anticipant le RGPD¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁶⁷ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 63.

¹⁹⁶⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 18.

¹⁹⁶⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 22.

¹⁹⁷⁰ Avis n° 8/2014 du G29, 16 sept. 2014.

¹⁹⁷¹ L. n° 2016-41, 26 janv. 2016.

¹⁹⁷² L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

¹⁹⁷³ L. n° 2016-1321, loc. cit., art. 54. « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi. »

¹⁹⁷⁴ L. n° 2016-1321, article 40-1.-I.

¹⁹⁷⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, cons. 27.

¹⁹⁷⁶ L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 91.

¹⁹⁷⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit., art. 80 et s.

B. Une mise en œuvre complexe du Droit applicable au sein des territoires d'intelligences

La portée du Droit applicable en matière de protection des données se voit limitée lors de sa mise en œuvre. Des difficultés liées à la transparence (1.) et à la diversité des acteurs (2.) peuvent particulièrement être rencontrées au sein des territoires d'intelligences.

1. Difficultés liées à la transparence

190. - Information complexe.

Les obligations en matière d'information sont particulièrement délicates à mettre en œuvre ce qui peut s'avérer préjudiciable pour les personnes concernées. Cette difficulté est principalement due au paradoxe dans les exigences posées par le législateur européen : l'information doit être extrêmement complète, une longue liste non exhaustive étant imposée par le RGPD, et fournie « de façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples »¹⁹⁷⁸. Cette complexité est exacerbée à l'ère de l'Internet des objets, notamment du fait de l'absence d'écran sur de nombreux objets connectés.

Plusieurs solutions sont envisageables afin de dépasser cet antagonisme, certaines législatives et d'autres pratiques. Du point de vue législatif, une solution intéressante avait été envisagée par la Commission européenne¹⁹⁷⁹. D'un point de vue plus pratique, les personnes traitant de la donnée peuvent trouver des solutions innovantes afin de concilier les enjeux de clarté et d'exhaustivité dans l'intérêt des personnes concernées. Par exemple, pour fournir des mentions d'information sur un smart phone, certaines entreprises proposent des mentions plus courtes renvoyant vers des clauses générales d'utilisation détaillées ou utiliser des mentions « *Star Wars* », c'est-à-dire une information sous forme de texte défilant¹⁹⁸⁰.

191. - Consentement complexe.

Concernant le consentement, si celui-ci est renforcé notamment par le opt-in et l'inversement de la charge de la preuve, cela reste à relativiser. En effet, le consentement revêt souvent un caractère superfétatoire¹⁹⁸¹, l'accès au service n'étant possible qu'à la condition d'accorder son consentement. Le consentement apparaît alors comme un levier de renforcement du pouvoir de la personne concernée sur ces données plutôt inefficace.

D'un point de vue opérationnel, les obligations relatives au consentement sont également délicates à mettre en œuvre. En effet, si l'on peut conserver la preuve que la case a été cochée, cela ne permet

¹⁹⁷⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 12.

¹⁹⁷⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 12(7).

¹⁹⁸⁰ Ahuat Woodge M., 11^e Université des correspondants informatique et libertés de l'AFCDP, 25 janv. 2017, Paris.

¹⁹⁸¹ Debiès E., Renforcement des droits des individus sur leurs données personnelles : quelles conséquences sur l'utilisation du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR) ?, Regards 2019.

pas pour autant d'établir avec certitude l'identité de la personne ayant donné son consentement ou son autorisation en ligne¹⁹⁸².

192. - Droit au silence des puces.

Au sein des territoires d'intelligences, la consécration de droits adaptés à l'Internet des objets aurait été souhaitable, par exemple du droit au silence des puces¹⁹⁸³. Ce droit consiste soit en la destruction soit en la désactivation des puces¹⁹⁸⁴. Il a été admis par le Conseil des ministres Télécoms le 27 novembre 2008¹⁹⁸⁵. Au niveau communautaire, une recommandation de la Commission européenne du 16 mai 2009 va également dans ce sens en permettant à la personne concernée de reprendre le contrôle sur l'appareil et d'avoir ainsi la possibilité de revenir à une utilisation normale de l'objet¹⁹⁸⁶. Caroline Laverdet, avocat au Barreau de Paris, souligne qu'en l'état actuel de la loi informatique et libertés, le silence des puces devrait pouvoir être demandé au niveau national¹⁹⁸⁷. Cependant, cela implique une intégration de cette fonctionnalité dès la conception et cette pratique demeure extrêmement limitée.

2. Difficultés liées à la diversité des acteurs

193. - Incertitudes relatives au choix de la base légale.

Afin de se conformer au RGPD, il est fondamental que le responsable de traitement identifie de manière exacte la base légale de son traitement, chacune pouvant entraîner des obligations pour le responsable de traitement et des droits pour les personnes concernées différentes. Si le RGPD a conscience de la diversité des acteurs pouvant mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel et tente de les aiguiller dans le choix de leurs bases légales, des zones d'incertitudes demeurent. Un exemple intéressant est celui du choix de la base légale du traitement pour les personnes publiques. Si en principe ils s'appuient principalement sur la base de la nécessité pour l'exécution d'une mission d'intérêt public ou sur celle de la nécessité pour respecter une obligation légale¹⁹⁸⁸ et dans certains cas sur celle de la nécessité pour l'exécution d'un contrat et dans certains cas spécifiques, sur la nécessité pour la sauvegarde des intérêts vitaux, ces trois bases légales ne sauraient couvrir l'ensemble des traitements mis en œuvre par une autorité publique. Ce constat engendre des questionnements sur le recours à l'intérêt légitime et au consentement par les autorités publiques et les réponses apportées par le G29 et la CNIL sont insuffisamment claires, voire contradictoires.

¹⁹⁸² Mattatia F., *Le droit des données personnelles*, 2016, Eyrolles.

¹⁹⁸³ Tran C., *Faisons respecter le droit au silence des puces*, Educavox.fr, 2013.

¹⁹⁸⁴ Rapp. Sénat n° 441, 27 mai 2009, relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques, p. 44-45.

¹⁹⁸⁵ Recomm. (CE) n° 2009/387, 12 mai 2009.

¹⁹⁸⁶ Laverdet C., *Les enjeux juridiques de l'Internet des objets*, JCP G 2014.

¹⁹⁸⁷ Ibid. Laverdet C.

¹⁹⁸⁸ Le G29 considérait en 2014, sur la base de la proposition de règlement, que « Le changement législatif proposé fait ressortir l'importance du principe selon lequel, en règle générale, les autorités publiques ne devraient traiter des données à caractère personnel dans l'exécution de leurs missions que si elles y sont dûment autorisées par la loi. Le respect de ce principe est particulièrement important – et clairement requis par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – dans les cas où la vie privée des personnes concernées est en jeu et où les activités de l'autorité publique constitueraient une ingérence dans cette vie privée. Une autorisation suffisamment détaillée et précise prévue par la loi est donc exigée – dans la directive actuelle également – lorsque le traitement par les autorités publiques suppose une ingérence dans la vie privée des personnes concernées. Cela peut prendre la forme d'une obligation légale spécifique de traiter des données, conformément à l'article 7, point c), ou d'une autorisation spécifique (sans qu'il s'agisse nécessairement d'une obligation) de traiter des données, dans le respect des exigences de l'article 7, point e) ou f). » : Avis n° 06/2014 du G29, 9 avr. 2014

En ce qui concerne l'intérêt légitime, si la directive de 1995 n'excluait pas explicitement que les autorités publiques invoquent l'intérêt légitime comme base légale¹⁹⁸⁹, le RGPD vient préciser qu'il « ne s'applique pas au traitement effectué par les autorités publiques dans l'exécution de leurs missions »¹⁹⁹⁰ et que « étant donné qu'il appartient au législateur de prévoir par la loi la base juridique pour le traitement des données à caractère personnel par les autorités publiques, cette base juridique ne devrait pas s'appliquer aux traitements effectués par des autorités publiques dans l'accomplissement de leurs missions »¹⁹⁹¹. Cependant, cette exclusion de principe peut faire l'objet de deux interprétations divergentes mises en exergue par le G29 en 2014¹⁹⁹². La première interprétation consiste à considérer que l'intérêt légitime est une base légale qui n'est pas invocable par une autorité publique. Le G29 soulignait en 2014 que le choix de cette lecture appelle à une interprétation large de la base légale « nécessaire à l'exécution d'une mission de service public », afin que cette dernière puisse également s'appliquer aux traitements liés à la gestion et au fonctionnement¹⁹⁹³. Il ajoute également que « [la nécessité à l'exécution d'une mission d'intérêt public], présente des similitudes avec [la nécessité à la réalisation de l'intérêt légitime], et, dans certains contextes, pour les pouvoirs publics en particulier, le premier peut remplacer le second »¹⁹⁹⁴. Le règlement n° 45/2001 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données allait dans le sens de cette interprétation, tant dans les précisions apportées dans le considérant 27¹⁹⁹⁵ qu'en ne prévoyant pas « l'intérêt légitime » comme une base légale invocable par les institutions et organes communautaires. La seconde interprétation consiste à adopter une lecture restrictive de l'expression « traitement effectué par les autorités publiques dans l'exécution de leurs missions » à ne pas interdire totalement les autorités publiques à fonder leurs traitements sur l'intérêt légitime. Cela permettrait à l'autorité publique de fonder ses traitements liés à sa gestion et à son fonctionnement sur la base de l'intérêt légitime¹⁹⁹⁶. La CNIL dans son cas pratique relatif à certains traitements qu'elle met en œuvre¹⁹⁹⁷ ainsi que dans

¹⁹⁸⁹ Avis n° 06/2014 du G29, 9 avr. 2014.

¹⁹⁹⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 6.1.

¹⁹⁹¹ Règl. (UE), loc. cit. cons. 47.

¹⁹⁹² Ibid. Avis n° 06/2014 du G29 : « Dans une perspective d'avenir, il importe également de tenir compte du fait que le règlement proposé prévoit expressément, à l'article 6, paragraphe 1, point f), que les considérations relatives au motif de l'intérêt légitime « ne s'appliquent pas au traitement effectué par les autorités publiques dans l'exécution de leurs missions ». Si cette disposition est adoptée et interprétée au sens large, de façon à interdire totalement aux autorités publiques d'invoquer l'intérêt légitime comme fondement juridique, les motifs de la « mission d'intérêt public » et de « l'exercice de l'autorité publique » énoncés à l'article 7, point e), devraient recevoir une interprétation qui laisse aux pouvoirs publics une certaine latitude, pour au moins leur permettre d'assurer correctement leur gestion et leur fonctionnement, à l'instar de l'interprétation du règlement n° 45/2001 qui prévaut actuellement. »

¹⁹⁹³ Avis n° 06/2014 du G29, 9 avr. 2014.

¹⁹⁹⁴ Ibid. Avis n° 06/2014 du G29.

¹⁹⁹⁵ Règl. (CE) n° 45/2001, 18 déc. 2000 : « Le traitement de données à caractère personnel effectué pour l'exécution de missions d'intérêt public par les institutions et les organes communautaires comprend le traitement de données à caractère personnel nécessaires pour la gestion et le fonctionnement de ces institutions et organes ».

¹⁹⁹⁶ Avis n° 06/2014 du G29, 9 avr. 2014 : « Une autre possibilité serait d'interpréter la dernière phrase de l'article 6, paragraphe 1, point f), du règlement proposé de façon à ne pas interdire totalement aux autorités publiques d'invoquer l'intérêt légitime comme fondement juridique. Dans ce cas, l'expression « traitement effectué par les autorités publiques dans l'exécution de leurs missions » figurant à l'article 6, paragraphe 1, point f), tel qu'il est proposé, devrait recevoir une interprétation restrictive, ne couvrant pas le traitement effectué aux fins d'assurer correctement la gestion et le fonctionnement de ces autorités publiques. De ce fait, il resterait possible d'invoquer le motif de l'intérêt légitime pour justifier le traitement nécessaire à la bonne gestion et au fonctionnement correct de ces pouvoirs publics. »

¹⁹⁹⁷ Cnil.fr, Comment choisir la base légale d'un traitement ? Cas pratiques avec certains traitements mis en œuvre par la CNIL, 2 déc. 2019 : « Certains traitements sont sans rapport particulier avec les spécificités des missions d'intérêt public confiées à la CNIL et ne sont pas imposés par des dispositions légales, même s'ils sont mis en œuvre

celui relatif à la nécessité pour l'exécution d'une mission d'intérêt public¹⁹⁹⁸ semble soutenir davantage cette interprétation. Le G29 propose également plusieurs exemples où l'intérêt légitime pourrait être utilisé dans le secteur public¹⁹⁹⁹. Ces deux interprétations sont envisagées, mais ne sont pas unanimement tranchées au niveau européen et français conduisant à une certaine insécurité juridique pour les responsables de traitement en la matière.

En ce qui concerne le consentement, afin d'être valide, il doit être libre ce qui exclut donc le déséquilibre de pouvoir comme le rappelle le G29²⁰⁰⁰. À ce titre, le considérant 43 du RGPD, soutenu par le G29 dans son avis n°15/2011 sur la définition du consentement de 2011²⁰⁰¹, dispose que « pour garantir que le consentement est donné librement, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel dans un cas particulier lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique et qu'il est improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière. »²⁰⁰². Le G29 vient cependant relativiser ce principe dans ses lignes directrices relatives au consentement²⁰⁰³. Il souligne que s'il est peu probable que le consentement soit une base légale pertinente pour les autorités publiques, « sans préjudice de ces considérations générales, le cadre juridique du RGPD n'exclut pas entièrement le recours au consentement en tant que base juridique du traitement de données par des autorités publiques »²⁰⁰⁴ et complète cela avec des exemples²⁰⁰⁵ portant exclusivement sur les relations avec les usagers pour des services facultatifs proposés par les autorités

dans le cadre de ses missions (par exemple, certains traitements de gestion documentaire ou d'information interne). Dès lors qu'ils respectent certaines conditions, un intérêt légitime de la CNIL peut en constituer la base légale. »

¹⁹⁹⁸ Cnil.fr, La mission d'intérêt public : dans quels cas fonder un traitement sur cette base légale ?, 2 déc. 2019. : « Concerne au premier chef les traitements concernant les usagers ou les publics des organismes : c'est à leur égard que s'exerce la mission de service public et c'est dans le cadre des traitements qui les concernent que s'exerce spécifiquement l'autorité publique. »

¹⁹⁹⁹ Avis n° 06/2014 du G29, 9 avr. 2014, sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE.

²⁰⁰⁰ Règl. (UE) n°2016/679, 27 avr. 2016, cons. 43 & 155 ; Lignes directrices du G29, 11 avr. 2018 ; Avis n° 15/2011 du G29, 13 juill. 2011.

²⁰⁰¹ Avis n° 15/2011 du G29, 13 juill. 2011 : « La nature du responsable du traitement peut également être déterminante pour le choix du fondement juridique régissant le traitement de données à caractère personnel. Cela vaut en particulier pour les responsables du traitement dans le secteur public, où le traitement de données est normalement lié à l'exécution d'une obligation légale au sens de l'article 7, point c), ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public au sens de l'article 7, point e). En conséquence, le recours au consentement de la personne concernée pour légitimer le traitement de données ne constitue pas la base juridique adéquate. Cela est particulièrement clair dans le cas du traitement de données à caractère personnel par des pouvoirs publics investis d'une autorité – tels que les autorités répressives dans l'exercice de leurs fonctions policières ou judiciaires. Les autorités policières ne peuvent, en effet, se prévaloir du consentement de la personne concernée pour prendre des mesures qui n'ont pas été prévues ou qui ne seraient pas autrement autorisées par la loi. »

²⁰⁰² Règl. (UE) n°2016/679, loc. cit., cons. 43. « Pour garantir que le consentement est donné librement, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel dans un cas particulier lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique et qu'il est improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière. Le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement des données à caractère personnel bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce, ou si l'exécution d'un contrat, y compris la prestation d'un service, est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution »

²⁰⁰³ Lignes directrices du G29, 11 avr. 2018.

²⁰⁰⁴ Ibid. Lignes directrices du G29.

²⁰⁰⁵ Ibid. Lignes directrices du G29. « Une municipalité locale prévoit des travaux d'entretien de la voirie. Dès lors que les travaux de voirie pourraient perturber la circulation pendant un certain temps, la municipalité offre à ses citoyens la possibilité de s'inscrire sur une liste d'adresses électroniques afin d'être informés de l'état d'avancement des travaux

publiques. Si cette précision a le mérite d'accorder une plus grande marge de manœuvre aux responsables de traitement, elle soulève une certaine incertitude juridique.

194. - Difficultés pour identifier la « chaîne de traitement ».

Afin que la conformité au RGPD soit complète, il est essentiel d'identifier clairement la chaîne de traitement lorsque plusieurs acteurs sont impliqués, ce qui est souvent le cas. Plusieurs notions, précisées à l'article 4 du RGPD, sont alors à distinguer. Le responsable de traitement, est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre »²⁰⁰⁶. Le sous-traitant est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement »²⁰⁰⁷. Le destinataire des données est pour sa part « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui reçoit communication de données à caractère personnel, qu'il s'agisse ou non d'un tiers. Toutefois, les autorités publiques qui sont susceptibles de recevoir communication de données à caractère personnel dans le cadre d'une mission d'enquête particulière conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ne sont pas considérées comme des destinataires ; le traitement de ces données par les autorités publiques en question est conforme aux règles applicables en matière de protection des données en fonction des finalités du traitement »²⁰⁰⁸. Enfin, le tiers est « une personne physique ou morale, une autorité publique, un service ou un organisme autre que la personne concernée, le responsable du traitement, le sous-traitant et les personnes qui, placées sous l'autorité directe du responsable du traitement ou du sous-traitant, sont autorisées à traiter les données à caractère personnel »²⁰⁰⁹.

Pour déterminer la chaîne de responsabilité et les obligations de chacun, il est fondamental de qualifier chacun des rôles dans la chaîne de traitement. En pratique, il s'avère souvent délicat de réaliser cet exercice, l'identification de la ou des personne(s) déterminant les finalités et les moyens du traitement n'étant pas évidente.

195. - Difficultés contractuelles.

Au niveau contractuel, des difficultés apparaissent dans la mise en œuvre du RGPD tant en matière de responsabilité conjointe que de sous-traitance. En matière de responsabilité conjointe, il est délicat de définir les responsabilités de chacun. Si elles ne sont pas clarifiées par le contrat, les incertitudes laissées par le législateur européen pourraient également amener la jurisprudence à préciser les responsabilités de chaque responsable de traitement. Cependant, il apparaîtrait délicat de tirer un cas général pour définir les responsabilités de chacun.

et des retards prévus. La municipalité indique clairement qu'il n'y a aucune obligation de participation et demande le consentement des personnes concernées pour pouvoir utiliser leurs adresses électroniques (exclusivement) à cette fin. Les citoyens qui ne donnent pas leur consentement ne seront en aucun cas privés d'un service de base de la municipalité ou de l'exercice d'un quelconque droit, et sont donc libres de donner ou de refuser leur consentement à ce traitement de leurs données. Toutes les informations sur les travaux de voirie seront également disponibles sur le site Internet de la municipalité. »

²⁰⁰⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 4-7.

²⁰⁰⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 4-8.

²⁰⁰⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 4-9.

²⁰⁰⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 4-10.

Dans les relations entre responsable de traitement et sous-traitant, des points peuvent également être complexes. Par exemple, en matière d'audits de sécurité, il est obligatoire de faire figurer au contrat que le responsable de traitement pourra en réaliser et de le faire effectivement. Cependant, cela représente un coût important qui ne peut pas nécessairement être supporté par tous les responsables de traitement, particulièrement les petites et moyennes entreprises (PME) et les collectivités territoriales. Toutefois, certaines solutions sont envisageables. On pourrait ainsi envisager de grouper les audits entre plusieurs collectivités ou PME. Le contrat pourrait également préciser que l'audit sera à la charge du sous-traitant.

Conclusion du Chapitre : Plusieurs approches de la donnée émergent. Chacune spécifique aux enjeux des différents acteurs des territoires d'intelligences, elles sont accompagnées indépendamment par le législateur. Les différents mouvements juridiques alors initiés sont perfectibles. En premier lieu, les acteurs publics voient la donnée comme un outil de transparence et un levier de l'action publique. Le législateur a donc amorcé un mouvement d'ouverture et de réutilisation des données afin de les accompagner. Pourtant ce dernier présente encore de nombreuses failles, notamment le manque d'intelligibilité des données ouvertes, les nombreuses exceptions à l'ouverture des données et les insuffisances en ce qui concerne les données détenues par des acteurs privés. En second lieu, les structures privées font des données un avantage commercial et concurrentiel. Le législateur et les autorités de concurrence tentent de se réinventer pour contrôler ces nouvelles pratiques. Cependant, les règles du Droit de la concurrence sont encore difficilement applicables en matière de données et les outils à la disposition des autorités de concurrence demeurent relativement inadaptés au contrôle des pratiques anticoncurrentielles liées aux données. En troisième lieu, pour les citoyens et les usagers, les données touchent à leur vie privée. De ce point de vue, le Droit de la protection des données à caractère personnel a émergé dans les années soixante-dix et s'est progressivement renforcé. Malgré l'ambition forte des législateurs français et européen en la matière, la pratique met en lumière de nombreuses difficultés liées à la transparence du traitement et à la diversité des acteurs soumis à ces réglementations, notamment en ce qui concerne la détermination de la base légale du traitement et l'identification de la chaîne de traitement.

CHAPITRE 2. LA NÉCESSAIRE CONVERGENCE DES APPROCHES DES DONNÉES DANS UN IDÉAL D'INNOVATION

Si l'intention est bonne, ces approches séparées les unes des autres présentent deux limites majeures. En premier lieu, comme évoqué précédemment, chacun de ses mouvements juridiques souffre de carences. En second lieu, elles peuvent apparaître contradictoires et délicatement conciliables. Il serait pertinent d'adopter une approche plus globale des questions juridiques liées aux données dans un objectif de cohérence juridique. Ce changement de point de vue pourrait peut-être même permettre de pallier certaines des carences inhérentes à chacune de ces approches. En outre, au sein des territoires d'intelligences, ces divergences peuvent constituer un frein à l'innovation. En effet, les démarches collaboratives, qui associent des acteurs publics, des structures privées et des citoyens, se développant et la donnée étant au centre des projets d'innovation, ces approches divergentes peuvent être un frein à l'innovation au sein des territoires d'intelligences. Il apparaît donc fondamental de faire converger ces différentes approches de la donnée dans un idéal d'innovation, mais également afin de dépasser les faiblesses de chacun des mouvements liés aux données. Cette démarche peut s'opérer à trois niveaux : favoriser l'innovation par le partage de données (Section 1.), équilibrer l'innovation liée aux données par la concurrence et la fiscalité (Section 2.) et protéger l'innovation liée aux données par la cybersécurité (Section 3.).

Section 1. Favoriser l'innovation par le partage de données

Le partage de données, irréfutable vecteur de la circulation des données, vivifie l'innovation au sein des territoires d'intelligences. Ce partage peut se matérialiser tant par l'ouverture et la réutilisation de données au public qu'à une escouade ou même à une seule personne juridique. Contrairement aux apparences, les acteurs publics n'en ont pas le monopole, il peut également être d'initiative privée ou citoyenne. Les scissions apparentes entre données au service de l'intérêt général, avantage concurrentiel et incarnation de la vie privée se diluent partiellement dans ces flux de données qui peuvent bénéficier aux acteurs publics, aux structures privées et aux citoyens. Comme évoqué précédemment, le partage de données contribue au renforcement des services publics existants et à l'émergence de nouveaux services publics innovants. En ce qui concerne les acteurs privés, il stimule la concurrence en facilitant l'émergence de nouveaux entrants sur les marchés numériques, permettant de dépasser les barrières à l'entrée fondée sur la masse de données détenues par les acteurs déjà implantés sur le marché en question. Il peut également contribuer à la création de nouveaux services innovants fondés sur les données, tant par une structure privée seule qu'en collaboration avec d'autres acteurs privés ou publics. L'intérêt du partage de données pour le citoyen ne se cantonne pas à l'offre de nouveaux services innovants et à la transparence de l'action publique, il peut également être garant d'*empowerment* des personnes concernées sur leurs données à caractère personnel, particulièrement à l'aune du droit à la portabilité. Afin de permettre au partage de données d'atteindre ces réjouissantes perspectives, il apparaît fondamental d'étendre l'ouverture et la réutilisation des données (§1.) et d'encourager le droit à la portabilité des données (§2.).

§1. Étendre l'ouverture et la réutilisation des données

Afin de mener à bien l'ouverture et la réutilisation des données, il convient de continuer la structuration de ce mouvement en l'articulant avec la protection de la vie privée et l'intérêt commercial des structures privées. Il apparaît alors nécessaire d'accompagner l'ouverture et la réutilisation des données du secteur public (A.). La privatisation du service public et le rôle clef des entreprises en matière de données pourraient rendre vaine une telle démarche si elle n'est pas mise en synergie avec des mesures en faveur de l'ouverture des données détenues par le secteur privé (B.).

A. Accompagner l'ouverture et la réutilisation des données du secteur public

Dans un idéal d'équilibre entre les trois visions de la donnée, à savoir l'intérêt général, la vie privée et l'intérêt commercial, il convient d'aménager l'ouverture et la réutilisation des données du secteur public en concordance avec les enjeux des citoyens et des structures privées. Il s'agira, d'une part, de renforcer l'ouverture des données du secteur public dans le respect des intérêts des citoyens (1.) et, d'autre part, d'encadrer la réutilisation des données par les acteurs privés (2.).

1. Renforcer l'ouverture des données dans le respect des intérêts des citoyens

196. - Aiguiller la pratique dans l'articulation entre ouverture des données et protection des données à caractère personnel.

Les données à caractère personnel sont exclues en principe des démarches d'ouverture et de réutilisation²⁰¹⁰. Si la publication de données à caractère personnel est possible grâce à certaines exceptions à ce principe²⁰¹¹, le principal levier à la publication d'informations liées à une personne physique demeure l'anonymisation de ces données²⁰¹². Les règles régissant l'équilibre entre ouverture et protection des données semblent donc relativement claires et l'antinomie entre ces deux mouvements apaisée. Le rapport Gorce et Pillet sur l'*open data* et la protection de la vie privée soulignait que « même s'il est acquis qu'en théorie, l'*open data* ne doit pas porter atteinte à la vie privée des administrés, cette assertion ne se vérifie pas toujours en pratique »²⁰¹³. Il mettait en exergue deux failles principales

²⁰¹⁰ L. n° 78-753, 17 juill. 1978, art. 1^{er} & 6.

²⁰¹¹ La publication de données à caractère personnel est possible dans certains cas, notamment avec le consentement de la personne concernée ou si la publication en question est prévue par la loi (CADA, conseil n° 20181892 ; D. n° 2018-1117, 10 déc. 2018 ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, cons. 154).

²⁰¹² L'anonymisation visant à empêcher de façon irréversible toute identification, les données anonymisées ne sont dès lors plus des données à caractère personnel.

²⁰¹³ Rapp. Sénat n° 469, 16 avr. 2014, sur l'*open data* et la protection de la vie privée, p.26. « Ainsi, même s'il est acquis qu'en théorie, l'*open data* ne doit pas porter atteinte à la vie privée des administrés, cette assertion ne se vérifie pas toujours en pratique. Toute la question est justement de s'assurer qu'aucune donnée personnelle ne pourra être accidentellement diffusée à l'occasion de la mise en œuvre de l'*open data*, ni faire l'objet d'une ré-identification

en la matière : des administrations parfois démunies face au mouvement d'ouverture des données²⁰¹⁴ et le risque de réidentification à la suite d'une anonymisation²⁰¹⁵. Le rapport de la CNIL relatif à la consultation sur l'Open Data et les données personnelles de 2014²⁰¹⁶, mettait d'ailleurs en exergue le besoin de clarification et d'accompagnement des praticiens en ce qui concerne l'anonymisation.

Une intervention plus précise du législateur en ce qui concerne l'anonymisation ne semble pas adaptée. En effet, les techniques d'anonymisation et surtout de réidentification étant frappée d'une grande labilité, cela exposerait à une insécurité juridique prégnante. Une collaboration de la CNIL et de la CADA pour aiguiller les acteurs dans leurs démarches d'anonymisation apparaît plus pertinente. Ce travail conjoint a été entamé pour donner suite au collège unique CADA-CNIL du 17 janvier 2019 qui a conduit à une consultation publique au printemps 2019 portant sur les attentes des acteurs sur l'articulation entre ouverture et protection des données²⁰¹⁷. Elle s'est matérialisée dans un premier temps par le guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques réalisé par la CADA et la CNIL, en partenariat avec les services d'Etalab²⁰¹⁸. De brèves indications relatives à l'anonymisation y figurent, notamment les deux principes directeurs, à savoir, « transformer les données pour qu'elles ne se réfèrent plus à une personne réelle et généraliser les données de façon à ce qu'elles ne soient plus spécifiques à une personne, mais communes à un ensemble de personnes »²⁰¹⁹. La CADA et la CNIL exposent également les trois critères de l'anonymisation que sont l'individualisation²⁰²⁰, la corrélation²⁰²¹ et l'inférence²⁰²². Bien que montrant une conscience aigüe de ces enjeux et une volonté certaine d'appuyer les acteurs ouvrant des données initialement à caractère personnel, la démarche de la CNIL et de la CADA demeure encore insuffisante. Il conviendrait d'apporter des précisions plus approfondies et techniques sur l'anonymisation, éventuellement en collaborant avec l'ANSSI. En outre, les acteurs publics n'ayant pas nécessairement les compétences en interne ou le budget pour s'assurer de l'effectivité des mesures d'anonymisation, une offre d'accompagnement pourrait être proposée conjointement par la CNIL, la CADA et l'ANSSI. En tout état de cause, les documents relatifs à l'anonymisation proposés par ces autorités devront être revus sur une base régulière pour garantir leur adéquation à l'état de l'art.

La proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données²⁰²³ s'attèle également à cette délicate question en prévoyant « un ensemble de conditions de base harmonisées » permettant l'ouverture et la réutilisation des données détenues par des organismes du secteur public « dont l'uti-

facilitée par un tiers. Quelle procédure mettre en place pour éviter ce type de défaillance et quelles garanties apporter aux citoyens pour les protéger de tels dommages ? »

²⁰¹⁴ Rapp. Sénat n° 469, op. cit.

²⁰¹⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 469.

²⁰¹⁶ CNIL, rapp., avr. 2014, Consultation Open data et données personnelles.

²⁰¹⁷ Cnil.fr, Open data : la CNIL et la CADA publient un guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques, 17 oct. 2019.

²⁰¹⁸ CADA, CNIL, oct. 2019, op. cit. p. 16 et s.

²⁰¹⁹ Ibid. CADA, CNIL.

²⁰²⁰ Ibid. CADA, CNIL : « l'individualisation : est-il toujours possible d'isoler un individu ? »

²⁰²¹ Ibid. CADA, CNIL : « la corrélation : est-il possible de relier entre eux des ensembles de données distincts concernant un même individu ? »

²⁰²² Ibid. CADA, CNIL : « l'inférence : peut-on déduire de l'information sur un individu ? »

²⁰²³ Proposition régl. (COD) n° 2020/0340 du PE et du Cons., 25 nov. 2020, sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données)

lisation dépend de droits d'autrui », notamment celles protégées par la législation en matière de protection des données²⁰²⁴. Dans ce cadre, le législateur européen propose d'interdire par principe les accords d'exclusivité et d'encadrer strictement les exceptions à ce principe²⁰²⁵ et expose les conditions applicables à la réutilisation de ces données²⁰²⁶, notamment en précisant le régime de redevances alors applicable²⁰²⁷.

Ainsi, les documents contenant des données à caractère personnel peuvent être ouverts et réutilisés de différentes manières : lorsque la loi prévoit la publication de ces données²⁰²⁸, lorsque la personne concernée donne son consentement, lorsque les données personnelles n'en sont plus grâce à l'anonymisation et peut être prochainement lorsqu'une personne publique le souhaite dans le respect des conditions envisagées par la proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données²⁰²⁹. Aussi intéressantes ces différentes possibilités soient elles, la diversité des textes légiférant en la matière et la multiplication des régimes possibles peuvent être source d'insécurité juridique.

197. - Renforcer l'intelligibilité de l'information issue des données ouvertes.

La centralisation de l'accès aux données peut simplifier leur intelligibilité. Une démarche d'incitation à la centralisation des données se développe progressivement comme en atteste notamment la loi pour une République numérique²⁰³⁰. Son article 23 dispose que, concernant les données énergétiques, « un accès centralisé à ces données peut être mis en place par l'autorité administrative selon des modalités précisées par décret. »²⁰³¹. Cependant, cette initiative législative est à relativiser, la centralisation étant simplement encouragée, et ce, exclusivement dans un secteur spécifique.

En France, plusieurs législations sont venues façonner la coordination de l'ouverture des données²⁰³². Le décret du 21 février 2011²⁰³³ a créé Etalab qui a notamment pour mission de coordonner l'ouverture et le partage des données²⁰³⁴. Cette logique de coordination a été complétée par la loi du 12 novembre 2013 ayant pour but « d'harmoniser les définitions données et références utilisées »²⁰³⁵ et par le décret du 16 septembre 2014 instituant le poste d'administrateur général des données²⁰³⁶. Les jeux de données à mettre à disposition sont souvent précisés par le législateur. Par exemple, dans le secteur de l'énergie : « Les catégories de données qui doivent être mises à disposition sont définies par l'annexe du règlement délégué. Il s'agit des données concernant les services collectifs réguliers, les services à la demande, dont l'autopartage, le covoiturage et le vélopartage, enfin les modes personnels de déplacement. »²⁰³⁷.

²⁰²⁴ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340 du PE et du Cons., 25 nov. 2020, sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données).

²⁰²⁵ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340, loc. cit. art. 4.

²⁰²⁶ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340, loc. cit. art. 5.

²⁰²⁷ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340, loc. cit. art. 6.

²⁰²⁸ CADA, conseil n° 20181892 ; D. n° 2018-1117, 10 déc. 2018 ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, cons. 154

²⁰²⁹ Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340.

²⁰³⁰ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

²⁰³¹ L. n° 2016-1321, loc. cit. art.23.

²⁰³² Chevallier J., Le droit français et la question des données publiques, op. cit.

²⁰³³ D. n° 2011-193, 21 fév. 2011.

²⁰³⁴ Etalab.gouv.fr.

²⁰³⁵ L. n° 2013-1005, 12 nov. 2013.

²⁰³⁶ D. n° 2014-1050, 16 sept. 2014.

²⁰³⁷ Rapp. Sénat n° 350, 21 fév. 2019, portant observations sur le projet de loi d'orientation des mobilités.

L'harmonisation des formats étant également un élément clef de la réussite de l'ouverture des données, le législateur et la doctrine mettent en exergue les formats qui devraient être utilisés²⁰³⁸. La loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de réutilisation des informations du secteur public visant la transposition de la directive 2013/37 de l'Union européenne précisait que les informations sont, si possible, « dans un format ouvert aisément réutilisable, c'est-à-dire lisible par une machine »²⁰³⁹. Il s'agissait davantage d'une invitation du législateur à ce type de formatage que d'une véritable obligation qui exposait à une application disparate de cette mesure, comme cela peut être le cas en Espagne²⁰⁴⁰. Dans le cadre de la loi pour une République numérique, la navette parlementaire a également exprimé et concrétisé²⁰⁴¹ sa volonté d'harmoniser le format des données ouvertes en imposant la communication sous forme électronique et si possible dans un standard ouvert des informations communiquées à des fins de réutilisation²⁰⁴².

2. Encadrer la réutilisation par le secteur privé des données ouvertes par les acteurs publics

198. - Réutilisation des données ouvertes : une intervention relativement marginale du législateur à renforcer.

Comme le souligne le guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques élaboré par les services de la CADA et de la CNIL en association avec les services d'Etalab, certains obstacles juridiques peuvent venir limiter la réutilisation des données ouvertes²⁰⁴³. Le champ de la réutilisation est ainsi limité par certains droits de propriété intellectuelle²⁰⁴⁴, par le paiement exceptionnel de redevances pour accéder aux données²⁰⁴⁵ ou dans certains cas par la présence de données à caractère personnel. La réglementation prévoit également que la réutilisation des données ouvertes ne doit pas faire l'objet d'un droit d'exclusivité accordé à un tiers. Ce principe connaît cependant trois

²⁰³⁸ Bourcier D., Filippi (de) P., « Open data » : l'ouverture des données, JCP G 2014.

²⁰³⁹ L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015, art. 2. « Lorsqu'elles sont mises à disposition sous forme électronique, ces informations le sont, si possible, dans un standard ouvert et aisément réutilisable, c'est-à-dire lisible par une machine. »

²⁰⁴⁰ Valero Torrijos, J., Andreu Martínez, M., L'encadrement juridique des données ouvertes en Espagne, RFAP 2018. « En ce qui concerne les formats, la loi du 16 novembre 2007 a introduit des concepts comme « le format ouvert, lisible par une machine » ou « la norme formelle ouverte ». Néanmoins la loi continue d'être peu exigeante à cet égard (les administrations publiques « veilleront », « faciliteront » la réutilisation « chaque fois que cela sera possible » ou « qu'elles disposeront des moyens » pour le faire, articles 4.2, 4.5, 5.1, 5.2) et son application pratique est disparate (Cerrillo, 2014, 74). »

²⁰⁴¹ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 3.

²⁰⁴² Rapp. AN n° 3399, op. cit.

²⁰⁴³ CADA, CNIL, oct. 2019, op. cit.

²⁰⁴⁴ Ibid. CADA, CNIL : Il peut s'agir des droits de propriété intellectuelle d'une personne privée ou d'une personne publique exploitant un service public industriel et commercial soumis à la concurrence comme de ceux détenus par des tiers.

²⁰⁴⁵ Ibid. CADA, CNIL : « Il est à noter que par principe, la réutilisation des informations publiées en open data est gratuite. Elle peut être payante dans trois hypothèses : - pour les administrations dont l'activité principale consiste en la production et la mise à disposition d'informations publiques et qui financent cette dernière à + de 25% de leurs recettes propres (ou à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions). C'est le cas par exemple de Météo-France ou de l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN); - pour les administrations relevant de l'État (y compris les EPA), uniquement pour les informations fixées par décret; - pour les bibliothèques, y compris universitaires, les musées et les archives, uniquement pour les informations issues d'opérations de numérisation de leurs collections et, le cas échéant, les métadonnées, lorsque ces dernières sont produites et commercialisées conjointement. NB : à compter du 1er janvier 2017, l'INSEE et les services statistiques ministériels ne peuvent plus demander de redevances pour réutilisation de leurs données » ; CRPA, art. D. 324-5-1; CRPA, art. L. 324-6 ; Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit., p.34.

exceptions lorsqu'une telle exclusivité est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public : « droit d'exclusivité classique »²⁰⁴⁶, « droit d'exclusivité accordé pour les besoins de la numérisation de ressources culturelles »²⁰⁴⁷ et « droit d'exclusivité accordé entre personnes publiques dans le cadre de leurs missions de service public sur le fondement de dispositions législatives ou réglementaires, dans le respect du droit de la concurrence »²⁰⁴⁸. Cependant, le législateur n'intervient que très peu sur les conditions de réutilisation en tant que telles. Il s'est contenté de poser une triple condition à la réutilisation de ces données. Il convient ainsi que « les informations ne soient pas altérées, que leur sens ne soit pas dénaturé, enfin que leurs sources et la date de leur dernière mise à jour soient mentionnées »²⁰⁴⁹. La loi CADA²⁰⁵⁰, reprise par l'ordonnance du 17 mars 2016²⁰⁵¹ prévoyait en ce sens « une forme de droit moral de l'administration productrice »²⁰⁵² auquel celle-ci peut renoncer²⁰⁵³. La loi ne vient pas pour autant fixer des conditions claires sur l'objectif que peut poursuivre la réutilisation, notamment concernant la réutilisation des données ouvertes à des fins commerciales. Les licences sont le principal levier juridique en la matière. Elles permettent davantage de modulation aux spécificités des différentes réutilisations tout en laissant une certaine liberté aux acteurs publics quant aux modalités qu'ils souhaitent définir.

Si une plus grande intervention du législateur concernant les conditions de réutilisation de manière générale n'apparaît pas pertinente, elle semble cependant souhaitable en ce qui concerne la réutilisation de données à caractère personnel. En effet, bien que marginale, l'ouverture de données à caractère personnel existe et la question de leur réutilisation est soulevée. Le Droit applicable ne prévoit pas un régime particulier en matière de réutilisation de données à caractère personnel, tant du point de vue de la législation relative à l'ouverture et à la réutilisation que du point de vue de celle relative à la protection des données. Le rapport d'information sur l'open data et la protection de la vie privée²⁰⁵⁴ insistait sur le manque d'articulation entre protection et ouverture des données. Elle mettait en exergue le débat doctrinal opposant ceux qui défendaient une clarification émanant de la CNIL et de la CADA et ceux, plus volontaristes, « soulignant le paradoxe d'une législation à la fois très protectrice et inadaptée, car conçue à une époque où les développements actuels n'étaient pas envisagés, souhaitent une remise à plat de ce cadre juridique pour instaurer un véritable droit à la réutilisation »²⁰⁵⁵. La loi pour une République numérique vient limiter la portée de la question en prévoyant que l'ouverture et la réutilisation des documents comportant des données à caractère personnel sont

²⁰⁴⁶ CADA, CNIL, op. cit. : « droit d'exclusivité classique : un accord d'exclusivité est passé entre le réutilisateur et l'administration détentrice des données pour une durée maximale de 10 ans avec un réexamen périodique au moins tous les trois ans, »

²⁰⁴⁷ Ibid. CADA, CNIL : « droit d'exclusivité accordé pour les besoins de la numérisation de ressources culturelles : un accord d'exclusivité est passé pour une durée maximale de 15 ans. Avec un réexamen au cours de la onzième année et ensuite, le cas échéant, lors de la treizième année »

²⁰⁴⁸ Ibid. CADA, CNIL : « droit d'exclusivité accordé entre personnes publiques dans le cadre de leurs missions de service public sur le fondement de dispositions législatives ou réglementaires, dans le respect du droit de la concurrence : ces accords doivent faire l'objet d'un réexamen au cours de la onzième année et ensuite, le cas échéant, tous les sept ans »

²⁰⁴⁹ CRPA, art. L.322-1.

²⁰⁵⁰ L. 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, art. 12.

²⁰⁵¹ Ord. n° 2016-307, 17 mars 2016.

²⁰⁵² Rapp. Sénat n° 93, op. cit. p. 192.

²⁰⁵³ CRPA, art. L.322-1. « Sauf accord de l'administration, la réutilisation des informations publiques est soumise à la condition que ces dernières ne soient pas altérées, que leur sens ne soit pas dénaturé et que leurs sources et la date de leur dernière mise à jour soient mentionnées. »

²⁰⁵⁴ Rapp. Sénat n° 469, op. cit.

²⁰⁵⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 469.

conditionnées à l'occultation de ces données²⁰⁵⁶. Cependant, ce principe connaissant deux exceptions importantes, l'existence de dispositions législatives ou réglementaires contraires et l'accord de la personne concernée²⁰⁵⁷, n'atténue que partiellement le débat. La CADA et la CNIL n'ont pas non plus tranché, se contentant de rappeler que la réutilisation de données à caractère personnel doit se conformer aux principes applicables en la matière²⁰⁵⁸. Une clarification législative apparaît alors encore nécessaire, particulièrement en ce qui concerne la réutilisation des données ouvertes à des fins de réidentification et de ciblage publicitaire. La modification de L. 321-1 du CRPA défendue par le rapport De la smart city aux territoires d'intelligences²⁰⁵⁹ afin de proscrire ce type de pratiques apparaît ainsi particulièrement opportune. En outre, la proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données²⁰⁶⁰ prévoit différentes conditions applicables à la réutilisation des données détenues par des organismes du secteur public « dont l'utilisation dépend de droits d'autrui », notamment celles protégées par la législation en matière de protection des données²⁰⁶¹. Elle permettrait dans ce cadre aux organismes du secteur public en question notamment d' « exiger que seules soient réutilisées les données ayant fait l'objet d'un prétraitement visant à anonymiser ou à pseudonymiser des données à caractère personnel »²⁰⁶² ou de « vérifier tout résultat du traitement de données effectué par le réutilisateur et se réservent le droit d'interdire l'utilisation des résultats qui contiennent des informations portant atteinte aux droits et aux intérêts de tiers »²⁰⁶³.

199. - Réutilisation des données ouvertes : un encadrement par les licences à uniformiser.

Les licences sont les « clefs de la circulation des données »²⁰⁶⁴. Comme le soulignent Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, les types de licences sont nombreux et frappés d'une grande hétérogénéité²⁰⁶⁵. L'offre de licences existante au niveau international, notamment avec l'Open Database Licence de l'Open Knowledge Foundation (licence ODbL)²⁰⁶⁶ et les licences Creative Commons²⁰⁶⁷, ne sécurisant pas suffisamment les administrations françaises²⁰⁶⁸ d'autres offres se sont développées sur le territoire national. Ainsi, tandis que certaines collectivités s'appuyaient sur ces licences internationales²⁰⁶⁹, des

²⁰⁵⁶ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.6.

²⁰⁵⁷ L. n° 2016-1321, loc. cit., art.6 : « Art. L. 312-1-2.-Sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, lorsque les documents et données mentionnés aux articles L. 312-1 ou L. 312-1-1 comportent des mentions entrant dans le champ d'application des articles L. 311-5 ou L. 311-6, ils ne peuvent être rendus publics qu'après avoir fait l'objet d'un traitement permettant d'occulter ces mentions. Sauf dispositions législatives contraires ou si les personnes intéressées ont donné leur accord, lorsque les documents et les données mentionnés aux articles L. 312-1 ou L. 312-1-1 comportent des données à caractère personnel, ils ne peuvent être rendus publics qu'après avoir fait l'objet d'un traitement permettant de rendre impossible l'identification de ces personnes. Une liste des catégories de documents pouvant être rendus publics sans avoir fait l'objet du traitement susmentionné est fixée par décret pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

²⁰⁵⁸ CADA, CNIL, op. cit.

²⁰⁵⁹ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit., p.11.

²⁰⁶⁰ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340 du PE et du Cons., 25 nov. 2020, sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données).

²⁰⁶¹ Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340.

²⁰⁶² Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340, art. 5.

²⁰⁶³ Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340, art. 5.

²⁰⁶⁴ Guglielmi G.J., Numérisation des données publiques et données publiques numériques, Guglielmi.fr, 2013.

²⁰⁶⁵ Bourcier D., Filippi (de) P., L'Open Data : universalité du principe et diversité des expériences ?. JCP G 2013.

²⁰⁶⁶ Opendatacommons.org, Open Data Commons Open Database License (ODbL).

²⁰⁶⁷ Creativecommons.org.

²⁰⁶⁸ Bourcier D., Filippi (de) P., L'Open Data : universalité du principe et diversité des expériences ?. JCP G 2013.

²⁰⁶⁹ Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P. : « C'est ainsi que les départements de la Gironde, de l'Aquitaine, et du Nord-Pas-de-Calais, ainsi que les villes de Nantes, Toulouse, Angers, La Rochelle, et – plus récemment – la commune de Brocas ont choisi la licence ODbL (Open Database Licence de l'Open Knowledge Foundation) »

initiatives spontanées et autonomes ont émergé, tant au niveau de l'État que des collectivités territoriales. On a ainsi vu le ministère de la Justice se doter de la licence information publique librement réutilisable (LIP) ou la Métropole de Rennes développer sa propre licence (Rennes Métropole en accès libre). Ces modèles uniques présentent l'indéniable avantage d'une architecture adaptée aux spécificités des domaines d'activités ou des territoires concernés, mais leur multiplication pourrait s'avérer contre-productive. Leur objectif initial de circulation contrôlée des données pourrait ainsi être perverti par des licences trop hétérogènes qui viendraient freiner la circulation des données, notamment par manque d'interopérabilité. Afin d'uniformiser les pratiques, l'Agence pour le patrimoine immatériel de l'État a proposé des licences aux administrations, mais leur utilisation a été contrecarrée du fait de leur incompatibilité avec la notion de licence libre au sens de l'Open Knowledge Foundation²⁰⁷⁰. Ce fut ensuite au tour du comité Etalab de faire face à l'imbroglio des licences à la française. Cela s'est traduit en 2011 par la publication de la licence ouverte/Open Licence qui laisse une grande liberté dans la réutilisation des données, garantissant alors une forte compatibilité avec les autres licences présentes sur le territoire.

La licence ouverte Etalab souffre cependant de deux maux étroitement liés. Tout d'abord, permettant la réutilisation commerciale des données, elle fait fit de la volonté de nombreuses administrations d'encadrer la réutilisation commerciale des données. En outre, bien qu'elle « autorise la reproduction, la redistribution, l'adaptation et la réutilisation des données quelle qu'en soit la finalité, elle ne permet cependant l'exploitation des données que pour des finalités commerciales »²⁰⁷¹. S'il s'agit probablement d'un simple oubli, comme le soulignent Danièle Bourcier et Primavera de Filippi²⁰⁷², il risque cependant d'exclure des exploitations à des fins non commerciales qui pourraient se vouloir d'intérêt général²⁰⁷³. Etalab prend ainsi part au houleux débat entre réutilisation illimitée ou encadrée des données²⁰⁷⁴ et l'oriente vers une réutilisation inconditionnelle.

B. Soutenir l'ouverture et la réutilisation des données du secteur privé

Le secteur privé est concerné par les démarches d'ouverture et de réutilisation des données, tant comme bénéficiaire que comme producteur. Les données peuvent être ouvertes et, dans des cas plus rares, rendues réutilisables par des entreprises privées. La volonté de voir s'ouvrir des données détenues par des entreprises privées est grandissante²⁰⁷⁵. Si le législateur souhaitait développer l'ouverture

²⁰⁷⁰ Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P.

²⁰⁷¹ Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P.

²⁰⁷² Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P.

²⁰⁷³ Elshoud M., L'accès aux données essentielles de la commande publique, in Mouriesse E. (dir.), L'open data : une évolution juridique ?, RGD 2018 : « On constate également que des associations et des entreprises ont déjà exploité ces bases de données pour développer leurs propres services à valeur ajoutée pour les citoyens : ainsi, l'application CityZen map dont le sous-titre est " Pour m'informer de ce qui va se passer dans mon quartier " s'est construite grâce aux données open data du BOAMP »

²⁰⁷⁴ Guglielmi G.J., Numérisation des données publiques et données publiques numériques, Guglielmi.fr, 2013 : « Bon nombre de licences libres excluent ainsi les réutilisations commerciales, notamment les licences Creative Commons "NC". Ce point de vue, quelle que soit sa valeur intrinsèque, se heurte évidemment à la tendance aujourd'hui rendue dominante par le mouvement d'ouverture des données, dont la philosophie est plutôt l'ouverture inconditionnelle de la réutilisation des données publiques. »

²⁰⁷⁵ Henno J., Nos données peuvent-elles servir l'intérêt général ?, op. cit. : « L'intérêt de la communauté scientifique et du monde des affaires pour la conduite de politiques publiques (santé, transports...) à partir de données collectées par des entreprises privées ne cesse de grandir. Ces derniers mois, les tribunes signées par des chercheurs et vantant

et la réutilisation des données du secteur privé, cela conduirait à de potentiels choix, entre gratuité et rémunération, incitation et obligation, régime général ou sectoriel ou encore ouverture de données à caractère personnel sous certaines conditions ou interdiction pour ces dernières. Nous nous intéresserons dans un premier temps à la nécessité de soutenir l'ouverture de certaines données du secteur privé (1.). Cette partie traitera des données détenues par des acteurs privés n'agissant pas dans le cadre d'une mission de service public (ce cas ayant déjà été traité dans le premier chapitre du présent titre). Dans un second temps, nous aborderons la possible consécration de la notion de donnée d'intérêt territorial qui permettrait un partage des données détenues par des structures privées (2.).

1. Encourager l'ouverture des données du secteur privé

200. - Une politique libérale existante : des initiatives spontanées d'ouverture.

Actuellement, l'ouverture des données du secteur privé est très peu incitée ou imposée, mais des pratiques sur la base du volontariat émergent. Le rapport du Conseil d'État relatif aux données d'intérêt général²⁰⁷⁶ met en exergue plusieurs pratiques à cet égard. Les entreprises peuvent ouvrir des données entre elles dans le cadre de contrats bilatéraux. Ce fut par exemple le cas de Veolia et IBM dans le cadre de la solution *smart water*²⁰⁷⁷. Les entreprises peuvent également ouvrir des données à des tiers dans le cadre d'évènements particuliers, par exemple pour des *hackathons* ou des *sprints*. Ce fut par exemple le cas pour Bizzar Tech, organisé par TUBA²⁰⁷⁸, le Mirage Festival²⁰⁷⁹ et Erasme²⁰⁸⁰ de la Métropole de Lyon avec des énergéticiens. Ces derniers avaient mis à disposition des jeux de données pour la création d'œuvres numériques basées sur la donnée pour sensibiliser le public à la consommation énergétique. Une *Application Programming Interface*²⁰⁸¹ peut également permettre l'ouverture d'une sélection de données. , ce fut notamment le cas pour les voitures General Motors²⁰⁸² et l'API Open Data de la SNCF²⁰⁸³. Les exemples des voitures General motors ou encore de l'API Open Data de la SCNF sont intéressants sur le sujet. Certaines structures publient également des données dans un idéal de transparence (exemple : la Lyonnaise des eaux publiques²⁰⁸⁴) ou mettent en place un principe d'ouverture maximale de leurs données, comme l'a fait Open Street Map²⁰⁸⁵. En parallèle de ces initiatives spontanées émergent des politiques dirigistes et volontaristes, qui ne manquent pas d'être interrogées par la doctrine. Légiférer ou ne pas légiférer, telle est la question.

201. - Une politique dirigiste émergente : consécration de régimes spéciaux avec une approche sectorielle.

les mérites potentiels des « Data for Public Good » ou des « données au service du bien commun » se sont multipliées en France et à l'étranger. »

²⁰⁷⁶ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général, p.21.

²⁰⁷⁷ Guarrigue A., « Smart water » : comment le partenariat entre Veolia et IBM préfigure l'évolution des services urbains, Gaz. Cnes. 2014.

²⁰⁷⁸ Tuba-lyon.com.

²⁰⁷⁹ Miragefestival.com.

²⁰⁸⁰ Erasme.org.

²⁰⁸¹ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général, p.22.

²⁰⁸² Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²⁰⁸³ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²⁰⁸⁴ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²⁰⁸⁵ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

La mission Cytermann souligne que des politiques dirigistes en matière d'ouverture des données du secteur privé existent d'ores et déjà à deux niveaux²⁰⁸⁶. D'une part, les opérateurs privés en situation de position dominante peuvent se voir imposer l'ouverture de certaines données au titre du droit de la concurrence comme nous l'avons mis en exergue dans le premier chapitre du présent titre. D'autre part, les dispositions sectorielles imposant pour des motifs d'intérêt général l'ouverture de données du secteur privé se développent²⁰⁸⁷. Nous nous concentrerons sur ce second point. L'idée d'une ouverture sectorielle des données détenues par le secteur privé occupe une place grandissante dans la doctrine et se faufile progressivement dans l'esprit du législateur.

Une approche sectorielle de l'ouverture des données des structures privées est défendue par différents acteurs. Le rapport de la mission Cytermann soulignait à cet égard que « des lois sectorielles peuvent prévoir l'ouverture des données des autres personnes privées pour des motifs d'intérêt général »²⁰⁸⁸. Il considère qu'un régime juridique unique ne serait pas pertinent « au vu de la grande diversité des secteurs et des données concernées ». Il va encore plus loin en affirmant que « la définition d'un cadre commun au niveau législatif pour ces lois sectorielles peut être envisagée, mais risquerait d'être peu normative et d'introduire des règles de procédures s'avérant a posteriori peu adaptées aux spécificités des différents secteurs »²⁰⁸⁹. Cette approche sectorielle est particulièrement pertinente au sein des territoires d'intelligences comme le souligne le rapport De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s) qui affirme que « cet accès pourrait être rendu contraignant au moins pour certains secteurs »²⁰⁹⁰. De fait, elle nécessite d'identifier des secteurs pertinents pour ce type d'ouverture de données et d'établir un recensement des jeux de données disponibles²⁰⁹¹. La mission Cytermann avait fait une première proposition à ce sujet en présentant un tableau des « différents exemples de données pouvant faire l'objet de dispositifs d'ouverture »²⁰⁹². Les secteurs mis en lumière à cette occasion étaient « environnement/énergie/urbanisme », « déplacements/localisation géographique », « logement » et « emploi ».

Comme le souligne le rapport De la Smart city aux Territoires d'intelligence(s), des prémices de cette approche sectorielle se sont dessinées en France dans le secteur de l'énergie²⁰⁹³ avec la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte²⁰⁹⁴ et le décret n°2016-973 du 15 juillet 2016²⁰⁹⁵. Cette approche sectorielle de l'ouverture des données des acteurs privés est partiellement entérinée par la loi pour une République numérique à l'occasion de la consécration des données d'intérêt général. Dans la section relative aux données d'intérêt général, elle prévoit, par exemple, la mise en place d'une base de données nationale des vitesses maximales autorisées sur le

²⁰⁸⁶ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²⁰⁸⁷ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²⁰⁸⁸ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF : « Ouverture des données des autres personnes privées pour des motifs d'intérêt général Proposition n° 11 : Procéder de manière sectorielle et au cas par cas à l'ouverture de données détenues par des personnes privées, à condition que cette ouverture soit justifiée par des motifs d'intérêt général et repose sur des modalités proportionnées. Vecteur : loi A cette fin, une poursuite de la mission sous forme d'approfondissements sectoriels pourrait être envisagée, consistant à cartographier les données de quelques secteurs clés et à proposer les modalités d'ouverture des données pertinentes. »

²⁰⁸⁹ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général, p.3.

²⁰⁹⁰ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit., p.35.

²⁰⁹¹ Ibid. Belot L.

²⁰⁹² Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²⁰⁹³ Ibid. Belot L.

²⁰⁹⁴ L. n° 2015-992, 17 août 2015.

²⁰⁹⁵ D. n° 2016-973, 15 juill. 2016.

domaine public routier²⁰⁹⁶. Elle invite également à l'ouverture et la réutilisation des données de consommation et de production des gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz naturel et des gestionnaires du réseau public de transport d'électricité et de gaz naturel²⁰⁹⁷. La loi pour une République vient conforter la vision doctrinale de deux points de vue : si les données d'entreprises privées peuvent être ouvertes, une approche sectorielle doit être favorisée et cela doit se faire dans un but d'intérêt général. Cependant, l'absence de définition ou ne serait-ce que d'un faisceau d'indices permettant de dessiner le contour de la notion de données d'intérêt général, jette une zone d'ombre sur les autres données que cela pourrait potentiellement concerner. Des lois

Cette approche sectorielle reste à relativiser. Tout d'abord, comme le souligne Luc Belot, son intérêt à court terme est incertain du fait du manque de moyen des collectivités pour « identifier les données disponibles, les collecter et les utiliser »²⁰⁹⁸. En outre, il ne faudrait pas que cette logique d'ouverture des données du secteur privé porte atteinte à d'autres droits, notamment le secret des affaires pour les entreprises concernées et le droit à la vie privée des citoyens dont des données à caractère personnel pourraient être concernées.

202. - Une politique volontariste à favoriser : le nécessaire développement de mécanismes incitatifs.

Une partie de la doctrine française se positionne en faveur de ce type de politiques incitatives. Le CNNum préconise d'encourager « dans une approche casuistique et sur la base du volontariat, la mise en commun de certaines données de la part des acteurs économiques et de la société civile produites hors d'une mission de service public »²⁰⁹⁹. Il invite également, pour des impératifs de santé publique, à permettre aux pouvoirs publics de demander certaines données. Le CNNum précise que si les pouvoirs publics peuvent alors demander de telles données, ils ne peuvent pas imposer aux acteurs économiques d'effectivement leur transférer.

Il apparaît pertinent de mettre en place des mécanismes incitatifs à l'ouverture de données détenues par le secteur privé et de les accompagner d'outils juridiques structurants le partage de données. L'OCDE défendait la mise en place de mécanismes d'incitation économique²¹⁰⁰, notamment des compensations financières et des déductions fiscales. Pour l'instant, ces mécanismes incitatifs n'existent pas dans le paysage législatif français, mais l'émergence d'une fiscalité liée aux données pourrait ouvrir la porte d'une fiscalité incitative. Des précisions seront apportées concernant les mécanismes fiscaux d'incitation à l'ouverture des données dans la seconde section du présent chapitre. L'OCDE propose

²⁰⁹⁶ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 22.

²⁰⁹⁷ L. n° 2016-1321, loc. cit., art. 23.

²⁰⁹⁸ Belot L., *De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s)*, op. cit., p.35.

²⁰⁹⁹ CNNum, rapp. n° 2015-2, oct. 2015, La santé, bien commun de la société numérique, p.94.

²¹⁰⁰ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 33.

également la « constitution de partenariats d'échange de données entre les secteurs privé et public »²¹⁰¹ comme levier incitatif. En outre, le chapitre IV de la proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données²¹⁰² vise à « faciliter l'altruisme des données (données mises volontairement à disposition par des particuliers ou des entreprises pour le bien commun) »²¹⁰³. L'article 15 de cette proposition précise que chaque entreprise mettant volontairement à disposition des données pour le bien commun sera inscrite dans un registre tenu par l'autorité compétente et pourra à ce titre « se présenter en tant qu' "organisation altruiste en matière de données reconnue dans l'Union" dans ses communications écrites et orales »²¹⁰⁴. La mise en valeur de ces démarches encourage la mise à disposition volontaire de donnée et la tenue d'un registre en la matière pourrait faciliter la mise en place d'autres outils incitatifs en la matière, par exemple en matière fiscale.

203. - Le besoin de co-construction de l'ouverture des données du secteur privé.

L'ouverture des données devrait être co-construite avec une participation des acteurs publics et privés. D'une part, cela devrait se matérialiser avec une participation des acteurs privés aux discussions relatives au régime juridique applicable à l'ouverture de leurs données. D'autre part, les autorités publiques devraient appuyer les structures privées dans leurs démarches d'ouverture avec la mise à disposition d'outils juridiques liés au partage de données. Le CNNum considère que l'ouverture des données du secteur privé devrait être possible, mais de manière très encadrée et dans le cadre d'un dialogue commun avec les acteurs économiques²¹⁰⁵. Cette volonté de co-construire le régime applicable à l'ouverture des données privées transparaît également dans le rapport de la mission Cytermann qui préconise la mise en place d'une « mission de médiation sur le partage de données privées »²¹⁰⁶ et de faciliter la mise en relation des entreprises notamment en organisant des tables rondes sectorielles sur le partage de données²¹⁰⁷.

La mise à disposition d'outils juridiques pour le partage de données du secteur privé permettra aux autorités publiques de les appuyer dans leurs démarches tout en proposant un garde-fou à cette ouverture. À cet égard, la mission Cytermann préconisait d'une part d'inclure « la thématique du partage des données dans les appels à projets (PIA, etc.) »²¹⁰⁸ sous l'égide de BpiFrance, CGI et DGE et d'autre part « accompagner et conseiller les entreprises dans la contractualisation de leurs échanges de données »²¹⁰⁹. À cet égard, elle préconisait la rédaction de guides de bonnes pratiques et de contrats types sous la responsabilité de l'agence du numérique, d'Etalab et avec les fédérations professionnelles et la mise en place par la CNIL d'« un vade-mecum de l'anonymisation des données »²¹¹⁰.

²¹⁰¹ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016 : « L'une des solutions consisterait peut-être à mettre en place des mécanismes d'incitation économique qui engageraient les entreprises privées à partager ces données, comme des compensations financières, des déductions fiscales, un traitement confidentiel des données, voire la constitution de partenariats d'échange de données entre les secteurs privé et public. »

²¹⁰² Proposition règl. (COD) n° 2020/0340 du PE et du Cons., 25 nov. 2020, sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données).

²¹⁰³ Ibid. Proposition règl. (COD) n° 2020/0340.

²¹⁰⁴ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340, loc. cit. art. 15.

²¹⁰⁵ CNNum, rapp. n° 2015-2, oct. 2015, La santé, bien commun de la société numérique.

²¹⁰⁶ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général : « Proposition n° 16 : Confier à un service du ministère de l'économie, par exemple à l'agence du numérique, une mission de médiation sur le partage des données privées. Vecteur : décret Les données d'intérêt général. »

²¹⁰⁷ Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général, p.61.

²¹⁰⁸ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²¹⁰⁹ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

²¹¹⁰ Ibid. Rapp. CE, CGE, IGF.

2. Consacrer la notion de données d'intérêt territorial pour faciliter l'ouverture des données du secteur privé

204. - Consécration de la notion de données d'intérêt territorial.

En 2017, le rapport De la smart city au Territoire d'intelligence(s) défendait la création d'un statut de données d'intérêt territorial²¹¹¹. Le rapport Belot soulignait que ces données pouvaient être « produites par les entreprises ou associations en plus de celles déjà concernées par les lois transition énergétique et République numérique »²¹¹². Il pourrait donc s'agir d'une notion complémentaire à celle de données d'intérêt général, entérinée par la loi pour une République numérique²¹¹³. L'objectif de cette consécration est « d'accompagner les élus dans leurs choix stratégiques pour le territoire »²¹¹⁴ en leur permettant d'accéder à des données détenues par des acteurs privés. Le rapport Belot se positionne donc en faveur d'une politique dirigiste, dans la continuité de ce qui est fait dans certains cas actuellement, en imposant la communication de données du secteur privé au secteur public. Il conviendra que le législateur détermine la pertinence de la gratuité ou non de cet accès²¹¹⁵. En tout état de cause, la collectivité territoriale devrait « mettre à disposition en open data la liste de ces données ainsi que celles dont le partage à la collectivité est rendu obligatoire par la loi. Compléter la liste des caractéristiques principales de ces données »²¹¹⁶. Ces listes devraient également être agrégées « au niveau national et (...) partag(ées) en open data »²¹¹⁷.

Si les données d'intérêt général permettent d'ores et déjà un accès aux données détenues par des structures privées, les données d'intérêt territorial le font de manière plus nuancée. En effet, le recensement des données d'intérêt territorial se fera au niveau local et non pas national²¹¹⁸. Cette approche à géométrie variable permettra à chaque territoire de ne traiter que les données pertinentes par rapport à ses spécificités et lui évitera donc de se noyer dans une masse de données n'ayant que peu d'intérêt pour eux. Par exemple, sur le plan environnemental, un territoire où l'industrie occupe une place particulièrement importante pourrait être plus intéressé par des données liées à la qualité de l'air et à la consommation énergétique alors qu'un territoire où l'agriculture est prégnante sera particulièrement intéressé par des données sur la qualité des sols. L'articulation de cette notion avec celle de données d'intérêt général sera nécessaire pour que sa consécration ne soit pas source d'insécurité juridique. Il conviendrait également d'en donner une définition afin d'éviter un flou juridique autour de cette notion, comme c'est le cas avec celle de donnée d'intérêt général²¹¹⁹. En outre, l'articulation entre ces deux notions devrait être clarifiée, notamment en précisant si les données d'intérêt territorial sont intrinsèques ou extrinsèques aux données d'intérêt général.

²¹¹¹ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

²¹¹² Ibid. Belot L.

²¹¹³ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, Titre 1^{er}, Chapitre 1^{er}, Section 2.

²¹¹⁴ Siméon G., « Il faut créer un statut pour les données d'intérêt territorial » – Luc Belot, Gaz. Cnes. 2017.

²¹¹⁵ Ibid. Belot L. : « À moyen terme, il sera nécessaire d'évaluer la possibilité de créer un droit des collectivités à accéder à ces données, à titre gratuit ou non (fair access / fair use). »

²¹¹⁶ Ibid. Belot L.

²¹¹⁷ Ibid. Belot L.

²¹¹⁸ Ibid. Belot L. « Engager, au niveau local, un recensement des données d'intérêt territorial disponibles, produites par les entreprises ou associations en plus de celles déjà concernées par les lois transition énergétique et République numérique. »

²¹¹⁹ Boul M., Réflexions sur la notion de donnée publique, op. cit.

205. - Structurer les données d'intérêt territorial grâce au service public local de la donnée.

En 2017, le rapport *De la smart city au Territoire d'intelligence(s)* préconisait la création d'un service public local de la donnée²¹²⁰. Le service public local de la donnée dessiné par Luc Belot dans ce rapport se concrétiserait notamment par « la création d'une plate-forme data territoriale (...) ; l'inventaire des données d'intérêt territorial ; le recueil de l'ensemble des données auxquelles les communes membres de l'EPCI et l'EPCI lui-même ont légalement accès ; la sécurisation ; le stockage des données en Europe ; l'anonymisation, si nécessaire, des données personnelles ; l'adoption, après un large débat citoyen, d'une charte de la donnée »²¹²¹. De ce point de vue, la consécration du service public local de la donnée présente plusieurs attraits. Tout d'abord, elle permettrait tant d'organiser une véritable gouvernance de la donnée que de renforcer le rôle de tiers de confiance des collectivités territoriales. De plus, elle assurerait une plus grande conformité aux différentes réglementations applicables grâce à une centralisation des moyens humains, techniques et financiers en matière de données, particulièrement en ce qui concerne la sécurisation, le stockage et l'éventuelle anonymisation des données. En outre, ce service public local replacerait le citoyen au cœur des politiques publiques en matière de données, d'une part, en le faisant participer au débat citoyen sur la charte, et d'autre part, en facilitant l'accès aux données grâce à la standardisation voire la centralisation de celles-ci. Enfin, il serait également gage de cohérence entre la politique publique en matière de données et les spécificités de chaque territoire. La plate-forme data territoriale imaginée par Luc Belot comprendrait « un volet open data au moins pour les données prévues par la loi »²¹²². Cela ouvre la porte d'une ouverture des données à géométrie variable, en plus du socle commun imposé au niveau national, en invitant les collectivités territoriales chargées de ce service public à ouvrir plus de données selon les spécificités de leurs territoires.

La question de l'échelon territorial pertinent pour endosser cette nouvelle compétence se pose alors. Le rapport Belot se positionnait en faveur d'une compétence obligatoire pour les EPCI à fiscalité propre accompagnée d'une compétence équivalente pour les départements et les régions pour les données les concernant²¹²³. Les services publics dans un même domaine étant gérés à différents échelons territoriaux²¹²⁴, il apparaît pertinent que les collectivités compétentes pour les services publics interviennent dans la gestion des données qui y sont liées. Cependant, un service public local de la donnée géré partiellement par un EPCI, un département et une région pourrait conduire à un manque d'accessibilité, d'interopérabilité et de lisibilité de la donnée. Afin d'éviter ce déboire, il pourrait être pertinent de proposer un transfert de compétence²¹²⁵ afin de permettre aux différentes collectivités territoriales présentes sur un même territoire de centraliser la gestion de ces données. La structuration de ce service public, notamment avec la fixation de normes d'interopérabilité, de standardisation des jeux de données et de formatage des plates-formes data territoriales, pourrait également permettre de lutter contre cet effet pervers. Cette seconde option, bien que laissant une plus grande liberté à chaque collectivité dans sa gouvernance en matière de données, pourrait représenter un coût plus important

²¹²⁰ Belot L., *De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s)*, op. cit.

²¹²¹ Ibid. Belot L.

²¹²² Ibid. Belot L.

²¹²³ Ibid. Belot L.

²¹²⁴ C'est le cas par exemple en matière d'enseignement, le principe étant une gestion des écoles par les communes, des collèges par le département et des lycées par la région. En outre, les différents services liés à la gestion d'un établissement scolaire peuvent être partagés, par exemple avec une gestion de la cantine par un EPCI et le reste des activités par la commune concernée.

²¹²⁵ L. n° 2010-1563, 16 déc. 2010.

qui pourrait être trop lourd pour certaines collectivités, venant ainsi limiter la portée de ce service public local.

L'idée d'un service public de la donnée, défendue sur le plan théorique²¹²⁶, est déjà mise en œuvre sur certains territoires malgré une absence de consécration au niveau national. Des prémices d'un service public local de la donnée se dessinent sur certains territoires avec la mise en place de plates-formes data territoriales, notamment à Lyon²¹²⁷, Nice²¹²⁸ ou encore en Île-de-France²¹²⁹. Ces démarches, inscrites dans la continuité des obligations légales en matière d'ouverture des données, démontrent une volonté croissante des collectivités territoriales de structurer leur offre de données au niveau local et couvrent une partie des missions du service public local de la donnée proposé par Luc Belot. Des initiatives encore plus poussées liées à ce nouveau service public émergent, particulièrement en Bretagne. Si la ville et la métropole de Brest préfiguraient un service public local de la donnée en 2020²¹³⁰, Rennes Métropole était pionnière en la matière. Elle a inauguré son service public local de la donnée en 2018²¹³¹, suite à la sélection de son projet dans le cadre de l'appel à projets de l'État « développement de l'open data au sein des territoires » en août 2017²¹³². L'expérimentation de son système d'échange de données gravite autour de quatre thématiques principales : « l'énergie, l'eau, la mobilité, et les données sociodémographiques »²¹³³.

§2. Encourager le droit à la portabilité des données

Le droit à la portabilité peut répondre au triple enjeu lié aux données, à savoir : protection de la vie privée du citoyen, concurrence équilibrée entre structures privées et ouverture pour les acteurs publics. En effet, en matière de protection des données à caractère personnel, le droit à la portabilité a été mis en place par le RGPD initialement dans un idéal de responsabilisation des personnes concernées²¹³⁴. En matière de concurrence, le G29 souligne que « dans la mesure où il permet la transmission directe des données à caractère personnel d'un responsable de traitement à un autre, le droit à la portabilité constitue également un instrument important qui facilitera la libre circulation de données à caractère personnel dans l'Union et qui stimulera la concurrence entre les responsables de traitement »²¹³⁵. Enfin, concernant l'ouverture des données, le droit à la portabilité associé à une démarche *self data*²¹³⁶ peut contribuer à l'accès aux données des citoyens dans le respect de la réglementation

²¹²⁶ Défendue par le rapport Belot, la consécration d'un tel service est également prônée par la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies et par certaines collectivités territoriales. Mazon R., « Nous défendons un service public local de la donnée » - Mireille Bonnin, Gaz. Cnes. 2019.

²¹²⁷ Data.grandlyon.com.

²¹²⁸ Opendata.nicecotedazur.org.

²¹²⁹ Data.iledefrance.fr ; Opendata.paris.fr.

²¹³⁰ Auvray S., Kbairi Y., Laguerre M., Tejedor L.P., Préfiguration d'un service public local de la donnée, Inet.cnfpt.fr, 2020.

²¹³¹ Paoli-Lebailly P., Open data : Rennes Métropole inaugure un service public de la donnée, LaTribune.fr, 21 févr. 2018

²¹³² Cessieux B., Rennes construit « le service public métropolitain de la donnée », Gaz. Cnes. 2017.

²¹³³ Ibid. Paoli-Lebailly P.

²¹³⁴ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017 : « ce nouveau droit a pour objectif de responsabiliser les personnes concernées et de leur permettre de contrôler davantage les données à caractère personnel les concernant »

²¹³⁵ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹³⁶ La Fing définit le Self Data comme "la production, l'exploitation et le partage de données personnelles par les individus, sous leur contrôle et à leurs propres fins", en ligne, consulté le 15 juin 2020 : Mesinfos.fing.org, Self data.

en matière de protection des données à caractère personnel. Ainsi, ce nouveau droit apparait comme un nouvel outil de convergence des approches de la donnée dans un idéal d'innovation (A.) Cependant, l'effectivité de ce droit est relativement limitée en pratique et est conditionnée à l'interopérabilité des systèmes d'information (B.).

A. Le droit à la portabilité : un nouvel outil de convergence des approches de la donnée

Le droit à la portabilité est un droit bénéficiant de deux sources distinctes. En effet, initié en Droit européen avec le RGPD, son entrée en vigueur a été devancée par le législateur français avec la loi pour une République numérique qui a une approche nuancée de celui-ci. Ces deux réglementations mettent en évidence sa vocation à renforcer le pouvoir des personnes concernées sur leurs données (1.). Ce nouvel outil peut également contribuer à la création de nouveaux services innovants, tant par les acteurs privés que par les acteurs publics (2.).

1. Le droit à la portabilité : volonté de renforcement du pouvoir des personnes concernées sur leurs données

206. - Droit à la portabilité des données : suite logique du droit d'accès en Droit européen.

Le RGPD a érigé le droit à la portabilité à son article 20 afin de « responsabiliser les personnes concernées au sujet de leurs données à caractère personnel »²¹³⁷. Ce dernier renvoie à deux droits sous-jacents²¹³⁸. D'une part, il s'agit de recevoir des données à caractère personnel « dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine »²¹³⁹, le droit à la portabilité venant ainsi compléter le droit d'accès, mais en allant plus loin. D'autre part, il s'agit du droit de transmettre des données à caractère personnel d'un responsable de traitement à un autre.

Le droit à la portabilité des données est le petit frère du droit d'accès. Le droit d'accès, mis en place par la directive 95/46/CE, est apparu insuffisant d'un point de vue de la responsabilisation des acteurs notamment parce qu'il est « limité par le format choisi par le responsable de traitement »²¹⁴⁰. Comme le souligne François Pellegrini, le droit à la portabilité est plus ambitieux que le droit d'accès, venant renforcer « les obligations des responsables de traitement en ce qui concerne le formatage, à fin de traitement ultérieur, des données devant être restituées aux usagers. »²¹⁴¹. Ces deux droits sont étroitement liés, mais différents sur de nombreux points comme le souligne le G29²¹⁴².

207. - Droit à la portabilité des données : corollaire du droit à l'autodétermination informationnelle en Droit français.

²¹³⁷ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹³⁸ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹³⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 20.

²¹⁴⁰ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017.

²¹⁴¹ Pellegrini F., La portabilité des données et des services, RFAP 2018.

²¹⁴² Ibid. Lignes directrices du G29 : « L'article 20 du règlement général sur la protection des données crée un nouveau droit à la portabilité des données, qui est étroitement lié au droit d'accès aux données, tout en différenciant de celui-ci à de nombreux égards. »

Le RGPD avait d'ores et déjà créé le droit à la portabilité des données lorsque la loi pour une République numérique a été promulguée. Cependant, le RGPD n'était pas encore entré en vigueur et la France a souhaité devancer son application en Droit national à travers la loi pour une République numérique. Celle-ci accorde une place toute particulière au droit à la portabilité²¹⁴³, tant au titre de la protection des données, dans les conditions de l'article 20 du RGPD, qu'à celui de la protection des consommateurs²¹⁴⁴, comme en attestent les dispositions du Code de la consommation relatives au « droit à la récupération des données » qui en découlent. Elle était défendue lors de la navette législative à deux motifs, d'une part, au titre du droit à la libre disposition des données²¹⁴⁵ et, d'autre part, au titre de motivations concurrentielles et économiques²¹⁴⁶. Ces deux législations ne mettent pas en exergue le lien entre le droit à la portabilité des données et l'autodétermination informationnelle²¹⁴⁷ avec la même vigueur.

Le législateur européen ne reconnaissant pas explicitement un droit à l'autodétermination informationnelle, il n'admet qu'à demi-mot le lien entre le droit à la portabilité et celui à l'autodétermination informationnelle²¹⁴⁸. La loi pour une République numérique consacrant ce droit à son article 54²¹⁴⁹, le législateur français a pu lier ces deux notions de manière plus claire. Ainsi, le rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale de la République sur le projet de loi pour une République numérique soulignait que le droit à la portabilité est le « corollaire du droit à la libre disposition de ses données personnelles »²¹⁵⁰. Le droit à la libre disposition de ses données personnelles auquel fait référence le texte français s'inscrit dans la lignée du droit à l'autodétermination informationnelle prévu par le Droit prétorien allemand²¹⁵¹. Dans ce même rapport, Luc Belot souligne qu'il est nécessaire de mener des réflexions autour de l'effectivité du droit à la libre disposition de ses données personnelles²¹⁵² et reprend les termes de l'avis du Conseil National du Numérique qui affirmait qu'il est « nécessaire d'outiller les individus dans l'exercice de ce droit afin que ce principe dépasse la seule déclaration de bonnes intentions »²¹⁵³. Le droit à la portabilité est un outil d'effectivité du droit à l'autodétermination informationnelle²¹⁵⁴.

208. - Droit à la portabilité des données : nouveau droit pour les personnes concernées.

²¹⁴³ Alain-bensoussan.com, Portabilité des données : un droit réservé aux consommateurs, 7 sept. 2018.

²¹⁴⁴ Rapp. AN n° 3399, op. cit. p. 57 et s.

²¹⁴⁵ Ibid. Rapp. AN n° 3399.

²¹⁴⁶ Ibid. Rapp. AN n° 3399.

²¹⁴⁷ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 54 : Selon la loi pour une République numérique, le droit à l'autodétermination informationnelle est le « droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant ».

²¹⁴⁸ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, p.4 : « Le nouveau droit à la portabilité des données vise à responsabiliser les personnes concernées au sujet de leurs données à caractère personnel, car il facilite leur capacité à déplacer, à copier ou à transmettre facilement des données à caractère personnel d'un environnement informatique vers un autre (qu'il s'agisse de leur propre système, du système de tiers de confiance ou de celui de nouveaux responsables du traitement). »

²¹⁴⁹ Ibid. L. n° 2016-1321.

²¹⁵⁰ Ibid. Rapp. AN n° 3399.

²¹⁵¹ Allemagne : Cour constitutionnelle fédérale, 15 déc. 1983.

²¹⁵² Ibid. Rapp. AN n° 3399.

²¹⁵³ CNum, avis n° 2015-3, 20 nov. 2015, relatif au projet de loi pour une République numérique..

²¹⁵⁴ Pellegrini F., La portabilité des données et des services, RFAP 2018. « Or, les personnes ne peuvent exercer en pratique leur autodétermination informationnelle que si elles disposent de la capacité effective de choisir l'acteur à qui elles confient le traitement de leurs données. Il est donc nécessaire que la loi leur donne les moyens de quitter un responsable de traitement indélicat ou inefficace avec lequel elles sont déjà en relation, au profit d'un de ses concurrents. »

Comme évoqué précédemment, le droit à la portabilité énoncé au niveau européen est un droit amphibie. Cela transparaît dans le RGPD, dans la structuration de l'article 20 du RGPD²¹⁵⁵, son premier paragraphe permettant à la personne concernée de recevoir ses données et son second lui accordant le droit de « d'obtenir que les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre »²¹⁵⁶. Le droit à la portabilité exigeant un « format structuré, couramment utilisé et lisible par machine », le législateur va donc encore plus loin qu'avec le droit d'accès, les modalités de communication étant précisées et renforçant le pouvoir de la personne concernée sur ses données. Les éléments relatifs à la transmission à un autre responsable de traitement sont particulièrement intéressants du point de vue des droits des personnes concernées. Ils rappellent que la personne concernée est maîtresse de ses données, pouvant les transmettre à qui elle le souhaite. Ils laissent également transparaître l'absence d'un droit de propriété et d'un droit d'exclusivité pour un responsable de traitement.

Le G29 apporte également une précision importante venant renforcer le droit à la portabilité des données. Il rappelle que celui-ci « ne se limite pas aux données à caractère personnel qui sont utiles et pertinentes pour des services similaires fournis par des concurrents du responsable de traitement »²¹⁵⁷. Cela met en exergue plusieurs principes fondamentaux. Tout d'abord, la formulation rappelle que la portabilité peut s'appliquer dans un cadre concurrentiel. Ensuite, cela affirme qu'une personne concernée peut demander la portabilité de ses données entre deux services qui ne sont pas similaires et donc s'inscrire hors d'un cadre concurrentiel. Enfin, la tournure de phrase et les mots « utiles et pertinentes » sous-entendent que la personne concernée n'a pas de comptes à rendre au responsable de traitement initial quant à ses motivations pour exercer son droit à la portabilité et qu'elle demeure souveraine relativement à ses données à caractère personnel.

2. Le droit à la portabilité : potentielle création de nouveaux services innovants

209. - Droit à la portabilité des données : potentielle stimulation de la concurrence.

Comme évoqué précédemment, en Droit français, le droit à la portabilité des données devra être considéré tant comme un droit de la personne concernée au titre du RGPD que comme un droit économique²¹⁵⁸ au titre de la loi pour une République numérique. Le rôle du droit à la portabilité en matière de droit de la consommation et de concurrence n'est que brièvement évoqué au niveau européen. En effet, si le G29 reconnaît que ce droit peut encourager la concurrence et stimuler la création de nouveaux services²¹⁵⁹, il ne manque pas de rappeler que « le RGPD régit les données à caractère personnel et non la concurrence »²¹⁶⁰. Il souligne également que d'autres portabilités existaient déjà

²¹⁵⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 20.

²¹⁵⁶ Ibid. Règl. (UE) n° 2016/679.

²¹⁵⁷ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, p.7.

²¹⁵⁸ Pellegrini F., La portabilité des données et des services, RFAP 2018.

²¹⁵⁹ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, p.3 : « le droit à la portabilité des données constitue également un instrument important qui facilitera la libre circulation des données à caractère personnel dans l'Union et qui stimulera la concurrence entre les responsables du traitement. Il facilitera le passage d'un prestataire de services à un autre et encouragera dès lors la mise au point de nouveaux services dans le contexte de la stratégie pour un marché unique numérique. »

²¹⁶⁰ Ibid. Lignes directrices du G29 : « Si le droit à la portabilité des données à caractère personnel peut également favoriser la concurrence entre les services (en facilitant le passage d'un service à l'autre), le RGPD régit les données à caractère personnel et non la concurrence. En particulier, l'article 20 ne limite pas les données portables à celles qui sont nécessaires ou utiles pour le changement de services »

et des synergies entre ces dernières et celle du RGPD pourraient, en prenant les précautions nécessaires, se développer²¹⁶¹. Il convient cependant de souligner qu'en 2016, la Commission européenne, s'est « appuyée sur le droit à la portabilité des données au titre du RGPD pour protéger les consommateurs d'un effet potentiel de captivité découlant de la création d'une entreprise commune entre des filiales de Google et de Sanofi, laquelle visait à proposer des services de gestion et de traitement du diabète reposant sur la collecte, le traitement et l'analyse de données »²¹⁶².

Le législateur français affiche quant à lui clairement la vocation du droit à la portabilité, prévu par la loi pour une République numérique, à stimuler la concurrence. Lors des discussions autour de ce projet de loi, en réponse à certains opposants à la consécration du droit à la portabilité en amont de la réglementation européenne²¹⁶³, il avait ainsi été affirmé que le projet de loi français, contrairement à la réglementation européenne a un impact sur le Droit de la concurrence et a vocation à réduire la viscosité du marché²¹⁶⁴. Ce droit à la portabilité stimulera la concurrence tant en facilitant le changement de service pour le consommateur²¹⁶⁵, l'expérimentation de nouveaux services en plus de ceux déjà utilisés²¹⁶⁶, voire en simplifiant la transmission de données afin de contribuer à la création d'un nouveau service innovant. Le choix de protéger ce nouveau droit au titre du Droit de la consommation appelle à une réflexion sur sa portée. En effet, ne relevant pas du champ du RGPD, il ne bénéficiera pas d'un champ d'application territorial aussi vaste. Le critère de la localisation de la personne concernée²¹⁶⁷ demeure applicable en vertu de principe de destination²¹⁶⁸, cependant uniquement à l'échelle du territoire national et non plus de l'Union européenne.

210. - Droit à la portabilité des données : nouvelles opportunités pour les acteurs publics.

Bien que cela n'ait pas été mis en exergue explicitement par les législateurs européen et français, le droit à la portabilité peut également permettre une plus grande récupération de données par le secteur public, contribuant ainsi à l'accès des personnes publiques à un plus grand nombre de données. Ce renforcement de l'accès aux données pourrait participer au développement des données ouvertes

²¹⁶¹ Ibid. Lignes directrices du G29 : « Bien que la portabilité des données soit un nouveau droit, d'autres types de portabilité existent déjà ou sont en cours de discussion dans d'autres domaines de la législation (par exemple, dans le contexte de la résiliation d'un contrat, de l'itinérance des services de communication et de l'accès transfrontière aux services). Certaines synergies, voire des avantages pour les particuliers, peuvent découler de ces différents types de portabilité si ces services sont fournis dans le cadre d'une approche combinée, même si les analogies doivent être traitées avec prudence. »

²¹⁶² Rapp. OCDE, 2 juin 2020, op. cit. p. 206.

²¹⁶³ Rapp. AN n° 3399, op. cit. p. 333 et s.

²¹⁶⁴ Ibid. Rapp. AN n° 3399. « les champs d'application du règlement européen et du projet de loi portent sur deux aspects différents. Le règlement européen porte sur la protection des données personnelles, afin de renforcer la capacité des individus à exercer une maîtrise effective de l'usage des informations identifiantes. Le projet de loi, lui, porte sur le droit de la consommation qui vise à offrir des droits nouveaux au consommateur – personne physique ou morale – et sur le droit de la concurrence, qui cherche à réduire la viscosité du marché. »

²¹⁶⁵ Ibid. Rapp. AN n° 3399 : « L'objectif de cet article est de diminuer la « viscosité » du marché et de favoriser la possibilité, pour les consommateurs, de changer de service s'ils le souhaitent. Il convient donc d'imposer la gratuité de ce service afin d'éviter les barrières qui limiteraient la possibilité pour les consommateurs d'exercer ce droit. » ; Pellegrini F., La portabilité des données et des services, RFAP 2018. « Des dispositions spécifiques visent à aider les personnes dans la mise en œuvre effective de la portabilité de leurs données, contribuant à l'émergence d'une portabilité des services. »

²¹⁶⁶ Ibid. Pellegrini F. : « Afin de stimuler l'innovation, les personnes doivent également pouvoir expérimenter un nouveau service, en parallèle de ceux qu'elles utilisent déjà, en lui apportant les données qu'elles ont déjà confié à ces services préexistants. Tel est le rôle du « droit à la portabilité » qui se construit actuellement. »

²¹⁶⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 3.2.

²¹⁶⁸ Ibid. Rapp. AN n° 3399 : « Dès lors qu'un consommateur résidant en France conclut un contrat avec un fournisseur de service, le droit français trouve à s'appliquer, en vertu du « principe de destination ». »

et à leur réutilisation²¹⁶⁹. Cependant, l'ouverture des données obtenues par les acteurs publics suite à l'exercice du droit à la portabilité des citoyens ne serait que très relative, ces données étant à caractère personnel, une anonymisation serait préférable et celle-ci représente un coût technique, humain et financier important. Il pourra malgré tout être un outil puissant d'analyse du territoire et de prise de décision en matière de politiques publiques, permettant de prendre des mesures au plus près des besoins réels des citoyens.

L'avancée majeure que représente ce nouveau droit pour le secteur public réside davantage dans sa capacité à contribuer au développement de nouveaux services d'intérêt général. À cet égard, le laboratoire innovation et prospective de la CNIL envisageait en 2017 d'actionner la portabilité citoyenne « au profit de missions d'intérêt général »²¹⁷⁰ et afin d'engager « un rééquilibrage public/privé par les données ». Le rapport De la smart city aux territoires d'intelligences souligne également que le droit à la portabilité rend le pouvoir au citoyen qui pourra plus facilement partager ses données du privé avec le public²¹⁷¹. Emmanuel Bacry allait dans ce sens en considérant que « Toutes nos données de santé récupérées par les apps sur nos smartphones nous appartiennent : on pourrait imaginer que l'État français trouve un moyen de mettre un bouton sur ces apps permettant l'utilisation de ces données à des fins de recherche scientifique »²¹⁷². Ainsi, même si l'on ne détient pas de droits de propriété sur nos données²¹⁷³, il apparaîtrait cohérent, notamment au titre du droit à l'autodétermination informationnelle, que les citoyens puissent, s'ils le souhaitent, contribuer à l'intérêt général en partageant leurs données avec des acteurs publics. La notion d'« altruisme des données », c'est-à-dire les « données mises volontairement à disposition par des particuliers ou des entreprises pour le bien commun »²¹⁷⁴, évoquée dans la proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données, pourrait en partie faire écho à cette idée. Ces démarches seraient pertinentes à l'échelle nationale, mais pourraient trouver une résonance particulière au niveau local où les services publics sont particulièrement palpables pour le citoyen. L'initiative *Self Data* mise en place par le Grand Lyon s'inscrit dans cette démarche. Elle permet aux citoyens d'accéder aux données à caractère personnel qu'ils ont communiqué à différents acteurs privés ainsi que de les transférer aux acteurs publics afin de contribuer à l'intérêt général par la fourniture de ces données.

211. - Droit à la portabilité des données : nouvelles obligations pour les responsables de traitement.

Si le droit à la portabilité des données offre de nouvelles opportunités pour les personnes traitant des données, il impose également des obligations pour le responsable de traitement initial et pour le responsable de traitement destinataire. Concernant le responsable de traitement initial, il est nécessaire

²¹⁶⁹ Ibid. Pellegrini F. : « Il garantit de façon effective la réutilisation de certaines catégories de données, là où des droits plus anciens, conçus dans le but de favoriser globalement la récupération des données numériques à fin de réutilisation, étaient mis à mal par l'évolution des technologies »

²¹⁷⁰ Cnil.fr, Cahiers IP n° 05, La plateforme d'une ville, Les données personnelles au cœur de la fabrique d'une ville, 2017.

²¹⁷¹ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit., p.34.

²¹⁷² Henno J., Nos données peuvent-elles servir l'intérêt général ?, op. cit. : « L'intérêt de la communauté scientifique et du monde des affaires pour la conduite de politiques publiques (santé, transports...) à partir de données collectées par des entreprises privées ne cesse de grandir. Ces derniers mois, les tribunes signées par des chercheurs et vantant les mérites potentiels des « Data for Public Good » ou des « données au service du bien commun » se sont multipliées en France et à l'étranger. »

²¹⁷³ Ibid. Pellegrini F. « Le droit à la portabilité s'inscrit dans la vision personnaliste du droit des données personnelles. Ces dernières, à l'instar de tout bien non rival, ne peuvent rationnellement relever d'un régime de propriété. »

²¹⁷⁴ Proposition règl. (COD) n° 2020/0340, 25 nov. 2020.

que ce dernier mette à disposition des personnes concernées des mécanismes d'exercice de ce droit. Afin de répondre efficacement et dans les délais prévus par la réglementation à une demande d'exercice du droit à la portabilité, le responsable de traitement devrait également prévoir une procédure interne à ce sujet. Lorsqu'il y a un sous-traitant, les modalités pour répondre à la demande d'exercice de ce droit devraient être prévues au sein du contrat ou par le biais de procédures²¹⁷⁵. Dans le cas d'une responsabilité conjointe, le contrat devrait déterminer clairement les rôles de chacun des acteurs pour répondre à ce type de demandes²¹⁷⁶. Concernant le responsable de traitement destinataire, il ne devra traiter que les données reçues pertinentes par rapport à la finalité poursuivie afin de respecter le principe de limitation du traitement. Il relève de sa responsabilité de trier les données reçues et il conviendrait qu'il mette en place des procédures concernant la réception des données des personnes concernées, notamment les modalités de filtrage des données.

En matière de responsabilité, le G29 précise plusieurs limitations²¹⁷⁷, certaines relatives à la conformité du responsable de traitement destinataire et d'autres relatives à la qualité des données. Concernant la limitation relative à la conformité du responsable de traitement destinataire, le G29 indique que le responsable de traitement initial, agissant sur ordre de la personne concernée et ne choisissant pas le destinataire, n'est pas responsable de la conformité du nouveau responsable de traitement. Cependant, il est précisé que, le responsable de traitement initial doit s'assurer qu'il agit bien sur ordre de la personne concernée. Dans une logique d'*accountability*, il devrait également conserver la preuve d'avoir réalisé cette vérification. Une incertitude concernant la responsabilité du transfert plane encore : qui est responsable de la sécurité du transfert de données, notamment des canaux utilisés ? Concernant la limitation relative à la qualité des données, le G29 précise qu'il n'y a « aucune obligation particulière de contrôler et de vérifier la qualité des données avant de les transmettre »²¹⁷⁸. Cela peut porter préjudice à la personne concernée et à son droit de recevoir les informations dans un « format structuré, couramment utilisé et lisible par machine ». Ces limitations de responsabilité mettent en exergue que le droit à la portabilité des données peut être limité en pratique.

B. La délicate mise en œuvre du droit à la portabilité : nécessaire renforcement de l'interopérabilité des systèmes d'information

La mise en œuvre du droit à la portabilité est limitée tant par les données et les bases légales concernées par celui-ci que par les modalités de traitement auxquelles il s'applique (1.). Ce droit ayant vocation à s'appliquer lorsque cela est « techniquement possible », notamment du point de vue de la capacité des systèmes d'information à communiquer entre eux, il apparaît fondamental de renforcer l'interopérabilité des systèmes d'information pour garantir l'effectivité de ce droit (2.).

1. Une mise en œuvre limitée du droit à la portabilité des données

²¹⁷⁵ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017.

²¹⁷⁶ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹⁷⁷ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹⁷⁸ Ibid. Lignes directrices du G29.

212. - Les données concernées par le droit à la portabilité : une limitation potentielle de sa portée.

Au niveau européen, la portabilité des données s'exerce pour certaines données, à savoir, et cumulativement²¹⁷⁹ les données à caractère personnel relatives à la personne concernée et fournies par la personne concernée. Ces deux conditions peuvent venir limiter la portée de ce droit. Concernant l'aspect restreignant aux données relatives à la personne concernée, le G29 considère que cela est peu limitant²¹⁸⁰. Cela exclut les données anonymisées²¹⁸¹, qui ne sont dès lors plus des données à caractère personnelles, mais pas les données pseudonymisées. Concernant l'aspect restreignant aux données fournies par la personne concernée²¹⁸², cela semble beaucoup plus limitatif. Pour s'assurer que cela ne soit pas un frein trop important à l'effectivité du droit à la portabilité, le G29 précise que le terme « fournies » s'applique également aux données issues de l'observance de la personne concernée, par exemple par le biais d'objets connectés, et qu'il devrait être interprété au sens large²¹⁸³. Cependant, le G29 exclut explicitement les données générées par le responsable de traitement, comme un profil utilisateur, c'est-à-dire les « données déduites et les données dérivées »²¹⁸⁴. En outre, le G29 ne précise pas, s'il s'agit uniquement d'une fourniture directe par la personne concernée (par le biais de formulaires ou d'objets connectés) ou également d'une fourniture indirecte (comme par le biais de l'exercice du droit à la portabilité). Lorsque les données ont été fournies par un responsable de traitement à un autre, par exemple dans le cadre de création de services conjoints ou de simple partage de fichiers, il semble également complexe d'appliquer le droit à la portabilité. Le second responsable de traitement a reçu les données à caractère personnel par le biais du premier responsable de traitement et sur la base d'une volonté qui n'est pas nécessairement celle de la personne concernée, même si dans la majeure partie des cas elle y a consenti.

Au niveau national, la loi pour une République numérique se montre plus amicale quant aux données concernées par le droit à la récupération des données, notamment en ne l'appliquant pas exclusivement aux données à caractère personnel. Conformément au nouvel article L. 224-42-3 du Code de la consommation, le consommateur pourra, sans préjudice des dispositions protégeant le secret en matière commerciale et industrielle et des droits de propriété intellectuelle, demander la portabilité de « tous les fichiers mis en ligne par le consommateur », « toutes les données résultant de l'utilisation du

²¹⁷⁹ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹⁸⁰ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹⁸¹ Cnil.fr, Fiche n° 10 Sécurité des données : « Le terme d'anonymisation est réservé aux opérations irréversibles. On utilise le terme de pseudonymisation lorsque l'opération est réversible. Une anonymisation irréversible consiste à supprimer tout caractère identifiant à un ensemble de données. Concrètement, cela signifie que toutes les informations directement ou indirectement identifiantes sont supprimées ou modifiées, rendant impossible toute ré-identification des personnes. La pseudonymisation est une technique qui consiste à remplacer un identifiant (ou plus généralement des données à caractère personnel) par un pseudonyme. Cette technique permet la ré-identification ou l'étude de corrélations en cas de besoin particulier. Lors d'une pseudonymisation, il faut être vigilant dans la mesure où une ré-identification peut intervenir à partir d'informations partielles (par exemple, la combinaison des données ville et date de naissance peut être suffisante). »

²¹⁸² Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, p.12.

²¹⁸³ Ibid. Lignes directrices du G29. « Le « Groupe de travail de l'article 29 sur la protection des données » (G29), dans les lignes directrices qu'il a publiées sur la portabilité des données (G29, 2017), précise l'interprétation que les autorités de protection des données de l'Union européenne entendent donner à la notion de données « fournies à un responsable de traitement ». Il s'agit tant des données explicitement fournies par les personnes, que les données induites par l'usage du service (par exemple, la courbe de charge de la consommation électrique) ou des informations de contexte (« métadonnées ») que le responsable de traitement a pu collecter dans le cadre de l'interaction avec l'utilisateur (informations d'horodatage, etc.). »

²¹⁸⁴ Ibid. Lignes directrices du G29.

compte d'utilisateur du consommateur et consultables en ligne par celui-ci, à l'exception de celles ayant fait l'objet d'un enrichissement significatif par le fournisseur en cause » et « d'autres données associées au compte utilisateur »²¹⁸⁵. Ainsi, le droit mis en place par le législateur français ne se cantonne pas aux données à caractère personnel fournies par la personne concernée à l'instar de celui mis en place au niveau communautaire. Concernant les données résultant de l'utilisation du compte d'utilisateur du consommateur, le responsable de traitement devra démontrer le caractère « significatif » de l'enrichissement²¹⁸⁶. L'effectivité de l'ambition française dépendra en grande partie des contours de la notion d'enrichissement significatif que le Droit prétorien dessinera. Concernant les autres données du compte utilisateur, le législateur a posé deux conditions qui semblent cumulatives. En premier lieu, il conviendra que les données associées au compte utilisateur « facilitent le changement de fournisseur de service ou permettent d'accéder à d'autres services ». En second lieu, l'identification des données devra tenir compte de différents éléments à savoir « l'importance économique des services concernés, l'intensité de la concurrence entre les fournisseurs, l'utilité pour le consommateur, la fréquence et les enjeux financiers de l'usage de ces services »²¹⁸⁷. Ces différents éléments peuvent faire l'objet d'une interprétation plus ou moins souple et, une fois de plus, les précisions qui seront apportées par la jurisprudence permettront de mieux appréhender l'étendue de ce droit. Si le législateur français peut se targuer de son ardeur à défendre le droit à la portabilité des consommateurs, il provoque cependant une relative insécurité juridique en introduisant des termes flous et en apportant des précisions limitantes quant à l'articulation de ce droit avec celui mis en place par le législateur européen. En effet, l'article L. 224-42-2 du Code de la consommation prévoit que la récupération des données s'exercera conformément aux conditions de l'article 20 du RGPD pour les données à caractère personnel et conformément à l'article L. 224-42-3 du Code de la consommation « pour les autres »²¹⁸⁸. Une lecture restrictive de cet article pourrait induire que les données à caractère personnel pouvant faire l'objet de portabilité ne sont que celles fournies par la personne concernée au sens du RGPD et non les autres données à caractère personnel issues de l'utilisation du compte d'utilisateur et liées à celui-ci dans les conditions prévues par la loi pour une République numérique. Cette interprétation viendrait fortement limiter les rêves protecteurs de droits et libertés que le législateur français semblait bercer.

213. - Les bases légales du traitement concernées par la portabilité : une limitation importante de sa portée.

Selon le RGPD, les traitements auxquels s'applique explicitement le droit à la portabilité²¹⁸⁹ sont ceux ayant pour base légale le consentement de la personne concernée ou la nécessité pour l'exécution d'un contrat. Il ajoute que le droit à la portabilité ne devrait pas s'appliquer pour d'autres bases légales en précisant qu'il ne devrait pas être exercé pour les traitements mis en œuvre dans l'exercice de missions publiques. Il exclut explicitement les traitements nécessaires au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public

²¹⁸⁵ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.48.

²¹⁸⁶ Pellegrini F., La portabilité des données et des services, op. cit.

²¹⁸⁷ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.48.

²¹⁸⁸ C. consom., art. L. 224-42-2 (Version en vigueur du 25 mai 2018 au 22 juin 2018). « Cette récupération s'exerce conformément aux conditions prévues à l'article 20 du règlement (UE) n° 2016/679 du PE et du Cons. 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, et abrogeant la directive 95/46/ CE, pour les données ayant un caractère personnel, et à la présente sous-section pour les autres. »

²¹⁸⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, Cons. 68 & art. 20.

ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement²¹⁹⁰. L'approche du point de vue de la protection des données, au détriment de l'approche concurrentielle, ayant été retenue par le législateur européen pour ériger le droit à la portabilité des données, la justification de cette exclusion des traitements mis en œuvre dans le cadre de missions publiques au motif que « l'administration ne peut par nature avoir de concurrente »²¹⁹¹ ne saurait être retenue. Comme le souligne François Pellegrini, des considérations économiques ont pu contribuer à ce choix.

Quelles que soient les motivations du législateur, cette exclusion des traitements nécessaires au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement, vient grandement limiter la portée du droit à la portabilité au sein des territoires d'intelligences. En effet, au sein des territoires d'intelligences, le choix de ces deux dernières bases légales est courant. Si le droit à la portabilité ne se justifie pas dans tous les cas, il apparaît pertinent dans certains, notamment lorsqu'une personne concernée déménage et souhaite demander la portabilité de ses données d'une collectivité territoriale à une autre, dans le cadre de services publics rendus à différentes échelles territoriales et nécessitant des données à caractère personnel identiques (au moins pour partie). Elle pourrait également se justifier dans le cadre de démarche *self data* visant à permettre à la personne concernée d'envoyer des données traitées dans le cadre de mission d'intérêt public vers un autre responsable de traitement dans un but d'intérêt général, par exemple à des fins statistiques ou de recherches. Si la portabilité ne peut être exigée dans ces cas-là, elle n'en demeure pas moins encouragée. Ainsi, le G29 préconise, pour ces traitements où il n'existe pas d'obligation légale de respect du droit à la portabilité, la mise en place de processus visant à répondre aux demandes de portabilité à titre de bonne pratique²¹⁹². La doctrine soutient également ce type de pratiques proactives et suggère même de l'étendre au-delà des données à caractère personnel, par exemple pour les données des entreprises²¹⁹³.

214. - Les modalités de traitement concernées par le droit à la portabilité : une limitation réelle de son effectivité.

Les modalités techniques de traitement peuvent limiter le droit à la portabilité tant du point de vue du Droit européen que du Droit français. Cette limitation est due, d'une part, à un manque de neutralité technologique dans les conditions de demande d'exercice du droit à la portabilité et, d'autre part, au critère de faisabilité technique pour réaliser ladite portabilité. Sur le premier point, le RGPD précise

²¹⁹⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, Cons. 68. « De par sa nature même, ce droit ne devrait pas être exercé à l'encontre de responsables du traitement qui traitent des données à caractère personnel dans l'exercice de leurs missions publiques. Il ne devrait dès lors pas s'appliquer lorsque le traitement des données à caractère personnel est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement »

²¹⁹¹ Pellegrini F., La portabilité des données et des services, op. cit.

²¹⁹² Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, p.10 : « Toutefois, une bonne pratique consiste à mettre au point des processus visant à répondre automatiquement à des demandes de portabilité, en suivant les principes régissant le droit à la portabilité des données. Un exemple serait un service public fournissant un service de téléchargement facile des précédentes déclarations des revenus des particuliers. »

²¹⁹³ Pellegrini F., La portabilité des données et des services, op. cit. « Cette pratique pourrait utilement concerner tous types de données, y compris celles n'étant pas à caractère personnel, telles que les données relatives aux entreprises. La restitution, sous un format ouvert et homogène, de données qui ont pu être élaborées au cours du temps, sur des logiciels différents et non nécessairement interopérables, par les acteurs économiques les moins outillés (très petites entreprises, petites et moyennes entreprises), constitue un service à valeur ajoutée qui ne peut que bénéficier à ceux-ci. Elle faciliterait leur migration vers les systèmes compatibles avec le format mis en œuvre par la puissance publique, et inciterait à la fourniture de services complémentaires innovants utilisant ces données et basés sur ces mêmes formats. »

que le droit à la portabilité ne s'applique que pour des procédés automatisés²¹⁹⁴. La notion de procédé automatisé ne bénéficiant pas d'une définition claire, il convient d'en esquisser les contours. Le G29 souligne que cela exclut la majorité des dossiers papier²¹⁹⁵ et une lecture restrictive du RGPD pourrait également exclure les traitements manuels. En effet, le législateur lorsqu'il définit le champ de la protection des personnes physiques précise qu'elle s'applique tant aux procédés automatisés qu'aux traitements manuels, laissant entendre que ces derniers ne sont pas des procédés automatisés. Le législateur français semble suivre également la logique de traitements informatisés en permettant la portabilité des fichiers mis en ligne par le consommateur, des données résultant de l'utilisation du compte d'utilisateur et d'autres données associées au compte utilisateur. Une nuance importante est cependant à souligner. Si le traitement informatisé du législateur français ne semble pas nécessairement automatisé, contrairement au cadre défini au niveau européen, il semble cependant être majoritairement fait en ligne ce qui pourrait s'avérer encore plus restrictif. Une lecture extensive par le Droit prétorien national des dispositions françaises pourrait cependant étendre ces dernières, par exemple à d'autres données associées au compte utilisateur qui ne serait pas informatisé.

À l'absence de neutralité technologique dans les conditions de demande d'exercice du droit à la portabilité vient s'ajouter un critère de faisabilité technique qui peut s'avérer au moins aussi limitant. En effet, au titre du RGPD, le responsable de traitement initial n'est obligé de transmettre les données à un autre responsable de traitement que « lorsque cela est techniquement possible »²¹⁹⁶. Il est donc nécessaire que les systèmes d'information des différents responsables de traitement puissent communiquer entre eux pour garantir l'effectivité de ce droit. Cela pourrait avoir un effet pervers en incitant les responsables de traitement à limiter l'interopérabilité de leurs réseaux et systèmes d'information même si le RGPD leur interdit d'entraver la transmission²¹⁹⁷, le G29 précisant que le manque d'interopérabilité pourrait constituer une entrave à la transmission de données²¹⁹⁸. La norme ISO/IEC 2382-01 définit l'interopérabilité comme « la possibilité de communiquer, d'exécuter des programmes, ou de transférer des données entre diverses unités fonctionnelles d'une façon qui n'exige que peu, voire aucune connaissance des caractéristiques particulières de ces unités de la part de l'utilisateur »²¹⁹⁹. À ce titre, il apparaît nécessaire d'encourager, voire d'imposer, l'interopérabilité des réseaux et systèmes d'information.

215. - Loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles : abandon du double régime français en matière de portabilité des données.

Une nouvelle limitation à la mise en œuvre du droit à la portabilité résulte de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles²²⁰⁰. En effet, celle-ci abroge les articles du Code de la consommation relatifs à la portabilité, mettant ainsi fin au double régime de portabilité mis en place par le législateur. Dorénavant, le droit à la portabilité est donc vu exclusivement au prisme du

²¹⁹⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 20.

²¹⁹⁵ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, p.11.

²¹⁹⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit., Cons. 68.

²¹⁹⁷ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017.

²¹⁹⁸ Ibid. Lignes directrices du G29.

²¹⁹⁹ Norme ISO/IEC 2382-01.

²²⁰⁰ L. n° 2018-493, 20 juin 2018.

règlement²²⁰¹ relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données²²⁰².

Or, comme évoqué précédemment, la mise en place d'une portabilité au titre du Droit de la concurrence n'était pas seulement pertinente, les données étant un enjeu en Droit de la concurrence et en Droit de la consommation. Elle permettait également une mise en œuvre plus vaste du droit à la portabilité. La fin de ce régime pourrait donc limiter sensiblement les possibilités offertes par le législateur en matière de portabilité.

2. L'interopérabilité : clef de voûte de l'effectivité du droit à la portabilité

216. - Interopérabilité : encouragée au titre de la protection des données.

Au niveau européen, l'article 20 du RGPD prévoit que les données soient transmises « dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine »²²⁰³. Comme le souligne le G29, ces qualificatifs sont des exigences minimales en faveur de l'interopérabilité²²⁰⁴. Le législateur européen semble admettre à demi-mot une obligation de moyens pour l'interopérabilité, sans pour autant nommer celle-ci, mais pas de résultat. Cependant, s'il encourage l'interopérabilité²²⁰⁵, il atténue son propos en précisant que le droit à la portabilité « ne devrait pas créer, pour les responsables du traitement, d'obligation d'adopter ou de maintenir des systèmes de traitement qui sont techniquement compatibles »²²⁰⁶. Ainsi, la mise en place du droit à la portabilité n'est pas accompagnée d'une obligation minimale d'adopter ou de maintenir des systèmes de traitement qui sont techniquement compatibles.

Au niveau national, l'article 48 de la loi pour une République numérique dispose que « toutes les données résultant de l'utilisation du compte d'utilisateur du consommateur et consultables en ligne par celui-ci [...] sont récupérées dans un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé »²²⁰⁷. La loi pour une République numérique va donc plus loin que le RGPD sur ce point également, notamment en listant explicitement les principaux attributs de l'interopérabilité. De plus, le législateur français cite expressément les standards ouverts alors que des standards fermés conformes à l'état de l'art et aux pratiques du marché suffisent à la conformité au RGPD²²⁰⁸. De surplus, le nouvel article L. 224-42-3 du Code de la consommation va davantage dans le sens d'une obligation à proprement parler que le RGPD en prévoyant que « le fournisseur prend toutes les mesures nécessaires à cette fin, en termes d'interface de programmation et de transmission des informations nécessaires au changement de fournisseur »²²⁰⁹. Cependant, la loi pour une République

²²⁰¹ Gallay C., La portabilité des données, Dpo-consulting.fr, 31 août 2018.

²²⁰² Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016.

²²⁰³ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit., art. 20.

²²⁰⁴ Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, p.20 : « Les qualificatifs «structuré», «couramment utilisé» et «lisible par machine» constituent une série d'exigences minimales qui devraient faciliter l'interopérabilité du format de données fourni par le responsable du traitement. En ce sens, les termes «structuré, couramment utilisé et lisible par machine» donnent des précisions sur les moyens, tandis que l'interopérabilité est le résultat escompté. »

²²⁰⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit., Cons. 68. « Il y a lieu d'encourager les responsables de traitement à mettre au point des formats intéropérables permettant la portabilité des données »

²²⁰⁶ Ibid. Règl. (UE) n° 2016/679.

²²⁰⁷ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.48.

²²⁰⁸ Pellegrini F., La portabilité des données et des services, RFAP 2018.

²²⁰⁹ C. consom., art. L. 224-42-3 (Version en vigueur du 25 mai 2018 au 22 juin 2018).

numérique, emprunte de la logique du RGPD, prévoit une obligation de moyens et non de résultats. Celle-ci limitant potentiellement la portée du droit à la portabilité, le législateur prévoit que si la récupération des données n'est pas réalisable, le fournisseur de service de communication au public en ligne est alors tenu d'en informer le consommateur²²¹⁰. Le législateur ajoute que, le cas échéant, « il l'informe des modalités alternatives de récupération de ces données et précise les caractéristiques techniques du format du fichier de récupération, notamment son caractère ouvert et interopérable »²²¹¹.

217. - Interopérabilité : potentiellement imposée au titre du Droit de la concurrence et du Droit public.

Comme le souligne Francois Pellegrini concernant les logiciels, si le droit à la portabilité touche directement les usagers, l'interopérabilité a vocation quant à elle à s'appliquer directement aux rapports entre producteurs de logiciels²²¹². Un parallèle peut être fait en matière de données où l'interopérabilité, bien que bénéficiant à la personne concernée, a vocation avant tout à s'appliquer aux personnes traitant les données, c'est-à-dire essentiellement les entreprises privées et les acteurs publics. L'obligation d'interopérabilité pourrait se justifier à d'autres niveaux, particulièrement au titre du Droit de la concurrence ou du Droit public.

Dans le secteur privé, des initiatives existent en matière d'interopérabilité, comme en atteste par exemple la coopération internationale sur le *cloud computing* impulsée par la Commission européenne²²¹³. Cependant, elles demeurent insuffisantes et le Droit de la concurrence pourrait bénéficier d'un renforcement de l'obligation d'interopérabilité. La Commission européenne fait d'ailleurs de l'interopérabilité un de ses chevaux de bataille dans son rapport sur la politique de concurrence à l'ère du numérique où elle préconise notamment des régimes sectoriels plus stricts prévoyant de l'interopérabilité²²¹⁴.

L'interopérabilité pourrait également être imposée au titre du Droit public. Au niveau national, des dispositions dans ce sens existent déjà, notamment en matière de téléservices²²¹⁵. La mise à jour du référentiel général d'interopérabilité de 2007 en 2016²²¹⁶, défendue en 2014 par le rapport Bouchoux²²¹⁷, va d'ailleurs dans ce sens. Au niveau européen, le besoin d'interopérabilité dans le secteur public est également défendu par le Parlement européen²²¹⁸ et la Commission européenne, comme en atteste en outre la création du programme ISA² (*Interoperability solutions for public administrations*,

²²¹⁰ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.48.

²²¹¹ Ibid. L. n° 2016-1321.

²²¹² Pellegrini F., La portabilité des données et des services, RFAP 2018.

²²¹³ Ec.europa.eu, Digital single market, International cooperation on cloud computing.

²²¹⁴ Crémer J., Montjoye (de) Y.-A., Schweitzer H., Competition policy for the digital era, Commission européenne, 2019.

²²¹⁵ Voir par exemple Ord. n° 2005-1516, 8 déc. 2005, relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives.

²²¹⁶ References.modernisation.gouv.fr, Référentiel Général d'Interopérabilité, Version 2.0, 2015 ; A., 20 avr. 2016.

²²¹⁷ Rapp. Sénat n° 589, op. cit. p. 14 : « La démarche d'ouverture doit par ailleurs être préparée dès l'origine et prendre appui sur des outils standardisés. La mission recommande à cet égard : La préparation de l'ouverture des données dès le stade de leur production ou de leur recueil : lors des appels d'offre ; lors du recueil des données et de la structuration de la base d'enregistrement ; par l'utilisation systématique de formats d'enregistrement et de traitement ouverts et réutilisables. L'établissement d'un référentiel général de réutilisabilité des données et la définition de modèles de réutilisation standardisés respectant les normes d'interopérabilité et de lisibilité par une machine ».

²²¹⁸ Déc. (CE) n° 922/2009, 16 sept. 2009.

businesses and citizens)²²¹⁹. Cependant, plusieurs rapports en France se positionnent en faveur d'un renforcement de l'interopérabilité. C'est le cas du rapport De la Smart city au territoire qui défend que pour assurer la souveraineté et éviter la privatisation de la ville il faille, entre autres, faire de la standardisation et de la réversibilité des préalables²²²⁰. Il propose notamment de « créer une clause "interopérabilité" et en faire une clause par défaut des contrats de commande publique de systèmes d'information »²²²¹.

Section 2. Équilibrer l'innovation liée aux données par la concurrence et la fiscalité

Le cadre législatif applicable aux structures privées est progressivement mis à l'épreuve par l'économie numérique, particulièrement par les activités liées aux données. Ces inadéquations juridiques se rencontrent notamment en Droit de la concurrence, comme évoqué précédemment, et en fiscalité. La quête d'un nouveau régime juridique dans chacune de ces spécialités est également l'occasion de créer de nouvelles règles de Droit tenant compte des visions divergentes de la donnée et favorisant l'innovation. Dans cette quête d'équilibre entre les approches juridiques de la donnée il s'agira de parachever un cadre concurrentiel pro-innovation en matière de données (§1.) et de consacrer une fiscalité adaptée à ces nouveaux enjeux (§2.).

§1. Parachever un cadre concurrentiel pro-innovation en matière de données

Afin d'appliquer le Droit de la concurrence aux marchés numériques, marqués par l'utilisation de données, de manière efficace, il apparaît nécessaire que celui-ci s'adapte aux pratiques anticoncurrentielles marquant les marchés numériques. Les récentes interventions du législateur européen témoignent de la nécessité de renouveler les outils du Droit de la concurrence²²²². À cet égard, l'identification du marché pertinent est mise à l'épreuve et nécessite une adaptation (A.). De manière plus spécifique, il convient également d'adapter les outils des autorités de concurrence et le Droit de la concurrence aux abus de position dominante, concentration et pratiques collusoires rencontrées à l'ère numérique (B.).

A. La potentielle évolution de la notion de marché pertinent à l'aune des données

²²¹⁹ Ec.europa.eu, ISA² - Interoperability solutions for public administrations, businesses and citizens.

²²²⁰ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit. p. 53.

²²²¹ Ibid. Belot L.

²²²² Dir. (UE) n° 2019/1, 11 déc. 2018 ; Proposition règl. (COM) n° 2020/842, 15 déc. 2020.

La notion de marché pertinent est mise à rude épreuve par les marchés liés aux données. Pour y faire face, différentes options semblent envisageables. Il serait possible de faire évoluer les outils de détermination du marché pertinent (1.) voire d'abandonner la notion de marché pertinent au bénéfice de celle de concurrence potentielle (2.).

1. La possible évolution des outils de détermination du marché pertinent

218. - La possible adaptation du test SSNIP.

Le test SSNIP et le test du monopole hypothétique sont inadaptés aux marchés multi-faces, ces deux derniers dépendants « fondamentalement des mécanismes de formation des prix »²²²³. La modification du test SSNIP est une solution partielle envisagée par la doctrine. Des précisions au test SSNIP pourraient être apportées concernant les marchés multi-faces²²²⁴ et pour les plateformes de mise en relation²²²⁵. L'OCDE considère, concernant les marchés multifaces, que l'on « devrait prendre en compte, lors de la définition de chaque marché, toutes externalités imposées aux autres faces »²²²⁶. Le test SSNIP modifié devrait évaluer l'impact d'une hausse de prix sur un marché par rapport à la rentabilité globale de la plateforme. Concernant les plateformes de mise en relation, il pourrait être suffisant de définir un test SSNIP modifié unique pour évaluer la rentabilité globale d'une évolution de prix²²²⁷.

219. - La possible utilisation du test SSNDQ.

Le test SSNDQ est une solution théorique envisagée par la doctrine²²²⁸. Ce test permet en principe d'évaluer la qualité du bien ou du service, une application serait possible pour les données²²²⁹. Cependant, il est surtout utilisé dans les domaines ayant des indicateurs de qualité clairs, comme par exemple en matière de santé. Une application aux données est donc à relativiser, la qualité de la donnée étant emprunte d'une subjectivité certaine.

220. - Le réexamen des critères de définition des marchés pertinents.

Alors qu'elle constatait que « les concepts classiques du droit de la concurrence peuvent, en effet, paraître mal adaptés face à des acteurs intervenant sur des marchés multifaces, ayant un caractère nouveau, et sur lesquels plusieurs plateformes de taille plus ou moins équivalentes peuvent être présentes », l'Autorité de la concurrence se félicitait de « l'ouverture du réexamen des critères de définition des marchés pertinents, annoncé par la Commission européenne »²²³⁰.

La Commission européenne avait effectivement engagé une réflexion sur la notion de marché en cause, ou marché pertinent, envisageant une mise à jour de sa communication du 9 décembre

²²²³ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 18.

²²²⁴ Evans D. S., Noel M., Defining antitrust markets when firms operate two-sided platforms, *Columbia Business Law Review* 2005 ; Filistrucchi L., Geradin D., Van Damme E., Affeldt P., Market definition in two-sided markets : theory and practice, *Journal of Competition Law and Economics* 2014.

²²²⁵ Ibid. Rapp. OCDE.

²²²⁶ Ibid. Rapp. OCDE.

²²²⁷ Ibid. Filistrucchi L., Geradin D.

²²²⁸ Ibid. Rapp. OCDE.

²²²⁹ Stucke M., Grunes A., *Big Data and competition policy*, OUP 2016.

²²³⁰ Aut. conc., 19 févr. 2020, Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques.

1997²²³¹. Plusieurs travaux menés dans ce cadre ont conduit à la publication le 12 juillet 2021 d'un document de travail « [résumant] le résultat de cette évaluation et [concluant] en faveur d'une mise à jour de la Communication »²²³².

2. Vers un abandon de la notion de marché pertinent au bénéfice de celle de concurrence potentielle ?

221. - Une prise en compte insuffisante de la notion de concurrence potentielle sur les marchés numérique.

Le rapport sur le Droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation de l'Assemblée nationale française souligne que le Droit de la concurrence est « régulièrement critiqué pour ne pas prendre en compte une dimension importante dans une économie mondialisée : la « concurrence potentielle » »²²³³. Il rappelle que l'appréciation du marché pertinent, clef de voûte de la mise en œuvre des contrôles de concurrence, repose sur la double évaluation du marché de produits²²³⁴ et du marché géographique²²³⁵. Ces deux dernières notions sont mises à l'épreuve par le développement de l'économie numérique. La notion de marché de produit voit sa portée limitée « tant l'innovation permanente tend à rechercher non pas la substituabilité (base de la définition des produits concurrents), mais au contraire la différenciation »²²³⁶. Le marché géographique est de plus en plus vaste avec la globalisation de l'économie, particulièrement avec les plateformes de vente en ligne²²³⁷ et le développement de l'économie numérique²²³⁸, et les difficultés pour le délimiter croissantes. Le règlement européen sur les concentrations semblait permettre une appréciation des marchés pertinents fondée partiellement sur l'analyse de « la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté »²²³⁹. La Commission européenne va jusqu'à ajouter que pour déterminer le marché géographique elle « se fera une première idée de l'étendue du marché géographique en se basant sur une vue d'ensemble de la répartition des parts de marché détenues par les parties et par leurs concurrents »²²⁴⁰.

Le rapport sur le Droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation admet que la Commission accepte à demi-mot la possibilité de prendre en compte la concurrence potentielle dans

²²³¹ Communication n° 97/C 372/03 de la Commission, 9 déc. 1997, Sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.

²²³² Vogel-vogel.com, Révision de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause.

²²³³ Rapp. AN n° 2451, 27 nov. 2019, sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation.

²²³⁴ Ibid. Communication, n° 97/C 372/03 : « Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »

²²³⁵ Ibid. Communication, n° 97/C 372/03 : « le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »

²²³⁶ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²³⁷ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²³⁸ Communication de la Commission, 20 janv. 1999, La compétitivité des entreprises européennes face à la mondialisation – comment l'encourager : « dans de nombreuses industries, les facteurs entrepreneuriaux, technologiques, financiers et institutionnels de la mondialisation conduisent à élargir le marché géographique pertinent d'un niveau européen à un niveau mondial. »

²²³⁹ Règl. (CE) n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 2.1.a).

²²⁴⁰ Ibid. Communication, n° 97/C 372/03.

la détermination du marché pertinent, mais souligne que sa doctrine d'application la balaie rigoureusement²²⁴¹. Ainsi, elle précisait ainsi dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence de 1997 que « la concurrence potentielle (...) n'est pas prise en considération pour la définition des marchés (...). Le cas échéant, cette analyse n'est menée qu'à un stade ultérieur, généralement une fois que la position des entreprises en cause sur le marché a déjà été déterminée et qu'elle s'avère soulever des problèmes sous l'angle de la concurrence »²²⁴². Le rapport sur le Droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation met en exergue une prise en compte à géométrie variable de la notion de concurrence potentielle²²⁴³ dans les décisions de la Commission européenne²²⁴⁴, source d'une grande insécurité juridique.

222. - Volonté nationale d'une prise en compte croissante de la notion de concurrence potentielle en Droit européen de la concurrence.

Le rapport sur le Droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation appelle donc vigoureusement à une actualisation des lignes directrices de la Commission à ce sujet²²⁴⁵. Il va jusqu'à proposer une suppression de la notion de marché pertinent « rendue caduque par la mondialisation de l'économie »²²⁴⁶. Il fait ainsi du murmure de l'Autorité de la concurrence française dans l'affaire entre Amazon et la Fnac²²⁴⁷, un fier rugissement dont il espère que l'écho raisonnera au sein des murs de la Commission européenne. Ainsi, il prône un remplacement de la notion de marché pertinent par celle de concurrence potentielle dans les analyses de concurrence²²⁴⁸.

Le marché pertinent est mort vive la concurrence potentielle ? Rien n'est moins sûr. Alors qu'une pandémie touche l'humanité, on ne peut plus garder les yeux fermés face aux risques que présente la mondialisation. Les enjeux écologiques passent du rang de possibilité à celui de nécessité, la relocalisation des activités lui emboitant le pas. Une suppression pure et simple de la notion de marché pertinent n'apparaît alors pas adéquate. Cependant, la crise sanitaire due au Covid-19 ne manque pas de démontrer les bienfaits du numérique et, aux vues de la structure de ces marchés, les autorités de concurrence ne sauraient se satisfaire de la notion de marché pertinent en son état actuel. La notion de concurrence potentielle devrait pouvoir alimenter leurs réflexions. Une modification des lignes directrices de la Commission européenne faisant de cette notion un élément de la définition des marchés dès le début des contrôles serait ainsi envisageable. Une évolution de ses décisions stabilisant la place de cette notion dans l'analyse des marchés pourrait également s'avérer satisfaisante, bien que moins garante de sécurité juridique.

²²⁴¹ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²⁴² Ibid. Communication, n° 97/C 372/03.

²²⁴³ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²⁴⁴ Déc. (CE) n° 94/208., 31 janv. 1994.

²²⁴⁵ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²⁴⁶ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²⁴⁷ Aut. conc., déc. n° 16-DDC-111, relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, paragraphe 392 : « l'analyse des positions des concurrents en présence nécessite d'intégrer les parts de marché des ventes en ligne réalisées par les pure players ainsi que celles des distributeurs traditionnels qui, comme les parties à l'opération, exploitent un site de distribution sur Internet. » ; Videos.assembleenationale.fr, Réunion de la commission des affaires européennes, 26 sept. 2019 : La présidente de l'Autorité de la concurrence soulignait qu'en l'espèce « les divisions qui caractérisent les marchés pertinents n'avaient plus lieu d'être ».

²²⁴⁸ Ibid. Rapp. AN n° 2451 : « Selon vos Rapporteurs, il serait plus simple, plus clair et plus efficace d'abandonner la notion de « marché pertinent », qui apparaît aujourd'hui dépassée et sert plus de carcan de réflexion que de véritable outil d'analyse. Le marché pertinent doit être remplacé par une utilisation systématique de la notion de « concurrence potentielle » dont l'analyse doit être faite dès le début du contrôle. »

B. Les nécessaires adaptations des mécanismes de contrôle à l'aune des données

L'évolution de l'appréhension du marché pertinent ne saurait être suffisante pour garantir un meilleur contrôle des pratiques potentiellement anticoncurrentielles. Il devra nécessairement être accompagné d'une adaptation des méthodes et outils à la disposition des autorités de concurrence (1.) et d'une adaptation du Droit de la concurrence (2.).

1. Adaptation des méthodes et outils à la disposition des autorités de concurrence

223. - Le contrôle des abus de position dominante : les possibilités offertes par des contrôles conjoint avec d'autres autorités.

Parmi les abus de position dominante envisageables à l'aune des données, nombreux sont ceux qui sont étroitement liés à des obligations en matière de protection des données à caractère personnel. La ligne entre Droit de la concurrence et protection des données à caractère personnel est d'ailleurs parfois délicate à tracer comme en attestent notamment les décisions prononcées pour les pratiques de Google concernant les données de leurs utilisateurs, sanctionnées dans certains cas au titre d'une atteinte à la concurrence²²⁴⁹ et dans d'autres pour une violation du droit à la vie privée²²⁵⁰. L'OCDE soulignait à cet égard que « la question de savoir s'il faudrait confier l'examen des violations de la vie privée aux autorités de la concurrence ou à d'autres services chargés de la protection des consommateurs reste ouverte, la réponse risquant de dépendre de la nature précise de la violation »²²⁵¹. Cependant, l'identification de la nature précise de la violation appelle à une analyse tant à travers le prisme de la concurrence qu'avec celui de la protection des données.

La mise en place de contrôles conjoint associant l'autorité de la concurrence et la CNIL pourrait permettre de limiter ce type de comportements anticoncurrentiels. Par exemple, en matière de ventes liées et d'utilisation croisée d'ensembles de données²²⁵², le responsable de traitement devrait notamment inscrire ce type de traitement de données à caractère personnel à son registre de traitement et en informer les personnes concernées au titre du RGPD. Si la structure juridique a effectivement réalisé ces obligations en matière de protection des données, cela pourra aider l'autorité de la concurrence à

²²⁴⁹ Allemagne : Bundeskartellamt, 7 févr. 2019, Facebook.

²²⁵⁰ CNIL, délib. n° SAN-2019-001 ; Cnil.fr, La formation restreinte de la CNIL prononce une sanction de 50 millions d'euros à l'encontre de la société GOOGLE LLC, 21 janv. 2019 : Cette sanction a été établie pour « manque de transparence, information insatisfaisante et absence de consentement valable pour la personnalisation de la publicité »

²²⁵¹ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit., p.25 : « La question de savoir s'il faudrait confier l'examen des violations de la vie privée aux autorités de la concurrence ou à d'autres services chargés de la protection des consommateurs reste ouverte, la réponse risquant de dépendre de la nature précise de la violation. Par exemple, l'autorité de la concurrence doit prêter attention aux cas où l'on peut raisonnablement craindre que la violation de la vie privée aide une entreprise à acquérir ou conserver un pouvoir monopolistique (en particulier sur les marchés soumis à de puissants effets de réseau alimentés par les données). Une deuxième question consiste à savoir dans quels cas une violation de la vie privée équivaut à une pratique d'exclusion, du fait de l'extraction de données personnelles inaccessibles à d'autres concurrents et de l'utilisation de ces données pour interdire l'accès des concurrents au marché ou dresser des obstacles à l'entrée. »

²²⁵² Aut. conc., avis n° 10-A-13. Les données collectées sur un marché peuvent être utilisées de manière anticoncurrentielle pour impacter le pouvoir de marché sur un autre marché.

identifier les pratiques mises en œuvre par le responsable de traitement pouvant porter atteinte à la concurrence et garantir une plus grande effectivité des règles de concurrence. Si la structure juridique n'a pas effectué les actions qui lui incombent au titre du RGPD, la CNIL pourra la sanctionner pour cela²²⁵³ ainsi que l'autorité de la concurrence pour abus de position dominante illicite par elle-même²²⁵⁴. Une logique similaire peut s'appliquer pour les prix prédateurs²²⁵⁵ ou discriminatoires²²⁵⁶ basés sur l'analyse des données des utilisateurs²²⁵⁷ ou encore de dénigrement d'une entreprise concurrente en contactant directement les personnes concernées grâce à leurs données à caractère personnel pour dénigrer un concurrent²²⁵⁸. Elle pourrait également limiter les contrats exclusifs en matière de données²²⁵⁹, ces derniers pouvant être demandés par la CNIL dans le cadre de ses contrôles. En outre, les autorités de concurrence peuvent se trouver démunies face à certaines problématiques liées aux données et corrélent leurs efforts avec ceux de la CNIL, qui a une grande maîtrise de ce type de sujets et une connaissance pointue de l'état de l'art en la matière, pourrait les aider à les appréhender au mieux. Ce type de collaboration entre la CNIL et l'autorité de la concurrence s'inscrirait dans une logique similaire à celle de réunion de la CNIL et de la CADA dans un collège unique lorsqu'ils ont un sujet d'intérêt commun²²⁶⁰.

224. - Le contrôle des concentrations : des outils de notification potentiellement plus adaptés que la technique des seuils.

La technique des seuils basée sur le chiffre d'affaires et utilisée par les autorités de concurrence pour identifier les fusions et acquisitions pouvant présenter un risque en matière de concurrence, s'avère inopérante²²⁶¹ pour certaines opérations où une des entreprises concernées détient de nombreuses données sans pour autant avoir un chiffre d'affaires important²²⁶². S'il est envisageable de baisser les seuils de chiffre d'affaires impliquant l'obtention d'une autorisation²²⁶³, cette réforme ne saurait suffire à elle seule à dépasser cette limite²²⁶⁴. Une solution envisagée serait de mettre en place un seuil complémentaire fondé sur le montant de l'opération²²⁶⁵, par exemple en se fondant sur le prix d'acquisition de l'entreprise cible achetée. Cela permettrait tant d'identifier les opérations ne portant pas sur la valeur de l'entreprise, mais sur d'autres actifs dont elle pourrait disposer (notamment les données) que d'identifier les acquisitions préemptives mises en place afin d'écarter un innovateur du marché²²⁶⁶. Cette option aurait donc un double effet levier sur l'innovation. Ce seuil complémentaire est déjà mis en œuvre dehors de l'Union européenne, aux États-Unis et au Mexique par exemple, et

²²⁵³ CNIL, délib. n° SAN-2019-001.

²²⁵⁴ Allemagne : Bundeskartellamt, 7 févr. 2019, Facebook.

²²⁵⁵ CJCE, 3 juill. 1991, n° C-62/86.

²²⁵⁶ CJUE, 27 mars 2012, n° C-209/10, Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet.

²²⁵⁷ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit.

²²⁵⁸ CA Paris, pôle 5, 4^e ch., 27 janv. 2016 ; Cass. Com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350 ; Wakim N., Electricité : Engie condamné à un million d'euros au profit d'EDF pour démarchages abusifs, Le Monde 2019 ; CA Versailles, 12 mars 2019.

²²⁵⁹ Ibid. Aut. conc., Bundeskartellamt : Un réseau de contrats exclusifs en matière de données peut être préjudiciable à la concurrence et pourrait porter atteinte au droit de l'Union européenne.

²²⁶⁰ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 26.

²²⁶¹ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit., p.23.

²²⁶² Vestager M., Redefining the EU Merger Control System, discours prononcé devant la Studienvereinigung, 10 mars 2016, Bruxelles.

²²⁶³ Rapp. Sénat n° 7, 1^{er} oct. 2019, sur la souveraineté numérique.

²²⁶⁴ De nombreuses opérations pourraient malgré tout ne pas être étudiées et, en parallèle, cet abaissement pourrait entraîner une charge de travail exponentielle pour l'autorité de la concurrence.

²²⁶⁵ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

²²⁶⁶ Rapp. OCDE, juin 2015, Stratégie de l'OCDE pour l'innovation 2015 – Un programme pour l'action.

émerge au sein de pays membres de l'Union européenne²²⁶⁷, notamment en Autriche et en Allemagne²²⁶⁸. Plusieurs éléments appellent cependant à une attention particulière concernant ce potentiel seuil complémentaire fondé sur le montant de l'opération. Tout d'abord, il est aussi délicat que fondamental de déterminer le bon seuil. En outre, d'autres opérations pourraient ne pas être identifiées. Enfin, cela ne résout pas une autre problématique fondamentale liée aux concentrations en matière de données. Cette méthode consisterait encore à n'analyser qu'une seule face d'un marché, ne permettant donc pas de régler certaines problématiques liées aux marchés multi-faces²²⁶⁹.

Une autre option envisageable, pouvant potentiellement être mise en place parallèlement à celle du seuil complémentaire, est celle de la notification volontaire, non obligatoire et préalable à l'opération²²⁷⁰. Ce type de mécanisme a notamment été mis en place au Royaume-Uni où il avait été introduit par le Competition Act en 1998²²⁷¹ puis confirmé par le gouvernement en 2012²²⁷². Le rapport sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation de l'Assemblée nationale française préconise la mise en place de ce type de notification pour faire face à l'obsolescence de la technique des seuils de notification fondée sur le chiffre d'affaires²²⁷³. Il prévient que cela ne devrait pas être accompagné de mesures permettant à l'autorité de la concurrence d'interdire une opération de concentration déjà réalisée²²⁷⁴, comme c'est le cas au Royaume-Uni.

2. Adaptation du Droit de la concurrence

225. - L'émergence de la notion de contrôleur d'accès : contrôle ex ante de leurs activités.

La proposition de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique du 15 décembre 2020²²⁷⁵ témoigne de « la volonté de la Commission européenne de trouver un remède à ses difficultés à appliquer le droit de la concurrence aux géants du numérique »²²⁷⁶. Cette proposition du 15 décembre 2020 envisage de consacrer la notion de contrôleurs d'accès²²⁷⁷. Cette proposition précise que « les fournisseurs de services de plateforme essentiels peuvent être considérés comme des contrôleurs d'accès s'ils : i) ont une incidence importante sur le marché intérieur ; ii) exploitent un ou plusieurs points d'accès majeurs pour les clients ; et iii) jouissent ou sont censés jouir d'une position solide et durable dans leurs opérations »²²⁷⁸.

²²⁶⁷ Rapp. Sénat n° 7, 1er oct. 2019, sur la souveraineté numérique.

²²⁶⁸ Allemagne : Bundeskartellamt et Bundes Wettbewerbs Behörde, Guidance on transaction value threshold for mandatory pre-merger notification, juill. 2018.

²²⁶⁹ Stucke M., Grunes A., Big Data and competition policy, Oxford, Oxford University Press, 2016.

²²⁷⁰ Rapp. AN n° 2451, op. cit.

²²⁷¹ Royaume-Uni : Competition Act 1998.

²²⁷² États-Unis : Government response to consultation, mars 2012, Department for Business Innovation and Skills, "Growth, competition and the competition regime.

²²⁷³ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²⁷⁴ Ibid. Rapp. AN n° 2451.

²²⁷⁵ Proposition règl. (COM) n° 2020/842, 15 déc. 2020.

²²⁷⁶ Finger L., Moral L., Le Digital Markets Act, un nouvel allié pour le droit de la concurrence face aux géants du numérique?, Affiches-parisiennes.com, 10 déc. 2021.

²²⁷⁷ Ibid. Proposition règl. (COM) n° 2020/842.

²²⁷⁸ Ibid. Proposition règl. (COM) n° 2020/842.

Cette proposition de règlement « ne vise pas des entreprises en position dominante sur un marché donné mais celles qui sont en mesure de contrôler l'accès au marché »²²⁷⁹. La Commission européenne souhaite donc doter les autorités de concurrence d'une nouvelle notion, dont elle dessine les contours à l'article 3 de la proposition de règlement²²⁸⁰, pour contrôler les activités de certaines plateformes. Les contrôleurs d'accès alors identifiés seraient soumis à différentes obligations²²⁸¹ « qui permettent le contrôle ex-ante de leurs activités à travers des règles comportementales positives et négatives »²²⁸². Si cette nouvelle notion ne peut prémunir que de certaines pratiques anticoncurrentielles qui existent sur les marchés numériques, elle n'en demeure pas moins un outil juridique intéressant pour réguler et contrôler ces marchés.

226. - Le contrôle des abus de position dominante : clarification du lien entre données et facilités essentielles.

Comme établi précédemment, les données sont difficilement qualifiées de facilité essentielle au titre du Droit de la concurrence, notamment du fait de leur caractère duplicable²²⁸³. Si la doctrine tente de démontrer l'applicabilité de cette notion aux données²²⁸⁴, la jurisprudence est plus frileuse. Elle a pu admettre que dans certains cas les données ne sont pas accessibles pour un temps et un coût raisonnable, mais une grande insécurité juridique frappe encore cette problématique. Les facilités essentielles pouvant appuyer la qualification d'un abus de position dominante, il apparaît fondamental de trouver des solutions pour s'assurer qu'aucun abus ne passera entre les mailles du filet des autorités de concurrence.

Une première option envisageable serait la qualification d'abus de position dominante sans s'appuyer sur la notion de facilité essentielle. En effet, comme le rappelle l'OCDE, la doctrine des installations essentielles n'est d'ores et déjà « pas universellement reconnue par les tribunaux ou les professionnels du droit de la concurrence »²²⁸⁵. L'autorité de la concurrence française a démontré sa capacité à sanctionner un abus de position dominante en matière de données sans recourir à la notion de facilité essentielle dans sa décision du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales²²⁸⁶. L'affaire porte sur le refus de vente d'une base de données par une entreprise. En l'espèce, l'autorité de la concurrence s'interroge sur l'applicabilité de la théorie des facilités essentielles et après s'être interrogé tant sur le sujet de la répliquabilité que sur celui du caractère indispensable, « c'est comme à regret que la décision estime non établie la qualification de facilité essentielle »²²⁸⁷. Elle a cependant réussi à qualifier le comportement de la société Cegedim d'abus de position dominante en s'appuyant sur l'article L. 420-2 du Code de commerce et l'article 102, c) TFUE qui prohibent l'application à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes conduisant à un désavantage de concurrence. L'autorité opère une lecture extensive de ces dispositions au cas d'espèce en appliquant ces dispositions alors que la pratique reprochée n'était pas mise en œuvre à l'encontre des clients ou

²²⁷⁹ Ibid. Finger L., Moral L.

²²⁸⁰ Proposition règl. (COM) n° 2020/842, loc. cit. art. 3.

²²⁸¹ Proposition règl. (COM) n° 2020/842, loc. cit. art. 5 et 6.

²²⁸² Ibid. Finger L., Moral L.

²²⁸³ Lipsky Jr. A.B., Sidak J.G., Essential Facilities, SLR 1999.

²²⁸⁴ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit. p. 25 et s.

²²⁸⁵ Ibid. Rapp. OCDE, 21 nov. 2016.

²²⁸⁶ Aut. conc., déc. n° 14-D-06

²²⁸⁷ Sélinsky V., Le refus de vente d'une base de données, par une entreprise dominante, constitue un abus de position dominante, même si cette base de données n'est pas une facilité essentielle, RLC 2014.

partenaires commerciaux directs de l'entreprise dominante, mais à l'encontre des clients d'un concurrent²²⁸⁸. Cependant, ce type d'acrobaties juridiques ne saurait suffire, pouvant conduire à plus d'insécurité juridique que de stabilité. Si cette première option était choisie, il serait nécessaire de déterminer d'autres critères pouvant établir un abus de position dominante en matière de données.

Une seconde option envisageable est l'acceptation des données comme facilité essentielle. Celle-ci pourrait intervenir en l'état actuel de la notion ou pourrait appeler à une évolution de la notion. Les arguments doctrinaux en faveur d'une application de la théorie des facilités essentielles aux données pourraient être des arguments soutenus par des décisions des autorités de concurrence. Les caractéristiques de la notion de facilité essentielle pourraient également évoluer pour favoriser son application aux données.

227. - Le contrôle des pratiques collusoires, des prix prédateurs et des prix discriminatoires : contrôle de l'utilisation d'algorithmes de détermination des prix.

L'OCDE alertait en 2016 quant aux pratiques collusoires qui pourraient découler de l'utilisation d'algorithmes de fixation des prix en analysant les prix du marché. Celles-ci pourraient notamment apparaître si plusieurs acteurs d'un même marché utilisent le même algorithme de fixation des prix, consciemment ou non, et avec l'apprentissage automatique d'un système d'intelligence artificiel. Comme évoqué précédemment, les autorités de concurrence sont désarmées face à ce type de pratiques²²⁸⁹. En outre, il a également été démontré que des entreprises occupant une position dominante pourraient utiliser des algorithmes de fixation des prix en analysant les comportements de leurs utilisateurs²²⁹⁰ pouvant conduire à la fixation de prix prédateurs²²⁹¹ ou discriminatoires²²⁹². Une plus grande transparence, *a minima* vis-à-vis des autorités de concurrence, apparaît alors nécessaire pour éviter ce type de pratiques collusoires et de fixation de prix prédateurs ou discriminatoires.

À cet égard, il serait envisageable d'imposer aux entreprises utilisant ce type d'algorithmes de déclarer leur utilisation à l'autorité de concurrence compétente en indiquant le mode de fonctionnement de l'algorithme et son éventuel fournisseur. Une plus grande transparence apparaîtrait également pertinente, notamment pour permettre aux concurrents potentiellement lésés par ce type de pratique de constituer un dossier ou aux consommateurs dont les données sont analysées dans un objectif de fixation des prix un meilleur contrôle de l'utilisation de leurs données à caractère personnel. On pourrait notamment s'inspirer des dispositions relatives à la transparence des algorithmes dans le secteur public mises en place par la loi pour une République numérique²²⁹³. Le nouvel article L. 311-3-1. du Code des relations entre le public et l'administration, issu de ces dernières, impose aux administrations d'informer les personnes concernées lorsqu'une décision individuelle est prise sur le fondement d'un traitement algorithmique et de lui communiquer, si elle en fait la demande, les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre²²⁹⁴. La protection du secret des affaires justifiant d'une absence de publication ou de communication exhaustive d'informations concernant l'algorithme utilisé à cet effet ne semble pas pour autant empêcher une communication des

²²⁸⁸ Ibid. Sélinsky V.

²²⁸⁹ Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit., p.27.

²²⁹⁰ Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, op. cit.

²²⁹¹ CJCE, 3 juill. 1991, n°C-62/86.

²²⁹² CJUE, 27 mars 2012, n° C-209/10, Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet.

²²⁹³ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.4.

²²⁹⁴ CRPA, art. L. 311-3-1

principales caractéristiques de ce dernier. Il serait ainsi envisageable d'imposer la publication des principales caractéristiques de l'algorithme de fixation des prix si celui-ci est fondé sur l'analyse du marché et d'une communication à la demande de la personne concernée des principales caractéristiques de l'algorithme de fixation des prix fondé sur l'analyse des données des consommateurs. Ce dernier point, outre la logique de la loi pour une république numérique, trouverait également un écho particulier dans le droit de ne pas faire l'objet d'une décision exclusivement fondée sur un traitement automatisé du RGPD²²⁹⁵. Ce dernier, bien que ne s'appliquant *a priori* pas au cas d'espèce démontre la sensibilité du législateur au traitement automatisé des données des personnes concernées.

Pour que de telles mesures aient la portée escomptée, les autorités de concurrence devraient alors identifier les marchés pertinents sur lesquels plusieurs entreprises utilisent ce type d'algorithmes. Elles pourront alors renforcer le contrôle des prix sur les marchés concernés et identifier lorsque des algorithmes similaires sont utilisés sur un même marché. Il apparaîtrait pertinent que de telles mesures soient prises au niveau communautaire et accompagnées de la création d'une base de donnée commune aux autorités de concurrence européennes répertoriant les acteurs employant ces algorithmes et les algorithmes concernés.

§2. Consacrer une fiscalité pro-innovation en matière de donnée

Maurice Cozian soulignait dans ses Propos désobligeants sur une tarte à la crème : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal que la fiscalité n'est pas aussi particulariste qu'il y paraît. L'impact du numérique sur cette spécialité est aussi indéniable que pour les autres branches du Droit²²⁹⁶. La nécessité d'adapter la fiscalité à l'ère du numérique pourrait même profiter à ces dernières et constituer un vecteur d'innovation, notamment en matière d'imposition sur les données (A.). Aussi attrayante qu'elle soit, une imposition sur les données s'avère particulièrement délicate à mettre en place (B.).

A. La nécessaire imposition des données

Si les difficultés rencontrées actuellement en fiscalité du numérique sont grandes, les opportunités offertes par une réforme bien orchestrée le sont tout autant. La mise en place d'une imposition des données apparaît tant comme une nécessité pour combler la dissonance entre le cadre fiscal actuel et les pratiques des acteurs du numérique (1.) que comme un potentiel vecteur d'innovation (2.).

1. Imposition des données : nécessité dans un cadre fiscal inadapté aux activités numériques

²²⁹⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art.22.

²²⁹⁶ CNum, avis n° 2013-3, sept. 2013, concertation sur la fiscalité du numérique : « les États doivent au-delà de la seule fiscalité utiliser également les ressources du droit de la concurrence, du droit de la consommation, du droit des données personnelles, voire du droit de la propriété intellectuelle, afin d'adapter de nombreux concepts à la transformation numérique. »

228. - Inadéquation du cadre fiscal existant.

En 2013, le rapport de la mission d'expertise sur la fiscalité du numérique met en lumière des spécificités du numérique contribuant à sa délicate taxation. En premier lieu, l'économie numérique bénéficie d'une croissance exponentielle principalement impulsée par « de grands écosystèmes optimisés du point de vue de la fiscalité »²²⁹⁷. En second lieu, « les données issues du travail gratuit des utilisateurs »²²⁹⁸ sont la pierre angulaire du développement de cette économie. En 2015, la note d'analyse de France stratégie sur la fiscalité du numérique mettait également en lumière quatre spécificités de l'économie numérique obscurcissant son appréhension par la fiscalité, à savoir : la non-localisation des activités, le rôle des plateformes, les effets de réseau et l'exploitation des données²²⁹⁹. Ces spécificités entraînent de nouvelles difficultés fiscales, notamment en matière d'optimisation fiscale et d'érosion des recettes fiscales. Les mécanismes d'optimisation fiscale sont habilement maniés par les géants du numérique qui tirent profit du caractère immatériel de la majorité de leurs activités, la cyber-fiscalité produisant un « cyber-paradis fiscal »²³⁰⁰.

Ils jouissent particulièrement de la difficile appréciation de la territorialité de l'impôt dans la sphère immatérielle. Concernant la taxation des profits, Céline Castets-Renard souligne que « pour la première fois, l'économie numérique dissocie le lieu d'établissement du lieu de consommation ce qui rend difficile la localisation de la valeur créée par cette économie et, conséquemment, l'application des règles fiscales »²³⁰¹. Le droit fiscal international, afin d'empêcher la double imposition, pose le principe d'une imposition dans l'État où l'entreprise a son siège et non celui où elle exerce son activité. Les conventions fiscales bilatérales prévoient cependant une exception en permettant l'imposition sur les établissements stables des sociétés non résidentes. Cependant, les contours de cette notion, consistant en la présence de locaux et de personnes, ne permettent pas l'imposition des GAFAM en France et ne sont pas adaptés « à une activité numérique virtuelle et volatile »²³⁰². La note d'analyse de France stratégie sur la fiscalité du numérique rappelle que la taxation des transactions n'est pas laissée pour compte par les géants du numérique dans la mise en place de leurs mécanismes d'optimisation fiscale²³⁰³. À cet égard, jusqu'au 1^{er} janvier 2015, le Luxembourg, qui offrait un taux de TVA inférieur à la

²²⁹⁷ Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, 2013, Rapp. au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique.

²²⁹⁸ Ibid. Colin N., Collin P.

²²⁹⁹ Charrié J., Janin L., Fiscalité du numérique, La Note d'analyse France Stratégie 2015.

²³⁰⁰ Le Gall, Internet : Cyberfiscalité ou Cyber paradis fiscal, IBLJ 1998.

²³⁰¹ Castets-Renard C., De quelques défis fiscaux posés par l'économie numérique, in Bissy (de) A., Debat O. (dir.), Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, 2015, Dalloz.

²³⁰² Ibid. Castets-Renard C.

²³⁰³ Ibid. Charrié J., Janin L. : « Une telle optimisation concerne la taxation des profits mais également la taxation des transactions. Les transactions numériques, parce qu'elles sont difficiles à localiser, posent le problème du taux de TVA applicable. Alors que la TVA s'applique en général dans l'Union européenne selon le principe de destination (application du taux du pays de l'acheteur), les prestations de service électroniques aux consommateurs bénéficiaient d'un régime d'exception (application du taux du pays du vendeur) avant le 1er janvier 2015. C'est ainsi que nombre d'entreprises du numérique ont localisé leurs ventes au Luxembourg pour bénéficier d'un taux de TVA plus faible (taux normal de 15 % à l'époque, contre 20 % en France). »

France, était devenu une terre d’asile courante pour les entreprises proposant des prestations de service électroniques, le régime d’exception pour ce type d’opérations appliquant le taux du pays du vendeur et non celui de l’acheteur comme cela est prévu par le principe de destination.

En outre, on assiste à une dégradation des recettes fiscales dans les domaines liés au numérique à laquelle contribue grandement l’érosion de la base d’imposition dans ces domaines²³⁰⁴. Celle-ci est en partie due à une dissonance entre la conception traditionnelle de l’objet de l’impôt, gravitant autour de la valeur de l’objet, et les vecteurs de création de valeur dans la sphère numérique qui sont bien souvent marqués du sceau de la gratuité. Par exemple, les données et « le travail gratuit des utilisateurs » n’ont pas de valeur intrinsèque et n’étaient pas appréhendés, jusqu’à récemment, par le Droit fiscal²³⁰⁵. La désintermédiation opérée par les entreprises du numérique est également un facteur clef de la dégradation des recettes fiscales dans ce domaine²³⁰⁶.

229. - Volonté certaine d’adapter le cadre fiscal aux activités numériques.

Si la conscience des inadéquations du cadre fiscal existant était résolument présente, les modalités de mise en œuvre d’une réforme de la fiscalité étaient moins unanimes. Pendant un temps, on a considéré que les activités immatérielles devraient être traitées avec les dispositifs fiscaux existants de manière inchangée²³⁰⁷. L’analyse de l’opportunité de réformer la fiscalité à l’aune du numérique s’est progressivement développée. Andréas Kallergis souligne que celle-ci s’est déroulée en plusieurs temps²³⁰⁸. Elle est partie de la question du traitement fiscal des actifs immatériels d’une entreprise²³⁰⁹, pour dériver sur celle du régime fiscal des produits dérivés²³¹⁰ puis se concentrer sur la fiscalité du commerce électronique²³¹¹ en s’élargissant progressivement à la fiscalité de l’économie numérique²³¹². La nécessité d’une réforme fiscale dans ce domaine est progressivement devenue presque indéniable.

La parcimonie doit être le maître mot de la réforme de la fiscalité numérique afin d’éviter une « fiscalité décadente (...) parfaitement inapplicable à force de complexité »²³¹³. Le législateur devra manier sa plume avec finesse afin d’éviter que cette réforme, initiée dans un idéal d’efficacité, ne se morde la queue comme celle de l’impôt sur les parapluies de la République de Socratie²³¹⁴. Deux questions principales ont guidé les réflexions sur ce sujet : cette réforme doit-elle être nationale, communautaire ou internationale ? Faut-il adapter les outils fiscaux existants ou en développer de nouveaux ? À la première, les rapports internationaux²³¹⁵, européens et français²³¹⁶ semblent s’accorder à dire que la réforme de la fiscalité du numérique sera supranationale ou ne sera pas. À ce titre, le rapport Colin et

²³⁰⁴ Kallergis A., La compétence fiscale, 2018, Dalloz.

²³⁰⁵ Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l’économie numérique, op. cit.

²³⁰⁶ Ibid. Charrié J., Janin L.

²³⁰⁷ Rapp. OCDE, 8 oct. 1998, Conditions cadres pour l’imposition du commerce électronique.

²³⁰⁸ Ibid. Kallergis A.

²³⁰⁹ Stimson E.S., Jurisdiction to Tax Intangibles, Cornell Law Review 1937.

²³¹⁰ Plambeck C.T., Rosenbloom D., Ring D. (dir.), Tax Aspects of Derivative Financial Instruments, 1995, CFI.

²³¹¹ Boyle M.P., Sprague G.D. (dir.), Taxation of Income Derived From Electronic Commerce, 2001, CFI.

²³¹² Ibid. Kallergis A.

²³¹³ Cozian M., La fable de l’impôt sur les parapluies, Blogs.mediapart.fr.

²³¹⁴ Ibid. Cozian M.

²³¹⁵ Rapp. OCDE et G20, 5 oct. 2015, Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l’économie, Action 1 ; Rapp. OCDE et G20, 30 mai 2018, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l’économie – rapport intérimaire 2018 ; Rapp. OCDE et G20, 9 oct. 2019, Proposition du Secrétariat d’une « Approche unifiée » au titre du Pilier 1.

²³¹⁶ CNum, rapp., sept. 2013, Concertation sur la fiscalité du numérique : « Un constat unanime : il semble prioritaire de réaliser une révision du cadre international et européen de la fiscalité avant tout nouveau dispositif fiscal du numérique au niveau national »

Collin rappelle que certaines adaptations du cadre fiscal au numérique sont nécessairement subordonnées aux négociations internationales²³¹⁷. Le Conseil national du numérique complète ce point de vue en érigeant l'OCDE et le G20 en « espaces de négociation privilégiés »²³¹⁸ et la Commission européenne en « lieu décisionnaire et stratégique »²³¹⁹. La seconde interrogation soulève de plus vifs débats²³²⁰, matérialisés progressivement par les propositions législatives européennes et nationales vers une approche duale alliant adaptation des règles existantes et mise en place de nouvelles règles spécifiques à l'économie numérique.

Des premières interventions en matière de fiscalité du numérique ponctuent la vie légale et réglementaire. Au niveau international, les travaux conduits par l'OCDE depuis plusieurs années²³²¹, particulièrement la consultation publique de 2019²³²², ont conduit les États participant au cadre inclusif sur l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéficiaires (BEPS)²³²³ à mettre en place un groupe de travail afin de dégager une position commune en matière de fiscalité du numérique pour la fin de l'année 2020. Au niveau communautaire, l'Union européenne s'attèle depuis 2008 à la question de la fiscalité indirecte avec la mise en place de l'application de la TVA du pays de consommation entre 2015 et 2019 pour les services électroniques et un projet entrepris par la Commission européenne depuis 2011 pour un régime commun pour le calcul de l'assiette imposable des entreprises exerçant leur activité dans l'UE (projet ACCIS)²³²⁴. Deux propositions de directives ont également été déposées le 21 mars 2018, l'une concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques²³²⁵ et l'autre établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative²³²⁶. Malgré les mises en garde sur une initiative nationale en la matière, c'est la France qui transforme en premier l'essai en adoptant une taxe sur les services numériques²³²⁷. Cette initiative unilatérale, bien que grandement inspirée des propositions européennes²³²⁸, a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment de remise en question de sa compatibilité avec des normes supérieures²³²⁹.

230. - Volonté croissante d'imposer les activités liées aux données.

²³¹⁷ Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, op. cit.: « L'établissement stable : une adaptation urgente subordonnée à des négociations internationales »

²³¹⁸ CNum, rapp., sept. 2013, Concertation sur la fiscalité du numérique.

²³¹⁹ Ibid. CNum.

²³²⁰ Rapp. OCDE et G20, 30 mai 2018, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire 2018 ; Vie-publique.fr, Eclairage, Fiscalité : les enjeux soulevés par l'économie numérique, 25 oct. 2019 : « L'OCDE a présenté en mars 2018 un rapport sur le point précis de la fiscalité du numérique qui faisait apparaître de nombreux désaccords entre les États sur les solutions à apporter aux problèmes fiscaux posés par la transformation numérique de l'économie. Le rapport identifiait trois groupes principaux de positions parmi les États : pour des modifications ciblées des règles existantes ; pour une refonte des règles fiscales par la prise en compte des marchés de consommation ; contre de nouvelles mesures »

²³²¹ Rapp. OCDE et G20, 5 oct. 2015, op. cit. ; Ibid. Rapp. OCDE et G20, 30 mai 2018.

²³²² Rapp. OCDE et G20, 9 oct. 2019, Proposition du Secrétariat d'une « Approche unifiée » au titre du Pilier 1.

²³²³ Rapp. OCDE et G20, mai 2019, Programme de travail visant à élaborer une solution fondée sur un consensus pour relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Cadre inclusif sur le BEPS.

²³²⁴ CNum, avis n° 2013-3, sept. 2013, concertation sur la fiscalité du numérique.

²³²⁵ Proposition dir. (COM) n° 2018/073, 21 mars 2018.

²³²⁶ Proposition dir.(COM) n° 2018/072., 21 mars 2018.

²³²⁷ L. n° 2019-759, 24 juill. 2019.

²³²⁸ Ibid. Proposition dir. (COM) n° 2018/073.

²³²⁹ Pelletier M., Taxe GAFA : pourrait-elle être contestée ?, Blog.leclubdesjuristes.com, 17 juill. 2019 ; Rutschmann Y., Roch P.-M., Soumagne A., Projet de taxe sur les services numériques : une solution d'attente qui suscite des interrogations quant à sa conformité aux normes supérieures, Dr. fisc. 2019.

Les données, bien que n'ayant pas de valeur intrinsèque, sont la veine principale de l'économie numérique. Comme le souligne Fabrice Mattatia, si la commercialisation des données est rendue possible, cela soulève « la question de leur taxation dans le droit commun : faudrait-il soumettre les données personnelles à la TVA ou bien à l'impôt sur le revenu ? »²³³⁰. Le législateur n'a pas manqué d'identifier qu'elles irriguent ce nouvel écosystème dans son intégralité et s'est progressivement intéressé à l'opportunité de taxer les activités liées à ces données issues généralement du travail gratuit des utilisateurs. Parmi les nombreuses propositions présentées par le rapport Colin & Collin en 2013 afin d'adapter la fiscalité au numérique, les auteurs soulignent que la piste de la fiscalité incitative en matière de collecte et d'exploitation de données est la plus prometteuse de toutes²³³¹. Ils expliquent l'intérêt d'une telle taxation à trois titres : « les données jouent un rôle central dans l'économie numérique (...); les pouvoirs publics disposent d'une légitimité incontestable pour encadrer la collecte et l'exploitation des données personnelles (...); s'intéresser aux données collectées auprès d'internautes localisés en France permet de développer un raisonnement de territorialité fondé sur l'origine géographique des données, la localisation des individus auxquels elles se rapportent et la compétence du régulateur qu'est la CNIL »²³³².

Le rapport Colin et Collin fait de la taxation incitative sur les données son cheval de bataille et met en exergue plusieurs avantages qu'elle présenterait²³³³. Tout d'abord, la mise en place d'une fiscalité liée aux données, contrairement à la fiscalité du numérique de manière plus globale, pourrait ne pas être conditionnée aux négociations internationales, mais se développerait en synergie avec celles-ci. En outre, elle pourrait permettre un traitement des données plus vertueux en mettant les sociétés traitant des données face au choix de s'acquitter de l'impôt ou de faire évoluer ces pratiques. Enfin, elle pourrait ériger la France en « foyer d'innovation »²³³⁴ se démarquant par une forte attractivité pour les entreprises du numérique. Ce même rapport met également en garde sur les potentiels déboires d'une telle fiscalité²³³⁵. Elle doit nécessairement poursuivre un objectif d'intérêt général, sans quoi elle pourrait porter atteinte au principe d'égalité devant l'impôt, et inciter à l'adoption de pratiques conformes si elle ne veut pas produire des effets pervers et engendrer la désincitation au traitement de données. De plus, la mise en place d'une telle fiscalité ne saurait être lancée au grand galop dès ses prémices. Les données étant encore mal appréhendées par l'économie, la comptabilité et le Droit fiscal, il apparaîtrait pertinent de créer un nouveau cadre fiscal de manière expérimentale et avec une application, durant cette phase expérimentale, uniquement pour les gros contribuables.

2. Imposition des données : potentiel vecteur d'innovation au sein des territoires d'intelligences

231. - La fiscalité des données au service de l'innovation.

Le rapport Colin et Collin souligne que ses propositions relatives à la taxation des activités liées aux données n'ont pas pour objectif l'imposition de la collecte de données en tant que telle, mais visent

²³³⁰ Mattatia F., Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on envisager un régime spécifique ?, RLDI 2015

²³³¹ Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, op. cit. p. 129 et s.

²³³² Ibid. Colin N., Collin P.

²³³³ Ibid. Colin N., Collin P.

²³³⁴ Ibid. Colin N., Collin P.

²³³⁵ Ibid. Colin N., Collin P.

davantage à la création d'une fiscalité incitative poursuivant quatre objectifs d'intérêt général, à savoir « renforcer la protection des libertés individuelles ; favoriser l'innovation sur le marché de la confiance numérique ; encourager l'émergence de nouveaux services au bénéfice des utilisateurs ; générer des gains de productivité et de la croissance »²³³⁶. Comme le souligne Céline Castets-Renard, « lier la fiscalité à la collecte et l'exploitation des données est une approche neutre et durable au regard des modèles d'affaires, des technologies et des stratégies de localisation des entreprises »²³³⁷. Le rapport Colin et Collin souligne que l'objectif d'une telle taxation est la convergence de la protection des données et le développement économique lié aux données.

232. - La fiscalité des données au service de la protection de la vie privée.

Les études prônant l'imposition de l'exploitation des données arguent que la fiscalité pourrait constituer un outil incitatif à une exploitation de données plus respectueuse de la vie privée²³³⁸. La protection des libertés individuelles fait partie des quatre objectifs d'intérêt général que devrait poursuivre la taxation des activités liées aux données selon le rapport Colin et Collin²³³⁹. C'est d'ailleurs celui qui incarne le mieux l'analogie faite entre une imposition des entreprises pratiquant un suivi régulier et systématique de l'activité et la logique « pollueur-payeur »²³⁴⁰. En effet, selon le rapport Colin et Collin, appliquer un principe « prédateur-payeur » dans ce domaine ne constituerait pas une exonération au respect du droit à la vie privée, mais viserait à taxer les acteurs se cantonnant à une application formelle des textes en matière de protection des données et par la même occasion une « captation exclusive des données qu'elles collectent »²³⁴¹.

Ce mécanisme fiscal apparaît alors comme complémentaire à la réglementation relative aux données à caractère personnel, invitant les entreprises à montrer patte blanche en matière de protection de la vie privée. Les bonnes pratiques en la matière pourraient se matérialiser par une effectivité renforcée des droits des personnes concernées²³⁴². Un exemple de bonne pratique pourrait ainsi être la mise en place des éléments techniques et organisationnels garantissant la mise en œuvre du droit à la portabilité²³⁴³, voire d'une portabilité citoyenne²³⁴⁴.

233. - La fiscalité des données au service de la concurrence.

²³³⁶ Ibid. Colin N., Collin P.

²³³⁷ Castets-Renard C., De quelques défis fiscaux posés par l'économie numérique, op. cit.

²³³⁸ Charrié J., Janin L., Charrié J., Janin L., Fiscalité du numérique, op. cit. : « Les modèles d'affaires des entreprises du numérique sont fondés sur l'exploitation, parfois excessive du point de vue des utilisateurs, des données personnelles. La fiscalité peut être un outil incitatif pour la diminuer. » ; Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, op. cit.

²³³⁹ Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁴⁰ Ibid. Colin N., Collin P. : « Il s'agit d'instituer, vis-à-vis des entreprises qui pratiquent un suivi régulier et systématique de l'activité de leurs utilisateurs, un principe similaire à celui du « pollueur-payeur » qui sous-tend la fiscalité environnementale. »

²³⁴¹ Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁴² Ibid. Colin N., Collin P. : Le rapport Colin et Collin cite en 2013 plusieurs bonnes pratiques, telles que « des pratiques consistant à informer de manière complète l'utilisateur sur la nature des données collectées – notamment ses traces de navigation-, à recueillir son consentement de manière claire et accessible, à prévoir une fonctionnalité d'accès bien intégrée à l'interface, à rendre l'interface lisible par des agents logiciels pour la protection des données personnelles ».

²³⁴³ Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁴⁴ Cnil.fr, Cahiers IP n° 05, La plateforme d'une ville, Les données personnelles au cœur de la fabrique d'une ville, 2017.

La fiscalité du numérique peut permettre de « ménager les conditions d'une saine concurrence entre les entreprises de l'économie numérique »²³⁴⁵. En effet, « la fiscalité, partie intégrante des conditions d'exercice de la concurrence, peut avoir pour effet de renforcer les positions dominantes »²³⁴⁶. Les structures occupant une position dominante sont davantage en capacité de réduire leur taux effectif d'imposition²³⁴⁷ et la délicate application des règles actuelles en matière numérique facilite ce type de pratiques, comme en atteste notamment l'imposition des GAFAM en France. Cela peut conduire à une concurrence faussée entre les géants du numérique et, d'une part, les entreprises n'étant pas dans le secteur numérique²³⁴⁸, et d'autre part, les nouveaux entrants sur le marché numérique. Cette dernière est exacerbée par la captation exclusive de données réalisée par les acteurs en position dominante sur les marchés numériques²³⁴⁹.

La mise en place d'une fiscalité sur les données pourrait contribuer à limiter l'ancrage des positions dominantes dans le domaine du numérique et les abus qui peuvent y être associés. En premier lieu, l'application d'un principe « prédateur-payeur »²³⁵⁰ en matière d'exploitation de données permet la taxation des entreprises exerçant une forme de captation exclusive des données²³⁵¹. En deuxième lieu, la mise en place d'une fiscalité sur les données à partir d'un certain seuil pourrait rééquilibrer la fiscalité entre les grands acteurs implantés sur un marché et les nouveaux entrants qui seraient alors exonérés dans un premier temps de cette taxation. Faire de l'impôt sur l'exploitation de données un impôt personnel pourrait ainsi favoriser une concurrence saine sur les marchés liés au numérique. En troisième lieu, les informations relatives à l'exploitation des données répertoriées dans les déclarations fiscales, y compris pour les entreprises bénéficiant d'une exonération, pourraient être partiellement communiquées aux autorités de concurrence afin que ces dernières puissent contrôler plus efficacement les fusions et acquisitions dans les domaines numériques, la méthode des seuils de notification n'étant pas toujours pertinente à l'ère des données.

234. - La fiscalité des données au service de l'ouverture des données.

L'imposition sur l'exploitation des données pourrait également bénéficier à l'ouverture des données. Elle pourrait permettre une concrétisation effective des mécanismes d'incitation fiscale en faveur de l'ouverture des données évoqués par l'OCDE²³⁵². Ainsi, l'ouverture des données du secteur privé aurait pu être un des objectifs poursuivis par la mise en place de cette fiscalité, au même titre que la protection des données. Cependant, portant sur des données à caractère personnel, l'anonymisation des données concernées par cet impôt ou l'obtention des personnes concernées auraient été nécessaires à son ouverture. Or, outre son coût pour l'entreprise, l'effectivité de l'anonymisation devrait probablement faire l'objet d'un contrôle de l'administration fiscale qui représenterait également un coût important. Concernant le consentement de la personne concernée, il serait délicat à obtenir, nécessiterait des mesures complémentaires pour le responsable de traitement et surtout il n'apparaîtrait pas

²³⁴⁵ Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁴⁶ Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁴⁷ Charrié J., Janin L., Fiscalité du numérique, op. cit. : « Ces pratiques et contournements ont permis aux entreprises numériques de s'imposer face aux entreprises nationales, grâce à un avantage comparatif indéniable. (...) On peut dès lors s'interroger sur le meilleur moyen de favoriser la concurrence et l'innovation à long terme. »

²³⁴⁸ Vie-publique.fr, Eclairage, Fiscalité : les enjeux soulevés par l'économie numérique, 25 oct. 2019.

²³⁴⁹ Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁵⁰ Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁵¹ Castets-Renard C., De quelques défis fiscaux posés par l'économie numérique, op. cit.

²³⁵² Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, op. cit.

nécessairement conforme à la logique de protection des données évoquée ci-dessus ainsi qu'à la réglementation actuelle en matière d'ouverture des données qui limite celle-ci en matière de données à caractère personnel.

Une solution alternative aurait pu être une réduction de l'impôt sur l'exploitation des données au titre de l'ouverture d'autres données, à l'instar de la réduction d'impôt appliquée à l'impôt sur le revenu au titre des dons. Cela permettrait l'ouverture de données détenue par le secteur privé sur la base du volontariat tout en laissant la possibilité au législateur et à l'administration fiscale de poser des critères d'éligibilité garantissant la portée de cette ouverture, par exemple en imposant une ouverture dans un format structuré, facilement lisible par machine, voire interopérable.

B. La délicate imposition des données

À l'instar des autres spécialités du Droit, la fiscalité n'échappe pas au tsunami juridique causé par le numérique et doit s'adapter pour ne pas se laisser submerger. Surfer sur la vague numérique est un sport dangereux auquel s'attèlent les fiscalistes en néoprène. Après avoir passé la barre, ils ont analysé la lame et les périodes²³⁵³ avant d'exécuter leur *take off*²³⁵⁴. Ils se jettent dans ce *tube* infernal, adaptant les anciennes techniques (1.) et armés de nouvelles (2.), espérant retrouver à la sortie un nouveau rivage fiscal redessiné par l'écume du numérique qui s'échoue sur la plage.

1. Adaptation des règles existantes : l'exemple de la territorialité de l'impôt sur les sociétés

235. - La notion d'établissement stable : l'administration fiscale désarmée face à l'optimisation fiscale pratiquée en matière d'impôt sur les sociétés.

La notion d'établissement stable a vocation à taxer dans le pays où la valeur est produite²³⁵⁵. Incarnant une vision matérialiste de l'économie²³⁵⁶, elle a été établie autour de la présence de locaux et de personnes²³⁵⁷. Cependant, comme évoqué précédemment, dans le domaine immatériel, la création de valeur n'est pas nécessairement liée aux locaux et aux personnes²³⁵⁸. Cela conduit à la délicate question mise en exergue par Franck Locatelli « Où centrer cette valeur : au lieu d'innovation, de production ou bien d'utilisation ? »²³⁵⁹. Si le maintien en l'état de la notion d'établissement stable, incarnant un

²³⁵³ Rapp. OCDE, 8 oct. 1998, Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique.

²³⁵⁴ Proposition dir. (COM) n° 2018/073, 21 mars 2018 ; Proposition dir.(COM) n° 2018/072, 21 mars 2018 ; L. n° 2019-759, 24 juill. 2019.

²³⁵⁵ Bouchard J.C., Locatelli F., Bechade A.-S., Économie numérique : vers une taxation sans frontières ?, NF 2018.

²³⁵⁶ CNum, rapp., sept. 2013, Concertation sur la fiscalité du numérique, p.75.

²³⁵⁷ Castets-Renard C., De quelques défis fiscaux posés par l'économie numérique, op. cit.

²³⁵⁸ Ibid. Castets-Renard C.

²³⁵⁹ Ibid. Bouchard J.C., Locatelli F., Bechade A.-S.

gage de sécurité juridique²³⁶⁰, a semblé pertinent dans un premier temps²³⁶¹, il est progressivement apparu indéniable qu'elle ne pouvait plus « jouer son rôle de garde-fou »²³⁶² à l'ère du numérique²³⁶³. L'analyse traditionnelle de la notion d'établissement stable²³⁶⁴, oscillant entre sa vision substantia-liste²³⁶⁵ et sa vision formaliste²³⁶⁶, ne garantit pas une plus grande sécurité juridique et ses contours matérialistes la rendent inappropriée à la création de valeur par des activités immatérielles. La volonté d'éviter la double imposition qui a guidé la fiscalité internationale a atteint son paroxysme à l'ère du numérique en conduisant à une double exonération²³⁶⁷. Cette notion a conduit l'administration fiscale à donner des coups d'épée dans l'eau face aux acteurs du numérique, comme en atteste notamment l'affaire Google.

La théorie du cycle commercial complet²³⁶⁸ dégagée par jurisprudence²³⁶⁹ aurait pu venir appuyer l'administration fiscale et le juge, mais elle est « neutralisée par les conventions fiscales »²³⁷⁰. Reste alors à l'administration fiscale et au Droit prétorien la notion d'établissement stable face aux optimisations fiscales mises en place par Apple²³⁷¹, Amazon²³⁷², Facebook²³⁷³, Microsoft²³⁷⁴ et Google protégés par les tristement célèbres « Double irlandais et sandwich hollandais »²³⁷⁵. C'est donc en David que l'administration fiscale et le juge français se sont présentés aux Goliath du numérique. L'administration fiscale a lancé l'assaut face à Google en le soumettant à un redressement fiscal à hauteur de 1,115 milliard d'euros. Cependant, le tribunal administratif de Paris²³⁷⁶ et la Cour administrative d'appel de

²³⁶⁰ JO, 30 juill. 2001, p. 4395 : Réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à la question écrite de M. O. Chazeaux sur la réglementation fiscale en matière de commerce électronique : « la France entend continuer à présumer, qu'à défaut de la présence sur place de personnel d'exploitation un serveur ne joue en général qu'un rôle préparatoire ou auxiliaires dans le fonctionnement de l'entreprise et ne peut donc constituer un établissement stable. Ce critère de la présence humaine ne sera écarté par l'administration que dans des situations exceptionnelles (...). Cette solution présente le mérite d'offrir le maximum de sécurité juridique aux entreprises qui souhaitent développer leur activité sur le réseau Internet »

²³⁶¹ Rapp. OCDE, juin 2004, Les règles d'imposition des bénéficiaires des entreprises qui sont prévues par les conventions fiscales actuelles conviennent-elles au commerce électronique?.

²³⁶² Boudet J.-F., Nouvelles technologies et fiscalité vers un « e-contrat fiscal » ?, RFAP 2013.

²³⁶³ CNum, rapp., sept. 2013, Concertation sur la fiscalité du numérique, p.75. » Cette définition est dépassée et inadaptée au numérique, car ce qui hier était matériel est aujourd'hui immatériel, ceux qui hier étaient salariés, sont aujourd'hui utilisateurs et ne peuvent être considérés comme un établissement stable en tant que tel. »

²³⁶⁴ CE, 12 mars 2010, n° 307235.

²³⁶⁵ Ibid. Bouchard J.C., Locatelli F., Bechade A.-S.

²³⁶⁶ CE, 31 mars 2010, n° 304715 ; Ibid. Bouchard J.C., Locatelli F., Bechade A.-S.

²³⁶⁷ CNum, rapp., sept. 2013, loc. cit. p.15.

²³⁶⁸ Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, op. cit. p. 27: « Il a jugé qu'une telle société qui réalisait en France un « cycle complet d'activités », devrait être regardée comme « une entreprise exploitée en France » au sens du code général des impôts, dont le bénéfice était taxable en France »

²³⁶⁹ CE, 13 juill. 1968 RMC.

²³⁷⁰ CNum, rapp., sept. 2013, Concertation sur la fiscalité du numérique, p.75.

²³⁷¹ Duhigg C., Kocieniewski D., How Apple Sidesteps Billions in Taxes, *Nytimes.com*, 28 avr. 2012.

²³⁷² Griffiths I., Amazon: 7 billions £ sales, no UK corporation tax, *Theguardian.com*, 4 avr. 2012.

²³⁷³ Wood R. W., Facebook Mirrors Google's Offshore Tax Scheme, *Forbes.com*, 27 déc. 2012.

²³⁷⁴ Keena C., Irish subsidiaries helped Microsoft reduce US tax bill by €1.87bn in 2011, *Irishtimes.com*, 22 déc. 2012.

²³⁷⁵ Ibid. Colin N., Collin P. : « Le "double irlandais" et "sandwich néerlandais" est une stratégie d'optimisation fiscale mise en œuvre par des groupes américains, qui fait intervenir trois territoires distincts : l'Irlande, les Pays-Bas et un paradis fiscal ne pratiquant pas ou peu d'imposition de bénéfices (les Bermudes, les Iles Caïmans ou Gibraltar. (...)) La société irlandaise contrôle une autre filiale établie en Irlande (« double irlandais ») qui réalise les ventes en dehors des États-Unis et enregistre le chiffre d'affaires lié. Cette seconde filiale annule en général l'essentiel de ses bénéfices via le paiement d'une redevance de propriété intellectuelle à l'établissement stable de sa maison-mère localisé dans le paradis fiscal. Cette redevance transite par les Pays-Bas (« sandwich néerlandais ») pour bénéficier des clauses favorables de la convention fiscale conclue entre l'Irlande et les Pays-Bas et de l'absence de retenue à la source observée par les Pays-Bas y compris lorsque l'État d'établissement de la contrepartie – ici l'établissement stable exerçant les fonctions entrepreneuriales de la société de droit irlandais- est un paradis fiscal. »

²³⁷⁶ TA Paris, 12 juill. 2017, n° 1505113.

Paris²³⁷⁷ ont dû admettre que « la société Google Ireland Limited ne dispose pas en France d'un établissement stable, au sens de la convention franco-irlandaise »²³⁷⁸. Google, bien qu'en position de force, a accepté de verser un peu moins d'un milliard d'euros pour solder ses contentieux judiciaires et fiscaux²³⁷⁹. Si l'État français a gagné une bataille, la justice fiscale n'a pas gagné la guerre. En effet, Google a rendu les armes pour des raisons plus liées à son image²³⁸⁰ que juridiques et n'a pas laissé l'opportunité au Conseil d'État de l'achever en rendant un arrêt de principe permettant l'application de la notion d'établissement stable à son cas. L'administration fiscale et le juge avaient encore une épée de Damoclès au-dessus de la tête que seul le législateur semblait pouvoir leur retirer.

236. - La notion de présence numérique significative : fer de lance de la réforme de la fiscalité du numérique au niveau supranational.

L'évolution de la notion d'établissement stable s'est progressivement imposée comme une nécessité, tant au niveau national²³⁸¹, européen qu'international. Il est rapidement apparu évident que cette réforme ne pouvait pas être effectuée à l'échelle nationale et qu'il était « indispensable d'entamer des négociations à l'échelon européen et au sein de l'OCDE pour obtenir la modification des règles de la répartition du pouvoir d'imposer [passant] par une définition de l'établissement stable propre à l'économie numérique »²³⁸². La notion de présence numérique significative est ainsi devenue le fer de lance de la réforme de la fiscalité du numérique au niveau supranational, défendue ardemment par l'OCDE et concrétisée par l'Union européenne. La France a exprimé sa volonté de participer au combat mené en la matière au sein de ses instances²³⁸³.

L'OCDE a présenté de nombreux rapports défendant avec une grande conviction l'inscription de la notion de présence numérique significative au champ des possibles des fiscalistes²³⁸⁴. Comme le soulignent Annabelle Bailleul-Mirabaud et Rosemary Billard-Moalic, le discours de l'OCDE bien qu'emportant l'adhésion de la majorité de ses pays membres est pris de court par le désir « de certains États, notamment européens, d'agir rapidement, commandant l'instauration de mesures unilatérales »²³⁸⁵. Afin d'éviter la multiplication de mesures unilatérales au sein de l'Union européenne²³⁸⁶, la Commission européenne a pris le sujet à bras le corps et a publié en 2018 deux propositions de directives portant sur la fiscalité du numérique²³⁸⁷ dont une portant spécifiquement sur les règles d'imposition

²³⁷⁷ CAA Paris, 25 avr. 2019, n° 17PA03067.

²³⁷⁸ CAA Paris, loc. cit. cons. 17.

²³⁷⁹ Feuerstein I., Pourquoi Google a fini par plier face à l'État français, Lesechos.fr, 12 sept. 2019.

²³⁸⁰ Ibid. Feuerstein I.

²³⁸¹ CNum, rapp., sept. 2013, Concertation sur la fiscalité du numérique : « Proposition 1: l'évolution de la notion d'établissement stable, au cœur des négociations actuelles au sein de l'OCDE, doit impérativement intégrer la « présence digitale » dans les nouveaux modèles de cycles commerciaux, qui font transiter de la valeur par l'échange d'actifs incorporels et les prix de transfert. Ces évolutions doivent être entreprises rapidement pour lutter au mieux contre les phénomènes d'optimisation agressive donnant lieu à des situations de double exonération fiscale. » ; Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, op. cit. p. 2.

²³⁸² Ibid. Colin N., Collin P.

²³⁸³ Economie.gouv.fr, Rapport sur la fiscalité du secteur numérique, 2013 : Le gouvernement a indiqué sa volonté d'« agir résolument, au sein du G20, de l'OCDE et de l'Union européenne, pour adapter les règles internationales de l'imposition des bénéficiaires aux réalités de l'économie numérique, notamment en faisant évoluer la définition de l'établissement stable. »

²³⁸⁴ Rapp. OCDE et G20, 5 oct. 2015, Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable, Action 7.

²³⁸⁵ Bailleul-Mirabaud A., Billard-Moalic R., Fiscalité de l'économie numérique : l'UE prend le pas sur l'OCDE (provisoirement ?), LEXplicité 2018.

²³⁸⁶ Ibid. Bailleul-Mirabaud A., Billard-Moalic R.

²³⁸⁷ Proposition dir. (COM) n° 2018/073, 21 mars 2018 ; Proposition dir.(COM) n° 2018/072, 21 mars 2018.

des sociétés ayant une présence numérique significative²³⁸⁸. Elle précise que la notion de présence numérique significative est complémentaire à celle d'établissement stable et qu'elle vise à établir un lien imposable dans une juridiction²³⁸⁹. Elle prévoit trois critères afin de déterminer l'« empreinte numérique » d'une entreprise dans une juridiction à savoir : « les produits tirés de la fourniture de services numériques, le nombre d'utilisateurs de services numériques ou le nombre de contrats pour un service numérique »²³⁹⁰. Constatant que cette proposition de directive n'aboutissait pas, le législateur français a également tenté d'introduire la notion de présence numérique significative avec la proposition de loi n°1748 du 6 mars 2019²³⁹¹ et avec un amendement présenté dans le cadre de la loi de finance rectificative pour 2022²³⁹². Il ne rencontrera pas plus de succès.

237. - La protection des données à caractère personnel : potentiel dommage collatéral de la consécration de la présence numérique significative.

Bien que s'inscrivant dans une logique vertueuse, la consécration de la notion de présence numérique significative accompagnée de la mise en place d'une taxation spécifique aux activités numériques, pourrait produire des effets pervers. En effet, « les entreprises du numérique ont menacé de délocaliser leurs activités des territoires qui se montreraient trop taxateurs de leurs profits et/ou trop curieux dans l'appréhension et l'exploitation des données personnelles qu'elles détiennent »²³⁹³.

À ce titre, la protection des données à caractère personnel pourrait être une victime collatérale de la guerre froide menée actuellement entre les États européens et les géants du numérique. Bien que cela soit aux antipodes des objectifs poursuivis par le législateur, particulièrement au titre de la TSN et de la taxe GAFA, la taxation sur les activités numériques pourrait porter préjudice aux personnes concernées ressortissantes de pays européens. En effet, les principaux acteurs de l'économie numérique sont américains et une taxation trop importante pour les activités numériques réalisées au sein de l'Union européenne pourrait les inciter à relocaliser leurs activités numériques aux États-Unis. Une telle éventualité rendrait inopérante la réforme européenne liée à la notion d'établissement stable et pourrait conduire à un plus grand nombre de traitements de données à caractère personnel directement aux États-Unis. La masse de données d'opérateurs soumis au Cloud Act²³⁹⁴ américain « prenant compte notamment de la nature et du degré de "contact" avec les États-Unis »²³⁹⁵, se verrait alors potentiellement élargie.

2. Mise en place de nouvelles règles : la création d'une imposition liée aux données

238. - La taxation relative aux données : un impôt sur les activités.

Une imposition de la collecte et l'exploitation de données devrait-elle être mise en place au titre du patrimoine, des activités ou des dépenses ? La mise en place d'une taxation des données au titre du

²³⁸⁸ Proposition dir.(COM) n° 2018/072 du Cons., 21 mars 2018, établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative.

²³⁸⁹ Proposition dir.(COM) n° 2018/072, loc. cit. art 4.

²³⁹⁰ Ibid. Proposition dir.(COM) n° 2018/072.

²³⁹¹ Proposition de loi n° 1748, 6 mars 2019.

²³⁹² L'amendement n° 329, présenté par MM. Bocquet, Savoldelli et les membres du groupe communiste républicain citoyen et écologiste.

²³⁹³ Le Lamy Optimisation Fiscale de l'Entreprise, n° 102.

²³⁹⁴ États-Unis : Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, 2018.

²³⁹⁵ Gosse N., Mariez J.-S., Le Cloud Act américain est-il compatible avec le RGPD européen ?, MindMedia.fr, 31 janv. 2019.

patrimoine pourrait sembler pertinente de différents points de vue et ne se limiterait pas nécessairement au patrimoine des entreprises permettant une taxation extensive en matière de données. Elle trouverait un écho particulier à l'aune de la jurisprudence relative au patrimoine informationnel²³⁹⁶ et de la consécration du droit sur les données post mortem²³⁹⁷ et avec lui de l'héritage de données²³⁹⁸. Cependant, une taxation des données au titre du patrimoine ne saurait être retenue. Celle-ci renverrait à la difficile question de la valorisation des données ou risquerait de porter atteinte au principe d'égalité devant l'impôt si elle était assise sur la quantité de données détenues²³⁹⁹. La création d'un impôt sur les dépenses en matière de données n'apparaît pas pertinente non plus, l'achat de données pouvant d'ores et déjà être taxé au titre de la TVA. Un taux particulier de TVA pourrait être mis en place afin de décourager ce type de pratiques, mais cela ne permettrait qu'une approche très ciblée de la fiscalité en matière de données et pourrait produire des effets pervers. Cela pourrait notamment inciter à une collecte intempestive de données auprès des personnes concernées afin d'éviter l'achat de données, quitte à méconnaître le principe de licéité, loyauté et transparence du traitement²⁴⁰⁰.

Les législateurs français et européens auront retenu une taxe sur les activités. Au niveau communautaire, la proposition de directive concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques prévoit que les produits imposables au titre de la taxe sur les services numériques sont « (a) le placement sur une interface numérique de publicités ciblant les utilisateurs de cette interface; (b) la mise à disposition des utilisateurs d'une interface numérique multifaces qui permet aux utilisateurs de trouver d'autres utilisateurs et d'interagir avec eux, et qui peut aussi faciliter la réalisation de fournitures sous-jacentes de biens ou services directement entre les utilisateurs; (c) la transmission de données recueillies au sujet des utilisateurs et générées à partir de leurs activités sur les interfaces numériques »²⁴⁰¹. En France, la loi du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés²⁴⁰² met en place la taxation, aussi appelée taxe GAFA, sur deux types d'activités numériques caractérisées par « la part importante de la participation des internautes

²³⁹⁶ Saint-Aubin T., Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data) Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel, RLDI 2014.

²³⁹⁷ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 40-1.-I.

²³⁹⁸ Fontaine M., Il va falloir valoriser ces actifs immatériels que constituent les données et, éventuellement, les fiscaliser, RLDC 2017 « C'est une excellente question. En réalité, on a surtout une problématique de support. Les difficultés de valorisation des actifs dans une succession, sont courantes. Quand vous trouvez un manuscrit qui appartient à une personne décédée, qui est un auteur plus ou moins connu, se pose la question de la valorisation de ce document. Quand vous avez une toile qui est présente dans une succession, se pose, là aussi, la question de l'estimation de sa valeur. C'est la même chose pour les éléments immatériels. C'est vrai que l'on a tout à créer, en réalité. Ces nouvelles questions vont nécessairement se poser à nous. Il va falloir valoriser ces actifs immatériels que constituent les données et, éventuellement, les fiscaliser, parce qu'il y a aussi, bien évidemment, des enjeux fiscaux derrière ces transferts de patrimoine. »

²³⁹⁹ Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, op. cit. p. 131 : Le rapport souligne, concernant une fiscalité sur les données pour les sociétés, que « il ne peut s'agir d'une fiscalité indirecte assise sur la quantité de données collectées par les entreprises. Un tel prélèvement ne respecterait qu'une partie des critères énoncés plus haut. En outre, il n'est pas assuré qu'il respecterait le principe d'égalité devant l'impôt, qui suppose que la charge fiscale incombant au contribuable soit en rapport avec sa capacité contributive. Toutes les données n'ont en effet pas la même valeur économique et la quantité de données récoltées n'est pas nécessairement révélatrice des profits que ces données permettent d'obtenir. Des écueils du même type que ceux rencontrés en cas de taxation en fonction de la bande passante risqueraient de ressurgir. »

²⁴⁰⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 5. « Les données à caractère personnel doivent être (...) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités; (...). »

²⁴⁰¹ Proposition dir. (COM) n° 2018/073, 21 mars 2018, art 3.

²⁴⁰² L. n° 2019-759, 24 juill. 2019.

à la création de valeur »²⁴⁰³. Les services pouvant être taxés au titre de la taxe GAFA sont, d'une part, certaines activités de « mise à disposition, par voie de communications électroniques, d'une interface numérique qui permet aux utilisateurs d'entrer en contact avec d'autres utilisateurs et d'interagir avec eux, notamment en vue de la livraison de biens ou de la fourniture de services directement entre ces utilisateurs »²⁴⁰⁴ et, d'autre part, certains « services commercialisés auprès des annonceurs, ou de leurs mandataires, visant à placer sur une interface numérique des messages publicitaires ciblés en fonction de données relatives à l'utilisateur qui la consulte et collectées ou générées à l'occasion de la consultation de telles interfaces »²⁴⁰⁵.

239. - TSN et la taxe GAFA : les données au cœur des activités visées.

Comme évoqué précédemment, la proposition de taxe numérique européenne porte sur trois types d'activités dont deux, l'intermédiation et le ciblage publicitaire, se retrouvent dans la taxe GAFA à la française. L'intermédiation et le ciblage publicitaire, bien que ne portant pas exclusivement sur le traitement de données à caractère personnel, lui sont intimement liés. Si ces deux activités sont principalement taxées au titre du travail gratuit des utilisateurs, on ne saurait ignorer leur lien avec la protection des données. En effet, les plateformes d'intermédiation collectent et partagent entre utilisateurs les coordonnées de leurs utilisateurs et le ciblage publicitaire est généralement fondé sur le profilage de la personne concernée. Ainsi, si ces deux pans de la proposition de taxe sur les services numériques et de la taxe GAFA ne portent pas directement sur le traitement de données en tant que tel, ils s'inscrivent dans une logique vertueuse de traitement des données et trouvent un écho particulier dans la réglementation en matière de protection des données. Par exemple, le ciblage publicitaire entretient un lien étroit avec le régime spécifique au profilage du RGPD²⁴⁰⁶, à l'encadrement du ciblage publicitaire avec le projet de règlement²⁴⁰⁷ destiné à remplacer la directive e-privacy²⁴⁰⁸ et avec la position de la CNIL concernant ce type de ciblage²⁴⁰⁹.

En outre, la proposition de taxe numérique européenne prévoit une taxation pour la transmission de données recueillies au sujet des utilisateurs et générées à partir de leurs activités sur les interfaces numériques qui n'est pas reprise par le législateur français.

240. - TSN et taxe GAFA : Assiette, seuil et taux d'imposition.

La taxe GAFA est assise sur le montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, des sommes encaissées par le redevable, lors de l'année au cours de laquelle la taxe devient exigible, en contrepartie d'un service taxable fourni en France²⁴¹⁰.

L'Union européenne et la France ont fait le choix de limiter aux gros acteurs du numérique comme le souligne le seuil d'imposition à la TSN et à la taxe GAFA. En effet, la proposition de directive instaurant la TSN prévoit que celle-ci s'applique à lorsque deux seuils sont dépassés de manière cumulative, à

²⁴⁰³ Anonyme, Taxe GAFA : la loi est publiée, Les nouvelles fiscales, 15 sept. 2019.

²⁴⁰⁴ CGI, art. 299.-I.-II.-II.-1°.

²⁴⁰⁵ CGI, art. 299.-I.-II.-II.-2°.

²⁴⁰⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 22.

²⁴⁰⁷ Proposition règl. (COM) n° 2017/0003, 2017, concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »).

²⁴⁰⁸ Dir. (CE) n° 2002/58, 12 juill. 2002.

²⁴⁰⁹ Cnil.fr, Ciblage publicitaire en ligne : quel plan d'action de la CNIL ?, 28 juin 2019.

²⁴¹⁰ CGI, art. 299 quater.-I.

savoir que « le montant total des produits au niveau mondial déclaré par l'entité pour le dernier exercice complet pour lequel un état financier disponible dépasse 750 000 000 EUR; et le montant total des produits imposables générés par l'entité dans l'Union durant cet exercice dépasse 50 000 000 EUR »²⁴¹¹. La France base ses seuils sur le montant des sommes encaissées en contrepartie des services taxables lors de l'année civile précédant celle mentionnée et fixe également deux seuils cumulatifs : un premier similaire à celui de la TSN à 750 millions euros au titre des services fournis au niveau mondial et un second de 25 millions d'euros au titre des services fournis en France²⁴¹².

La France a également suivi la lignée de la proposition de directive européenne en fixant, comme cette dernière²⁴¹³, un taux d'imposition à 3% de l'assiette²⁴¹⁴.

Section 3. Protéger l'innovation liée aux données par la cybersécurité

La cybersécurité est à la jonction des visions divergentes de la donnée. Elle veille au maintien du secret des affaires autant qu'elle chaperonne les données à caractère personnel et patronne les systèmes d'information garants de services publics. Indépendamment, chacun des mouvements juridiques liés aux données de saurait avancer sans elle. Collectivement, les acteurs de la donnée ne sauraient coopérer sans elle. Elle assure la création collaborative d'innovation, en instaurant un climat de confiance entre les acteurs, ainsi que la protection de l'innovation, en limitant les atteintes aux services innovants. Fédératrice à tout point de vue, la cybersécurité est progressivement devenue un des domaines de prédilection du législateur (§1.). Cependant, l'articulation des réglementations en matière de cybersécurité entre elles, mais aussi avec les autres domaines juridiques est relativement vaporeuse. En outre, afin d'éviter que ces réglementations ne tombent en désuétude à chaque évolution technologique, elles sont empreintes d'un certain laxisme, se contentant généralement de poser de grands principes sans nécessairement entrer dans les détails techniques. Les difficultés liées à la conformité en matière de cybersécurité dénotent la perfectibilité du cadre juridique en matière de cybersécurité (§2.).

§1. La mise en place d'un cadre juridique en matière de cybersécurité liée aux données

La prise de conscience des risques en matière de cybersécurité, et surtout des conséquences potentiellement dramatiques d'une faille de sécurité, a conduit à la consécration d'un cadre juridique en

²⁴¹¹ Proposition dir. (COM) n° 2018/073, 21 mars 2018.

²⁴¹² CGI, art. 299.-I.-II.-III.

²⁴¹³ Proposition dir. (COM) n° 2018/073, loc. cit. art 8.

²⁴¹⁴ CGI, art. 299 quater.-I.

matière de cybersécurité liée aux données (A.) et à la mise en place d'obligations liées à cette dernière (B.).

A. Consécration d'un cadre juridique en matière de cybersécurité liée aux données

Les territoires d'intelligences présentent des spécificités qui les exposent particulièrement aux risques cyber. La conscience de ces risques étant amorcée (1.), le législateur s'est attelé à un travail d'horloger dans ce domaine (2.).

1. Prise de conscience des risques liés à la cybersécurité

241. - Les objets connectés : spécificité des territoires d'intelligences exposant davantage aux risques de cybersécurité.

Les territoires d'intelligences étroitement liés à l'Internet des objets se caractérisent, par leur dimensionnement, leur manque de maturité et les synergies qu'ils entretiennent entre le monde réel et le monde virtuel. En premier lieu, l'Internet des objets est marqué par un dimensionnement auquel nous ne sommes pas habitués. En effet, le nombre d'objets connectés en 2013 s'élevait à environ neuf millions et l'on en attend près de trente milliards en 2020²⁴¹⁵. Cette abondance d'objets connectés peut notamment être utilisée afin de mener des attaques par déni de service. Cela a notamment été le cas d'OVH, hébergeur, en septembre 2016, dont le service a été saturé grâce à l'utilisation par les pirates du réseau de caméras connectées²⁴¹⁶. En second lieu, l'Internet des objets est marqué par un manque de maturité certain, les objets connectés se voulant simples et petits et étant souvent conçus par *des start up*. Les acteurs concevant des objets connectés n'ont pas nécessairement conscience de l'ensemble des enjeux de sécurité, contribuant ainsi au manque de sécurité de ces objets. En troisième lieu, au sein de l'Internet des objets, le monde virtuel flirte avec le monde réel. Les menaces physiques sont alors multipliées, il ne suffit plus de sécuriser un serveur, il faut protéger chaque objet. Ainsi, les menaces en matière de sécurité des objets connectés sont à la fois celles de l'Internet classique et de problématiques nouvelles.

Hervé Lehning de l'Association des réservistes du Chiffre et de la Sécurité de l'Information a mis en exergue les multiples détournements possibles des objets connectés²⁴¹⁷. Ainsi, ils peuvent être des outils de pirates, par exemple avec la mise en place de réseaux zombies, c'est-à-dire en infectant un grand nombre de machines qui peuvent alors être utilisées par le pirate. Ils peuvent également constituer des têtes de pont, par exemple les pirates pourraient utiliser des objets connectés de santé reliés au réseau d'un hôpital avec pour objectif de pénétrer ce dernier réseau. Ils pourraient également directement faire l'objet de l'attaque. On pourrait par exemple imaginer de mauvaises informations

²⁴¹⁵ Guilleminot A., Cinq graphiques pour mesurer le boom des objets connectés, Lexpansion.lexpress.fr, 24 mai 2016.

²⁴¹⁶ Dumoulin S., OVH : ces cyberattaques dopées par des réseaux d'objets connectés, LesEchos.fr, 27 septembre 2016.

²⁴¹⁷ Bellanger-Trely M.-V., Vade-Mecum des objets connectés », Apssis.com, 2014.

envoyées par un pilulier connecté ou encore un cardiostimulateur connecté rendu inopérant à distance, pouvant ainsi causer la mort de son utilisateur.

242. - Les projets collaboratifs : spécificité des territoires d'intelligences exposant davantage aux risques de cybersécurité.

Les projets portés au sein des territoires d'intelligences se veulent de plus en plus collaboratifs. Si cela constitue une valeur ajoutée pour les porteurs de projets et les bénéficiaires des services qui en seront issus, le risque cyber s'en trouve accru. D'une part, la multitude d'acteurs autour de la table peut inciter, dans un idéal de transparence, à partager un maximum d'informations, dont des données. Le multihébergement de ces données et la multiplication des flux à cette fin exposent davantage les données aux cyberattaques si les moyens adéquats ne sont pas mis en place.

D'autre part, dans le cadre de cette coopération, des expérimentations auprès des citoyens sont de plus en plus régulièrement mises en place. Souvent, les délais de mise en place de ces expérimentations sont courts et portés par l'idée que le service va être amené à évoluer et à être amélioré. Dès lors, les moyens adéquats de protection ne sont pas toujours mis en œuvre dès le début, même si des données sont traitées.

2. Légifération en matière de cybersécurité

243. - Référentiel général de sécurité (2010) : cybersécurité pour les systèmes d'information mis en œuvre par les autorités administratives dans leurs relations entre elles et dans leurs relations avec les usagers.

Le référentiel général de sécurité (RGS)²⁴¹⁸ est amorcé par le décret n° 2010-112 du 2 février 2010²⁴¹⁹ pris pour l'application des articles 9, 10 et 12 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives²⁴²⁰. Sa version initiale, publiée par arrêté du Premier ministre le 6 mai 2010²⁴²¹, a été adaptée à l'état de l'art quelques années plus tard. Ainsi, la version 2.0 du RGS²⁴²², officialisée par arrêté du Premier ministre le 13 juin 2014²⁴²³ et ses délais de mise en œuvre prorogés par arrêté du Premier ministre du 10 juin 2015²⁴²⁴, est entrée en vigueur le 1er juillet 2014.

Le RGS s'adresse « spécifiquement aux systèmes d'information mis en œuvre par les autorités administratives dans leurs relations entre elles et dans leurs relations avec les usagers »²⁴²⁵. Comme le précise l'ANSSI, il a également vocation à s'appliquer indirectement « aux prestataires de services des autorités administratives qui les appuient dans la sécurisation des échanges électroniques et aux industriels proposant des produits de sécurité »²⁴²⁶.

²⁴¹⁸ Ssi.gouv.fr, Règlements, Le référentiel général de cybersécurité (RGS).

²⁴¹⁹ D. n° 2010-112, 2 févr. 2010.

²⁴²⁰ Ord. n° 2005-1516, 8 déc. 2005, art. 9, 10 & 12.

²⁴²¹ A., 6 mai 2010.

²⁴²² Ssi.gouv.fr, Règlements, Liste des documents constitutifs du RGS V2.0.

²⁴²³ A., 13 juin 2014.

²⁴²⁴ A., 10 juin 2015.

²⁴²⁵ Ssi.gouv.fr, Règlements, Le référentiel général de cybersécurité (RGS).

²⁴²⁶ Ibid. Ssi.gouv.fr.

Il offre aux publics concernés une méthodologie orientée autour de la « responsabilisation des autorités vis-à-vis de leurs systèmes d'information à travers la démarche d'homologation »²⁴²⁷ ainsi que des règles et bonnes pratiques pour certaines prestations spécifiques. Il s'attèle à l'intégration des règles et principes liés à « la description des étapes de la mise en conformité ; la cryptologie et à la protection des échanges électroniques ; la gestion des accusés d'enregistrement et des accusés de réception ; la qualification des produits de sécurité et des prestataires de services de confiance ; la validation des certificats par l'État »²⁴²⁸.

244. - Loi de programmation militaire (2013) : cybersécurité et cyberdéfense pour les opérateurs d'importance vitale.

Après la mise en place en du dispositif de « sécurité des activités d'importance vitale » en 2006, le livre blanc Défense et sécurité nationale de 2013²⁴²⁹ employait à son tour la notion d'opérateur d'importance vitale (OIV) et en faisant un enjeu clef de la Nation. La loi de programmation militaire du 18 décembre 2013 prévoit à son article 22²⁴³⁰ des mesures spécifiques au renforcement de la sécurité des systèmes d'information des OIV. Elle sera complétée en 2015 par deux décrets²⁴³¹ définissant les modalités d'application de son article 22 et par la mise en place de groupes de travail sectoriels afin de préciser les règles de sécurité et les délais d'application. Ces derniers proposèrent ensuite des réglementations adaptées aux secteurs d'activités qui se traduiront par la publication des arrêtés du Premier ministre puis l'entrée en vigueur de ces dispositions au 1^{er} juillet 2016.

L'article 22 de la LPM concerne les réseaux et systèmes d'information des OIV. Indirectement, il s'applique également aux prestataires de services des opérateurs d'importance vitale et aux industriels proposant des produits de sécurité.

L'article 22 directive de la LPM et les textes le précisant définissent les règles applicables en matière de gouvernance des réseaux et des systèmes d'information (RSI), de protection des RSI (sécurité de l'architecture, de l'administration ou encore physique et environnementale), de défense des RSI (détection des incidents, analyse des journaux, notification d'un incident de sécurité à l'ANSSI etc.) et de résilience des activités (par exemple la sauvegarde des données et la reprise d'activité).

245. - RGPD : cybersécurité pour les responsables de traitement de données à caractère personnel.

Comme évoqué précédemment, l'Union européenne s'est dotée d'une réglementation en matière de protection des données à caractère personnel. Initiée dans la seconde partie des années quatre-vingt-dix, avec la directive du 24 octobre 1995²⁴³², celle du 15 décembre 1997²⁴³³, elle s'est poursuivie avec celle du 12 juillet 2002²⁴³⁴. En 2010, le Conseil européen a invité la Commission européenne à conduire une étude approfondie sur les outils proposés par l'Union européenne en matière de protection des données²⁴³⁵, qui a conduit à deux propositions législatives : un règlement définissant un cadre général

²⁴²⁷ Ibid. Ssi.gouv.fr.

²⁴²⁸ Ibid. Ssi.gouv.fr.

²⁴²⁹ Defense.gouv.fr, Livre blanc Défense et sécurité nationale, Direction de l'information légale et administrative, 2013.

²⁴³⁰ L. n° 2013-1168, 18 déc. 2013, art. 22.

²⁴³¹ D. n° 2015-351, 27 mars 2015 ; D. n° 2015-350, 27 mars 2015.

²⁴³² Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995.

²⁴³³ Dir. (CE) n° 97/66, 15 déc. 1997, cons. 1.

²⁴³⁴ Dir. (CE) n° 2002/58, 12 juill. 2002, cons. 1.

²⁴³⁵ JOUE C n° 115, 4 mai 2010.

pour la protection des données et une directive relative à la protection des données à caractère personnel traitées à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, ainsi que d'activités judiciaires connexes²⁴³⁶. Suite à l'adoption du texte par le Parlement européen en mars 2014, à une orientation générale concernant le RGPD du Conseil en juin 2015, à une recommandation du Contrôleur européen de la protection des données en juillet 2015, à un accord du Parlement européen, du Conseil et de la Commission en décembre 2015, le RGPD est finalement voté définitivement le 27 avril 2016²⁴³⁷ et est en vigueur depuis le 25 mai 2018.

Le RGPD s'applique à tous les acteurs traitants des données à caractère personnel, qu'ils soient responsables de traitement (déterminant les finalités et les modalités du traitement) ou sous-traitant (traitant les données pour le compte d'un responsable de traitement). Il peut donc s'agir d'une personne publique (ex : collectivité territoriale, hôpital, université etc.) ou d'une personne privée (ex : entreprise, structure à but non lucratif etc.).

Le RGPD définit les grands principes applicables en matière de protection des données à caractère personnel, les droits des personnes concernées sur leurs données, les obligations des acteurs traitants des données, les modalités de contrôle de la CNIL ou encore les règles spécifiques au transfert de données hors de l'Union européenne. La majorité des règles qu'il comprend existaient déjà avec la loi informatique et libertés et les anciennes directives européennes. Cette réglementation a beaucoup fait parler d'elle en partie grâce à l'important renforcement des sanctions, particulièrement pécuniaires, que sa violation peut entraîner. Elle intervient en partie en matière de cybersécurité en prévoyant une section relative à la sécurité des données à caractère personnel²⁴³⁸.

246. - Directive NIS (2016) : cybersécurité et cybergdéfense pour les opérateurs de services essentiels et pour les fournisseurs de services numériques.

En 2013, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen entament des négociations relatives à la proposition de directive européenne NIS de la Commission européenne pour atteindre un accord en 2015. Les travaux de transpositions sont entamés en France en 2016 suite à l'adoption de la directive NIS le 6 juillet 2016²⁴³⁹. Suite à l'organisation des réunions du groupe de coopération et des CSIRTs nationaux et des consultations avec les organismes publics et privés nationaux, la loi de transposition de la directive NIS est adoptée le 26 février 2018²⁴⁴⁰. Elle sera complétée par le décret du 23 mai 2018²⁴⁴¹ et l'arrêté du 14 septembre 2018²⁴⁴².

La directive NIS s'applique aux réseaux et systèmes d'information des fournisseurs de services numériques (FSN) et des opérateurs de services essentiels (OSE). Dans le présent document, seules les règles applicables aux OSE seront développées. Indirectement, il s'adresse aux prestataires de services des FSN et des OSE et aux industriels proposant des produits de sécurité.

La directive NIS définit les règles applicables en matière de gouvernance des réseaux et des systèmes d'information (RSI), de protection des RSI (sécurité de l'architecture, de l'administration ou encore

²⁴³⁶ Proposition règl. (COM) n° 2012/0011, 25 janv. 2012.

²⁴³⁷ Edps.europa.eu, Législation, Évolution historique du règlement général sur la protection des données.

²⁴³⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 32 à 34.

²⁴³⁹ Dir. (UE) n° 2016/1148, 6 juil. 2016.

²⁴⁴⁰ L. n° 2018-133, 26 févr. 2018.

²⁴⁴¹ D. n° 2018-384, 23 mai 2018.

²⁴⁴² A., 14 sept. 2018.

physique et environnementale), de défense des RSI (détection des incidents, analyse des journaux, notification d'un incident de sécurité à l'ANSSI etc.) et de résilience des activités (par exemple la sauvegarde des données et la reprise d'activité).

B. Émergence d'obligations concernant la cybersécurité

Les différentes réglementations en matière de cybersécurité ont mis en place des obligations en matière de cybersécurité. Bien que distinctes, ces obligations connaissent de nombreux points de convergence qui peuvent être articulés autour des quatre axes proposés par la directive NIS : la gouvernance, la protection et la défense des réseaux et systèmes d'information ainsi que la résilience des activités. Nous étudierons dans un premier temps les obligations imposées en amont d'une faille de sécurité, c'est-à-dire en matière de gouvernance et de protection des réseaux et systèmes d'information (1.). Dans un second temps nous nous intéresserons aux obligations en cas de faille de sécurité, autrement dit en ce qui concerne la défense des réseaux et des systèmes d'information, ainsi que la résilience des activités (2.).

1. Obligations relatives à la gouvernance et à la protection des réseaux et systèmes d'information

247. - Obligations en matière de gouvernance de la sécurité des réseaux et systèmes d'information.

Les différentes réglementations touchant à la cybersécurité mettent en place des obligations en matière de gouvernance de la sécurité des réseaux et systèmes d'information. À ce titre, elles imposent notamment la désignation d'un représentant, la production de cartographies et la tenue de registres, la réalisation d'analyse de risques, la rédaction de politiques et de charte de sécurité et la mise en œuvre d'audits de la sécurité.

La désignation d'un représentant est imposée afin de faciliter la coordination avec les autorités de contrôle et de favoriser l'organisation en matière de cybersécurité au sein de la structure. À ce titre, la loi de programmation militaire et la directive NIS imposent la désignation d'un représentant auprès de l'ANSSI, la première pour les opérateurs d'importance vitale²⁴⁴³ (OIV) et la seconde pour les opérateurs de services essentiels²⁴⁴⁴ (OSE). Le RGS va également dans ce sens en prévoyant la nomination d'un responsable de la sécurité des systèmes d'information (RSSI), d'un officier de la sécurité des systèmes d'information et d'un correspondant SSI²⁴⁴⁵. Le RGPD poursuit le même objectif, mais nuance celui-ci

²⁴⁴³ C. défense, art. R. 1332-41-20 : « Chaque opérateur d'importance vitale désigne une personne chargée de le représenter auprès de l'ANSSI et lui transmet les coordonnées de celle-ci »

²⁴⁴⁴ D. n° 2018-384, 23 mai 2018, art. 5 : « Chaque opérateur de services essentiels désigne une personne chargée de le représenter auprès de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information pour toutes les questions relatives à l'application des dispositions prévues au présent chapitre »

²⁴⁴⁵ ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0 : « De préférence dirigée par un représentant de l'autorité administrative, cette organisation doit disposer des moyens matériels nécessaires à la réalisation de ses missions et de la capacité à gérer les risques, les crises ou les incidents qui pourraient en résulter. Le cas échéant, elle s'appuie sur une chaîne fonctionnelle SSI chargée de l'assister dans le pilotage, la gestion et le suivi

en imposant la désignation d'un délégué à la protection des données auprès de la CNIL²⁴⁴⁶ et non de l'ANSI et ne soumettant que certains responsables de traitement à cette obligation, notamment en fonction de la taille de la structure.

L'obligation de produire des cartographies et la tenue de registres trouve son origine dans la nécessité de connaître ses réseaux et systèmes d'information ainsi que ses opérations de traitement afin de pouvoir garantir leur sécurité de manière exhaustive et efficace. La loi de programmation militaire²⁴⁴⁷ et la directive NIS²⁴⁴⁸ imposent, respectivement aux OIV et aux OSE, d'établir et de tenir à jour la liste des systèmes d'information concernés par ces réglementations. Le RGS invite également à une plus grande connaissance des SI qui s'appuierait par exemple sur la cartographie des SI et la tenue d'un répertoire des interconnexions²⁴⁴⁹.

La réalisation d'analyses de risques permet de protéger au mieux les systèmes d'information en étudiant les risques, évaluant les mesures mises en place pour s'en prévenir et éventuellement en adaptant ces dernières pour qu'elles soient les plus efficaces possibles. La loi de programmation militaire et la directive NIS prévoient pour les OIV²⁴⁵⁰ et les OSE²⁴⁵¹ la réalisation d'analyses de risques. Le RGS accompagne cette démarche en imposant l'identification des risques, la fixation des objectifs de sécurité et la déduction des fonctions de sécurité et de leur niveau afin d'atteindre ces objectifs²⁴⁵². L'analyse d'impact relative à la vie privée mise en place par le RGPD²⁴⁵³, bien que ne portant pas directement sur le système d'information, mais sur l'impact sur la vie privée du traitement, relève d'une logique similaire.

La rédaction de politiques et de chartes de sécurité permet d'organiser les moyens organisationnels et techniques mis en place pour assurer la sécurité des SI et de communiquer à leur sujet. Imposée par

des moyens SSI : le responsable de la sécurité des systèmes d'information (RSSI), l'officier de la sécurité des systèmes d'information (OSSSI), le correspondant SSI, etc. »

²⁴⁴⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 37.

²⁴⁴⁷ C. défense, art. R. 1332-41-2. "Chaque OIV établit et tient à jour la liste des systèmes d'information d'importance vitale y compris ceux des opérateurs tiers qui participent à ces systèmes, auxquels s'appliquent les règles de sécurité"

²⁴⁴⁸ D. n° 2018-384, 23 mai 2018, art.7 ; A., 14 sept. 2018.

²⁴⁴⁹ ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0 : « 7.8 Mettre en place des mécanismes de défense des systèmes d'information : En complément des mécanismes de protection des systèmes d'information, et en fonction de leurs enjeux de sécurité, les autorités administratives doivent adopter des mesures complémentaires relatives à la défense des systèmes d'information. Ces mesures consistent, en particulier, à assurer : - la connaissance des systèmes exploités par l'autorité administrative, ou en relation avec elle (cartographie des SI, répertoire des interconnexions, etc.) ;"

²⁴⁵⁰ L'opérateur prend la décision d'homologuer un SIV sur la base du dossier d'homologation comportant notamment de l'analyse de risques et les objectifs de sécurité du SIV. A., 17 juin 2016, règle 2.

²⁴⁵¹ A., 14 sept. 2018, règle 1.

²⁴⁵² D. n° 2010-112, 2 févr. 2010, art. 3 : « Dans les conditions fixées par le référentiel général de sécurité mentionné à l'article 2 du présent décret, l'autorité administrative doit, afin de protéger un système d'information : 1° Identifier l'ensemble des risques pesant sur la sécurité du système et des informations qu'il traite, eu égard notamment aux conditions d'emploi du système ; 2° Fixer les objectifs de sécurité, notamment en matière de disponibilité et d'intégrité du système, de confidentialité et d'intégrité des informations ainsi que d'identification des utilisateurs du système, pour répondre de manière proportionnée au besoin de protection du système et des informations face aux risques identifiés ; 3° En déduire les fonctions de sécurité et leur niveau qui permettent d'atteindre ces objectifs et respecter les règles correspondantes du référentiel général de sécurité. Dans les conditions fixées par le référentiel susmentionné, l'autorité administrative réexamine régulièrement la sécurité du système et des informations en fonction de l'évolution des risques. »

²⁴⁵³ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 35.

la loi de programmation militaire²⁴⁵⁴ et la directive NIS²⁴⁵⁵, elle figure également au rang des recommandations du RGS²⁴⁵⁶. La CNIL, au titre de la protection des données à caractère personnel, recommande également la mise en place d'une politique de confidentialité et d'une charte informatique²⁴⁵⁷.

Les audits de sécurité permettent d'évaluer les mesures de sécurité mises en place. Ils doivent être réalisés notamment dans le cadre de l'homologation de sécurité pour les OIV²⁴⁵⁸ et les OSE²⁴⁵⁹. Le RGS préconise également la réalisation d'audits réguliers de la sécurité²⁴⁶⁰. Les audits de sécurité font partie des missions du délégué à la protection des données selon le RGPD²⁴⁶¹.

248. - Obligations en matière de protection des réseaux et systèmes d'information.

Les réglementations relatives à la cybersécurité invitent à garantir la protection des réseaux et systèmes d'informations, notamment en assurant la sécurité de l'architecture et celle de l'administration, la gestion des identités et des accès, le maintien en condition de sécurité, la sécurité physique et environnementale et les contrôles par les autorités compétentes.

²⁴⁵⁴ A., 17 juin 2016, règle 1. « L'opérateur d'importance vitale élabore, tient à jour et met en œuvre une politique de sécurité des systèmes d'information (PSSI). La PSSI décrit l'ensemble des moyens organisationnels et techniques mis en œuvre par l'opérateur afin d'assurer la sécurité de ses SIIV ».

²⁴⁵⁵ A., 14 sept. 2018, règle 2. « L'opérateur de services essentiels élabore, tient à jour et met en œuvre une politique de sécurité des réseaux et systèmes d'information (PSSI). La PSSI décrit l'ensemble des procédures et des moyens organisationnels et techniques mis en œuvre par l'opérateur afin d'assurer la sécurité de ses systèmes d'information essentiels (SIE). »

²⁴⁵⁶ ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0 : « Élaborer une politique de sécurité des systèmes d'information : Il est recommandé d'élaborer et de formaliser une politique de sécurité des systèmes d'information (PSSI). Elle peut être générale ou déclinée en fonction des besoins spécifiques de chaque domaine de chaque système d'information. Le guide « Politique SSI » de l'ANSSI fournit une aide pour son élaboration. 7.3 Adapter l'effort de protection des systèmes d'information aux enjeux de sécurité et prendre en compte la SSI dans les projets La sécurité d'un système d'information doit être adaptée aux enjeux du système lui-même et aux besoins de sécurité de l'autorité administrative, afin d'y consacrer les moyens financiers et humains nécessaires et suffisants. Dans ce but, il est recommandé d'utiliser les guides de l'ANSSI « Maturité SSI » et « Gestion et intégration de la SSI dans les projets » (GISSIP). Ils permettent, dans le cadre du développement d'un projet de système d'information, de déterminer les enjeux relatifs à la sécurité et d'identifier l'ensemble des livrables relatifs à la SSI. »

²⁴⁵⁷ CNIL, guide, 2018, la sécurité des données personnelles, p. 7 & s.

²⁴⁵⁸ A., 17 juin 2016, loc. cit. règle 2. "Dans le cadre de l'homologation, un audit de la sécurité du SIIV doit être réalisé". "L'opérateur prend la décision d'homologuer un SIIV sur la base du dossier d'homologation comportant notamment les rapports d'audit de la sécurité du SIIV"

²⁴⁵⁹ A., 14 sept. 2018, loc. cit. règle 5. "L'opérateur de services essentiels réalise, dans le cadre de l'homologation de sécurité prévue à la règle 3, un audit de la sécurité de chaque système d'information essentiel (SIE)."

²⁴⁶⁰ ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0 : « 7.11 Procéder à des audits réguliers de la sécurité du système d'information : Les autorités administratives doivent réaliser ou faire réaliser des audits réguliers de leurs SI. À cet effet, le référentiel d'exigences relatif aux prestataires d'audit de la sécurité des systèmes d'information (annexe C du RGS) fixe les règles que doivent respecter les prestataires tiers qui réalisent des audits de la sécurité des systèmes d'information des autorités administratives. Cette annexe décrit également des recommandations à l'intention des commanditaires d'audits, dans le cadre de la passation de marchés publics ou d'un accord contractuel, ainsi qu'aux prestataires d'audit dans le cadre de leur devoir de conseil.

Afin de s'assurer qu'elles recourent à des prestataires qui respectent ces exigences, les autorités administratives doivent, autant que possible, faire appel à des prestataires ayant obtenu une qualification, selon le schéma décrit au chapitre 5. » ; ANSSI, Référentiel, 27 févr. 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe A2 Politique de Certification Type « certificats électroniques de personne » version 3.0.

²⁴⁶¹ Parmi les missions du délégué à la protection des données : "contrôler le respect du présent règlement, d'autres dispositions du droit de l'Union ou du droit des États membres en matière de protection des données et des règles internes du responsable du traitement ou du sous-traitant en matière de protection des données à caractère personnel, y compris en ce qui concerne la répartition des responsabilités, la sensibilisation et la formation du personnel participant aux opérations de traitement, et les audits s'y rapportant" Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 39.

Concernant la sécurité de l'architecture, le législateur et la CNIL interviennent notamment en formulant des obligations ou des conseils en matière de configuration²⁴⁶², de cloisonnement²⁴⁶³, d'accès distants²⁴⁶⁴ et de filtrage²⁴⁶⁵. Pour la sécurité de l'administration, les règles se concentrent sur les comptes d'administration²⁴⁶⁶ et sur les systèmes d'information d'administration²⁴⁶⁷. Les mesures concernant la gestion des identités et des accès portent essentiellement sur les modalités d'identification²⁴⁶⁸ et d'authentification²⁴⁶⁹ et sur les conditions d'habilitation²⁴⁷⁰. Le maintien en condition de sécurité relève essentiellement de la rédaction et de la mise en œuvre d'une procédure portant sur ce sujet²⁴⁷¹ et d'un travail de veille des menaces et vulnérabilités²⁴⁷². La sécurité physique et environnementale est également prévue par le Droit applicable²⁴⁷³ afin de prévenir les SSI contre les risques environnementaux tels que les catastrophes naturelles. Enfin, ces réglementations prévoient des contrôles par les autorités compétentes, c'est-à-dire l'ANSSI pour les OIV²⁴⁷⁴ et les OSE²⁴⁷⁵ et la CNIL pour les responsables de traitements et sous-traitants²⁴⁷⁶, certains acteurs étant alors soumis aux contrôles des deux autorités.

2. Obligations relatives à la défense des réseaux et systèmes d'information et à la résilience des activités

249. - Obligations en matière de défense des réseaux et systèmes d'information.

Les obligations mises en place en matière de défense des réseaux et systèmes d'information concernent essentiellement la détection et le traitement des incidents ainsi que les relations avec les autorités de contrôles en matière d'attaques et d'incidents de sécurité.

Le premier point relatif à la défense des réseaux et systèmes d'information mis en exergue par les réglementations en matière de cybersécurité concerne la détection et le traitement des incidents. Des mesures doivent être mises en place afin de détecter les éventuels incidents de sécurité. Ainsi, les OIV

²⁴⁶² LPM : A., 17 juin 2016, règle 19 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 7 ; RGS : ANSSI, Référentiel, 14 févr. 2013, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe C Prestataires d'audit de la sécurité des systèmes d'information Référentiel d'exigences version 2.0 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, la sécurité des données personnelles, p. 15.

²⁴⁶³ LPM : A., 17 juin 2016, règle 16 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 8 ; CNIL, guide, 2018, op. cit., p. 16.

²⁴⁶⁴ LPM : A., 17 juin 2016, règle 18 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 9 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 15 & s.

²⁴⁶⁵ LPM : A., 17 juin 2016, règle 17 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 10 ; RGS : ANSSI, Référentiel, 27 févr. 2014, op.cit, Annexe A1 Règles relatives à la mise en œuvre des fonctions de sécurité basées sur l'emploi de certificats électroniques version 3.0 ; ANSSI, Référentiel, 14 févr. 2013, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe C Prestataires d'audit de la sécurité des systèmes d'information Référentiel d'exigences version 2.0 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 16.

²⁴⁶⁶ LPM : A., 17 juin 2016, règle 14 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 11 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 13, 16 & 19.

²⁴⁶⁷ LPM : A., 17 juin 2016, règle 15 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 13 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 16 & s.

²⁴⁶⁸ LPM : A., 17 juin 2016, règle 11 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règles 13 & 14 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 9 & 17.

²⁴⁶⁹ LPM : A., 17 juin 2016, règle 12 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règles 14 ; ANSSI, Recomm., n° ANSSI-PG-078, 8 oct. 2021, relatives à l'authentification multifacteur et aux mots de passe ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 9 ; CNIL, délib. n° 2017-012, 19 janv. 2017.

²⁴⁷⁰ LPM : A., 17 juin 2016, règle 13 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 15.

²⁴⁷¹ LPM : A., 17 juin 2016, règle 4 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 16.

²⁴⁷² LPM : A., 17 juin 2016, règle 4 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 16 ; RGS : ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0.

²⁴⁷³ RGS : ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 17 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, la sécurité des données personnelles, p. 26.

²⁴⁷⁴ C. défense, art. R. 1332-41-12.

²⁴⁷⁵ L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 8.

²⁴⁷⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 58.

doivent être en capacité de détecter les « incidents affectant la sécurité ou le fonctionnement des systèmes d'information d'importance vitale »²⁴⁷⁷ et devront notamment utiliser un système de détection qualifié de type sonde d'analyse de fichiers et de protocoles²⁴⁷⁸ à cette fin. Les OSE doivent quant à eux s'équiper pour identifier les « incidents touchant les réseaux et systèmes d'information »²⁴⁷⁹, particulièrement en produisant, tenant à jour et mettant en œuvre la procédure de détection des incidents de sécurité²⁴⁸⁰. La notion de violation de données à caractère personnel²⁴⁸¹ évoquée dans le RGPD peut être constituée par une attaque de sécurité et les responsables de traitements et sous-traitants doivent également être en capacité d'identifier ce type de violations. La détection des incidents devrait être accompagnée d'un système de journalisation²⁴⁸² assurant la traçabilité des actions et des accès réalisés sur les systèmes ainsi que d'une corrélation des analyses de journaux²⁴⁸³. Une procédure de traitement des incidents sera mise en œuvre en cas de détection d'un incident touchant un OIV²⁴⁸⁴, un OSE²⁴⁸⁵ ou un responsable de traitement ainsi que ses éventuels sous-traitants²⁴⁸⁶.

Le second point relatif à la défense des réseaux et systèmes d'information porte sur les relations avec les autorités de contrôle dans ce cadre, en particulier le traitement des alertes émises par ces autorités et la notification des incidents aux autorités, potentiellement accompagnée d'une information du public. La loi de programmation militaire et la directive NIS prévoient, pour les OIV²⁴⁸⁷ et pour les OSE²⁴⁸⁸, la création d'un service de permanence permettant de prendre connaissance des informations transmises par l'ANSSI concernant de potentielles vulnérabilités, menaces ou incidents. Dans un tel cas, le service en question pourra mettre en œuvre la procédure de traitement des alertes préalablement défini. La notification des incidents portant sur un OIV²⁴⁸⁹ ou un OSE²⁴⁹⁰ auprès de l'ANSSI est également prévue par ces textes. Le RGPD va également en ce sens en imposant la notification de toute violation de données pouvant engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques²⁴⁹¹ auprès de la CNIL. Ces réglementations ajoutent à cela, dans certains cas, une obligation d'information du public de l'existence de l'incident de sécurité et de ses potentielles conséquences²⁴⁹².

250. - Obligations en matière de résilience des activités.

²⁴⁷⁷ D. n° 2015-351, 27 mars 2015, sous-section 4.

²⁴⁷⁸ A., 17 juin 2016, règle 7.

²⁴⁷⁹ L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 5.

²⁴⁸⁰ A., 14 sept. 2018, règle 18.

²⁴⁸¹ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 33.

²⁴⁸² LPM : A., 17 juin 2016, règle 5 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 19- RGS : ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0., §7.8., p.19 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 12.

²⁴⁸³ LPM : A., 17 juin 2016, règle 6 ; NIS : A., 14 sept. 2018, règle 20 ; RGS : ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, §2.5 ; RGPD : CNIL, guide, 2018, op. cit. p. 12.

²⁴⁸⁴ A., 17 juin 2016, règle 8.

²⁴⁸⁵ A., 14 sept. 2018, règle 21.

²⁴⁸⁶ CNIL, guide, 2018, la sécurité des données personnelles, p. 12.

²⁴⁸⁷ A., 17 juin 2016, règle 9.

²⁴⁸⁸ A., 14 sept. 2018, règle 21.

²⁴⁸⁹ C. défense, art. R. 1332-41-10.

²⁴⁹⁰ L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 7 ; D. n° 2018-384, 23 mai 2018, art.11.

²⁴⁹¹ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 33 & cons. 85.

²⁴⁹² NIS : L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 7 ; D. n° 2018-384, 23 mai 2018, art.12 ; RGPD : Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 34.

La loi de programmation militaire²⁴⁹³, la directive NIS²⁴⁹⁴, le RGS²⁴⁹⁵ et la CNIL²⁴⁹⁶ invitent, afin d'assurer la résilience des activités au sein des structures ayant fait l'objet d'une attaque, à sauvegarder les données et à mettre en œuvre la procédure de gestion de crise et le plan de reprise et de continuité lorsque cela est nécessaire.

§2. La délicate mise en conformité avec les réglementations en matière de cybersécurité

Le législateur s'est attelé au délicat exercice d'intervenir dans le manège de la cybersécurité. Alors que la législation relative à la cybersécurité est lancée à grand galop, les acteurs tenus d'appliquer les textes en la matière sont régulièrement désarçonnés (A.). Des solutions sont envisageables afin de les aider à mettre le pied à l'étrier (B.).

A. Des acteurs insuffisamment armés pour se conformer aux réglementations en matière de cybersécurité : le nécessaire accompagnement par des autorités indépendantes

Les différents acteurs des territoires d'intelligences, qu'il s'agisse de structures privées, de personnes publiques ou de personnes physiques, sont souvent insuffisamment armés pour se conformer aux réglementations en matière de cybersécurité (1.). De ce point de vue, l'ANSSI et la CNIL, acteurs structurant le domaine de la cybersécurité, ont un rôle d'accompagnement fondamental (2.).

1. Le désarmement des acteurs soumis aux réglementations relatives à la cybersécurité

251. - Le manque de sensibilisation sur les questions de cybersécurité.

Tous les acteurs utilisant des outils numériques au sein des territoires d'intelligences n'ont pas une connaissance suffisante des risques cyber auxquels ils sont exposés ni des mesures qu'ils devraient prendre pour s'en prévenir.

En premier lieu, il est fondamental d'assurer une sensibilisation de l'ensemble des acteurs des territoires d'intelligences aux sujets liés à la cybersécurité. Le développement du numérique, la multiplication des objets connectés et l'accroissement du nombre d'acteurs impliqués dans un traitement de données sont autant de facteurs augmentant le risque de cyberattaque. Pour s'en prémunir, il est fondamental que la sécurité soit assurée de bout en bout. Par exemple, un acteur public responsable de la signalisation routière pourrait faire appel à une *start up* pour placer sur tous les feux de signalisation des objets connectés visant à fournir aux personnes non-voyantes un signal sonore pour leur indiquer lorsque le feu est vert. Si la personne publique a assuré la sécurité du système d'information qu'elle

²⁴⁹³ A., 17 juin 2016, règle 10.

²⁴⁹⁴ A., 14 sept. 2018, règle 23.

²⁴⁹⁵ ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0.

²⁴⁹⁶ CNIL, guide, 2018, la sécurité des données personnelles, p. 20.

utilise pour la gestion de la signalisation routière mais que la *start up* n'a pas doté ses outils des protections adéquates, des hackers pourraient utiliser les objets connectés de la start up comme des têtes de ponts pour pénétrer le système d'information de la structure publique ou réaliser une attaque par déni de service contre ces nombreux objets connectés rendant potentiellement indisponible le système de signalisation. Il est donc fondamental que chacun des acteurs impliqués dans un projet innovant collaboratif garantisse la cybersécurité du système d'information qu'il fournit et que tous les acteurs s'assurent de la fiabilité de leurs partenaires en la matière. Pourtant, les connaissances en la matière demeurent insuffisantes. Comme le rappellent Guillaume Poupard et Thomas Courbe, « cette réalité peut encore sembler abstraite, très technique, complexe et coûteuse pour les entreprises, notamment les plus petites, si bien qu'elles ne se préparent pas toujours suffisamment »²⁴⁹⁷. Les structures privées, particulièrement celles de petites tailles, ne sont pas les seules à manquer de sensibilisation en ce qui concerne la cybersécurité. En effet, les acteurs publics et les citoyens sont également insuffisamment informés en la matière.

En second lieu, il convient d'assurer une sensibilisation de l'ensemble des personnes physiques travaillant au sein d'une structure afin de garantir un niveau suffisamment élevé au sein des territoires d'intelligences. La sensibilisation des décideurs au sein d'une entité permet de garantir la mise en place d'une gouvernance adaptée aux enjeux et l'attribution de moyens suffisants pour atteindre un niveau de sécurité adéquat. Cependant, l'ingénierie sociale occupant une place centrale en matière de cyberattaques, il est fondamental de sensibiliser à la cybersécurité à tous les niveaux pour se prémunir notamment d'hameçonnages, d'harponnages ou d'appâtage.

252. - Le manque de moyens en matière de cybersécurité.

Les moyens, notamment financiers et humains, dont disposent les acteurs des territoires d'intelligences afin de mettre en place des mesures liées à la cybersécurité sont souvent insuffisants. Par exemple, chaque structure de petite taille ne peut pas se permettre de disposer d'un responsable de la sécurité des systèmes d'information ou d'un juriste spécialisé en protection des données à caractère personnel. En outre, la conformité en matière de cybersécurité peut impliquer des coûts importants que tous les acteurs ne peuvent pas nécessairement assumer. Ainsi, les mesures de cloisonnement exigées notamment par la directive NIS peuvent représenter un coût trop lourd conduisant à ne pas respecter les réglementations en la matière.

2. L'ANSSI et la CNIL : des acteurs structurant le domaine de la cybersécurité

253. - L'ANSSI : accompagnement et contrôle en matière de cybersécurité.

En 2009, l'ANSSI prend la place de la direction centrale de la sécurité des systèmes d'information (DCSSI) du secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN)²⁴⁹⁸. Elle « constitue un réservoir de compétences qui assiste les administrations et les opérateurs d'importance vitale »²⁴⁹⁹ et contribue notamment à « la promotion des technologies, des systèmes et des savoir-faire nationaux », au « développement de la confiance dans le numérique » et à « l'orientation de la recherche nationale et européenne en matière de sécurité des systèmes d'information »²⁵⁰⁰. Créée par le décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009²⁵⁰¹, l'ANSSI se voit dotée de compétences et de moyens plus importants que sa

²⁴⁹⁷ Ssi.gouv.fr, La cybersécurité pour les TPE/PME en 12 questions.

²⁴⁹⁸ Ssi.gouv.fr, Agence, L'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'information.

²⁴⁹⁹ Ibid. Ssi.gouv.fr

²⁵⁰⁰ Ibid. Ssi.gouv.fr.

²⁵⁰¹ D. n° 2009-834, 7 juill. 2009.

prédécesseure. Elle voit ses missions étendues par l'article 22 de la loi de programmation militaire promulguée le 19 décembre 2013²⁵⁰² qui lui confère un rôle particulier concernant les OIV. Ces derniers sont tenus de lui notifier les incidents de sécurité et peuvent se voir imposer par l'ANSSI « des mesures de sécurité et des contrôles de leurs systèmes d'information les plus critiques »²⁵⁰³. La transposition en Droit français²⁵⁰⁴ de la directive NIS accorde également un rôle particulier à l'ANSSI en ce qui concerne les OSE. Elle a aussi, dans ce domaine, un rôle de contrôle, de conseil et de point de référence en cas d'incident de sécurité. En outre, l'article 34 de la loi n°2018-607 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025, « précise la mise en œuvre de dispositifs de détection, lors d'événements susceptibles d'affecter la sécurité des systèmes d'information de l'État, des autorités publiques et d'opérateurs publics et privés, ainsi que le recueil d'informations techniques relatives à ces incidents, et l'accompagnement pour y répondre »²⁵⁰⁵.

Concrètement, l'ANSSI offre de nombreux services contribuant à la sécurité des systèmes d'information. En matière de sensibilisation, elle peut intervenir directement au sein d'une structure et met également à disposition des acteurs souhaitant sensibiliser leurs personnels à divers outils, notamment des kits de communication et des vidéos²⁵⁰⁶. L'ANSSI contribue également à la mise en place de bonnes pratiques grâce à la publication de nombreux documents guidant les acteurs touchants aux systèmes d'information et par le biais d'actions de formations. Elle publie et met à jour notamment des recommandations de sécurité, des guides d'hygiène informatique ou encore des études de cas. En ce qui concerne la formation, sa démarche CyberEdu vise à intégrer la cybersécurité dans l'ensemble des formations informatiques en France²⁵⁰⁷, sa labellisation SecNumedu garantit que le contenu des formations en cybersécurité répond bien à la charte et aux critères définis par l'ANSSI²⁵⁰⁸. Elle atteste également du niveau de sécurité des prestataires et éventuels partenaires grâce à ses qualifications²⁵⁰⁹ et ses certifications²⁵¹⁰. En matière de détection des incidents, elle est le point de contact des OSE et des OIV et permet également aux autres acteurs le signalement d'attaques informatiques par le biais du dispositif d'assistance aux victimes d'actes de cybermalveillance qu'elle incube²⁵¹¹.

254. - La CNIL : accompagnement et contrôle en matière de protection des données à caractère personnel.

La loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 créé par la CNIL, autorité administrative indépendante, elle est « chargée de veiller à la protection des données personnelles contenues dans les fichiers et traitements informatiques ou papiers, aussi bien publics que privés »²⁵¹². Cette dernière a « un rôle d'alerte, de conseil et d'information vers tous les publics, mais dispose également d'un pouvoir de contrôle et de sanction »²⁵¹³. Si le cœur de ses missions ne porte pas directement la cybersécurité, elles

²⁵⁰² L. n° 2013-1168, 18 déc. 2013.

²⁵⁰³ Ssi.gouv.fr, Agence, L'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'information.

²⁵⁰⁴ L. n° 2018-133, 26 févr. 2018 ; D. n° 2018-384, 23 mai 2018 ; A., 14 sept. 2018 fixant les règles de sécurité et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique

²⁵⁰⁵ Ssi.gouv.fr, Agence, L'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'information.

²⁵⁰⁶ Ssi.gouv.fr, Agence, La boîte à outils.

²⁵⁰⁷ Ssi.gouv.fr, Formations, Cyberedu.

²⁵⁰⁸ Ssi.gouv.fr, Formations, Secnumedu.

²⁵⁰⁹ Ssi.gouv.fr, Qualification.

²⁵¹⁰ Ssi.gouv.fr, Certification.

²⁵¹¹ Ssi.gouv.fr, Agence, Cybermalveillance.gouv.fr.

²⁵¹² Cnil.fr, La CNIL c'est quoi ?.

²⁵¹³ Ibid. Cnil.fr.

lui sont malgré tout liées. L'intégralité et la confidentialité des données, qui constituent un des six principes fondamentaux en matière de protection des données à caractère personnel²⁵¹⁴, impliquent de garantir la sécurité des données. De ce point de vue, les missions de la CNIL, tant en matière de contrôle que d'accompagnement, peuvent porter sur des sujets liés à la cybersécurité.

En matière de contrôle, la CNIL peut vérifier que les données sont traitées « de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées ». Après avoir identifié les mesures techniques et organisationnelles mises en place par le responsable de traitement afin d'assurer la sécurité des données, notamment en procédant à une analyse du registre de traitement²⁵¹⁵, elle vérifie que celles-ci sont suffisantes. Elle peut, le cas échéant, prononcer des sanctions pour manquement aux obligations de sécurité des données à caractère personnel. Elle a d'ailleurs rendu plusieurs décisions en ce sens²⁵¹⁶. La cybersécurité est d'ailleurs une des thématiques de contrôle prioritaire de la CNIL pour l'année 2021²⁵¹⁷.

En matière d'accompagnement relatif à la cybersécurité, la CNIL publie des articles donnant des conseils dans ce domaine²⁵¹⁸. Elle organise également de manière trimestrielle un rendez-vous d'information détaillant un incident de sécurité appelé la « violation du trimestre »²⁵¹⁹ et publie des alertes relatives à la cybersécurité²⁵²⁰. En outre, elle met en place des consultations publiques sur des sujets liés à la cybersécurité²⁵²¹.

B. Des règles de Droit délicates à mettre en œuvre : la nécessaire clarification des règles

Bien que les réglementations en matière de cybersécurité soient empreintes d'une grande méticulosité, la mise en conformité avec ces dernières s'avère délicate. Leur diversité tend à complexifier leur mise en œuvre (1.). Les personnes auxquelles elles s'appliquent n'ont pas toujours les moyens de ces ambitions juridiques. Elles peuvent se retrouver démunies lorsqu'elles s'affairent à la délicate tâche de la mise en conformité avec chacune des réglementations (2.).

1. La délicate articulation des réglementations relatives à la cybersécurité

²⁵¹⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 5. f. « traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité) »

²⁵¹⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 30. 1. g) & 30. 2. d).

²⁵¹⁶ CNIL, délib. n° SAN-2020-003 ; CNIL, délib. n° SAN-2020-018 ; CNIL, délib. n° SAN-2021-008.

²⁵¹⁷ Cnil.fr, Cybersécurité, données de santé, cookies : les thématiques prioritaires de contrôle en 2021, 2 mars 2021.

²⁵¹⁸ Cnil.fr, Multiplication des attaques par rançongiciel : comment limiter les risques ?, 23 avr. 2021.

²⁵¹⁹ Cnil.fr, Violation du trimestre : le faux ordre de virement international ou « fraude au président », 9 avr. 2021.

²⁵²⁰ Cnil.fr, Sécurité des données : alerte sur la nécessaire mise à jour du logiciel « Pulse Secure », 28 août 2020.

²⁵²¹ Cnil.fr, La CNIL lance une consultation publique sur son projet de recommandation relative aux mesures de journalisation, 28 mai 2021.

255. - Des champs d'application aux contours incertains.

Comme évoqué précédemment, les champs d'application des différentes réglementations en matière de cybersécurité divergent. Ainsi, le RGS s'adresse « spécifiquement aux systèmes d'information mis en œuvre par les autorités administratives dans leurs relations entre elles et dans leurs relations avec les usagers »²⁵²². Le RGPD s'applique à tous les acteurs traitants des données à caractère personnel, qu'ils soient responsables de traitement ou sous-traitant. L'article 22 de la LPM concerne les réseaux et systèmes d'information des OIV tandis que la directive NIS s'applique à ceux des OSE.

La manière dont se recoupent ces champs d'application et les notions qui leur sont liées, notamment OSE et OIV, n'est pas toujours évidente. Par exemple, les OIV « exploitent ou utilisent des installations jugées indispensables pour la survie de la Nation »²⁵²³ et les OSE « [fournissent] un service essentiel dont l'interruption aurait un impact significatif sur le fonctionnement de l'économie ou de la société »²⁵²⁴. Le croisement de ces définitions pose la question suivante : un OSE peut-il être OIV ? La loi de programmation militaire étant antérieure à la directive NIS, elle devrait d'ailleurs être posée à l'inverse : un opérateur étant d'ores et déjà désigné OIV peut-il être nommé OSE pour le même service ? La réponse semble être oui, mais le secret qui protège les OIV et les OSE laisse planer le doute. La directive NIS étant fortement inspirée de la loi de programmation militaire française, elle touche aux mêmes domaines en imposant des exigences moins poussées. Dès lors, la qualification d'OSE en plus d'OIV ne changerait que peu de choses pour l'opérateur lui-même. Cependant, la notion d'OSE s'appliquant à un champ plus vaste d'acteurs, la directive NIS pourrait changer la nature de la relation de l'opérateur avec les partenaires et prestataires touchant aux systèmes d'information utilisés pour la fourniture du service concerné. Par exemple, le prestataire « non OIV » d'un OIV pourrait être désigné d'OSE, désignation qui ferait potentiellement évoluer les responsabilités de chacun sur les systèmes d'information concernés.

Une autre articulation potentiellement délicate entre ces réglementations est celle entre responsable de traitement et OSE. Les RSI touchant à des services essentiels au sens de la directive NIS sont généralement des RSI industriels ne traitant pas de données à caractère personnel. Cependant, ce n'est pas systématique et la directive NIS peut également trouver à s'appliquer dans le champ social. Dans ce secteur, il est plus probable que des données à caractère personnel, voire des données sensibles, soient traitées par les mêmes systèmes d'information. De ce point de vue, un responsable de traitement qui serait également OSE devra identifier les systèmes d'information relevant de ces deux réglementations à la fois et ceux propres à chaque réglementation. Il sera ensuite tenu d'articuler aux mieux les différentes exigences réglementaires lorsque le RGPD et la directive NIS s'appliquent au même système d'information.

256. - Des obligations devant être conciliées.

Lorsqu'un acteur a réussi à déterminer de quelles réglementations il relève pour un champ d'action donné, il n'est pas toujours évident d'articuler les obligations entre elles. Les règles imposées en matière de défense des réseaux et systèmes d'information donnent un aperçu des problématiques que cela peut soulever. Le RGS, le RGPD, la directive NIS et la LPM prévoient des obligations similaires en matière de détection et de traitement des incidents de sécurité. Cependant, celles-ci sont contrastées

²⁵²² Ssi.gouv.fr, Réglementation, Le référentiel général de cybersécurité (RGS).

²⁵²³ Ssi.gouv.fr, Protection des OIV, Protection des OIV en France.

²⁵²⁴ Ssi.gouv.fr, Réglementation, FAQ Opérateurs de services essentiels (OSE).

et n'appellent pas nécessairement aux mêmes actions selon le champ juridique concerné, complexifiant potentiellement la conformité avec chaque réglementation.

La gestion d'un incident de sécurité touchant un système d'information soumis cumulativement à la directive NIS et au RGPD pourrait par exemple s'avérer délicate à mettre en œuvre à la lumière des nuances entre ces textes. En premier lieu, la qualification de ces incidents n'est pas la même d'une réglementation à l'autre. En effet, les transpositions de la directive NIS en Droit français traitent des « incidents touchant les réseaux et systèmes d'information nécessaires à la fourniture desdits services »²⁵²⁵ tandis que le RGPD parle de « violation de données à caractère personnel »²⁵²⁶. Ainsi, en cas d'incident de sécurité touchant un RSI soumis à ces deux réglementations, il conviendra d'évaluer si ce dernier peut être qualifié d'incident touchant les réseaux et systèmes d'information nécessaires à la fourniture desdits services et violation de données à caractère personnel afin de mettre en œuvre les mesures afférentes. En deuxième lieu, la directive NIS et le RGPD imposent dans certains cas une notification aux autorités compétentes. Cette notification diffère entre la directive NIS et le RGPD de quatre points de vue : les cas concernés, l'autorité compétente, les délais prévus et le contenu de la notification. Au titre de la directive NIS, il est nécessaire de notifier à l'ANSSI « les incidents affectant les réseaux et systèmes d'information nécessaires à la fourniture de services essentiels, lorsque ces incidents ont ou sont susceptibles d'avoir, compte tenu notamment du nombre d'utilisateurs et de la zone géographique touchés ainsi que de la durée de l'incident, un impact significatif sur la continuité de ces services »²⁵²⁷. Au titre du RGPD, la CNIL doit être notifiée de toute violation de données sauf si le responsable de traitement démontre, conformément au principe de responsabilité, qu'il est peu probable que la violation en question engendre un risque pour les droits et libertés des personnes physiques²⁵²⁸. La notification au titre de la directive NIS doit être réalisée par les opérateurs de service essentiel « sans délai après en avoir pris connaissance » selon l'article 7 de la loi n°2018-133²⁵²⁹ et « dès qu'ils en ont connaissance » selon l'article 11 du décret n°2018-384²⁵³⁰. La notification au titre du RGPD doit être effectuée par les responsables de traitement « dans les meilleurs délais et, si possible, 72 heures au plus tard après en avoir pris connaissance »²⁵³¹. La notification à l'ANSSI²⁵³² et celle à la CNIL²⁵³³ divergent également en ce qui concerne leurs contenus.

²⁵²⁵ L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 5.

²⁵²⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 33.

²⁵²⁷ L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 7.

²⁵²⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 85.

²⁵²⁹ Ibid. L. n° 2018-133.

²⁵³⁰ D. n° 2018-384, 23 mai 2018, art. 11.

²⁵³¹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 33.

²⁵³² Ssi.gouv.fr, Formulaire de déclaration d'un incident de sécurité des opérateurs de services essentiels : il convient d'indiquer : « 1. Informations générales (date de la déclaration, dénomination de l'OSE etc.); 2. Information sur le déclarant (personne chargée d'effectuer la déclaration); 3. Information sur le ou les points de contact ; 4. Description de l'incident sur le réseau et système d'information (localisation physique du réseau, description du réseau etc.) ; 5. Impacts de l'incident sur le ou les services essentiels affecté(s) (nombre d'utilisateurs touchés, durée de l'incident, portée géographique de l'incident, description des impacts de l'incident sur la disponibilité, l'authenticité, l'intégrité ou la confidentialité des données des utilisateurs et des services essentiels affectés etc.) ; 6. Traitement de l'incident (gravité estimée de l'incident, causes, mode opératoire en cas d'attaque etc.) ; 7. Divers (si d'autres déclaration relatives à l'incident ont été réalisées indiquer lesquelles) ; 8. Observations complémentaires » ; D. n° 2018-384, 23 mai 2018, art.11 : « Dès qu'ils ont connaissance d'informations complémentaires relatives aux causes de l'incident ou à ses conséquences, notamment le cas échéant celles sur la fourniture du service dans d'autres États membres de l'Union européenne, les opérateurs communiquent ces informations à l'agence. Ils répondent, en outre, aux demandes d'informations de l'agence concernant l'incident au fur et à mesure de son évolution. Un arrêté du Premier ministre fixe les modalités de la déclaration des incidents »

²⁵³³ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 33 : Il convient d'indiquer au moins « a) décrire la nature de la violation de données à caractère personnel y compris, si possible, les catégories et le nombre approximatif de personnes concernées par la violation et les catégories et le nombre approximatif d'enregistrements de données à caractère

Un opérateur de service essentiel qui serait également responsable de traitement, doit donc prévoir dans sa procédure de gestion de crise la manière dont il aménagera ces différentes obligations et les faisceaux d'indices qu'il utilisera pour déterminer pour chaque réglementation dans quelle mesure il doit notifier un incident et pas un autre. La lecture des textes semble impliquer une notification en priorité à l'ANSSI suivie d'une seconde à la CNIL avec pour chacun des contenus relativement différents. Les délais étant courts tant pour ces notifications que pour réagir à l'incident de sécurité lui-même, cela peut s'avérer être un exercice particulièrement lourd pour la personne responsable du système d'information subissant un incident de sécurité. Il serait intéressant que la CNIL et l'ANSSI travaillent en symbiose pour proposer une procédure conjointe afin d'alléger la procédure administrative. Cela garantirait un même niveau d'information pour les autorités de contrôle tout en permettant aux personnes attaquées de consacrer davantage de temps à la gestion de l'incident lui-même.

2. La délicate mise en œuvre des règles de Droit relatives à la cybersécurité : l'exemple de la contractualisation des OSE

257. - La nécessaire identification des responsabilités des acteurs en amont de la contractualisation.

Si la compréhension et la mise en œuvre de certaines règles de Droit sont relativement aisées, d'autres s'avèrent plus délicates à décliner dans la pratique. Dans le cadre d'une collaboration touchant aux systèmes d'information, il est fondamental d'identifier et de préciser contractuellement les obligations de chaque acteur. Cet aspect spécifique peut être source d'incertitudes, les rôles de chaque acteur n'étant pas toujours clairement identifiés du fait de la loi, particulièrement en ce qui concerne les OIV et les OSE. Afin d'éclairer ce propos, nous nous intéresserons particulièrement aux modalités de désignation des OSE ainsi qu'aux régimes de responsabilité prévus par la directive NIS.

258. - Difficultés relatives à la possibilité de communiquer sur le statut d'OSE.

Défini à l'article 4 de la directive NIS, un opérateur de service essentiel est « une entité publique ou privée dont le type figure à l'annexe II et qui répond aux critères énoncés à l'article 5, paragraphe 2 »²⁵³⁴. Ainsi, pour être qualifié d'OSE, une structure doit cumulativement figurer sur la liste des types d'entités annexée à la directive NIS²⁵³⁵ et complétée par l'annexe du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018²⁵³⁶ ainsi que remplir les critères d'identification des OSE définis à l'article 5.2. de la directive NIS²⁵³⁷ et précisés par la transposition en Droit français de la directive NIS. Les textes transposant en Droit français la directive NIS²⁵³⁸ reprennent les critères de qualification d'un OSE énoncés par cette

personnel concernés; b) communiquer le nom et les coordonnées du délégué à la protection des données ou d'un autre point de contact auprès duquel des informations supplémentaires peuvent être obtenues; c) décrire les conséquences probables de la violation de données à caractère personnel; d) décrire les mesures prises ou que le responsable du traitement propose de prendre pour remédier à la violation de données à caractère personnel, y compris, le cas échéant, les mesures pour en atténuer les éventuelles conséquences négatives » ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 33 : « Si, et dans la mesure où, il n'est pas possible de fournir toutes les informations en même temps, les informations peuvent être communiquées de manière échelonnée sans autre retard indu » ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 33 : « Le responsable du traitement documente toute violation de données à caractère personnel, en indiquant les faits concernant la violation des données à caractère personnel, ses effets et les mesures prises pour y remédier. La documentation ainsi constituée permet à l'autorité de contrôle de vérifier le respect du présent article. ».

²⁵³⁴ Dir. (UE) n° 2016/1148, 6 juil. 2016, art. 4.4.

²⁵³⁵ Dir. (UE) n° 2016/1148, loc. cit. annexe 2.

²⁵³⁶ D. n° 2018-384, 23 mai 2018.

²⁵³⁷ Dir. (UE) n° 2016/1148, loc. cit. art. 5.2.

²⁵³⁸ Ibid. D. n° 2018-384.

dernière²⁵³⁹, à savoir : un service qui est essentiel au maintien d'activités sociétales et/ou économiques critiques (figurant dans la liste des services essentiels) ; la fourniture de ce service est tributaire des réseaux et systèmes d'information ; et un incident aura un effet disruptif important sur la fourniture dudit service. Cependant, le simple fait de sembler répondre à ces trois critères n'implique pas une qualification d'OSE de fait ni une application immédiate de la directive NIS. N'est pas OSE qui veut. Les États membres déterminent les entités présentes sur leur territoire qui seront qualifiées d'OSE²⁵⁴⁰. Le processus défini par le législateur français à cette fin est le suivant : proposition d'une liste d'OSE par les ministres compétents et l'ANSSI²⁵⁴¹ sur la base des critères de qualification des OSE précédemment évoqués et en justifiant de leurs choix ; notification par le Premier ministre à chaque opérateur concerné de son intention de le désigner comme OSE²⁵⁴² ; potentielle présentation d'observations par l'opérateur quant à cette désignation²⁵⁴³ (les textes ne précisent pas les modalités ou la portée de ces observations²⁵⁴⁴) ; et désignation des OSE par arrêté du Premier ministre avec une notification aux opérateurs intéressés²⁵⁴⁵.

Ainsi, pour savoir si un partenaire ou un prestataire est OSE, il ne suffit pas de vérifier qu'il remplit les critères de qualification des OSE : il convient également de savoir si celui-ci a été désigné par arrêté du Premier ministre et notifié de cette désignation. Or, pour un même service, plusieurs acteurs sont susceptibles d'être désignés OSE et il est fondamental de le savoir afin d'identifier les responsabilités

²⁵³⁹ Dir. (UE) n° 2016/1148, 6 juill. 2016, art. 4. 4, art. 5 & cons 20.

²⁵⁴⁰ Dir. (UE) n° 2016/1148, loc. cit., cons. 20. « Dans le cadre du processus d'identification des opérateurs de services essentiels, il convient que les États membres évaluent, au moins pour chaque sous-secteur visé par la présente directive, quels services doivent être considérés comme essentiels au maintien de fonctions sociétales et économiques critiques et jugent si les entités qui sont énumérées pour les secteurs et sous-secteurs visés dans la présente directive et qui fournissent ces services remplissent les critères requis pour l'identification des opérateurs. Pour apprécier si une entité fournit un service qui est essentiel au maintien de fonctions sociétales ou économiques critiques, il suffit d'examiner si cette entité fournit un service figurant dans la liste des services essentiels. En outre, il y a lieu de démontrer que la fourniture du service essentiel dépend des réseaux et des systèmes d'information. Enfin, lorsqu'ils évaluent si un incident aurait un effet disruptif important sur la fourniture du service, les États membres devraient tenir compte d'un certain nombre de facteurs transsectoriels ainsi que, le cas échéant, de facteurs sectoriels. » ; Dir. (UE) n° 2016/1148, loc. cit. art. 5.1. « Au plus tard le 9 novembre 2018, pour chaque secteur et sous-secteur visé à l'annexe II, les États membres identifient les opérateurs de services essentiels ayant un établissement sur leur territoire ».

²⁵⁴¹ D. n° 2018-384, 23 mai 2018, art.4. « Pour la désignation des opérateurs de services essentiels, chaque ministre dont le domaine de compétence recouvre un secteur ou sous-secteur d'activités figurant à l'annexe au présent décret propose au Premier ministre une liste d'opérateurs, relevant de ce secteur ou sous-secteur, susceptibles d'être désignés en tant qu'opérateurs de services essentiels en justifiant, pour chaque opérateur, sa proposition au regard des critères mentionnés à l'article 2. L'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information peut également, après concertation avec les ministres concernés, proposer dans les mêmes conditions au Premier ministre la désignation d'opérateurs de services essentiels pour tous secteurs et sous-secteurs d'activités figurant à l'annexe au présent décret. »

²⁵⁴² D. n° 2018-384, loc. cit. art.3. « Les opérateurs de services essentiels sont désignés par arrêté du Premier ministre. Cet arrêté mentionne les services essentiels au fonctionnement de la société ou de l'économie fournis par l'opérateur. Le Premier ministre notifie à chaque opérateur concerné son intention de le désigner comme opérateur de services essentiels.»

²⁵⁴³ D. n° 2018-384, loc. cit. art.3. « Le Premier ministre notifie à chaque opérateur concerné son intention de le désigner comme opérateur de services essentiels. L'opérateur dispose d'un délai d'un mois à compter de cette notification pour présenter ses observations. »

²⁵⁴⁴ Avocats-mathias.com, Pourriez-vous être un opérateur de services essentiels ?, 16 juin 2018.

²⁵⁴⁵ D. n° 2018-384, loc. cit. art.3. « Les opérateurs de services essentiels sont désignés par arrêté du Premier ministre. Cet arrêté mentionne les services essentiels au fonctionnement de la société ou de l'économie fournis par l'opérateur. Le Premier ministre notifie à chaque opérateur concerné son intention de le désigner comme opérateur de services essentiels. L'opérateur dispose d'un délai d'un mois à compter de cette notification pour présenter ses observations. Lorsque l'opérateur dont la désignation est envisagée fournit un service essentiel dans un ou plusieurs autres États membres de l'Union européenne, sa désignation est précédée d'une consultation préalable des États membres concernés. Les arrêtés mentionnés au premier alinéa sont notifiés aux opérateurs intéressés. »

de chacun en la matière. Par exemple, une collectivité territoriale et un acteur privé peuvent chacun être désignés OSE au titre de la fourniture d'eau potable. Pourtant, la qualification d'OSE étant un sujet sensible du point de vue de la sécurité nationale, la possibilité de communiquer sur le sujet n'est pas évidente. Cette incertitude peut plonger des partenaires dans un certain flou concernant les questions relatives à la cybersécurité au sein d'un contrat.

En outre, la question de la possibilité de communiquer sur son propre statut d'OSE reste problématique. En effet, les besoins techniques et opérationnels d'un OSE pour se conformer à la réglementation NIS peuvent apparaître trop lourds pour un prestataire. Si ce dernier ignore que le commanditaire est qualifié d'OSE, les négociations contractuelles peuvent être d'autant plus compliquées sur certains points. Par exemple, la qualification d'OSE peut justifier d'un besoin d'audit plus poussé que pour des prestations classiques touchant à la cybersécurité. Or, l'audit de sécurité est généralement un sujet sensible durant les négociations contractuelles. La loi étant au-dessus du contrat, la qualification d'OSE est un outil de négociation fort sur ce type de sujet et la communication à ce sujet peut même s'avérer nécessaire.

259. - Difficultés relatives au contenu des clauses relatives à la cybersécurité.

Si le RGPD précise qu'il existe différents régimes de responsabilité en matière de protection des données à caractère personnel, la directive NIS n'apporte pas de précision en la matière. Ni la directive ni sa transposition en Droit français ne précise que l'on peut être dans une situation où deux OSE gèrent des systèmes d'information pour un même service essentiel ou dans celle où un sous-traitant « non OSE » fournit une prestation touchant au système d'information d'un service désigné essentiel pour le compte d'un OSE. Il n'est pas non plus indiqué explicitement ce qui peut ou doit être exigé dans de telles situations. En pratique, il s'avère donc délicat de savoir quelles obligations peuvent être imposées au prestataire « non OSE » et comment doivent être réparties les responsabilités entre deux OSE.

De plus, la clause relative à la cybersécurité ayant vocation à préciser pour chaque contrat la manière dont se déclinent les obligations NIS, elle est amenée à détailler de manière plus exhaustive et plus technique ces dernières. Le niveau pertinent de détail peut s'avérer délicat à déterminer, particulièrement dans le cadre d'une relation contractuelle entre un OSE et un prestataire « non OSE ». Une clause insuffisamment précise ne permettrait pas de garantir l'effectivité des exigences NIS tandis qu'une clause trop précise risquerait de devenir obsolète en peu de temps, les menaces et les moyens de protection évoluant rapidement. Une solution pourrait être la mise en place d'exigences minimales accompagnées d'un renvoi à l'état de l'art et aux exigences de l'ANSSI.

Une troisième problématique tient à la temporalité de la conformité à la directive NIS. La désignation par arrêté du Premier ministre accompagnée d'une notification à l'OSE concerné, conditionnant le statut d'OSE et l'application de la directive NIS, peut conduire à certaines difficultés sur le plan contractuel. La désignation des OSE étant un travail de longue haleine pour les ministères concernés et l'ANSSI, elle s'échelonne dans le temps. En premier lieu, cela peut conduire à un décalage en ce qui concerne la désignation en tant qu'OSE entre deux co-contractants qui peut être gênante contractuellement les obligations n'étant pas identiques selon que l'on est dans une relation OSE - OSE ou OSE - « non OSE ». Ainsi si, lors de la signature d'un contrat ou d'un avenant, un acteur est désigné OSE, mais que le second n'a pas encore reçu sa notification, cela pourrait impliquer de faire évoluer le contrat lorsque ce dernier sera notifié de son statut d'OSE conduisant ainsi à une modification du contrat peu de temps après sa signature. La logique similaire pour un acteur qui n'aurait pas reçu sa notification, mais qui

sait qu'il sera probablement notifié prochainement et qui contractualise avec un prestataire « non OSE » : il ne saurait justifier de certaines exigences en l'absence de notification. En outre, il ne peut être attendu d'un prestataire qu'il soit d'ores et déjà conforme aux exigences NIS et il est généralement nécessaire de lui laisser un délai de conformité, délai aligné sur ceux prévus par les exigences NIS. Or, ces délais ne commencent à courir qu'à compter de la désignation en tant qu'OSE. De ce point de vue, lorsqu'un contrat entre une structure supposant devenir prochainement OSE et un prestataire *a priori* « non OSE », il peut être délicat de prévoir les délais correspondants lors de la signature du contrat ou lors de la mise en place du marché. S'il s'avère possible de faire figurer au contrat son statut d'OSE, une solution envisageable dans le champ des marchés publics serait de prévoir un système de tranches qui se déclencheraient à compter de la notification de l'OSE de son statut.

Conclusion du Chapitre : Il apparaît donc fondamental de faire converger les différentes approches de la donnée dans un idéal d'innovation à plusieurs égards. En premier lieu, il est possible de favoriser l'innovation par le partage de données. Le partage de données, contribuant à la circulation de ces dernières et stimulant la concurrence, contribue à la création de nouveaux services innovants tant par les acteurs publics que privés. Le partage de données, s'il s'inscrit bien dans une logique de convergence des approches de la donnée, pourrait venir renforcer chacun des mouvements juridiques qui y sont liés. Les acteurs publics pourraient avoir accès à un nombre de données plus important et plus structuré. Les structures privées pourraient voir leur entrée sur un nouveau marché facilitée, stimulant ainsi la concurrence. Les citoyens pourraient en bénéficier tant grâce à une meilleure articulation entre ouverture et protection des données que par un renforcement de leur pouvoir sur leurs données. En second lieu, il serait pertinent d'équilibrer l'innovation liée aux données par la concurrence et la fiscalité. Une telle démarche serait justifiée de deux points de vue. D'une part, le Droit de la concurrence et la fiscalité sont démunis face à la révolution numérique et doivent s'adapter aux spécificités de ces dernières. D'autre part, l'adaptation des règles juridiques en la matière pourrait venir stimuler l'innovation et contribuer à son développement de manière équilibrée entre les différents acteurs des territoires d'intelligences. La fiscalité liée aux données pourrait contribuer à un renforcement de la protection des données à caractère personnel et s'imposer comme un outil incitatif en matière d'ouverture des données détenues par les acteurs privés. En troisième lieu, il convient de protéger l'innovation liée aux données par la cybersécurité. En effet, la cybersécurité est au cœur des mécanismes d'innovations tant en rassurant les différents acteurs dans la co-construction de projets innovants qu'en sécurisant les services innovants en eux-mêmes. La cybersécurité est un enjeu clef pour chacun des acteurs au sein des territoires d'intelligences. Pour les acteurs privés, elle est garante de protection du secret des affaires et de confiance numérique des consommateurs. Pour les acteurs publics, elle contribue à assurer leur rôle de tiers de confiance. Pour le citoyen, elle est vectrice de protection des données à caractère personnel.

Conclusion du Titre : Constatant que les différents acteurs des territoires d'intelligences font évoluer leurs pratiques en matière de données, le législateur accompagne ces différents mouvements. Il encourage l'ouverture des données dans un but d'intérêt général par les acteurs publics, contrôle l'utilisation des données dans un but commercial et concurrentiel par les structures privées et protège les données des personnes physiques afin de garantir le respect de leur droit à la vie privée. Ces adaptations normatives témoignent de la capacité du législateur à se réinventer. Cependant, chacun de ces mouvements juridiques présente des carences et leur articulation s'avère parfois délicate. Dans un

idéal d'innovation collaborative, il apparaît essentiel de faire converger ces mouvements. Le partage de données favorise l'innovation, tout en permettant au citoyen de reprendre le contrôle sur ces données à caractère personnel, aux acteurs publics d'ouvrir davantage de données et aux acteurs privés d'avoir accès à un plus grand nombre de données leur permettant potentiellement de développer de nouveaux services innovants. Une adaptation des règles fiscales et de concurrence en matière de données permettrait d'équilibrer l'innovation en limitant les monopoles en matière de détention de données et en encourageant, notamment par le biais d'incitation fiscal, une plus grande ouverture des données et des démarches visant à renforcer la protection des données à caractère personnel. Afin de soutenir l'innovation collaborative, il apparaît également essentiel d'imposer aux différents acteurs des territoires d'intelligences des exigences en matière de cybersécurité. Elles permettront de créer un cadre de confiance au sein duquel l'innovation collaborative dans un but d'intérêt général pourra se développer.

Conclusion de la Partie : Le Droit s'impose comme un outil en faveur de l'innovation opérationnelle à plusieurs égards. Tout d'abord, il peut garantir que l'innovation soit d'intérêt général et réponde aux besoins du territoire, par exemple en s'appuyant sur la commande publique qui est « un levier efficace de soutien à l'émergence d'innovation, notamment en permettant d'orienter la mise au point du produit en fonction d'un besoin réel »²⁵⁴⁶. De plus, il propose différents outils permettant de créer un cadre de confiance dans un projet partenarial, notamment grâce aux contrats, aux structures juridiques, aux règles de propriété intellectuelle ou encore à la cybersécurité. En outre, il met en place des règles permettant de protéger les enjeux de chacun des acteurs des territoires, comme en atteste son intervention en matière de données. Cependant, cette dernière témoigne également des difficultés que peut rencontrer le législateur lorsqu'il intervient dans un domaine nouveau tel que le numérique où il peut vite être démunis sur l'approche à adopter.

²⁵⁴⁶ Economie.gouv.fr, Premier bilan du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, 6 nov. 2013.

PARTIE 2. L'EXPÉRIMENTATION JURIDIQUE : OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION NORMATIVE AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

Afin de légiférer pragmatiquement au sein des territoires d'intelligences, le législateur peut s'appuyer sur l'expérimentation juridique. Rappelons qu'il s'agit d'une norme répondant aux quatre conditions suivantes²⁵⁴⁷ : « qu'un terme soit fixé », « que ce terme soit fixé dans le texte même, *ab initio* », « qu'une évaluation des effets soit prévue » et « que la pérennisation éventuelle du dispositif soit subordonnée à l'adoption d'une loi »²⁵⁴⁸. Permettant de légiférer dans des domaines sensibles tels que le numérique, constitutionnalisée dans le cadre de la décentralisation en tant qu'outil au service du principe d'adéquation de compétence à l'échelon territorial et impliquant un nombre croissant d'acteurs dans la conception de la norme, l'expérimentation juridique apparaît comme un outil pertinent au service de l'innovation normative au sein des territoires d'intelligences. Afin de pouvoir être mis en œuvre efficacement, cet outil devrait cependant être adapté (Titre 1.) et la pérennisation de la norme expérimentée repensée (Titre 2.).

²⁵⁴⁷ Chevallier J., Les lois expérimentales, op. cit. ; Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative, op. cit. ; Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC ; CE, avis, Travaux publics, 24 juin 1993, n° 353605, tarification de la SNCF.

²⁵⁴⁸ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales.

TITRE 1. ADAPTER L'EXPÉRIMENTATION AUX TERRITOIRES D'INTELLIGENCES²⁵⁴⁹

Lorsque l'expérimentation juridique est finalement inscrite dans la Constitution en 2003²⁵⁵⁰, après plusieurs tentatives infructueuses²⁵⁵¹, les motivations principales sont : une meilleure évaluation de l'efficacité et de l'effectivité d'une norme, notamment de sa capacité à couvrir des situations variées, la facilitation de l'adhésion des citoyens aux réformes et l'adaptation du cadre normatif aux évolutions technologiques²⁵⁵². De ce point de vue, l'expérimentation apparaît comme un levier juridique pertinent à l'ère des territoires d'intelligences (Chapitre 1.). Cependant, afin de pouvoir être pleinement mis en œuvre dans ce contexte, il doit évoluer à plusieurs égards (Chapitre 2.).

CHAPITRE 1. L'EXPÉRIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE PERTINENT A L'ÈRE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

Comme le rappelle l'étude du Conseil d'État relative à l'innovation dans la conduite des politiques publiques, « la pratique des expérimentations est aujourd'hui au carrefour de plusieurs enjeux importants, mais de nature différente »²⁵⁵³. Les enjeux alors identifiés par ce rapport sont les suivants : « l'innovation dans le secteur public et l'efficacité des politiques publiques nationales et locales dans un contexte de maîtrise de la dépense publique », « la simplification des procédures administratives et des règles juridiques », « la réforme de l'administration et la décentralisation » et « l'association du public à l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques, qui doit répondre aux aspirations de proximité et de renouvellement démocratique »²⁵⁵⁴. Rappelons que les trois grandes questions juridiques soulevées par le développement des territoires d'intelligences sont les suivantes : comment adapter la législation aux innovations, notamment aux nouvelles technologies de l'information et de la communication ? Comment déterminer l'échelon pertinent pour mettre en œuvre des politiques publiques territoriales touchant aux territoires d'intelligences ? Comment associer l'ensemble des intelligences du territoire à son développement ? Force est de constater que ces derniers trouvent un écho particulier au sein des territoires d'intelligences. En premier lieu, l'expérimentation incarne une conception de la loi adaptée aux évolutions technologiques (Section 1.). En second lieu, l'expérimentation est un outil juridique garant de pragmatisme territorial (Section 2.). En troisième lieu, elle est une méthode de création juridique associant les intelligences des territoires (Section 3.).

²⁵⁴⁹ v. [Annexe 1 - Schémas de synthèse de la thèse, Partie 2 - Titre 1 p. 672 & s.](#)

²⁵⁵⁰ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

²⁵⁵¹ L., n° 2002-92, 22 janv. 2002 ; Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC ; Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 34 et s. ; Proposition de loi constitutionnelle n° 2278, 24 mars 2000 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 402, 18 sept. 2002.

²⁵⁵² Rapp. AN n° 955, op. cit., p.7.

²⁵⁵³ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 12.

²⁵⁵⁴ Ibid. Rapp. CE.

Section 1. Une conception de la loi adaptée aux évolutions technologiques

Jacques Chevallier expliquait que le développement de la méthode expérimentale dans les années quatre-vingt-dix est dû, d'une part, à un changement de « la perception de l'outil législatif » et, d'autre part, à « la difficulté de légiférer dans des domaines sensibles ou complexes »²⁵⁵⁵. C'est d'ailleurs la mise en synergie de ces deux éléments qui fait de l'expérimentation un outil pertinent pour légiférer relativement aux évolutions technologiques. Comme le souligne Jean-Jacques Chevallier, « depuis Platon et Aristote, nul sans doute n'a, plus fortement que Rousseau, éprouvé et exprimé le sentiment du caractère sacré du lien social, ainsi que de la loi par où il se manifeste »²⁵⁵⁶. Expression de la volonté générale, la loi semblait irréfutable tant que la vision rousseauiste guidait le système juridique français. De ce point de vue, le concept même d'expérimentation juridique, reposant sur la faculté à remettre en question la norme et à la préparer à tâtons, apparaît alors comme un affront à la sacrosainte législation. Durant la Vème République, la conception rousseauiste de la loi a doucement laissé place à la conception efficiente de celle-ci, la loi tirant dès lors sa légitimité de sa capacité à atteindre certains résultats. Ce changement de paradigme dans la conception de la loi permet aux initiatives expérimentales, résolument marquées du sceau du pragmatisme législatif, d'émerger dans les années quatre-vingt-dix. Le droit à l'expérimentation apparaît alors comme le corollaire de la conception efficiente de la loi (§1.). Le nouveau devoir d'efficacité dont est frappée la loi est particulièrement délicat à respecter dans le champ des nouvelles technologies. En effet, ce domaine est touché par de nombreux vides juridiques et inadéquations légales. Si l'intervention du législateur en la matière est indubitablement nécessaire, il est complexe pour ce dernier d'identifier clairement les droits et obligations qu'il devrait consacrer et de rédiger des textes pérennes dans un domaine aussi mouvant, incertain et peu maîtrisé. L'expérimentation juridique apparaît alors comme un levier efficace permettant au législateur de préparer des textes efficaces dans ce domaine sensible (§2.). Il s'agit d'ailleurs d'une des raisons ayant motivé la réforme constitutionnelle de 2003 qui a renforcé le droit à l'expérimentation.

§1. Droit à l'expérimentation : corollaire de la conception efficiente de la loi

Le temps n'est plus où la conception rousseauiste de la loi régnait en maître. La tendance s'est inversée, la loi n'est plus considérée comme irréfutable en ce qu'elle incarne la volonté générale. Elle est frappée d'un devoir d'efficacité. Ce changement de paradigme dans la conception de la loi (A.) a permis au droit à l'expérimentation de se profiler sur la scène juridique française (B.), initialement dans un théâtre législatif puis porté au grand opéra constitutionnel.

²⁵⁵⁵ Chevallier J., *Les lois expérimentales*, op. cit.

²⁵⁵⁶ Chevallier J.-J., *Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale*, RFSP 1953.

A. Le changement de paradigme : de la conception rousseauiste à la conception efficiente de la loi

La conception rousseauiste de la loi, qui considère que cette dernière est bonne en ce qu'elle est l'expression de la volonté générale, a été progressivement remise en question (1.). La conception efficiente de la loi, selon laquelle la loi doit se prouver bonne et efficace, a alors progressivement émergé (2.).

1. Remise en question de la conception rousseauiste de la loi

260. - La conception rousseauiste de la loi.

Pour Rousseau, « la démocratie engage une conception de la souveraineté, entendue "comme l'exercice de la volonté générale" qui ne peut se réaliser que si le peuple est souverain »²⁵⁵⁷. Ainsi la théorie rousseauiste gravite autour de la notion de volonté générale. Jean-Jacques Rousseau précise d'ailleurs celle-ci en affirmant que « il y a bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières »²⁵⁵⁸. Selon Rousseau, la loi est l'expression de la volonté générale et « la puissance législative appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui »,²⁵⁵⁹ car « le peuple soumis aux lois en doit être l'auteur »²⁵⁶⁰. Il considère que les deux conditions permettant d'assurer à l'Homme sa liberté sont, d'une part, qu'aucun individu ne doit disposer de droits supérieurs à un autre et, d'autre part, que tous les individus doivent être soumis à la seule autorité de la loi.

Si la loi incarne la volonté générale se pose la délicate question de son évolution. Guillaume Bacot²⁵⁶¹ s'est attelé à la question de la mutabilité de la loi à travers les lunettes rousseauistes et considère qu'il invite paradoxalement à son immobilité et à son cheminement. D'un œil, Rousseau considère qu'une loi préparée par un législateur compétent ne devrait pas avoir à changer, sauf rares évolutions de circonstances, et que même si le législateur n'est pas idéal, l'ancienneté d'une loi atteste de sa qualité. Guillaume Bacot souligne que Rousseau craint « toujours qu'une modification dans la législation soit le signe avant-coureur d'une décadence au demeurant inéluctable à terme et qu'il s'agit surtout de retarder le plus longtemps possible »²⁵⁶². D'un autre œil, Rousseau affirme qu'« il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir »²⁵⁶³ et qu'« un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures »²⁵⁶⁴. Il précise que « cette circonspection est une maxime de politique et non pas une règle de droit : le peuple souverain a bien toujours le droit de modifier ses lois, même les plus fondamentales ; mais il a tout intérêt à déléguer à l'exécutif le contrôle de l'initiative »²⁵⁶⁵.

²⁵⁵⁷ Lenoir N., La loi et les deux visages du citoyen chez J.J. Rousseau, Philosophiques 2001.

²⁵⁵⁸ Rousseau J.-J., Du Contrat social, 2011, Flammarion.

²⁵⁵⁹ Ibid. Rousseau J.-J.

²⁵⁶⁰ Ibid. Rousseau J.-J.

²⁵⁶¹ Bacot G., Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative, Revue française d'histoire des idées politiques 2002.

²⁵⁶² Ibid. Bacot G.

²⁵⁶³ Ibid. Rousseau J.-J.

²⁵⁶⁴ Ibid. Rousseau J.-J.

²⁵⁶⁵ Ibid. Rousseau J.-J.

261. - Essoufflement de la conception rousseauiste de la loi.

Le développement de l'État de Droit en France, et dans de nombreux autres États, a été marqué par cette vision. Inspirée de Rousseau, la Révolution française a ambitionné « d'instituer une nouvelle administration chargée de faire appliquer la loi, expression de la volonté générale »²⁵⁶⁶. Ce modèle centralisé a également été prégnant durant le Consulat et l'Empire puis confirmé durant le IIIe et la IVe République avec « l'État légal »²⁵⁶⁷. La Vème République²⁵⁶⁸, marquée par une prise de conscience de la faillibilité de la loi²⁵⁶⁹ au fil des « dysfonctions législatives »²⁵⁷⁰ et le renforcement de la décentralisation, est venue sonner le glas de la vision rousseauiste de la loi.

L'autorité de la norme législative évolue comme le souligne une partie de la doctrine. Selon Florence Crouzatier-Durand, on assiste à une « perte de prééminence, d'exclusivité et d'infaillibilité de la loi »²⁵⁷¹. Jacques Chevallier va également dans ce sens en affirmant que « la règle de droit n'est plus (...) assurée d'une légitimité *ab initio*, tenant à ses caractéristiques propres, aux valeurs qu'elle incarne, à sa puissance normative intrinsèque »²⁵⁷². La consécration de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008²⁵⁷³ va d'ailleurs dans ce sens. Permettre un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* c'est admettre la faillibilité du législateur, ce dernier pouvant aller jusqu'à porter atteinte à la norme suprême.

2. Émergence de la conception efficiente de loi

262. - Le besoin d'efficacité de la loi.

La perte de confiance des citoyens dans leurs élus et leurs politiques publiques ainsi que le manque de sécurité juridique croissant²⁵⁷⁴ ont contribué à la déchéance de la vision rousseauiste de la loi. La sécurité juridique repose sur deux éléments principaux : la qualité et la prévisibilité de la loi. La complexification du Droit, la mode des textes réactionnels²⁵⁷⁵ ou encore la multiplication des cavaliers législatifs²⁵⁷⁶ sont autant de facteurs contribuant à l'insécurité juridique grandissante. La confiance du citoyen en la loi et en ses élus est mise à l'épreuve voire devient défiance.

Si la suprématie de la loi ne lui est plus intrinsèque, d'où lui vient alors sa légitimité ? Jacques Chevallier considère que cette dernière « dépend de son aptitude à assurer la réalisation de certains objectifs, de l'efficacité des résultats enregistrés »²⁵⁷⁷. Florence Crouzatier-Durand appuie cette idée en rappelant que « l'évolution de l'autorité de la loi conduit à exiger qu'elle remplisse des objectifs »²⁵⁷⁸.

²⁵⁶⁶ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 6.

²⁵⁶⁷ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁵⁶⁸ Ibid. Chevallier J.

²⁵⁶⁹ Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative, op. cit.

²⁵⁷⁰ Ibid. Chevallier J.

²⁵⁷¹ Ibid. Crouzatier-Durand F.

²⁵⁷² Ibid. Chevallier J.

²⁵⁷³ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008.

²⁵⁷⁴ Rapp. CE n° 57, op. cit. ; Rapp. CE, 15 mai 2013, Le droit souple.

²⁵⁷⁵ Carcassonne G., Penser la loi, op. cit.

²⁵⁷⁶ Déchaux R., L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de « cavaliers » entre 1996 et 2006, Conseil-constitutionnel.fr.

²⁵⁷⁷ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français.

²⁵⁷⁸ Ibid. Crouzatier-Durand F.

263. - De l'efficacité à l'efficience de la loi.

La doctrine ne manque pas de souligner que « efficacité » et « efficience » ne vont pas toujours de pairs et que ces notions doivent être distinguées²⁵⁷⁹. Véronique Champeil-Desplats et Eric Millard rappellent que « les langues espagnole et italienne ont longtemps eu tendance à n'utiliser qu'un seul et même terme : "efficacia" »²⁵⁸⁰ tandis que « la langue anglaise offre au moins trois termes "efficiency", "effectiveness", ou "efficacy" »²⁵⁸¹. Si l'effectivité et l'efficacité sont régulièrement comparées en Droit français, « le mot "efficience" passe parfois pour un anglicisme, dont l'usage en français serait impropre. À tort, car il faut bien, en français aussi, distinguer les notions qui méritent de l'être »²⁵⁸². Anne-Lise Sibony considère à cet égard que le terme « efficace » correspond à un « moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité, sans autre précision et donc, en particulier, sans porter de jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen » tandis que la notion d'« efficience » renvoie pour sa part à « un rapport entre des moyens et une fin au regard des coûts »²⁵⁸³. Elle cite alors de manière éclairante un de ses anciens professeurs en affirmant que « prendre un marteau-piqueur pour écraser une mouche, c'est peut-être efficace, mais ce n'est pas efficient »²⁵⁸⁴. Ainsi, alors que l'efficacité implique une réponse binaire à la question « les moyens législatifs mis en place atteignent-ils les objectifs que le législateur s'était fixés ? », l'efficience appelle à une analyse plus fine et touche à des questions sous-jacentes à la première, telles que « les moyens législatifs mis en place étaient-ils les plus adaptés pour atteindre les objectifs que le législateur s'était fixés ? Le coût de la mesure est-il aussi faible que faire se peut pour atteindre le résultat escompté ? ».

L'efficience de la loi implique donc nécessairement une conception plus empirique de cette dernière. Elle doit être évaluée pour déterminer si elle est effectivement pertinente, mais aussi estimer le coût de la mesure, apprécier si celui-ci est adapté par rapport aux effets recherchés et identifier ses potentiels effets secondaires.

264. - Le développement de la vision efficiente de la loi.

L'évolution de la vision de la loi ces dernières décennies ne saurait se cantonner à un plus grand besoin d'efficacité, il s'agit d'un véritable changement de paradigme : du passage de la conception rousseauiste à la conception efficiente de la loi. Le législateur doit non seulement prouver qu'il est capable d'atteindre les objectifs qu'il s'est fixés, mais également qu'il sait évaluer le coût et les effets d'une norme et apporter les correctifs appropriés lorsque cela est nécessaire. Florence Crouzatier-Durand souligne à cet égard qu'il « appartient alors au Parlement de se préoccuper des effets que les lois produisent après leur adoption. Le législateur ne doit plus seulement voter la loi, il doit également se préoccuper de ses effets »²⁵⁸⁵. Rationalisme et pragmatisme sont alors les maîtres mots du législateur.

Jacques Chevallier souligne que « pendant longtemps [le désir de mieux légiférer] était resté à l'état de vœu pieux, considéré comme un idéal inaccessible : s'il était présent de manière récurrente dans la doctrine juridique et dans le discours politique, aucune mesure effective n'était prise pour en assurer

²⁵⁷⁹ Mincke C., Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité, *Revue interdisciplinaire* 1998 ; Champeil-Desplats V., Millard E., Efficacité et énoncé de la norme, in Hammje P., Janicot L. et Nadal S. (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, 2013, LEJEP ; Sibony A.-L., Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en Droit, in Fatin-Rouge Stéfani M., Gay L., Vidal-Naquet A. (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité*, 2012, Bruylant, p. 61-64.

²⁵⁸⁰ Ibid. Champeil-Desplats V., Millard E.

²⁵⁸¹ Ibid. Champeil-Desplats V., Millard E.

²⁵⁸² Ibid. Sibony A.-L.

²⁵⁸³ Ibid. Sibony A.-L.

²⁵⁸⁴ Ibid. Sibony A.-L. : citation de Pascal Combemale.

²⁵⁸⁵ Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

la concrétisation ; l'accent nouveau mis en France sur le thème (...) montre que le contexte a changé »²⁵⁸⁶. Ainsi, si la vision efficiente de la loi était rêvée dès le début de la Vème République, sa réalité ne s'est matérialisée que plus récemment, comme en attestent notamment les rapports du Conseil d'État²⁵⁸⁷, les circulaires des Premiers ministres²⁵⁸⁸ ou encore la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008²⁵⁸⁹ en renforçant le recours à l'évaluation et aux études d'impact²⁵⁹⁰.

B. L'expérimentation comme technique légistique ancrant la conception efficiente de la loi

La mise en place du droit à l'expérimentation est symptomatique du changement de paradigme dans la conception de la loi. En effet, alors que l'expérimentation juridique, difficilement conciliable avec la vision rousseauiste de la loi, était quasi inexistante tant que cette dernière guidait le système juridique français (1.), elle a acquis une place croissante en Droit français au rythme du renforcement de la vision efficiente de la loi (2.).

1. La difficile consécration de l'expérimentation dans le cadre de la conception rousseauiste de la loi

265. - Expérimentation : atteinte théorique à la conception rousseauiste de la loi.

Le rapport Piron de 2003 affirme en parlant de l'expérimentation que « le Droit public est resté longtemps réfractaire à cette démarche scientifique. Forcée au cours de la Révolution, la conception de la loi comme expression de la volonté générale a semblé s'y opposer radicalement »²⁵⁹¹. La conception rousseauiste de la loi qui guide le système juridique français jusqu'à la fin de la IVe république ne permet pas l'acceptation de la méthode expérimentale de différents points de vue²⁵⁹².

En premier lieu, la vision rousseauiste repose sur l'idée que « incarnation de la Vérité, de la Raison, de la Justice, la loi apparaît comme un acte incontestable et sacré, dont le bien-fondé ne peut être mis en doute ; elle ne saurait être soumise à l'épreuve du Réel »²⁵⁹³ alors que l'expérimentation implique précisément la faillibilité du législateur et sa capacité à apprendre par la confrontation de la théorie législative au Réel. Force est de constater l'antagonisme dont sont marqués l'idéalisme de la vision rousseauiste de la loi et l'empirisme de la méthode expérimentale.

²⁵⁸⁶ Chevallier J., Peut-on rationaliser la production du Droit ?, in Péraldi Leneuf F. et La Rosa (de) S. (dir.), L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation, 2013, Broché.

²⁵⁸⁷ Rapp. CE n° 43, op. cit. ; Rapp. CE n° 57, op. cit.

²⁵⁸⁸ Circ., 25 mai 1988 ; Circ., 26 juil. 1995 ; Circ., 30 sept. 2003 ; Circ. 7 juill. 2011.

²⁵⁸⁹ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008.

²⁵⁹⁰ Fatin-Rouge Stéfanini M., Gay L., Vidal-Naquet A. (dir.), L'efficacité de la norme juridique, 2012, Bruylant.

²⁵⁹¹ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 5.

²⁵⁹² Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁵⁹³ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français.

En second lieu, Jacques Chevallier souligne que « l'expérimentation législative porte atteinte à la conception traditionnelle de la loi, fondée sur les idées de généralité et de stabilité, et, au-delà, à l'ensemble des croyances dont celle-ci était entourée »²⁵⁹⁴. En effet, la méthode expérimentale est marquée pour sa part du sceau de la spécificité et de l'instabilité. La première opposition concerne donc l'universalité de la loi dans la vision rousseauiste et l'échantillonnage nécessaire à la méthode expérimentale. La vision rousseauiste, considérant que la loi « ne saurait (...) être diversifiée dans l'espace et selon les individus »²⁵⁹⁵ en ce qu'elle est l'incarnation de la « volonté universelle »²⁵⁹⁶, semble diamétralement opposée à la méthode expérimentale qui « suppose l'établissement d'un échantillon aux fins de comparaison »²⁵⁹⁷ et se matérialise généralement par l'application des normes disparates sur le territoire pour une durée limitée. La seconde confronte la stabilité de la loi rousseauiste et à la mutabilité expérimentale. En effet, Rousseau considère que la loi est bonne par nature et qu'une bonne loi ne devrait pas évoluer. Il demeure essentiel de souligner qu'il relativise son propos en affirmant que le « peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures »²⁵⁹⁸. La méthode expérimentale implique pour sa part de nombreuses fluctuations législatives : une norme existante est considérée comme potentiellement inadaptée, une loi expérimentale est alors mise en place pour une durée limitée afin de conduire éventuellement à la consécration d'une nouvelle règle de Droit.

266. - Expérimentation : une pratique quasi inexistante avant le milieu du XXe siècle en France.

Les prémices de l'expérimentation juridique se sont dessinées dès Louis XVI²⁵⁹⁹, ce dernier avait alors mandaté Necker pour expérimenter des assemblées provinciales. Cependant, la méthode expérimentale n'avait alors pas connu un grand essor et la Révolution française est venue annihiler toute ambition expérimentale. En effet, les révolutionnaires s'inspirant de la conception rousseauiste de la loi « ont voulu faire table rase des provinces de l'Ancien Régime, baillis et prévôtés qui dispersaient le territoire français en autant de normes et de coutumes »²⁶⁰⁰ et consacrent un modèle centralisé et uniforme. Celui-ci, partiellement repris par le Consulat et l'Empire, tracera sa route jusqu'à la fin de la IVe République.

Le rapport Piron souligne que ce système « récuse toute idée d'expérimentation ; son bon fonctionnement est assuré par une chaîne hiérarchique de commandement et d'exécution, qui condamne a priori tout mouvement centrifuge »²⁶⁰¹. Il ajoute que « ce modèle d'administration a pu assurer le développement économique et industriel de la France au XIXe et XXe siècle ; il trouve cependant rapidement ses limites dans une société complexe où les décisions demandent une concertation, une évaluation et l'adhésion des citoyens qu'elles sont censées régir »²⁶⁰².

2. La consécration de l'expérimentation permise par le renforcement de la vision efficiente de la loi

267. - Expérimentation : un développement synchrone à la remise en question de la suprématie de la loi.

²⁵⁹⁴ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁵⁹⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 5.

²⁵⁹⁶ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁵⁹⁷ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁵⁹⁸ Rousseau, J.-J., Du Contrat social, 1762.

²⁵⁹⁹ Mestre J.L., L'expérimentation d'assemblées provinciales sous le règne de Louis XVI, op. cit., p.34.

²⁶⁰⁰ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 7.

²⁶⁰¹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁶⁰² Ibid. Rapp. AN n° 955.

Le système juridique français est resté sous l'égide de la conception rousseauiste de la loi jusqu'à la fin de la IV^e République²⁶⁰³. Il est alors intéressant de noter que « le véritable phénomène juridique de l'expérimentation tel qu'il est mis en œuvre à l'heure actuelle »²⁶⁰⁴ est apparu au matin de la V^e République et dans une loi portant le nom d'un des pères fondateurs de la Constitution de 1958. Ainsi, la loi Debré du 31 décembre 1959²⁶⁰⁵, qui prévoyait de tester des contrats simplifiés dans l'enseignement privé, fut la première pierre posée de la construction de l'édifice expérimental que nous connaissons actuellement. Cependant, la méthode expérimentale demeure marginale jusqu'à la moitié des années quatre-vingt-dix malgré quelques expérimentations de-ci de-là²⁶⁰⁶.

Jacques Chevallier souligne que la « suprématie conférée à la loi a été sans doute remise en cause en 1958 ; mais la modification de l'équilibre entre la loi et le règlement, au demeurant résorbée en pratique, n'a pas suffi à éradiquer les représentations traditionnelles »²⁶⁰⁷. Ce n'est qu'à partir des années quatre-vingt-dix que la conception efficiente de la loi s'ancre réellement dans la pratique du Droit²⁶⁰⁸, que le besoin de « mieux légiférer »²⁶⁰⁹ devient impérieux²⁶¹⁰. Force est de constater que c'est précisément durant cette décennie que la méthode expérimentale a connu son premier véritable essor. Tant la jurisprudence constitutionnelle²⁶¹¹ qu'administrative²⁶¹² ont admis à cette époque « qu'une autorité administrative peut procéder à une expérimentation en édictant, pour une période temporaire, une règle dérogatoire ne s'appliquant qu'à une partie de la population ou du territoire »²⁶¹³.

En 1993, Jacques Chevallier soulignait que les lois expérimentales ne bénéficiaient pas en France, contrairement à l'Allemagne, d'un cadre juridique singulier et mettait en exergue le fait que cette carence « traduit aussi le sous-développement en France de la réflexion concernant les caractéristiques intrinsèques de la loi »²⁶¹⁴. Il complétait ce raisonnement en soulignant que l'expérimentation devrait se développer en France après 1993, car « ce développement est logique dans la mesure où il s'inscrit dans un mouvement de réévaluation globale de la conception traditionnelle de la loi ; et le mouvement ne fera, selon toute probabilité, que s'amplifier dans les années à venir »²⁶¹⁵. L'Histoire lui aura donné raison. Dix ans plus tard, le pouvoir constituant²⁶¹⁶, porté par un idéal d'efficacité de la loi, viendra

²⁶⁰³ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français.

²⁶⁰⁴ Charentenay (de) S., Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation, communication au VII^e congrès français de droit constitutionnel, Paris, du 25 au 27 sept. 2008.

²⁶⁰⁵ L. n° 59-1557, 31 déc. 1959.

²⁶⁰⁶ L. n° 75-17, 17 janv. 1975 ; L. n° 79-15, 3 janv. 1979 ; L. n° 82-689, 4 août 1982 ; L. n° 88-1088, 1 déc. 1988.

²⁶⁰⁷ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français.

²⁶⁰⁸ Chevallier J., Peut-on rationaliser la production du Droit ?, op. cit.

²⁶⁰⁹ Ibid. Chevallier J., Peut-on rationaliser la production du Droit ?

²⁶¹⁰ Rapp. CE n° 43, 1991, op. cit. ; Rapp. CE n° 57, 14 mars 2006, op. cit. ; Circ., 25 mai 1988 ; Circ., 26 juil. 1995 ; Circ., 30 sept. 2003 ; Circ. 7 juill. 2011.

²⁶¹¹ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC. : « il est [...] loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations aux règles ci-dessus définies de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles appropriées à l'évolution des missions de la catégorie d'établissements en cause ».

²⁶¹² CE, 24 juin 1993, n° 353605.

²⁶¹³ Rapp. Sénat n° 82, 28 oct. 2020, relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

²⁶¹⁴ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁶¹⁵ Ibid. Chevallier J.

²⁶¹⁶ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

donner « un double ancrage constitutionnel aux expérimentations »²⁶¹⁷. Ainsi, la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République²⁶¹⁸ sécurise juridiquement l'expérimentation-transfert²⁶¹⁹, déjà mise en œuvre, et consacre un nouveau type d'expérimentation, l'expérimentation-dérogation²⁶²⁰.

268. - Expérimentation : incarnation de la vision efficiente de la loi.

Comme le soulignait le rapport Piron, « l'efficacité de la norme étant désormais au centre de l'action publique, l'expérimentation apparaît non seulement comme un instrument essentiel de la réforme de l'État, mais aussi comme un changement de conception : la thèse de l'infailibilité de la loi et du législateur fait place maintenant à une vision plus réaliste du droit, et singulièrement de la norme législative, qui doit sans cesse appréhender des contraintes du réel multiformes et mouvantes »²⁶²¹.

Pour Jacques Chevallier, la rationalisation de l'élaboration de la norme se matérialise par une triple démarche²⁶²²: « une démarche méthodique, fondée sur l'exploitation d'outils techniques nouveaux; une démarche incrémentale, sous-tendue par une exigence d'efficacité sociale; enfin une démarche évaluative, caractérisée par l'introduction de dispositifs permanents de correction et d'ajustement »²⁶²³. L'expérimentation juridique, en ce qu'elle est une démarche méthodique, incrémentale et évaluative, est un outil privilégié de la rationalisation de l'élaboration de la norme et par extension de la vision efficiente de la loi.

§2. Droit à l'expérimentation : technique juridique d'adaptation du cadre normatif aux évolutions technologiques

Si le droit à l'expérimentation trouve ses racines dans la vision efficiente de la loi, ses branches portent la volonté certaine de légiférer au mieux dans les domaines sensibles et complexes. Les nouvelles technologies ayant mis à l'épreuve tant les textes existants que la capacité du législateur à intervenir dans ce domaine, il a semblé nécessaire de repenser les conditions d'élaboration de la loi en la matière. Le droit à l'expérimentation est apparu comme une technique pertinente d'adéquation normative aux évolutions technologiques, motivant notamment sa consécration lors de la réforme constitutionnelle de 2003²⁶²⁴ (A.). La pratique est venue appuyer cette idée, ce mode d'élaboration des textes étant employé de manière croissante dans les domaines touchant aux nouvelles technologies, notamment dans le cadre de France expérimentation (B.).

²⁶¹⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 15.

²⁶¹⁸ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

²⁶¹⁹ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

²⁶²⁰ Const., loc. cit. art. 72 al. 4.

²⁶²¹ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 5.

²⁶²² Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

²⁶²³ Chevallier J., *La rationalisation de la production juridique*, in Morand C.-A. (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, 1991, Publisud.

²⁶²⁴ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

A. Droit à l'expérimentation : une technique pertinente d'adéquation normative aux évolutions technologiques

L'expérimentation, initialement utilisée dans les domaines scientifiques puis sociologiques, s'est progressivement imposée comme une technique juridique adaptée à l'encadrement des évolutions technologiques (1.). Son aptitude à appuyer le législateur dans les domaines liés aux évolutions technologiques a d'ailleurs été un des éléments qui a motivé la réforme constitutionnelle de 2003 (2.).

1. Une technique juridique adaptée à l'encadrement des évolutions technologiques

269. - L'expérimentation : une méthode initialement scientifique pertinente pour légiférer dans les domaines technologiques.

Comme le rappelle le rapport Piron sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales « la méthode expérimentale, qui repose sur l'observation d'un phénomène afin d'en dégager une théorie générale est l'un des piliers de la recherche scientifique »²⁶²⁵. La méthode expérimentale trouve d'ailleurs son origine dans les sciences brutes. Définie en 1856 par le chimiste Michel-Eugène Chevreul, l'expérimentation est formalisée par Claude Bernard en 1876²⁶²⁶ dans son ouvrage la science expérimentale²⁶²⁷ où il pose les principes de la médecine expérimentale. L'origine de cette méthode légitime d'autant plus sa mise en œuvre en Droit sur les questions d'innovation. Le rapport Piron souligne à cet égard que « dans les domaines techniques, l'expérimentation législative présente un intérêt particulier, dans la mesure où elle permet d'accompagner l'expérimentation scientifique »²⁶²⁸.

Les synergies entre expérimentation technique et expérimentation juridique sont primordiales sur le plan méthodologique. L'importance de rester proche de la méthode scientifique est d'ailleurs soulignée dans le rapport l'Assemblée nationale de 2003 relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales²⁶²⁹. Il met en exergue le fait que certaines expérimentations aient été limitées dans le temps et appliquées à l'ensemble du territoire, et non pas uniquement à une partie de la population, comme ce fut notamment le cas avec la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse²⁶³⁰ et avec celle du 1^{er} décembre 1988 instituant le revenu minimum d'insertion²⁶³¹. Cependant, le rapport souligne que l'intérêt de ce type d'expérimentation est à relativiser « puisque l'expérimentation suppose l'établissement d'un échantillon aux fins de comparaison »²⁶³² et qu'ici la comparaison est uniquement temporelle ce qui ne permet pas d'identifier clairement si l'impact est dû exclusivement à la nouvelle législation ou à d'autres facteurs. Dans sa critique des expérimentations à l'échelle nationale, qui apparaissent alors davantage comme un outil politique d'acceptation de la norme que comme un outil juridique de construction de celle-ci, le rapport souligne que « la véritable

²⁶²⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 5.

²⁶²⁶ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁶²⁷ Bernard C., La science expérimentale, 1878, Baillière J.-B. & fils.

²⁶²⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 9.

²⁶²⁹ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 6.

²⁶³⁰ L. n° 75-17, 17 janv. 1975.

²⁶³¹ L. n° 88-1088, 1 déc. 1988.

²⁶³² Ibid. Rapp. AN n° 955.

expérimentation suppose l'application, au même instant t, d'une norme différente à plusieurs échantillons donnés. C'est pourquoi l'expérimentation est, le plus souvent, menée sur une partie du territoire ou sur une partie de la population, avec, à terme, l'objectif d'une généralisation »²⁶³³. La volonté de maintenir un raisonnement scientifique, fondé sur la comparaison de plusieurs échantillons n'ayant pas été exposés aux mêmes éléments, transparait dans ces propos. La méthodologie scientifique d'évaluation des expérimentations, clef de voûte de leur réussite, ne devrait également pas être séparée trop rigoureusement de l'évaluation juridique. En effet, l'évaluation étant encore le talon d'Achille de la méthode expérimentale dans le domaine juridique, la maîtrise de ce type d'évaluation dans les sciences brutes pourrait irriguer les réflexions juridiques menées à ce sujet. Ce serait particulièrement enrichissant pour les expérimentations juridiques menées dans des domaines techniques.

270. - L'expérimentation : une méthode progressivement sociologique adaptée aux évolutions technologiques.

La méthode expérimentale s'est ensuite développée dans la littérature et dans les sciences humaines et sociales. Ce fut par exemple le cas en littérature à travers l'œuvre de Zola²⁶³⁴ directement inspirée du travail de Claude Bernard. En psychologie, les travaux de Stanley Milgram sur le processus de soumission à l'autorité sont également fondés sur une expérimentation menée de 1960 à 1963. La sociologie s'est également progressivement saisie de cet outil d'analyse et a développé une expertise indéniable en la matière.

Les innovations technologiques ont un impact important sur les relations humaines et sociales, cependant, cet impact est encore difficilement évalué. L'expérimentation juridique dans le domaine numérique pourrait être à l'origine de belles synergies. D'une part, les données récoltées dans le cadre de ces expérimentations juridiques pourraient enrichir les études sociologiques portant sur le numérique, dans le respect des règles applicables en matière de protection des données. D'autre part, les méthodes d'évaluation de l'aspect sociologique, fondamentales dans le cas d'espèce, existent déjà et pourraient être réemployées dans le cadre des évaluations des expérimentations juridiques, à l'instar de la méthode scientifique précédemment évoquée.

271. - L'expérimentation : une méthode juridique adaptée aux évolutions technologiques.

Les normes juridiques poursuivent initialement un objectif, mais celui-ci n'est pas toujours affiché dans la réglementation, notamment pour des raisons politiques ou par besoin d'intelligibilité de la loi. Des textes ont par exemple pu s'appuyer sur des obligations permettant d'atteindre l'objectif fixé par rapport au contexte existant au moment de leur rédaction sans pour autant évoquer l'objectif en tant que tel. Par exemple, en Île-de-France, plusieurs arrêtés préfectoraux ont été mis en place pour limiter la vitesse de circulation sur le réseau fluvial. Outre l'idéal de sécurité, l'objectif principal de cette limitation de vitesse était de préserver les berges de Seine qui pouvaient être endommagées par les vagues causées par les bateaux. Les navettes « volantes » Sea Bubbles se sont vues confrontées à cette réglementation. Ces bateaux électriques, relativement écologiques et permettant potentiellement de désengorger la circulation sur les quais de Seine comme souhaité par Anne Hidalgo, peuvent participer à l'intérêt général et s'inscrivent dans la lignée des politiques publiques locales. Cependant, pour fonctionner correctement, elles nécessitent d'aller à une vitesse supérieure à celle autorisée par les différents arrêtés préfectoraux et se trouvaient ainsi bloquées par ces derniers bien qu'elles ne portaient

²⁶³³ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁶³⁴ Zola E., *Le roman expérimental*, 2006, Flammarion.

aucunement atteinte à l'objectif de préservation des berges, leur caractère « volant » leur permettant de ne pas créer de vagues. Si ce frein juridique a été rapidement levé par un arrêté de circulation dérogatoire au règlement particulier de police Seine-Yonne pour permettre l'expérimentation des navettes Sea Bubbles du 16 au 20 septembre 2019²⁶³⁵, il ne manque pas de mettre en exergue les discordances qui peuvent exister entre les objectifs initiaux d'un texte légal et son application aux nouvelles technologies.

Face aux évolutions technologiques, le législateur doit se réinventer. Sera-t-il observateur ou expérimentateur²⁶³⁶ ? S'adaptera-t-il à chaque technologie avec des lois de réaction²⁶³⁷ ou des lois d'action ? La connaissance des utilisations possibles des nouvelles technologies et de leurs conséquences juridiques, sociales et économiques étant insuffisante, réglementer dans ce domaine expose à une grande sérendipité législative²⁶³⁸. Un législateur observateur verrait la difficulté dans chaque sérendipité législative, un législateur expérimentateur verrait l'opportunité dans chaque sérendipité législative. Malgré ses apparences incertaines et mouvantes, l'expérimentation législative peut s'imposer comme un véritable gage de sécurité juridique dans le domaine des nouvelles technologies, sécurité qui lui fait encore tant défaut.

2. Une technique juridique renforcée notamment afin d'encadrer les évolutions technologiques

272. - L'encadrement des évolutions technologiques : un enjeu au cœur de la réforme constitutionnelle de 2003.

Le rapport public du Conseil d'État de 1996 met en lumière trois arguments appuyant le besoin d'expérimentation juridique, rappelés par l'Assemblée nationale à l'occasion de la réforme de 2003²⁶³⁹, à savoir : une meilleure évaluation de l'efficacité et de l'effectivité d'une norme, notamment de sa capacité à couvrir des situations variées, la facilitation de l'adhésion des citoyens aux réformes et l'adaptation du cadre normatif aux évolutions technologiques. Ces trois avantages que peut présenter l'expérimentation juridique trouvent un écho particulier dans les spécificités des territoires d'intelligences. En premier lieu, les difficultés à légiférer au sein des territoires d'intelligences reposent en grande partie sur la granularité de ces derniers et la grande diversité des situations au sein d'un même territoire. En second lieu, les citoyens sont au cœur des territoires d'intelligences, ils en sont à la fois les bénéficiaires et les façonneurs, et leur adhésion aux réformes est la clef de voûte de l'effectivité des

²⁶³⁵ Burban T., SeaBubbles autorisé à expérimenter son bateau sur la Seine, Le Parisien 2019.

²⁶³⁶ Bernard C., La science expérimentale, op. cit. : « On donne le nom d'observateur à celui qui applique les procédés d'investigations simples ou complexes à l'étude des phénomènes qu'il ne fait pas varier et qu'il recueille par conséquent tels que la nature les lui offre; on donne le nom d'expérimentateur à celui qui emploie les procédés d'investigations simples ou complexes pour faire varier ou modifier, dans un but quelconque, les phénomènes naturels et les faire apparaître dans des circonstances ou dans des conditions dans lesquelles la nature ne les présentait pas. »

²⁶³⁷ Carcassonne G., Penser la loi, op. cit. : « Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. On légifère d'abord puis, rarement et seulement si l'on n'a rien de plus rentable à faire, on réfléchit ensuite. Il ne s'agit pas là d'une caricature, hélas, mais des traits d'un genre plus ou moins normatif devenu pullulant. Des lois purement réactionnelles sont, par nature, des lois impensées. Ces impensées, souvent, se trahissent par leur titre. C'est lui qui donne l'objet, à charge ensuite pour qui de droit de tenter de lui trouver un contenu. Ce dernier devient second, au mieux, par rapport à l'intitulé, grâce auquel on peut prétendre avoir relevé un défi. »

²⁶³⁸ Bourcier D., Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ?, R.I.E.J. 1999.

²⁶³⁹ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 7

mesures prises au sein des territoires d'intelligences. Enfin, si les territoires d'intelligences ne doivent pas faire l'objet d'une vision technocentrée, ils doivent cependant pouvoir intégrer les nouveaux outils technologiques pouvant améliorer la qualité de vie du citoyen et l'effectivité des services publics.

Le rapport de l'Assemblée nationale rédigé à l'occasion de la réforme constitutionnelle de 2003 rappelle que « les nouvelles potentialités offertes par la technologie, notamment dans la communication, exigent un encadrement normatif ; le droit est cependant désarmé face aux mutations rapides que connaît le secteur. L'expérimentation permet alors de s'assurer que les nouvelles règles sont bien adaptées aux nouvelles réalités »²⁶⁴⁰. Il vient ainsi conforter la position du législateur comme expérimentateur juridique dans le domaine des nouvelles technologies, lui offrant la possibilité de se confronter au Réel et de faire de la sérendipité juridique une force.

273. - La réforme constitutionnelle de 2003.

Comme le rappelle l'Assemblée nationale en 2003, si la volonté d'expérimenter est de plus en plus prégnante, la mise en œuvre de celles-ci « pouvait difficilement être engagée dans le cadre constitutionnel de 1958. Les obstacles étaient réels, au premier rang desquels l'application stricte du principe d'égalité »²⁶⁴¹. Une réforme constitutionnelle était la seule à pouvoir permettre le renforcement de l'utilisation de cet outil juridique.

La volonté de réformer le cadre constitutionnel à cette fin était déjà affichée depuis quelques années. Jacques Chirac avait déjà exprimé sa conviction à ce sujet en 1998 et l'avait réaffirmée à l'occasion de son discours à Rouen en avril 2002 où il soulignait qu'« il s'agit de pouvoir faire l'expérience de réformes en grandeur nature, dans les collectivités volontaires, avant de les généraliser à l'ensemble du territoire »²⁶⁴².

B. Droit à l'expérimentation : une mise en œuvre croissante dans un idéal d'adéquation normative aux évolutions technologiques

Le droit à l'expérimentation est utilisé de manière croissante dans un idéal d'adéquation normative aux évolutions technologiques. Si la réforme constitutionnelle de 2003 a conduit à un renforcement de la mise en œuvre de l'expérimentation dans les domaines liés aux nouvelles technologies (1.), France Expérimentation est venue conforter et structurer cette dynamique (2.).

1. Une application aux évolutions technologiques renforcée avec la réforme de 2003

274. - Une application aux évolutions technologiques à tâtons avant la réforme de 2003.

La méthode expérimentale est une goutte d'eau dans l'océan juridique jusqu'à la moitié des années quatre-vingt-dix. La manière de légiférer dans les domaines technologiques dans les années quatre-

²⁶⁴⁰ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁶⁴¹ Rapp. AN n° 955., op. cit. p. 5.

²⁶⁴² Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 14.

vingt et la première moitié des années quatre-vingt-dix en est un exemple criant²⁶⁴³. Jacques Chevallier soulignait à cet égard en 1993 que « la loi a gardé certains de ses attributs symboliques : en témoigne l'acharnement à légiférer dans des domaines aussi difficiles à encadrer que les nouvelles technologies et la bioéthique – fût-ce au prix d'un certain flou et d'adaptations régulières »²⁶⁴⁴. Il souligne que, en matière audiovisuel, tandis que l'expérimentation est le fer de lance du législateur allemand dans les années quatre-vingt-dix, le législateur français « s'est obstiné à bâtir des statuts successifs, à chaque fois coulés dans le bronze et posés comme éternels, dont la durée de vie a été en fait des plus limitées »²⁶⁴⁵. Les seize lois votées dans le domaine des nouvelles technologies entre 1982 et 1991 répertoriées dans le rapport du Conseil d'État de 1991²⁶⁴⁶ attestent de l'acharnement législatif²⁶⁴⁷ en la matière.

Suite à la loi du 1^{er} décembre 1988 relative au RMI²⁶⁴⁸ et au succès de cette expérimentation, on assiste à une hausse croissante de la mise en œuvre de cette pratique dans les années quatre-vingt-dix. Celle-ci est particulièrement employée sur certaines thématiques²⁶⁴⁹ telles que l'urbanisme²⁶⁵⁰, l'emploi²⁶⁵¹ et les domaines incertains et sensibles, tels que la bioéthique²⁶⁵² puis le numérique dans la seconde moitié des années quatre-vingt-dix. La loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire prévoit par exemple à son article 20 que le schéma des télécommunications définit « les conditions dans lesquelles l'État peut favoriser la promotion de services utilisant des réseaux interactifs à haut débit, à travers notamment la réalisation de projets expérimentaux »²⁶⁵³. La loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information prévoit quant à elle la possibilité de mettre en place des expérimentations « en vue de favoriser le développement des infrastructures et des services de télécommunications et de communication audiovisuelle »²⁶⁵⁴. Cependant, en l'absence de cadre constitutionnel pour l'expérimentation, le recours à cette dernière demeure ponctuel et à tâtons.

275. - Une application aux évolutions technologiques renforcée après la réforme de 2003.

La constitutionnalisation du droit à l'expérimentation n'a pas conduit à un essor immédiat de cette pratique. L'expérimentation-dérogation de l'article 72 de la Constitution est encore très peu mise en œuvre,²⁶⁵⁵ mais l'expérimentation-transfert de l'article 37-1 a connu une montée en puissance progressive²⁶⁵⁶. C'est principalement dans la seconde moitié des années deux-mil-dix que le législateur la banalise et lui donne la portée escomptée par le pouvoir constituant en matière de nouvelles technologies, comme en attestent les expérimentations juridiques portant sur des nouvelles technologies figurant dans la liste produite par l'étude du Conseil d'État sur l'expérimentation²⁶⁵⁷. Si celles-ci sont

²⁶⁴³ Pollack M., La régulation technologique : le difficile mariage entre le droit et la technologie, *Revue française de science politique* 1982 ; Flis-Trèves M., Mehl, Pisier E., *Contre l'acharnement législatif*, Pouvoirs 1991.

²⁶⁴⁴ Chevallier J., *Les lois expérimentales le cas français*, op. cit. p. 122 et s.

²⁶⁴⁵ Ibid. Chevallier J.

²⁶⁴⁶ Rapp. CE n° 43, op. cit.

²⁶⁴⁷ Ibid. Flis-Trèves M., Mehl, Pisier E.

²⁶⁴⁸ L. n° 88-1088, 1^{er} déc. 1988 relative au revenu minimum d'insertion.

²⁶⁴⁹ Charentenay (de) S., op. cit. p. 324.

²⁶⁵⁰ L. n° 91-662, 13 juill. 1991.

²⁶⁵¹ L. n° 93-1313, 20 déc. 1993.

²⁶⁵² Comme cela avait été le cas auparavant avec la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (L. n° 75-17, 17 janv. 1975.).

²⁶⁵³ L. n° 95-115, 4 févr. 1995.

²⁶⁵⁴ L. n° 96-299, 10 avr. 1996, art. 1.

²⁶⁵⁵ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p.149 : Le Conseil d'État recense quatre expérimentations mises en place sur le fondement de l'article 72 dont aucun ne porte sur les nouvelles technologies.

²⁶⁵⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁶⁵⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

encore peu exploitées dans des secteurs sensibles comme le militaire ou la santé²⁶⁵⁸, elles sont présentes dans de nombreux autres domaines tels que l'agriculture²⁶⁵⁹, l'aménagement du territoire²⁶⁶⁰, l'économie²⁶⁶¹, les finances publiques²⁶⁶², l'intérieur²⁶⁶³, la justice²⁶⁶⁴ et les relations entre le public et l'administration²⁶⁶⁵.

Les trois thématiques où les expérimentations portent particulièrement sur les nouvelles technologies sont l'environnement, l'énergie et les transports. Ce constat, mis en lumière par certains arrêtés et ordonnances²⁶⁶⁶, est particulièrement mis en avant avec la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte²⁶⁶⁷. Cette dernière prévoit la mise en place d'expérimentation pour les véhicules autonomes²⁶⁶⁸, l'autoconsommation²⁶⁶⁹, le service de flexibilité locale d'électricité²⁶⁷⁰, les réseaux intelligents²⁶⁷¹ et le chèque énergie²⁶⁷².

²⁶⁵⁸ D. n° 2019-528 du 27 mai 2019 (Expérimentation d'une « e-carte d'assurance maladie »).

²⁶⁵⁹ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 73 (Expérimentation portant sur un dispositif d'abattoirs mobiles) ; L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 71 (Expérimentation portant sur un dispositif de contrôle par vidéo des postes de saignée et de mise à mort, visant à évaluer l'efficacité des protocoles et l'application de la réglementation du bien-être animal) ; L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 82 (Expérimentation portant sur l'utilisation des aéronefs télépilotés pour la pulvérisation aérienne de produits autorisés en agriculture biologique).

²⁶⁶⁰ D. n° 2019-66, 1er févr. 2019 (Expérimentation du Pass Culture).

²⁶⁶¹ L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 141 (Expérimentation sur les conditions d'accès des réseaux et installations énergétique) ; D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018 (Expérimentation relative aux achats innovants permettant, sous certaines conditions, de pouvoir passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables).

²⁶⁶² D. n° 2017-601, 21 avr. 2017.

²⁶⁶³ L. n° 2018-697, 3 août 2018, art. 1 (Expérimentation relative à l'utilisation de caméras-mobiles par les sapeurs-pompiers professionnels ou volontaires et les militaires de la brigade des sapeurs-pompiers de Paris et du bataillon des marins pompiers de Marseille) ; L. n° 2017-86, 27 janv. 2017, art. 211 ; D. n° 2017-636, 25 avr. 2017 (Expérimentation relative à l'enregistrement systématique des contrôles d'identité par les agents équipés d'une caméra mobile) ; L. n° 2016-339, 3 juin 2016, art. 114 (Expérimentation relative à l'autorisation des agents de police municipale à procéder, au moyen de caméras individuelles, à un enregistrement audiovisuel de leurs interventions) ; L. n° 2016-339, 22 mars 2016, art. 2 (Expérimentation relative à l'autorisation des agents des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens à procéder, au moyen de caméras individuelles, à un enregistrement audiovisuel de leurs interventions lorsque se produit ou est susceptible de se produire un incident).

²⁶⁶⁴ D. n° 2014-461, 7 mai 2014 (Expérimentation relative à la dématérialisation des frais judiciaires) ; D. n° 2005-222 du 10 mars 2005 (Expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique).

²⁶⁶⁵ L. n° 2018-727, 10 août 2018, art. 31 (Dépôt unique dématérialisé des demandes de concours financiers) ; D. n° 2008-1109, 29 oct. 2008 (Création à titre expérimental d'un traitement automatisé dénommé « pré-plainte en ligne ») ; A. 29 sept. 2017 (Expérimentation relative à la création d'un système de téléservices destiné à l'accomplissement de démarches administratives relatives aux certificats d'immatriculation des véhicules) ; A. 29 sept. 2017 (traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « système d'immatriculation des véhicules »).

²⁶⁶⁶ Ord. n° 2016-1057, 3 août 2016 ; L. n° 2015-992, 17 août 2015 (Expérimentation de circulation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques) ; A. 22 févr. 2019 (expérimentation de l'implantation d'un dispositif de signalisation lumineuse dynamique au sol) ; A. 21 mai 2019 (expérimentation d'un dispositif tactile sur traversées piétonnes) ; A. 24 mai 2019 (expérimentation de l'implantation d'un dispositif de signalisation lumineuse dynamique au sol) ; A. 6 juin 2017 (expérimentation de dispositifs de zones tactiles traversantes) ; A. 7 sept. 2016 (expérimentation d'un dispositif de ligne d'alertes audiotactiles) ; A. 29 sept. 2015 (expérimentation de signalisation dynamique pour la mise en œuvre d'une voie réversible) ; A. 11 déc. 2015 (expérimentation d'un dispositif de signalisation dynamique de filtrage des véhicules de transport de marchandises).

²⁶⁶⁷ Asso.francevilledurable.fr, La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants ; L. n° 2015-992, 17 août 2015.

²⁶⁶⁸ L. n° 2015-992, loc. cit., art. 37.

²⁶⁶⁹ L. n° 2015-992, loc. cit., art. 119.

²⁶⁷⁰ L. n° 2015-992, loc. cit., art. 199.

²⁶⁷¹ L. n° 2015-992, loc. cit., art. 200.

²⁶⁷² L. n° 2015-992, loc. cit., art. 201.

2. Une application aux évolutions technologiques volontariste dans le cadre de France Expérimentation

276. - 2016 : prémices avec des expérimentations réglementaires.

France Expérimentation, mise en place en 2016 dans le cadre de l'article 37-1 de la Constitution, avait initialement pour objectif d'« offrir aux acteurs économiques la possibilité d'exprimer leurs besoins d'adaptation des normes et des procédures administratives auprès d'un interlocuteur unique et dans le cadre d'un dispositif clair et transparent »²⁶⁷³. Prévus dans un premier temps comme un dispositif temporaire, France expérimentation lance son premier appel à projets du 29 juin au 31 décembre 2016. Quatre-vingt-cinq dossiers de candidatures sont reçus dans ce cadre, parmi lesquels onze dossiers ont été retenus pour réaliser des expérimentations²⁶⁷⁴.

Parmi les projets retenus, plusieurs sont en lien avec l'innovation et le numérique, notamment celles portant sur la mesure de la qualité de l'eau par voie fluorimétrique dans les stations d'épuration urbaines²⁶⁷⁵, la réutilisation des eaux usées traitées pour l'irrigation²⁶⁷⁶ et le porte-monnaie électronique pour remboursement des patients des essais cliniques²⁶⁷⁷.

277. - 2018 : consolidation avec la pérennisation du dispositif pour les expérimentations réglementaires et l'ouverture aux expérimentations législatives.

Le Gouvernement a exprimé sa volonté de pérenniser et de renforcer ce dispositif en 2018. Il a ainsi été affirmé à l'occasion du déplacement du Premier ministre à Henrichemont que « France Expérimentation est désormais ouvert de façon permanente pour les projets de nature réglementaire »²⁶⁷⁸. Pour que France Expérimentation se positionne réellement comme un facilitateur d'innovation et ait un impact plus significatif, le Gouvernement a également exposé son souhait d'étendre son action au champ législatif. Le lien entre expérimentation et nouvelles technologies est scellé à cette occasion, tant par la motivation d'une telle réforme exprimée alors par Emmanuel Macron que par les expérimentations législatives effectivement mises en place par France Expérimentation. En premier lieu, il est important de rappeler que c'est à l'occasion de son discours du 29 mars 2018 relatif à l'intelligence artificielle que le Président de la République a indiqué que son désir de mettre en place un appel à projets afin de pouvoir réaliser des expérimentations législatives. Il soulignait alors que « le temps aujourd'hui nécessaire pour tester une innovation en France, qu'il s'agisse d'un algorithme et de ses effets finaux sur tel ou tel débouché, ou d'un médicament (...) n'est pas toujours et tout à fait celui d'une économie d'innovation »²⁶⁷⁹. En second lieu, les expérimentations mises en œuvre dans le cadre du premier appel à

²⁶⁷³ Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018, p.14.

²⁶⁷⁴ Ibid. Gouvernement.fr.

²⁶⁷⁵ Ibid. Gouvernement.fr ; A., 10 août 2017.

²⁶⁷⁶ Ibid. Gouvernement.fr ; A., 29 janv. 2018, relatif à la mise en œuvre d'une expérimentation portant sur l'utilisation d'eaux issues du traitement d'épuration des eaux résiduaires urbaines pour assurer l'irrigation et la fertilisation par aspersion de grandes cultures.

²⁶⁷⁷ Ibid. Gouvernement.fr.

²⁶⁷⁸ Ibid. Gouvernement.fr.

²⁶⁷⁹ Elysee.fr, Discours du Président de la République sur l'intelligence artificielle, 29 mars 2018 : « Le temps aujourd'hui nécessaire pour tester une innovation en France, qu'il s'agisse d'un algorithme et de ses effets finaux sur tel ou tel débouché, ou d'un médicament, il n'est pas toujours et tout à fait celui d'une économie d'innovation. Je souhaite donc que nous puissions relancer d'ici l'été un appel à expérimentation, afin d'introduire par amendements dans la loi PACTE des modifications législatives autorisant les expérimentations les plus significatives. Au-delà, nous

projets relevant du champ législatif, c'est-à-dire dans le cadre de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE)²⁶⁸⁰, étaient résolument marquées du sceau de la technologie. Sur les cinq expérimentations prévues par la loi PACTE²⁶⁸¹, deux portent sur des innovations technologiques, à savoir celle relative au développement d'opérations d'autoconsommation électrique collective²⁶⁸² et celle relative aux véhicules autonomes²⁶⁸³. L'autoconsommation, reposant notamment sur l'utilisation de panneaux solaires photovoltaïques, ne saurait être séparée de cette nouvelle technologie. L'objectif de cette expérimentation est de « faciliter le développement de projets innovants en matière d'autoconsommation électrique collective »²⁶⁸⁴. Les véhicules autonomes avaient déjà fait l'objet d'expérimentations²⁶⁸⁵, la loi PACTE a vocation à étendre le champ des expérimentations²⁶⁸⁶, notamment en expérimentant des véhicules autonomes de transport collectif sur les voies de bus et en testant de nouveaux engins, par exemple de petits engins de livraison automatisée²⁶⁸⁷, et à clarifier le régime de responsabilité en la matière²⁶⁸⁸.

Section 2. Un outil juridique garant de pragmatisme territorial

Lorsqu'il soutient la notion de « territoire d'intelligences » au détriment de celle de « ville intelligente », Luc Bélot affirme que la réflexion ne devrait pas se cantonner à l'échelle de la ville, mettant de côté les aires urbaines et les territoires ruraux, et que plusieurs intelligences prennent part à la construction de ces villes²⁶⁸⁹. L'échelle la plus pertinente dans le cadre des territoires d'intelligences, selon les domaines, les besoins locaux et les projets, peut être notamment une ville, une métropole ou même une région. Ainsi, la notion même de territoires d'intelligences interroge la répartition des compétences et invite au pragmatisme territorial. Le droit à l'expérimentation s'est progressivement imposé comme un outil de rationalisation des transferts de compétences²⁶⁹⁰. Jean-Bernard Auby affirmait en 2002 que « l'univers territorial (...) est déjà devenu ces dernières années un terrain privilégié d'expérimentation administrative et juridique »²⁶⁹¹. Le rapport Clément de 2003 soulignait d'ailleurs que l'expérimentation revêt « un intérêt particulier dans le cadre de la décentralisation,

réformerons fondamentalement le programme France Expérimentation qui doit devenir à la fois permanent et ancré dans les missions de chaque ministère. »

²⁶⁸⁰ L. n° 2019-486, 22 mai 2019.

²⁶⁸¹ L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art.127 (Expérimentation relative au recourt par les communes à des entreprises prestataires pour mener des opérations de collecte de recensement de la population) ; L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art.128 (Expérimentation relative à l'assouplissement des conditions de mise en œuvre du bail à réhabilitation afin de faciliter la mobilisation de logements vacants) ; L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art.129 (Expérimentation relative à l'exclusion des micro-organismes de France métropolitaine du champ d'application du dispositif APA (accès aux ressources génétiques et partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation).

²⁶⁸² L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art.126 (Expérimentation relative au développement d'opérations d'autoconsommation électrique collective).

²⁶⁸³ L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art.125 (Expérimentation relative aux véhicules autonomes).

²⁶⁸⁴ Modernisation.gouv.fr, [France Expérimentation] Le registre des expérimentations ouvertes, 11 juin 2019.

²⁶⁸⁵ Marraud des Grottes G., Expérimentation des véhicules autonomes : une nouvelle étape franchie avec la loi PACTE, Actualités du Droit 2019.

²⁶⁸⁶ Ibid. Marraud des Grottes G.

²⁶⁸⁷ Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018, p.16.

²⁶⁸⁸ Ibid. Marraud des Grottes G. ; Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018, p.16.

²⁶⁸⁹ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

²⁶⁹⁰ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit., p. 47 et s.

²⁶⁹¹ Auby J.-B., De l'expérimentation, Droit administratif 2002.

puisqu'elle permet de tester l'exercice d'une compétence à un niveau territorial, avant d'envisager une généralisation à l'ensemble de la catégorie de collectivités locales concernées»²⁶⁹². La réforme constitutionnelle de 2003, qui consacre l'expérimentation-transfert et l'expérimentation-dérogation, est venue donner un souffle nouveau à l'application de ce procédé juridique en matière de déconcentration et de décentralisation. Le rôle des collectivités territoriales en matière d'expérimentation s'est vu progressivement renforcé (§1.) parallèlement à une mise en œuvre croissante du droit à l'expérimentation dans un idéal de pragmatisme territorial (§2.).

§1. Droit à l'expérimentation : renforcement progressif du rôle des collectivités territoriales

Afin de garantir un véritable pragmatisme territorial à la clef des démarches expérimentales, celles-ci devraient être conduites en collaboration avec les collectivités territoriales. En effet, ces dernières bénéficient d'une conscience aiguisée des problématiques de l'organisation administrative existante et des besoins des territoires, toutes deux nécessaires afin de réaliser des expérimentations vertueuses. Si les collectivités territoriales n'ont joué qu'un rôle marginal dans les débuts de l'expérimentation (A.), la réforme constitutionnelle de 2003 a souhaité renforcer la place de ces dernières dans les démarches expérimentales (B.).

A. Un rôle marginal des collectivités territoriales avant la réforme constitutionnelle de 2003

Comme le souligne le rapport Piron, « c'est dans le cadre des lois de décentralisation que l'expérimentation à l'échelon local a connu un développement particulièrement important »²⁶⁹³. Plusieurs expérimentations ont ainsi émergé à la suite de l'Acte I de la décentralisation, dont certaines à l'initiative des collectivités elles-mêmes (1.). Les expérimentations mises en œuvre à cette occasion étaient cependant très encadrées et le rôle des collectivités limité par l'absence de consécration constitutionnelle de cet outil (2.).

1. Un renforcement à tâtons du rôle des collectivités territoriales

278. - Droit à l'expérimentation : un outil juridique réservé à l'État jusqu'aux années quatre-vingt.

²⁶⁹² Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 90.

²⁶⁹³ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 12.

L'État a initialement tenu les collectivités territoriales à l'écart de ses démarches expérimentales, préférant expérimenter auprès de ses services déconcentrés²⁶⁹⁴, comme en atteste notamment l'expérimentation de la réorganisation des services déconcentrés de l'État menée de 1962 à 1964. Laurent Dauphin affirme que les expérimentations qui ont suivi, qu'elles soient administratives ou législatives, n'ont pas « véritablement associé »²⁶⁹⁵ les collectivités territoriales. Les premières années de l'expérimentation en France sont d'ailleurs marquées par une proportion plus importante d'expérimentation globale, c'est-à-dire frappant l'ensemble du territoire et de la population²⁶⁹⁶, comme la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse²⁶⁹⁷. Cette réserve de l'État à associer les collectivités territoriales tient notamment à « une conception plutôt jacobine des relations entre l'État et les collectivités territoriales »²⁶⁹⁸.

Cependant, comme le souligne Laurent Dauphin, les collectivités territoriales ont pu « sinon expérimenter, mais tout au moins participer à des expérimentations nationales »²⁶⁹⁹. Ainsi, la loi du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion²⁷⁰⁰ « faisait ainsi du département le coresponsable, avec l'État, des actions de réinsertion menées dans le cadre du dispositif »²⁷⁰¹. En outre, la loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information²⁷⁰² prévoyait que les communes, leurs groupements ou des syndicats mixtes puissent demander « la fourniture, sur des réseaux établis ou exploités en application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, de tous services de télécommunications, y compris du service téléphonique entre points fixes »²⁷⁰³.

279. - Droit à l'expérimentation : des initiatives marginales des collectivités territoriales dans le cadre de la décentralisation dans les années quatre-vingt.

Les expérimentations à l'initiative des collectivités territoriales se comptaient sur les doigts de la main avant la réforme constitutionnelle de 2003. Le rapport Piron en décompte deux, chacune portée par le département d'Ille-et-Vilaine et précise que « à l'exception de cet exemple, dont l'initiative relève de la collectivité elle-même, les exemples d'expérimentation dans le cadre de la décentralisation ont tous été le fruit d'une initiative de l'État par voie législative »²⁷⁰⁴. La première expérimentation à l'initiative d'une collectivité territoriale concerne le complément local de ressources inauguré en 1986 par le conseil général d'Ille-et-Vilaine et la seconde est relative à la dotation globale de développement intercommunal afin de favoriser le partage des ressources entre les communes²⁷⁰⁵.

À l'exception des deux expérimentations précédemment évoquées, « les collectivités locales ne sont pas maîtresses des procédures d'expérimentation »²⁷⁰⁶ avant la réforme constitutionnelle de 2003. Ainsi, il est fondamental de rappeler que les principales expérimentations relatives à la décentralisation ont été mises en place sous l'égide de l'État et que les deux cas précédemment évoqués étaient

²⁶⁹⁴ Dauphin L., *Collectivités territoriales et expérimentation*, op. cit. p. 149-151.

²⁶⁹⁵ Ibid. Dauphin L.

²⁶⁹⁶ L. n° 59-1557, 31 déc. 1959 ; L. n° 75-17, 17 janv. 1975 ; L. n° 79-15, 3 janv. 1979 ; L. n° 82-689, 4 août 1982 ; L. n° 88-1088, 1 déc. 1988.

²⁶⁹⁷ L. n° 75-17, 17 janv. 1975.

²⁶⁹⁸ Ibid. Dauphin L.

²⁶⁹⁹ Ibid. Dauphin L.

²⁷⁰⁰ L. n° 88-1088, 1 déc. 1988.

²⁷⁰¹ Ibid. Dauphin L.

²⁷⁰² L. n° 96-299, 10 avr. 1996.

²⁷⁰³ L. n° 96-299, loc. cit. art. 2.

²⁷⁰⁴ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 10.

²⁷⁰⁵ Rapp. AN n° 2854, 10 janv. 2001, sur la proposition de loi constitutionnelle tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation des collectivités locales.

²⁷⁰⁶ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 13.

des exceptions et non un principe. Comme le souligne le rapport Piron, « telle que tracée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, l'expérimentation reste placée sous l'égide de l'État »²⁷⁰⁷. En effet, elles sont à l'initiative de l'État, à l'exception des deux cas précédemment évoqués, et il reste maître en tout état de cause des procédures expérimentales, notamment par le biais des conventions signées avec les collectivités concernées. Le rapport Piron va plus loin en affirmant que « les collectivités territoriales ont donc été ignorées dans la mise en place des procédures expérimentales »²⁷⁰⁸ et en soulignant les insuffisances d'un tel monopole étatique en ce qui concerne des expérimentations menées dans un idéal de pragmatisme territorial²⁷⁰⁹. Enfin, le rapport Piron précise qu'il « faut ajouter à cela le blocage dont a souffert le mouvement de décentralisation dans les années quatre-vingt-dix, du fait de l'enchevêtrement des compétences et des financements des différents échelons territoriaux »²⁷¹⁰.

280. - Droit à l'expérimentation : un rôle croissant des collectivités territoriales dans les années quatre-vingt-dix.

Laurent Dauphin affirme qu'il « faut attendre le milieu des années quatre-vingt-dix pour voir l'État proposer des expérimentations aux collectivités territoriales »²⁷¹¹. Ainsi, la loi du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale que « des conventions conclues entre certains départements, des organismes de sécurité sociale et, éventuellement, d'autres collectivités territoriales définissent, dans le cadre d'un cahier des charges établi, au plan national (...) les conditions de la mise en œuvre de dispositifs expérimentaux d'aide aux personnes âgées dépendantes »²⁷¹². La loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire dispose quant à elle que « une loi définira, après une phase d'expérimentation (...), les modalités d'organisation et de financement des transports collectifs d'intérêt régional et les conditions dans lesquelles ces tâches seront attribuées aux régions »²⁷¹³. La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité²⁷¹⁴ permet également aux collectivités territoriales de participer à différentes expérimentations²⁷¹⁵.

2. Un rôle limité des collectivités territoriales en l'absence de consécration constitutionnelle

281. - Droit à l'expérimentation : potentielle contradiction avec les principes d'égalité et d'indivisibilité de la République.

²⁷⁰⁷ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁷⁰⁸ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁷⁰⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955. « Les collectivités territoriales ont donc été ignorées dans la mise en place des procédures expérimentales ; or qui mieux que l'échelon local est susceptible d'exprimer la diversité des situations et de tenir compte de la complexité des questions économiques et sociales ? Alors même que l'initiative des collectivités territoriales est freinée, le pouvoir central témoigne d'une certaine méconnaissance des réalités locales. Il en résulte une rigidité qui a incontestablement contribué à accroître le désintérêt des Français pour la chose publique et le découragement de nombreux élus locaux. »

²⁷¹⁰ Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁷¹¹ Dauphin L., *Collectivités territoriales et expérimentation*, op. cit. p. 152

²⁷¹² L. n° 94-637, 25 juill. 1994, art. 38.

²⁷¹³ L. n° 95-115, 4 févr. 1995, art. 67.

²⁷¹⁴ L. n° 2002-276, 27 févr. 2002.

²⁷¹⁵ Ibid. Dauphin L.

Comme le souligne Jean-Marie Pontier, « autant l'expérimentation ne soulève guère de difficultés dans certains secteurs, voire paraît "naturelle", autant elle soulève de réticences dans le domaine de l'administration décentralisée »²⁷¹⁶. Laurent Dauphin affirme à cet égard que « la difficulté est d'abord juridique, l'expérimentation locale portant atteinte à plusieurs des principes constitutionnels les mieux établis »²⁷¹⁷. Les deux principaux principes auxquels l'expérimentation, particulièrement dans le cadre de la décentralisation, semble contrevenir, sont ceux d'égalité et d'indivisibilité de la République.

En ce qui concerne le premier, l'expérimentation créée « en principe un droit dérogatoire, qui cohabite dans l'État avec un texte de droit commun qui n'est pas abrogé, instituant de ce fait deux régimes juridiques différents applicables au même type de situation »²⁷¹⁸. Ainsi, comme le rappelle Laurent Dauphin, « l'expérimentation locale se heurte (...) directement au principe d'égalité qui, s'il n'impose pas nécessairement l'uniformité, n'en exige pas moins que les différences de traitement soient justifiées par une différence de situation ou un but d'intérêt général en rapport avec le texte qui les institue »²⁷¹⁹.

En ce qui concerne le second, Laurent Dauphin souligne que « s'il n'interdit pas tout recours à l'expérimentation locale, le principe d'indivisibilité de la République en limite par ailleurs singulièrement la portée »²⁷²⁰. Ainsi, les collectivités territoriales peuvent expérimenter, mais ne sauraient définir ce qu'elles expérimentent que de manière très limitée²⁷²¹.

Conscient des possibles contradictions avec les principes d'égalité et d'indivisibilité de la République, Jacques Chirac défend dès 1998 la diversification des initiatives locales²⁷²² et le renforcement du droit à l'expérimentation. Cette volonté se matérialisera finalement avec la réforme de 2003 qui viendra constitutionnaliser le droit à l'expérimentation et accorder une place plus importante aux collectivités territoriales dans ce type de démarches, en mettant en place l'expérimentation-dérogation.

282. - Une réforme constitutionnelle portée par la volonté de renforcer le rôle des collectivités territoriales.

La première tentative de consécration de l'expérimentation comme un outil juridique pérenne est législative²⁷²³ et s'inscrit dans un idéal de décentralisation. C'est à l'occasion de la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse²⁷²⁴ que le législateur propose de conférer à cette dernière une capacité générale d'expérimentation²⁷²⁵. Le Conseil constitutionnel rejette cette idée, soutenant que la délégation de compétences du législateur n'est possible que dans les cas prévus par la Constitution²⁷²⁶. Cette décision conduit à une conscience aiguisée du besoin de constitutionnaliser le droit à l'expérimentation, tant

²⁷¹⁶ Pontier J.-M., L'expérimentation et les collectivités locales, op. cit.

²⁷¹⁷ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 30.

²⁷¹⁸ Mamontoff C., Réflexions sur l'expérimentation du droit, RDP 1998.

²⁷¹⁹ Ibid. Dauphin L.

²⁷²⁰ Ibid. Dauphin L.

²⁷²¹ Ibid. Dauphin L.

²⁷²² Rapp. AN n° 955, op. cit. p.13.

²⁷²³ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 34.

²⁷²⁴ L. n° 2002-92, 22 janv. 2002.

²⁷²⁵ Ibid. Dauphin L.

²⁷²⁶ Ibid. Dauphin L.

pour faire de ce dernier un mécanisme juridique généralisé²⁷²⁷ que pour permettre aux collectivités territoriales de jouer un rôle pertinent dans la démarche expérimentale.

Deux propositions de loi constitutionnelle sont déposées à cette fin, respectivement en 2001²⁷²⁸ et 2002²⁷²⁹, mais n'aboutiront pas²⁷³⁰. Ce sera finalement la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République²⁷³¹ qui viendra renforcer le droit à l'expérimentation en lui accordant une place dans la Constitution et en lui conférant « un double ancrage »²⁷³² en consacrant tant l'expérimentation-transfert²⁷³³ que l'expérimentation-dérogation²⁷³⁴. Les intitulés des propositions de loi de 2001 et 2002 ainsi que de la loi du 28 mars 2003 trahissent la volonté du pouvoir constituant de soutenir le droit à l'expérimentation dans un idéal de décentralisation. Ainsi, la première proposition « [tend] à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales »²⁷³⁵, la seconde porte sur « la libre administration des collectivités territoriales »²⁷³⁶ et la loi du 28 mars 2003 est « relative à l'organisation décentralisée de la République »²⁷³⁷. Si le droit à l'expérimentation est un mécanisme juridique de création de la norme touchant à des sujets plus vastes que l'organisation de l'administration décentralisée, c'est au titre de cette dernière qu'il a été constitutionnalisé.

B. Un rôle des collectivités territoriales relativement consolidé dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2003

L'expérimentation, outil juridique qui fut dans un premier temps dédié à l'État²⁷³⁸, « s'est progressivement étendue au domaine de la décentralisation, dont elle est devenue le terrain de prédilection »²⁷³⁹. Si des expérimentations des collectivités territoriales ont vu le jour dès les années quatre-vingt, c'est bien la réforme constitutionnelle de 2003 qui est venue donner leur teneur juridique à ce type d'expérimentation. Cette réforme a consacré constitutionnellement l'expérimentation-transfert, qui était déjà mise en œuvre (1.), et l'expérimentation-dérogation, qui demeure en quête d'application pratique (2.). Comme le souligne Géraldine Chavrier, « aucun des deux types d'expérimentation promus ne vise seulement à améliorer la qualité des normes nationales »²⁷⁴⁰, elles sont également l'une comme l'autre « au service d'une République décentralisée »²⁷⁴¹.

²⁷²⁷ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 14 : « bien que prévisible, cette décision met fin à toute velléité de raisonner dans le cadre non modifié de la Constitution de 1958 »

²⁷²⁸ Proposition de loi constitutionnelle n° 2278, 24 mars 2000, tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales.

²⁷²⁹ Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 402.

²⁷³⁰ Ibid. Dauphin L.

²⁷³¹ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003

²⁷³² Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 15.

²⁷³³ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

²⁷³⁴ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

²⁷³⁵ Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 2278.

²⁷³⁶ Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 402.

²⁷³⁷ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

²⁷³⁸ Ce fut notamment le cas avec la loi Debré en 1959 (L. n° 59-1557, 31 déc. 1959.)

²⁷³⁹ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 29.

²⁷⁴⁰ Chavrier G., L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire ?, Annuaire des collectivités locales 2004.

²⁷⁴¹ Ibid. Chavrier G.

1. Expérimentation-transfert : une consécration constitutionnelle d'une pratique existante

283. - Consécration par la pratique de l'expérimentation-transfert.

L'expérimentation-transfert permet à « la loi et [au] règlement [de] comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental »²⁷⁴². Constitutionnalisé en 2003, ce type d'expérimentation était déjà mis en œuvre avant cette réforme²⁷⁴³, que ce soit dans le champ législatif ou réglementaire.

La loi Debré du 31 décembre 1959²⁷⁴⁴ ouvre le bal des expérimentations législatives en prévoyant de tester des contrats simplifiés dans l'enseignement privé. D'autres expérimentations touchant au domaine législatif lui emboîtent le pas, notamment celle relative au travail à mi-temps des fonctionnaires de l'État²⁷⁴⁵, celle relative à l'interruption volontaire de grossesse²⁷⁴⁶, celle relative à la dotation globale de fonctionnement versée par l'État aux collectivités locales²⁷⁴⁷ et celle relative au revenu minimum d'insertion (RMI). Comme le souligne Simon de Charentenay, « la mise en place du revenu minimum d'insertion représente de manière caractéristique l'esprit expérimental qui s'instaure entre l'État et les collectivités locales dans les années qui suivent l'Acte I de la décentralisation »²⁷⁴⁸. Simon de Charentenay ne manque pas de souligner que la loi de 1988 instaurant le RMI²⁷⁴⁹ « généralise la pratique et enregistre ainsi les succès d'une expérimentation plusieurs fois renouvelée »²⁷⁵⁰ contribuant à l'essor des expérimentations législatives dans les années quatre-vingt-dix. De nombreux autres secteurs entrent alors dans cette danse expérimentale, notamment l'urbanisme²⁷⁵¹ et l'emploi²⁷⁵² ainsi que les domaines incertains et sensibles, tels que la bioéthique²⁷⁵³ et le numérique²⁷⁵⁴.

C'est pourtant les expérimentations administratives, portant sur un acte réglementaire, qui ont été particulièrement ancrées dans la pratique avant la réforme constitutionnelle de 2003. Trop nombreuses pour être citées exhaustivement²⁷⁵⁵, elles ont participé à l'ancrage de cet outil dans le paysage juridique. On y compte notamment²⁷⁵⁶ l'expérimentation relative à la déconcentration de 1961, celle

²⁷⁴² Const. art 37.1.

²⁷⁴³ Rapp. AN n° 912, op. cit. p.8 « Des telles expérimentations étaient déjà autorisées par la jurisprudence constitutionnelle et administrative préalablement à la révision constitutionnelle de 2003. »

²⁷⁴⁴ L. n° 59-1557, 31 déc. 1959.

²⁷⁴⁵ L. n° 70-523, 19 juin 1970.

²⁷⁴⁶ L. n° 75-17, 17 janv. 1975.

²⁷⁴⁷ L. n° 79-15, 3 janv. 1979.

²⁷⁴⁸ Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation, communication au VIII^{ème} congrès français de droit constitutionnel, du 25 au 27 sept. 2008, Paris.

²⁷⁴⁹ L. n° 88-1088, 1^{er} déc. 1988.

²⁷⁵⁰ Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation, communication au VIII^{ème} congrès français de droit constitutionnel, du 25 au 27 sept. 2008, Paris.

²⁷⁵¹ L. n° 91-662, 13 juill. 1991.

²⁷⁵² L. n° 93-1313, 20 déc. 1993.

²⁷⁵³ Comme cela avait été le cas auparavant avec la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (L. n° 75-17, 17 janv. 1975).

²⁷⁵⁴ L. n° 95-115, 4 févr. 1995 ; L. n° 96-299, 10 avr. 1996, art. 1.

²⁷⁵⁵ Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation, communication au VIII^{ème} congrès français de droit constitutionnel, du 25 au 27 sept. 2008, Paris.

²⁷⁵⁶ Ibid. VIII^{ème} congrès français de droit constitutionnel.

relative au volet prévention du fonds national de l'emploi de 1994 ou encore celle relative à la tarification des établissements de santé.

284. - Constitutionnalisation de l'expérimentation-transfert.

La réforme constitutionnelle de 2003 a constitutionnalisé les expérimentations-transfert à son article 37-1 qui prévoit que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental »²⁷⁵⁷. Comme le souligne Florence Crouzatier-Durand « la formule est lapidaire rappelant que pour le Parlement et le Gouvernement, il ne s'agit d'une innovation que dans une moindre mesure. »²⁷⁵⁸. Ce nouvel article « a donc principalement eu pour objet de renforcer la sécurité juridique de ce type d'expérimentations »²⁷⁵⁹. Le Conseil Constitutionnel précise, s'inspirant de sa jurisprudence antérieure²⁷⁶⁰, que l'expérimentation-transfert « permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant pour un objet et une durée limitée au principe d'égalité devant la loi ; (...) toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle »²⁷⁶¹.

Comme le précise le rapport de la Mission Flash sur l'expérimentation et la différenciation territoriale, si l'article 37-1 ne porte pas spécifiquement sur les collectivités territoriales, « les expérimentations menées peuvent porter sur le transfert de certaines compétences de l'État à ces dernières »²⁷⁶². D'ailleurs, les discours politiques qui accompagnent la réforme constitutionnelle de 2003, que ce soit celui du Premier ministre²⁷⁶³ ou celui du président de la République²⁷⁶⁴, ne manquaient pas de souligner que l'expérimentation s'inscrit dans une démarche plus globale de libération des initiatives locales. Pour Géraldine Chavrier, l'expérimentation-transfert « vise à définir de façon pragmatique un État modeste, recentré sur ses compétences régaliennes »²⁷⁶⁵. Amal Fadli soutient également que « l'article 37-1 a été conçu comme un outil pragmatique visant à tester le niveau territorial pertinent de gestion d'une compétence »²⁷⁶⁶.

²⁷⁵⁷ Const., 4 oct. 1958, art 37-1.

²⁷⁵⁸ Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

²⁷⁵⁹ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 8.

²⁷⁶⁰ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

²⁷⁶¹ Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503.

²⁷⁶² Ibid. Rapp. AN n° 912.

²⁷⁶³ Fadli A., *La consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique : entre innovations et implications*, PUTC 2006 : « D'ailleurs en présentant le projet au Sénat, le Premier ministre a immédiatement expliqué que l'article 37-1 est destiné à autoriser, après expérimentation, des transferts de compétence de l'État vers les collectivités territoriales. Plus précisément, il doit permettre une concrétisation pratique du principe de subsidiarité qui doit déboucher sur un État recentré sur ses missions essentielles. »

²⁷⁶⁴ Chavrier G., *L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire ?*, op. cit. : « Cela ne serait pas non plus conforme avec le discours du président Chirac à Rouen sur la nécessité de "libérer les initiatives locales" et d'aller vers "une nouvelle architecture des pouvoirs". Surtout cela ne serait pas compatible avec l'explication donnée au nom du gouvernement par le ministre D. Perben de l'article 4 de la loi constitutionnelle qui traite tout à la fois du principe de subsidiarité, de la libre administration, du pouvoir réglementaire local et du droit à l'expérimentation. Selon lui "l'article 4 est la clef de l'ensemble du dispositif puisqu'il donne des libertés nouvelles aux collectivités territoriales, puisqu'il ouvre cette capacité d'innovation, d'expérimentation »

²⁷⁶⁵ Ibid. Chavrier G.

²⁷⁶⁶ Fadli A., *La consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique : entre innovations et implications*, PUTC 2006.

2. Expérimentation-dérogation : une consécration théorique dissonant avec une pratique quasi inexistante

285. - Consécration théorique de l'expérimentation-dérogation.

L'expérimentation-dérogation « [vise] à confier à une collectivité un pouvoir normatif intervenant dans le champ de la loi ou du règlement. En cela, il constituait une véritable innovation juridique »²⁷⁶⁷. La première tentative de consécration de l'expérimentation-dérogation est législative²⁷⁶⁸, la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse²⁷⁶⁹ proposant de conférer à cette dernière une capacité générale d'expérimentation²⁷⁷⁰. Alors rejetée par le Conseil constitutionnel²⁷⁷¹, qui considère que la délégation de compétences du législateur n'est possible que dans les cas prévus par la Constitution²⁷⁷², l'expérimentation-dérogation renaîtra de ses cendres à l'occasion de la réforme constitutionnelle de 2003²⁷⁷³. Le quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution permet dorénavant aux « collectivités territoriales ou leurs groupements [de] (...) déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »²⁷⁷⁴.

Comme le souligne le rapport Piron, l'article 72 de la Constitution ouvre de nouvelles possibilités en ce qui concerne l'organisation décentralisée de la République, « l'État, à travers l'administration n'incarne plus à lui seul l'intérêt général, les collectivités locales à leur échelon peuvent être également des lieux d'initiative, de réforme et de débat public pouvant servir de référence pour l'élaboration de la norme nationale »²⁷⁷⁵. Les collectivités territoriales sont au cœur de ce nouveau mécanisme, l'expérimentation-dérogation impliquant nécessairement leur intervention²⁷⁷⁶. Le caractère inédit de cette expérimentation est mis en lumière par Laurent Dauphin qui affirme que, jusqu'à cette réforme, « jamais aucune collectivité territoriale de droit commun n'avait été autorisée à exercer, fût-ce à titre expérimental, un pouvoir normatif dans le domaine de la loi. La décentralisation législative était jusqu'en 2003 exclusivement réservée aux territoires d'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie »²⁷⁷⁷.

286. - Une mise en œuvre marginale de l'expérimentation-dérogation.

Cependant, comme le souligne le bilan réalisé dans le cadre de la Mission Flash sur la réforme des institutions²⁷⁷⁸, ce mécanisme reste très peu mis en œuvre. Sur les trente-six expérimentations alors répertoriées entre 2004 et 2018 (sur la base des réponses de huit ministères sur treize²⁷⁷⁹), vingt-huit étaient des expérimentations-transfert et quatre n'avaient pas de base juridique communiquée²⁷⁸⁰. Restent alors seulement quatre expérimentations-dérogation identifiées par la Mission Flash. Alors que l'expérimentation-transfert connaît un important renouveau depuis 2015²⁷⁸¹, l'expérimentation-

²⁷⁶⁷ Anonyme, Expérimentons (vraiment) l'expérimentation !, Gaz. cnes, 2018.

²⁷⁶⁸ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 34.

²⁷⁶⁹ L. n° 2002-92, 22 janv. 2002.

²⁷⁷⁰ Ibid. Dauphin L.

²⁷⁷¹ Cons. Const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

²⁷⁷² Ibid. Dauphin L.

²⁷⁷³ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

²⁷⁷⁴ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

²⁷⁷⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 6.

²⁷⁷⁶ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 7 et s.

²⁷⁷⁷ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 38.

²⁷⁷⁸ Rapp. AN n° 912., op. cit., p. 10 et s.

²⁷⁷⁹ Ibid. Rapp. AN n° 912.

²⁷⁸⁰ Ibid. Rapp. AN n° 912.

²⁷⁸¹ Neuf entre 2004 & 2006, peu entre 2007 et 2014, renouveau entre 2015 et 2018 avec dix-sept expérimentations.

dérogation reste en retrait. Les quatre expérimentations-dérogation²⁷⁸² décomptées sont celles relatives au RSA²⁷⁸³, à la tarification sociale de l'eau²⁷⁸⁴, aux dérogations aux modalités de répartition des fonds non affectés par les entreprises de la taxe d'apprentissage²⁷⁸⁵ et à l'accès à l'apprentissage jusqu'à l'âge de trente ans²⁷⁸⁶. L'expérimentation relative au RSA, mise en œuvre par environ trente départements de 2007 à 2008, a été généralisée en 2009. L'expérimentation relative à la tarification sociale de l'eau, celle relative à la dérogation aux modalités de répartition des fonds non affectés par les entreprises de la taxe d'apprentissage et celle relative à l'accès à l'apprentissage jusqu'à l'âge de trente ans sont encore en cours.

Les différents rapports et études relatifs à l'expérimentation-dérogation²⁷⁸⁷ considèrent que le faible succès qu'a connu cette dernière peut s'expliquer par la lourdeur de la procédure et l'issue binaire de cette dernière²⁷⁸⁸. En effet, en excluant la reconduction de l'expérimentation, les deux issues possibles sont la généralisation ou l'abandon de la mesure, ce qui peut constituer « un frein non seulement psychologique, mais aussi financier à l'utilisation de ce nouvel outil. Pourquoi consacrer du temps et des moyens humains et financiers pour concevoir, mettre en œuvre et évaluer une expérimentation qui risque, in fine, d'être abandonnée? »²⁷⁸⁹. Fort de ce constat, le législateur s'est saisi de la question du renouveau de l'expérimentation-dérogation à travers plusieurs projets et propositions de loi visant à assouplir sa procédure, renforcer son évaluation et diversifier les issues possibles notamment en permettant la différenciation territoriale. Conformément aux recommandations du Conseil d'État²⁷⁹⁰, ce dernier point est abordé dans un projet de loi à droit constant²⁷⁹¹ et dans d'autres projets et propositions²⁷⁹² à l'aune d'une réforme constitutionnelle. Les tentatives de facilitation de l'expérimentation-dérogation se sont succédées au rythme des difficultés du quinquennat. Le projet de loi de 2018²⁷⁹³, reporté une première fois à la suite de l'affaire Benalla²⁷⁹⁴ et une seconde fois dans le cadre de la crise des gilets jaunes²⁷⁹⁵, est finalement retiré en août 2019 pour laisser place au projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique²⁷⁹⁶. La proposition de loi constitutionnelle pour le renforcement des libertés locales déposée au Sénat le 1er octobre 2019²⁷⁹⁷ et une éventuelle réforme « 3D » pour « décentralisation, différenciation, déconcentration » relancée en janvier 2020²⁷⁹⁸ lui emboîtent alors le pas. Elles seront toutes les trois mises à mal par la pandémie Covid-19. Aussi patient

²⁷⁸² Rapp. AN n° 912, op. cit. p. 1.

²⁷⁸³ L. n° 2006-1666, 21 déc. 2006.

²⁷⁸⁴ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013.

²⁷⁸⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016.

²⁷⁸⁶ L. n° 2016-1088, 8 août 2016.

²⁷⁸⁷ Ibid. Rapp. AN n° 912 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit.

²⁷⁸⁸ Mise à part l'hypothèse de la prolongation de l'expérimentation-dérogation, l'issue est binaire : la mesure est abandonnée ou généralisée.

²⁷⁸⁹ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 20.

²⁷⁹⁰ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 42.

²⁷⁹¹ Projet de loi organique n° 3523, 29 juill. 2020, relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

²⁷⁹² Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020.

²⁷⁹³ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 911.

²⁷⁹⁴ Siraud M., Après l'affaire Benalla, la révision constitutionnelle menacée, LeFigaro.fr, 1 août 2018.

²⁷⁹⁵ Lefigaro.fr, Retardée par l'affaire Benalla, la réforme constitutionnelle sera de retour au Parlement cet hiver, 5 sept. 2018.

²⁷⁹⁶ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 2203.

²⁷⁹⁷ Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019, pour le renforcement des libertés locales.

²⁷⁹⁸ Vie-publique.fr, Discours, Déclaration de Mme Jacqueline Gourault, ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, sur l'élaboration du projet de loi "décentralisation, différenciation et déconcentration", à Arras le 6 janvier 2020.

que déterminé, le pouvoir constituant n'abandonne pas pour autant cette idée qu'il relancera en juillet 2020 avec le projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution²⁷⁹⁹ et la proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales²⁸⁰⁰.

§2. Droit à l'expérimentation : mise en œuvre progressive dans un idéal de pragmatisme territorial

L'expérimentation s'impose progressivement comme un outil de rationalisation des transferts de compétences²⁸⁰¹ et de pragmatisme territorial. Comme « il n'y a pas de bonne décentralisation sans une déconcentration parallèle des services de l'État »²⁸⁰², depuis les années quatre-vingt-dix « l'expérimentation se déploie dans l'ensemble du champ de l'administration territoriale française, c'est-à-dire tout autant en matière de décentralisation qu'en matière de déconcentration »²⁸⁰³. Initialement « érigée en un procédé commun de réforme de l'administration déconcentrée de l'État »²⁸⁰⁴ (A.), l'expérimentation s'est également imposée comme un outil de réforme des administrations décentralisées (B.).

A. L'expérimentation au service d'une déconcentration pragmatique

La déconcentration est apparue comme un terrain privilégié de l'expérimentation. La méthode expérimentale a été un élément fondamental de la réorganisation des services déconcentrés de l'État avant la réforme de 2003 (1.). Elle a vu son application en matière de déconcentration renforcée après la réforme constitutionnelle et est devenue un des piliers de la déconcentration (2.).

1. L'expérimentation avant la réforme de 2003 : une application importante en matière de déconcentration

287. - Expérimentation de la réorganisation des services déconcentrés de l'État de 1962 à 1964.

En 1961, le Gouvernement a affirmé son souhait de préciser les compétences des préfets et d'adopter une approche plus pragmatique de la déconcentration²⁸⁰⁵. Fort de cette volonté, il soutiendra la mise

²⁷⁹⁹ Projet de loi organique n° 3523, 29 juill. 2020.

²⁸⁰⁰ Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020.

²⁸⁰¹ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 43.

²⁸⁰² Vie-publique.fr, Eclairage, La déconcentration, corollaire de la décentralisation, 2 juill. 2019 : « Il n'y a pas de bonne décentralisation sans une déconcentration parallèle des services de l'État. Les élus locaux, dotés de nouvelles compétences, doivent pouvoir s'adresser au niveau local à un représentant de l'État dont les attributions lui permettent d'engager l'État sans en référer systématiquement à l'échelon central. »

²⁸⁰³ Kada N., La réforme de l'état territorial, RFAP 2012.

²⁸⁰⁴ Ibid. Kada N.

²⁸⁰⁵ Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative, op. cit.

en place de deux expérimentations en ce sens, une au niveau départemental et l'autre au niveau régional. L'expérimentation menée au niveau des départements visait à faire du préfet « le dépositaire direct de l'ensemble des pouvoirs exercés au niveau départemental par l'ensemble des services civils de l'État ; c'était lui donner une fonction nouvelle de coordination des services de l'État »²⁸⁰⁶. Cette expérimentation fut mise en place dans un premier temps dans quatre départements avec le décret du 10 avril 1962²⁸⁰⁷ : la Corrèze, l'Eure, la Seine-Maritime et la Vienne. Elle sera élargie à l'Isère à l'aune du décret du 21 mars 1963²⁸⁰⁸ et généralisée à l'ensemble du territoire avec les décrets du 14 mars 1964²⁸⁰⁹. Une expérimentation similaire sera menée parallèlement au niveau régional²⁸¹⁰. Afin de réorganiser les services déconcentrés de l'État au niveau des régions, le décret du 29 juillet 1963²⁸¹¹ met en place une telle expérimentation dans deux régions, la Bourgogne et la Haute-Normandie.

Expérimentations administratives, dans la mesure où elles ne sont le fruit que de décrets²⁸¹², elles n'en demeurent pas moins des exemples intéressants²⁸¹³. D'une part, elles témoignent que « l'organisation administrative (...) a constitué un terrain privilégié »²⁸¹⁴ de l'essor de la méthode expérimentale dans la sphère juridique. D'autre part, elles constituent un des plus anciens exemples d'expérimentation partielle²⁸¹⁵ et dessinent les grandes caractéristiques de l'expérimentation²⁸¹⁶. Florence Crouzatier-Durand souligne à cet égard que « cette réforme illustre clairement l'idée de la méthode expérimentale, laquelle consiste à entreprendre une réforme à une échelle réduite afin d'en étudier les effets, avant de la généraliser »²⁸¹⁷.

288. - Expérimentation de la réorganisation des services déconcentrés de l'État de 2000 à 2005.

Le rapport Piron met également en exergue l'expérimentation relative aux services déconcentrés de l'État menée dans les années 2000 afin de « mettre en place une gestion globalisée des crédits des préfectures ». L'expérimentation portait « sur la fongibilité des crédits au sein d'un budget global et sur la possibilité offerte aux préfets de modifier la pyramide des emplois par rapport à leur dotation initiale, dans le cadre de différents plafonds (...) qui encadraient la liberté d'action des préfectures »²⁸¹⁸. Elle portait à ses débuts en 2000 sur quatre préfectures et a été élargie à dix en 2001 et à quatre autres en 2002²⁸¹⁹.

2. L'expérimentation après la réforme de 2003 : une application renforcée en matière de déconcentration

289. - Expérimentations relatives à la déconcentration après la réforme de 2003 : un usage croissant.

²⁸⁰⁶ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁸⁰⁷ D. n° 62-392, 10 avr. 1962.

²⁸⁰⁸ D. n° 63-298, 21 mars 1963.

²⁸⁰⁹ D. n° 64-250, 14 mars 1964.

²⁸¹⁰ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁸¹¹ D. n° 63-782, 29 juill. 1963.

²⁸¹² Ibid. Crouzatier-Durand F.

²⁸¹³ Ibid. Chevallier J.

²⁸¹⁴ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 29.

²⁸¹⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 9.

²⁸¹⁶ Ibid. Crouzatier-Durand F.

²⁸¹⁷ Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative, op. cit.

²⁸¹⁸ Rapp. Sénat n° 24, 18 oct. 2006, sur les dépenses de fonctionnement des préfectures.

²⁸¹⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

Après la réforme constitutionnelle de 2003, les expérimentations touchant à la partie déconcentrée de l'État se sont multipliées. On y dénombre notamment celle relative à la déconcentration de la restauration collective²⁸²⁰ et celle relative à « la création d'une plateforme expérimentale de suivi et de développement du contingent préfectoral destiné au logement des fonctionnaires »²⁸²¹.

D'autres expérimentations ont touché plus directement la réorganisation de l'administration territoriale de l'État, notamment celle menée dans le Lot en 2006 afin de réorganiser de l'administration territoriale de l'État dans l'ensemble des départements autour de deux ou trois grandes directions²⁸²² ou encore celle mise en place en 2017 afin d'expérimenter un droit de dérogation pour les préfets.

290. - Expérimentation d'un droit de dérogation accordé aux préfets de 2017 à 2020 : une ambition de pragmatisme territorial louable.

L'expérimentation instaurée par le décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017²⁸²³ permet aux préfets « de déroger à des normes nationales pour prendre des décisions non réglementaires relevant de leur compétence »²⁸²⁴. Envisagée afin de contrer l'inflation normative que rencontrent certains domaines réglementaires²⁸²⁵ et de garantir un plus grand pragmatisme territorial, cette expérimentation administrative partielle, mise en œuvre par deux régions, dix-sept départements et trois territoires ultramarins²⁸²⁶, est généralisée par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet²⁸²⁷. Comme le souligne Marie-Christine de Montecler, ce droit de dérogation est doublement encadré²⁸²⁸ tant dans le cadre de l'expérimentation que dans celui de sa pérennisation, ses conditions de mise en œuvre restant inchangées à l'aune de sa généralisation²⁸²⁹. D'une part, la dérogation doit porter sur une des sept matières suivantes : « subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales ; aménagement du territoire et politique de la ville ; environnement, agriculture et forêts ; construction, logement et urbanisme ; emploi et activité économique ; protection et mise en valeur du patrimoine culturel ; activités sportives, socio-éducatives et associatives »²⁸³⁰. D'autre part, la dérogation doit remplir les quatre conditions suivantes : « être justifiée par un motif d'intérêt général et l'existence de circonstances locales ; avoir pour effet d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques ; être compatible avec les engagements européens et internationaux de la France ; ne pas porter atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens, ni une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé »²⁸³¹.

²⁸²⁰ Kada N., La réforme de l'état territorial, RFAP 2012.

²⁸²¹ Ibid. Kada N.

²⁸²² Ibid. Kada N.

²⁸²³ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017.

²⁸²⁴ Montecler (de) M.-C., Le droit de dérogation des préfets généralisé et pérennisé, Dalloz-actualite.fr, 13 avr. 2020.

²⁸²⁵ Rigal-Casta A., Robert C., Droit de dérogation accordé aux préfets : vers une protection de l'environnement « à la carte » ?, Village de la Justice 2020.

²⁸²⁶ Ibid. Montecler (de) M.-C.

²⁸²⁷ D. n° 2020-412, 8 avr. 2020.

²⁸²⁸ Montecler (de) M.-C., op. cit. p. 346.

²⁸²⁹ Landot E., L'important droit de dérogation des préfets, inchangé sur le fond, est pérennisé et étendu à tout le territoire national, blog.landot-avocats.net, 9 avr. 2020.

²⁸³⁰ D. n° 2020-412, 8 avr. 2020, art. 1

²⁸³¹ D. n° 2020-412, 8 avr. 2020, art. 2.

Cette expérimentation administrative partielle s'inscrit dans une démarche plus globale d'adaptation des normes aux spécificités territoriales et d'acceptation d'un « droit à l'erreur » de l'administration²⁸³². En effet, étant conduite parallèlement à celle relative au droit de dérogation accordé aux directeurs généraux d'agences régionales de santé (ARS)²⁸³³, il ne s'agit pas de la seule expérimentation ouverte déconcentrée mise en place. Cette volonté de pouvoir adapter les normes aux spécificités des territoires transparaît également dans les documents produits par le Sénat dans le cadre de l'expérimentation du droit de dérogation accordé aux préfets. Son rapport d'information du 11 juin 2019 « Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes »²⁸³⁴, évoque comme perspective d'amélioration d'élargir le champ de la possibilité de déroger, notamment aux collectivités²⁸³⁵. Il s'agirait de « prévoir des possibilités de dérogation des autorités décentralisées sur les normes qui relèvent de leurs propres compétences »²⁸³⁶. Le Sénat réaffirme cette position dans sa résolution du 24 octobre 2019 relative à la consolidation du pouvoir de dérogation aux normes attribué aux préfets²⁸³⁷ où il invite le Gouvernement à « étendre le droit de dérogation en l'ouvrant aux autorités décentralisées pour les actes individuels des collectivités territoriales relevant de leurs compétences »²⁸³⁸. Le droit de dérogation accordé aux préfets « constitue un premier pas vers la fameuse "différenciation territoriale" »²⁸³⁹.

291. - Expérimentation d'un droit de dérogation accordé aux préfets de 2017 à 2020 : une pérennisation en l'état discutable.

Si les objectifs de pragmatisme territorial et de rationalisation de la norme, qui se matérialisent par l'adaptation normative aux spécificités des territoires, sont louables, les conséquences de la consécration d'un tel droit de dérogation des préfets ne manquent pas d'être remises en question. Ce droit de dérogation est principalement critiqué en ce qu'il porterait atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et au principe de non-régression environnementale²⁸⁴⁰. Cette remise en question s'est notamment matérialisée par le recours pour excès de pouvoir contre le décret du 29 décembre 2017²⁸⁴¹ au titre duquel l'association Les Amis de la Terre avait saisi le Conseil d'État.

En ce qui concerne le principe d'égalité, le Conseil d'État a considéré, en s'appuyant sur l'article 37-1 de la Constitution relatif à l'expérimentation, qu'il n'est pas méconnu par l'expérimentation d'un droit de dérogation des préfets. Il rappelle dans un premier temps que l'expérimentation en elle-même ne saurait porter atteinte au principe d'égalité en ce qu'elle présente un objet et une durée limitée et que ses conditions de mise en œuvre sont suffisamment précises²⁸⁴². Cette décision ne précise cependant pas si un droit de dérogation pérennisé ne pourrait pas porter atteinte au principe d'égalité. Une partie

²⁸³² Escudié J.-N., Simplification : un décret autorise des ARS à expérimenter des dérogations aux normes, *Banquedesterritoires.fr*, 5 janv. 2018.

²⁸³³ D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017.

²⁸³⁴ Rapp. Sénat n° 560, 11 juin 2019, Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes.

²⁸³⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 560.

²⁸³⁶ Ibid. Rapp. Sénat n° 560.

²⁸³⁷ Résol. Sénat n° 15, 24 oct. 2019.

²⁸³⁸ Résol. Sénat n° 15, 24 oct. 2019.

²⁸³⁹ Montecler (de) M.-C., Le droit de dérogation des préfets généralisé et pérennisé, *op. cit.*

²⁸⁴⁰ Chevalier J.-B., L'institutionnalisation du droit de dérogation des préfets, *blogdroitadministratif.net*, 10 avr. 2020.

²⁸⁴¹ Ibid. Montecler (de) M.-C.

²⁸⁴² Pifteau C., Droit de dérogation : le décret accordant un droit de dérogation à titre expérimental aux préfets ne méconnaît pas le principe de non-régression (Conseil d'État), *Arnaudgossement.com*, 15 juill. 2019.

de la doctrine souligne d'ailleurs que ce droit de dérogation pourrait porter atteinte au principe d'égalité malgré la décision du Conseil d'État. Jean-Baptiste Chevalier souligne ainsi que l'« on pourrait s'interroger sur le point de savoir si ce droit de dérogation accordé aux préfets ne risque pas de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi, non plus entre les territoires (comme au cours de la période d'expérimentation), mais entre les acteurs économiques et les collectivités qui bénéficieront de ces dérogations, et ceux qui n'en bénéficieront pas »²⁸⁴³. Il complète son analyse en précisant que « les acteurs économiques lésés ne pourront sans doute pas invoquer utilement l'atteinte au principe d'égalité »²⁸⁴⁴ et que le droit de dérogation pourrait être « à la source de situations épineuses »²⁸⁴⁵. Coline Robert et Andréa Rigal-Casta soulignent pour leur part que le « droit de dérogation crée une plus grande diversité s'agissant des cadres réglementaires applicables aux décisions préfectorales individuelles » qui pourrait engager la responsabilité sans faute de l'administration²⁸⁴⁶.

En matière environnementale, si le Conseil d'État a considéré que le droit de dérogation « ne permet pas de déroger à des normes réglementaires ayant pour objet de garantir le respect de principes consacrés par la loi tel que le principe de non-régression »²⁸⁴⁷, cela n'a pas étouffé pour autant les voix qui s'y opposaient. Entre les exemples de dérogations mises en place durant la phase expérimentale pouvant porter atteinte à l'environnement²⁸⁴⁸ et la pérennisation du dispositif en l'état²⁸⁴⁹, les critiques continuent de gronder²⁸⁵⁰. La généralisation du droit de dérogation²⁸⁵¹ en maintenant les mêmes conditions que durant la phase expérimentale invite effectivement au questionnement : pourquoi conserver un droit de dérogation permettant de contourner les normes réglementaires en matière environnementale ? Ne valait-il pas mieux exclure du champ de la dérogation l'environnement, l'agriculture

²⁸⁴³ Ibid. Chevalier J.-B.

²⁸⁴⁴ Ibid. Chevalier J.-B. : « Cependant, dans cette hypothèse, les acteurs économiques lésés ne pourront sans doute pas invoquer utilement l'atteinte au principe d'égalité. Comme le rappelle Gilles Pellissier dans son ouvrage sur le principe d'égalité en droit public, lorsque « la mesure ne constitue pas un droit de l'individu, mais seulement une faveur de l'administration, celle-ci jouit d'un pouvoir de choix qu'elle exerce en opportunité absolue ». Ainsi, il est impossible, en l'état de la jurisprudence, de « faire valoir les décisions individuelles antérieures », dès lors que « les précédents ne lient pas l'administration ». »

²⁸⁴⁵ Ibid. Chevalier J.-B. : « Il reste qu'en pareille hypothèse, certains porteurs de projets pourraient légitimement se sentir lésés si une dérogation accordée à un autre opérateur situé dans une situation similaire leur était refusée. Ce système de dérogations qui a pour objet de « permettre à l'action publique de s'adapter au mieux aux circonstances locales », et qui devrait offrir de nouvelles opportunités aux collectivités et aux acteurs économiques, pourrait aussi être la source de situations épineuses. »

²⁸⁴⁶ Rigal-Casta A., Robert C., Droit de dérogation accordé aux préfets : vers une protection de l'environnement « à la carte » ?, Village de la Justice 2020. « Tout d'abord, il convient de rappeler que le principe d'égalité des administrés devant les charges publiques permet, même en présence d'une décision individuelle régulière, de soulever la responsabilité sans faute de l'administration. Cette rupture doit pour cela provoquer un dommage anormal et spécial par rapport à ce que doit supporter normalement un administré [2] . Le droit de dérogation vient alors se heurter frontalement à ce principe. Seules les futures décisions jurisprudentielles pourront déterminer si, par exemple, une dérogation accordée par un préfet de département qui aura permis à un exploitant de remporter un appel d'offre national causera ou non un préjudice anormal et spécial aux autres candidats, soumis aux prescriptions d'un préfet moins conciliant. »

²⁸⁴⁷ CE, 17 juin 2019, n° 421871.

²⁸⁴⁸ Chevalier J.-B., L'institutionnalisation du droit de dérogation des préfets, op. cit. : « À titre d'exemple, ce droit de dérogation a pu être mis en œuvre en Vendée, pour dispenser d'étude d'impact et d'enquête publique un projet de parc éolien, ou dans l'Yonne, pour construire une usine de méthanisation en zone bleue d'un PPRI, ou encore en Vendée, pour restructurer une station d'épuration des eaux usées ou pour réaliser une digue de protection contre la mer en site classé sans autorisation ministérielle »

²⁸⁴⁹ Le dispositif pérennisé conserve les sept matières sur lesquelles pouvaient porter le droit de dérogation des préfets durant la phase expérimentale, parmi lesquelles figure le domaine suivant : « environnement, agriculture et forêts ».

²⁸⁵⁰ Ibid. Rigal-Casta A.

²⁸⁵¹ D. n° 2020-412, 8 avr. 2020.

et les forêts ? L'évaluation est la clef de voûte de toute démarche expérimentale, elle permet d'adapter la norme expérimentée avant une possible pérennisation. La légitimité de la norme généralisée repose sur cette évaluation et les modalités d'évaluation de l'expérimentation du droit de dérogation sont discutables. L'article 5 du décret du 29 décembre 2017 prévoyait la remise d'un rapport d'évaluation de l'expérimentation, ce dernier devant notamment « apprécie[r] les effets de l'expérimentation au regard de ses objectifs »²⁸⁵². Or, les objectifs du droit de dérogation ne semblent pas être les mêmes au début et à la fin de l'expérimentation. Si l'objectif initial était « de répondre à l'inflation normative que rencontrent certains domaines réglementaires »²⁸⁵³, ceux affichés par le ministre de l'Intérieur à l'occasion de la généralisation de l'expérimentation sont autres. Ainsi, le droit de dérogation s'inscrit dorénavant dans l'engagement du Gouvernement relatif à la « proximité et la capacité à garantir l'égalité républicaine au contact du terrain »²⁸⁵⁴. Christophe Castaner précise que le droit de dérogation est « le dialogue constructif entre la loi républicaine et nos territoires » et vise à « faciliter la vie des Français », notamment en devenant « un outil utile pour faciliter la reprise de notre pays » dans le cadre de la crise covid-19. Comment l'évaluation du droit de dérogation a-t-elle pu efficacement apprécier les effets de l'expérimentation au regard de ses objectifs si ces derniers ont autant évolué ? La généralisation en l'état du droit de dérogation ne trahit-elle pas davantage un besoin urgent du Gouvernement de pouvoir appliquer des règles différentes au sein du territoire de la République afin de lutter contre la pandémie Covid-19 ?

B. L'expérimentation au service d'une décentralisation pragmatique

La décentralisation a emboîté le pas à la déconcentration en matière d'expérimentation. Déjà utilisées en matière de décentralisation avant la réforme constitutionnelle de 2003, les expérimentations touchant à ce domaine se sont multipliées après cette dernière. Cependant, si les expérimentations au service de la décentralisation initiées par l'État se multiplient (1.), celles portées par les collectivités territoriales elles-mêmes demeurent marginales (2.).

1. De nombreuses expérimentations mises en place par l'État au service de la décentralisation

292. - Des expérimentations au service de la décentralisation initiées par l'État avant la réforme de 2003.

À l'exception des deux expérimentations initiées par le département d'Ille-et-Vilaine précédemment évoquées, « les collectivités locales ne sont pas maîtresses des procédures d'expérimentation »²⁸⁵⁵

²⁸⁵² D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017, art. 5. « Dans les deux mois qui précèdent la fin de l'expérimentation, le préfet adresse au ministre de l'intérieur et, pour Mayotte, Saint-Barthélemy et Saint-Martin, au ministre chargé des outremer un rapport d'évaluation. Ce rapport précise notamment la nature et le nombre des dérogations accordées, les motifs d'intérêt général qui les ont justifiées et apprécie les effets de l'expérimentation au regard de ses objectifs. Il fait état, le cas échéant, des contestations et des contentieux auxquels les dérogations ont donné lieu. Une synthèse de ces rapports est transmise au Premier ministre par le ministre de l'intérieur. »

²⁸⁵³ Ibid. Rigal-Casta A., Robert C.

²⁸⁵⁴ Interieur.gouv.fr, Archives, Communiqués, Décret relatif au droit de dérogation reconnu aux Préfets, 8 avr. 2020.

²⁸⁵⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 13.

avant la réforme constitutionnelle de 2003. Plusieurs expérimentations peuvent être évoquées à cet égard, notamment celles mises en lumière par le rapport Piron²⁸⁵⁶. Dans le cadre du renouveau du transport ferroviaire, porté notamment par les lois du 4 février 1995²⁸⁵⁷ et du 13 février 1997²⁸⁵⁸, une expérimentation est mise en place afin de transférer aux régions candidates des compétences relatives à l'organisation des transports collectifs²⁸⁵⁹. L'expérimentation relative à la mise en œuvre des dispositions relatives à la prestation spécifique dépendance mise en place par la loi du 24 janvier 1997²⁸⁶⁰ et l'expérimentation pour confier aux régions de nouvelles compétences en matière de développement des ports maritimes, des aéroports et de patrimoine culturel instaurée par la loi du 27 février 2002²⁸⁶¹ sont également portées par l'État dans le cadre de la décentralisation²⁸⁶².

Si l'État est maître de ces expérimentations, notamment en portant leur initiative et en contractant avec les collectivités concernées²⁸⁶³, elles n'en demeurent pas moins un outil de décentralisation et de rationalisation des transferts de compétences²⁸⁶⁴. Comme le souligne Laurent Dauphin, s'inspirant de l'analyse de Jacques Chevallier²⁸⁶⁵, « le choix fait par l'État de recourir à la démarche expérimentale se justifiait (...) par la difficulté de transférer aux collectivités territoriales de nouvelles compétences dans des domaines jugés sensibles ou complexes »²⁸⁶⁶.

293. - Des expérimentations au service de la décentralisation initiées par l'État après la réforme de 2003.

Après la réforme constitutionnelle de 2003, l'État a initié de nombreuses expérimentations touchant aux collectivités territoriales. Ainsi, le rapport de la Mission Flash relatif à l'expérimentation et à la différenciation territoriale de 2018²⁸⁶⁷ décompte vingt-huit expérimentations fondées sur l'article 37-1²⁸⁶⁸ de la Constitution mises en œuvre par des collectivités territoriales ou intéressant ces collectivités. Si toutes celles évoquées par la Mission Flash ne portent pas nécessairement sur la décentralisation, les expérimentations en la matière mises en œuvre par l'État sont malgré tout nombreuses.

Ainsi, la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales²⁸⁶⁹ prévoyait une dizaine d'expérimentations du transfert de compétences de l'État à différentes catégories de collectivités territoriales²⁸⁷⁰. Elle prévoit notamment l'expérimentation du transfert de l'État à la région

²⁸⁵⁶ Rapp. AN n° 955., op. cit. p. 12.

²⁸⁵⁷ L. n° 95-115, 4 févr. 1995.

²⁸⁵⁸ L. n° 97-135 du 13 févr. 1997.

²⁸⁵⁹ L. n° 95-115, 4 févr. 1995, art. 67.

²⁸⁶⁰ L. n° 97-60, 24 janv. 1997.

²⁸⁶¹ L. n° 2002-276, 27 févr. 2002.

²⁸⁶² Ibid. Rapp. AN n° 955.

²⁸⁶³ Ibid. Rapp. AN n° 955 : Par exemple, dans le cadre de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (L. n° 2002-276, 27 févr. 2002), « Le mode opératoire de ce transfert de compétences de l'État vers les régions est identique pour ces trois compétences : dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, les régions candidates à l'expérimentation passent des conventions avec l'État sur les modalités de transfert. En 2006, un rapport dressant le bilan de l'expérimentation sera établi par l'État et les collectivités territoriales. »

²⁸⁶⁴ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 47.

²⁸⁶⁵ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

²⁸⁶⁶ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 165.

²⁸⁶⁷ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 37 et s.

²⁸⁶⁸ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit.

²⁸⁶⁹ L. n° 2004-809, 13 août 2004.

²⁸⁷⁰ Ibid. Rapp. AN n° 912.

de l'élaboration d'un schéma régional de développement économique²⁸⁷¹, du transfert aux collectivités et à leurs groupements de l'entretien et de la gestion des aéroports civils appartenant à l'État²⁸⁷² ou encore de l'extension des compétences des départements en matière de mise en œuvre des mesures d'assistance éducative ordonnées par l'autorité judiciaire²⁸⁷³. La majorité de ces expérimentations ont été généralisées par la suite. Selon Patricia Rrapi, cette loi « lie (...) la mise en œuvre de l'expérimentation à la nouvelle volonté politique en matière de décentralisation »²⁸⁷⁴. Si l'association de l'expérimentation et de la décentralisation a du sens, l'expérimentation contribuant indéniablement au pragmatisme territorial, elle peut s'avérer limitante et « n'est pas sans porter préjudice à l'idée même de l'expérimentation »²⁸⁷⁵. En effet, la loi du 13 août 2004, qui suivait la réforme constitutionnelle de 2003, aurait pu « être favorable au développement d'une véritable culture de l'expérimentation »²⁸⁷⁶. Une telle culture aurait pu contribuer à une plus grande mise en œuvre de cette pratique, notamment par les collectivités territoriales.

2. De rares expérimentations initiées par les collectivités territoriales au service de la décentralisation

294. - Des expérimentations au service de la décentralisation marginalement initiées par les collectivités territoriales avant la réforme de 2003.

Comme évoqué précédemment, seules deux expérimentations ont été mises en œuvre à l'initiative de collectivités territoriales avant la réforme constitutionnelle de 2003²⁸⁷⁷. Ces deux expérimentations s'inscrivaient dans une démarche de décentralisation.

La première expérimentation à l'initiative d'une collectivité territoriale concerne le complément local de ressources inauguré en 1986 par le conseil général d'Ille-et-Vilaine. Suite du revenu familial minimum garanti mis en place en 1985 sur ce même territoire, il inspirera d'autres dispositifs d'insertion, comme celui du Conseil général du Territoire de Belfort²⁸⁷⁸. La circulaire du 29 octobre 1986 est le fruit du succès rencontré par ces initiatives et conduit à l'élargissement du champ de l'expérimentation et à la signature de nombreuses conventions départementales en la matière. Cette expérimentation sera généralisée par la loi du 1^{er} décembre 1988²⁸⁷⁹ qui instaure le revenu minimum d'insertion. Comme le souligne Simon de Charentenay, la mise en place du revenu minimum d'insertion « représente de manière caractéristique l'esprit expérimental qui s'instaure entre l'État et les collectivités locales dans les années qui suivent l'Acte I de la décentralisation »²⁸⁸⁰.

²⁸⁷¹ L. n° 2004-809, 13 août 2004, art 1.

²⁸⁷² L. n° 2004-809, loc. cit. art 28.

²⁸⁷³ L. n° 2004-809, loc. cit. art 59.

²⁸⁷⁴ Rrapi P., Bilan des expérimentations prévues par la loi du 13 août 2004 : la difficile introduction du concept d'expérimentation en France, JCP A 2008.

²⁸⁷⁵ Ibid. Rrapi P.

²⁸⁷⁶ Ibid. Rrapi P.

²⁸⁷⁷ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 10.

²⁸⁷⁸ Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation, communication au VII^{ème} congrès français de droit constitutionnel, du 25 au 27 sept. 2008, Paris.

²⁸⁷⁹ L. n° 88-1088, 1^{er} déc. 1988.

²⁸⁸⁰ Ibid. Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation.

La seconde expérimentation à l'initiative d'une collectivité territoriale est relative à la dotation globale de développement intercommunal afin de favoriser le partage des ressources entre les communes²⁸⁸¹. Inaugurée en 1988 par le conseil général d'Ille-et-Vilaine, « ce dispositif a partiellement inspiré les mécanismes péréquateurs »²⁸⁸² mis en place par les lois du 6 février 1992²⁸⁸³ et du 31 décembre 1993²⁸⁸⁴.

295. - Une mise en œuvre marginale de l'expérimentation-dérogation.

L'expérimentation-dérogation, consacrée au quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, permet aux « collectivités territoriales ou (à) leurs groupements [de] (...) déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »²⁸⁸⁵. Cette création du pouvoir constituant aurait pu permettre le développement des expérimentations initiées par les collectivités territoriales au service de la décentralisation. Cependant, comme évoqué précédemment, seules quatre expérimentations-dérogation, respectivement relatives au RSA²⁸⁸⁶, à la tarification sociale de l'eau²⁸⁸⁷, aux dérogations aux modalités de répartition des fonds non affectés par les entreprises de la taxe d'apprentissage,²⁸⁸⁸ et à l'accès à l'apprentissage jusqu'à l'âge de trente ans²⁸⁸⁹, ont été décomptées par la Mission Flash entre 2003 et 2018²⁸⁹⁰. Les différents rapports relatifs à l'expérimentation²⁸⁹¹ expliquent cette mise en œuvre insuffisante de l'expérimentation-dérogation notamment par « le cadre excessivement contraignant »²⁸⁹² mis en place par loi organique du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales en application de l'article 72 de la Constitution.

²⁸⁸¹ Rapp. AN n° 2854, op. cit. p.13.

²⁸⁸² Ibid. Rapp. AN n° 2854 ; Rapp. AN n° 955, op. cit.

²⁸⁸³ L. n° 92-125, 6 févr. 1992

²⁸⁸⁴ L. n° 93-1436, 31 déc. 1993.

²⁸⁸⁵ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

²⁸⁸⁶ L. n° 2006-1666, 21 déc. 2006.

²⁸⁸⁷ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013.

²⁸⁸⁸ L. n° 2016-1088, 8 août 2016.

²⁸⁸⁹ Ibid. L. n° 2016-1088.

²⁸⁹⁰ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 37 et s.

²⁸⁹¹ Ibid. Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 27 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit. p. 41.

²⁸⁹² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

Section 3. Une méthode de création juridique ouverte progressivement aux intelligences des territoires

La notion de « territoires d'intelligences » présentée par Luc Bélot dans son rapport au Premier ministre De la Smart City au Territoire d'intelligence(s)²⁸⁹³ vise notamment à mettre en exergue la multitude d'acteurs contribuant à la construction des territoires. Les diverses intelligences évoquées par Luc Bélot sont également soulignées par Jean Rottner, maire de Mulhouse, qui souligne que les *smart cities* consistent à faire cohabiter toutes les intelligences locales, de l'administration aux entreprises en passant par les citoyens. L'expérimentation apparaissant comme un outil pertinent de création de la norme applicable au sein des territoires d'intelligences, le sujet ne saurait être abordé sans soulever la délicate question de la place de ces « intelligences » dans les démarches expérimentales. L'expérimentation fut dans un premier temps un outil juridique réservé à l'État²⁸⁹⁴. Responsable de l'initiative, de la mise en place et de l'évaluation de l'expérimentation, il en maîtrisait les tenants et les aboutissants. Tel qu'évoqué précédemment, le rôle des collectivités territoriales en la matière s'est progressivement développé, venant ainsi garantir un plus grand pragmatisme territorial. Reste alors à interroger la place d'autres structures publiques, des personnes morales de Droit privé et celle des citoyens au sein des démarches expérimentales. Nous nous concentrerons sur ces « intelligences » dans la présente section, la place des collectivités territoriales dans la démarche expérimentale ayant déjà été traitée. Le développement des « expérimentations ouvertes »²⁸⁹⁵, qui sont « des dispositifs (...) innovants qui ouvrent une potentialité d'expérimentations au bénéfice d'adaptations de normes qui ne sont pas définies à l'avance »²⁸⁹⁶, vient accorder une place plus importante aux « intelligences » des territoires. En effet, elles sont ascendantes en ce qu'elles permettent aux personnes soumises à la norme de faire remonter leurs besoins et de participer à la définition des contours de l'expérimentation²⁸⁹⁷. Le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques par les expérimentations distingue deux types d'expérimentations ouvertes, à savoir celles « qui permettent au "public cible", avec ou sans appels à projets, de solliciter l'autorité compétente et d'obtenir, après étude de l'intérêt de leur demande, la dérogation nécessaire »²⁸⁹⁸ et celles « par lesquels le législateur ou le pouvoir réglementaire délègue par avance à une autre autorité la faculté d'autoriser une expérimentation nécessitant de déroger, le cas échéant, à la loi ou au règlement »²⁸⁹⁹. Si une participation des personnes morales du territoire au droit à l'expérimentation est enclenchée (§1.), la place du citoyen dans cette méthode de création juridique reste à dessiner (§2.).

§1. Une participation des personnes morales du territoire enclenchée

²⁸⁹³ Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), op. cit.

²⁸⁹⁴ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit.

²⁸⁹⁵ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 21.

²⁸⁹⁶ Ibid. Rapp. CE.

²⁸⁹⁷ Ibid. Rapp. CE.

²⁸⁹⁸ Ibid. Rapp. CE.

²⁸⁹⁹ Ibid. Rapp. CE.

Le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques par les expérimentations met en exergue le développement des expérimentations ouvertes. Il distingue alors deux types d'expérimentations ouvertes, d'une part, les « dispositifs par lesquels le législateur ou le pouvoir réglementaire délègue par avance à une autre autorité la faculté d'autoriser une expérimentation nécessitant de déroger, le cas échéant, à la loi ou au règlement »²⁹⁰⁰ (A.) et, d'autre part, les expérimentations « qui permettent au "public cible", avec ou sans appels à projets, de solliciter l'autorité compétente et d'obtenir, après étude de l'intérêt de leur demande, la dérogation nécessaire »²⁹⁰¹ (B.).

A. Expérimentations ouvertes par délégation de compétence

Parmi les expérimentations ouvertes par délégation de compétence, le Conseil d'État décompte les expérimentations issues de l'article 51 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017²⁹⁰², le droit de dérogation mis en place pour les préfets²⁹⁰³ ainsi que celui accordé aux directeurs généraux d'ARS²⁹⁰⁴ et les permis de faire ou d'innover²⁹⁰⁵. Le droit de dérogation des préfets ayant déjà été abordé dans la précédente section (Droit à l'expérimentation : un outil juridique garant de pragmatisme territorial) nous pourrions nous concentrer sur les trois autres expérimentations ouvertes par délégation de compétence évoquée par le Conseil d'État. Nous pouvons alors distinguer les expérimentations ouvertes pour les acteurs de santé (1.) et celles ouvertes pour les acteurs de la construction (2.).

1. Expérimentations ouvertes pour les acteurs de santé

296. - Expérimentation issue de l'article 51 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017.

Le Conseil d'État, faisant référence à l'expérimentation mise en place par l'article 51 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017²⁹⁰⁶, souligne que « c'est dans le champ des politiques de santé qu'a été développé l'un des dispositifs expérimentaux permanents les plus ambitieux »²⁹⁰⁷. Cette expérimentation a été mise en place à la suite de la reconnaissance des carences des modalités de financement de notre système de santé. L'approche en silo privilégiée ces dernières années, segmentée notamment entre le financement des soins de ville, le financement hospitalier et le financement du secteur médico-social²⁹⁰⁸, a « atteint ses limites »²⁹⁰⁹. Fort de ce constat, le législateur a mis en place l'article 51 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017²⁹¹⁰ afin « d'expérimenter de nouvelles organisations en

²⁹⁰⁰ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 21.

²⁹⁰¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹⁰² L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, art. 51.

²⁹⁰³ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017.

²⁹⁰⁴ Ibid. D. n° 2017-1862.

²⁹⁰⁵ L. n° 2018-727, 10 août 2018, pour un État au service d'une société de confiance ; L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 5.

²⁹⁰⁶ Ibid. L. n° 2017-1836.

²⁹⁰⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹⁰⁸ Solidarites-sante.gouv.fr, Expérimenter et innover pour mieux soigner, 8 janv. 2020.

²⁹⁰⁹ Ibid. Solidarites-sante.gouv.fr.

²⁹¹⁰ Ibid. L. n° 2017-1836.

santé reposant sur des modes de financement inédits»²⁹¹¹. En outre, comme le souligne Grégory Caumes, « le réel avantage de cet article et de ses innovations, c'est aussi le fait de pouvoir donner accès à des soins de haut niveau à des patients qui sont dans des zones un peu sous dotées et difficiles d'accès pour certains soins »²⁹¹². Ainsi, le nouvel article L. 162-31-1 du Code de la sécurité sociale a²⁹¹³ mis en place par l'article 51 de la loi n° 2017-1836²⁹¹⁴ « créé un cadre légal spécifique permettant aux acteurs de la santé de déroger, à titre expérimental et pour une durée de cinq ans, à une centaine de dispositions législatives relatives à l'organisation du parcours de soins et à la prise en charge des produits de santé »²⁹¹⁵. Le cadre fixé par la loi du 30 décembre 2017²⁹¹⁶ est précisé notamment par le décret du 21 février 2018²⁹¹⁷ et la circulaire du 13 avril 2018²⁹¹⁸.

Comme le souligne le Conseil d'État, ces expérimentations peuvent être descendantes, s'inscrivant alors dans « dans le cadre d'un appel à projets du ministère »²⁹¹⁹, ou ascendantes, provenant dès lors « des acteurs de terrain (établissement de santé public ou privé, associations, collectivités territoriales, CPAM), qui demandent à bénéficier du dispositif à l'ARS ou au ministre de la santé »²⁹²⁰. L'article 51 distingue les expérimentations à dimension nationale qui sont autorisées après avis de la Haute Autorité de santé, par arrêté des ministres chargés de la sécurité sociale et de la santé et les expérimentations à dimension régionale autorisées quant à elles, après avis conforme de la Haute Autorité de santé, par arrêté des directeurs généraux des agences régionales de santé²⁹²¹. Ce nouvel outil mis à disposition des acteurs de santé, « unique dans l'administration par son ampleur »²⁹²², a rencontré un franc succès : à la fin de l'année 2018 quarante-quatre projets avaient été formalisés auprès du ministre de la santé et trois-cent-soixante-quatorze projets auprès des ARS²⁹²³. Pour ne citer que certaines expérimentations mises en place à l'initiative des acteurs de santé²⁹²⁴, nous pouvons évoquer le dispositif de soins partagés en psychiatrie en Haute-Garonne et la télésurveillance du diabète gestationnel en Bretagne. Le premier dispositif, porté conjointement par l'union régionale des professionnels de santé des médecins libéraux d'Occitanie, le centre hospitalier universitaire de Toulouse et le centre hospitalier Marchant, « a pour objet d'améliorer la prise en charge psychiatrique des patients (...) présentant des souffrances psychiques ou des troubles mentaux légers à graves, par l'amélioration des parcours de santé et une meilleure collaboration entre les médecins généralistes et l'ensemble des acteurs de la filière psychiatrique»²⁹²⁵. Le second, porté par les centres hospitaliers universitaires de

²⁹¹¹ Solidarites-sante.gouv.fr, Expérimenter et innover pour mieux soigner, 8 janv. 2020.

²⁹¹² Innovasso.fr, Focus sur l'article 51 de la LFSS : « Expérimentation en santé et innovation du parcours de soins », juill. 2018.

²⁹¹³ CSS, art. L. 162-31-1.

²⁹¹⁴ L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, art. 51.

²⁹¹⁵ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 29.

²⁹¹⁶ Ibid. L. n° 2017-1836.

²⁹¹⁷ D. n° 2018-125, 21 févr. 2018.

²⁹¹⁸ Circ. n° SG/2018/106, 13 avr. 2018, relative au cadre d'expérimentation pour les innovations organisationnelles prévu par l'article 51 de la LFSS pour 2018.

²⁹¹⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹²⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹²¹ Ibid. L. n° 2017-1836.

²⁹²² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹²³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹²⁴ Solidarites-sante.gouv.fr, Expérimentations en cours, 9 nov. 2020.

²⁹²⁵ Occitanie.ars.sante, Expérimenter des organisations innovantes (Art.51 Loi de financement de la sécurité sociale 2018), 9 oct. 2020.

Brest et de Rennes, « propose de développer et faire reconnaître la télésurveillance médicale dans la prise en charge spécialisée du diabète gestationnel »²⁹²⁶.

297. - Expérimentations issues du décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017.

Plusieurs expérimentations ouvertes déconcentrées ont été mises en place ces dernières années, notamment celle du droit de dérogation des préfets²⁹²⁷ précédemment évoquée et celle du droit de dérogation accordé aux directeurs généraux d'ARS²⁹²⁸. Mise en place par le décret n° 2017-1862 du 29 décembre 2017²⁹²⁹, cette dernière se déroule au sein des ARS d'Auvergne-Rhône-Alpes, des Hauts-de-France, d'Île-de-France et de Provence-Alpes-Côte d'Azur²⁹³⁰. Elle permet au directeur général de chaque ARS concernée de déroger à cinq types de normes²⁹³¹, notamment en ce qui concerne les appels à projet social ou médico-social, les décisions d'autorisation des programmes d'éducation thérapeutique, les zones caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins ou dans lesquelles le niveau de l'offre est particulièrement élevé, les agréments de transport sanitaire, et la permanence des soins en médecine générale²⁹³². Cette dérogation est soumise à quatre conditions cumulatives à savoir qu'elle doit être justifiée par un motif d'intérêt général et des spécificités locales, ne doit pas être en contradiction avec des engagements européens ou internationaux, ne doit pas porter atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens et ne peut pas « porter une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé »²⁹³³.

Alors que le droit de dérogation des préfets expérimenté de 2017 à 2020 a été pérennisé²⁹³⁴, l'expérimentation du droit de dérogation accordé aux directeurs d'ARS, initialement mise en œuvre pour une durée de deux ans²⁹³⁵, a été prorogée²⁹³⁶. Le droit de dérogation des directeurs d'ARS sera donc expérimenté pour deux années supplémentaires²⁹³⁷ et dans un champ plus restreint. En effet, parmi les cinq types de normes²⁹³⁸ pouvant initialement faire l'objet de cette dérogation, celle à la permanence des soins en médecine générale²⁹³⁹ concernant les modalités d'adoption du cahier des charges régional²⁹⁴⁰ n'est plus dans le champ de l'expérimentation prorogée²⁹⁴¹.

2. Expérimentations ouvertes pour les acteurs de l'urbanisme et de la construction

²⁹²⁶ Zirar W., Article 51 : l'ARS Bretagne autorise un projet pour la télésurveillance du diabète gestationnel, Ticsante.com.

²⁹²⁷ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017.

²⁹²⁸ D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017.

²⁹²⁹ Ibid. D. n° 2017-1862.

²⁹³⁰ D. n° 2017-1862, loc. cit. art. 1.

²⁹³¹ D. n° 2017-1862, loc. cit. art. 2.

²⁹³² Magnaval O., Droit de dérogation reconnu au préfet et au directeur général de l'agence de santé : l'expérimentation est lancée, Filrouge.claissse-associes.com, 9 janv. 2018.

²⁹³³ D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017, art. 2.

²⁹³⁴ D. n° 2020-412, 8 avr. 2020.

²⁹³⁵ D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017, art. 1.

²⁹³⁶ D. n° 2019-1434, 23 déc. 2019.

²⁹³⁷ D. n° 2019-1434, loc. cit. art. 1.

²⁹³⁸ D. n° 2017-1862, loc. cit. art. 2.

²⁹³⁹ Ibid. Magnaval O.

²⁹⁴⁰ D. n° 2017-1862, loc. cit. art. 2 ; CSP, art. R6315-6.

²⁹⁴¹ D. n° 2019-1434, loc. cit. art. 1.

298. - La progressive consécration d'expérimentations ouvertes en matière d'urbanisme et de construction.

Le Plan d'urbanisme construction architecture (PUCA), agence interministérielle de recherche et d'expérimentation sur l'urbanisme, la construction et l'architecture²⁹⁴² créée en 1998²⁹⁴³, mettait en place des appels d'offres permettant « pour faire progresser la recherche, d'obtenir des dérogations au respect de certaines règles de construction »²⁹⁴⁴. Ce dispositif, qui dessinait les prémices d'expérimentations ouvertes²⁹⁴⁵ dans le champ de l'urbanisme et de la construction, a été ultérieurement complété²⁹⁴⁶.

La loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (loi CAP)²⁹⁴⁷, prévoit à son article 88 deux dispositifs expérimentaux en matière de construction et d'urbanisme exclusifs l'un de l'autre, surnommés appelés « permis de faire »²⁹⁴⁸ et « permis d'innover »²⁹⁴⁹. Le premier, prévu à l'article 88-I de la loi CAP, permet à l'État, aux collectivités territoriales ainsi que leurs groupements et des organismes d'habitations à loyer modéré « pour la réalisation d'équipements publics et de logements sociaux, déroger à certaines règles en vigueur en matière de construction dès lors que leur sont substitués des résultats à atteindre similaires aux objectifs sous-jacents aux dites règles »²⁹⁵⁰. Les contours de cette expérimentation sont tracés par le décret du 10 mai 2017 portant expérimentation en matière de construction²⁹⁵¹. Le second, consacré à l'article 88-II de la loi CAP, permet à l'État et aux collectivités territoriales d'autoriser les maîtres d'ouvrage ou locataires d'ouvrage dont les projets sont soumis a permis de construire « à déroger aux règles applicables à leurs projets dès lors que leur sont substitués des résultats à atteindre similaires aux objectifs sous-jacents aux dites règles »²⁹⁵².

299. - Le renforcement des expérimentations ouvertes en matière d'urbanisme et de construction.

L'article 49 de la loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (loi ESSOC)²⁹⁵³ habilite le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures ayant vocation « faciliter la réalisation de projets de construction et à favoriser l'innovation »²⁹⁵⁴. L'ordonnance du 30 octobre 2018²⁹⁵⁵, dite Essoc I et prise en application du l dudit article²⁹⁵⁶, est transitoire²⁹⁵⁷ et vise à « à faciliter la mise en œuvre de solutions alternatives au droit commun dans les projets de construction »²⁹⁵⁸. Instaurant le permis d'expérimenter²⁹⁵⁹, elle permet au maître d'ouvrage de déroger aux règles de

²⁹⁴² Ecologie.gouv.fr, Plan Urbanisme Construction Architecture (PUCA).

²⁹⁴³ Citego.org, Plan Urbanisme Construction Architecture (PUCA).

²⁹⁴⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 29.

²⁹⁴⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹⁴⁶ Zalewski-Sicard V., Permis d'innover et d'expérimenter : quels mécanismes ?, RDI 2020.

²⁹⁴⁷ L. n° 2016-925, 7 juill. 2016.

²⁹⁴⁸ Daudré G., Permis d'innover, Defrénois 2019.

²⁹⁴⁹ Ibid. Daudré G. ; Bergel J.-L., Cassin I., Eyrolles J.-J. (dir.), *Le Lamy Droit immobilier*, 2020, Wolters Kluwer.

²⁹⁵⁰ L. n° 2016-925, 7 juill. 2016, art. 88-I.

²⁹⁵¹ D. n° 2017-1044, 10 mai 2017.

²⁹⁵² L. n° 2016-925, 7 juill. 2016, art. 88-II.

²⁹⁵³ L. n° 2018-727, 10 août 2018, art. 49.

²⁹⁵⁴ Ibid. L. n° 2018-727.

²⁹⁵⁵ Ord. n° 2018-937, 30 oct. 2018.

²⁹⁵⁶ Daudré G., Permis d'innover, Defrénois 2019.

²⁹⁵⁷ Cohesion-territoires.gouv.fr, Permis d'expérimenter : faciliter la réalisation des projets de construction et favoriser l'innovation, 22 mars 2019.

²⁹⁵⁸ Ibid. Cohesion-territoires.gouv.fr.

²⁹⁵⁹ Ibid. Daudré G.

construction qui lui sont applicables²⁹⁶⁰ dans des domaines exhaustivement énoncés à son article 3²⁹⁶¹. Cette dérogation est soumise à une double condition, le maître d'ouvrage devant prouver, d'une part, « qu'il parvient, par les moyens qu'il entend mettre en œuvre, à des résultats équivalents à ceux découlant de l'application des règles auxquelles il est dérogé »²⁹⁶² et, d'autre part « que ces moyens présentent un caractère innovant, d'un point de vue technique ou architectural »²⁹⁶³. La responsabilisation des intelligences du territoire transparait ici, « il est notable du point de vue des responsabilités que c'est au maître de l'ouvrage de faire le choix de recourir à une solution d'effet équivalent »²⁹⁶⁴. Le décret d'application du 11 mars 2019²⁹⁶⁵ est venu préciser les contours de cette dérogation. L'ordonnance du 29 janvier 2020²⁹⁶⁶ « [s'inscrivant] dans le prolongement de ce "permis d'expérimenter" »²⁹⁶⁷, dite Essoc II, est quant à elle pérenne²⁹⁶⁸ et « consiste à réécrire les règles de la construction pour autoriser de plein droit les maîtres d'ouvrage à mettre en œuvre des solutions techniques ou architecturales innovantes »²⁹⁶⁹. Selon Matthieu Poumarède, ces deux ordonnances « témoignent d'un profond changement de paradigme en cours dans la législation de la construction, consistant en une transformation des exigences de moyens, jusqu'alors privilégiées, en des exigences de résultats »²⁹⁷⁰.

La loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (loi ELAN)²⁹⁷¹ qui « [marquait] le point d'orgue de l'année 2018 en matière de droit de l'urbanisme »²⁹⁷² s'est également saisi de la question des expérimentations ouvertes. Son article 5 élargit le champ d'application du « permis d'innover » aux projets relevant de tout type d'autorisation d'urbanisme et situés dans les grandes opérations d'urbanisme et les opérations de revitalisation des territoires.

300. - Expérimentations ouvertes en matière d'urbanisme et de construction : un rôle croissant des personnes privées.

Guillaume Viel, avocat associé du Cabinet Fondatio, et Florent Richard, architecte associé du Cabinet Perrot & Richard Architectes, soulignent que « l'impact du permis d'innover sur les personnes publiques et les personnes privées est différent »²⁹⁷³. Si ce mécanisme a été réservé dans un premier temps aux acteurs publics, c'est pourtant bien dans les mains des acteurs privés qu'il trouve tout son sens. Le permis d'innover prévu par la loi CAP s'adressait aux acteurs publics. Le décret d'application

²⁹⁶⁰ Ord. n° 2018-937, 30 oct. 2018, art.1.

²⁹⁶¹ Ord. n° 2018-937, 30 oct. 2018, art. 3. « Les règles de construction auxquelles il peut être dérogé en application de la présente ordonnance sont celles portant sur : 1° La sécurité et la protection contre l'incendie, pour les bâtiments d'habitation et les établissements recevant des travailleurs, en ce qui concerne la résistance au feu et le désenfumage ; 2° L'aération ; 3° L'accessibilité du cadre bâti ; 4° La performance énergétique et environnementale et les caractéristiques énergétiques et environnementales ; 5° Les caractéristiques acoustiques ; 6° La construction à proximité de forêts ; 7° La protection contre les insectes xylophages ; 8° La prévention du risque sismique ou cyclonique ; 9° Les matériaux et leur réemploi »

²⁹⁶² Ord. n° 2018-937, loc. cit., art.1.

²⁹⁶³ Ibid. Ord. n° 2018-937.

²⁹⁶⁴ Poumarède M., Du permis d'expérimenter à la rédaction performancielle du Code de la construction et de l'habitation : quelles conséquences sur les responsabilités et leurs assurances ?, RDI 2020.

²⁹⁶⁵ D. n° 2019-184, 11 mars 2019.

²⁹⁶⁶ Ord. n° 2020-71, 29 janv. 2020.

²⁹⁶⁷ Daudré G., Permis d'innover, Defrénois 2019.

²⁹⁶⁸ Ibid. Cohesion-territoires.gouv.fr

²⁹⁶⁹ Ibid. Cohesion-territoires.gouv.fr.

²⁹⁷⁰ Ibid. Poumarède M.

²⁹⁷¹ L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018.

²⁹⁷² Giacuzzo J.-F., Poumarède M., Droit immobilier 2019, Dr. & patr. 2019.

²⁹⁷³ Viel G., Richard F., Regards croisés sur le permis d'innover, Dr. & patr. 2018.

du 10 mai 2017 portant expérimentation en matière de construction²⁹⁷⁴ limitait ainsi le permis d'innover « aux projets qui visent la construction d'équipements publics et de logements sociaux, pour au moins 75 % de surface de plancher, par des personnes publiques »²⁹⁷⁵. La loi ESSOC²⁹⁷⁶ « étend le permis d'innover aux personnes privées »²⁹⁷⁷ et la loi ELAN viendra également conforter le rôle des acteurs privés en la matière.

Guillaume Viel et Florent Richard affirment que « si l'impact du permis d'innover pour les personnes publiques est relativement faible (la construction de logements sociaux se trouve déjà à la pointe de la technologie, à tel point qu'à budget égal, un logement social présentera généralement de meilleures performances techniques qu'un logement privé), il pouvait être plus important pour les personnes privées dont la capacité à innover se trouve aux prises avec un ensemble de règles, souvent complexes, lorsqu'elles envisagent une opération de construction »²⁹⁷⁸.

B. Expérimentations ouvertes initiées par le public cible

Le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques met en exergue le développement des expérimentations « qui permettent au "public cible", avec ou sans appels à projets, de solliciter l'autorité compétente et d'obtenir, après étude de l'intérêt de leur demande, la dérogation nécessaire »²⁹⁷⁹. Il décompte parmi ce type d'expérimentations ouvertes, celles pour les établissements scolaires (établissements expérimentaux) (1.) et celles pour les entreprises (France expérimentation) (2.).

1. Expérimentations ouvertes pour les établissements scolaires : projets expérimentaux pédagogiques

301. - L'éducation : un domaine au cœur de la démarche expérimentale.

Le Conseil d'État rappelle dans son rapport relatif à l'expérimentation et à l'innovation dans la conduite des politiques publiques que l'éducation nationale est au cœur de la démarche expérimentale et que cette place se matérialise particulièrement à travers deux dispositifs²⁹⁸⁰.

Le premier concerne les projets d'expérimentation pédagogique²⁹⁸¹. En premier lieu, ils sont permis par la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école du 23 avril 2005²⁹⁸². Son article 34²⁹⁸³ créé notamment l'article L. 401-1 du Code de l'éducation qui permet d'expérimenter pour une durée

²⁹⁷⁴ D. n° 2017-1044, 10 mai 2017.

²⁹⁷⁵ Ibid. Viel G., Richard F.

²⁹⁷⁶ L. n° 2018-727, 10 août 2018.

²⁹⁷⁷ Ibid. Giacuzzo J.-F., Poumarède M.

²⁹⁷⁸ Ibid. Giacuzzo J.-F., Poumarède M.

²⁹⁷⁹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 21.

²⁹⁸⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹⁸¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹⁸² L. n° 2005-380, 23 avr. 2005.

²⁹⁸³ L. n° 2005-380, loc. cit. art. 34.

maximum de cinq ans des projets pédagogiques²⁹⁸⁴. En second lieu, les articles D. 314-1 et suivants du Code de l'éducation²⁹⁸⁵, issus du décret n° 2006-583 du 23 mai 2006²⁹⁸⁶ et modifiés par les décrets n°2012-16 du 5 janvier 2012²⁹⁸⁷ et n° 2019-1403 du 18 décembre 2019²⁹⁸⁸, concernent également les projets d'expérimentation pédagogique.

Le second est relatif au fonds d'expérimentation pour la jeunesse (FEJ) créé en 2008²⁹⁸⁹. Il vise à « [financer] des programmes expérimentaux visant à favoriser la réussite scolaire des élèves, à contribuer à l'égalité des chances et à améliorer l'insertion sociale et professionnelle durable des jeunes de moins de vingt-cinq ans »²⁹⁹⁰. Le Conseil d'État souligne que « ces expérimentations figurent parmi les plus abouties en termes de méthodologie »²⁹⁹¹ et rappelle qu'en « 2018 près de 160 projets expérimentaux ont été soutenus par le FEJ »²⁹⁹², témoignant ainsi de la place centrale de l'éducation en matière expérimentale.

302. - Projets expérimentaux pédagogiques prévus par les pouvoirs législatif et réglementaire.

L'expérimentation ouverte prévue par la loi est celle de l'article L. 401-1 du Code de l'éducation. Ce dernier rend possible « la réalisation d'expérimentations, pour une durée maximum de cinq ans, portant sur l'enseignement des disciplines, l'interdisciplinarité, l'utilisation des outils et ressources numériques, l'organisation pédagogique de la classe, de l'école ou de l'établissement, la coopération avec les partenaires du système éducatif, les échanges ou le jumelage avec des établissements étrangers d'enseignement scolaire »²⁹⁹³. Ces expérimentations sont prévues dans le projet d'école ou d'établissement dans chaque école et établissement d'enseignement scolaire public élaboré avec les représentants de la communauté éducative²⁹⁹⁴. L'initiative de ces expérimentations est donc portée par le bénéficiaire de celles-ci, soit les établissements scolaires eux-mêmes. Leur mise en œuvre effective est soumise à l'autorisation préalable des autorités académiques²⁹⁹⁵.

²⁹⁸⁴ C. éduc., art. L. 401-1. « Dans chaque école et établissement d'enseignement scolaire public, un projet d'école ou d'établissement est élaboré avec les représentants de la communauté éducative. Le projet est adopté, pour une durée comprise entre trois et cinq ans, par le conseil d'école ou le conseil d'administration, sur proposition de l'équipe pédagogique de l'école ou du conseil pédagogique de l'établissement pour ce qui concerne sa partie pédagogique. Le projet d'école ou d'établissement définit les modalités particulières de mise en œuvre des objectifs et des programmes nationaux et précise les activités scolaires et périscolaires qui y concourent. Il précise les voies et moyens qui sont mis en œuvre pour assurer la réussite de tous les élèves et pour associer les parents à cette fin. Il détermine également les modalités d'évaluation des résultats atteints. Sous réserve de l'autorisation préalable des autorités académiques, le projet d'école ou d'établissement peut prévoir la réalisation d'expérimentations, pour une durée maximum de cinq ans, portant sur l'enseignement des disciplines, l'interdisciplinarité, l'organisation pédagogique de la classe, de l'école ou de l'établissement, la coopération avec les partenaires du système éducatif, les échanges ou le jumelage avec des établissements étrangers d'enseignement scolaire. Ces expérimentations font l'objet d'une évaluation annuelle. Le Haut Conseil de l'éducation établit chaque année un bilan des expérimentations menées en application du présent article. »

²⁹⁸⁵ C. éduc., art. D314-1 & S.

²⁹⁸⁶ D. n° 2006-583, 23 mai 2006.

²⁹⁸⁷ D. n° 2012-16, 5 janv. 2012.

²⁹⁸⁸ D. n° 2019-1403, 18 déc. 2019.

²⁹⁸⁹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 28.

²⁹⁹⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹⁹¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 : « Choisies après un appel à projets, ces expérimentations figurent parmi les plus abouties en termes de méthodologie. Elles sont conçues en lien étroit avec le monde de la recherche : elles sont systématiquement fondées sur la méthode d'expérimentation aléatoire (cf. 2.1) et évaluées par des équipes de scientifiques, en vue de leur éventuelle généralisation. »

²⁹⁹² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

²⁹⁹³ C. éduc., art. L. 401-1.

²⁹⁹⁴ Ibid. C. éduc.

²⁹⁹⁵ Ibid. C. éduc.

L'expérimentation ouverte prévue par le pouvoir réglementaire est celle des articles D. 314-1 et suivants du Code de l'éducation²⁹⁹⁶. Dans sa version initiale, issue du décret n° 2006-583 du 23 mai 2006²⁹⁹⁷, l'article D. 314-2 du Code de l'éducation opérait une distinction entre les « établissements expérimentaux de plein exercice »²⁹⁹⁸ et les « établissements chargés d'expérimentation »²⁹⁹⁹. Les premiers, selon la version initiale de l'article D.314-3 du même code, de la manière suivante « appliquent, pour l'ensemble des élèves qu'ils accueillent, les programmes de recherche et d'expérimentation pédagogiques décidés par le ministre chargé de l'éducation et, conjointement avec lui pour les questions de compétence commune, par le ministre chargé des sports ». Les établissements expérimentaux de plein exercice n'étaient donc pas des expérimentations ouvertes et s'inscrivaient dans une logique plus descendante qu'ascendante. Les seconds, c'est-à-dire les « établissements chargés d'expérimentation »³⁰⁰⁰ sont pour leur part encore définis dans leur version initiale à l'article D. 314-8 du Code de l'éducation qui les définit comme « des établissements autorisés à mettre en œuvre des recherches et des expériences pédagogiques expressément désignées et limitées dans le temps. Celles-ci peuvent concerner l'enseignement d'une ou de plusieurs classes de l'établissement et porter notamment sur les méthodes d'orientation des élèves et les moyens d'assurer la pleine efficacité des études »³⁰⁰¹. Elles s'inscrivent donc dans une logique plus ascendante, permettant aux bénéficiaires de faire remonter leurs besoins en matière expérimentale. Dans sa version en vigueur, l'article D. 314-2 de ce même code permet des projets d'expérimentation portés « par le directeur d'école ou le chef d'établissement, sur proposition des équipes pédagogiques, et concertés au conseil d'école ou au conseil pédagogique »³⁰⁰². Ils sont soumis à l'approbation du « directeur académique des services de l'éducation nationale agissant sur délégation du recteur d'académie »³⁰⁰³.

Comme le souligne le Conseil d'État, « près de 5 000 projets, engagés sur le fondement de ces articles, ont ainsi été recensés par la plateforme nationale Expérithèque »³⁰⁰⁴. Les expérimentations ouvertes, tant par voie législative que réglementaire, ont donc rencontré un franc succès ces dernières années. Cependant, le Conseil d'État ne manque pas de relativiser celui-ci précisant que « ces expérimentations font néanmoins rarement l'objet d'une évaluation complète et souffrent d'une trop faible diffusion dans le réseau du ministère, essentielle pour assurer la généralisation d'expériences réussies »³⁰⁰⁵.

2. Expérimentation ouverte pour les structures privées : France expérimentation

303. - Création de France expérimentation afin de faciliter l'expression de leurs besoins réglementaires par les structures privées.

Emmanuel Macron, à l'époque ministre de l'Économie, affirmait en 2016 lors que « les solutions innovantes – sur le plan économique, technologique, social – ne sont plus seulement dictées par l'État,

²⁹⁹⁶ C. éduc., art. D314-1 & S.

²⁹⁹⁷ D. n° 2006-583, 23 mai 2006.

²⁹⁹⁸ C. éduc., art. D314-2, version en vigueur du 24 mai 2006 au 1^{er} févr. 2012.

²⁹⁹⁹ Ibid. C. éduc.

³⁰⁰⁰ Ibid. C. éduc.

³⁰⁰¹ C. éduc., art. D314-8.

³⁰⁰² Ibid. C. éduc.

³⁰⁰³ Ibid. C. éduc.

³⁰⁰⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 28.

³⁰⁰⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

elles émergent à toutes les échelles, sur l'ensemble de notre territoire : de l'entreprise au monde académique en passant par les centres de recherche et la société civile »³⁰⁰⁶. Fort de ce constat, l'État a mis en place en 2016, dans le cadre de l'article 37-1 de la Constitution³⁰⁰⁷, France Expérimentation. Cette dernière avait initialement pour objectif d'« offrir aux acteurs économiques la possibilité d'exprimer leurs besoins d'adaptation des normes et des procédures administratives auprès d'un interlocuteur unique et dans le cadre d'un dispositif clair et transparent »³⁰⁰⁸. Le pilotage initial de ce guichet numérique, placé sous l'égide de la direction interministérielle de la transformation publique et de la direction générale des entreprises³⁰⁰⁹, atteste de la place centrale des entreprises dans cette démarche.

Les chiffres annoncés dans le rapport établi à la suite du déplacement du Premier ministre à Henrichemont le 3 mai 2018 ne sont que relativement positifs. En effet, les quatre-vingt-cinq dossiers de candidatures déposés dans le cadre d'un premier appel à projets ouvert du 29 juin au 31 décembre 2016³⁰¹⁰ témoignent d'un véritable intérêt des structures privées pour ce mécanisme. En outre, la diversité des acteurs privés ayant candidaté souligne que les entreprises n'ont pas le monopole de ce guichet numérique. Si France Expérimentation s'adresse principalement aux entreprises, elle ne laisse pas en reste les autres acteurs privés du territoire. Ainsi, « si les entreprises, aussi bien des grands groupes que des très petites entreprises (TPE) et des petites et moyennes entreprises (PME), représentaient la majorité des porteurs, d'autres structures ont également candidaté : des associations, des fondations, des établissements publics, une collectivité territoriale, etc. »³⁰¹¹. Cependant, le nombre de dérogations accordées témoigne du caractère encore marginal de cette pratique entre 2016 et 2018. Selon ce même rapport, onze projets ont été retenus et cinq expérimentations réglementaires étaient alors mises en œuvre³⁰¹² et selon le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques, trois demandes de dérogations ont été accordées entre 2016 et 2018³⁰¹³.

304. - Pérennisation de France expérimentation afin de renforcer l'expression de leurs besoins réglementaires et législatifs par les structures privées.

Conscient de la nécessité de travailler avec les intelligences des territoires, notamment des entreprises, Olivier Dussopt, secrétaire d'État auprès du ministre de l'Action et des Comptes publics, affirme que « soutenir l'innovation nécessite d'abord de faire confiance aux acteurs et leur donner des marges de manœuvre » avant d'exprimer sa volonté de renforcer France expérimentation³⁰¹⁴. Initialement prévue comme un dispositif temporaire, France expérimentation a ainsi été renouvelée en 2018 avec son ouverture de « façon permanente pour les projets de nature réglementaire »³⁰¹⁵ et l'élargissement du mécanisme aux normes législatives³⁰¹⁶. Dans le domaine réglementaire, France Expérimentation est ouverte de « façon permanente »³⁰¹⁷ « sans être exclusif d'appels à projets spécifiques »³⁰¹⁸. Le Conseil

³⁰⁰⁶ Economie.gouv.fr, Dossier de presse, Expérimenter pour innover, 29 juin 2016.

³⁰⁰⁷ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

³⁰⁰⁸ Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018, p.14.

³⁰⁰⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁰¹⁰ Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, op. cit. p.17.

³⁰¹¹ Economie.gouv.fr, Dossier de presse, Expérimenter pour innover, 29 juin 2016.

³⁰¹² Ibid. Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes.

³⁰¹³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁰¹⁴ Ibid. Gouvernement.fr.

³⁰¹⁵ Ibid. Gouvernement.fr.

³⁰¹⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁰¹⁷ Ibid. Gouvernement.fr.

³⁰¹⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

d'État souligne que les appels à projets « Territoires d'Industrie » de 2018 et « French Impact » de 2019 s'inscrivent dans cette logique³⁰¹⁹. Dans le domaine législatif, « des appels à projets thématiques et bornés dans le temps ont été ouverts »³⁰²⁰.

L'appel à projets lancé par le Premier ministre le 3 mai 2018 et ouvert jusqu'au 31 mai de la même année montre l'intérêt croissant pour cette méthode tout en mettant en lumière son impact tant dans le champ réglementaire que dans le champ législatif. Ainsi, cent-vingt-cinq projets ont été déposés³⁰²¹ lors de ce second appel à projets, contre quatre-vingt-quatre en 2016³⁰²². Parmi eux, cinquante-huit concernaient une norme réglementaire et soixante-sept, une norme législative³⁰²³. Pour ne citer qu'un projet retenu sur le plan réglementaire, nous pouvons évoquer celui de l'entreprise Cosmolys, spécialisée dans la collecte et le traitement des Déchets d'Activités de Soins à Risques Infectieux (DASRI). Le Droit initialement applicable prévoit que les DASRI soient incinérés ou traités par des appareils de pré-traitement par désinfection. L'expérimentation réglementaire mise en place vise à « permettre via une solution innovante le tri et la valorisation d'une partie de ces déchets comme matière première secondaire »³⁰²⁴. Sur le plan législatif, « [huit] dossiers (correspondant à [quatre] expérimentations) ont été retenus pour donner lieu à une expérimentation dans PACTE et [et trois] dossiers pourront donner lieu à une expérimentation ou à une disposition pérenne qui sera portée par un autre véhicule législatif »³⁰²⁵. L'expérimentation législative relative à l'autoconsommation électrique collective³⁰²⁶ est le fruit de cet appel à projets.

§2. Une participation des citoyens du territoire envisageable

Alors que les différents acteurs des territoires d'intelligences entrent sur la scène expérimentale, le citoyen reste en coulisse. Si le pouvoir législatif conserve le rôle principal, d'autres structures publiques et des personnes morales de Droit privé peuvent lui donner la réplique. De ce point de vue, le silence auquel est tenu le citoyen, pourtant porteur de la voix souveraine du peuple, détonne. Après avoir expliqué pourquoi le citoyen ne devrait pas rester spectateur de l'initiative expérimentale (A.), nous étudierons comment il pourrait devenir acteur de cette dernière (B.).

A. La nécessaire consécration d'un rôle des citoyens

L'État n'ayant plus le monopole de l'initiative expérimentale, il apparaît pertinent de s'interroger sur l'opportunité d'étendre celle-ci aux citoyens. La consécration d'un rôle des citoyens en la matière peut

³⁰¹⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁰²⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁰²¹ Modernisation.gouv.fr, France expérimentation : découvrez les projets d'entreprises sélectionnés pour expérimenter des dérogations réglementaires et législatives.

³⁰²² Ibid. Gouvernement.fr.

³⁰²³ Ibid. Modernisation.gouv.fr.

³⁰²⁴ Ibid. Modernisation.gouv.fr.

³⁰²⁵ Modernisation.gouv.fr, France expérimentation : découvrez les projets d'entreprises sélectionnés pour expérimenter des dérogations réglementaires et législatives.

³⁰²⁶ L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 126 (Expérimentation relative au développement d'opérations d'autoconsommation électrique collective).

se justifier de deux points de vue. La participation des citoyens à l'initiative de l'expérimentation apparaît pertinente, d'une part, en ce qu'il est un sujet de Droit (1.) et, d'autre part, en ce qu'il est porteur de la volonté générale (2.)

1. La participation du citoyen en sa qualité de sujet de Droit

305. - La participation des sujets de droit à l'expérimentation : marginalisation du citoyen.

La participation des sujets de Droit à l'expérimentation est désormais lancée à toute vitesse. Sur la longue route sinueuse du droit à l'expérimentation, un premier virage a permis aux collectivités territoriales de prendre part au voyage expérimental et un second a également invité à bord d'autres acteurs publics et des personnes morales de Droit privé. Ils peuvent dorénavant proposer à l'État, toujours au volant, d'emprunter d'autres chemins, de tenter de nouvelles expérimentations³⁰²⁷. Partenaires de cartographie de leurs besoins et des incohérences juridiques qui peuvent y être associées, les sujets de Droit ont un rôle incontestable en matière expérimentale.

Cependant, un sujet de Droit est resté sur le bas-côté. Le citoyen, grand laissé pour compte de la procédure expérimentale, ne dispose actuellement d'aucun mécanisme lui permettant de proposer des expérimentations. Souvent auto-stoppeurs en quête d'un véhicule législatif, les citoyens patientent le pouce levé et l'esprit empli des rêves qu'offre la route. Il convient alors de s'interroger : pourquoi le législateur a ouvert sa portière aux autres sujets de Droit, mais pas au citoyen ? Ce dernier porte pourtant la promesse de nouveaux horizons expérimentaux.

Trois explications, intrinsèquement liées, peuvent être invoquées à cet égard. En premier lieu, les personnes morales ont longtemps conservé le monopole de l'initiative expérimentale et la participation de personnes physiques pouvait alors sembler contre-intuitive. En second lieu, si le mécanisme était ouvert aux citoyens, le nombre de demandes d'expérimentations présentées pourrait ne pas être gérable pour l'administration. Enfin, l'identification d'un outil technique ou juridique permettant à l'ensemble des citoyens de faire des propositions expérimentales apparaît délicate. Cependant, comme nous le verrons par la suite, si chacun de ces arguments a pu être jugé apodictique en un temps, ils ne sauraient être considérés comme suffisants à présent.

306. - La participation des personnes physiques à l'expérimentation : marginalisation du citoyen.

Alors que de nombreux publics cibles peuvent dorénavant « avec ou sans appels à projets (...) solliciter l'autorité compétente et (...) obtenir, après étude de l'intérêt de leur demande, la dérogation nécessaire »³⁰²⁸, le citoyen ne bénéficie pas d'une telle possibilité. Certains pourraient justifier cette exclusion par le fait que les propositions expérimentales ne peuvent être initiées que par des personnes publiques. Cependant, cet argument est aussi insuffisant qu'inexact.

Il est insuffisant en ce qu'il part de l'idée que parce qu'une chose n'a jamais été faite, elle ne devrait pas l'être. Cette idée, antipode même du concept d'expérimentation, ne peut être considérée acceptable dans un univers aussi fluctuant et innovant que celui du Droit.

³⁰²⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 30 et s.

³⁰²⁸ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit. p. 21.

Il est inexact en ce que l'expérimentation commence à être ouverte à certaines personnes physiques. Par exemple, le renouvellement de France Expérimentation en 2016³⁰²⁹, il est désormais possible « que des agents territoriaux puissent se porter candidats à France Expérimentation afin que leur collectivité obtienne une dérogation normative pour débloquer un projet »³⁰³⁰. Si la collectivité est bénéficiaire de l'expérimentation, les agents publics peuvent faire la demande d'expérimentation eux-mêmes en tant que personnes physiques.

307. - La participation des citoyens à l'expérimentation : des opportunités indéniables.

Permettre au citoyen, en sa qualité de sujet de Droit, de proposer des expérimentations semble cohérent tant parce que l'identification des besoins expérimentaux est initiée de manière croissante par les publics cibles³⁰³¹ que parce que des expérimentations ont d'ores et déjà des effets directs sur les citoyens³⁰³². Le rapport Piron soulignait dès 2003 l'existence de « l'expérimentation "externe", qui a des effets directs sur les administrés »³⁰³³, citant par exemple la réforme de la tarification sanitaire et sociale³⁰³⁴ et l'introduction des chèques services pour les employeurs de salariés à domicile. Une telle possibilité offre également de belles opportunités pour les territoires d'intelligences.

En premier lieu, cela peut permettre une meilleure cartographie des besoins juridiques des territoires. En effet, les besoins identifiés par les collectivités territoriales et d'autres acteurs publics ainsi que par les structures privées ne sauraient couvrir l'ensemble des normes existantes qui pourraient bénéficier d'une expérimentation. Ajouter l'intervention du citoyen permettrait à un plus grand nombre de domaines juridiques de bénéficier d'expérimentations à l'initiative du public cible. En outre, certains besoins expérimentaux déjà identifiés par les autres acteurs des territoires d'intelligences concernent directement les citoyens³⁰³⁵ et la participation de ces derniers à la mise en place de l'expérimentation pourrait conduire à une plus grande précision dans l'identification des besoins en la matière, améliorant ainsi l'évolution juridique attendue dès la phase expérimentale.

En second lieu, cela pourrait permettre de rééquilibrer la place des intelligences du territoire en matière expérimentale. En effet, un développement sain des territoires d'intelligences implique une participation de l'ensemble des acteurs afin d'équilibrer leurs besoins. Mettre en place un dispositif permettant aux citoyens d'indiquer les évolutions normatives qu'ils souhaiteraient peut harmoniser les besoins des intelligences du territoire et les expérimentations effectivement menées. On pourrait par exemple imaginer qu'une partie des expérimentations proposées par les citoyens vise à renforcer la protection de l'environnement. Ces dernières auraient notamment pu contrebalancer les potentielles atteintes à l'environnement auxquelles le droit de dérogation des préfets³⁰³⁶ peut conduire et qui ont été ardemment critiquées³⁰³⁷. En effet, si des expérimentations avaient été proposées par les citoyens afin de renforcer les autorisations relatives à l'environnement, on pourrait espérer une mise en ba-

³⁰²⁹ Economie.gouv.fr, Dossier de presse, Expérimenter pour innover, 29 juin 2016.

³⁰³⁰ Zignani G., France Expérimentation : les collectivités de plus en plus intégrées, Gaz. Cnes. 2018.

³⁰³¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁰³² Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 9.

³⁰³³ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³⁰³⁴ D. n° 88-45, 15 janv. 1988 ; L. n° 90-86, 23 janv. 1990.

³⁰³⁵ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³⁰³⁶ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017 ; D. n° 2020-412, 8 avr. 2020.

³⁰³⁷ Chevalier J.-B., L'institutionnalisation du droit de dérogation des préfets, op. cit. ; Montecler (de) M.-C., Le droit de dérogation des préfets généralisé et pérennisé, op. cit.

lance des demandes d'expérimentations par les pouvoirs publics. En ce qui concerne le droit de dérogations des préfets, cela aurait pu conduire, au moment de la phase expérimentale³⁰³⁸, à exclure l'environnement des matières où une dérogation peut être accordée ou au moment de la phase d'évaluation, à une pérennisation du dispositif sans le champ environnemental (qui pourrait alors faire l'objet d'une reconduction de l'expérimentation ou d'un abandon pur et simple).

Enfin, si un mécanisme tel que France Expérimentation était mis à la disposition des citoyens, cela pourrait améliorer l'accès au Droit de ces derniers. En effet, lorsqu'il ne met pas effectivement en place une expérimentation, France expérimentation s'attèle à proposer d'autres solutions juridiques en l'état du Droit pour permettre d'atteindre les objectifs souhaités par les demandeurs.

2. La participation du citoyen en sa qualité de porteur de la volonté générale

308. - Consécration de l'initiative expérimentale citoyenne : renforcement de la démocratie.

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789³⁰³⁹ dispose que « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. »³⁰⁴⁰. Si les citoyens concourent principalement indirectement à l'élaboration de la loi, leur voix souveraine résonnant du Palais Bourbon et au Palais du Luxembourg, leur droit à s'exprimer directement ne saurait être nié.

Le droit à l'expérimentation étant supervisé par les représentants du peuple, les citoyens participent indirectement à l'initiative, à l'élaboration et à l'évaluation des lois expérimentales. Cependant, il semble étonnant que l'initiative expérimentale puisse être proposée par quasiment tous les acteurs des territoires sauf le citoyen lui-même. Alors que le peuple porte en lui la volonté générale, son exclusion de l'initiative expérimentale apparaît comme une aberration démocratique. Cela détonne particulièrement lorsque l'on voit que, à l'occasion de la réforme constitutionnelle proposée en 2018, un des arguments en faveur de la facilitation de l'expérimentation décidée par les collectivités territoriales³⁰⁴¹ était « qu'elle s'inscrit et symbolise l'esprit qui doit prévaloir en matière de décentralisation qui combine l'ambition de réformer la gestion publique pour la rendre plus efficace, avec celle de favoriser la compréhension et le contrôle par les citoyens pour la rendre plus démocratique»³⁰⁴². Si l'enjeu démocratique était véritablement au cœur de la réforme de l'expérimentation proposée en 2018, pourquoi ne pas inclure directement le citoyen dans la procédure expérimentale ?

309. - Consécration de l'initiative expérimentale citoyenne : cohérence avec le mouvement actuel d'expression directe de la volonté générale.

Comme cela a été précédemment évoqué (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.), un mouvement de participation citoyenne à l'élaboration de la norme est impulsé. Cela s'est matérialisé en France par les consultations en ligne relatives à l'élaboration de la norme, comme ce fut par exemple le cas dans le cadre de la promulgation de la loi pour une République numérique³⁰⁴³ où « les citoyens [ont pu]

³⁰³⁸ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017.

³⁰³⁹ Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 6.

³⁰⁴⁰ Ibid. Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen.

³⁰⁴¹ Const. art 72.

³⁰⁴² Proposition de loi organique n° 726, 27 févr. 2018.

³⁰⁴³ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

être consultés et contribuer sur la matière finale, c'est-à-dire le projet de loi lui-même »³⁰⁴⁴. L'intervention du citoyen ne se cantonne pas à des consultations sur les textes proposés et s'étend progressivement à une initiative citoyenne portant sur l'évolution des normes. Ainsi, en France, le citoyen peut participer à l'initiative référendaire à l'aune du référendum d'initiative partagée³⁰⁴⁵ et l'idée d'un référendum d'initiative citoyenne se fait doucement une place dans l'esprit du législateur³⁰⁴⁶. L'Union européenne³⁰⁴⁷ et d'autres États européens³⁰⁴⁸ sont allés encore plus loin en permettant au citoyen de proposer des évolutions législatives qui peuvent ensuite être étudiées et éventuellement consacrées par le pouvoir législatif.

Doux mélange d'un élan de démocratie directe et des possibilités offertes par les nouvelles technologies, cette ouverture de l'élaboration de la norme aux citoyens est encore en construction en France. Parce qu'elle ouvre d'ores et déjà l'initiative à d'autres acteurs, l'expérimentation juridique apparaît comme un terrain adapté pour voir fleurir les initiatives citoyennes relatives à l'évolution des normes. Ainsi, une extension de l'initiative de l'expérimentation au citoyen pourrait permettre à la France de faire un premier pas vers des propositions législatives d'initiative citoyenne.

B. Les modalités envisageables de participation citoyenne

S'il apparaît cohérent d'accorder une place au citoyen en matière d'initiative expérimentale, les contours de celle-ci demeurent à préciser. Il convient d'identifier les modalités juridiques (1.) et opérationnelles (2.) de consécration de l'initiative expérimentale citoyenne.

1. Les modalités juridiques possibles de la consécration de l'initiative expérimentale citoyenne

310. - Une consécration possible en l'état du Droit.

Si la constitutionnalisation de l'expérimentation entreprise par les collectivités territoriales était une nécessité³⁰⁴⁹, cela n'est pas le cas pour l'initiative expérimentale citoyenne. En ce qui concerne l'expérimentation mise en place par les collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel avait refusé de conférer à la Corse une capacité générale d'expérimentation³⁰⁵⁰ soutenant que la délégation de compétences du législateur n'est possible que dans les cas prévus par la Constitution³⁰⁵¹. Cette nécessité

³⁰⁴⁴ Perrin L., Entretien avec Axelle Lemaire sur la loi pour une république numérique, La Semaine Juridique Edition Générale, 15 févr. 2016.

³⁰⁴⁵ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, art. 4 ; Const., 4 oct. 1958, art. 11 « un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ».

³⁰⁴⁶ Proposition de loi constitutionnelle n° 2179, 19 juill. 2019.

³⁰⁴⁷ Traité de Lisbonne ; Traité UE, art. 11, 4 ; Traité FUE, art 24 al. 1.

³⁰⁴⁸ Constitution espagnole, art. 87. Al. 3 ; Loi constitutionnelle fédérale autrichienne, art. 41. Al. 2 ; Constitution polonaise, art. 118 al. 2 ; Constitution italienne, art. 71.

³⁰⁴⁹ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit.

³⁰⁵⁰ L. n° 2002-92, 22 janv. 2002 ; Cons. Const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³⁰⁵¹ Ibid. Dauphin L.

avait conduit à plusieurs propositions de lois constitutionnelles³⁰⁵² et s'était finalement matérialisée avec la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République³⁰⁵³. Dans le cas de l'initiative expérimentale citoyenne, il ne s'agirait pas d'une délégation de compétence du législateur, mais d'une simple capacité pour les citoyens de proposer directement à leurs élus de mettre en place une expérimentation juridique. Celle-ci pourrait, à l'instar de ce qui a été fait dans le cadre de France Expérimentation³⁰⁵⁴, s'appuyer sur l'article 37-1 de la Constitution³⁰⁵⁵.

311. - Une consécration constitutionnelle avant-gardiste.

Une consécration constitutionnelle de l'initiative expérimentale citoyenne, bien que n'étant pas nécessaire, pourrait permettre de donner à ce nouveau droit un souffle particulier. Écho de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789³⁰⁵⁶, l'initiative expérimentale citoyenne peut permettre au citoyen de concourir tant personnellement que par ses représentants à la formation de la loi. Sa constitutionnalisation pourrait non seulement donner une valeur juridique supérieure à ce mécanisme, mais également créer un lien plus direct entre les citoyens et leurs élus. En effet, dans le cadre de France Expérimentation, les demandes expérimentales sont étudiées par des agents publics et non par des élus. Si l'initiative expérimentale citoyenne venait à être constitutionnalisée, elle pourrait s'inspirer des mécanismes d'initiative législative citoyenne développés dans d'autres États³⁰⁵⁷ et conduire à une analyse directement au Parlement des initiatives expérimentales citoyennes ayant reçu un certain nombre de soutien de la part d'autres citoyens³⁰⁵⁸.

Force est de constater que les États ayant mis en place des initiatives législatives citoyennes l'ont intégré à leurs Constitutions, c'est notamment le cas dans les Constitutions espagnole³⁰⁵⁹, autrichienne³⁰⁶⁰, polonaise³⁰⁶¹, italienne³⁰⁶² et finlandaise³⁰⁶³. L'initiative expérimentale citoyenne aurait pu trouver sa place dans le projet de réforme constitutionnelle des trois D qui visait notamment à renforcer la démocratie ainsi que le droit à l'expérimentation. Elle pourrait également être rattachée à une dynamique plus globale de participation du citoyen à l'élaboration de la norme, par exemple en le rapprochant du référendum d'initiative citoyenne qui a déjà fait l'objet d'une proposition³⁰⁶⁴ ou encore d'une éventuelle initiative législative citoyenne si le pouvoir constituant français décidait d'enjamber le pas à l'Union européenne³⁰⁶⁵.

³⁰⁵² Proposition de loi constitutionnelle n° 2278, 24 mars 2000 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 402, 18 sept. 2002.

³⁰⁵³ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³⁰⁵⁴ Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018.

³⁰⁵⁵ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

³⁰⁵⁶ Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 6 : « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. »

³⁰⁵⁷ Laurent S., Le droit d'initiative citoyenne, RMCUE 2006.

³⁰⁵⁸ Novel A.-S., Cinq expériences de démocratie 2.0, Lemonde.fr, 25 nov. 2013 : En Finlande chacun peut proposer une législation et s'il obtient le soutien de cinquante mille autres citoyens, l'idée est analysée par le pouvoir législatif en place.

³⁰⁵⁹ Espagne : Const., art. 87. Al. 3.

³⁰⁶⁰ Autriche : Loi constitutionnelle fédérale, art. 41. Al. 2.

³⁰⁶¹ Pologne : Const., art. 118 al. 2.

³⁰⁶² Italie : Const., art. 71.

³⁰⁶³ Novel A.-S., Cinq expériences de démocratie 2.0, Lemonde.fr, 25 nov. 2013.

³⁰⁶⁴ Proposition de loi constitutionnelle n° 2179, 19 juill. 2019.

³⁰⁶⁵ Traité de Lisbonne ; Traité UE, art. 11, 4 ; Traité FUE, art 24 al. 1.

2. Les modalités opérationnelles possibles de la consécration de l'initiative expérimentale citoyenne

312. - L'État : chef de file de l'initiative expérimentale citoyenne.

L'État a longtemps été le seul à pouvoir mettre en place des expérimentations juridiques. S'il a progressivement ouvert l'initiative de celles-ci à d'autres acteurs, il reste compétent en matière législative et décideur dans le champ expérimental. De ce point de vue, il est nécessaire qu'il supervise l'initiative expérimentale citoyenne et fédère autour de celle-ci. Il conviendra alors de déterminer qui pilotera ce nouveau mécanisme et analysera la pertinence des propositions faites par les citoyens.

Cependant, toute initiative expérimentale citoyenne ne saurait être étudiée par l'État et il semble nécessaire de fixer un seuil de soutien à partir duquel les propositions citoyennes feront effectivement l'objet d'une étude. Il est alors possible de s'inspirer des mécanismes mis en place par d'autres États dans le cadre de l'initiative législative citoyenne. Par exemple, la Finlande a intégré à sa Constitution en mars 2012 la possibilité d'une initiative citoyenne législative. Chacun peut proposer une législation et s'il obtient le soutien de cinquante mille autres citoyens, l'idée est analysée par le pouvoir législatif en place³⁰⁶⁶. Si la France décidait de concrétiser l'initiative expérimentale citoyenne, elle devrait réaliser une étude afin de déterminer le seuil ou le pourcentage de la population pertinent pour elle.

313. - La participation des collectivités territoriales : une valeur ajoutée envisageable.

Au niveau local, la participation des citoyens est de plus en plus importante, notamment grâce aux pétitions³⁰⁶⁷, référendums³⁰⁶⁸, consultations³⁰⁶⁹ et conseils³⁰⁷⁰ locaux. La démocratie locale gagnant du terrain, les collectivités territoriales pourraient également appuyer la mise en place de l'initiative expérimentale citoyenne.

En ce qui concerne l'expérimentation-transfert³⁰⁷¹, les collectivités territoriales pourraient proposer sur leurs plateformes un outil, interconnecté ou non avec celui de l'État, permettant de déposer des propositions citoyennes d'expérimentation. Leur rôle pourrait alors être plus ou moins important. Elles pourraient être un simple guichet local faisant automatiquement remonter les propositions citoyennes qu'elles collectent au niveau national. Une vision plus décentralisée de l'initiative expérimentale citoyenne pourrait également leur conférer un rôle de « préfiltre ». Ainsi, en plus du dispositif national, les collectivités territoriales pourraient recevoir directement des initiatives expérimentales citoyennes qu'elles évalueraient à partir d'un certain pourcentage de soutien exprimé par la population. Cette évaluation pourrait conduire une collectivité à faire remonter la demande d'expérimentation au niveau national en la soutenant plus ou moins, indiquant par exemple si elle considère que la demande à un intérêt de manière générale et si elle souhaiterait la mettre en œuvre sur son propre territoire.

³⁰⁶⁶ Novel A.-S., Cinq expériences de démocratie 2.0, Lemonde.fr, 25 nov. 2013.

³⁰⁶⁷ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003, art. 6 ; Const., 4 oct. 1958, art. 72-1.

³⁰⁶⁸ Ibid. L. const. n° 2003-276 ; Ibid. Const. ; L. org. n° 2003-705, 1er août 2003 ; Cons. const., 30 juill. 2003, n° 2003-482 DC.

³⁰⁶⁹ L. n° 2004-809, 13 août 2004.

³⁰⁷⁰ Ord. n° 2016-488, 21 avr. 2016.

³⁰⁷¹ Const. art. 37-1.

En ce qui concerne l'expérimentation-dérogation³⁰⁷², la mise en place d'un guichet local pourrait également permettre aux citoyens de proposer aux collectivités territoriales ou à leurs groupements des expérimentations relatives à l'exercice de leurs compétences. Cependant, pour que cela ait un véritable intérêt, un renforcement de la transparence et de la lisibilité de l'information en ce qui concerne les répartitions de compétences entre collectivités territoriales apparaît nécessaire. Nous nous concentrons dans le développement qui suit sur la mise en place d'une initiative citoyenne en ce qui concerne l'expérimentation-transfert³⁰⁷³.

314. - Les plateformes numériques : un outil essentiel de l'initiative expérimentale citoyenne.

Le numérique présente des atouts certains pour concrétiser l'initiative expérimentale citoyenne, particulièrement les plateformes. C'est en effet l'outil numérique qui a été privilégié en matière de participation citoyenne à l'élaboration de la loi en France dans le cadre du référendum d'initiative partagée³⁰⁷⁴ ou de la consultation sur le projet de loi pour une République numérique³⁰⁷⁵ et au sein de l'Union européenne pour l'initiative citoyenne européenne³⁰⁷⁶. L'initiative expérimentale citoyenne pourrait s'appuyer sur une plateforme de ce type et offrir la possibilité aux citoyens tant de déposer une proposition que de soutenir celles déjà faites par d'autres citoyens. Deux possibilités semblent alors se présenter en ce qui concerne cet outil numérique : la création d'une plateforme spécifique ou le regroupement sur une même plateforme de différents outils de participation. La première peut permettre une plus grande simplicité d'utilisation, mais la seconde peut conduire à davantage de transparence sur les dispositifs de participation existants et créer de belles synergies en matière de participation.

Cette seconde option pourrait se matérialiser par l'hébergement sur une plateforme existante ou par la création d'une nouvelle plateforme regroupant plusieurs services. En ce qui concerne l'hébergement sur une plateforme existante, cela pourrait par exemple être le cas si l'initiative expérimentale citoyenne était mise en place dans un idéal de renforcement de la démocratie directe et corrélée à la consécration du référendum d'initiative citoyenne. On pourrait alors imaginer que la plateforme du référendum d'initiative partagée³⁰⁷⁷ héberge également ces deux dernières, offrant ainsi au citoyen un outil unique, transparent et exhaustif pour initier les évolutions normatives. En ce qui concerne la création d'une nouvelle plateforme, cela pourrait être pertinent notamment si l'initiative expérimentale citoyenne est mise en place dans un idéal de renforcement de la démarche expérimentale. Les mécanismes actuels étant épars et disparates, un site unique pourrait regrouper notamment les mécanismes de France Expérimentation, la publication d'un référencement des expérimentations en cours sur le territoire et l'initiative expérimentale citoyenne.

Conclusion du Chapitre : L'expérimentation est un outil adapté aux spécificités des territoires d'intelligences à plusieurs égards. En premier lieu, l'expérimentation est un outil juridique intrinsèquement lié

³⁰⁷² Const., art. 72 al. 4.

³⁰⁷³ Const. art. 37-1.

³⁰⁷⁴ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, art. 4 ; Const., 4 oct. 1958, art. 11 ; Referendum.interieur.gouv.fr.

³⁰⁷⁵ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.

³⁰⁷⁶ Traité de Lisbonne ; Traité UE, art. 11, 4 ; Traité FUE, art 24 al. 1 ; Senat.fr, Europe et international, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'initiative citoyenne, Examen dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, 2010 ; Europa.eu, Initiative citoyenne européenne.

³⁰⁷⁷ Ibid. L. const. n° 2008-724 ; Ibid. Const. ; Referendum.interieur.gouv.fr.

à la vision efficiente de la loi, vision qui devrait guider le législateur dans l'élaboration des normes touchant au numérique. L'expérimentation a d'ailleurs été renforcée afin d'appuyer le législateur lorsqu'il intervient dans des domaines sensibles comme celui-ci. En second lieu, l'expérimentation est au service du pragmatisme territorial, d'une part, en ce qu'il a joué un rôle important en matière de décentralisation et de déconcentration, d'autre part, grâce au rôle croissant qui est accordé aux collectivités territoriales en la matière. En troisième lieu, elle permet d'associer les différentes intelligences du territoire à la construction des politiques publiques territoriales innovantes. Outre les collectivités territoriales, d'autres acteurs publics et des personnes morales de droit privé peuvent dorénavant participer à l'identification des expérimentations faisant ainsi de l'expérimentation un outil juridique collaboratif. Le citoyen reste exclu de ce processus, mais pourrait y être progressivement associé.

CHAPITRE 2. L'EXPÉRIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE À ADAPTER AUX TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

Malgré les nombreux avantages que présente l'expérimentation afin de légiférer pragmatiquement au sein des territoires d'intelligences, certaines spécificités de cet outil viennent en limiter l'intérêt en la matière. En premier lieu, l'expérimentation entretenant une relation délicate avec le principe d'égalité, le législateur l'a assortie de nombreuses protections. La lourdeur de la procédure de mise en place de l'expérimentation-dérogation conduit à un asynchronisme entre le temps long de l'expérimentation et le temps court des territoires d'intelligences. En outre, l'encadrement de l'objet de l'expérimentation peut limiter l'intérêt de cet outil au sein des territoires d'intelligences. Si certains garde-fous méritent d'être maintenus, d'autres gagneraient à évoluer. Reste à déterminer les éléments qui peuvent être adaptés. Alors que la procédure de l'expérimentation-dérogation prévue par le législateur organique en 2003³⁰⁷⁸ gagnait à être simplifiée³⁰⁷⁹ (Section 1.), ce qui a d'ailleurs été amorcé avec la loi organique du 19 avril 2021³⁰⁸⁰, les règles encadrant l'objet de l'expérimentation ne peuvent être que partiellement assouplies (Section 2.). En second lieu, les domaines clefs des territoires d'intelligences, notamment celui des nouvelles technologies de l'information et de la communication, étant régulés de manière croissante au niveau communautaire, l'intérêt de l'expérimentation nationale en la matière pourrait s'en trouver limité au regard de la hiérarchie des normes. Afin que l'expérimentation puisse continuer d'éclairer l'esprit du législateur, qu'il soit français ou européen, il apparaît fondamental de clarifier le lien qu'entretiennent l'expérimentation et le Droit communautaire (Section 3.).

Section 1. Lourdeur de la procédure : besoin de simplification

Dans son article Penser la loi publié en 2005 dans la revue Pouvoirs, Guy Carcassonne affirmait que :

« Quelques grands textes anciens sont toujours en vigueur. Ils naquirent fréquemment d'un processus patient qui leur avait permis de mûrir, de sorte que les évolutions ultérieures les ont complétés sans les remettre en cause. Peut-être ceci n'est-il pas étranger à cela. »³⁰⁸¹

Le temps de la loi est souvent une nécessité pour être gage de qualité et d'efficacité. Cependant, il peut parfois s'avérer en décalage avec les réalités qu'il a vocation à encadrer, notamment dans un environnement technologique. En ce qu'elle fait partie du processus de création de la norme tout en permettant de tester de nouvelles voies, l'expérimentation juridique contribue à synchroniser la temporalité de la loi et celle de l'innovation. Cette vocation est d'ailleurs mise en lumière dans le cadre de

³⁰⁷⁸ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³⁰⁷⁹ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 20 et s. ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 30 et s.

³⁰⁸⁰ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³⁰⁸¹ Carcassonne G., Penser la loi, Pouvoirs 2005.

France Expérimentation, « [son] objectif [étant] d'accélérer le temps nécessaire pour tester une innovation en France »³⁰⁸². Cependant, une procédure trop longue d'entrée dans l'expérimentation pourrait contrevenir au rôle d'horloger de cette dernière.

L'encadrement de l'expérimentation-transfert³⁰⁸³ ne fait l'objet que de peu de précisions. Si cela peut lui être préjudiciable à certains égards, notamment en ce qui concerne son évaluation (cf. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 1), cela laisse une grande marge de manœuvre dans sa mise en place. La procédure de l'expérimentation-transfert ne fera donc pas l'objet de l'étude menée dans le présent paragraphe. Le cas de l'expérimentation-dérogação³⁰⁸⁴ est bien différent. Créée par le pouvoir constituant en 2003³⁰⁸⁵, elle est strictement encadrée par la loi organique du 1 août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales³⁰⁸⁶. Cette dernière instaure une procédure de mise en place de l'expérimentation-dérogação jugée démesurément lourde³⁰⁸⁷. La lourdeur de la procédure de l'expérimentation-dérogação instaurée en 2003 est inadaptée aux besoins des territoires d'intelligences (§1.), mais sa simplification a été amorcée par la loi organique du 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution³⁰⁸⁸ (§2.).

§1. Lourdeur de la procédure de l'expérimentation-dérogação : inadéquation aux besoins des territoires d'intelligences

Par une lettre du 28 janvier 2019, le Premier ministre a demandé au Conseil d'État de réaliser une étude sur les expérimentations juridiques en matière de politiques publiques³⁰⁸⁹. Celle-ci s'est matérialisée par le rapport du Conseil d'État intitulé *Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?* publié le 3 octobre 2019. Constatant le faible usage de l'expérimentation-dérogação, il s'interroge sur ses causes. Les deux freins qu'il met en lumière sont l'issue binaire de l'expérimentation (abandon ou généralisation) et la lourdeur de la procédure pour la mettre en place³⁰⁹⁰. En effet, pas moins de sept étapes sont nécessaires pour débiter une expérimentation-dérogação. Le temps long de l'expérimentation-dérogação est d'autant plus incohérent avec la temporalité des territoires d'intelligences (A.). Le rapport du Conseil d'État identifie clairement les difficultés et incohérences de la procédure qui gagneraient à évoluer pour permettre un usage plus pragmatique de l'expérimentation-dérogação (B.).

³⁰⁸² Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018, p.16.

³⁰⁸³ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

³⁰⁸⁴ Const., loc. cit. art. 72 al. 4.

³⁰⁸⁵ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³⁰⁸⁶ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³⁰⁸⁷ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 35 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 30 et s.

³⁰⁸⁸ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³⁰⁸⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁰⁹⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

A. Asynchronisme entre le temps de l'expérimentation-dérogation et le temps des territoires d'intelligences

Le législateur organique prévoit en 2003 sept étapes pour mettre en place une expérimentation-dérogation. Ce temps long (1.) est difficilement compatible avec les temps courts des territoires d'intelligences, tant celui de la politique que celui de la technologie (2.).

1. Le temps long de l'expérimentation-dérogation

315. - La procédure de l'expérimentation-dérogation.

Les sept étapes initialement exigées pour mettre en place une expérimentation-dérogation en font un processus « contraignant, lourd et long »³⁰⁹¹. L'expérimentation doit être prévue par la loi³⁰⁹². Pour chaque collectivité souhaitant participer à l'expérimentation et entrant dans le champ d'application défini par la loi la prévoyant, une délibération motivée de son assemblée délibérante demandant à y prendre part est alors nécessaire³⁰⁹³. Cette demande est transmise au représentant de l'État qui l'adresse, accompagnée de ses remarques, au ministre chargé des collectivités territoriales³⁰⁹⁴. Le Gouvernement vérifie alors que les conditions légales sont bien remplies puis procède à la publication par décret des collectivités autorisées à participer à l'expérimentation³⁰⁹⁵. Ces dernières prennent alors les actes dérogatoires qui sont transmis au représentant de l'État.³⁰⁹⁶ Enfin, leur entrée en vigueur est conditionnée à leur publication au Journal officiel de la République française³⁰⁹⁷.

Le Conseil d'État dans son rapport relatif à l'expérimentation et l'innovation dans la conduite des politiques publiques juge ce cadre « excessivement contraignant »³⁰⁹⁸. Soutenu par le Sénat³⁰⁹⁹, il considère que cette lourdeur procédurale est une des principales causes du faible recours à l'expérimentation-dérogation³¹⁰⁰. Ces nombreuses étapes prennent du temps³¹⁰¹. Les mots d'Estelle Bomberger-Rivot, maître de conférences à Sciences Po Paris, résumant clairement la situation : « le droit à l'expérimentation locale ouvert par le constituant a été aussitôt refermé par le législateur organique »³¹⁰².

316. - La durée de mise en place des expérimentations-dérogation.

L'expérimentation-dérogation n'a été mise en œuvre qu'à quatre reprises, à savoir : pour le RSA³¹⁰³, la tarification sociale de l'eau³¹⁰⁴, les dérogations aux modalités de répartition des fonds non affectés par

³⁰⁹¹ Mallet C., Projet de loi expérimentations : un premier pas vers la différenciation, *Banquedesterritoires.fr*, 29 juill. 2020.

³⁰⁹² CGCT, art. LO 1113-1 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³⁰⁹³ CGCT, art. LO 1113-2 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³⁰⁹⁴ Ibid. CGCT.

³⁰⁹⁵ CGCT, art. LO 1113-2 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³⁰⁹⁶ CGCT, art. LO 1113-3 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³⁰⁹⁷ Ibid. CGCT.

³⁰⁹⁸ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 41 et s.

³⁰⁹⁹ Rapp. Sénat n° 82, op. cit.

³¹⁰⁰ Ibid. Rapp. AN n° 912.

³¹⁰¹ Ibid. Rapp. Sénat n° 82.

³¹⁰² Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 21.

³¹⁰³ L. n° 2006-1666, 21 déc. 2006.

³¹⁰⁴ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013.

les entreprises de la taxe d'apprentissage³¹⁰⁵ et l'accès à l'apprentissage jusqu'à l'âge de trente ans³¹⁰⁶. Les délais entre la promulgation de la loi et la publication des décrets énumérant les collectivités territoriales autorisées à y participer sont symptomatiques de la lourdeur procédurale de l'expérimentation-dérogation³¹⁰⁷.

Ainsi, le délai en question fut de neuf mois pour le RSA et cinq mois pour la répartition de la taxe d'apprentissage des fonds non affectés par les entreprises ainsi que l'accès à l'apprentissage jusqu'à l'âge de 30 ans³¹⁰⁸. L'exemple le plus éclairant est celui de l'expérimentation sur la tarification sociale de l'eau. Cette expérimentation, prévue par la loi du 15 avril 2013³¹⁰⁹ pour une durée de cinq ans, devait prendre fin le 15 avril 2018. Cependant, le décret énumérant les collectivités territoriales y prenant part n'est paru que le 14 avril 2015³¹¹⁰, soit deux ans après la promulgation de la loi. Cette publication tardive a notamment conduit à des données insuffisantes au terme de la phase d'expérimentation initialement prévue, contribuant ainsi à la décision de prolonger l'expérimentation³¹¹¹.

2. Les temps courts des territoires d'intelligences

317. - Asynchronisme entre le temps politique et le temps de l'expérimentation.

Pour le Conseil d'État, la délicate articulation entre temps politique et expérimentation est « le premier et le plus important »³¹¹² facteur de difficultés pour mettre en place des expérimentations. Il considère que ces dernières « [allongent] le temps de la décision publique »³¹¹³. En effet, pour mener à bien une expérimentation, il convient de cumuler plusieurs temps : celui de sa mise en place, celui de sa mise en œuvre et celui de son évaluation. Dans le cas de l'expérimentation-dérogation, comme cela a été établi, le premier peut s'avérer relativement long. Le second, « une condition essentielle de sa réussite »³¹¹⁴, doit être adapté selon la nature de l'expérimentation et les données devant être collectées pour mener à bien la phase évaluative. Pour les expérimentations « les plus lourdes et complexes ou qui nécessitent du temps pour produire des effets », cette durée peut être étendue³¹¹⁵. Le troisième, qui conduit à la décision sur l'avenir de la mesure expérimentée, est pour l'instant relativement bref. En effet, l'évaluation de l'expérimentation est encore sous-estimée et n'obtient pas toujours l'attention qu'elle requiert. En outre, il est important de rappeler que l'évaluation, si les données ne sont pas suffisantes ou que les résultats ne penchent que partiellement en faveur d'une pérennisation de la mesure expérimentée, peut conduire à une prolongation de l'expérimentation. Ce fut le cas notamment dans le cadre de l'expérimentation relative à la tarification sociale de l'eau³¹¹⁶. « Le retard dans le lancement du dispositif et la nécessité d'évaluer cette mesure d'efficacité sociale sur le long

³¹⁰⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016.

³¹⁰⁶ Ibid. L. n° 2016-1088.

³¹⁰⁷ Ibid. Rapp. Sénat n° 82.

³¹⁰⁸ Ibid. Rapp. Sénat n° 82.

³¹⁰⁹ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013, art. 28.

³¹¹⁰ D. n° 2015-416, 14 avril 2015.

³¹¹¹ L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018.

³¹¹² Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 40.

³¹¹³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³¹¹⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 58.

³¹¹⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³¹¹⁶ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013, art. 28.

terme »³¹¹⁷, a conduit le législateur à prolonger l'expérimentation. Une première proposition de loi déposée devant le Sénat le 7 février 2018 envisageait de proroger cette expérimentation pour une durée d'un an³¹¹⁸. Cette proposition étant restée inaboutie, c'est finalement la loi de finances pour 2019³¹¹⁹ qui reconduira cette expérimentation jusqu'au 15 avril 2021³¹²⁰, soit pour une durée de trois ans. Ainsi, huit ans après la loi initiale prévoyant l'expérimentation de la tarification sociale de l'eau³¹²¹, celle-ci est arrivée à son terme. Inspirée de cette expérimentation, « la mesure 17 de la première séquence des Assises de l'eau a posé le principe d'une tarification sociale de l'eau pour toutes les collectivités volontaires »³¹²². Celui-ci s'est matérialisée à l'article 15 de la loi du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique³¹²³ qui « a ouvert à toutes les collectivités de France la possibilité de mettre en place une tarification sociale ou toute autre mesure en faveur de l'accès à l'eau »³¹²⁴.

Le Conseil d'État met en lumière les problématiques que ce temps long peut soulever dans un contexte politique. Il affirme à cet égard que « de nombreuses expérimentations enjambent ainsi des échéances électorales et peuvent se trouver bousculées par les changements de majorité »³¹²⁵. En effet, les nouveaux élus pourraient accorder une importance moindre à une expérimentation en cours. Cela pourrait conduire à l'attribution de moyens insuffisants pour la mener à bien, portant ainsi préjudice à la qualité de l'évaluation, voire à des généralisations ou abandons prématurés³¹²⁶. Pour concilier temps politiques et temps de l'expérimentation, il conviendrait de raccourcir ce dernier avec pragmatisme. Or, le temps de la mise en œuvre de l'expérimentation et celui de son évaluation, tous deux garants qu'une décision éclairée soit prise au terme de l'expérimentation, ne sauraient être sacrifiés. C'est donc sur le temps de mise en place de l'expérimentation que l'effort devra porter.

C'est d'ailleurs la lourdeur de la procédure de l'expérimentation-dérogation qui est particulièrement décriée à la lumière du temps politique. L'Assemblée nationale considère ainsi que « [cette procédure] n'est guère compatible ni avec les calendriers politiques et électoraux, ni avec les nécessités d'une action publique locale efficiente et réactive, au plus près des besoins locaux ». Elle est rejointe par le Conseil d'État qui affirme qu'elle « se concilie mal avec les pratiques politiques locales et avec les attentes des élus d'une mise en œuvre rapide des expérimentations ».

318. - Asynchronisme entre le temps de la technologie et le temps de l'expérimentation

Si, à ce stade, aucune expérimentation-dérogation n'a été menée dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication, il demeure fondamental de souligner que le temps de la technologie n'est pas toujours en accord avec celui de l'expérimentation. En effet, les nouvelles technologies apparaissent de manière disruptive et peuvent évoluer à un rythme très rapide, venant ainsi complexifier le travail du législateur dans ce domaine.

³¹¹⁷ Senat.fr, Travaux parlementaires, Proposition de loi visant à proroger l'expérimentation de la tarification sociale de l'eau prévue à l'article 28 de la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013.

³¹¹⁸ Ecologie.gouv.fr, Rapport d'analyse de l'expérimentation pour une tarification sociale de l'eau, mai 2019.

³¹¹⁹ L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018.

³¹²⁰ Ibid. Ecologie.gouv.fr.

³¹²¹ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013, art. 28.

³¹²² Ecologie.gouv.fr, Favoriser l'accès à l'eau pour tous : la politique sociale de l'eau.

³¹²³ L. n° 2019-1461, 27 déc. 2019.

³¹²⁴ Ibid. Ecologie.gouv.fr.

³¹²⁵ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 40.

³¹²⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

L'expérimentation juridique présente des atouts certains dans ce domaine, mais le temps long d'entrée dans l'expérimentation pourrait venir remettre en question l'intérêt de cette méthode en la matière. Cantonnées aux expérimentations-transfert, les évolutions technologiques pourraient devenir un des objets des expérimentations-dérogation dans la mesure où la volonté de généraliser la pratique de ces dernières est certaine. De ce point de vue, il apparaît fondamental de rationaliser la procédure de l'expérimentation-dérogation.

B. Des difficultés relatives à la procédure de l'expérimentation-dérogation clairement identifiées

Constatant le faible usage de l'expérimentation-dérogation dû notamment à la lourdeur procédurale de cette dernière, le Conseil d'État met en lumière les étapes de la procédure qui gagneraient à être simplifiées selon lui³¹²⁷. Outre les difficultés liées à l'entrée des collectivités territoriales dans l'expérimentation (1.), il relève des problématiques en ce qui concerne la publication, l'entrée en vigueur et le contrôle de légalité de cette dernière (2.).

1. Des difficultés liées à l'entrée des collectivités territoriales dans l'expérimentation

319. - Une entrée des collectivités territoriales dans l'expérimentation trop centralisée.

Les sept étapes initialement exigées pour mettre en place une expérimentation-dérogation s'expliquent par une volonté du législateur de donner du pouvoir aux collectivités territoriales tout en maintenant un contrôle important de l'État sur ces expérimentations. Ainsi l'État met en place la loi permettant l'expérimentation³¹²⁸. Les collectivités peuvent demander, et non pas décider, de participer à l'expérimentation et attendent alors la validation du Gouvernement par décret de l'acceptation de cette demande³¹²⁹. Une fois autorisées, elles peuvent prendre les actes dérogatoires afférents, mais ces derniers ne pourront entrer en vigueur qu'après l'intervention de l'État par une publication au Journal officiel de la République française³¹³⁰. Après l'initiative de l'État, il y a donc bien deux validations de celui-ci qui conditionnent la mise en place de l'expérimentation.

Cela peut s'expliquer tant par le besoin de contrôler particulièrement l'expérimentation en ce qu'elle déroge à l'ordonnancement juridique commun³¹³¹ que par une volonté centralisatrice. Sur le premier point, il pouvait s'entendre en 2003 l'expérimentation-transfert³¹³² venant à peine d'être constitutionnalisées et l'expérimentation-dérogation³¹³³ étant une innovation du pouvoir constituant³¹³⁴. Il était alors fondamental de s'assurer que cette pratique au service de la qualité du Droit ne contrevienne

³¹²⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 71 & s.

³¹²⁸ CGCT, art. LO 1113-1 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³¹²⁹ CGCT, loc. cit. art. LO 1113-2.

³¹³⁰ CGCT, loc. cit. art. LO 1113-3.

³¹³¹ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

³¹³² Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

³¹³³ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

³¹³⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 15 et s.

pas à l'État de Droit lui-même. Si elle demeure pratique dérogatoire, l'expérimentation, tout du moins l'expérimentation-transfert, s'est fait sa place dans le système juridique français. Plus spécifiquement sur l'expérimentation-dérogation, malgré sa pratique encore marginale, la doctrine a pu développer une connaissance plus fine des moyens permettant de garantir l'effectivité de l'État de Droit dans le cadre de cette pratique. Le constat est ferme : il n'est pas nécessaire de maintenir l'ensemble des contrôles de l'État sur l'action des collectivités territoriales dans ce cadre³¹³⁵. Sur le second point, cette logique encore très centralisatrice pouvait avoir du sens alors que nous n'étions qu'à l'Acte II de la décentralisation³¹³⁶. Après l'acte III de la décentralisation³¹³⁷ et au matin d'un éventuel acte IV³¹³⁸, ce paternalisme est remis en question³¹³⁹.

320. - La remise en question du régime de contrôle préalable du Gouvernement.

Le législateur organique, dans son souci d'assurer l'État de Droit, a mis la ceinture et les bretelles en 2003. L'intérêt du cumul du régime d'autorisation préalable de participation à l'expérimentation par décret en Conseil d'État avec le double contrôle de légalité, relevant alors d'un régime dérogatoire avec un effet suspensif automatique, opéré sur les actes pris par les collectivités territoriales est remis en question. En effet, au titre du principe de libre administration des collectivités territoriales, le législateur organique a cantonné le rôle du Gouvernement à la vérification des « conditions légales »³¹⁴⁰ prévues par la loi ou le décret ouvrant l'expérimentation³¹⁴¹.

Force est de constater que le double contrôle de légalité, également prévu par le législateur organique en 2003, relevant alors d'un régime dérogatoire avec un effet suspensif automatique, rend le contrôle préalable du Gouvernement obsolète. La compétence du Gouvernement étant liée³¹⁴² dans le cadre de ce contrôle préalable, il ne peut que s'assurer du respect des conditions légales, respect d'ores et déjà garanti par le contrôle de légalité³¹⁴³. En outre, en conditionnant la participation d'une collectivité territoriale à une expérimentation à la publication d'un décret en Conseil d'État listant toutes les collectivités territoriales autorisées à y prendre part, le législateur organique retarde le processus « d'entrée dans l'expérimentation, jusqu'à ce que la liste soit complète »³¹⁴⁴. Le Conseil d'État juge ce régime de contrôle préalable « inutile » et « source de lenteur »³¹⁴⁵. L'Assemblée nationale, dans son rapport relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, lui fait écho considérant que « son utilité n'est pas évidente » et que cette procédure est « longue et source de complexité »³¹⁴⁶. L'étude d'impact menée dans le cadre du

³¹³⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 ; Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 24.

³¹³⁶ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³¹³⁷ L. n° 2010-1563, 16 décembre 2010 ; L. n° 2014-58, 27 janv. 2014 ; L. n° 2015-991, 7 août 2015.

³¹³⁸ Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020 ; Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019.

³¹³⁹ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³¹⁴⁰ Ancien, CGCT, art. LO 1113-2. « Sa demande est transmise au représentant de l'État qui l'adresse, accompagnée de ses observations, au ministre chargé des collectivités territoriales. Le Gouvernement vérifie que les conditions légales sont remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation. »

³¹⁴¹ CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490.

³¹⁴² Ibid. CE, avis.

³¹⁴³ Ibid. CE, avis.

³¹⁴⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 72.

³¹⁴⁵ Ibid. CE, avis.

³¹⁴⁶ Rapp. AN n° 3936, 3 mars 2021, relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, p.21.

projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution considère que ce régime d'autorisation préalable « peut avoir pour effet de dissuader les collectivités territoriales de participer aux expérimentations »³¹⁴⁷.

2. Des difficultés liées à la publication, au contrôle de légalité et à l'entrée en vigueur des actes dérogatoires des collectivités territoriales

321. - Difficultés liées aux modalités de publication et d'entrée en vigueur des différents actes.

Les sept étapes initialement prévues par la loi organique de 2003 requièrent deux publications au Journal officiel de la République française. L'article LO 1113-2 du CGCT instaure la première qui est celle du décret listant les collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation³¹⁴⁸. L'article LO 1113-3 du CGCT prévoit la seconde qui est celle des actes dérogatoires pris par les collectivités, leur entrée en vigueur lui est conditionnée³¹⁴⁹. L'article LO 1113-3 du CGCT met ainsi en place un régime particulier de publication et d'entrée en vigueur des actes dérogatoires qui s'ajoute aux dispositions de droit commun prévues aux articles L. 2131-1³¹⁵⁰, L. 3131-1³¹⁵¹ et L. 4141-1³¹⁵² du même code³¹⁵³. Ces derniers prévoient que, pour être exécutoires, « les actes réglementaires pris par les autorités locales doivent, d'une part, être transmis au préfet pour l'exercice du contrôle de légalité, et, d'autre part, faire l'objet de mesures de publicité au niveau local, soit par voie d'affichage, soit par voie de publication au recueil des actes administratifs »³¹⁵⁴.

Cette double publication au Journal officiel de la République allonge les délais de mise en œuvre de l'expérimentation³¹⁵⁵ et ne semble que relativement justifiée. Le Conseil d'État souligne à cet égard que si « le caractère innovant et particulier des expérimentations de l'article 72 » a pu justifier ce choix un temps, « avec le recul, il ne semble pas nécessaire de maintenir ce système complexe »³¹⁵⁶. « Formalisme excessif »³¹⁵⁷, il doit faire l'objet d'une simplification.

322. - Difficultés relatives au régime dérogatoire du contrôle de légalité.

Le régime de Droit commun du contrôle de légalité pour les communes³¹⁵⁸, départements³¹⁵⁹ et régions³¹⁶⁰ permet au représentant de l'État d'assortir son déféré d'une demande de suspension³¹⁶¹. Cependant, comme le rappelle l'étude d'impact du projet de loi organique relatif à la simplification des

³¹⁴⁷ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

³¹⁴⁸ CGCT, art. LO 1113-2.

³¹⁴⁹ CGCT, art. LO 1113-3.

³¹⁵⁰ CGCT, art. L. 2131-1.

³¹⁵¹ CGCT, art. L. 3131-1.

³¹⁵² CGCT, art. L. 4141-1.

³¹⁵³ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³¹⁵⁴ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³¹⁵⁵ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 24.

³¹⁵⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 73.

³¹⁵⁷ Ibid. Rapp. AN n° 912.

³¹⁵⁸ CGCT, art. L. 2131-6.

³¹⁵⁹ CGCT, art. L. 3132-1.

³¹⁶⁰ CGCT, art. L. 4142-1.

³¹⁶¹ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

expérimentations mises en œuvre, « la suspension n'est automatique que pour les actes relatifs à l'urbanisme, les marchés publics et les délégations de service public, à la condition toutefois que la demande de suspension ait été formulée par le représentant de l'État dans les dix jours suivant la réception de ces actes »³¹⁶². Hors de ce champ, la suspension des actes des collectivités territoriales n'est prononcée par le tribunal administratif que lorsqu'un des moyens invoqués paraît propre à créer un doute sérieux quant à leur légalité³¹⁶³.

L'article LO. 1113-4 du CGCT, dans sa rédaction initiale, prévoyait un régime dérogatoire de contrôle de légalité des actes à caractère général et impersonnel portant dérogation aux dispositions législatives pris par une collectivité territoriale participant à une expérimentation. Il disposait ainsi que « le représentant de l'État peut assortir un recours dirigé contre un acte pris [dans le cadre d'une expérimentation relevant de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution] d'une demande de suspension »³¹⁶⁴. Il vise donc tant les actes pris par les collectivités territoriales afin de demander à participer à l'expérimentation³¹⁶⁵ que les actes qu'elles prennent afin de déroger au Droit applicable³¹⁶⁶ dans le cadre de l'expérimentation³¹⁶⁷. Il précise que, le cas échéant, « cet acte cesse alors de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué sur cette demande. Si le tribunal administratif n'a pas statué dans un délai d'un mois suivant sa saisine, l'acte redevient exécutoire. »³¹⁶⁸. Cette demande de suspension diffère donc du droit commun où le déféré de la demande de suspension n'est, en principe, pas assorti, *de jure*, d'un effet suspensif³¹⁶⁹. Ce régime dérogatoire complexifie les conditions de mise en œuvre de ces dernières et n'apparaît pas opportun « dans la mesure où la mise en œuvre des expérimentations est déjà suffisamment encadrée par la loi organique, de sorte que le risque que des atteintes soient portées à des droits ou intérêts supérieurs est limité »³¹⁷⁰.

§2. Simplification de la procédure de l'expérimentation-dérogation : une démarche amorcée

Afin de simplifier et d'accélérer la mise en œuvre des expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, le Conseil d'État³¹⁷¹ et l'Assemblée nationale³¹⁷² envisagent différentes pistes. Elles seront en grande partie retenues par le législateur organique en 2021³¹⁷³. S'inscrivant principalement dans la lignée de l'étude menée par le Conseil d'État sur l'innovation dans la conduite des politiques publiques³¹⁷⁴, la loi organique du 19 avril 2021 simplifie la procédure d'entrée dans l'expérimentation

³¹⁶² Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020 ; CGCT, art. L. 2131-6, al. 4, art. L. 3132-1 al. 5 & art. L.4142-1 al. 4.

³¹⁶³ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020 ; CGCT, art. L. 2131-6, al. 2, art. L. 3132-1 al. 4 & art. L.4142-1 al. 3.

³¹⁶⁴ CGCT, art. L. 1113-4 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³¹⁶⁵ CGCT, art. LO 1113-2.

³¹⁶⁶ CGCT, art. LO 1113-3.

³¹⁶⁷ CGCT, art. LO 1113-3.

³¹⁶⁸ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³¹⁶⁹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 74.

³¹⁷⁰ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³¹⁷¹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 68 et s.

³¹⁷² Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 16 et s.

³¹⁷³ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³¹⁷⁴ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

(A.) ainsi que la publication, le contrôle de légalité et l'entrée en vigueur des décisions des collectivités territoriales (B.).

A. Simplification de la procédure d'entrée dans l'expérimentation

Les sept étapes initiales de l'expérimentation-dérogation ont été consacrées en 2003 par le législateur organique afin de s'assurer l'effectivité de l'État de Droit. Pour ce faire, toutes les actions des collectivités territoriales faisaient l'objet d'un contrôle de l'État, que ce soit par le biais du régime d'autorisation préalable de participation à l'expérimentation par décret en Conseil d'État ou par celui du contrôle de légalité. Dans un idéal de pragmatisme et de simplification visant à encourager la mise en œuvre des expérimentations-dérogation, plusieurs pistes ont été envisagées afin de réformer cette procédure (1.). En 2021, le législateur organique viendra effectivement simplifier cette procédure en supprimant le régime d'autorisation préalable du Gouvernement tout en maintenant l'adoption par les collectivités territoriales d'une délibération motivée pour participer à une expérimentation (2.).

1. Des pistes de simplification envisagées par l'Assemblée nationale abandonnées

323. - Permettre que la délibération de la collectivité demandant à participer à l'expérimentation soit adoptée avant l'adoption définitive de la disposition prévoyant l'expérimentation.

Selon la procédure prévue en 2003 par le législateur organique, l'expérimentation doit être prévue par la loi³¹⁷⁵ et ensuite chaque collectivité souhaitant participer à l'expérimentation et entrant dans le champ d'application défini par la loi la prévoyant, est tenue d'adopter une délibération motivée de son assemblée délibérante demandant à y prendre part³¹⁷⁶. Une première piste envisagée pour simplifier et accélérer la procédure d'entrée dans l'expérimentation-dérogation est celle permettant que la délibération de la collectivité demandant à participer à l'expérimentation soit adoptée avant l'adoption définitive de la disposition prévoyant l'expérimentation. Proposée en 2018 par l'Assemblée nationale dans le cadre de la Mission Flash sur la réforme des institutions³¹⁷⁷, cette option permet d'éviter de cumuler le délai d'adoption de la délibération motivée des collectivités territoriales souhaitant participer à l'expérimentation à celui d'adoption de la loi prévoyant ladite expérimentation. Mener ces deux procédures, souvent longues, de manière synchrone serait un gain de temps certain au début de la procédure.

Cependant, cette voie pourrait s'avérer contre-productive et source de complexification de la procédure. En effet, la loi prévoyant l'expérimentation est tenue de préciser l'objet de l'expérimentation, sa durée, les dispositions auxquelles il peut être dérogé, la nature juridique et les caractéristiques des

³¹⁷⁵ CGCT, art. LO 1113-1 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³¹⁷⁶ CGCT, loc. cit. art. LO 1113-2.

³¹⁷⁷ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 23. « Premièrement, la délibération de la collectivité demandant à participer à l'expérimentation devrait pouvoir être adoptée avant l'adoption définitive de la disposition prévoyant l'expérimentation. »

collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation ainsi que les cas dans lesquels l'expérimentation peut être entreprise³¹⁷⁸. Elle prévoit également le délai dans lequel les collectivités territoriales qui remplissent les conditions qu'elle a fixées peuvent demander à participer à l'expérimentation³¹⁷⁹. La délibération motivée des collectivités territoriales souhaitant participer à l'expérimentation doit être adoptée en écho à cette loi, respectant les conditions de participation et les délais de candidatures prévus par cette dernière³¹⁸⁰. Le respect par les collectivités territoriales des conditions prévues par la loi et la condition de l'effectivité de l'État de Droit dans un cadre expérimental. Permettre aux collectivités de candidater à une expérimentation dont les conditions ne sont pas encore fixées par la loi n'aurait guère de sens de ce point de vue. Cela expose à une perte de temps tant du côté des collectivités territoriales, pouvant alors adopter des délibérations motivées qui ne correspondraient finalement pas aux critères effectivement retenus par la loi, que du côté de l'État, qui pourrait voir ses contrôles de légalités vainement multipliés pour des demandes ne correspondant pas aux exigences légales. Une telle procédure n'aurait de sens que dans les cas où les collectivités territoriales sont à l'initiative de l'expérimentation et contribuent à en définir les contours. Cependant, comme le rappelle l'Assemblée nationale³¹⁸¹, l'initiative et la contribution des collectivités territoriales à la décision de mettre en place une expérimentation sont encore marginales.

324. - Déconcentrer la décision de permettre à une collectivité de participer à une expérimentation.

L'Assemblée nationale préconise également dans le cadre de la Mission Flash de déconcentrer la décision de permettre à une collectivité de participer à une expérimentation³¹⁸². Pour soutenir cette idée, il évoque les expérimentations ouvertes déconcentrées mises en place en 2017 relatives au droit de dérogation des préfets³¹⁸³ et des directeurs généraux d'ARS³¹⁸⁴. Le droit de dérogation des préfets expérimenté dans le cadre de l'article 37-1 de la Constitution de 2017 à 2020 puis pérennisé³¹⁸⁵, permet aux préfets de déroger à des normes réglementaires dans des domaines limitativement énumérés. Leur décision de dérogation à ces normes n'est pas subordonnée à une autorisation gouvernementale. L'Assemblée nationale considère que « la centralisation de la décision d'autoriser une collectivité à participer à une expérimentation prévue et encadrée par un texte législatif ou réglementaire n'apparaît ainsi plus cohérente avec cette nouvelle faculté reconnue aux préfets ou directeurs d'ARS de déroger, pour des décisions individuelles relevant de leur compétence, à certaines normes réglementaires »³¹⁸⁶. Elle considère que si un préfet peut écarter l'application d'une norme nationale pour ses propres décisions, « il doit a fortiori pouvoir autoriser une collectivité de son ressort géographique à prendre part à une expérimentation permise et encadrée par un texte législatif ou réglementaire »³¹⁸⁷.

³¹⁷⁸ CGCT, art. LO 1113-1 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³¹⁷⁹ Ibid. CGCT.

³¹⁸⁰ CGCT, loc. cit. art. LO 1113-2.

³¹⁸¹ Rapp. AN n° 3943, 4 mars 2021, sur le projet de loi organique adopté par le Sénat relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, p. 18 & s.

³¹⁸² Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 23 et s. : « Deuxièmement, la décision de permettre à une collectivité de participer à une expérimentation devrait être déconcentrée pour être prise, selon les cas, au niveau des préfetures de département ou de région. »

³¹⁸³ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017.

³¹⁸⁴ Ibid. D. n° 2017-1862.

³¹⁸⁵ D. n° 2020-412, 8 avr. 2020.

³¹⁸⁶ Ibid. Rapp. AN n° 912.

³¹⁸⁷ Ibid. Rapp. AN n° 912.

Cependant, il est fondamental de rappeler que le droit de dérogation des préfets n'est pas une faculté générale et qu'il ne s'applique qu'à certains domaines prévus par la loi. L'existence d'un droit de dérogation accordé au préfet ne saurait justifier à lui seul de la déconcentration de l'autorisation à participer à une expérimentation. L'intérêt d'une telle mesure doit être interrogé. En premier lieu, une telle décentralisation n'aurait pas d'apport sur la qualité du contrôle préalable. L'idée d'une décentralisation de ce contrôle renvoie à une prise de décision au plus près des territoires et avec une conscience affinée de leurs besoins et spécificités. Cependant, ce n'est pas là l'objectif du régime d'autorisation préalable de participation à l'expérimentation qui, au titre du principe de libre administration des collectivités territoriales, se cantonne à une vérification du respect des conditions légales de participation à l'expérimentation. En second lieu, un régime d'autorisation préalable serait encore cumulé à un double contrôle de légalité n'allégeant pas particulièrement la procédure. Le contrôle de légalité étant d'ores et déjà opéré par le préfet, il devrait donc vérifier à deux reprises que les décisions motivées des collectivités territoriales respectent les conditions prévues par la loi.

2. La simplification proposée par le Conseil d'État retenue par la loi organique de 2021

325. - Maintien de l'adoption d'une délibération motivée pour participer à une expérimentation.

Une des options envisagées consistait à supprimer l'ensemble de la procédure de candidature des collectivités territoriales aux expérimentations. Il n'y aurait ainsi ni délibération motivée des collectivités territoriales pour demander à prendre part à l'expérimentation ni contrôle préalable du Gouvernement avec publication des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation. L'expérimentation débiterait alors avec l'adoption par les collectivités territoriales des actes dérogatoires³¹⁸⁸.

Le Conseil d'État dans le cadre de son étude relative à l'innovation dans la conduite des politiques publiques³¹⁸⁹ et l'étude d'impact du projet de loi organique relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution³¹⁹⁰ envisagent chacun cette option avant de l'écarter. Le caractère particulier de ces actes dérogatoires justifie cette décision. Le Conseil d'État considère que la singularité et l'importance de cette situation dérogatoire justifient de l'adoption d'une délibération motivée : « c'est un passage obligé utile, à la fois pour le citoyen soumis à un droit expérimental, différent de celui applicable sur le reste du territoire national, et pour la collectivité qui doit le mettre en œuvre »³¹⁹¹. L'étude d'impact du projet de loi organique relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution lui fera d'ailleurs écho en considérant qu'il est « nécessaire que les citoyens puissent être informés, dès le début de l'expérimentation, qu'un droit différent du droit national s'applique sur le territoire d'une collectivité territoriale, notamment pour assurer leur droit au recours »³¹⁹². De ce point de vue, le législateur organique fait le choix du maintien de l'adoption par les collectivités territoriales d'une délibération motivée pour participer à une expérimentation³¹⁹³.

³¹⁸⁸ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 72.

³¹⁸⁹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit. p. 74.

³¹⁹⁰ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³¹⁹¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³¹⁹² Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³¹⁹³ Rapp. AN n° 3936, op. cit.

326. - Suppression du régime d'autorisation préalable du Gouvernement.

L'option choisie par le législateur organique est celle qui avait été retenue par le Conseil d'État dans son étude relative à l'innovation dans la conduite des politiques publiques³¹⁹⁴. Celle-ci consiste à mettre fin au régime d'autorisation préalable du Gouvernement par décret en Conseil d'État. Il considère qu'il s'agit d'une « précaution inutile »³¹⁹⁵ et « source de lenteur »³¹⁹⁶. En effet, le régime d'autorisation préalable ne peut que s'assurer du respect des conditions légales de participation à l'expérimentation. Or, celui-ci est également vérifié dans le cadre du contrôle de légalité.

De ce point de vue, la loi organique du 19 avril 2021 fait le choix de la suppression de la procédure par laquelle le Gouvernement autorise les collectivités territoriales à participer aux expérimentations³¹⁹⁷. Il vient ainsi supprimer plusieurs étapes prévues par la loi organique de 2003³¹⁹⁸, à savoir³¹⁹⁹ : la transmission de la délibération par le préfet au ministre chargé des collectivités territoriales³²⁰⁰, la vérification par le Gouvernement du respect des conditions légales de participation à l'expérimentation³²⁰¹ ainsi que la publication d'un décret en Conseil d'État fixant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation³²⁰².

Le choix opéré par le législateur organique trahit tant une volonté de déconcentration que de décentralisation. Sur le plan de la déconcentration, la vérification du respect des conditions d'entrée dans l'expérimentation fixées par la loi qui la prévoit ne se fera désormais plus que par le biais du contrôle de légalité opéré par le préfet. Si ce n'est pas la voie qui avait été proposée par l'Assemblée nationale dans le cadre de la Mission Flash sur la réforme des institutions³²⁰³, la déconcentration qu'elle défendait ardemment trouve tout de même une réalité dans la loi organique de 2021³²⁰⁴. Sur le plan de la décentralisation, il est important de souligner que la délibération motivée de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales « n'a plus vocation à demander, mais bien à décider de participer à l'expérimentation »³²⁰⁵. Ce changement de paradigme est d'ailleurs incarné à l'article 1 de la loi organique de 2021 qui modifie le second alinéa de l'article LO 1113-1 du CGCT, alinéa relatif au contenu de la loi prévoyant l'expérimentation. Ainsi, cette dernière ne prévoira plus le délai dans lesquels les collectivités territoriales « [demandent] à participer à l'expérimentation », ³²⁰⁶ mais bien celui dans lesquels elles

³¹⁹⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 72.

³¹⁹⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³¹⁹⁶ CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490.

³¹⁹⁷ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021, art. 1, 2 & 7.

³¹⁹⁸ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³¹⁹⁹ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

³²⁰⁰ CGCT, art. LO 1113-2 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021) : « Sa demande est transmise au représentant de l'État qui l'adresse, accompagnée de ses observations, au ministre chargé des collectivités territoriales. »

³²⁰¹ Ibid. CGCT : « Le Gouvernement vérifie que les conditions légales sont remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation. »

³²⁰² Ibid. CGCT : « Le Gouvernement vérifie que les conditions légales sont remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation. »

³²⁰³ Elle préconisait de déconcentrer l'autorisation préalable qui devait selon elle être prise au niveau des préfectures et non pas du Gouvernement.

³²⁰⁴ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 23.

³²⁰⁵ Rapp. AN n° 3936, op. cit. p.22.

³²⁰⁶ CGCT, art. LO 1113-1, al. 2 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021) : « La loi précise également la nature juridique et les caractéristiques des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation ainsi que, le cas échéant, les cas dans lesquels l'expérimentation peut être entreprise. Elle fixe le délai dans lequel les collectivités territoriales qui remplissent les conditions qu'elle a fixées peuvent demander à participer à l'expérimentation. »

« prennent leur décision de participer à l'expérimentation »³²⁰⁷. Jusqu'alors tout au plus figurantes sur la scène expérimentale, les collectivités territoriales obtiennent un des premiers rôles en la matière à l'aune de la loi organique de 2021.

B. Simplification relative à la publication, au contrôle de légalité et à l'entrée en vigueur des actes des collectivités territoriales

La lourdeur procédurale de l'expérimentation-dérogation ne se cantonnant pas aux conditions d'entrées dans l'expérimentation, une simplification a également été amorcée en ce qui concerne la publication et les conditions d'entrée en vigueur des actes pris par les collectivités territoriales (1.) et le régime dérogatoire du contrôle de légalité qui leur est applicable (2.).

1. Simplification des conditions d'entrée en vigueur des actes pris par les collectivités territoriales dans le cadre des expérimentations

327. - Les différentes pistes de simplification envisagées.

Les deux publications au Journal officiel de la République³²⁰⁸, cumulées avec les mesures de publicités de droit commun exigées des collectivités territoriales³²⁰⁹, dans le cadre de la mise en place de l'expérimentation, sont apparues trop lourdes à porter dans le cadre d'une expérimentation. Dans un idéal de simplification, plusieurs voies ont été envisagées.

En premier lieu, la suppression d'une des deux obligations de publication peut être considérée. Cependant, cette suppression pure et simple d'une des deux obligations de publication expose à un manque d'information en ce qui concerne la mise en œuvre de l'expérimentation. De ce point de vue, le Conseil d'État considère que la première publication³²¹⁰ ne saurait être abandonnée, en ce qu'elle « permet d'informer au plan national, que, prochainement, une collectivité territoriale ne sera plus régie, dans le domaine de l'expérimentation, par les dispositions de la loi ou du règlement national »³²¹¹. Il considère que cette première publication pourrait conditionner l'entrée en vigueur de l'expérimentation, permettant ainsi la suppression de la seconde³²¹². En effet, si la première publication conditionne l'entrée en vigueur de l'expérimentation « la compétence normative devient, dans cette collectivité, régie en partie par des normes locales » et elle relève alors du droit commun des collectivités territoriales. Celui-ci implique « la transmission de la délibération au préfet et à une publicité adaptée à l'échelle du territoire »³²¹³. Cependant, et comme le rappelle le Conseil d'État³²¹⁴, cette modification implique la

³²⁰⁷ CGCT, art. LO 1113-1, al. 2. « La loi précise également les catégories et les caractéristiques des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation et les cas dans lesquels l'expérimentation peut être entreprise. Elle fixe le délai dans lequel les collectivités territoriales qui remplissent les conditions fixées prennent leur décision de participer à l'expérimentation. »

³²⁰⁸ CGCT, art. LO 1113-2 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021) : publication du décret listant les collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation et publication des actes dérogatoires pris par les collectivités, leur entrée en vigueur lui est conditionnée

³²⁰⁹ CGCT, art. L. 2131-1, art. L. 3131-1 et art. L. 4141-1.

³²¹⁰ Celle du décret listant les collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation.

³²¹¹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 73 et s.

³²¹² Celle des actes dérogatoires pris par les collectivités.

³²¹³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³²¹⁴ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

mise en place de garde-fous afin de s'assurer que les publics cibles et les citoyens soient suffisamment informés de l'expérimentation. Ces derniers devraient être mis en place tant au niveau local, les collectivités étant alors responsables de l'information de leurs administrés et agents, que national. Pour l'information au niveau national, le Conseil d'État propose de s'appuyer sur Légifrance³²¹⁵, service public de la diffusion du Droit publiant en ligne les normes législatives et réglementaires. Il invite à la publication d'une « NOTA sous les articles de la loi ou du règlement auxquels l'expérimentation permet de déroger, mentionnant la possibilité ouverte aux collectivités territoriales de déroger à titre expérimental à ces normes »³²¹⁶ ainsi qu'à celle d'un avis relatif aux normes expérimentales adoptées par les collectivités concernées³²¹⁷. Cette dernière serait à titre d'information et ne conditionnerait pas leur opposabilité.

En second lieu, la modification des modalités de publication peut être envisagée. C'est la voie préconisée par la Mission Flash relative à l'expérimentation et à la différenciation territoriale de l'Assemblée nationale³²¹⁸. S'inspirant de l'expérimentation du droit de dérogation des préfets³²¹⁹, elle suggère de remplacer la publication des actes dérogatoires des collectivités territoriales au Journal officiel par une publication au recueil des actes administratifs de la préfecture de la collectivité concernée³²²⁰.

328. - La simplification engagée par le législateur organique : rapprochement du régime de publication de Droit commun.

Dans un idéal de simplification et d'accélération de l'entrée en vigueur des actes dérogatoires pris par les collectivités territoriales³²²¹, la loi organique du 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution³²²² met fin au régime particulier de publicité et d'entrée en vigueur spécifique aux actes dérogatoires pris par les collectivités territoriales. L'article LO 1113-3 du CGCT devient alors l'article LO 1113-4³²²³ qui dispose dorénavant que « les actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives mentionnent leur durée de validité » et qu'ils « sont publiés, à titre d'information, au Journal officiel »³²²⁴.

Il est important de préciser que ce nouveau régime n'exclut donc pas toute forme de publication. D'une part, la loi organique ne pouvant, par principe, renvoyer à la loi ordinaire, le législateur organique n'a pas pu préciser explicitement dans le texte que les dispositions de droit commun relatives à la publicité

³²¹⁵ Legifrance.gouv.fr.

³²¹⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 : « Cette note appellera donc l'attention du praticien sur la nécessité de vérifier le droit applicable dans les collectivités territoriales expérimentatrices ».

³²¹⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 : « Afin qu'on puisse trouver sur ce site Internet à la fois la norme d'État applicable sur le reste du territoire et la norme dérogatoire applicable dans les territoires de l'expérimentation ».

³²¹⁸ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 24.

³²¹⁹ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017.

³²²⁰ Ibid. Rapp. AN n° 912.

³²²¹ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

³²²² L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³²²³ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020 : « Il devient l'article LO. 1113-4 afin que le futur article LO. 1113-3, qui restreint l'application du régime spécial du contrôle de légalité à la seule délibération motivée par laquelle une collectivité territoriale décide de prendre part à une expérimentation, puisse être placé immédiatement après l'article LO. 1113-2 qui prévoit précisément que la participation aux expérimentations ne nécessite que cette délibération motivée »

³²²⁴ L. org. n° 2021-467, loc. cit. art. 3 ; CGCT, art. LO 1113-4.

et à l'entrée en vigueur des actes des collectivités territoriales s'appliquent³²²⁵. Ainsi, ces actes dérogatoires relèvent encore du régime prévu aux articles L. 2131-1³²²⁶, L. 3131-1³²²⁷ et L. 4141-1³²²⁸ du CGCT³²²⁹. Pour être exécutoires, ces actes devront donc être transmis au préfet pour l'exercice du contrôle de légalité, et faire l'objet de mesures de publicité au niveau local, soit par voie d'affichage, soit par voie de publication au recueil des actes administratifs³²³⁰. Le législateur a fait ce choix afin de permettre l'entrée en vigueur des actes dérogatoires « dans les jours qui suivent leur adoption par l'assemblée délibérante s'agissant des délibérations ou leur signature s'agissant des actes pris par les organes exécutifs, les formalités de publicité au niveau local et de transmission au préfet pouvant être accomplies dans des délais très brefs »³²³¹. L'objectif poursuivi par le Gouvernement est de réduire le délai moyen d'entrée dans l'expérimentation d'un an à deux mois³²³². D'autre part, considérant « qu'il est souhaitable qu'une formalité supplémentaire accompagne l'application du régime de droit commun, afin que les citoyens soient informés qu'un droit différent du droit national s'applique sur le territoire d'une collectivité »³²³³, le législateur organique prévoit la publication, à titre d'information et sans effet sur l'entrée en vigueur de l'acte, au Journal officiel.

2. Allègement du régime du contrôle de légalité exercé par le préfet dans le cadre des expérimentations

329. - L'abrogation totale du régime dérogatoire du contrôle de légalité : une idée défendue par le Conseil d'État.

L'article LO. 1113-4 du CGCT, dans sa rédaction initiale, prévoit un régime dérogatoire du contrôle de légalité où la demande de suspension du préfet est assortie, de jure, d'un effet suspensif³²³⁴. Le Conseil d'État, dans son rapport sur l'innovation dans la conduite des politiques publiques de 2019 souligne que, selon les données de la base Ariane archives, ce régime dérogatoire n'a jamais été déployé³²³⁵ et s'interroge sur son intérêt.

Il rappelle que « les expérimentations de l'article 72 correspondent en effet à des hypothèses particulières [...] et sont déjà fortement encadrées par l'État, ce qui limite a priori le risque d'atteinte grave et immédiate à des droits ou intérêts supérieurs »³²³⁶. Il complète son propos en rappelant qu'il « n'est pas opportun de multiplier les régimes de référé spéciaux, qui peuvent être source d'une complexité contre-productive »³²³⁷. Enfin, il suppose que « – eu égard à leur caractère dérogatoire – [...] les actes des collectivités territoriales relatifs à une expérimentation seront au nombre de ceux dont la légalité

³²²⁵ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

³²²⁶ CGCT, art. L. 2131-1.

³²²⁷ CGCT, art. L. 3131-1.

³²²⁸ CGCT, art. L. 4141-1.

³²²⁹ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³²³⁰ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³²³¹ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³²³² Rapp. AN n° 3943, op. cit.

³²³³ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³²³⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 74.

³²³⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³²³⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³²³⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

sera systématiquement examinée dans le cadre du contrôle de légalité »³²³⁸. De ce point de vue, le Conseil d'État dans son étude sur l'innovation dans la conduite des politiques publiques préconise d'abroger l'article LO 1113-4 du CGCT dans sa rédaction initiale³²³⁹.

330. - L'abrogation partielle du régime dérogatoire du contrôle de légalité : l'idée retenue par le législateur organique.

La loi organique du 19 avril 2021³²⁴⁰ vise notamment à « assouplir le régime du contrôle de légalité applicable aux expérimentations, en modulant, selon leur nature, la suspension automatique des actes déferés par le préfet dans le cadre des expérimentations »³²⁴¹. Si elle s'inspire en grande partie du rapport du Conseil d'État sur l'innovation dans la conduite des politiques publiques, elle ne s'inscrit pas dans sa lignée sur la question du régime dérogatoire du contrôle de légalité des expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. L'abrogation de l'ancien article LO 1113-4 du CGCT fut une option envisagée par le législateur organique. Il l'écarte en affirmant qu'« il est nécessaire que le préfet dispose de moyens juridiques renforcés lui permettant d'obtenir la suspension d'actes qui, sous prétexte d'entrer dans une expérimentation, pourraient notamment porter atteinte aux droits et libertés des citoyens »³²⁴². C'est donc au titre l'effectivité de l'État de Droit qu'il ne retient pas l'option proposée dans l'étude du Conseil d'État. Lorsqu'il est amené à se prononcer sur le projet de loi organique, le Conseil d'État maintient sa position considérant que « les règles de droit commun du contrôle de légalité, avec la possibilité de demander en urgence la suspension de l'acte déferé, lui paraissent de nature à permettre au représentant de l'État d'assurer un contrôle efficace sur des actes qui [...] sont au nombre de ceux qui doivent faire de sa part l'objet d'une attention particulière »³²⁴³.

La voie retenue par le législateur organique consiste à n'imposer ce régime spécial qu'à un des deux actes pris par les collectivités territoriales dans le cadre de la mise en œuvre de l'expérimentation-dérogation. Ainsi, il maintient le régime dérogatoire pour les actes par lesquelles les collectivités demandent à prendre part à l'expérimentation,³²⁴⁴ mais applique le droit commun pour les actes dérogatoires pris par les collectivités dans ce cadre³²⁴⁵. L'article LO 1113-4 devenu 1113-3 précise que « en cas de demande de suspension, la publication au Journal officiel mentionnée au second alinéa de l'article LO 1113-2 est différée jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué sur cette demande ou jusqu'au terme du délai d'un mois mentionné au premier alinéa du présent article »³²⁴⁶.

Section 2. Encadrement de l'objet de l'expérimentation : besoin de souplesse

En ce qu'elle côtoie le principe d'égalité, l'expérimentation est tenue de respecter plusieurs conditions concernant l'objet sur lequel elle peut porter. Si cette exigence est généralement justifiée, elle pourrait dans certains cas faire preuve d'une plus grande souplesse afin de ne pas être un frein au sein des

³²³⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³²³⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³²⁴⁰ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³²⁴¹ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³²⁴² Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

³²⁴³ CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490.

³²⁴⁴ CGCT, art. LO 1113-2 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³²⁴⁵ CGCT, loc. cit. art. LO 1113-3.

³²⁴⁶ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021, art. 4 ; CGCT, art. LO 1113-3.

territoires d'intelligences. Pour ce faire, il serait opportun d'assouplir les modalités de définition de l'objet de l'expérimentation (§1.). Tout au contraire, au regard du principe d'égalité, il ne semble pas pertinent de modifier le régime encadrant l'objet sur lequel peut porter une expérimentation (2§.).

§1. Les modalités de définition de l'objet de l'expérimentation : un assouplissement opportun

Le Droit prétorien³²⁴⁷ puis le pouvoir normatif³²⁴⁸ ont exigé que l'objet de l'expérimentation soit clairement défini préalablement à sa mise en place. Si cette exigence est justifiée, notamment du point de vue du principe d'égalité, et doit être maintenue (A.), les modalités de définition de l'objet gagneraient à être assouplies (B.).

A. La nécessité d'un objet clairement défini

La définition préalable de l'objet de l'expérimentation est une exigence juridique prévue par le Conseil constitutionnel³²⁴⁹, sacralisée par le pouvoir constituant³²⁵⁰ et précisée par le législateur organique³²⁵¹ (1.). Nécessaire au respect du principe d'égalité et à la réalisation d'évaluation de qualité dans un cadre expérimental, celle-ci doit être maintenue (2.).

1. La définition préalable de l'objet de l'expérimentation : une exigence juridique

331. - La définition préalable de l'objet de l'expérimentation-transfert : une condition prévue par le Conseil constitutionnel et sacralisée par le pouvoir constituant.

Le Conseil d'État, tant dans sa fonction de juge administratif³²⁵² que de conseil au Gouvernement³²⁵³, n'a pas précisé l'importance de délimiter l'objet de l'expérimentation. C'est le Conseil constitutionnel qui en fera un élément clef des expérimentations. Dans sa décision de 1993 relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, il souligne que si le législateur peut mettre en place des expérimentations, il est tenu d'en définir notamment « la nature et la portée » ainsi que les « cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises »³²⁵⁴. S'il ne pose pas clairement les mots sur cette exigence, il s'agit cependant d'une obligation pour le législateur de déterminer l'objet de l'expérimentation.

³²⁴⁷ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

³²⁴⁸ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003 ; L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³²⁴⁹ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

³²⁵⁰ Ibid. L. const. n° 2003-276.

³²⁵¹ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³²⁵² CE, 13 oct. 1967, n° 64778 ; CE, 21 févr. 1968, n° 68615.

³²⁵³ CE, avis, 24 juin 1993, n° 353605.

³²⁵⁴ Ibid. Cons. const., 28 juill. 1993.

La réforme constitutionnelle de 2003³²⁵⁵ sacralise cette exigence relative à l'objet de l'expérimentation-transfert. Ainsi son article 3³²⁵⁶ met en place l'article 37-1 de la Constitution selon lequel « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental »³²⁵⁷. La précision de l'objet et de la durée limités de l'expérimentation-transfert a été apportée par le Sénat, à l'initiative du président de la Commission des lois, également rapporteur du texte et sa rédaction a été soutenue par l'Assemblée nationale³²⁵⁸. Le rapport Piron souligne que « cette rédaction [...] a confirmé que l'expérimentation menée à l'initiative de l'État dans le cadre de l'article 37-1 s'inscrivait dans la jurisprudence dégagée jusqu'à présent par le juge constitutionnel »³²⁵⁹. L'amendement présenté par Christiane Taubira visant à supprimer l'obligation de limiter l'objet et la durée d'une expérimentation fut d'ailleurs balayé d'un revers de la main par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République³²⁶⁰.

Le Conseil constitutionnel est venu préciser ce qu'implique cette limitation de l'objet après la réforme de 2003. Le cadre qu'il a fixé est mis en lumière par le Conseil d'État dans son étude relative à l'innovation dans la conduite des politiques publiques³²⁶¹. Ainsi, le Conseil constitutionnel rappelle que l'objet et les conditions de l'expérimentation doivent être définis « de manière suffisamment précise »³²⁶². Il indique également que lorsque l'expérimentation est prévue par voie législative, les modalités de l'expérimentation peuvent être déterminées par décret³²⁶³. Il ajoute³²⁶⁴ d'ailleurs que « le contenu précis de l'échantillon objet de la mesure testée peut, de même, être prévu par voie réglementaire, le cas échéant par un arrêté ministériel »³²⁶⁵.

332. - La définition préalable de l'objet de l'expérimentation-dérogation : une condition prévue par le pouvoir constituant et précisée le législateur organique.

S'inspirant de la position du Conseil constitutionnel en ce qui concerne les expérimentations-transfert³²⁶⁶, le pouvoir constituant exige la définition préalable de l'objet des expérimentations-dérogation. La loi constitutionnelle de 2003³²⁶⁷ rédige le nouvel article 72 alinéa 4 de la Constitution en ces termes : « les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »³²⁶⁸.

Le législateur organique martèle cette exigence au premier article de la loi organique du 1^{er} août 2003³²⁶⁹. Ce dernier instaure l'article LO. 1113-1 du CGCT qui dispose que la loi mettant en place l'expérimentation « définit l'objet de l'expérimentation ainsi que sa durée, qui ne peut excéder cinq ans,

³²⁵⁵ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³²⁵⁶ L. const. n° 2003-276, loc. cit. art. 3.

³²⁵⁷ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

³²⁵⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 15

³²⁵⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³²⁶⁰ Rapp. AN n° 376, op. cit., p. 65 et s.

³²⁶¹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 17.

³²⁶² Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC ; Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778.

³²⁶³ Cons. const., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC.

³²⁶⁴ Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC.

³²⁶⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³²⁶⁶ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

³²⁶⁷ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³²⁶⁸ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al 4.

³²⁶⁹ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

et mentionne les dispositions auxquelles il peut être dérogé »³²⁷⁰. S'il n'était pas nécessaire de rappeler cette exigence d'ores et déjà prévue par le pouvoir constituant, sa réaffirmation par le législateur organique s'inscrit probablement dans un idéal d'intelligibilité. En effet, il prévoit à l'article LO. 1113-1 du CGCT que la loi instaurant une expérimentation précise également les dispositions auxquelles elle déroge, la nature juridique et les caractéristiques des collectivités territoriales autorisées à y participer, les cas dans lesquels elle peut être entreprise, le délai dans lequel elles peuvent demander à participer à l'expérimentation³²⁷¹. En rappelant ici l'exigence de limitation de l'objet et de la durée, le législateur organique assure une meilleure articulation entre les différents éléments devant figurer dans la loi prévoyant l'expérimentation.

2. La définition préalable de l'objet de l'expérimentation : une exigence justifiée

333. - La délimitation de l'objet : une nécessité pour respecter le principe d'égalité.

L'expérimentation partielle « pose [...] par définition, un problème de compatibilité avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi »³²⁷². En ce qu'elle contrevient à la norme nationale sur un ou plusieurs territoires, conduisant à l'application de règles distinctes au sein du territoire national, l'expérimentation doit être mise en perspective avec le principe d'égalité. C'est d'ailleurs afin de garantir le respect du principe d'égalité que le Conseil constitutionnel a veillé à encadrer strictement les expérimentations juridiques, notamment en s'assurant que celles-ci sont mises en place pour un objet suffisamment précis³²⁷³ et une durée préalablement définis.

La réforme constitutionnelle de 2003, en constitutionnalisant l'expérimentation, opère une nouvelle mise en balance entre le principe d'expérimentation et celui d'égalité. L'Assemblée nationale souligne à cet égard que l'expérimentation, « faisant désormais l'objet d'une consécration constitutionnelle, sa conciliation avec le principe d'égalité sera interprétée de façon moins restrictive »³²⁷⁴. Si ces deux principes seront davantage mis en balance au cas par cas eu égard de la réforme constitutionnelle, le pouvoir constituant tente d'ores et déjà de les articuler au mieux en rappelant les garde-fous consacrés par le Conseil constitutionnel. La délimitation de l'expérimentation, tant par rapport à son objet qu'à sa durée, constitue la condition essentielle du respect du principe d'égalité. Cela est d'ailleurs mis en lumière par le rapport Piron pour les expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution³²⁷⁵. Il souligne que la définition de l'objet de l'expérimentation « permet de circonscrire dans un champ bien défini les dérogations au principe d'égalité [qu'elle implique] »³²⁷⁶. De ce point de vue, il considère que « l'expérimentation ne doit pas se transformer en blanc-seing confié aux collectivités les plus en pointe en matière de décentralisation : il appartient au législateur d'encadrer très précisément ce qui pourra être sujet à expérimentation »³²⁷⁷.

³²⁷⁰ CGCT, art. LO 1113-1 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

³²⁷¹ Ibid. CGCT, art. LO 1113-1.

³²⁷² Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

³²⁷³ Vallée L., *Un droit de l'innovation ?*, N3C 2016.

³²⁷⁴ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 75.

³²⁷⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 25 et s.

³²⁷⁶ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³²⁷⁷ Ibid. Rapp. AN n° 955.

Malgré la montée en puissance de l'expérimentation juridique et de la volonté de consacrer un droit à la différenciation territoriale, la définition de l'objet reste la condition *sine qua non* de l'expérimentation. Ainsi, les divers rapports relatifs à la réforme du droit à l'expérimentation³²⁷⁸ et la loi organique de 2021³²⁷⁹ relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution ne sont pas venus remettre en question cette exigence.

334. - La délimitation de l'objet : une nécessité pour évaluer l'efficience de la mesure expérimentée.

La nécessité de déterminer l'objet de l'expérimentation ne saurait se justifier exclusivement du point de vue du principe d'égalité. C'est également une facette du pragmatisme nécessaire pour faire de l'expérimentation une technique légistique au service de la vision efficiente de la norme. En effet, comme nous l'étudierons ultérieurement, l'évaluation de l'expérimentation est la clef de voûte de cette méthode de création du Droit.

Pour que l'évaluation de l'expérimentation ait la portée escomptée, c'est-à-dire qu'elle peut s'assurer de l'efficience de la norme expérimentée, il est fondamental de déterminer en amont de l'expérimentation notamment son objet, les objectifs qu'elle poursuit ainsi que les moyens mis en place pour les atteindre. La double exigence constitutionnelle de détermination de l'objet de l'expérimentation contribue ainsi à garantir son évaluation.

B. Le nécessaire assouplissement des modalités de définition de l'objet

S'il est nécessaire d'établir clairement l'objet de l'expérimentation en amont de sa mise en œuvre, les modalités de cette définition gagneraient à être assouplies. Il serait notamment pertinent de décloisonner l'approche sectorielle de l'expérimentation (1.) et de décentraliser la définition de l'objet de l'expérimentation (2.).

1. Décloisonner l'approche sectorielle de l'expérimentation

335. - L'approche sectorielle de l'expérimentation.

S'il est fondamental que l'objet de l'expérimentation soit clairement défini, force est de constater que cela conduit souvent à mettre en place des expérimentations de manière sectorielle. Une même loi touchant à un secteur d'activité peut ainsi prévoir plusieurs expérimentations. En matière d'agriculture et d'alimentation³²⁸⁰, la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 prévoit ainsi deux expérimentations, à savoir : celle relative à un dispositif de contrôle par vidéo des postes de saignée et de mise à mort, visant à évaluer l'efficacité des protocoles et l'application de la réglementation du bien-être animal³²⁸¹ et celle relative à l'utilisation des aéronefs télépilotés pour la pulvérisation aérienne de produits autorisés en agriculture biologique³²⁸². En ce qui concerne le secteur de la défense³²⁸³, la loi n° 2015-917 du

³²⁷⁸ Rapp. AN n° 912, op. cit. ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 17.

³²⁷⁹ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³²⁸⁰ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 112 et s.

³²⁸¹ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 71.

³²⁸² L. n° 2018-938, loc. cit. art. 82.

³²⁸³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

28 juillet 2015 prévoit l'expérimentation relative à l'institution d'un service militaire volontaire³²⁸⁴ et celle relative à la possibilité d'accomplir le service militaire volontaire-volontariat d'insertion³²⁸⁵. La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 met en place plusieurs expérimentations dans le domaine de l'économie³²⁸⁶, à savoir : celle relative aux conditions d'accès des réseaux et installations énergétiques³²⁸⁷, celle relative au statut des agents des enquêtes annuelles de recensement³²⁸⁸ et celle relative à la mise en relation des emprunteurs et des prêteurs ayant des liens établis au sein d'une même entreprise³²⁸⁹.

336. - L'intérêt du décloisonnement de l'approche sectorielle de l'expérimentation.

L'approche en silo de l'objet de l'expérimentation peut s'avérer délicate au sein des territoires d'intelligences où des innovations peuvent être portées par des acteurs variés au croisement de différents secteurs. Il pourrait être pertinent de décloisonner les expérimentations. L'approche sectorielle pourrait laisser place à une approche davantage basée sur les objectifs poursuivis par les expérimentations. L'objet de l'expérimentation serait alors directement issu de l'objectif qu'elle poursuit. Cette logique se retrouve d'ailleurs davantage dans les démarches d'expérimentations ouvertes.

2. Décentraliser la définition de l'objet de l'expérimentation

337. - Définition de l'objet au niveau national : des déclinaisons territoriales variées.

Le Sénat, dans le cadre de l'examen des articles du projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, souligne qu'« une technique plus sophistiquée permet d'essayer simultanément plusieurs réglementations »³²⁹⁰. Cette méthode a été mise en œuvre tant avant la réforme constitutionnelle de 2003 qu'après³²⁹¹.

Le Sénat met en lumière plusieurs exemples éclairants d'expérimentations simultanées de normes distinctes. Il évoque à cet égard l'expérimentation relative à l'élaboration et à l'exécution des budgets ainsi qu'à la tarification des frais de séjour et honoraires médicaux applicables aux soins prévus par la loi du 4 janvier 1978³²⁹². Celle-ci mettait en place deux systèmes expérimentaux qui furent testés par six hôpitaux désignés par le décret du 24 mars 1978³²⁹³. À son terme, elle conduit à pérenniser le budget global comme nouveau mode de tarification³²⁹⁴. Si différentes normes furent alors expérimentées de concert, cela demeurerait dans une logique très centralisatrice. Au détour des années quatre-vingt-dix, « il ne s'agit plus de tester des dispositifs préconçus par l'autorité centrale, mais d'ouvrir aux acteurs locaux la possibilité de proposer de nouveaux cadres réglementaires »³²⁹⁵. De ce point de vue, le Sénat évoque la loi du 25 juillet 1994³²⁹⁶ qui permet de déroger à des dispositions essentielles de la loi

³²⁸⁴ L. n° 2015-917, 28 juill. 2015, art. 22.

³²⁸⁵ L. n° 2018-938, loc. cit. art. 23.

³²⁸⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³²⁸⁷ L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 141

³²⁸⁸ L. n° 2018-938, loc. cit. art. 127

³²⁸⁹ L. n° 2018-938, loc. cit. art. 99

³²⁹⁰ Rapp. Sénat n° 27, 23 oct. 2002, relatif au projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République.

³²⁹¹ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³²⁹² L. n° 78-11, 4 janv. 1978.

³²⁹³ D. n° 78-450, 24 mars 1978.

³²⁹⁴ L. n° 83-25, 19 janv. 1983.

³²⁹⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 27.

³²⁹⁶ L. n° 94-639, 25 juill. 1994.

n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur³²⁹⁷. Si l'objet de ces dérogations est précisément défini, à savoir « expérimenter dans les nouveaux établissements des modes d'organisation et d'administration différents »³²⁹⁸, leurs modalités le sont moins.

La réforme constitutionnelle de 2003³²⁹⁹ et sa logique décentralisatrice sont l'occasion d'accorder une place plus importante aux collectivités territoriales en ce qui concerne le choix des modalités de l'expérimentation. Ainsi, l'objet de l'expérimentation est défini par l'État qui laisse une grande marge de manœuvre aux collectivités territoriales dans la manière de la mettre en œuvre. Cela est vrai pour les expérimentations de l'article 37-1 de la Constitution³³⁰⁰ comme pour celles de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution³³⁰¹. Concernant l'article 37-1, l'expérimentation visant à résorber le chômage de longue durée prévue par la loi du 29 février 2016³³⁰² laissait une liberté certaine quant à ses modalités de mise en œuvre. Concernant l'article 72 alinéa 4, l'Assemblée nationale souligne que « si la loi organique encadre strictement la procédure, il reste possible d'avoir une lecture de la réforme qui va dans le sens de l'autonomie des collectivités en leur laissant le choix des modalités de l'expérimentation »³³⁰³. De ce point de vue, peut être évoquée l'expérimentation relative à la tarification sociale de l'eau prévue par la loi du 15 avril 2013³³⁰⁴, qui s'inscrivait d'ailleurs dans une logique de subsidiarité³³⁰⁵. En effet, celle-ci « offrait un large panel de possibilités afin que chaque collectivité participante trouve une solution adaptée à son territoire (nombre d'habitants, sociologie), à son mode de gestion (régie ou délégation de service public) et aux objectifs prioritaires qu'elle fixait (aide aux plus démunis, économies d'eau) »³³⁰⁶. L'Assemblée nationale, dans son rapport produit dans le cadre de la réforme visant à simplifier les expérimentations de l'article 72 alinéa 4, souligne que « les futures lois qui lanceront des expérimentations devront donc éviter de fixer des critères trop stricts pour définir les collectivités pouvant participer à l'expérimentation et devront laisser la liberté à ces collectivités de définir les moyens qu'elles entendent mobiliser pour mettre en œuvre l'expérimentation »³³⁰⁷.

338. - Définition de l'objet au niveau local : une possibilité à développer.

D'aucuns défendent la participation des collectivités territoriales à la définition de l'objet même de l'expérimentation. Leur rôle avait d'ailleurs été renforcé avec la consécration en 2003 des expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution qui permet aux collectivités territoriales de déroger « à titre expérimental et sous certaines conditions, à des dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »³³⁰⁸. L'Assemblée nationale considérait d'ailleurs durant l'étude du projet de loi constitutionnelle que les conditions de l'expérimentation de l'article 72 alinéa 4 étaient déterminées par « la collectivité elle-même »³³⁰⁹. Cependant, les nombreux garde-fous mis en place par la loi organique du 1^{er} août 2003³³¹⁰ contreviennent à cette logique et laissent à l'État

³²⁹⁷ L. n° 84-52, 26 janv. 1984.

³²⁹⁸ Ibid. Rapp. Sénat n° 27.

³²⁹⁹ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³³⁰⁰ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1.

³³⁰¹ Const., loc. cit. art. 72 al. 4.

³³⁰² L. n° 2016-231, 29 févr. 2016.

³³⁰³ Rapp. AN n° 3943, 4 mars 2021, op. cit. p. 18 & s.

³³⁰⁴ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013, art. 28.

³³⁰⁵ Ibid. Rapp. AN n° 3943.

³³⁰⁶ Ibid. Rapp. AN n° 3943.

³³⁰⁷ Ibid. Rapp. AN n° 3943.

³³⁰⁸ Rapp. Sénat n° 27, op. cit.

³³⁰⁹ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 19 : « collectivité locale, les conditions de l'expérimentation étant fixées par la loi ou le règlement et non, comme pour l'article 4, déterminées par la collectivité elle-même. »

³³¹⁰ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

l'initiative de l'expérimentation de l'article 72 alinéa 4. La loi organique du 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72³³¹¹ de la Constitution rectifie le tir en simplifiant la procédure de ces expérimentations. Elle laisse plus de latitude aux collectivités territoriales. L'Assemblée des départements de France considère d'ailleurs que cette loi organique a « une portée importante et qu'[elle] pourrait permettre la mise en œuvre concrète du principe de subsidiarité »³³¹².

Dans son rapport du 4 mars 2021 relatif à ce projet de loi organique³³¹³, l'Assemblée nationale suggère d'aller encore plus loin en ce qui concerne le rôle des collectivités territoriales dans le cadre des expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. Il invite notamment à « inciter les Collectivités à proposer des expérimentations »³³¹⁴. Géraldine Chavier, Professeure de Droit public auditionnée dans le cadre de ce rapport, met en exergue les difficultés que peuvent rencontrer les collectivités pour proposer des expérimentations³³¹⁵. Elle souligne notamment qu'il est parfois délicat pour une collectivité territoriale « d'identifier clairement la norme législative ou réglementaire qui les empêche de lancer des innovations dans le domaine précis »³³¹⁶. Pour ce faire, elle appelle de ses vœux à mettre en place une procédure permettant de « recueillir les suggestions d'expérimentations portées par les collectivités et [de] les aider à détecter les normes réglementaires ou législatives qui sont des facteurs de blocage pour chaque catégorie de collectivités »³³¹⁷. Une telle démarche serait particulièrement intéressante au sein des territoires d'intelligences.

§2. L'encadrement de l'objet sur lequel peut porter l'expérimentation : un assouplissement peu opportun

Le Droit prétorien, le pouvoir constituant et le législateur organique ont progressivement encadré l'objet sur lequel peut porter une expérimentation, notamment au titre du principe d'égalité. Cet encadrement justifié n'est que peu limitant au sein des territoires d'intelligences et son assouplissement n'apparaît dès lors que peu opportun. Il semble ainsi nécessaire de maintenir le critère de l'objet d'intérêt général (A.) ainsi que l'exclusion partielle des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis du champ de l'expérimentation (B.).

A. Le critère de l'objet d'intérêt général : un maintien nécessaire au titre du principe d'égalité

³³¹¹ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

³³¹² Ibid. Rapp. AN n° 3943.

³³¹³ Ibid. Rapp. AN n° 3943.

³³¹⁴ Ibid. Rapp. AN n° 3943.

³³¹⁵ Ibid. Rapp. AN n° 3943.

³³¹⁶ Rapp. AN n° 3943, op. cit. p. 19 & s.

³³¹⁷ Ibid. Rapp. AN n° 3943.

Le principe d'égalité implique un traitement identique de situations identiques. Une différence de traitement ne contrevient pas à ce principe lorsque les situations sont différentes ou lorsqu'un but d'intérêt général la requiert. Cette logique s'appliquant également en matière expérimentale, il a souvent été exigé que les expérimentations poursuivent un but d'intérêt général. Le critère de l'intérêt général a ainsi été mis en place avant 2003 au titre du principe d'égalité (1.). Maintenu à demi-mot par le pouvoir constituant et le législateur organique en 2003, ce critère s'avère en pratique peu restreignant au sein des territoires d'intelligences (2.)

1. La mise en place du critère d'intérêt général avant 2003 au titre du principe d'égalité

339. - Expérimentation et principe d'égalité : place fondamentale de l'intérêt général.

L'expérimentation peut théoriquement se heurter au principe d'égalité. L'arrêt Denoyez et Chorques du 10 mai 1974 du Conseil d'État cristallise sa lecture du principe d'égalité. Il précise que « la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure »³³¹⁸. Le Conseil constitutionnel partage ce point de vue et affirme que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »³³¹⁹. Ainsi, comme le souligne Laurent Dauphin, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel considèrent que « le principe d'égalité ne peut s'appliquer qu'à des situations comparables, des différences de situation ou un motif d'intérêt général pouvant justifier une différence de traitement »³³²⁰. Il ajoute que, concernant l'expérimentation, « rien ne paraît [...] s'opposer à ce que les deux principaux tempéraments au principe d'égalité, dont peuvent bénéficier les textes classiques, jouent pour des textes temporaires adoptés dans un but d'évaluation »³³²¹.

De ce point de vue, avant la réforme constitutionnelle de 2003 des expérimentations pouvaient être articulées avec le principe d'égalité. Les expérimentations globales, consistant à tester une nouvelle norme à l'échelle nationale, semblent par principe conformes au principe d'égalité. Les expérimentations partielles, conduisant à appliquer des normes distinctes en différents points du territoire, peuvent être instaurées dans la lignée de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel relative au principe d'égalité. Ainsi, comme le souligne Laurent Dauphin, le principe d'égalité peut permettre la mise en place d'expérimentations partielles lorsque cela conduit à « traiter différemment des sujets de droit placés dans des situations différentes », mais également dans les cas où elles poursuivent un but d'intérêt général³³²². Il souligne que la seconde option semble être la plus adaptée à

³³¹⁸ CE, 10 mai 1974, n° 88032 88148, Denoyez et Chorques.

³³¹⁹ Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC.

³³²⁰ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 68 et s.

³³²¹ Ibid. Dauphin L.

³³²² Ibid. Dauphin L.

l'expérimentation et qu'ainsi « l'expérimentation locale, dès lors qu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général en rapport avec la mesure dérogatoire, pourrait valablement déroger au principe d'égalité »³³²³.

340. - L'intérêt général placé au cœur de la démarche expérimentale par la jurisprudence avant la réforme constitutionnelle de 2003.

Avant 2003, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont progressivement accepté la démarche expérimentale tout en veillant au strict respect du principe d'égalité, notamment en aménageant ces deux notions sur la base de l'intérêt général.

Le Conseil d'État place la poursuite de l'intérêt général au cœur de la démarche expérimentale. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une expérimentation à proprement parler, l'arrêt Pény de 1967³³²⁴ fut l'occasion pour le juge administratif d'autoriser « l'administration à déroger au principe d'égalité en appliquant de manière progressive une norme légale »³³²⁵. Il a alors considéré que « la mise en place progressive d'un nouveau dispositif de contrôle des produits alimentaires n'était pas contraire au principe d'égalité, dès l'instant où existait un "intérêt public" (en l'espèce, la salubrité) et où l'administration avait eu recours à des critères objectifs conformes à l'objet de la loi »³³²⁶. Si ce n'est qu'à demi-mot qu'il fait le lien entre expérimentation, principe d'égalité et intérêt général dans son rôle de juge administratif avec l'arrêt Pény, le Conseil d'État affirmera davantage sa position dans le cadre de sa fonction de conseil au Gouvernement. Ainsi, à l'occasion d'un avis d'Assemblée générale,³³²⁷ il accepte l'expérimentation et en définit les contours³³²⁸. Saisi d'une demande d'avis par le ministre de l'Équipement concernant l'expérimentation de nouvelles conditions tarifaires au seul TGV Nord Europe, le Conseil d'État rappelle que l'activité de la SNCF doit être conforme aux principes du service public, particulièrement au principe d'égalité. Il souligne alors qu'« une telle différence de traitement ne peut [...] selon la jurisprudence, trouver sa justification que dans certaines nécessités d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ferroviaire »³³²⁹. Le Conseil d'État a donc estimé que l'expérimentation est légale notamment « s'il existait d'impérieux motifs d'intérêt général justifiant l'atteinte portée au principe d'égalité devant la loi »³³³⁰.

Le Conseil constitutionnel opère également une mise en perspective du droit à l'expérimentation avec le principe d'égalité au prisme de l'intérêt général. Ainsi, il précise dans sa décision de 1993 relative à la loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel :

« qu'il appartient au législateur, dans le respect des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés, de décider, s'il l'estime opportun, de modifier ou d'abroger des textes antérieurs en leur substituant le cas échéant d'autres dispositions ; qu'il peut en particulier, pour la détermination des règles constitutives des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel prévoir, eu égard à l'objectif d'intérêt général auquel lui paraîtrait correspondre le renforcement de l'autonomie

³³²³ Ibid. Dauphin L.

³³²⁴ CE, 13 oct. 1967, n° 64778.

³³²⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 12.

³³²⁶ Chevallier J., Les lois expérimentales, op. cit.

³³²⁷ CE, avis, 24 juin 1993, n° 353605.

³³²⁸ Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d'expérimentation législative, op. cit.

³³²⁹ Ibid. CE, avis.

³³³⁰ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 74.

des établissements, que puissent être opérés par ceux-ci des choix entre différentes règles qu'il aurait fixées »³³³¹.

Dans sa décision de 1994 relative à la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le Conseil constitutionnel rappelle que « [le principe d'égalité] ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en rapport avec l'objet de la loi »³³³². Un autre exemple pouvant être cité d'articulation de l'expérimentation avec le principe d'égalité fondée sur l'intérêt général par le Conseil constitutionnel est sa décision de 2002 sur la loi relative à la Corse. Il estime alors que « l'aide instituée par l'article 52 est fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec le but d'intérêt général poursuivi par le législateur »³³³³.

2. Le maintien du critère d'intérêt général après 2003 : un choix peu restreignant au sein des territoires d'intelligences

341. - L'intérêt général relativement maintenu au cœur de la démarche expérimentale après la réforme constitutionnelle de 2003.

Si « le fait d'inscrire le principe d'expérimentation dans la Constitution modifie l'équilibre entre le principe d'égalité et le principe d'expérimentation »³³³⁴, ce n'est pas pour autant que l'intérêt général n'est plus une condition de mise en place de l'expérimentation après la réforme constitutionnelle de 2003. Dominique Perben, garde des Sceaux, souligne d'ailleurs dans le cadre de cette réforme que « c'est l'interprétation de l'intérêt général qui permettra au juge constitutionnel [de juger de l'équilibre entre ces deux principes], en fonction de la façon dont la loi encadrera l'expérimentation, prévoira l'évaluation... C'est un ensemble qui sera jugé par le Conseil constitutionnel. »³³³⁵. Le rapport Piron souligne que « de valeur juridique désormais équivalente, le principe d'expérimentation et le principe d'égalité devront ainsi être conciliés dans le respect de l'intérêt général »³³³⁶. Laurent Vallée, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, souligne que « dès lors qu'une expérimentation respecte les principes fixés par la jurisprudence, le Conseil constitutionnel admet pleinement la dérogation au principe d'égalité qu'elle comporte »³³³⁷.

Ni l'article 37-1³³³⁸ ni l'article 72 alinéa 4³³³⁹ de la Constitution ne font explicitement référence à une potentielle exigence d'intérêt général de l'objet de l'expérimentation. La loi organique du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales ne se réfère pas davantage à la notion

³³³¹ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

³³³² Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC ; L. n° 94-88, 1 févr. 1994.

³³³³ Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC ; L. n° 2002-92, 22 janv. 2002.

³³³⁴ JO n° 63, 22 nov. 2002, p. 141 et s.

³³³⁵ Ibid. JO n° 63.

³³³⁶ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 15.

³³³⁷ Vallée L., Un droit de l'innovation ?, N3C 2016.

³³³⁸ Const., 4 oct. 1958, art. 37-1. « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. »

³³³⁹ Const., loc. cit. art. 72 al. 4. « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »

d'intérêt général³³⁴⁰. Le rapport Longuet souligne que la rédaction initiale du projet de loi organique prévoyait que l'objet de l'expérimentation doit être d'intérêt général, se faisant ainsi l'écho de Dominique Perben³³⁴¹. Cependant, l'Assemblée nationale a « opportunément supprimé cette précision inutile » : « toute disposition législative est en effet censée répondre à un objet d'intérêt général »³³⁴². Le rapport Longuet souligne que « nul n'est mieux placé que le législateur pour l'apprécier, le juge ne pouvant censurer que les erreurs manifestes d'appréciation »³³⁴³. De ce point de vue, il n'est pas surprenant que le rapport Piron³³⁴⁴ comme le rapport Longuet³³⁴⁵, considèrent que l'objet clairement défini de l'expérimentation prévu l'article L.O. 1113-1 du CGCT doit être d'intérêt général même si cela n'est pas explicitement prévu par la loi organique.

342. - Innovation et intérêt général : des synergies facilitant la mise en place d'expérimentations au sein des territoires d'intelligences.

La poursuite de l'intérêt général demeure donc après 2003 la clef de voûte de l'équilibre entre principe d'égalité et expérimentation. Exigence justifiée, elle invite à s'interroger sur le lien entre intérêt général et innovation. Cette dernière occupant une place centrale au sein des territoires d'intelligences, il est intéressant de voir de quelle manière elle s'articule avec l'intérêt général.

Le législateur, premier évaluateur de l'intérêt général dans le cadre d'une expérimentation, peut établir des liens directs entre intérêt général et innovation. De ce point de vue, la loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information peut être citée à titre d'exemple³³⁴⁶. Elle prévoit que des expérimentations peuvent être menées en vue de favoriser le développement des infrastructures et des services de télécommunications et de communication audiovisuelle et précise que « les projets d'expérimentation doivent présenter un intérêt général apprécié [notamment] au regard de leur degré d'innovation [...]»³³⁴⁷.

³³⁴⁰ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³³⁴¹ JO n° 63, 22 nov. 2002, p. 141 et s.

³³⁴² Rapp. Sénat n° 408, 16 juill. 2003, relatif au projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

³³⁴³ Ibid. Rapp. Sénat n° 408.

³³⁴⁴ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 24 : « L'article L.O. 1113-1 précise ainsi que la loi qui autorise, sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales à déroger, à titre expérimental, aux dispositions législatives qui régissent l'exercice de leurs compétences, doit définir l'objet d'intérêt général et la durée de l'expérimentation. La rédaction ainsi proposée reprend la définition donnée dans le quatrième alinéa de la Constitution d'une expérimentation pour une durée limitée ; ajoutée à l'Assemblée nationale à l'initiative du président de la Commission des lois, également rapporteur du texte, cette précision s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, qui se sont tous deux attachés à vérifier le caractère temporaire de l'expérimentation. Il s'agit ainsi d'éviter qu'une durée d'expérimentation excessive ne crée des situations juridiques irréversibles, rendant difficiles un retour au droit commun en cas d'arrêt de l'expérimentation. »

³³⁴⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 408 : « Le cadre de chaque expérimentation serait défini, selon les cas, par une loi (article L.O. 1113-1 nouveau du code général des collectivités territoriales) ou un décret en Conseil d'État (article L.O. 1113-7). Il appartiendrait à ce texte de déterminer :- l'objet de l'expérimentation, celui-ci devant être d'intérêt général, et les dispositions auxquelles il pourrait être dérogé »

³³⁴⁶ Rapp. AN n° 955., op. cit., p. 11.

³³⁴⁷ L. n° 96-299, 10 avr. 1996, art. 1 al. 2. « Les projets d'expérimentation doivent présenter un intérêt général apprécié au regard de leur degré d'innovation, de leur viabilité économique et technique, de leur impact sur le développement de la production française et européenne des services mentionnés au premier alinéa, de leur impact potentiel sur l'organisation sociale et le mode de vie, ainsi que de l'association des utilisateurs à leur élaboration et à leur mise en oeuvre. »

B. L'exclusion partielle des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis : un maintien justifié

La question de savoir si une expérimentation peut porter sur des libertés publiques ou des droits constitutionnellement garantis s'est rapidement posée. Le Droit prétorien, le pouvoir constituant ont progressivement adopté une position bivalente en la matière. Alors que l'expérimentation-dérogação ne peut pas porter sur des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis (1.), l'expérimentation-transfert peut, dans une certaine mesure, porter sur ces domaines (2.).

1. Expérimentation-dérogação : exclusion des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis

343. - Les expérimentations-dérogação touchant aux libertés publiques : une question laissée en suspens par le Conseil Constitutionnel en 2002.

À l'occasion de la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse³³⁴⁸, le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur une éventuelle capacité générale d'expérimentation accordée à la Corse et sur l'aménagement de la norme aux spécificités de l'île³³⁴⁹. Sur la question de la capacité expérimentale de la Corse, le Conseil constitutionnel répond que la délégation de compétences du législateur n'est possible que dans les cas prévus par la Constitution³³⁵⁰. Il s'est ainsi opposé fermement à ce que la loi habilite la collectivité territoriale de Corse à procéder à des expérimentations³³⁵¹. N'entrant pas davantage dans les contours que revêtirait un tel droit, il ne s'exprime pas sur le sujet de la mise en œuvre d'expérimentations touchant aux libertés publiques et droits constitutionnellement garantis. Il laissera le soin au pouvoir constituant d'en dessiner les contours.

En ce qui concerne la capacité de la collectivité territoriale de Corse de fixer des règles adaptées à son territoire, pour la mise en œuvre de ses seules compétences, le Conseil constitutionnel l'admet. Il l'assortit de précisions, notamment concernant les libertés publiques. Le texte prévoyait que l'habilitation par le législateur de la Corse à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île par le législateur ne saurait être mise en œuvre « lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental »³³⁵². Le Conseil constitutionnel rappelle que « le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République »³³⁵³. De ce point de vue, il paraît partiellement logique que ces domaines soient exclus en matière expérimentale.

Cependant, la question de la possibilité ou non de mettre en place des expérimentations touchant à des libertés publiques, des libertés individuelles ou des droits fondamentaux reste en suspens. Les

³³⁴⁸ L. n° 2002-92, 22 janv. 2002.

³³⁴⁹ Cons. Const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³³⁵⁰ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit.

³³⁵¹ Rapp. Sénat n° 27, op. cit.

³³⁵² Ibid. Cons. Const..

³³⁵³ Ibid. Cons. const.

expérimentations étant menées pour une durée limitée et, jusqu'à récemment³³⁵⁴, dans un but de généralisation et leur constitutionnalisation modifiant l'équilibre entre principe d'égalité et principe d'expérimentation, le pouvoir constituant tolèrera-t-il des expérimentations-dérogation touchant à ces domaines ?

344. - L'exclusion des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis par le constituant.

Le pouvoir constituant, s'inspirant de la position du Conseil constitutionnel³³⁵⁵, prévoit que l'expérimentation-dérogation ne pourra pas être mise en place « lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti »³³⁵⁶. L'article 72 alinéa 4 de la Constitution³³⁵⁷ prévoit ce garde-fou afin d'éviter que des libertés publiques et les droits constitutionnellement garantis ne soient « [interprétés] différemment en différents points du territoire national »³³⁵⁸. L'Assemblée nationale souligne que « [l'expérimentation] ne saurait se transformer en une décentralisation à la carte susceptible de remettre en cause les principes d'égalité, de solidarité et des libertés publiques »³³⁵⁹.

L'interdiction de mettre en place des expérimentations relevant de l'article 72 alinéa 4 lorsque sont en cause les conditions essentielles d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti est un des garde-fous mis en place pour ce type d'expérimentation par le pouvoir constituant en 2003. Le Sénat, dans son rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, souligne à cet égard que ce droit à l'expérimentation est triplement encadré : « Les conditions générales des expérimentations seraient, en effet, définies par une loi organique. Le droit de déroger aux lois ou aux règlements serait subordonné à une habilitation préalable, selon les cas, de la loi ou du règlement. Enfin, l'habilitation ne pourrait intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. »³³⁶⁰.

345. - Absence de précisions quant à la portée de cette interdiction de la part du législateur organique.

Des précisions sur l'étendue de cette interdiction, notamment sur les notions de « libertés publiques » et de « droits constitutionnellement garantis » ainsi que sur ce qu'implique le pouvoir constituant par « conditions essentielles », auraient été les bienvenues. Le pouvoir constituant ayant exclu les libertés publiques et les droits constitutionnellement garantis du champ d'application de l'expérimentation de l'article 72 alinéa 4, le législateur organique ne se saisit pas de la question. Les réponses se trouvent davantage dans les débats et travaux parlementaires qui furent alors conduits³³⁶¹.

³³⁵⁴ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021, relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution ; Projet de loi n° 4978 et n° 423, 31 janv. 2022, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

³³⁵⁵ Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³³⁵⁶ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al 4.

³³⁵⁷ Ibid. Const.

³³⁵⁸ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 92.

³³⁵⁹ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 14.

³³⁶⁰ Rapp. Sénat n° 27, op. cit.

³³⁶¹ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 24 & s.

Ainsi, le rapport Guarrec³³⁶² et le rapport Clément³³⁶³ précisent que « la liberté d'association, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience, la liberté d'aller et venir, corollaire de la liberté individuelle, le droit d'asile, les droits de la défense, le droit d'agir en justice, la liberté d'expression, la liberté de communication, la liberté de la presse »³³⁶⁴ figurent au rang des libertés publiques reconnues par la doctrine et la jurisprudence. Ils ajoutent que les droits constitutionnellement garantis sont notamment « des droits économiques et sociaux tels que le droit à la protection de la santé, le droit de grève, la liberté syndicale, le droit au travail, la liberté d'entreprendre, le droit de propriété, les droits de la famille, l'intégrité du corps humain »³³⁶⁵. Le rapport Piron, tout en rappelant les propos des rapports Guarrec³³⁶⁶ et Clément³³⁶⁷, souligne que « d'origine jurisprudentielle, la définition des droits et libertés est appelée à évoluer »³³⁶⁸. Il considère à cet égard qu'« il n'est pas paru judicieux d'opérer, dans la loi organique, une énumération des droits et libertés entrant dans le champ de la rédaction de la loi constitutionnelle » et ajoute qu'« il reviendra au Conseil constitutionnel, éventuellement saisi de la loi d'habilitation, d'apprécier si les dérogations ainsi autorisées portent atteinte à ces principes »³³⁶⁹.

Reste alors à déterminer ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas. Jean-Pierre Balligand, alors député, souligne à cet égard que si le texte constitutionnel proposé précise que les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti sont exclues du champ de l'article 72 alinéa 4, « plusieurs interrogations demeurent »³³⁷⁰. Il s'interroge notamment sur la notion « essentielle » et demande s'il existe « des conditions "non essentielles" en matière de libertés publiques »³³⁷¹. L'amendement n°178 présenté à l'Assemblée nationale le 22 novembre 2002 visait d'ailleurs à supprimer le terme « essentiel » au motif que « [les conditions d'exercice d'une liberté publique] doivent toutes être respectées sans restriction aucune »³³⁷² et qu'on ne saurait dès lors en considérer certaines essentielles et d'autres non. André Chassaing, qui était un des députés présentant cet amendement, demande à ce que, dans le cas où le Gouvernement et le rapporteur se prononcent contre cet amendement, ils explicitent la notion « essentielle ». Le rapporteur, tout en s'opposant à l'amendement en question, rappellera que cette notion s'inscrit dans la lignée de la position du Conseil constitutionnel, mais n'en précisera pas les contours. La seule précision alors apportée est celle du ministre délégué aux libertés locales qui, tout en se positionnant contre l'amendement précité, affirme qu'« on peut considérer par exemple qu'en matière de libertés publiques la procédure ne touche pas à l'essentiel »³³⁷³. Précision importante, rappelée par le rapport Piron³³⁷⁴, elle ne reste que partiellement éclairante.

2. Expérimentation-transfert : possible mise en œuvre dans le champ des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis

³³⁶² Ibid. Rapp. Sénat n° 27.

³³⁶³ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 92.

³³⁶⁴ Ibid. Rapp. AN n° 376.

³³⁶⁵ Ibid. Rapp. AN n° 376.

³³⁶⁶ Ibid. Rapp. Sénat n° 27.

³³⁶⁷ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 19.

³³⁶⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 25.

³³⁶⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³³⁷⁰ JO n° 64, 23 nov. 2002, p. 141 et s.

³³⁷¹ Ibid. JO n° 64.

³³⁷² Ibid. JO n° 64.

³³⁷³ Ibid. JO n° 64.

³³⁷⁴ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 25.

346. - La possible mise en place d'expérimentation de l'article 37-1 portant sur des libertés publiques.

Le rapport Piron souligne en 2003 que « la question de l'objet sur lequel doit porter l'expérimentation n'a jamais été abordée en tant que telle ; il est toutefois probable que le Conseil constitutionnel se serait opposé à ce que l'expérimentation porte sur des domaines mettant en cause les libertés publiques »³³⁷⁵. Il rappelle à cet égard que le juge s'assure que « les conditions d'exercice de ces libertés soient assurées dans les mêmes conditions sur l'ensemble du territoire »³³⁷⁶. Dans sa décision du 13 janvier 1994 le Conseil constitutionnel va d'ailleurs dans ce sens en rappelant que « si le principe de libre administration des collectivités locales a valeur constitutionnelle, les dispositions que le législateur édicte ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire »³³⁷⁷. Ainsi, le domaine des libertés publiques fait l'objet d'une « stricte application du principe d'égalité »³³⁷⁸. Le rapport Longuet de 2003 souligne que c'est d'ailleurs la raison pour laquelle « les expériences envisagées dans le domaine de l'organisation judiciaire sont jusqu'à présent restées timides »³³⁷⁹.

Le pouvoir constituant n'apporte pas explicitement de précisions concernant la mise en place d'expérimentations de l'article 37-1 dans le champ des libertés publiques. Cependant, la constitutionnalisation de l'expérimentation opère une nouvelle mise en balance des principes d'égalité et d'expérimentation. Le principe d'égalité devant dès lors être « interprété de façon moins restrictive »³³⁸⁰ en matière expérimentale, cela pourrait conduire à une plus grande acceptation d'expérimentations relevant de l'article 37-1 de la Constitution dans des domaines touchant aux libertés publiques. Le rapport Piron³³⁸¹ et le rapport Clément³³⁸² rappellent à cet égard que ce fut d'ailleurs la position défendue par le garde des Sceaux devant le Sénat dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2003. Ce dernier défendit que « des expérimentations pourraient dorénavant porter sur des domaines touchant aux libertés publiques ou aux garanties fondamentales »³³⁸³. L'exemple cité alors est celui de l'échevinage, qui peut dès lors être introduit de façon progressive dans les tribunaux d'instance³³⁸⁴.

Ainsi, suite à la constitutionnalisation de l'expérimentation-transfert en 2003, plusieurs expérimentations ont été menées dans le champ des libertés publiques. Les exemples étant nombreux, ils ne seront pas traités de manière exhaustive. En matière de liberté d'enseignement, il est possible d'évoquer l'expérimentation ouverte permettant d'expérimenter dans le cadre du projet d'école ou d'établissement³³⁸⁵ ou encore les expérimentations relatives à l'organisation des rythmes scolaires dans les

³³⁷⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 12.

³³⁷⁶ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³³⁷⁷ Cons. const., 13 janv. 1994, n° 93-329 DC.

³³⁷⁸ Rapp. Sénat n° 408, op. cit.

³³⁷⁹ Ibid. Rapp. Sénat n° 408.

³³⁸⁰ Rapp. AN n° 376, op. cit., p. 75.

³³⁸¹ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 15.

³³⁸² Ibid. Rapp. AN n° 376.

³³⁸³ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³³⁸⁴ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³³⁸⁵ L. n° 2005-380, 23 avr. 2005, art. 34.

écoles maternelles et élémentaires³³⁸⁶. En ce qui concerne le droit d'asile, l'expérimentation de certaines modalités de traitement des demandes d'asile en Guyane³³⁸⁷ peut être mise en lumière. Si toutes les expérimentations touchant aux libertés publiques ne portent pas nécessairement sur les conditions essentielles de l'exercice de ces dernières, il convient cependant de souligner qu'elles sont de plus en plus nombreuses.

Cependant, comme le souligne le Conseil d'État dans son rapport sur l'innovation dans la conduite des politiques publiques³³⁸⁸, il n'est pas pour autant évident de mener des expérimentations dans le domaine des libertés publiques. Il souligne à cet égard qu'« aux contraintes juridiques, il faut ajouter les contraintes psychologiques ou sociales à la démarche expérimentale et à l'échantillonnage »³³⁸⁹. Ainsi, si cela est possible juridiquement, il peut malgré tout s'avérer délicat de mener des expérimentations touchant notamment « [aux] droits fondamentaux (libertés publiques, éléments essentiels du contrat de travail...), aux revenus (système de retraite, fiscalité dite de rendement...) ou à des domaines sensibles : par exemple, mener une expérimentation en milieu scolaire requiert certaines précautions, surtout pour les enfants les plus jeunes »³³⁹⁰.

347. - La possible mise en place d'expérimentations de l'article 37-1 portant sur des droits constitutionnellement garantis.

Le pouvoir constituant ne précise pas explicitement si des expérimentations relevant de l'article 37-1 peuvent porter sur des droits constitutionnellement garantis. Les débats relatifs à la mise en place d'expérimentations de l'article 72 alinéas 4 dans le champ des droits constitutionnellement garantis peuvent apporter un regard éclairant sur cette question.

En ce qui concerne l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, alors que l'interdiction d'habilitation dans des domaines touchant aux droits constitutionnellement garantis était prévue dans le projet de loi constitutionnelle initial, la commission des lois du Sénat a proposé un amendement visant à supprimer cette exclusion. Elle explique que « si les conditions essentielles d'exercice d'une liberté [publique] peuvent être définies dans la loi, les droits constitutionnellement garantis sont, comme leur nom l'indique, protégés par la Constitution », précisant qu'« il va donc de soi que les expérimentations ne pourront mettre en cause de tels droits, le législateur ne pouvant habiliter les collectivités territoriales à procéder à des expérimentations qu'il ne peut lui-même instituer »³³⁹¹. Le rapport Clément souligne qu'alors que cette mention explicite a été supprimée par le Sénat, « une lecture minutieuse du quatrième alinéa proposé par le projet de révision constitutionnelle invite à contester ce raisonnement »³³⁹². Il considère que la lecture retenue par le Sénat impliquait une « remise en cause » de ces libertés publiques alors qu'il s'agit de la possibilité d'intervenir dans ces domaines. Il souligne qu'« une loi déléguant au pouvoir local le soin d'intervenir dans le domaine des droits fondamentaux ne porterait pas elle-même atteinte à ces droits garantis par la Constitution ; elle se contenterait de déléguer la possibilité d'en modifier le régime »³³⁹³. Soutenant que la rédaction retenue par le Sénat pourrait

³³⁸⁶ D. n° 2014-457, 7 mai 2014.

³³⁸⁷ D. n° 2018-385, 23 mai 2018.

³³⁸⁸ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 33.

³³⁸⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³³⁹⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³³⁹¹ Rapp. Sénat n° 27, op. cit.

³³⁹² Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 92.

³³⁹³ Ibid. Rapp. AN n° 376.

conduire à donner au pouvoir réglementaire local la faculté d'intervenir en matière de droits fondamentaux, mais pas en ce qui concerne les libertés publiques, le rapport Clément appelle de ses vœux à appliquer à ces deux types de droits « un seul et même régime »³³⁹⁴ et à réintégrer la notion de droits constitutionnellement garantis à l'article 72 alinéa 4. Afin d'éviter que cette suppression « interdise aux collectivités territoriales de mettre en cause des droits constitutionnellement garantis, mais, à l'inverse, leur donne la faculté d'intervenir dans le régime de ces droits »³³⁹⁵, la disposition initiale a donc été rétablie.

Le raisonnement alors retenu étant celui du rapport Clément³³⁹⁶, il convient d'analyser ce qu'il implique en ce qui concerne les expérimentations de l'article 37-1 de la Constitution. L'absence de mention des libertés publiques à l'article 37-1 de la Constitution conduit à une situation similaire à celle créée par l'amendement du Sénat en ce qui concerne l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. De ce point de vue, il est possible de considérer que le silence du pouvoir constituant à l'article 37-1 n'interdit pas la mise en place d'expérimentations dans le domaine des droits constitutionnellement garantis. Cependant, et fort heureusement, ces expérimentations ne peuvent pas remettre en cause ou porter par elle-même atteinte aux droits constitutionnellement garantis. On peut alors considérer que des expérimentations-transfert peuvent être menées en matière de droits constitutionnellement garantis à la condition de ne pas leur porter atteinte. Cependant, comme en matière de libertés publiques, mener des expérimentations sur des sujets aussi sensibles peut être délicat pour des raisons psychologiques ou sociales³³⁹⁷ et appelle à la mise en place de garde-fous suffisants.

Des expérimentations mises en place au titre de l'article 37-1 interviennent ainsi dans le champ des droits constitutionnellement garantis. Pour ne citer que quelques exemples, nous pouvons évoquer la possibilité de mener des expérimentations afin d'améliorer la prise en charge et le suivi de jeunes de six à vingt et un ans chez lesquels un médecin, notamment médecin généraliste, médecin scolaire, pédiatre ou psychologue scolaire, a évalué une souffrance psychique³³⁹⁸ qui intervient dans le domaine du droit à la protection de la santé ou encore l'expérimentation relative à l'expropriation des parties communes³³⁹⁹ qui touche au droit de propriété.

Section 3. Expérimentation et Droit européen : besoin de clarification

Force est de constater que le législateur européen intervient de manière croissante dans certains des domaines clefs des territoires d'intelligences, notamment en ce qui concerne les activités numériques et la protection de l'environnement. De ce point de vue, et à la lumière de la hiérarchie des normes, le rôle du législateur national en la matière est encadré, voire limité. En parallèle, l'intérêt de l'expérimentation juridique telle qu'elle est prévue en Droit français n'est plus à démontrer. Afin de pouvoir légiférer de manière pragmatique dans ces domaines, il semble alors fondamental de déterminer la relation que peuvent entretenir le Droit européen et l'expérimentation nationale. Si les États membres

³³⁹⁴ Ibid. Rapp. AN n° 376.

³³⁹⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 27.

³³⁹⁶ Ibid. Rapp. AN n° 376.

³³⁹⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 33.

³³⁹⁸ L. n° 2016-1827, 23 déc. 2016, art. 68.

³³⁹⁹ L. n° 2014-366, 24 mars 2014, art. 72.

disposent d'une relative marge de manœuvre dans des domaines clefs des territoires d'intelligences (§1.), l'articulation entre Droit européen et droit à l'expérimentation demeure incertaine (2§).

§1. La relative marge de manœuvre laissée aux États membres dans des domaines clefs des territoires d'intelligences

Alors que le législateur européen intervient de manière croissante dans certains domaines clefs des territoires d'intelligences (A.), particulièrement sur les questions environnementales et technologiques, le législateur national n'a plus qu'une marge de manœuvre relative dans ces domaines (B.).

A. La place croissante du Droit européen dans le champ des territoires d'intelligences

Le Droit européen occupe une place croissante au sein des territoires d'intelligences. Cela s'explique, d'une part, par les points de croisement entre les compétences de l'Union européenne et les domaines législatifs liés aux territoires d'intelligences, et, d'autre part, par certaines spécificités des territoires d'intelligences justifiant d'une intervention supranationale. Si la protection de l'environnement est un domaine d'action historique du législateur européen (1.), les activités numériques sont un de ses nouveaux domaines de prédilection (2.).

1. La protection de l'environnement : domaine d'action historique du législateur européen

348. - La nécessaire approche internationale des questions environnementales.

Les problématiques environnementales ne peuvent être traitées qu'à une échelle globale pour différentes raisons. En premier lieu, l'impact des activités humaines sur l'environnement est souvent délocalisé. Ainsi, les émissions de CO₂, particulièrement importantes dans certains territoires continentaux de l'hémisphère nord³⁴⁰⁰, contribuent à l'augmentation du niveau de la mer dont l'impact est d'autant plus visible au niveau de l'équateur et dans les pays insulaires. En second lieu, le dérèglement climatique impactant l'ensemble des territoires et ses origines étant diverses et variées, la lutte contre ce dernier ne peut pas être un mouvement marginal entrepris par quelques États.

³⁴⁰⁰ Gaudiaut T., Les plus gros émetteurs de CO₂, Statista.com, 9 nov. 2020 : En 2018, selon le BP Statistical Review of World Energy, les territoires émettant la part la plus importante de CO₂ par rapport à l'émission totale sont la Chine (28,1% du total), les États-Unis (15,2% du total), l'Union européenne (10,3% du total), l'Inde (7,3% du total) et la Russie (4,6% du total).

Faute d'une approche globale, la lutte contre le réchauffement climatique risque d'être vaine. Forts de ce constat, de nombreux États ont multiplié les accords et traités internationaux afin de protéger l'environnement.

349. - Une compétence du législateur européen en matière environnementale prévue par les traités européens.

La politique environnementale européenne bénéficie d'un ancrage historique fort. Initiée lors du Conseil européen de 1972³⁴⁰¹, elle a été consolidée juridiquement par l'acte unique européen de 1987³⁴⁰². Comme le rappelle le Parlement européen, « les révisions ultérieures des traités ont renforcé l'engagement de la Communauté dans la protection environnementale et le rôle du Parlement européen dans son développement »³⁴⁰³. Ainsi, le traité de Maastricht de 1993³⁴⁰⁴, celui d'Amsterdam³⁴⁰⁵ de 1999 et celui de Lisbonne de 2009³⁴⁰⁶ ont donné une place particulière à l'environnement dans l'action de l'Union européenne. Les dispositions prévues par le traité de Maastricht³⁴⁰⁷ en la matière figurent dorénavant à l'article 3 du traité sur l'Union européenne et aux articles 11 ainsi que 191 à 193 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi que de certaines constitutions nationales³⁴⁰⁸.

Au titre de l'article 3 du traité sur l'Union européenne, elle s'engage à assurer « un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement »³⁴⁰⁹. L'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier pour promouvoir le développement durable »³⁴¹⁰. L'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise que la politique environnementale de l'Union européenne contribue à la poursuite des objectifs suivants : « la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement ; la protection de la santé des personnes ; l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles ; la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique »³⁴¹¹. Il rappelle également que cette politique communautaire est fondée sur « les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source,

³⁴⁰¹ Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne, Politique environnementale : principes généraux et cadre de base : « La politique environnementale européenne remonte au Conseil européen de Paris de 1972, au cours duquel les chefs d'État ou de gouvernement (au lendemain de la première conférence des Nations unies sur l'environnement) ont déclaré la nécessité d'une politique environnementale communautaire accompagnant l'expansion économique et préconisé un programme d'action »

³⁴⁰² Ibid. Europarl.europa.eu : « L'Acte unique européen de 1987 a introduit un nouveau titre consacré à l'environnement, qui constitue la première base juridique d'une politique environnementale commune visant à préserver la qualité de l'environnement, à protéger la santé humaine et à assurer une utilisation rationnelle des ressources naturelles. »

³⁴⁰³ Ibid. Europarl.europa.eu.

³⁴⁰⁴ Ibid. Europarl.europa.eu : « Le traité de Maastricht (1993) a fait de l'environnement un domaine d'action officiel de l'Union européenne, introduit la procédure de codécision et institué le vote à la majorité qualifiée au Conseil en tant que règle générale. »

³⁴⁰⁵ Ibid. Europarl.europa.eu : « Le traité d'Amsterdam (1999) a instauré l'obligation d'intégrer la protection de l'environnement dans toutes les politiques sectorielles de l'Union en vue de promouvoir le développement durable. »

³⁴⁰⁶ Ibid. Europarl.europa.eu : « La lutte contre le changement climatique » est devenue un objectif spécifique avec le traité de Lisbonne (2009), tout comme le développement durable dans les relations avec les pays tiers. »

³⁴⁰⁷ Traité CE, art. 2, 6 et 174.

³⁴⁰⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n° 364/01, 18 déc. 2000, art. 37.

³⁴⁰⁹ Traité UE, art. 3.

³⁴¹⁰ Traité FUE, art. 11.

³⁴¹¹ Traité FUE, art. 191.

des atteints à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur »³⁴¹². L'article 192 précise la manière dont le Parlement européen et le Conseil peuvent intervenir législativement afin d'atteindre les objectifs fixés à l'article 191 de ce même traité³⁴¹³. L'article 193 rappelle que les mesures législatives prises au titre de l'article 192 n'empêchent pas les États membres de mettre en place des mesures de protection renforcées³⁴¹⁴. Ces dernières doivent être compatibles avec les traités et notifiées à la Commission³⁴¹⁵.

Ces dispositions ainsi que certaines constitutions nationales³⁴¹⁶ ont inspiré l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il dispose qu'« un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ».

350. - L'intervention du législateur européen dans le domaine environnemental.

L'Union européenne est donc compétente pour intervenir dans « tous les domaines de la politique environnementale »³⁴¹⁷. Dans le domaine juridique, elle réalise les objectifs de protection de l'environnement qu'elle s'est fixés tant en édictant directement de nouvelles normes qu'en concluant des accords internationaux en la matière.

Le législateur européen est intervenu à plusieurs reprises sur les questions environnementales. Dans le champ de la lutte contre le changement climatique, il a notamment légiféré en ce qui concerne la réduction des gaz à effets de serre³⁴¹⁸, le développement d'énergies³⁴¹⁹ et de transports³⁴²⁰ plus propres, la responsabilité environnementale des entreprises³⁴²¹ ainsi que l'agriculture et l'aménagement du territoire³⁴²². Il a également prévu différentes réglementations en ce qui concerne la pollution atmosphérique et la qualité de l'air³⁴²³, les substances chimiques³⁴²⁴, la nature et la biodiversité³⁴²⁵, la

³⁴¹² Traité FUE, art. 191.

³⁴¹³ Traité FUE, art. 192.

³⁴¹⁴ Traité FUE, art. 193.

³⁴¹⁵ Ibid. Traité FUE.

³⁴¹⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n° 364/01, 18 déc. 2000, art. 37.

³⁴¹⁷ Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne, Politique environnementale : principes généraux et cadre de base.

³⁴¹⁸ Dir. (CE) n° 2009/28, 23 avr. 2009 ; Règl. (UE) n° 995/2010, 20 oct. 2010.

³⁴¹⁹ Règl. (UE) n° 548/2014, 21 mai 2014 ; Règl. (UE) n° 2019/1782, 1er oct. 2019 ; Règl. (UE) n° 2019/1784, 1e oct. 2019 ; Dir. (CE) n° 2003/96, 27 oct. 2003 ; Dir. (CE) n° 2009/28, 23 avr. 2009.

³⁴²⁰ Dir. (CE) n° 1999/62, 17 juin 1999 ; Dir. (CE) n° 2008/101, 19 nov. 2008 ; Règl. exécution (UE) n° 2020/1294, 15 sept. 2020 ; Règl. (UE) n° 2019/1781, 1 oct. 2019.

³⁴²¹ Dir. (CE) n° 2004/35, 21 avr. 2004.

³⁴²² Règl. (UE) n° 2018/848, 30 mai 2018 ; Dir. (CE) n° 2009/31, 23 avr. 2009 ; Dir. (CE) n° 1999/31, 26 avr. 1999.

³⁴²³ Dir. (CE) n° 2001/81, 23 oct. 2001 ; Dir. (UE) n° 2015/2193, 25 nov. 2015 ; Dir. (CE) n° 2009/31, 23 avr. 2009 ; Règl. (CE) n° 1005/2009, 16 sept. 2009 ; Dir. (CE) n° 2008/50, 21 mai 2008 ; Dir. (UE) n° 2016/2284, 14 déc. 2016 ; Dir. (CE) n° 2004/42, 21 avr. 2004 ; Dir. (CE) n° 2009/126, 21 oct. 2009.

³⁴²⁴ Règl. (UE) n° 649/2012, 4 juill. 2012 ; Dir. (UE) n° 2012/18, 4 juill. 2012 ; Règl. (CE) n° 1907/2006, 18 déc. 2006.

Règl. (CE) n° 1907/2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), et instituant une agence européenne des produits chimiques ; Règl. (CE) n° 648/2004, 31 mars 2004.

³⁴²⁵ Dir. (CE) n° 2009/147, 30 nov. 2009 ; Règl. (CE) n° 734/2008 du Cons., 15 juill. 2008 ; Règl. (CE) n° 1007/2009, 16 sept. 2009 ; Règl. (CE) n° 708/2007, 11 juin 2007 ; Règl. (UE) n° 1143/2014, 22 oct. 2014 ; Règl. (CE) n° 1936/2001, 27 sept. 2001 ; Dir. (CE) n° 1999/22, 29 mars 1999 ; Règl. (CE) n° 338/97, 9 déc. 1996 ; Règl. (UE) n° 511/2014, 16 avr. 2014 ; Dir. (CEE) n° 92/43, 21 mai 1992 ; Règl. (UE) n° 2019/1241, 20 juin 2019 ; Dir. (UE) n° 2010/63, 22 sept. 2010.

pollution sonore³⁴²⁶, celle des sols et forêts³⁴²⁷, de déchets³⁴²⁸, l'environnement côtier et marin³⁴²⁹, l'industrie et la pollution³⁴³⁰, les agences et organes environnementaux³⁴³¹, l'évaluation et les contrôles environnementaux³⁴³² et la criminalité environnementale³⁴³³.

L'Union européenne étant désormais dotée de la personnalité juridique, elle peut conclure des accords internationaux. L'Union européenne a pris part à de nombreuses conventions internationales en matière environnementale³⁴³⁴, y compris en ce qui concerne la protection de zones spécifiques³⁴³⁵.

2. Les activités numériques : nouveau domaine de prédilection du législateur européen

351. - L'absence de frontières au sein de l'espace numérique.

L'espace numérique ne connaît pas de frontières. Le World Wide Web, abrégé www, illustre littéralement ce propos. En effet, ce système hypertexte public fonctionnant sur Internet est traduit « toile (d'araignée) mondiale » et vise à connecter par le biais d'une application d'Internet des individus d'un bout à l'autre du globe. Outre la connectivité internationale, les outils numériques peuvent ignorer les frontières en empêchant de tracer géographiquement l'origine d'une connexion. C'est par exemple le cas du réseau informatique décentralisé Tor qui permet l'anonymisation des connexions, notamment par l'utilisation de réseaux virtuels privés (VPN). Ainsi, une personne qui utiliserait le réseau Tor pour se connecter au World Wide Web pourrait accéder à n'importe quelle donnée disponible sur cette application d'Internet, même celle dont l'accès est restreint aux connexions nationales, sans être localisable. À l'heure du World Wide Web et de Tor, les mots de Sénèque trouvent un écho nouveau : « c'est n'être nulle part que d'être partout »³⁴³⁶.

³⁴²⁶ Dir. (CEE) n° 70/157, 6 févr. 1970 ; Dir. (CE) n° 2002/49, 25 juin 2002 ; Règl. (UE) n° 540/2014, 16 avr. 2014 ; Dir. (CE) n° 2000/14, 8 mai 2000.

³⁴²⁷ Règl. (UE) n° 995/2010, 20 oct. 2010 ; Dir. (CEE) n° 86/278, 12 juin 1986 ; Dir. (CE) n° 2001/18, 12 mars 2001 ; Dir. (CE) n° 1999/31, 26 avr. 1999 ; Règl. (CE) n° 2173/2005, 20 déc. 2005 ; Règl. (CE) n° 1829/2003, 22 sept. 2003.

³⁴²⁸ Dir. (CE) n° 2006/21, 15 mars 2006 ; Dir. (Euratom) n° 2006/117, 20 nov. 2006 ; Dir. (UE) n° 2012/19, 4 juill. 2012 ; Dir. (UE) 2015/720, 29 avr. 2015 ; Règl. (Euratom) n° 1493/93, 8 juin 1993 ; Dir. (CE) n° 94/62, 20 déc. 1994 ; Dir. (Euratom) n° 2011/70, 19 juill. 2011 ; Dir. (UE) n° 2011/65, 8 juin 2011 ; Dir. (UE) n° 2019/883, 17 avr. 2019 ; Règl. (UE) n° 2017/852, 17 mai 2017 ; Dir. (CE) n° 2006/66, 6 sept. 2006 ; Règl. (CE) n° 1013/2006, 14 juin 2006 ; Dir. (CE) n° 2008/98, 19 nov. 2008 ; Dir. (CEE) n° 91/271, 21 mai 1991 ; Dir. (CE) n° 96/59, 16 sept. 1996 ; Dir. (CE) n° 1999/31, 26 avr. 1999 ; Règl. (CE) n° 2150/2002, 25 nov. 2002 ; Dir. (CE) n° 2000/53, 18 sept. 2000 ; Dir. (CE) n° 2005/64, 26 oct. 2005 ; Règl. (UE) n° 1257/2013, 20 nov. 2013.

³⁴²⁹ Dir. (CE) n° 2008/56, 17 juin 2008 ; Règl. (CE) n° 782/2003, 14 avr. 2003 ; Dir. (UE) n° 2013/30, 12 juin 2013 ; Règl. (UE) n° 2019/1241 du PE et du Cons., 20 juin 2019 ; Dir. (CE) n° 2002/59, 27 juin 2002 ; Dir. (UE) n° 2014/90, 23 juill. 2014 ; Règl. (UE) n° 911/2014, 23 juill. 2014.

³⁴³⁰ Dir. (CE) n° 2005/35, 7 sept. 2005 ; Règl. (CE) n° 166/2006., 18 janv. 2006 ; Règl. (UE) n° 1257/2013, 20 nov. 2013 ; Dir. (UE) n° 2010/75, 24 nov. 2010 ; Dir. (CE) n° 2006/21, 15 mars 2006 ; Dir. (CE) n° 94/63, 20 déc. 1994.

³⁴³¹ Règl. (CE) n° 401/2009, 23 avr. 2009 ; Règl. (CE) n° 166/2006, 18 janv. 2006.

³⁴³² Dir. (UE) n° 2011/92, 13 déc. 2011 ; Dir. (CE) n° 2001/42 du PE et du Cons., 27 juin 2001 ; Règl. (UE) n° 1221/2009, 25 nov. 2009 ; Dir. (CE) n° 2007/2 du PE et du Cons., 14 mars 2007 ; Dir. (CE) n° 2004/35, 21 avr. 2004.

³⁴³³ Dir. (CE) 2005/35, 7 sept. 2005 ; Dir. (CE) 2008/99, 19 nov. 2008.

³⁴³⁴ Conv. Vienne, mars 1985 ; Prot. Montréal, mars 1985 ; Conv. Bonn, juin 1979 ; Conv. Berne, sept. 1979 ; Conv. Genève, nov. 1979 ; Conv. Helsinki, mars 1992 ; Conv. Rio, juin 1992 ; Conv. Paris, sept. 1992 ; Conv. Bâle, mai 1992 ; Conv. Rotterdam, sept. 1998 ; Prot. Montréal, janv. 2000 ; Conv. Stockholm, mai 2001 ; Conv. Minamata, oct. 2013.

³⁴³⁵ Conv. Helsinki, mars 1974 ; Conv. Barcelone, févr. 1976 ; Conv. Reykjavik, mars 1982 ; Conv. Salzbourg, nov. 1991 ; Conv. Helsinki, mars 1992 ; Conv. Berne, avr. 1999.

³⁴³⁶ Sénèque, Lettres à Lucilius, II, Des voyages et de la lecture de Sénèque

Dans le cas où les connexions pourraient être tracées, ce qui reste la pratique la plus courante, l'interconnexion des systèmes d'information et la délocalisation des lieux de stockage des données peut impliquer une grande diversité de localisation, chacune potentiellement avec des normes distinctes. Par exemple, un citoyen français pourrait télécharger sur son *smart phone* américain, une application de voyage anglaise qui lui permettrait de se connecter aux offices du tourisme du pays où il souhaite se rendre. Imaginons que le vendeur du téléphone propose un enregistrement automatique des données avec un stockage au Canada et que le fournisseur de l'application a ses *data center* situé en Italie. Lors de son voyage en Inde, le citoyen français pourrait se connecter directement à l'office du tourisme de New Delhi et lui envoyer ses données par le biais de l'application. À la fin de son séjour, ses données pourront donc avoir transité par l'Inde, l'Angleterre, l'Italie, le Canada et les États-Unis.

352. - Une compétence du législateur européen en matière numérique fondée sur ses autres politiques sectorielles et transversales.

Contrairement aux questions environnementales, les traités européens ne prévoient pas de disposition spécifique dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication³⁴³⁷. Cependant, le caractère transfrontalier des activités numériques, combiné avec la vocation de l'Union européenne de développer un marché unique et de garantir le respect des droits fondamentaux au sein des États membres, a incité le législateur européen à intervenir en la matière. Le Parlement européen précise que l'Union intervient dans ce champ :

« dans le cadre des politiques sectorielles et transversales de l'Union européenne, notamment la politique industrielle³⁴³⁸ [...]; la politique de concurrence³⁴³⁹ [...]; la politique commerciale³⁴⁴⁰ [...]; les réseaux transeuropéens (RTE)³⁴⁴¹ [...]; la recherche et le développement technologique, l'espace³⁴⁴² [...]; la convergence des législations dans le but d'améliorer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur³⁴⁴³ [...]; la libre circulation des marchandises [...]³⁴⁴⁴; la libre circulation des personnes, des services et des capitaux [...]³⁴⁴⁵; l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport³⁴⁴⁶ [...]; et la culture [...]³⁴⁴⁷. Toutes ces références sont fondamentales pour l'Europe numérique. »³⁴⁴⁸

353. - L'intervention croissante du législateur européen dans le domaine du numérique.

Le cœur de l'action européenne en matière numérique est lié au marché unique du numérique et au commerce électronique. La feuille de route sur la stratégie pour un marché unique numérique ainsi que la résolution intitulée «Vers un acte sur le marché unique numérique» ont conduit à une législation foisonnante au niveau européen. Peuvent être citées à cet égard l'intervention européenne sur des questions telles que « les blocages géographiques injustifiés³⁴⁴⁹[...], [...] la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne³⁴⁵⁰[...], la révision du règlement relatif à la coopération en matière de

³⁴³⁷ Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne, Une stratégie numérique pour l'Europe.

³⁴³⁸ Traité FUE, art. 173.

³⁴³⁹ Traité FUE, art. 101 à 109.

³⁴⁴⁰ Traité FUE, art. 206 et 207.

³⁴⁴¹ Traité FUE, art. 170 à 172.

³⁴⁴² Traité FUE, art. 179 à 190.

³⁴⁴³ Traité FUE, art. 114.

³⁴⁴⁴ Traité FUE, art. 28, 30, 34 et 35.

³⁴⁴⁵ Traité FUE, art. 45 à 66.

³⁴⁴⁶ Traité FUE, art. 165 et 166.

³⁴⁴⁷ Traité FUE, art. 167.

³⁴⁴⁸ Ibid. Europarl.europa.eu.

³⁴⁴⁹ Règl. (UE) n° 2018/302, 28 févr. 2018.

³⁴⁵⁰ Règl. (UE) n° 2017/1128, 14 juin 2017.

protection des consommateurs³⁴⁵¹[...], les services de médias audiovisuels³⁴⁵²[...], les contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens³⁴⁵³[...] et les contrats de fourniture de contenu numérique³⁴⁵⁴[...] »³⁴⁵⁵. En ce qui concerne le commerce électronique, il est intéressant d'évoquer le règlement relatif à l'identification électronique et aux services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur [règlement (UE) n° 910/2014], qui a été mis en place afin de faciliter le commerce électronique³⁴⁵⁶. Le portail numérique unique³⁴⁵⁷, mis en place dans la continuité de l'étude intitulée « Obstacles juridiques aux règles du marché unique dans les États membres », a vocation à simplifier l'accès aux informations et aux procédures en ligne notamment afin de remédier au « manque d'informations fiables relatives aux lois et aux réglementations applicables dans les États membres »³⁴⁵⁸, source de problèmes en matière de commerce électronique. En outre, le Parlement européen a organisé un atelier intitulé « Commerce électronique : des règles adaptées à l'ère du numérique » qui a conduit à l'élaboration des résolutions du Parlement du 20 octobre 2020 relatives à la législation sur les services numériques, notamment concernant « l'amélioration du fonctionnement du marché unique [...] l'adaptation des règles de droit commercial et civil pour les entités commerciales opérant en ligne et [les] questions liées aux droits fondamentaux »³⁴⁵⁹. Le 15 décembre 2020, la Commission a présenté ses initiatives législatives qui ont pour objectif de « de créer un espace numérique plus sûr dans lequel les droits fondamentaux des utilisateurs de services numériques sont protégés, et de créer des conditions de concurrence équitables qui favorisent l'innovation, la croissance et la compétitivité sur le marché intérieur européen et dans le monde »³⁴⁶⁰. Il s'agit de deux projets de règlements : l'un relatif aux services numériques, le Digital Services Act (DSA)³⁴⁶¹ et l'autre relatif au marché numérique, le Digital Market Act (DMA)³⁴⁶².

Le législateur européen est intervenu à plusieurs reprises dans le champ de la protection des données à caractère personnel, notamment dans le cadre des usages numériques. Il a entamé sa démarche en 1995 avec la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données³⁴⁶³. Un des enjeux clefs de cette dernière était la libre circulation des données, enjeu clef du marché intérieur³⁴⁶⁴. Celui-ci est d'ailleurs rappelé à l'occasion de la directive de 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications³⁴⁶⁵ et de celle de 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le

³⁴⁵¹ Règl. (UE) n° 2017/2394, 12 déc. 2017.

³⁴⁵² Dir. (UE) n° 2018/1808, 14 nov. 2018.

³⁴⁵³ Proposition dir. (COM) n° 2015/0288, 9 déc. 2015.

³⁴⁵⁴ Ibid. Proposition dir. (COM) n° 2015/0288.

³⁴⁵⁵ Ibid. Europarl.europa.eu.

³⁴⁵⁶ Ibid. Europarl.europa.eu.

³⁴⁵⁷ Règl. (UE) n° 2018/1724, 2 oct. 2018.

³⁴⁵⁸ Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne, Une stratégie numérique pour l'Europe.

³⁴⁵⁹ Ibid. Europarl.europa.eu.

³⁴⁶⁰ Ibid. Europarl.europa.eu.

³⁴⁶¹ Proposition règl. (COM) n° 2020/825, 15 déc. 2020.

³⁴⁶² Ibid. Proposition règl. (COM) n° 2020/825.

³⁴⁶³ Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995.

³⁴⁶⁴ Dir. (CE) n° 95/46, loc. cit. cons. 8. « considérant que, pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel, le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de ces données doit être équivalent dans tous les États membres; que cet objectif, fondamental pour le marché intérieur, ne peut pas être atteint par la seule action des États membres, compte tenu en particulier de l'ampleur des divergences qui existent actuellement entre les législations nationales applicables »

³⁴⁶⁵ Dir. (CE) n° 97/66, 15 déc. 1997, cons. 1.

secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)³⁴⁶⁶. La Commission européenne assoit le rôle de l'Union européenne en matière de protection des données à caractère personnel en 2012 avec sa proposition de réforme de la réglementation en matière de données à caractère personnel qui se matérialise par deux propositions législatives faites : un règlement définissant un cadre général pour la protection des données et une directive relative à la protection des données à caractère personnel traitées à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, ainsi que d'activités judiciaires connexes.

L'Union européenne joue également un rôle fondamental en matière de cybersécurité. L'adoption de la directive NIS le 6 juillet 2016³⁴⁶⁷, suite aux négociations entamées en 2013 par le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen, met en lumière l'importance d'assurer un niveau de cybersécurité minimum pour l'ensemble des services essentiels des États membres de l'Union européenne.

L'Union européenne veille également à l'égal accès aux outils numériques, notamment à Internet. En matière de couverture numérique, plusieurs réglementations européennes peuvent être citées, notamment : la directive du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques³⁴⁶⁸, celle du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit³⁴⁶⁹ ou encore le règlement du 25 octobre 2017³⁴⁷⁰ qui conduit à la mise en place de « points d'accès Internet (hotspots) gratuits pour les citoyens et les visiteurs dans les lieux publics de toute l'Europe, dans le cadre du dispositif WiFi4EU »³⁴⁷¹. L'Union européenne a également joué un rôle clef en matière de neutralité du net en reconnaissant une « garantie d'accès à un Internet ouvert » dans son règlement du 25 novembre 2015³⁴⁷².

En outre, l'Union européenne mène des réflexions en ce qui concerne l'intelligence artificielle comme en atteste notamment la création par le Parlement européen d'une commission spéciale sur l'intelligence artificielle à l'ère du numérique (commission AIDA) afin « d'évaluer l'incidence future de l'IA sur l'économie de l'Union »³⁴⁷³. Il a également adopté plusieurs résolutions à ce sujet et réalisé de nombreuses communications en la matière.

B. La relative marge de manœuvre laissée aux États membres dans les domaines régulés à l'échelle européenne

Le législateur européen laisse une relative marge de manœuvre aux États membres tant dans le cadre de directives que de règlements. En matières environnementale et technologique, ce constat peut notamment être illustré par la liberté laissée aux États membres dans le cadre de la directive concernant

³⁴⁶⁶ Dir. (CE) n° 2002/58, 12 juill. 2002, cons. 1.

³⁴⁶⁷ Dir. (UE) n° 2016/1148 du PE et du Cons., 6 juil. 2016, concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union.

³⁴⁶⁸ Dir. (CE) n° 2002/22, 7 mars 2002.

³⁴⁶⁹ Dir. (UE) n° 2014/61, 15 mai 2014.

³⁴⁷⁰ Règl. (UE) n° 2017/1953, 25 oct. 2017.

³⁴⁷¹ Ibid. europarl.europa.eu.

³⁴⁷² Règl. (UE) n° 2015/2120, 25 nov. 2015.

³⁴⁷³ Ibid. europarl.europa.eu.

l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (1.) et dans le cadre du RGPD (2.).

1. La liberté laissée aux États dans le cadre des directives européennes : l'exemple de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement

354. - Des objectifs fixés par la directive dont les modalités sont déclinées par les États membres.

La directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement fixe des objectifs dont les modalités seront, pour partie, déclinées par les États membres. Ainsi, les États membres sont tenus de « [prendre] les dispositions nécessaires pour que [...] les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement [...] soient soumis à une procédure de demande d'autorisation et à une évaluation en ce qui concerne leurs incidences »³⁴⁷⁴. Le législateur européen précise que la procédure d'évaluation des incidences sur l'environnement « peut être intégrée dans les procédures existantes d'autorisation des projets dans les États membres ou, à défaut, dans d'autres procédures ou dans celles à établir pour répondre aux objectifs de la présente directive »³⁴⁷⁵ et que les États membres peuvent mettre en place une procédure unique³⁴⁷⁶ pour répondre aux exigences de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et de celle relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution³⁴⁷⁷.

En outre, pour les projets soumis à une évaluation des incidences sur l'environnement, le législateur européen prévoit un cadre général en ce qui concerne la fourniture d'informations par le maître d'ouvrage tout en laissant une marge d'appréciation aux États membres. Ainsi, ces derniers doivent « [adopter] les mesures nécessaires pour s'assurer que le maître d'ouvrage fournit, sous une forme appropriée, les informations spécifiées à l'annexe IV [de la directive] » tout en conditionnant cette fourniture à l'appréciation des États membres du caractère approprié de la fourniture de ces informations à un certain stade de la procédure et du caractère raisonnable de la demande compte tenu notamment des connaissances et méthodes d'évaluations existantes³⁴⁷⁸. Le législateur européen précise cependant le minimum d'information que le maître d'ouvrage doit fournir³⁴⁷⁹.

³⁴⁷⁴ Dir. (UE) n° 2011/92, 13 déc. 2011, art. 2.1.

³⁴⁷⁵ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 2.2.

³⁴⁷⁶ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 2.3.

³⁴⁷⁷ Dir. (CE) n° 2008/1, 15 janv. 2008.

³⁴⁷⁸ Dir. (UE) n° 2011/92, 13 déc. 2011, art. 5.1. « Dans le cas des projets qui, en application de l'article 4, doivent être soumis à une évaluation des incidences sur l'environnement, conformément au présent article et aux articles 6 à 10, les États membres adoptent les mesures nécessaires pour s'assurer que le maître d'ouvrage fournit, sous une forme appropriée, les informations spécifiées à l'annexe IV, dans la mesure où : a) les États membres considèrent que ces informations sont appropriées à un stade donné de la procédure d'autorisation, par rapport aux caractéristiques spécifiques d'un projet donné ou d'un type de projet et par rapport aux éléments environnementaux susceptibles d'être affectés ; b) les États membres considèrent que l'on peut raisonnablement exiger d'un maître d'ouvrage qu'il rassemble ces données, compte tenu, entre autres, des connaissances et des méthodes d'évaluation existantes. »

³⁴⁷⁹ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 5.3. « Les informations à fournir par le maître d'ouvrage, conformément au paragraphe 1, comportent au minimum : a) une description du projet comportant des informations relatives au site, à la conception et aux dimensions du projet ; b) une description des mesures envisagées pour éviter et réduire des incidences négatives importantes et, si possible, y remédier ; c) les données nécessaires pour identifier et évaluer les effets principaux que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement ; d) une esquisse des principales solutions

Les États membres sont également tenus de prendre « les mesures nécessaires pour que les autorités susceptibles d'être concernées par le projet, en raison de leurs responsabilités spécifiques en matière d'environnement, aient la possibilité de donner leur avis sur les informations fournies par le maître d'ouvrage et sur la demande d'autorisation »³⁴⁸⁰. Il est précisé que « les modalités de cette consultation sont fixées par les États membres ».

355. - Une liberté d'appréciation laissée aux États membres.

Les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement sont définis par le législateur européen qui laisse une marge d'appréciation aux États membres. Ainsi, il prévoit en annexe I de la directive les projets qui sont soumis à une évaluation³⁴⁸¹ et en annexe II³⁴⁸² ceux pour lesquels « les États membres déterminent si le projet doit être soumis à une évaluation »³⁴⁸³ tout en indiquant la manière dont ils doivent procéder à cette détermination³⁴⁸⁴. Le considérant 9 cette directive précise également que « des projets appartenant à d'autres classes n'ont pas nécessairement des incidences notables sur l'environnement dans tous les cas et ces projets devraient être soumis à une évaluation lorsque les États membres considèrent qu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement »³⁴⁸⁵.

Le législateur européen laisse le soin aux États membres de mettre en place les recours pour contester la légalité, quant au fond ou à la procédure, des décisions, des actes ou omissions relevant des dispositions de la directive relative à la participation du public conformément à leur cadre juridique national en la matière³⁴⁸⁶. En outre, c'est aux États membres de déterminer à quel stade de la procédure ces contestations peuvent avoir lieu³⁴⁸⁷ ainsi que ce qui « constitue un intérêt suffisant pour agir ou une atteinte à un droit, en conformité avec l'objectif visant à donner au public concerné un large accès à la justice »³⁴⁸⁸.

356. - La possibilité laissée aux États membres d'être plus strictes ou plus souples que les normes prévues par le législateur européen.

La directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement permet aux États membres d'être plus strictes ou plus souples en ce qui concerne certaines de ses dispositions.

de substitution qui ont été examinées par le maître d'ouvrage et une indication des principales raisons de son choix, eu égard aux incidences sur l'environnement ; e) un résumé non technique des informations visées aux points a) à d). »

³⁴⁸⁰ Dir. (UE) n° 2011/92, 13 déc. 2011, art. 6.

³⁴⁸¹ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 4.1 & annexe I.

³⁴⁸² Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. annexe II.

³⁴⁸³ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 4.2.

³⁴⁸⁴ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 4. « 2. Sous réserve de l'article 2, paragraphe 4, pour les projets énumérés à l'annexe II, les États membres déterminent si le projet doit être soumis à une évaluation conformément aux articles 5 à 10. Les États membres procèdent à cette détermination : a) sur la base d'un examen cas par cas; ou b) sur la base des seuils ou critères fixés par l'État membre. Les États membres peuvent décider d'appliquer les deux procédures visées aux points a) et b). 3. Pour l'examen cas par cas ou la fixation des seuils ou critères en application du paragraphe 2, il est tenu compte des critères de sélection pertinents fixés à l'annexe III. 4. Les États membres s'assurent que les décisions prises par les autorités compétentes en vertu du paragraphe 2 sont mises à la disposition du public. »

³⁴⁸⁵ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. cons. 9.

³⁴⁸⁶ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 11.1.

³⁴⁸⁷ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 11.2.

³⁴⁸⁸ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 11.3.

En matière de souplesse, il est possible d'évoquer l'article 2.4. de la directive. Ce dernier précise que dans le cadre de l'identification des projets soumis à une évaluation³⁴⁸⁹, « les États membres peuvent, dans des cas exceptionnels, exempter en totalité ou en partie, un projet spécifique des dispositions [de la directive] »³⁴⁹⁰. Cette possibilité reste encadrée, les États membres faisant ce choix étant tenus de respecter plusieurs exigences fixées par le législateur européen³⁴⁹¹.

En matière de sévérité, le considérant 3 de la directive rappelle que « les États membres peuvent établir des règles de protection de l'environnement plus strictes »³⁴⁹². Considérant qu'il peut être loisible aux États membres d'exiger que les autorités compétentes donnent leur avis en tout état de cause, l'article 5.2. précise qu'ils « peuvent exiger que les autorités compétentes donnent leur avis, que le maître d'ouvrage le requière ou non »³⁴⁹³.

357. - Retours d'expérience relative aux directives : un air d'expérimentation ?

L'article 12 de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement prévoit que « les États membres et la Commission échangent des informations sur l'expérience acquise dans l'application de la présente directive »³⁴⁹⁴. Il précise que « les États membres indiquent à la Commission les critères et/ou les seuils fixés, le cas échéant, pour la sélection des projets en question »³⁴⁹⁵. Il est important de souligner que cet échange d'informations vise notamment, si nécessaire, à aider la Commission pour soumettre « des propositions supplémentaires au Parlement européen et au Conseil en vue d'assurer une application suffisamment coordonnée de la [directive] »³⁴⁹⁶.

Cet article est important pour mettre en lumière le lien entre Droit européen et droit à l'expérimentation. En effet, bien que ne constituant pas une expérimentation à proprement parler, l'application de la directive n'étant pas limitée dans le temps et soumise à évaluation afin de déterminer si elle sera pérennisée, l'article 12 démontre une véritable volonté d'apprendre de l'expérience des différents États membres pour parfaire le Droit communautaire.

2. La liberté laissée aux États dans la cadre des règlements européens : l'exemple du RGPD

358. - RGPD : norme d'effet direct visant un niveau de protection des données uniforme au sein de l'Union européenne.

³⁴⁸⁹ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 4.1 & 4.2.

³⁴⁹⁰ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 2.4.

³⁴⁹¹ Ibid. Dir. (UE) n° 2011/92 : « Dans ce cas, les États membres : a) examinent si une autre forme d'évaluation conviendrait ; b) mettent à la disposition du public concerné les informations obtenues dans le cadre d'autres formes d'évaluation visées au point a), les informations relatives à la décision d'accorder une exemption et les raisons pour lesquelles elle a été accordée ; c) informent la Commission, préalablement à l'octroi de l'autorisation, des motifs qui justifient l'exemption accordée et lui fournissent les informations qu'ils mettent, le cas échéant, à la disposition de leurs propres ressortissants. »

³⁴⁹² Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. cons. 3.

³⁴⁹³ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art 5.2.

³⁴⁹⁴ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art 12.1.

³⁴⁹⁵ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art 12.2.

³⁴⁹⁶ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art 12.3.

Les règlements européens s'appliquent simultanément dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Leur effet direct vise notamment à la synchronicité et à l'uniformité dans l'application de la norme.

Le considérant 10 du RGPD souligne que « afin d'assurer un niveau cohérent et élevé de protection des personnes physiques et de lever les obstacles aux flux de données à caractère personnel au sein de l'Union, le niveau de protection des droits et des libertés des personnes physiques à l'égard du traitement de ces données devrait être équivalent dans tous les États membres »³⁴⁹⁷. Il ajoute à cet égard qu'« il convient dès lors d'assurer une application cohérente et homogène des règles de protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans l'ensemble de l'Union »³⁴⁹⁸. D'application directe, ce règlement vise donc, dans la mesure du possible, l'uniformité des règles en matière de protection des données.

359. - La possibilité laissée aux États membres de préciser les dispositions européennes.

Le RGPD permet explicitement aux États membres de préciser certaines de ses dispositions, notamment en ce qui concerne les contrôles par les autorités compétentes, les bases légales de traitement, l'équilibre entre protection des données et liberté d'expression et les régimes de sanction.

Certaines dispositions du RGPD étant intrinsèquement liées à des dispositions nationales, ce dernier renvoi explicitement aux réglementations nationales, notamment en matière de contrôles par les autorités compétentes. Le RGPD rappelle que « les pouvoirs d'enquête en ce qui concerne l'accès aux installations devraient être exercés conformément aux exigences spécifiques du droit procédural des États membres, telle que l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable »³⁴⁹⁹. Ainsi, les autorités de contrôle pourront « obtenir l'accès à tous les locaux du responsable du traitement et du sous-traitant, notamment à toute installation et à tout moyen de traitement, conformément au droit de l'Union ou au droit procédural des États membres »³⁵⁰⁰.

Le RGPD permet au législateur national d'apporter certaines précisions, notamment en ce qui concerne les bases légales de traitement. Le RGPD admet à ce sujet qu'« il y a lieu d'autoriser les États membres à maintenir ou à introduire des dispositions nationales destinées à préciser davantage l'application des règles du présent règlement »³⁵⁰¹. Ainsi, pour la base légale « nécessaire au respect d'une obligation légale » et pour celle « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public », « les États membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions plus spécifiques pour adapter l'application des règles du présent règlement »³⁵⁰². En outre, en ce qui concerne les traitements de données sensibles, la réglementation européenne « n'exclut pas que le droit des États membres précise les circonstances des situations particulières de traitement y compris en fixant de manière plus précise les conditions dans lesquelles le traitement de données à caractère personnel est licite »³⁵⁰³.

Dans certains cas, le RGPD ne se contente pas d'autoriser le législateur national à intervenir et va jusqu'à lui demander une telle intervention. Afin de concilier le droit à la protection des données à

³⁴⁹⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, cons. 10.

³⁴⁹⁸ Ibid. Règl. (UE) n° 2016/679.

³⁴⁹⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 129.

³⁵⁰⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 58.f.

³⁵⁰¹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 10.

³⁵⁰² Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 6.2.

³⁵⁰³ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 10.

caractère personnel et la liberté d'expression, les États membres peuvent prévoir des exemptions ou dérogations à certains chapitres du RGPD³⁵⁰⁴ « dans le cadre du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire »³⁵⁰⁵. La réglementation européenne va jusqu'à considérer que les États membres « devraient adopter des dispositions législatives qui fixent les exemptions et dérogations nécessaires aux fins d'assurer un équilibre entre ces droits fondamentaux »³⁵⁰⁶. En outre, le RGPD prévoit que le régime des sanctions devra être précisé par les États membres. En ce qui concerne le régime des sanctions pénales applicables en cas de violation du RGPD, « les États membres devraient pouvoir [de] déterminer »³⁵⁰⁷. En ce qui concerne le régime des sanctions administratives, il est principalement défini par le RGPD. Ce dernier va jusqu'à indiquer, pour les États membres dont le système juridique ne permet pas d'imposer d'amendes administratives comme le prévoit le RGPD³⁵⁰⁸, la manière dont devront être imposées ces amendes selon le mode de fonctionnement interne de ces derniers³⁵⁰⁹. Une certaine souplesse est cependant laissée en ce qui concerne les sanctions administratives relatives à des autorités publiques. En effet, le RGPD rappelle cependant qu' « il devrait appartenir aux États membres de déterminer si et dans quelle mesure les autorités publiques devraient faire l'objet d'amendes administratives »³⁵¹⁰.

360. - La possibilité laissée aux États membres de prévoir des règles spécifiques aux dispositions européennes.

Le RGPD permet aux États membres de prévoir des règles spécifiques aux dispositions européennes. En matière de données sensibles, il dispose que les États membres peuvent « maintenir ou à introduire des conditions supplémentaires, y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, des données biométriques ou des données concernant la santé »³⁵¹¹. Les États membres ont également la possibilité d'introduire des règles spécifiques afin de définir les pouvoirs

³⁵⁰⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 85.2. « chapitre II (principes), au chapitre III (droits de la personne concernée), au chapitre IV (responsable du traitement et sous-traitant), au chapitre V (transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales), au chapitre VI (autorités de contrôle indépendantes), au chapitre VII (coopération et cohérence) et au chapitre IX (situations particulières de traitement) »

³⁵⁰⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 85.2.

³⁵⁰⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 153.

³⁵⁰⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 149.

³⁵⁰⁸ Danemark et Estonie.

³⁵⁰⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 151. « Les systèmes juridiques du Danemark et de l'Estonie ne permettent pas d'imposer des amendes administratives comme le prévoit le présent règlement. Les règles relatives aux amendes administratives peuvent être appliquées de telle sorte que, au Danemark, l'amende est imposée par les juridictions nationales compétentes sous la forme d'une sanction pénale et en Estonie, l'amende est imposée par l'autorité de contrôle dans le cadre d'une procédure de délit à condition qu'une telle application des règles dans ces États membres ait un effet équivalent aux amendes administratives imposées par les autorités de contrôle. C'est pourquoi les juridictions nationales compétentes devraient tenir compte de la recommandation formulée par l'autorité de contrôle qui est à l'origine de l'amende. En tout état de cause, les amendes imposées devraient être effectives, proportionnées et dissuasives. »

Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 83.9. « Si le système juridique d'un État membre ne prévoit pas d'amendes administratives, le présent article peut être appliqué de telle sorte que l'amende est déterminée par l'autorité de contrôle compétente et imposée par les juridictions nationales compétentes, tout en veillant à ce que ces voies de droit soit effectives et aient un effet équivalent aux amendes administratives imposées par les autorités de contrôle. En tout état de cause, les amendes imposées sont effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres concernés notifient à la Commission les dispositions légales qu'ils adoptent en vertu du présent paragraphe au plus tard le 25 mai 2018 et, sans tarder, toute disposition légale modificative ultérieure ou toute modification ultérieure les concernant »

³⁵¹⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 150.

³⁵¹¹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 53 et art. 9 4.

des autorités de contrôle³⁵¹² et les traitements des données à caractère personnel des employés dans le cadre de relations de travail³⁵¹³. En outre, les États membres peuvent mettre en place des règles spécifiques en ce qui concerne les transferts de données en dehors de l'Union européenne, qu'elles visent à limiter³⁵¹⁴ ou à permettre plus facilement ce type de transferts³⁵¹⁵.

Le RGPD va jusqu'à autoriser explicitement aux États membres de s'écarter de certaines règles qu'il a prévu, notamment afin de leur permettre de mettre en place des exigences plus souples ou, au contraire, plus strictes. Un exemple de règle plus souple pouvant être mise en place par les États membres concerne le consentement des enfants en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information. Si, l'Union européenne fixe l'âge d'un enfant dont le consentement doit être donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant à 16 ans, il permet aux États membres de « prévoir par la loi un âge inférieur [...] pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en dessous de 13 ans »³⁵¹⁶. Un exemple de règle plus stricte pouvant être mise en place par les États membres concerne les consultations préalables des autorités de contrôle. Le RGPD prévoit une consultation préalable de l'autorité de contrôle pour les traitements ayant fait l'objet d'une étude d'impact relative à la vie privée³⁵¹⁷ qui indiquerait que le traitement présente un risque élevé en l'absence de mesures prises par le responsable de traitement pour atténuer le risque³⁵¹⁸. Il ajoute que « le droit des États membres peut exiger que les responsables du traitement consultent l'autorité de contrôle et obtiennent son autorisation préalable en ce qui concerne le traitement effectué par un responsable du traitement dans le cadre d'une mission d'intérêt public exercée par celui-ci, y compris le traitement dans le cadre de la protection sociale et de la santé publique »³⁵¹⁹.

361. - La possibilité laissée aux États membres d'intervenir en dehors du champ du RGPD en matière de protection des données.

³⁵¹² Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 90 1. « Les États membres peuvent adopter des règles spécifiques afin de définir les pouvoirs des autorités de contrôle visés à l'article 58, paragraphe 1, points e) et f) à l'égard des responsables du traitement ou des sous-traitants qui sont soumis, en vertu du droit de l'Union ou du droit d'un État membre ou de règles arrêtées par les organismes nationaux compétents, à une obligation de secret professionnel ou à d'autres obligations de secret équivalentes, lorsque cela est nécessaire et proportionné pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et l'obligation de secret. Ces règles ne sont applicables qu'en ce qui concerne les données à caractère personnel que le responsable du traitement ou le sous-traitant a reçues ou a obtenues dans le cadre d'une activité couverte par ladite obligation de secret. »

³⁵¹³ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 155. « Le droit des États membres ou des conventions collectives, y compris des «accords d'entreprise» peuvent prévoir des règles spécifiques relatives au traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail (...)»

³⁵¹⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 49.5. « En l'absence de décision d'adéquation, le droit de l'Union ou le droit d'un État membre peut, pour des motifs importants d'intérêt public, fixer expressément des limites au transfert de catégories spécifiques de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale. Les États membres notifient de telles dispositions à la Commission. »

³⁵¹⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 102. « Le présent règlement s'entend sans préjudice des accords internationaux conclus entre l'Union et les pays tiers en vue de réglementer le transfert des données à caractère personnel, y compris les garanties appropriées au bénéfice des personnes concernées. Les États membres peuvent conclure des accords internationaux impliquant le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales dans la mesure où ces accords n'affectent pas le présent règlement ou toute autre disposition du droit de l'Union et prévoient un niveau approprié de protection des droits fondamentaux des personnes concernées. »

³⁵¹⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 8.1.

³⁵¹⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 35.

³⁵¹⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 36.1.

³⁵¹⁹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 36.5.

Le RGPD délimite son champ d'application et précise explicitement que dans des domaines dans lesquels il n'intervient pas, les États membres peuvent légiférer. Par exemple, la réglementation européenne « ne s'applique pas aux données à caractère personnel des personnes décédées »³⁵²⁰. Le considérant 27 précise que « les États membres peuvent prévoir des règles relatives au traitement des données à caractère personnel des personnes décédées »³⁵²¹.

La France s'est d'ailleurs saisie de la liberté laissée en la matière avec la loi pour une République numérique. Cette dernière met en place à son article 40 un droit sur les données post mortem³⁵²².

§2. La délicate articulation entre le Droit européen et le droit à l'expérimentation

Alors que le Droit européen et le droit à l'expérimentation occupent une place croissante au sein des territoires d'intelligences, il apparaît fondamental d'identifier la manière dont ils s'articulent. La mise en place d'une expérimentation relevant du domaine législatif ou du domaine réglementaire, la hiérarchie des normes impose leur conformité au Droit européen (A.). Si une expérimentation ne peut donc pas contrevenir à une norme européenne, on peut s'interroger sur la possibilité même d'expérimenter sur des sujets régulés à l'échelle européenne, par exemple pour en préciser les contours ou déterminer la meilleure manière de transposer une directive en Droit interne. Le manque de précisions à ce sujet conduit à une mise en œuvre à géométrie variable d'expérimentations touchant au Droit européen (B.).

A. Le droit à l'expérimentation à l'épreuve de la hiérarchie des normes

À la lumière de la hiérarchie des normes, une expérimentation administrative ou législative ne peut pas contrevenir au Droit européen. Ce constat n'empêche pas pour autant la mise en place d'expérimentations portant sur une norme européenne (1.). Cependant, si une telle expérimentation venait à contrevenir au Droit européen, elle pourrait être bloquée et abandonnée prématurément (2.).

1. Des expérimentations nationales devant être conformes aux exigences communautaires

362. - L'application de la hiérarchie des normes au droit à l'expérimentation.

La hiérarchie des normes, concept au cœur de l'État de Droit en France, place certaines normes au-dessus d'autres. Il conditionne ainsi la mise en œuvre des normes au bas de la pyramide au respect de

³⁵²⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, cons. 27.

³⁵²¹ Ibid. Règl. (UE) n° 2016/679.

³⁵²² L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 40-1.-I.

celles à son sommet. Le bloc constitutionnel et le bloc conventionnel, au sein duquel figure le Droit européen, sont à son sommet.

Le droit à l'expérimentation est soumis au respect de la hiérarchie des normes. L'expérimentation administrative et l'expérimentation législative ne sauraient donc contrevenir à une norme qui leur est supérieure, particulièrement aux blocs conventionnel et constitutionnel. Le Droit prétorien³⁵²³ a ainsi souligné que « l'expérimentation ne doit pas méconnaître d'autres exigences constitutionnelles ou conventionnelles »³⁵²⁴.

363. - Des précisions à géométrie variable sur le lien entre expérimentation et hiérarchie des normes.

En ce qui concerne le bloc constitutionnel, la réforme constitutionnelle de 2003 et les analyses alors produites à son sujet apportent quelques précisions. S'inspirant de la position du Conseil constitutionnel³⁵²⁵, le pouvoir constituant prévoit que l'expérimentation-dérogation ne pourra pas être mise en place « lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice [...] d'un droit constitutionnellement garanti »³⁵²⁶. En ce qui concerne l'expérimentation de l'article 37-1 de la Constitution, le pouvoir constituant n'apporte pas de précision explicite sur son lien avec les normes à valeur constitutionnelle. Cependant, comme évoqué auparavant (cf. section 2 du présent Chapitre qui traite de la mise en œuvre d'expérimentations-transfert dans le champ des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis), si le silence du pouvoir constituant à l'article 37-1 n'interdit pas la mise en place d'expérimentations dans le domaine des droits constitutionnellement garantis, ce n'est pas pour autant que ces expérimentations peuvent remettre en cause ou porter par elle-même atteinte à ces derniers. Les éléments apportés par le pouvoir constituant et par les analyses de la réforme de 2003, bien que portant spécifiquement sur la question des droits constitutionnellement garantis, ne sont pas sans rappeler l'importance du respect de la hiérarchie des normes. Ils mettent en lumière la nécessité pour une expérimentation de ne pas porter atteinte au bloc de constitutionnalité.

En ce qui concerne le bloc de conventionnalité, particulièrement le Droit de l'Union européenne, les débats parlementaires et les dispositions liés à la réforme constitutionnelle de 2003 n'apportent pas d'élément précis. Si l'impossibilité de prévoir des expérimentations qui pourraient entrer en contradiction avec le Droit européen n'est pas écrite noir sur blanc, conscience semble prise de la nécessité de se conformer au Droit européen dans le cadre d'une expérimentation. Par exemple, le législateur prévoyait explicitement lors de l'expérimentation du droit de dérogation des directeurs d'ARS que cette dérogation doit notamment « être compatible avec les engagements européens et internationaux de la France »³⁵²⁷. La situation peut donc être résumée de la sorte : une expérimentation peut porter sur des normes européennes, mais ne doit pas contrevenir à ces dernières. Il serait par exemple envisageable de mettre en place des expérimentations visant à mettre en œuvre de la manière la plus efficiente possible des normes européennes ou des expérimentations en lien avec des sujets juridiques en cours de construction au sein des institutions européennes, l'expérimentation nationale visant alors à irriguer les réflexions communautaires.

³⁵²³ Cons. const., 16 juill. 2009, n° 2009-584 DC, cons. 38 ; Cons. Const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 37 à 42.

³⁵²⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 17.

³⁵²⁵ Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³⁵²⁶ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al 4.

³⁵²⁷ D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017, art. 3.

2. Le possible blocage d'une expérimentation contrevenant au Droit européen par l'Union européenne

364. - Phase précontentieuse : procédure d'infraction de la Commission européenne.

Une expérimentation française portant sur une norme européenne pourrait s'avérer contrevenir à cette dernière. Le cas échéant, il serait possible que la France fasse l'objet d'une procédure d'infraction pour non-respect du Droit de l'Union européenne. Pour rappel, une telle procédure peut comprendre plusieurs étapes. La première est la mise en demeure par la Commission européenne de l'État membre, celui-ci est alors tenu d'envoyer une réponse détaillée dans un délai déterminé, généralement de deux mois³⁵²⁸. En matière expérimentale, cette réponse pourrait s'appuyer sur l'éventuelle étude d'impact de la norme expérimentale, sur une potentielle évaluation intermédiaire déjà réalisée ou sur la mise en place d'une évaluation « d'urgence » qui reprendrait les critères préalablement définis pour l'évaluation finale et s'appuierait sur les données collectées jusqu'à lors.

À la suite de cette réponse de la France, la Commission européenne pourrait conclure qu'elle ne respecte pas ses obligations au titre du Droit européen. La seconde étape sera alors une demande formelle de la Commission européenne exigeant de la France de se mettre en conformité avec le Droit de l'Union européenne³⁵²⁹ dans un délai déterminé, généralement de deux mois. Celle-ci sera formalisée par un avis motivé de la Commission européenne où elle explique pourquoi elle considère que le pays ne respecte pas le Droit européen. Dans le cadre d'une expérimentation, cette mise en conformité pourrait se matérialiser de deux manières. En premier lieu, cela pourrait conduire à un abandon pur et simple de la mesure expérimentée. Si l'expérimentation touche à son terme avant la fin du délai de conformité fixé par la Commission européenne, il s'agira alors de réaliser l'évaluation de l'expérimentation et de conclure à son abandon. Dans le cas contraire, il sera nécessaire de mettre un terme anticipé à l'expérimentation. En second lieu, cela pourrait amener à relancer l'expérimentation dans des termes différents, davantage conformes au Droit européen. Cette dynamique serait d'ailleurs cohérente face à la logique expérimentale : il s'agirait d'une forme de prolongation de l'expérimentation avec modification de ses termes à la lumière de son évaluation. Si l'expérimentation touche à son terme avant la fin du délai de conformité fixé par la Commission européenne, il s'agira alors de réaliser l'évaluation de l'expérimentation et de déterminer dans quels termes elle est reconduite. Dans le cas contraire, il s'agirait de mettre un terme anticipé à l'expérimentation en court et de mettre en place une nouvelle expérimentation. L'exercice peut s'avérer délicat. En effet, les délais courts de conformité de l'Union européenne ne sont que partiellement compatibles avec les délais de mise en place d'une nouvelle expérimentation, particulièrement si celle-ci relève de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. Abandonner une expérimentation, appliquer à nouveau la norme initiale puis réinstaurer une expérimentation dans de nouveaux termes sur le même objet pourrait s'avérer source d'insécurité juridique. Si l'État membre ayant fait l'objet de ces deux premières étapes ne s'est toujours pas conformé au Droit européen, la Commission peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

365. - Phase contentieuse : recours en manquement auprès de la Cour de justice de l'Union européenne.

³⁵²⁸ Ec.europa.eu, Législation, Infringement procedure.

³⁵²⁹ Ibid. Ec.europa.eu.

La Cour de justice de l'Union européenne peut être saisie si une expérimentation française n'est pas conforme aux exigences communautaires. Un autre État membre ou la Commission européenne peut présenter un recours en manquement³⁵³⁰ à l'encontre de la France. Si ce recours est formulé par la Commission européenne après une procédure d'infraction, la charge de la preuve du manquement pèsera sur cette dernière³⁵³¹. Si la Cour de justice de l'Union européenne constate effectivement un manquement, elle ne pourra pas pour autant annuler ou abroger la mesure expérimentale. La France sera alors « tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de l'arrêt en manquement »³⁵³². Les manquements des États membres sont souvent résolus en phase précontentieuse et il est peu probable qu'une expérimentation, mesure limitée dans le temps, fasse l'objet d'une procédure aussi lourde que la phase contentieuse avec un recours en manquement auprès de la Cour de justice de l'Union européenne.

L'inexécution ou l'exécution partielle par l'État membre de l'arrêt en manquement de la Cour de justice de l'Union européenne constitue elle-même un manquement, pouvant alors conduire à un recours en manquement sur manquement³⁵³³. Un tel recours expose l'État membre concerné à des sanctions pécuniaires sous la forme d'une somme forfaitaire et/ou d'une astreinte³⁵³⁴. En matière expérimentale, un tel scénario est cependant hautement improbable.

B. Une mise en œuvre à géométrie variable d'expérimentations touchant au Droit européen

L'absence de précisions sur le lien qu'entretiennent expérimentation française et Droit européen conduit à une mise en œuvre à géométrie variable d'expérimentations touchant au Droit européen. Alors qu'un dispositif expérimental exclut de son champ d'action les normes européennes, des expérimentations visent à « identifier les éventuelles difficultés d'application de la réglementation européenne »³⁵³⁵ et d'autres tendent à nourrir les réflexions législatives au sein de l'Union européenne. Si des expérimentations vertueuses sont menées dans le champ des normes européennes (1.), d'autres entretiennent des relations conflictuelles avec le Droit communautaire (2.).

1. Des expérimentations vertueuses dans le champ des normes européennes

366. - Expérimentation dans le cadre des libertés laissées aux États membres dans la transposition d'une directive : l'exemple de la participation du public par voie électronique en matière d'autorisation environnementale.

³⁵³⁰ Traité FUE, art. 258, 259 et 260.

³⁵³¹ Dalloz.fr, Fiches d'orientation, Recours en manquement (Droit de l'Union européenne), juin 2020.

³⁵³² Ibid. Dalloz.fr

³⁵³³ Ibid. Dalloz.fr.

³⁵³⁴ Traité FUE, art. 260.

³⁵³⁵ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 73.

L'article 6.5. de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement prévoit que « les modalités précises de l'information du public (par exemple, affichage dans un certain rayon ou publication dans la presse locale) et de la consultation du public concerné (par exemple, par écrit ou par enquête publique) sont déterminées par les États membres »³⁵³⁶. En Droit français, la participation du public à l'élaboration des plans, programmes et projets ayant une incidence sur l'environnement figure aux articles L121-1-A à L121-24 du Code de l'environnement. L'article 56 de la loi ESSOC³⁵³⁷ prévoit une expérimentation en la matière visant à remplacer l'enquête publique³⁵³⁸ par une participation du public par voie électronique³⁵³⁹. Le décret n° 2018-1217 précise les modalités d'application de cet article et met en place en Bretagne et dans les Hauts-de-France cette expérimentation pour une durée de trois ans³⁵⁴⁰.

Cette expérimentation s'inscrit donc dans le champ des libertés laissées aux États membres quant aux modalités de mise en œuvre d'une directive. Les articles 56 et 57 de la loi ESSOC mettent en lumière le souci du législateur français d'assurer une information suffisante du public, notamment dans le cadre de la procédure de participation du public par voie électronique³⁵⁴¹, conformément aux exigences européennes. Cette expérimentation française touchant en partie aux dispositions de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement³⁵⁴², elle est soumise aux articles 12 et 13 de cette dernière. L'État français est donc tenu d'informer la Commission européenne de la mise en place de cette expérimentation³⁵⁴³ et d'échanger avec cette dernière des informations sur l'expérience acquise dans ce cadre expérimental³⁵⁴⁴.

La mise en place d'une expérimentation française dans le champ de l'autorisation environnementale peut sembler hasardeuse. En effet, la Commission européenne surveille de près la transposition en Droit français de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement³⁵⁴⁵ et l'a mise en demeure à ce sujet à plusieurs reprises. La première, datant de mars 2019, mettait en lumière plusieurs problématiques liées à la transposition en Droit français de la directive, particulièrement en ce qui concerne la prise en considération par l'autorité compétente des critères établis en annexe III de la directive³⁵⁴⁶. La seconde, envoyée en février 2021, remet en question le rôle des préfets de régions en la matière, considérant que dans certains cas il pouvait exister un conflit d'intérêts³⁵⁴⁷. C'est donc sous l'œil vigilant du législateur européen que cette expérimentation a été mise en place.

³⁵³⁶ Dir. (UE) n° 2011/92, 13 déc. 2011, art. 6.5.

³⁵³⁷ L. n° 2018-727, 10 août 2018.

³⁵³⁸ C. Env., art. L. 123-2-I.

³⁵³⁹ C. Env., art. L. 123-19.

³⁵⁴⁰ D. n° 2018-1217, 24 déc. 2018.

³⁵⁴¹ Consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr, Décret relatif à l'expérimentation prévue à l'article 56 de la loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance et à diverses dispositions relatives à la participation du public.

³⁵⁴² Dir. (UE) n° 2011/92, 13 déc. 2011, art. 6.5.

³⁵⁴³ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art. 13. «Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive. »

³⁵⁴⁴ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit. art 12.1.

³⁵⁴⁵ Dir. (UE) n° 2011/92, loc. cit.

³⁵⁴⁶ Lenormand A., Autorité environnementale : la Commission européenne adresse une lettre de mise en demeure complémentaire à la France, Banquedesterritoires.fr, 19 févr. 2021 ; Radisson L., Évaluation environnementale : nouvelle tentative de mise en conformité avec le droit européen, Actu-environnement.com, 7 juill. 2021.

³⁵⁴⁷ Ibid. Lenormand A. ; Duboua-Lorsch L., La Commission européenne pointe les « lacunes » des évaluations environnementales françaises, Euractiv.fr, 22 févr. 2021.

367. - Expérimentations relatives à la déclinaison de règlements européens au niveau national :**l'exemple des expérimentations touchant à la protection des données à caractère personnel.**

Si la majorité de la réglementation applicable en France en matière de protection des données à caractère personnel est issue du Droit européen, particulièrement du RGPD, cela n'empêche pas pour autant la mise en place d'expérimentations nationales en la matière. La CNIL est généralement interrogée en amont de la publication des normes prévoyant ce type d'expérimentations, notamment pour s'assurer de leur conformité au Droit européen. Le dispositif expérimental de lutte contre la fraude mis en place par l'article 154 de la loi de finances pour 2020³⁵⁴⁸ peut être évoqué à cet égard. Cette expérimentation de trois ans permet à l'administration fiscale ainsi qu'à l'administration des douanes et droit indirects de collecter et d'exploiter à l'aide de traitements informatisés les données « "librement accessibles" rendues publiques sur les réseaux sociaux ainsi que sur les plateformes de mise en relation par voie électronique (comme par exemple Facebook, Le Bon Coin, Twitter, etc.) »³⁵⁴⁹. Cette expérimentation a fait l'objet en amont de la publication de la loi de finances pour 2020 d'un avis de la CNIL, visant notamment à s'assurer de sa conformité avec le Droit européen³⁵⁵⁰.

Dans le cadre de ses délibérations relatives à des propositions ou projets de loi, la CNIL a elle-même suggéré la mise en place d'expérimentations relatives à des traitements de données à caractère personnel. Un exemple éclairant est l'analyse de la CNIL de la loi relative à la sécurité globale³⁵⁵¹. En ce qui concerne l'utilisation de caméras aéroportées, elle préconise que ce type de traitement soit mis en place dans un premier temps de manière expérimentale³⁵⁵² et rappelle qu'en tout état de cause il sera nécessaire de prêter une attention particulière au respect des normes européennes en la matière³⁵⁵³. Si le législateur tient partiellement compte des préconisations de la CNIL en mettant en place une expérimentation relative à l'utilisation d'aéronefs équipés de caméras³⁵⁵⁴, celle-ci sera censurée par le Conseil constitutionnel lors de son contrôle *a priori* de la loi pour une sécurité globale³⁵⁵⁵. Celui-ci considère que pour cette expérimentation comme pour une partie des règles prévues en ce qui concerne l'utilisation d'aéronefs équipés de caméras mobiles, « le législateur n'a pas assuré une conciliation

³⁵⁴⁸ L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019, art. 154.

³⁵⁴⁹ CNIL, Projet de loi de finances 2020 : publication de l'avis de la CNIL sur l'expérimentation permettant la collecte de données sur les plateformes en ligne, 30 sept. 2019.

³⁵⁵⁰ CNIL, délib. n° 2019-114, 12 sept. 2019.

³⁵⁵¹ CNIL, délib. n° 2021-011, 26 janv. 2021.

³⁵⁵² Ibid. CNIL, délib. n° 2021-011 : « Pour ces raisons, la Commission estime hautement souhaitable que le législateur conditionne l'utilisation de caméras aéroportées à une expérimentation préalable, dont la durée serait limitée dans le temps et dont il conviendrait de tirer toutes les conséquences dans un bilan qui serait transmis au Parlement et dont elle serait également destinataire »

³⁵⁵³ Ibid. CNIL, délib. n° 2021-011 : « En tout état de cause, dans la mesure où le recours à des caméras aéroportées ou à des drones entraîne la mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel, la Commission rappelle que ces dispositifs doivent présenter des garanties fortes au regard de la réglementation prévue par le RGPD, la directive 2016/680 du 27 avril 2016 et la loi du 6 janvier 1978 modifiée. En effet, quand bien même des procédés seraient mis en œuvre pour réduire le risque d'identification des personnes (par le biais notamment de procédés de floutage), ces traitements portent, par principe, sur des données à caractère personnel, dans la mesure les personnes filmées peuvent être aisément identifiées ou que des techniques d'analyse d'image (débruitage, etc.) permettent de restaurer une image proche de celle d'origine. De même, compte tenu des conditions d'usage envisagées, il ne peut être exclu qu'ils puissent, dans certains cas spécifiques, porter sur des données sensibles au sens des textes relatifs à la protection des données, ce qui implique une vigilance toute particulière quant à leurs conditions de mise en œuvre. »

³⁵⁵⁴ Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC. « En application des trente-cinquième à trente-neuvième alinéas du même paragraphe, les services de police municipale peuvent aussi, à titre expérimental, y être autorisés par le représentant de l'État dans le département et, à Paris, par le préfet de police dans l'exercice de leur mission de prévention des atteintes à l'ordre public et de protection de la sécurité des personnes et des biens ainsi que de leurs missions de police judiciaire »

³⁵⁵⁵ Ibid. Cons. const.

équilibrée entre les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et le droit au respect de la vie privée »³⁵⁵⁶. Dans le cadre de la loi du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure³⁵⁵⁷, « le Conseil constitutionnel retoque une nouvelle fois l'emploi des drones par les polices municipales »³⁵⁵⁸. Envisagé à nouveau par le législateur, cette fois en dehors du régime de l'expérimentation, le recours à des traitements d'images issues de caméras installées sur des aéronefs, y compris sans personne à bord, dans le cadre d'opérations de police administrative a été encadré par le Conseil constitutionnel à cette occasion³⁵⁵⁹.

368. - Expérimentation relative aux réflexions législatives européennes : l'exemple de l'affichage environnemental des produits alimentaires.

Sur les questions relatives à l'affichage environnemental, l'expérimentation apparaît comme un outil légistique pertinent pour les législateur français et européen. La France met en place une première expérimentation³⁵⁶⁰ dans le cadre du Grenelle de l'environnement³⁵⁶¹ et l'Union européenne lui emboîtera le pas en mettant en place une expérimentation sur le même sujet menée à l'échelle communautaire³⁵⁶².

La seconde expérimentation nationale relative à l'affichage environnemental des produits alimentaires³⁵⁶³ a été mise en place afin de permettre à la France de « nourrir la réflexion initiée par la Commission européenne sur la mise en place d'un dispositif d'affichage environnemental à l'échelle de l'Union européenne et [...] de ce fait [de] travailler en bonne coordination avec les autorités communautaires sur ce sujet »³⁵⁶⁴. Si celle-ci porte sur une norme européenne en construction et non sur un texte applicable, elle touche cependant au Droit européen en devenir. Cette démarche témoigne d'une volonté de co-construction et d'un pragmatisme normatif certain.

2. Des expérimentations aux relations conflictuelles avec le Droit européen

369. - Dispositifs expérimentaux excluant le Droit européen : l'exemple de France expérimentation.

Le dispositif France expérimentation, exclut le Droit européen de son champ d'action. Il est en effet précisé que, dans ce cadre, « il n'est pas possible d'accorder des dérogations à une norme émise par

³⁵⁵⁶ Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, cons. 141.

³⁵⁵⁷ L. n° 2022-52, 24 janv. 2022.

³⁵⁵⁸ Thierry G., Le Conseil constitutionnel retoque une nouvelle fois l'emploi des drones par les polices municipales, *Gaz. Cnes.* 2022.

³⁵⁵⁹ Cons. const., 20 janv. 2022, n° 2021-834 DC : Le Conseil constitutionnel encadre le recours à ces dispositifs dans le cadre des missions de police administrative incombant aux services de l'Etat et juge, s'agissant des recours à ces dispositifs par les services de police municipale, que les dispositions prévues n'assurent pas une conciliation équilibrée entre l'objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et le droit au respect de la vie privée. A ce titre, il censure donc partiellement les dispositions relatives au recours aux drones dans le cadre de la police administrative.

³⁵⁶⁰ L. n° 2009-967, 3 août 2009, art. 54 ; L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, art. 228.I.

³⁵⁶¹ CESE, avis n° 2019-08, 26 mars 2019, p.15.

³⁵⁶² Recomm. (UE) n° 2013/179, 9 avr. 2013 ; Ademe.fr, Nos expertises, L'affichage environnemental ; CESE, avis n° 2019-08, op. cit. p.20.

³⁵⁶³ L. n° 2020-105, 10 fév. 2020, art. 15.

³⁵⁶⁴ Gomy C., L'affichage environnemental des produits, *Option Qualité* 2014.

les institutions de l'Union européenne, ou à une réglementation édictée par une collectivité territoriale ou relevant d'une autorité administrative indépendante »³⁵⁶⁵. Le bilan de l'appel à projet de France expérimentation de 2016 souligne d'ailleurs que parmi les projets non retenus sans qu'une solution satisfaisante soit trouvée à Droit constant pour autant, « la majorité d'entre eux relevait de dispositions de niveau législatif ou européen, qui n'étaient pas dans le champ du premier appel à projets »³⁵⁶⁶.

Le choix d'exclure purement et simplement les normes européennes du champ d'action de France expérimentation est probablement justifié par un enjeu de compétence et guidé par un idéal de simplicité. En effet, si ces normes avaient pu faire l'objet de demandes d'expérimentations auprès de France expérimentation, cette dernière aurait dû déterminer si l'expérimentation pourrait porter atteinte à une norme européenne et justifier de ce choix auprès de la personne demandant la mise en place d'une expérimentation.

370. - Expérimentations pour identifier les difficultés d'application de la réglementation européenne : l'exemple des abattoirs mobiles.

L'expérimentation relative aux abattoirs mobiles a pour sa part été mise en place pour « identifier les éventuelles difficultés d'application de la réglementation européenne »³⁵⁶⁷. Aude Denizot, professeur de Droit privé et sciences criminelles, considère qu'« il est surprenant de constater que cette [expérimentation] sert [...] à sonder la teneur du droit positif »³⁵⁶⁸. Comme elle le met en lumière, dans ce cas, « l'expérience doit permettre de mieux comprendre les ressorts de cette réglementation, ce qui semble signifier qu'on est incapable d'en mesurer le contenu *a priori* »³⁵⁶⁹. Dans ce cadre, l'expérimentation est donc utilisée afin de se conformer au Droit européen ou d'établir des « recommandations d'évolution du droit de l'Union européenne ».

Conclusion du Chapitre : Plusieurs garde-fous prévus en 2003 par le pouvoir constituant et le législateur organique peuvent limiter l'intérêt de la démarche expérimentale au sein des territoires d'intelligences. Le développement de l'innovation territoriale, la place croissante des technologies de l'information et de la communication et le renforcement de la décentralisation invitent à repenser l'expérimentation territoriale. Fort de ce constat, le législateur organique a d'ores et déjà simplifié la procédure de l'expérimentation-dérogation³⁵⁷⁰ afin que le temps long associé à la procédure prévue en 2003 ne constitue plus un frein à la mise en œuvre de cet outil juridique. Dans cet idéal d'adaptation du droit à l'expérimentation aux spécificités des territoires d'intelligences, d'autres pistes sont envisageables. La première concerne l'objet de l'expérimentation. S'il n'apparaît pas pertinent de modifier les règles encadrant l'objet sur lequel peut porter l'expérimentation, notamment en ce qui concerne le critère d'intérêt général et la question des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis, il serait opportun d'assouplir les modalités de définition de l'objet de l'expérimentation. De ce point de vue, il serait possible de décloisonner l'approche sectorielle de l'expérimentation ainsi que

³⁵⁶⁵ Modernisation.gouv.fr, Transformer l'action publique, France Expérimentation – Entreprises.

³⁵⁶⁶ Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018.

³⁵⁶⁷ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 73.

³⁵⁶⁸ Denizot A., L'expérimentation à foison, RTD civ. 2020.

³⁵⁶⁹ Ibid. Denizot A.

³⁵⁷⁰ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

de décentraliser la définition de l'objet de l'expérimentation. La seconde concerne le lien qu'entretiennent l'expérimentation et le Droit européen. Alors que le Droit communautaire occupe une place croissante au sein des territoires d'intelligences et ne laisse qu'une marge de manœuvre relative aux États membres, la manière dont l'expérimentation et le Droit européen interagissent devrait être claire et constructive. Pourtant, le manque de clarté sur l'application de la hiérarchie des normes aux expérimentations et le déficit de réflexion globale en la matière conduit à une mise en œuvre à géométrie variable d'expérimentations touchant au Droit européen.

Conclusion du Titre : L'expérimentation juridique est un outil précieux pour le législateur au sein des territoires d'intelligences. Confronté à des sujets techniques et nouveaux, il s'appuie sur l'expérimentation pour faire de la sérendipité législative une force. Alors qu'il est en quête de pragmatisme territorial, il peut utiliser cet instrument de décentralisation et de déconcentration. Il s'appuie sur les différents acteurs pour réaliser ses expérimentations, se faisant alors l'écho de l'ambition collaborative portée par les territoires d'intelligences. Afin de pouvoir pleinement accompagner le législateur dans ces démarches, l'expérimentation doit pourtant se réinventer. Alors que la simplification de l'expérimentation-dérogation est amorcée, d'autres freins sont encore à lever. Il conviendrait ainsi de repenser certaines règles entourant l'objet de l'expérimentation et de clarifier le lien qu'elle entretient avec le Droit européen, voire de le renforcer.

TITRE 2. PÉRENNISER L'EXPÉRIMENTATION À L'ÈRE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES³⁵⁷¹

Une expérimentation est une norme temporaire ayant vocation à déterminer la pertinence d'une évolution de la réglementation de manière pérenne³⁵⁷². L'adéquation de la méthode expérimentale aux enjeux des territoires d'intelligences doit donc être étudiée au prisme des modalités de pérennisation de la norme expérimentée. Une expérimentation ne peut être pérennisée qu'à l'aune de son évaluation (Chapitre 1.). En effet, comme le rappelle Jacques Chevallier, « l'évaluation a pour finalité d'éclairer le jugement des parlementaires sur le sort à réserver au texte : elle n'a donc pas seulement une fonction cognitive ; elle embraye directement sur le processus décisionnel »³⁵⁷³. Au terme de l'expérimentation et à la lumière de son évaluation, elle peut être prolongée, abandonnée ou pérennisée. La pérennisation de l'expérimentation s'est longtemps cantonnée à sa généralisation. Dorénavant, plusieurs modes de pérennisation, plus ou moins adaptés aux enjeux des territoires d'intelligences, semblent se dessiner (Chapitre 2.).

CHAPITRE 1. CONDITION DE PÉRENNISATION DE L'EXPÉRIMENTATION : L'ÉVALUATION

Il apparaît fondamental de replacer l'évaluation au cœur de la méthode expérimentale. Sans évaluation, une expérimentation n'est ni plus ni moins qu'une expérience ou une observation. En effet, comme le rappelait Émile Littré, l'expérimentation consiste à « solliciter la production de faits qu'on veut observer, afin de parvenir à en assigner la loi, à en déterminer les causes, à reconnaître la manière dont ces causes agissent »³⁵⁷⁴. Elle se distingue donc de l'expérience, qui est « la connaissance acquise par suite de ce que l'on a vu ou éprouvé depuis longtemps », et de l'observation³⁵⁷⁵, qui consiste à « observer c'est constater des faits qu'on ne modifie pas ou qu'on ne peut pas modifier ». L'expérimentation vise à développer une certaine connaissance afin « d'isoler, de reproduire et/ou de modifier un phénomène indépendant de l'observateur, selon une procédure méthodique bien définie, susceptible d'être répétée à l'envi par tout autre expérimentateur et permettant l'observation de ce phénomène »³⁵⁷⁶. La méthode, qui repose pour partie sur l'évaluation, est donc la pierre angulaire de toute expérimentation. C'est d'ailleurs la position du Conseil d'État lorsqu'il affirme en 2019 que « la fiabilité d'une expérimentation dépend largement de la méthode suivie, des conditions de sa mise en place, de son accompagnement »³⁵⁷⁷. Il complète d'ailleurs son propos dans ces termes : « Là réside l'enjeu

³⁵⁷¹ v. [Annexe 1 - Schémas de synthèse de la thèse, Partie 2 - Titre 2 p. 688 & s.](#)

³⁵⁷² Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit. ; Chevallier J., *Les lois expérimentales*, op. cit. ; Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC.

³⁵⁷³ Chevallier J., *Les lois expérimentales le cas français*, op. cit. p. 122 et s.

³⁵⁷⁴ Littré E., *Dictionnaire de la langue française*, 1873, Hachette et cie.

³⁵⁷⁵ Dauphin L., *Collectivités territoriales et expérimentation*, op. cit.

³⁵⁷⁶ Pissaloux J.-L., *Réflexions sur l'expérimentation normative*, Dr. adm. 2003.

³⁵⁷⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p.39 & s

majeur d'une expérimentation : elle est réussie si elle permet, au terme d'un délai suffisant, de porter une appréciation éclairée sur l'utilité, la pertinence ou l'efficacité de la mesure expérimentée au regard de l'objectif poursuivi, moyennant le cas échéant, les modifications ou les adaptations dont l'expérimentation aura mis en évidence l'opportunité ou la nécessité »³⁵⁷⁸. Cette rigueur méthodologique, reposant notamment sur l'évaluation de l'expérimentation, n'est pas seulement un idéal : c'est aussi et avant tout une obligation pour le législateur. Selon le Conseil d'État, lorsque des expérimentations sont mises en place sur le fondement de l'article 37-1 ou du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, l'atteinte portée au principe d'égalité n'est justifiée qu'à la condition que l'autorité compétente se soit préalablement fixé un objectif précis et « se [donne] les moyens nécessaires pour savoir si la mesure testée pour l'atteindre est pertinente »³⁵⁷⁹. En affirmant que « c'est à ce prix que l'on peut admettre, le cas échéant, l'instabilité du droit et la rupture d'égalité qui en résulte »³⁵⁸⁰, le Conseil d'État fait de l'évaluation la condition de la réussite et de la pérennisation de l'expérimentation. Si l'évaluation est la pierre angulaire de la pérennisation de l'expérimentation (Section 1.), des insuffisances sont encore palpables en la matière (Section 2.), mais les algorithmes pourraient contribuer à l'amélioration de l'évaluation (Section 3.).

Section 1. L'évaluation normative : pierre angulaire de la pérennisation de l'expérimentation

Rappelons l'invitation à la rêverie de Jean-Louis Bergel :

« Et si l'on se mettait à rêver ! Le législateur n'aurait ni fougades, ni saccades. Il ne connaîtrait ni tergiversations, ni résignation. La loi serait toujours utile, adaptée et efficace. Le législateur n'agirait ni à la légère, ni à l'aveuglette. Il se soucierait de l'opportunité et de la qualité des mesures qu'il édicte. Puis, il en analyserait les effets et pallierait leurs insuffisances. Il ne légiférerait pas sans "études d'impact", sans évaluation rétrospective du droit existant et sans appréciation prospective de celui qu'il prépare. Dans le doute, il procéderait par expérimentations. Pour étayer ses décisions, il recourrait à des experts et s'appuierait sur leurs expertises. Ce législateur éclairé sculpterait des lois parfaites... »³⁵⁸¹.

Alors qu'il en dessine les contours, le préfacier d'*Évaluation législative et lois expérimentales* ne manque pas de remettre en question ce Droit onirique : utopie ou dystopie³⁵⁸² ? Durant les années quatre-vingt-dix en France, pendant que la vision efficiente de la loi gagne du terrain, cette question brûle les lèvres de nombreux juristes. C'est d'ailleurs à cette période que le droit à l'expérimentation

³⁵⁷⁸ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p.39 & s

³⁵⁷⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁵⁸⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁵⁸¹ Bergel J.-L., Préface, in Morand C.-A. (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, 1993, PUAM.

³⁵⁸² Ibid. Bergel J.-L. : « Mais ce droit aseptisé et constamment révisé n'y perdrait-il pas son âme ? La sécurité juridique ne serait-elle pas menacée par trop d'instabilité ? La loi ne serait-elle pas déshumanisée, trop scientifique pour épouser l'infinité des comportements individuels et l'imprévisibilité des évolutions sociales ? Cette rationalisation de la confection de la loi ne méconnaîtrait-elle pas l'irrationalité des faits ? S'accommoderait-elle des exigences des valeurs morales et sociales que doit rechercher ou protéger tout système juridique ? Sa technocratie n'éluderait-elle pas toute démocratie ? »

et l'évaluation normative se développent en symbiose, mettant le rêve à l'épreuve du réel. L'évaluation occupe alors une place croissante dans le système juridique français (§1.) et devient une condition à la mise en place d'expérimentations juridiques (§2.).

§1. L'évaluation normative : une place croissante dans le système juridique français

Alors qu'avec la vision rousseauiste de la loi l'évaluation normative n'était que marginale, le développement de la vision efficiente de la loi lui a permis de se frayer un chemin dans le paysage juridique français. Si le contexte a été tardivement favorable à la consécration de l'évaluation normative en France (A.), elle a malgré tout fait l'objet d'une consécration progressive (B.).

A. Un contexte tardivement favorable à la consécration de l'évaluation comme outil démocratique

Comme ne manque pas de le rappeler Vito Marinese, « dans le cadre d'une recherche d'efficacité, l'évaluation présente un intérêt qui n'est plus à démontrer »³⁵⁸³. Le changement de paradigme de la vision rousseauiste à la vision efficiente de la loi justifie le développement de l'évaluation normative (1.). De ce point de vue, elle s'impose progressivement comme un outil au service de la démocratie (2.).

1. L'évaluation normative : corollaire de la vision efficiente de la loi

371. - La définition de l'évaluation : une notion qui flirte avec l'efficience.

Rappelons que l'efficacité de la norme renvoie à «son aptitude à assurer la réalisation de certains objectifs, de l'efficacité des résultats enregistrés »³⁵⁸⁴. Il s'agit d'un « moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité, sans autre précision et donc, en particulier, sans porter de jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen »³⁵⁸⁵. Plusieurs définitions de l'évaluation se font l'écho d'un idéal d'efficacité de la norme. Le décret du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques propose une première définition de l'évaluation³⁵⁸⁶. Cette dernière « a pour objet de rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés »³⁵⁸⁷. Pour Jean-Claude Barbier, cela consiste à « mettre en forme des informations à caractère évaluatif – c'est-à-dire des connaissances construites à propos des conséquences (les résultats, les effets) des interventions

³⁵⁸³ Marinese V., L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, op. cit. p. 327.

³⁵⁸⁴ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

³⁵⁸⁵ Sibony A.-L., Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en Droit, op. cit. p. 61-64.

³⁵⁸⁶ Padirac (de) H., Le Parlement français et l'évaluation Une institutionnalisation impossible ?, LIEPP 2018.

³⁵⁸⁷ D. n°90-82, 22 janv. 1990, relatif à l'évaluation des politiques publiques.

que les acteurs en position de décision ont conduites »³⁵⁸⁸. Enfin, le Petit guide de l'évaluation du Conseil scientifique de l'évaluation qui « constate une démarche convergente »³⁵⁸⁹ en la matière va un peu plus loin. Il évoque « la collecte et le traitement d'informations sur l'action publique (que s'est-il passé ?), des préoccupations normatives (a-t-on bien fait ?), et/ou des préoccupations instrumentales (comment faire mieux ?) liées au bon fonctionnement et à l'efficacité des administrations et services publics »³⁵⁹⁰.

L'efficience de la norme renvoie pour sa part à « un rapport entre des moyens et une fin au regard des coûts »³⁵⁹¹. Elle implique donc nécessairement une conception plus empirique de la norme. Elle doit être évaluée pour déterminer si elle est effectivement pertinente, mais aussi estimer le coût de la mesure, apprécier si celui-ci est adapté par rapport aux effets recherchés et identifier ses potentiels effets secondaires. La définition de l'évaluation proposée par Annie Fouquet, ancienne présidente de la Société française de l'évaluation, y fait d'ailleurs explicitement référence. Selon elle, l'évaluation des politiques publiques « a pour objet d'apprécier la valeur de l'action publique au regard de sa pertinence, de son efficacité et de son efficience, afin d'éclairer le débat public et d'aider à la réforme »³⁵⁹².

372. - L'évaluation normative : fer de lance de la vision efficiente de la loi.

À mesure que la vision efficiente de la loi gagne du terrain, la question de la place de l'évaluation normative en France devient centrale³⁵⁹³. En effet, si le but est de « [s'intéresser] de manière pragmatique à la capacité de la loi à produire dans la réalité les effets recherchés »³⁵⁹⁴, quel meilleur moyen que l'évaluation pour l'atteindre ?

Le rapport Viveret de 1989 rappelle que « la demande d'évaluation est née historiquement de l'exigence d'une meilleure efficacité des États »³⁵⁹⁵. Comme le souligne Bertrand Mathieu, Professeur de Droit, « la loi ne dispose plus du seul fait de son existence d'un postulat d'efficacité. [...] Le législateur ne doit plus seulement voter la loi, il doit également se préoccuper des effets qu'elle produit »³⁵⁹⁶. La suprématie de la loi de lui étant plus intrinsèque, sa légitimité relève dorénavant de « son aptitude à assurer la réalisation de certains objectifs, de l'efficacité des résultats enregistrés »³⁵⁹⁷. L'évaluation de la loi apparaît alors comme une nécessité³⁵⁹⁸. L'avènement de la vision efficiente de la loi est alors conditionné à la mise en place effective de moyen d'évaluer les normes.

373. - Le développement de l'évaluation normative : conséquence de l'avènement la vision efficiente de la loi.

³⁵⁸⁸ Barbier J.-C., Les sources intellectuelles de l'évaluation des politiques publiques, Politiques et management public 2014.

³⁵⁸⁹ Rapp. AN n° 771, 15 mars 2018, sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques, p. 22.

³⁵⁹⁰ CSE, Petit guide de l'évaluation des politiques publiques, 1996, Documentation Française.

³⁵⁹¹ Sibony A.-L., Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en Droit., op. cit.

³⁵⁹² Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁵⁹³ Costa J.-P., Droit et évaluation, RFAP 1993 ; Mader L., L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation, RIDC 1986.

³⁵⁹⁴ Marinese V., L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, op. cit. p. 241.

³⁵⁹⁵ Viveret P., L'évaluation des politiques et des actions publiques - Propositions en vue de l'évaluation du revenu minimum d'insertion, 1989, Rapp. au Premier ministre.

³⁵⁹⁶ Mathieu B., Répartition des compétences normatives et qualité de la loi, in Roux A. et a., Autonomie régionale et locale et constitutions - La répartition des compétences normatives entre le parlement et le gouvernement, 2006, Economica, Annuaire international de justice constitutionnelle.

³⁵⁹⁷ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

³⁵⁹⁸ Ibid. Mathieu B.

Le système juridique français est resté sous l'égide de la conception rousseauiste de la loi jusqu'à la fin de la IV^e République³⁵⁹⁹. Alors que la vision efficiente de la loi était rêvée dès le début de la V^e République, elle ne s'est ancrée dans la pratique du Droit que dans les années quatre-vingt-dix³⁶⁰⁰. Force est de constater que l'évaluation normative n'était que marginale au début de la V^e République. Il convient malgré tout d'évoquer les enquêtes préalables et la « sociologie pré-législative »³⁶⁰¹, prémices de l'évaluation normative³⁶⁰².

Ce n'est qu'à partir des années quatre-vingt-dix que la conception efficiente prend réellement le relais de la vision rousseauiste³⁶⁰³. Le besoin de « mieux légiférer »³⁶⁰⁴ devient alors impérieux³⁶⁰⁵. Empirisme et pragmatisme sont au cœur des enjeux du législateur. La consécration de l'évaluation viendra alors appuyer cette démarche. Alors que les rapports martèlent l'importance d'évaluer la norme³⁶⁰⁶, de nombreux mécanismes évaluatifs seront mis en place à la fin du XX^e siècle. Du côté du Gouvernement, un important dispositif institutionnel d'évaluation des politiques publiques est mis en place par le décret du 22 janvier 1990³⁶⁰⁷. Le Parlement s'essaie également à l'exercice en créant des offices parlementaires d'évaluation³⁶⁰⁸, des missions d'évaluation sectorielles³⁶⁰⁹. Les études d'impact sont introduites à titre expérimental par la circulaire du Premier ministre daté du 21 novembre 1995³⁶¹⁰ et sont pérennisées par la circulaire du 18 mars 1996³⁶¹¹. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008³⁶¹² viendra ancrer cette pratique en renforçant le recours à l'évaluation et aux études d'impact³⁶¹³.

2. L'évaluation normative : un outil au service de la démocratie

374. - Évaluation normative : outil de lutte contre l'arbitraire et de participation au débat public.

³⁵⁹⁹ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

³⁶⁰⁰ Chevallier J., Peut-on rationaliser la production du Droit ?, op. cit. : « pendant longtemps, [le désir de mieux légiférer] était resté à l'état de vœu pieux, considéré comme un idéal inaccessible : s'il était présent de manière récurrente dans la doctrine juridique et dans le discours politique, aucune mesure effective n'était prise pour en assurer la concrétisation ; l'accent nouveau mis en France sur le thème (...) montre que le contexte a changé »

³⁶⁰¹ Carbonnier J., Sociologie juridique, 1978, PUF ; Carbonnier J., Sociologie juridique, Droit et Société 1994 ; Perrin J.-F., Jean Carbonnier et la sociologie législative, L'Année sociologique 2007.

³⁶⁰² Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

³⁶⁰³ Chevallier J., Peut-on rationaliser la production du Droit ?, op. cit.

³⁶⁰⁴ Ibid. Chevallier J., Peut-on rationaliser la production du Droit ?

³⁶⁰⁵ Rapp. CE n° 43, op. cit. ; Rapp. CE n° 57, op. cit.

³⁶⁰⁶ Viveret P., L'évaluation des politiques et des actions publiques, op. cit. ; Ibid. Rapp. CE n° 43.

³⁶⁰⁷ D. n° 90-82, 22 janv. 1990.

³⁶⁰⁸ L. n° 83-609, 8 juill. 1983 (Création de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPESCT)) ; L. n° 96-516, 14 juin 1996 (Création de l'office parlementaire d'évaluation des politiques publiques) ; L. n° 96-516, 14 juin 1996 (Création de l'office parlementaire d'évaluation de la législation) ; L. n° 2002-1487, 20 déc. 2002 (Création de l'office parlementaire d'évaluation des politiques de santé).

³⁶⁰⁹ Particulièrement la mission d'évaluation et de contrôle (MEC) mise en place en 1999 et les missions d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS) créée en 2004.

³⁶¹⁰ Circ., 21 nov. 1995.

³⁶¹¹ Circ., 26 janv. 1998.

³⁶¹² L. const. n° 2008-724, 23 juil. 2008.

³⁶¹³ Fatin-Rouge Stéfani M., Gay L., Vidal-Naquet A. (dir.), L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité, 2012, Bruylant.

Le rapport Viveret de 1989³⁶¹⁴, qui a contribué à la consécration de la démarche évaluative en France³⁶¹⁵, est un « véritable plaidoyer sur l'apport de l'évaluation dans le débat démocratique »³⁶¹⁶. Ce rapport défend les apports de l'évaluation à la démocratie de différents points de vue. Il part de l'idée qu'« évaluer une politique publique [...] c'est émettre un jugement sur la valeur de cette action »³⁶¹⁷. Il souligne alors que « le propre d'une société démocratique est d'entourer tout jugement d'un maximum de garanties, afin d'en éviter les abus ». Il démontre qu'afin de lutter contre l'arbitraire, l'évaluation contribue aux garanties suivantes : « indépendance », « compétence et rigueur », « transparence » et « pluralisme »³⁶¹⁸.

L'idée de l'évaluation comme outil démocratique, aussi ancienne soit-elle, subsiste et se développe. La mission d'information « Mieux évaluer pour mieux agir » souligne que l'évaluation des politiques publiques est « un enjeu de démocratie »³⁶¹⁹. L'idéal démocratique figure d'ailleurs au premier rang des trois enjeux d'une meilleure évaluation identifiés par l'Assemblée nationale dans son rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques³⁶²⁰. Il y est défendu l'idée selon laquelle « rendre plus accessibles et appropriables les évaluations de lois et de politiques publiques aux citoyens, aux scientifiques et aux médias, c'est donner à chacun des éléments de réflexion et de preuve pour se forger un avis et faire entendre sa voix dans le débat public »³⁶²¹. Ce rapport souligne d'ailleurs que « dans un pays démocratique, le savoir doit être à la portée de chacun, car il est un instrument d'émancipation et de participation à la vie publique »³⁶²².

375. - L'évaluation normative comme condition du respect des droits fondamentaux.

Le rapport Viveret de 1989³⁶²³ rappelle qu'au terme de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen « tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique »³⁶²⁴. Ce rapport considère que « définie dans sa logique démocratique, l'évaluation de l'action publique a pour objet la réalisation de [ce principe fondamental] »³⁶²⁵. S'il est considéré en France que l'évaluation peut permettre la concrétisation de principes fondamentaux de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, certains États lui accordent une place encore plus importante en matière de libertés et droits fondamentaux.

Le Droit prétorien allemand va jusqu'à considérer que, dans certains cas, « l'obligation d'évaluer les effets des lois est une condition du respect des droits fondamentaux »³⁶²⁶. Dans sa jurisprudence constante, le Bundesverfassungsgericht « impose au législateur de faire en sorte de réunir et d'exploiter systématiquement les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi et de corriger

³⁶¹⁴ Viveret P., L'évaluation des politiques et des actions publiques, op. cit.

³⁶¹⁵ D. n° 90-82, 22 janv. 1990.

³⁶¹⁶ Padirac (de) H., Le Parlement français et l'évaluation Une institutionnalisation impossible, op. cit.

³⁶¹⁷ Ibid. Viveret P.

³⁶¹⁸ Ibid. Viveret P.

³⁶¹⁹ Culture-epcc.fr, Présentation, Mieux évaluer pour mieux agir, 15 mars 2018.

³⁶²⁰ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 7 et s.

³⁶²¹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁶²² Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁶²³ Ibid. Viveret P.

³⁶²⁴ Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 14.

³⁶²⁵ Ibid. Viveret P.

³⁶²⁶ Bergel J.-L., Préface, in Morand C.-A. (dir.), Évaluation législative et lois expérimentales, 1993, PUAM.

celle-ci en fonction de cette évaluation, lorsqu'elle a des hésitations sur les effets d'une loi sur la jouissance des droits fondamentaux »³⁶²⁷. Alexandre Flückiger, professeur à l'Université de Genève, souligne que « le juge ne se substitue pas dans ce cas de figure au législateur ; il ne devient pas lui-même un évaluateur, mais prend en compte le principe d'efficacité en chargeant l'autorité institutionnellement compétente de l'intégrer dans son action comme critère de décision »³⁶²⁸. Ainsi, le tribunal constitutionnel fédéral allemand peut « [établir] une réserve de constitutionnalité qui entraîne pour le Parlement l'obligation d'observer l'évolution de la loi et de la corriger en tant que de besoin »³⁶²⁹.

B. Une consécration progressive de l'évaluation normative en Droit français

Le rapport d'information relatif à la simplification législative de 2014 souligne que : « L'amélioration de la fabrique de la loi passe par la mise en place d'un "cercle vertueux" de l'évaluation au sein duquel l'étude *ex post* de l'impact peut conduire à envisager des modifications de la norme adoptée – modifications qui, si elles trouvent une traduction législative, seront elles-mêmes soumises à une analyse *ex ante* de leur impact »³⁶³⁰. La France a progressivement accordé une place dans la fabrique du Droit aux évaluations *ex ante* (1.) et *ex post* (2.).

1. Développement de l'évaluation *ex ante* en France

376. - Évaluations *ex ante* : consécration des études d'impact.

Écho de la sociologie prélegislative³⁶³¹ défendue par Jean Carbonnier³⁶³², le travail d'enquête préalable a gagné du terrain dans les années quatre-vingt-dix³⁶³³. Les enquêtes réalisées auprès de divers spécialistes relativement à la procréation artificielle en amont de l'édiction des lois bioéthiques³⁶³⁴ en sont un exemple parmi d'autres. En outre, le Conseil d'État préconisait en 1991 qu'un « rapport de faisabilité »³⁶³⁵ soit établi en amont de chaque projet de loi afin de lutter contre « l'inefficacité des lois ». Cela viserait à évaluer « l'impact prévisible » des mesures envisagées, « l'ensemble des effets possibles sur les destinataires directement visés et sur d'autres publics », mais aussi « l'impact du projet sur d'autres politiques publiques »³⁶³⁶.

³⁶²⁷ Flückiger A., L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois, *Revue européenne des sciences sociales* 2007.

³⁶²⁸ Ibid. Flückiger A.

³⁶²⁹ Morand C.-A., *Formes et fonctions de l'évaluation législative*, LeGes 1999.

³⁶³⁰ Rapp. AN n° 2268, 9 oct. 2014, sur la simplification législative, p. 124.

³⁶³¹ Colloque art et science de la législation, Jean-Carbonnier 1908-2003, 5-6 nov. 2008, Paris ; Perrin J.F., Jean Carbonnier et la sociologie législative, *L'Année sociologique* 2007.

³⁶³² Jean Carbonnier est fondateur du Laboratoire de sociologie juridique en 1964. Il soulignait lors de son entretien avec S. Andrini et A.J. Arnaud, *Droit et Société*, 1995 que cela lui a permis de sortir de « sa recherche au coin du feu, pour une recherche sur le terrain », en recourant à la méthode des sondages.

³⁶³³ Chevallier J., *Les lois expérimentales le cas français*, op. cit. p. 122 et s.

³⁶³⁴ Memmi D., *Experts et fabrique de la norme*, in CURAPP, *Bio-éthique et droit*, 1982, PUF.

³⁶³⁵ Rapp. CE n° 43, op. cit.

³⁶³⁶ Delley J.-D., Flückiger A., *La légistique : une élaboration méthodique de la législation*, op. cit.

Raison d'être de l'étude d'impact³⁶³⁷, l'analyse prospective des effets d'une norme devient progressivement la règle. Préconisée par le rapport Picq de 1994³⁶³⁸, l'étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État est introduite à titre expérimental par la circulaire du Premier ministre daté du 21 novembre 1995³⁶³⁹ et est pérennisée par la circulaire du 18 mars 1996³⁶⁴⁰. Le caractère systématique des études d'impact sera hélas abandonné³⁶⁴¹ avec les circulaires du 26 août³⁶⁴² et du 30 septembre 2003³⁶⁴³, cette pratique devenant alors réservée aux « projets de lois et décrets les plus importants »³⁶⁴⁴. Les rapports s'accordent³⁶⁴⁵ : « l'expérience des études d'impact des projets de loi et de décret s'est révélée pour le moins mitigée et n'a pas fondamentalement amélioré, en France, les conditions de confection des textes »³⁶⁴⁶. Forte de ce constat, l'OCDE soutient en 2004 qu'il faut « redonner tout leur sens aux études d'impact »³⁶⁴⁷. Un rapport du Conseil d'État de 2006³⁶⁴⁸, un rapport au Premier ministre de 2007³⁶⁴⁹ et le rapport Balladur I de la même année³⁶⁵⁰ s'inscriront dans la lignée de l'OCDE en préconisant d'inscrire « la démarche d'étude d'impact dans un texte de valeur organique, par renvoi de la Constitution »³⁶⁵¹. La réforme constitutionnelle de 2008³⁶⁵², complétée par la loi organique du 15 avril 2009³⁶⁵³, sera l'occasion pour le pouvoir constituant de rendre obligatoires les études d'impact des projets de loi³⁶⁵⁴.

377. - L'expérimentation : une forme d'évaluation *ex ante*.

Le rapport de l'Assemblée nationale sur la simplification législative de 2014 préconisait d'« améliorer l'évaluation *ex ante* de l'impact en développant le recours à l'expérimentation »³⁶⁵⁵. Il rappelait que « le recours à l'expérimentation permet d'évaluer la qualité opérationnelle d'une législation dans un cadre spatial et temporel circonscrit, avant d'en envisager la pérennisation et l'extension à l'ensemble du territoire »³⁶⁵⁶. Nicolas Conso, alors chef du service innovation et services aux usagers au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, défend l'idée que l'expérimentation peut compléter les études d'impact dans une logique d'évaluation *ex ante* de la norme. Il souligne à cet égard que « les études d'impact *ex ante* portant sur de grandes réformes atteignent très vite leurs limites si elles n'ont pas subi l'épreuve du terrain » et la mise en œuvre de l'expérimentation permettrait de tester « des mesures plus audacieuses et de légiférer en toute connaissance de cause, le législateur pouvant

³⁶³⁷ Marinese V., L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, op. cit.

³⁶³⁸ Picq J., L'État en France : servir une nation ouverte sur le monde, 1994, Rapp. au Premier ministre

³⁶³⁹ Circ., 21 nov. 1995.

³⁶⁴⁰ Circ., 26 janv. 1998.

³⁶⁴¹ Ibid. Marinese V.

³⁶⁴² Circ., 26 août 2003.

³⁶⁴³ Circ., 30 sept 2003.

³⁶⁴⁴ Marinese V., L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, op. cit. p. 306.

³⁶⁴⁵ Rapp. CE, 1996, Sur le principe d'égalité ; Rapp. OCDE, 2004, La capacité du Gouvernement à produire des réglementations de grande qualité ; Rapp. CE, 1997, Bilan de l'application de la circulaire du 21 novembre 1995 relative aux études d'impact ; Étude de la Section du rapport et des études, mars 1997, p. 68.

³⁶⁴⁶ Combrade B.-L., L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, op. cit., p. 21.

³⁶⁴⁷ Rapp. OCDE, 2004, La capacité du Gouvernement à produire des réglementations de grande qualité.

³⁶⁴⁸ Rapp. CE n° 57, op. cit. p. 313 et s.

³⁶⁴⁹ Secrétariat général au Gouvernement, Réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'Etat, 2007, Rapp. au Premier ministre.

³⁶⁵⁰ Rapp. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, 30 oct. 2017.

³⁶⁵¹ Ibid. Combrade B.-L.

³⁶⁵² L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008.

³⁶⁵³ L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, art. 8 à 12.

³⁶⁵⁴ Const., 4 oct. 1958, art. 39 al. 3 & 4.

³⁶⁵⁵ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 84 et s.

³⁶⁵⁶ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

s'appuyer sur les enseignements du terrain »³⁶⁵⁷. Ainsi, on peut affirmer que « l'évaluation *ex ante* est même [une des raisons d'être des expérimentations] : expérimenter les effets des politiques sur de petits échantillons d'individus aussi soigneusement contrôlés que possible, avant d'envisager leur mise en œuvre en vraie grandeur »³⁶⁵⁸.

Si l'expérimentation peut compléter l'étude d'impact, elle ne lui est pas pour autant alternative. Dans un idéal d'efficacité et d'efficience, la mesure expérimentée devrait elle aussi faire l'objet d'une étude d'impact préalable. Elle devra également faire l'objet d'une évaluation *ex post* qui permettra de décider de sa pérennisation ou non. De ce point de vue, et bien que la méthode expérimentale s'inscrive dans une logique d'évaluation *ex ante*, nous continuerons à parler d'évaluation *ex ante* et d'évaluation *ex post* des normes expérimentées.

2. Développement de l'évaluation *ex post* en France

378. - Évaluation *ex post* des politiques publiques : une action initialement gouvernementale.

Hortense de Padirac, docteure en sciences politiques, souligne que l'évaluation des politiques publiques est « une compétence d'abord gouvernementale »³⁶⁵⁹. Elle rappelle que suite à l'arrivée du gouvernement Rocard à la fin des années quatre-vingt et sous l'influence du rapport Viveret de 1988³⁶⁶⁰, « l'évaluation des politiques publiques va être pleinement reconnue »³⁶⁶¹. Un important dispositif institutionnel d'évaluation des politiques publiques est mis en place par le décret du 22 janvier 1990³⁶⁶². Ce texte met en place le Comité interministériel de l'évaluation (CIME), le Conseil scientifique de l'évaluation (CSE) et le Fonds national de développement de l'évaluation (FNDE). Cependant, comme le souligne Hortense de Padirac³⁶⁶³, l'articulation entre ces structures s'avère délicate en pratique. Le décret du 18 novembre 1998³⁶⁶⁴ se fixera pour objectif de pallier ces lacunes. À cette fin, il instaure le Conseil National de l'Évaluation (CNE) qui succède au CSE. L'idéal de collaboration interministériel alors poursuivi atteint rapidement ses limites, conduisant dans un premier temps à la « mise en sommeil »³⁶⁶⁵ du CNE en 2002 puis à sa suppression en 2007.

Pierre angulaire de la modernisation de l'action publique³⁶⁶⁶, l'évaluation des politiques publiques par le Gouvernement fut rapidement relancée grâce à une succession de programmes³⁶⁶⁷. Le Gouvernement Fillon met en place en 2007 la Révision Générale des Politiques Publiques (RGPP) à cette fin. Elle sera détrônée en 2012 par la Modernisation de l'action publique (MAP)³⁶⁶⁸. La MAP s'était fixée pour

³⁶⁵⁷ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁶⁵⁸ Blanchet D., Hagneré C., Legendre F., Thibault F., Évaluation des politiques publiques, ex post et ex ante : l'apport de la microsimulation, Revue économique 2016.

³⁶⁵⁹ Padirac (de) H., Le Parlement français et l'évaluation Une institutionnalisation impossible, op. cit.

³⁶⁶⁰ Viveret P., L'évaluation des politiques et des actions publiques, op. cit.

³⁶⁶¹ Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁶² D. n° 90-82, 22 janv. 1990.

³⁶⁶³ Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁶⁴ D. n° 98-1048, 18 nov. 1998.

³⁶⁶⁵ Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁶⁶ Rouban L., La fin des technocrates, Presses de Science Po 1998, p. 13.

³⁶⁶⁷ Lacouette-Fougere C., Lascoumes P., L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ? , RFAP 2013 ; Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁶⁸ Ibid. Padirac (de) H.

objectif de « redonner au thème de l'évaluation toute son importance »³⁶⁶⁹ et s'était dotée à cette fin d'un « programme d'évaluation des politiques publiques sans précédent »³⁶⁷⁰. Le Gouvernement a poursuivi son objectif d'évaluation des politiques publiques avec le décret du 22 avril 2013³⁶⁷¹ qui met en place le Commissariat général à la stratégie et à la prospective (CGSP) qui deviendra France Stratégie. Ce service du Premier ministre comptera parmi ses missions celle de « participer à l'évaluation des politiques publiques »³⁶⁷². Cependant, cette mission évaluative ne restera que marginale, France Stratégie se consacrant majoritairement à son activité prospective³⁶⁷³.

Outre les insuffisances des mécanismes évaluatifs mis en place par les Gouvernements successifs, la pertinence de ces actions doit être interrogée. Le Gouvernement est-il le plus à même d'évaluer les politiques publiques ? Cette fonction ne reviendrait-elle pas davantage au Parlement ? Jacques Chevallier affirmait en 1995 que c'est « en se donnant les moyens de construire une authentique fonction d'évaluation et en assumant toutes les implications inhérentes à cette exigence que le Parlement peut retrouver prise sur le processus normatif et rééquilibrer le jeu des institutions »³⁶⁷⁴.

379. - Évaluation *ex post* des politiques publiques : un rôle croissant du Parlement.

Le rôle du Parlement dans l'analyse *a posteriori* des normes s'est d'abord cantonné au contrôle de l'application des lois. Initiée en 1990 avec l'examen de l'application des dispositions fiscales, cette pratique a été élargie à toutes les commissions en 2004³⁶⁷⁵. Depuis 2009³⁶⁷⁶, l'article 145-7 du Règlement de l'Assemblée nationale dispose que « à l'issue d'un délai de six mois suivant l'entrée en vigueur d'une loi dont la mise en œuvre nécessite la publication de textes de nature réglementaire, deux députés [...] présentent à la commission compétente un rapport sur la mise en application de cette loi »³⁶⁷⁷. Ces rapports « se focalisent surtout sur la vérification de ce que les décrets d'application d'une loi ont bien été pris et, le cas échéant, sur les raisons invoquées par l'exécutif pour justifier un retard d'adoption de ces décrets »³⁶⁷⁸. Si les commissions permanentes étaient tenues d'étudier l'application de la loi, elles n'avaient pas pour autant une obligation d'évaluer leur efficacité.

Dans les années quatre-vingt-dix, « fort d'une nouvelle ambition évaluative »³⁶⁷⁹, le Parlement a tenté de développer des outils d'évaluation. En premier lieu, il a créé par la loi des organes permanents à cette fin. Il s'agit des offices parlementaires d'évaluation. On y décompte : l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPESCT)³⁶⁸⁰, l'office parlementaire d'évaluation des

³⁶⁶⁹ Chevallier J., La "Modernisation de l'action publique" en question, RFAP 2016.

³⁶⁷⁰ Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁷¹ D. n° 2013-333, 22 avril 2013.

³⁶⁷² Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁷³ Ibid. Padirac (de) H. : « Quatre cinquièmes des moyens de France Stratégie sont alloués à la réalisation d'analyses prospectives ; un peu moins d'un cinquième des moyens sont consacrés à l'évaluation de politiques publiques. De 2016 à 2017, France Stratégie a ainsi procédé à quatre évaluations : le Crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi ; la politique d'innovation en France ; le programme d'investissement d'avenir ; les aides publiques aux entreprises. »

³⁶⁷⁴ Chevallier J., L'évaluation législative : un enjeu politique, in Bergel J.-L., Delacomp A. (dir.), Contrôle parlementaire et évaluation, 1995, La Documentations française.

³⁶⁷⁵ Assemblée-nationale.fr, Rôle et pouvoirs de l'Assemblée nationale, Fiche de synthèse n° 52 : Le contrôle de l'application des lois et l'évaluation de la législation et des politiques publiques.

³⁶⁷⁶ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 125 et s.

³⁶⁷⁷ Règlement de l'Assemblée nationale, 1959, art. 145-7.

³⁶⁷⁸ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁶⁷⁹ Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁸⁰ L. n° 83-609, 8 juill. 1983.

politiques publiques³⁶⁸¹, l'office parlementaire d'évaluation de la législation³⁶⁸² et l'office parlementaire d'évaluation des politiques de santé³⁶⁸³. En second lieu, des missions d'évaluation sectorielles ont été mises en place. De ce point de vue, peuvent notamment être évoquées la mission d'évaluation et de contrôle (MEC) mise en place en 1999 au sein de la commission des Finances de l'Assemblée nationale et les missions d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS) créée en 2004 au sein des commissions des Affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat³⁶⁸⁴. En troisième lieu, la loi organique relative aux lois de finances de 2001³⁶⁸⁵ accroit le rôle du Parlement « tant pour l'autorisation budgétaire (droit d'amendement) que pour le contrôle de l'exécution avec l'assistance de la Cour des comptes »³⁶⁸⁶. L'article 57 de la LOLF dispose que « les commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances suivent et contrôlent l'exécution des lois de finances et procèdent à l'évaluation de toute question relative aux finances publiques »³⁶⁸⁷. Les premières pierres du rôle évaluatif du Parlement sont ainsi posées³⁶⁸⁸.

Il faudra cependant attendre la réforme constitutionnelle de 2008 pour voir le Parlement se doter d'une véritable mission générale d'évaluation des politiques publiques. Au terme de l'article 24 de la Constitution, le Parlement « vote la loi », « contrôle l'action du Gouvernement » et « évalue les politiques publiques »³⁶⁸⁹. Si les deux premiers sont des compétences traditionnelles du Parlement, le troisième est ajouté par la révision du 23 juillet 2008³⁶⁹⁰. Hortense de Padirac rappelle qu'à cette occasion « le Constituant a fait du contrôle et de l'évaluation des politiques publiques l'un des leviers majeurs de revalorisation de la place du Parlement dans les institutions »³⁶⁹¹. Le rapport de l'Assemblée nationale sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques souligne que « la France est avec la Suisse un des rares pays à avoir inscrit dans sa loi fondamentale le principe de l'évaluation des politiques publiques par le Parlement »³⁶⁹². À la suite de la constitutionnalisation de la fonction évaluative du Parlement, des instances de contrôle opérationnel seront créées dans chaque chambre. La réforme du Règlement de l'Assemblée nationale du 27 mai 2009 a conduit à la création du comité d'évaluation et de contrôle (CEC). L'article X bis de l'Instruction générale du Bureau du Sénat institue en novembre 2011 la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois³⁶⁹³.

380. - Évaluation *ex post* des politiques publiques : un rôle émergent des acteurs locaux.

Dans son étude annuelle de 2020 relative à l'évaluation des politiques publiques, le Conseil d'État rappelle que, selon la Société française de l'évaluation, deux mille six cents évaluations auraient été produites entre 2007 et 2017 et elles proviennent pour 45% de l'État (ministères, administrations centrales, établissements publics...) et pour 41% des collectivités territoriales³⁶⁹⁴. Le rôle des collectivités

³⁶⁸¹ L. n° 96-516, 14 juin 1996.

³⁶⁸² Ibid. L. n° 96-516.

³⁶⁸³ L. n° 2002-1487, 20 déc. 2002.

³⁶⁸⁴ Rapp. AN n° 2268, op. cit. 127 et s.

³⁶⁸⁵ L. org. n° 2001-692, 1er août 2001.

³⁶⁸⁶ Mordacq F., Premier bilan de la LOLF 5 ans après sa mise en œuvre, RFFP 2011.

³⁶⁸⁷ L. org. n° 2001-692, loc. cit. art. 57.

³⁶⁸⁸ Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁸⁹ Const., 4 oct. 1958, art. 24.

³⁶⁹⁰ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008.

³⁶⁹¹ Ibid. Padirac (de) H.

³⁶⁹² Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 50.

³⁶⁹³ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁶⁹⁴ Rapp. CE, 3 sept. 2020, Faire de l'évaluation des politiques publiques un véritable outil de débat démocratique et de décision.

territoriales en matière d'évaluation *in itinere* et *ex post*³⁶⁹⁵ est donc central. Cependant, le Conseil d'État constate non seulement que « dans les collectivités territoriales, les pratiques évaluatives sont inégales et marquées par des discontinuités liées au contexte institutionnel » mais également que « les politiques décentralisées, et souvent partagées avec l'État, mettent en évidence la nécessité de développer des évaluations partenariales et de sensibiliser les associations d'élus à cette problématique »³⁶⁹⁶. Le Conseil d'État et la Cour des comptes rappellent que « avec l'imbrication croissante des compétences de l'État et des différentes collectivités territoriales dans de nombreux champs de l'action publique (social, emploi, urbanisme, aménagement du territoire...), la réussite des réformes et des politiques publiques dépend de plus en plus de leur mise en œuvre sur le territoire »³⁶⁹⁷. De ce point de vue, ils considèrent que « seule une démarche d'évaluation conjointe et croisée permet d'en mesurer véritablement l'efficacité tout en légitimant le rôle des différents niveaux de collectivités »³⁶⁹⁸.

Afin de renforcer et de clarifier l'évaluation locale des politiques publiques, le projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (3DS) prévoit notamment une nouvelle mission d'évaluation des politiques publiques territoriales des chambres régionales des comptes³⁶⁹⁹.

§2. L'évaluation de l'expérimentation : condition à sa mise en œuvre

Claude Bernard relève que « dans les sciences expérimentales, la mesure des phénomènes est un point fondamental, puisque c'est par la détermination quantitative d'un effet relativement à une cause donnée que la loi des phénomènes peut être établie ». L'idée selon laquelle l'évaluation est la pierre angulaire de toute expérimentation ne saurait se cantonner aux sciences expérimentales et s'étend jusqu'à l'expérimentation juridique. Le législateur peut alors souscrire à la maxime de Claude Bernard selon laquelle « quand l'expérience infirme l'idée préconçue, l'expérimentateur doit rejeter ou modifier son idée ». Jacques Chevallier ne manque pas de rappeler à cet égard que « c'est la conjonction du caractère temporaire et de l'existence d'un engagement d'évaluation qui constitue la spécificité des lois expérimentales »³⁷⁰⁰. Si l'évaluation est progressivement consacrée comme une condition de l'expérimentation (A.), les contours de cette obligation demeurent incertains (B.).

A. L'évaluation comme condition de l'expérimentation : une consécration progressive

³⁶⁹⁵ Le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2020 souligne que les évaluations alors identifiées sont principalement des évaluations *in itinere* et *ex post*, les évaluations *ex ante* ne représentant que 12% des évaluations identifiées.

³⁶⁹⁶ Rapp. CE, 3 sept. 2020, op. cit.

³⁶⁹⁷ Conseil-etat.fr, Actualités, Colloque conjoint Conseil d'État et Cour des comptes, [Revoir] L'enjeu de l'évaluation des politiques publiques territoriales et partagées, déc. 2021.

³⁶⁹⁸ Ibid. Conseil-etat.fr.

³⁶⁹⁹ Projet de loi n° 4978 et n° 423, 31 janv. 2022.

³⁷⁰⁰ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

Le Conseil d'État³⁷⁰¹ et le Conseil constitutionnel³⁷⁰² définissent les conditions de mise en œuvre d'expérimentations juridiques qui sont résumées en ces termes par Jacques Chevallier en 1996 : il convient « qu'un terme soit fixé », « que ce terme soit fixé dans le texte même, *ab initio* », « qu'une évaluation des effets soit prévue » et « que la pérennisation éventuelle du dispositif soit subordonnée à l'adoption d'une loi »³⁷⁰³. Sous la plume du Droit prétorien, l'évaluation de l'expérimentation apparaît donc comme une condition de sa mise en œuvre (1.). Le pouvoir constituant viendra partiellement conforter cette position à l'occasion de la réforme constitutionnelle de 2003³⁷⁰⁴ (2.).

1. L'évaluation : condition initialement consacrée par le Droit prétorien

381. - Une consécration initiée à demi-mot par le Conseil d'État.

Le rapport Piron souligne en 2003 que « le Conseil d'État a [...] cherché à intégrer la norme expérimentale dans l'ordonnancement juridique ; ses décisions de caractère juridictionnel sont peu nombreuses et remontent à plus de trente ans »³⁷⁰⁵. Le Conseil d'État a ainsi été amené à se prononcer sur la conformité d'expérimentations administratives³⁷⁰⁶ partielles³⁷⁰⁷ au principe d'égalité, particulièrement dans sa fonction de conseil au Gouvernement.

Dans sa fonction de juge administratif, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé directement sur la question de l'acceptabilité de l'expérimentation et des conditions de mise en œuvre de cette dernière. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une expérimentation à proprement parler, l'arrêt Pény de 1967³⁷⁰⁸ fut l'occasion pour le juge administratif d'autoriser « l'administration à déroger au principe d'égalité en appliquant de manière progressive une norme légale »³⁷⁰⁹. La décision *Ordre des avocats de 1968*³⁷¹⁰ se fait l'écho de l'arrêt Pény : pour le Conseil d'État « l'essentiel est que l'application progressive soit faite sans arbitraire et sur la base de critères qu'il puisse contrôler »³⁷¹¹.

Dans sa fonction de conseil au Gouvernement, le Conseil d'État s'est davantage aventuré à préciser sa position en ce qui concerne l'expérimentation³⁷¹². C'est à l'occasion d'un avis d'Assemblée générale³⁷¹³ qu'il accepte l'expérimentation et en définit les contours³⁷¹⁴. En l'espèce, le Conseil d'État avait été saisi d'une demande d'avis par le ministre de l'Équipement concernant l'expérimentation de nouvelles conditions tarifaires au seul TGV Nord Europe. Le Conseil d'État commence par rappeler que l'activité de la SNCF doit être conforme aux principes du service public, particulièrement au principe d'égalité. Il admet ensuite cette différence de traitement à condition qu'elle poursuive un but d'intérêt général

³⁷⁰¹ CE, avis, 24 juin 1993, n° 353605.

³⁷⁰² Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC.

³⁷⁰³ Chevallier J., *Les lois expérimentales*, op. cit.

³⁷⁰⁴ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

³⁷⁰⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 12.

³⁷⁰⁶ Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

³⁷⁰⁷ Ibid. Chevallier J., *Les lois expérimentales*.

³⁷⁰⁸ CE, 13 oct. 1967, n° 64778.

³⁷⁰⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³⁷¹⁰ CE, 21 févr. 1968, n° 68615.

³⁷¹¹ Ibid. Chevallier J., *Les lois expérimentales*.

³⁷¹² Ibid. Rapp. AN n° 955.

³⁷¹³ CE, avis, 24 juin 1993, n° 353605.

³⁷¹⁴ Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

et qu'elle soit limitée dans le temps. Il ajoute qu'il « appartient donc à la SNCF de définir rapidement les critères objectifs lui permettant de délimiter, sur des bases incontestables, le champ d'application définitif de son nouveau régime tarifaire »³⁷¹⁵. Cette précision pose les premières pierres de l'édifice de l'évaluation de l'expérimentation. Le Conseil d'État admet ainsi qu'il est nécessaire d'évaluer l'expérimentation afin de la pérenniser, mais également que les critères fondant cette évaluation doivent être définis en amont de cette dernière.

382. - Une consécration sacralisée explicitement par le Conseil constitutionnel.

Dans un second temps, le juge constitutionnel a conforté cette vision et lui a conféré toute sa force. À l'occasion de sa décision de 1993 relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, le Conseil constitutionnel a « admis le principe de la règle expérimentale, en l'assortissant de plusieurs conditions »³⁷¹⁶. Il admet « qu'il est même loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations [...] de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles [...] »³⁷¹⁷ tout en précisant les conditions dans lesquels cela est possible. Ainsi, le législateur est tenu de définir précisément « la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon »³⁷¹⁸. En l'espèce, le juge constitutionnel conclut à la non-conformité de la loi expérimentale à la Constitution, notamment en ce que l'évaluation de la norme expérimentée n'était qu'une faculté donnée au législateur et non une obligation à laquelle il était tenu. Il fait ainsi de l'évaluation *ex post* de l'expérimentation une obligation à valeur constitutionnelle³⁷¹⁹. Il ajoute que le législateur est tenu de préciser « les conditions dans lesquelles [il est possible] de mettre fin à une expérimentation au vu des résultats de cette évaluation »³⁷²⁰.

Le juge constitutionnel complète son analyse à l'occasion de sa décision du 21 janvier 1994, modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication³⁷²¹, particulièrement en rappelant que les expérimentations doivent être réalisées pour une durée limitée³⁷²². Sa décision du 6 novembre 1996 concernant la négociation collective dans l'entreprise³⁷²³ ainsi que celle du 17 janvier 2002 relative à la Corse³⁷²⁴ sont l'occasion de rappeler les garde-fous qu'il a mis en place en matière d'expérimentation³⁷²⁵, notamment en ce qui concerne l'évaluation.

C'est particulièrement afin de ne pas « opposer frontalement le principe d'égalité à celui de l'expérimentation »³⁷²⁶ que le Conseil constitutionnel a explicité les conditions de validité des normes expérimentales dans ces différentes décisions. Ainsi, le respect de ces dernières, notamment l'obligation

³⁷¹⁵ CE, avis, 24 juin 1993, n° 353605.

³⁷¹⁶ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 11.

³⁷¹⁷ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

³⁷¹⁸ Ibid. Cons. const., 28 juill. 1993.

³⁷¹⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³⁷²⁰ Ibid. Cons. const., 28 juill. 1993.

³⁷²¹ Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC.

³⁷²² Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

³⁷²³ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC.

³⁷²⁴ Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³⁷²⁵ Ibid. Crouzatier-Durand F.

³⁷²⁶ Ibid. Rapp. AN n° 955.

d'évaluation, « ne met pas l'expérimentation législative en contradiction avec le principe d'égalité »³⁷²⁷.

2. L'évaluation : condition rappelée par le pouvoir constituant

383. - L'évaluation : une nécessité rappelée théoriquement par le pouvoir constituant.

Alors qu'il s'attèle à la constitutionnalisation de l'expérimentation, le législateur ne perd pas de vue la nécessité d'évaluer cette dernière. Le besoin d'évaluation était d'ailleurs rappelé dans le dispositif de dérogation législative envisagé pour la Corse en 2002³⁷²⁸ qui a partiellement conduit à la constitutionnalisation de l'expérimentation³⁷²⁹. S'inspirant de la jurisprudence du Conseil d'État³⁷³⁰ et des décisions du Conseil constitutionnel³⁷³¹, le pouvoir constituant fait de l'évaluation un des « critères de l'expérimentation »³⁷³². Dans ce nouveau cadre constitutionnel, « l'expérimentation exige [...] un changement des méthodes de travail, qui devront désormais mettre l'accent sur la pratique de l'évaluation »³⁷³³. Le rapport de Pascal Clément relatif à la réforme constitutionnelle de 2003 précise d'ailleurs que « dans ce nouveau processus normatif, le Parlement devra trouver toute sa place en se dotant des outils nécessaires pour suivre les expérimentations qu'il aura autorisées »³⁷³⁴.

L'atteinte portée au principe d'égalité dans le cadre d'une expérimentation n'est justifiée qu'à la condition que l'autorité compétente se soit préalablement fixé un objectif précis et « se [donne] les moyens nécessaires pour savoir si la mesure testée pour l'atteindre est pertinente »³⁷³⁵. L'évaluation est la clef de voûte de l'équilibre entre expérimentation et égalité. Dominique Perben, alors garde des Sceaux, affirmait en 2003 lors des débats relatifs à la réforme que « le fait d'inscrire le principe d'expérimentation dans la Constitution modifie l'équilibre entre le principe d'égalité et le principe d'expérimentation »³⁷³⁶. À mesure que l'opposition entre ces deux principes s'amenuise, la place de l'évaluation grandit. La volonté de renforcer l'expérimentation dans le respect du principe d'égalité a conduit le législateur non seulement à rappeler, mais également à renforcer, l'évaluation en matière expérimentale.

384. - L'évaluation : une obligation à géométrie variable selon la nature de l'expérimentation ?

Comme le souligne la Mission Flash relative à l'expérimentation et à la différenciation territoriale, « une distinction peut être opérée entre les expérimentations de l'article 72, alinéa 4, qui doivent obligatoirement faire l'objet d'une évaluation [...], et les expérimentations de l'article 37-1, auxquelles cette obligation ne s'impose pas »³⁷³⁷.

³⁷²⁷ Cruzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit.

³⁷²⁸ L. n° 2002-92, 22 janv. 2002.

³⁷²⁹ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 14 : « bien que prévisible, cette décision met fin à toute velléité de raisonner dans le cadre non modifié de la Constitution de 1958 »

³⁷³⁰ CE, 13 oct. 1967, n° 64778 ; CE, 21 févr. 1968, n° 68615 ; Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 12.

³⁷³¹ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC ; Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC ; Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³⁷³² Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 16.

³⁷³³ Rapp. AN n° 376, op. cit., p. 76.

³⁷³⁴ Ibid. Rapp. AN n° 376.

³⁷³⁵ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p.39 & s.

³⁷³⁶ JO n° 63, 22 nov. 2002, p. 141 et s.

³⁷³⁷ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 12.

Si l'obligation d'évaluation « ne figure pas explicitement dans le quatrième alinéa de l'article 72 »³⁷³⁸, les expérimentations-dérogation y sont malgré tout tenues. Rappelée à plusieurs reprises lors de l'examen du projet de révision constitutionnelle³⁷³⁹, l'évaluation n'est pas laissée pour compte et est prévue par la loi organique³⁷⁴⁰. Cette dernière visait notamment à « déterminer les conditions de sortie de l'expérimentation, les modalités de son évaluation et le retour à la norme générale en cas d'échec de la procédure »³⁷⁴¹. S'inspirant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁷⁴², le législateur prévoit l'évaluation des expérimentations législatives à l'article LO 1113-5 du Code général des collectivités territoriales³⁷⁴³ et celle des expérimentations administratives à l'article LO 1113-7 du même code³⁷⁴⁴. L'article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales³⁷⁴⁵, rédigé pour les expérimentations législatives, mais auquel il est fait référence dans l'article LO 1113-7³⁷⁴⁶ relatif aux expérimentations administratives, fait de l'évaluation plus qu'une condition de l'évaluation. En effet, l'amendement n° 8 présenté par Michel Piron prévoyait d'ajouter à cet article que les différentes suites possibles de l'expérimentation (prolongation ou modification, généralisation ou abandon) sont déterminées « au vu de son évaluation »³⁷⁴⁷. Celui-ci ayant été adopté, l'évaluation est une condition de la pérennisation de l'expérimentation.

Affirmer que l'obligation d'évaluation ne s'applique pas aux expérimentations-transfert de l'article 37-1 de la Constitution est un peu hâtif. L'évaluation n'est pas explicitement prévue par le pouvoir constituant pour les expérimentations-transfert. Pourtant, on pouvait supposer qu'elle demeure nécessaire à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'État³⁷⁴⁸ ainsi que des décisions du Conseil constitutionnel³⁷⁴⁹ précédant 2003. Si le manque de précisions du pouvoir constituant en la matière a pu laisser planer des incertitudes, le Conseil constitutionnel a vite fait de les lever. Dès la première mise en œuvre de l'article 37-1 de la Constitution, à l'occasion de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales³⁷⁵⁰, le Conseil constitutionnel a souligné que « l'article 37-1 de la Constitution [...] permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi [...] toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle »³⁷⁵¹. Dans sa décision du 13 décembre 2007 relative à la loi de financement de la sécurité sociale, le Conseil constitutionnel ajoute qu'il « serait amené à censurer des dispositions qui [...] seraient en réalité non pas d'application expérimentale, mais d'application bornée dans le temps »³⁷⁵². De ce point de vue, et comme le soulignent Évelyne

³⁷³⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 34.

³⁷³⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

³⁷⁴⁰ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³⁷⁴¹ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 76.

³⁷⁴² Ibid. Rapp. AN n° 955.

³⁷⁴³ CGCT, art. LO 1113-5.

³⁷⁴⁴ CGCT, art. LO 1113-7.

³⁷⁴⁵ CGCT, art. LO 1113-6.

³⁷⁴⁶ CGCT, art. LO 1113-7. « L'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà de l'expiration du délai mentionné par le décret en Conseil d'État qui l'avait autorisée, si elle n'a fait l'objet, par décret en Conseil d'État, de l'une des mesures prévues à l'article LO 1113-6. »

³⁷⁴⁷ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 45.

³⁷⁴⁸ CE, 13 oct. 1967, n° 64778 ; CE, 21 févr. 1968, n° 68615.

³⁷⁴⁹ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC ; Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC ; Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³⁷⁵⁰ L. n° 2004-809, 13 août 2004.

³⁷⁵¹ Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC.

³⁷⁵² Cons. const., 13 déc. 2007, n° 2007-558 DC.

Serverin et Bernard Gomel, « une évaluation est toujours nécessaire, quelles que soient les modalités expérimentales choisies »³⁷⁵³.

B. L'évaluation de l'expérimentation : une mise en œuvre insuffisante

Le Conseil d'État³⁷⁵⁴ et le Conseil constitutionnel³⁷⁵⁵ s'accordent donc : l'expérimentation est conditionnée à son évaluation³⁷⁵⁶. Le constituant les soutient en 2003. L'évaluation est bien nécessaire au respect du principe d'égalité dans la mise en œuvre d'expérimentations. La promesse est belle. Pour qu'elle ne devienne pas considération oiseuse, elle doit cependant être concrétisée. Il est pourtant indéniable que l'expérimentation fait encore l'objet de généralisations précoces (1.) ainsi que prolongation ou abandon en l'absence d'évaluation (2.).

1. Généralisation précoce de l'expérimentation

385. - Des généralisations en l'absence d'évaluation.

Le Conseil d'État, dans son rapport de 2019 relatif aux expérimentations et à l'innovation dans la conduite des politiques publiques, soulignait que « trop d'expérimentations sont encore généralisées avant d'être évaluées et avant même que l'administration ne dispose d'un bilan suffisant sur leur mise en œuvre »³⁷⁵⁷. Afin d'illustrer son propos, le Conseil d'État cite plusieurs expérimentations, des expérimentations-transfert comme des expérimentations-dérogation, dont la généralisation a été décidée avant la finalisation de leur évaluation.

Malgré les précisions apportées par la loi organique du 1^{er} août 2003³⁷⁵⁸ en ce qui concerne l'évaluation des expérimentations-dérogation, deux des quatre expérimentations menées sur le fondement du quatrième alinéa de la Constitution depuis 2003 sont évoquées par le Conseil d'État³⁷⁵⁹. Il dénonce la généralisation précoce de l'expérimentation du revenu de solidarité active (RSA) en 2009³⁷⁶⁰ ainsi que celle de l'accès à l'apprentissage pour les jeunes âgés de 29 ans en 2018³⁷⁶¹. Les efforts du législateur concernant l'évaluation des expérimentations-dérogation n'ont donc pas suffi à en assurer la réalisation. De ce point de vue, il n'est pas étonnant que de nombreuses expérimentations-transfert, qui ne jouissent pas du régime prévu par la loi organique du 1^{er} août 2003³⁷⁶², soient également citées par le Conseil d'État dans son rapport de 2019³⁷⁶³. Il évoque notamment la généralisation de la Garantie

³⁷⁵³ Severin E., Gomel B., L'expérimentation des politiques publiques dans tous ses états, Informations sociales 2012.

³⁷⁵⁴ CE, avis, 24 juin 1993, n° 353605.

³⁷⁵⁵ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC ; Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC ; Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³⁷⁵⁶ Rapp. AN n° 955, op. cit.

³⁷⁵⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 39.

³⁷⁵⁸ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³⁷⁵⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁷⁶⁰ L. n° 2008-1249, 1^{er} déc. 2008.

³⁷⁶¹ L'ouverture de l'apprentissage est finalement possible jusqu'à l'âge de 29 ans révolus : L. n° 2018-771, 5 sept. 2018, art. 13.

³⁷⁶² Ibid. L. org. n° 2003-704.

³⁷⁶³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

Jeunes en 2017³⁷⁶⁴ et celle de l'autorisation environnementale et du certificat de projet la même année³⁷⁶⁵. Le Conseil d'État souligne que ces « généralisations précoces sont souvent dommageables »³⁷⁶⁶ et cela pour plusieurs raisons. Ainsi, « elles privent l'autorité compétente du bénéfice même de l'expérimentation – l'éclairer avant la décision »³⁷⁶⁷. En outre, « elles découragent les services et les acteurs concernés, qui ont « joué le jeu » de l'expérimentation et qui ont mobilisé du temps et de l'énergie pour la déployer »³⁷⁶⁸. Enfin, elles « [affaiblissent] le recours à l'expérimentation comme instrument d'une action publique plus rationnelle car fondée sur les preuves »³⁷⁶⁹.

En 2020, à l'occasion de son rapport d'information sur le bilan annuel de l'application des lois, le Sénat se fait l'écho du Conseil d'État en ce qui concerne la « généralisation précoce de l'expérimentation »³⁷⁷⁰. Il met en lumière l'effort de contrôle du Conseil constitutionnel en la matière. Ainsi, dans sa décision du 20 décembre 2019, le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer en ce qui concerne l'expérimentation prévue à l'article 113 de la loi d'orientation des mobilités³⁷⁷¹ relative à l'enregistrement audiovisuel au moyen de caméras individuelles par des agents assermentés de l'exploitant du service de transport ou des agents assermentés d'une entreprise de transport agissant pour le compte de l'exploitant³⁷⁷², notamment des agents de la RATP ou de la SNCF. À cette occasion, Il rappelle que « le Gouvernement ne saurait être autorisé à procéder à la généralisation d'une expérimentation par le Parlement, sans que ce dernier dispose d'une évaluation de celle-ci ou, lorsqu'elle n'est pas arrivée à son terme, sans avoir précisément déterminé les conditions auxquelles une telle généralisation pourra avoir lieu »³⁷⁷³. De ce point de vue, il censure l'expérimentation prévue à l'article 113 de la loi d'orientation des mobilités, « qui habilitait par ailleurs le Gouvernement à généraliser cette expérimentation, en l'adaptant si nécessaire, par ordonnance dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la loi »³⁷⁷⁴. Si l'effort est louable, le Sénat rappelle cependant que « le Conseil constitutionnel ne censure pas systématiquement les généralisations d'expérimentations qui n'ont pas été pleinement évaluées »³⁷⁷⁵. Il cite alors une autre expérimentation ayant fait l'objet d'une généralisation hâtive : celle Pôles inclusifs d'accompagnement localisés (PIAL) qui devait commencer à la rentrée 2018. Il souligne que « le Gouvernement n'a cependant pas attendu la mise en œuvre de l'expérimentation, les PIAL ayant été généralisés et inscrits dans la loi n° 2019-791 pour une école de la confiance qui entérine leur création, effective dès la rentrée 2019 ».

386. - Des généralisations ne tenant pas pleinement compte de l'évaluation de l'expérimentation.

Outre les cas où une expérimentation est pérennisée en l'absence d'évaluation, ceux où l'évaluation existe, mais n'est que peu ou prou utilisée pour décider du sort de l'expérimentation doivent être évoqués. Marie Bomare et Gaëlle Marraud Des Grottes soulignent à cet égard que « l'évaluation finale

³⁷⁶⁴ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 46.

³⁷⁶⁵ Ord. n° 2017-80, 26 janv. 2017.

³⁷⁶⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit.

³⁷⁶⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁷⁶⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁷⁶⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁷⁷⁰ Rapp. Sénat n° 523, 17 juin 2020, sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2020.

³⁷⁷¹ L. n° 2019-1428, 24 déc. 2019, art. 113. « À titre expérimental, dans l'exercice de leurs missions prévues à l'article L. 2241-1 du Code des transports et dans le cadre de la prévention des atteintes à l'ordre public, les agents assermentés mentionnés au 4° du I du même article L. 2241-1 peuvent procéder en tous lieux, au moyen de caméras individuelles, à un enregistrement audiovisuel de leurs interventions lorsque se produit ou est susceptible de se produire un incident, eu égard aux circonstances de l'intervention ou au comportement des personnes concernées. »

³⁷⁷² C. transp., art. L2241-1.

³⁷⁷³ Cons. const., 20 déc. 2019, n° 2019-794 DC.

³⁷⁷⁴ Ibid. Rapp. Sénat n° 523.

³⁷⁷⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 523.

est trop souvent négligée (manque de neutralité de l'évaluateur, évaluation trop précoce, etc.) conduisant à des généralisations prématurées ou injustifiées »³⁷⁷⁶.

La réalisation d'évaluation, mais l'absence de remise du rapport d'évaluation au Parlement vient également limiter l'intérêt de celle-ci. Le Sénat dans son rapport d'information sur le bilan annuel de l'application des lois de 2020 rappelle que « ces rapports sont une source d'information indispensable au bilan d'une expérimentation »³⁷⁷⁷. Alors qu'il avait déjà tiré la sonnette d'alarme en 2017 quant à l'existence de rapports d'évaluation non remis au Parlement³⁷⁷⁸, il réitère ses inquiétudes en 2020. En 2017, il illustre son propos avec l'absence de transmission du Gouvernement au Parlement du rapport sur l'expérimentation prévue par l'article 3 de la loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public³⁷⁷⁹, « rapport qui lui avait pourtant permis de tirer les conclusions de l'expérimentation » et conduit à l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016³⁷⁸⁰. Ses avertissements de 2017 n'ayant pas suffi, le Gouvernement lui offre sur un plateau un autre exemple de ce type de manquements en 2018. Ainsi, le Sénat souligne en 2020 que « le même constat s'applique au dispositif expérimental des « emplois francs » prévu à l'article 175 de la loi de finances pour 2018 »³⁷⁸¹. Si l'évaluation est bien menée, mais que son bilan n'est pas transmis au Parlement, son intérêt n'est que relatif. Dans ce type de situation, l'évaluation apparaît davantage comme un faire-valoir de la mesure que comme l'outil de pragmatisme législatif qu'il est. Si la généralisation de l'expérimentation peut être hâtive, ses deux autres issues possibles (prolongement ou abandon) ne sont pas en reste.

2. Prolongation ou abandon d'une expérimentation en l'absence d'évaluation

387. - Des expérimentations prolongées de manière contre-productive.

La prolongation d'une expérimentation figure parmi les issues possibles de cette dernière. Celle-ci peut être décidée par exemple, lorsque les données analysées ne suffisent pas à décider de l'abandon ou de la généralisation de la mesure. Au même titre que la pérennisation, la prolongation de l'expérimentation ne saurait être décidée sans évaluation. C'est en effet l'évaluation qui permet de décider pragmatiquement de la nécessité et de la pertinence de cette issue.

Alors qu'il met en lumière les « défauts récurrents dans le suivi et la généralisation des expérimentations »³⁷⁸², le Sénat ne manque pas de souligner que la pérennisation de l'expérimentation n'est pas la seule issue de l'expérimentation à faire l'objet de décisions hâtives ne tenant pas compte de son évaluation. Il évoque à cette occasion la prolongation de l'expérimentation sur le relèvement du seuil de vente à perte et l'encadrement des promotions mises en place par la loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible

³⁷⁷⁶ Bomare M., Marraud des Grottes G., Approche sandbox : le Conseil d'État pour plus de rigueur dans le suivi des expérimentations, *Actualités du Droit* 2019.

³⁷⁷⁷ Rapp. Sénat n° 523, op. cit. p. 432.

³⁷⁷⁸ Le bilan de l'application des lois au 31 mars 2017 avait déjà mis en évidence ce problème

³⁷⁷⁹ L. n° 2012-1460, 27 déc. 2012, art. 3.

³⁷⁸⁰ Ord. n° 2016-1060, 3 août 2016.

³⁷⁸¹ Ibid. Rapp. Sénat n° 523.

³⁷⁸² Ibid. Rapp. Sénat n° 523.

à tous du 30 octobre 2018³⁷⁸³. « Fortement critiquée, du fait de défauts relevés par le Sénat dès l'examen de la loi, notamment l'excès de rigidité de certaines mesures s'appliquant uniformément à des filières très différentes ou encore l'absence de mécanisme assurant le ruissellement », elle n'avait pas encore atteint son terme en 2020 et « les négociations commerciales de 2020 [devaient être] un indicateur intéressant pour déterminer son bilan »³⁷⁸⁴. Pourtant, la prolongation par ordonnance de trente mois de cette expérimentation, « sans garantie que le rapport d'évaluation de l'expérimentation au bout de deux ans ne soit remis au Parlement afin qu'il juge de la pertinence du dispositif »³⁷⁸⁵ était d'ores et déjà proposée à l'article 44 du projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique adopté par le Sénat en mars 2020. La loi du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique³⁷⁸⁶ a donc prolongé cette expérimentation jusqu'au 15 avril 2023.

388. - Des abandons prématurés.

Le nombre d'expérimentations abandonnées avant d'arriver à leur terme est également symptomatique de la précipitation dont peuvent souffrir les expérimentations. Marie Bomare et Gaëlle Marraud Des Grottes soulignent d'ailleurs que « le temps long de l'expérimentation s'articule parfois difficilement avec le temps court de la décision politique expliquant des généralisations ou des abandons prématurés »³⁷⁸⁷. Et pourtant... La réussite d'une expérimentation n'est pas sa généralisation. La réussite d'une expérimentation est le choix éclairé de l'avenir de la mesure expérimentée. C'est bien de l'évaluation de l'expérimentation que dépend son succès.

Le Sénat souligne que « plus d'un quart des expérimentations sont abandonnées en cours de mise en œuvre et par conséquent non menées à terme »³⁷⁸⁸. L'expérimentation permettant aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux organismes HLM de déroger aux règles en vigueur en matière de construction pour la réalisation d'équipements publics et de logements sociaux a malheureusement été victime de ces déboires. Prévues pour une durée de sept ans par la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine du 7 juillet 2016³⁷⁸⁹, elle a été « amputée de cinq ans »³⁷⁹⁰. En effet, alors que son décret d'application a été publié le 10 mai 2017³⁷⁹¹, le décret du 11 mars 2019³⁷⁹² est venu abroger ces dispositions.

Section 2. L'évaluation de l'expérimentation : une méthodologie en construction

Alors qu'elle est la pierre angulaire de l'expérimentation, l'évaluation souffre de carences. La pluralité des éléments à évaluer, notamment juridiques, sociaux et économiques, le coût important, qu'il soit financier ou humain, que peut représenter une évaluation et les compétences nécessaires pour la mener à bien sont autant d'éléments qui la fragilisent. La construction d'une méthodologie de l'expérimentation, sujet partiellement délaissé par le législateur, est un premier rempart à ces difficultés.

³⁷⁸³ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018.

³⁷⁸⁴ Rapp. Sénat n° 523, op. cit. p. 432.

³⁷⁸⁵ Ibid. Rapp. Sénat n° 523.

³⁷⁸⁶ L. n° 2020-1525, 7 déc. 2020.

³⁷⁸⁷ Bomare M., Marraud des Grottes G., Approche sandbox : le Conseil d'État pour plus de rigueur dans le suivi des expérimentations, *Actualités du Droit* 2019.

³⁷⁸⁸ Ibid. Rapp. Sénat n° 523.

³⁷⁸⁹ L. n° 2016-925, 7 juill. 2016, art. 88.

³⁷⁹⁰ Ibid. Rapp. Sénat n° 523.

³⁷⁹¹ D. n° 2017-1044, 10 mai 2017.

³⁷⁹² D. n° 2019-184, 11 mars 2019.

Ainsi, si des difficultés sont palpables en matière d'évaluation de l'expérimentation (§1.), une définition claire d'une méthode d'évaluation pourrait y répondre (2§.).

§1. Évaluation de l'expérimentation : des difficultés palpables

Alors que « la culture de l'évaluation en France n'est aujourd'hui que peu développée »³⁷⁹³, il semble délicat de mener à bien des expérimentations. Alors que l'évaluation de la norme de manière générale souffre de carences certaines (A.), il n'est pas étonnant que les contours de l'évaluation de l'expérimentation soient incertains (B.).

A. Évaluation de la norme : des carences certaines

L'évaluation des expérimentations n'est pas la seule à souffrir d'imprécisions et de carences. Le problème est plus vaste. Si l'évaluation *ex ante* et l'évaluation *ex post* des normes ont été consacrées en théorie, elles sont mises à l'épreuve par la pratique. En matière d'évaluation *ex ante*, les études d'impact sont à parfaire (1.) et dans le domaine de l'évaluation *ex post*, la démarche gagnerait à être plus structurée (2.).

1. Évaluation *ex ante* : des études d'impact à parfaire

389. - Une absence de systématisme de l'étude d'impact.

Le rapport d'information sur la simplification législative de 2014 rappelle « le caractère facultatif des études d'impact pour les propositions de loi et les ordonnances »³⁷⁹⁴. En effet, seuls les projets de loi relèvent de la loi organique du 15 avril 2009³⁷⁹⁵ au titre de l'article 39 alinéa 3 de la Constitution.

La nécessité de généraliser la pratique des études d'impact est défendue ardemment. Le rapport d'information sur la simplification législative de 2014 appelle à « rendre l'évaluation *ex ante* de la norme plus systématique »³⁷⁹⁶. Le rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques de 2018 défend « la nécessité de renforcer la légitimité, la qualité et le contrôle de l'évaluation *ex ante* » et considère que pour ce faire, « les études d'impact doivent couvrir l'ensemble des initiatives appelées à modifier la législation »³⁷⁹⁷. Il propose ainsi « [d'étendre] les études d'impact aux projets d'ordonnance, aux propositions de loi inscrites à l'ordre du jour et aux amendements substantiels, et [de compléter] le contenu des études d'impact prévues pour les projets de loi d'habilitation »³⁷⁹⁸.

³⁷⁹³ Rapp. Sénat n° 82, op. cit. p. 17.

³⁷⁹⁴ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 76 et s.

³⁷⁹⁵ L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009.

³⁷⁹⁶ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁷⁹⁷ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 72 et s.

³⁷⁹⁸ Ibid. Rapp. AN n° 771.

390. - Un manque d'indépendance de l'étude d'impact.

Rédigée par le ministère porteur du texte évalué, l'étude d'impact tend à ressembler à « un exposé des motifs bis »³⁷⁹⁹. Le rapport d'information sur la simplification législative de 2014 ne manque d'ailleurs pas de souligner que, contrairement à certains de ses voisins³⁸⁰⁰, la France a fait le choix d'un processus d'étude d'impact « purement interne aux administrations productrices des textes »³⁸⁰¹. Et pourtant, comme le rappelait Jean-Marie Le Guen, « d'un point de vue scientifique, il est problématique de demander à quelqu'un de juger de l'opportunité de l'action qu'il veut mener »³⁸⁰². Le manque d'objectivité des études d'impact est mis en lumière dans de nombreux rapports, notamment celui de l'Assemblée nationale sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques de 2018³⁸⁰³.

La proposition de loi visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi déposés en 2018³⁸⁰⁴ avait notamment vocation à rendre plus indépendantes les études d'impact. Jean-Pierre Sueur, rapporteur de la proposition, recommandait que « ces études comportent des évaluations faites par des organismes indépendants, afin de renforcer l'objectivité de l'information du Parlement sur les conséquences des projets de loi, et que le délai d'examen des études d'impact soit allongé, pour qu'une contre-expertise soit menée »³⁸⁰⁵. Cette proposition de loi ne sera cependant pas promulguée.

391. - Un contenu de l'étude d'impact à étoffer.

L'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009³⁸⁰⁶ dispose que l'étude d'impact doit « comprendre une étude d'options définissant les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensant les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposant les motifs du recours à une nouvelle législation »³⁸⁰⁷ et précise les neuf rubriques que doit contenir une telle étude³⁸⁰⁸. Malgré cet effort de la loi organique, deux limites majeures sont à mettre en lumière. En premier lieu, certains des éléments initialement prévus à l'article 8 et adoptés par les deux assemblées, à savoir les orientations principales et le délai prévisionnel de publication des textes d'application nécessaires, ont été

³⁷⁹⁹ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 17 : « Devant la mission, le secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé des relations avec le Parlement, M. Jean-Marie Le Guen, notait que les études d'impact « apparaissent aujourd'hui comme un exercice imposé et prennent parfois la forme d'un "exposé des motifs bis", alors qu'elles devraient permettre au Gouvernement de s'assurer que la réforme qu'il veut mettre en œuvre est opportune et au Parlement d'être correctement informé sur la portée sociale, économique, budgétaire ou environnementale des textes qu'on lui demande d'adopter. L'une des causes de cette défaillance est que le ministère porteur d'un texte est aussi celui qui rédige l'étude d'impact. ».

³⁸⁰⁰ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 52 et s. : Le rapport évoque particulièrement l'Allemagne et le Royaume-Unis.

³⁸⁰¹ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 17 et s.

³⁸⁰² Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸⁰³ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸⁰⁴ Proposition de loi organique n° 754, 7 mars 2018.

³⁸⁰⁵ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸⁰⁶ L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, art. 8.

³⁸⁰⁷ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸⁰⁸ Ibid. L. org. n° 2009-403 : Les neuf rubriques sont : « l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne ; l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi ; les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ; les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités [d'outre-mer], en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ; l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ; l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public ; les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État »

censurés par le Conseil constitutionnel³⁸⁰⁹. En second lieu, les exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009³⁸¹⁰ ne sont pas toujours appliquées de manière aussi rigoureuse que le texte l'exige.

Le rapport d'information sur la simplification législative de 2014 souligne que le contenu des études d'impact « pourrait être enrichi »³⁸¹¹. À cette fin, il propose de « rendre obligatoire, pour les textes législatifs, la réalisation de "tests entreprises, collectivités locales et usagers de l'administration" »³⁸¹², d'« améliorer l'évaluation des coûts et bénéfices économiques ainsi que des conséquences sociétales des mesures envisagées »³⁸¹³ et de « fournir une analyse et une justification approfondies des mesures transitoires et des dates d'entrée en vigueur retenues »³⁸¹⁴. Le rapport d'information sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques de 2018 défend pour sa part que « les études d'impact doivent donner des arguments factuels (*evidence based*) pour montrer les insuffisances de la législation existante et justifier les bénéfices attendus des mesures proposées »³⁸¹⁵. Pour ce faire, elles devraient contenir « un recensement des évaluations ex post réalisées sur les mesures concernées par le projet ; l'indication de la méthodologie suivie, des qualifications des auteurs de l'étude et ses références bibliographiques ; des scénarios alternatifs »³⁸¹⁶.

392. - Un contrôle insuffisant de la réalité de l'étude d'impact.

En premier lieu, « la qualité [des études d'impact] est [...] rarement invoquée dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité de la loi »³⁸¹⁷. En 2014, le rapport de l'Assemblée nationale sur la simplification législative souligne que depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le non-respect de l'obligation de réalisation de l'étude d'impact « n'a pas encore été sanctionné par le Conseil constitutionnel »³⁸¹⁸. En 2018, elle complète son propos en rappelant que « du 1er septembre 2009 [...] jusqu'à la fin de la X^{IV}e législature, seules huit saisines du Conseil constitutionnel ont invoqué le manque de qualité de l'étude d'impact »³⁸¹⁹.

En second lieu, « la procédure instituée en 2009 pour sanctionner l'absence d'étude d'impact ou l'indigence de celle-ci a été très peu mise en œuvre ». La Conférence des présidents de l'Assemblée nationale n'a jamais mis en œuvre sa capacité à refuser à l'inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale d'un projet de loi dont l'étude d'impact présente de graves insuffisances³⁸²⁰. Du côté du Sénat, la première intervention de ce type fut tardive. C'est le 26 juin 2014 que la Conférence des présidents du Sénat retire de son ordre du jour « un projet de loi au motif que son étude d'impact présentait, à ses yeux, de graves lacunes au regard des exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 »³⁸²¹. Le Premier ministre saisit alors le Conseil constitutionnel pour contester ce refus, donnant

³⁸⁰⁹ Rapp. AN n° 771, op. cit.

³⁸¹⁰ L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, art. 8.

³⁸¹¹ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 45 et s.

³⁸¹² Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸¹³ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸¹⁴ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸¹⁵ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 73 et s.

³⁸¹⁶ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸¹⁷ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸¹⁸ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 21 et s.

³⁸¹⁹ Rapp. AN n° 771, op. cit.

³⁸²⁰ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸²¹ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

lieu à une fin de non-recevoir³⁸²². La pratique ne se développa pas davantage dans les années qui suivirent, un rapport de l'Assemblée nationale de 2018 mettant en lumière que ce fut le seul usage de cette faculté³⁸²³.

2. Évaluation ex post : une démarche à structurer

393. - Une évaluation ex post désorganisée.

Le rapport de l'Assemblée nationale de 2014 sur la simplification législative met en lumière la multitude d'acteurs participant à l'évaluation *ex post*, notamment le Parlement³⁸²⁴, les juridictions³⁸²⁵, la Cour des comptes³⁸²⁶, le Conseil économique, social et environnemental³⁸²⁷ ainsi que les services et les corps d'inspection de l'exécutif³⁸²⁸. Le Conseil d'État, dans son étude annuelle relative à la simplification et la qualité du Droit, se fait l'écho de l'Assemblée nationale en 2016 en soutenant que « l'évaluation *ex post* est aujourd'hui le fait d'initiatives dispersées »³⁸²⁹. Aussi foisonnant que désorganisé, le paysage de l'évaluation des politiques publiques gagnerait à être clarifié³⁸³⁰. Par exemple, David Assouline, président de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, souligne que « les deux chambres se livrent parfois aux mêmes contrôles »³⁸³¹. Il complète d'ailleurs son propos en affirmant que « dans la mesure où l'on a peu de moyens, autant les rationaliser »³⁸³².

Si le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale avait vocation à être « la tour de contrôle de l'évaluation »³⁸³³, « cette fonction d'organe centralisateur des travaux de contrôle et d'évaluation s'avère toutefois théorique »³⁸³⁴. D'aucuns considèrent d'ailleurs que

³⁸²² Cons. const., 1e juill. 2014, n° 2014-12 FNR.

³⁸²³ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸²⁴ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 124 et s. : Le rapport évoque l'action du Parlement à travers les rapports d'application des lois adoptées, les commissions d'enquête, missions d'information des commissions permanentes et missions d'information de la Conférence des Présidents, l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques et les diverses délégations parlementaires, la mission d'évaluation et de contrôle, la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale, le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques ainsi que la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois ..

³⁸²⁵ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 131 et s. : Le rapport évoque les rapports de la Cour de cassation ainsi que ceux du Conseil d'État.

³⁸²⁶ Ibid. Rapp. AN n° 2268 : « La Cour des comptes est une juridiction indépendante à laquelle l'article 47-2 de la Constitution confie la mission de s'assurer du bon emploi de l'argent public et d'en informer les citoyens. Les contrôles et les évaluations de la Cour des comptes portent sur la régularité, l'efficacité et l'usage de l'argent public ».

³⁸²⁷ Ibid. Rapp. AN n° 2268 : « Le CESE a vu ses compétences et missions élargies à la suite de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et de la loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010. Parmi ses cinq missions figure celle de contribuer à l'évaluation des politiques publiques à caractère économique, social et environnemental. Pour s'acquitter de cette mission, le CESE s'est doté en novembre 2010 d'une délégation à la prospective et à l'évaluation des politiques publiques »

³⁸²⁸ Ibid. Rapp. AN n° 2268 : Outre les corps d'inspection, le rapport évoque le commissariat général à la stratégie et à la prospective et le secrétariat général pour la modernisation de l'action publique.

³⁸²⁹ Rapp. CE n° 67, op. cit. p. 107 et s.

³⁸³⁰ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 124 et s.

³⁸³¹ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 378.

³⁸³² Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸³³ Rapp. AN n° 1630, 30 avr. 2009, sur la proposition de résolution (n° 1546) de M. Bernard Accoyer tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale, p. 269.

³⁸³⁴ Padirac (de) H., Le Parlement français et l'évaluation Une institutionnalisation impossible, op. cit.

« cet effort de coordination ne doit pas être entrepris par le Parlement uniquement »³⁸³⁵. L'effort de coordination des évaluations *ex post* doit donc être poursuivi, et ce, avec une approche globale du sujet. Pour ce faire, l'Assemblée nationale suggère « l'organisation d'une conférence des évaluateurs chargée de coordonner les diverses initiatives prises en matière d'évaluation *ex post* de façon à éviter des doublons, et donc une perte de temps, d'énergie et de moyens »³⁸³⁶.

394. - Des clauses d'évaluation et des clauses de revoyure insuffisantes.

Revenons sur la mission évaluative *ex post* du Parlement. Prévues par la réforme constitutionnelle de 2008, cette mission d'évaluation des politiques publiques³⁸³⁷ est parfois difficilement mise en œuvre. Comme le rappelle l'Assemblée nationale, « pour être évaluée, une politique doit être "évaluable" ». Pourtant, « aucune obligation n'existe *ex post* : la phase d'évaluation de l'impact de la loi n'est pas prévue dans le processus législatif »³⁸³⁸.

L'évaluation *a posteriori* de la norme doit donc être renforcée avec des clauses, en prévoyant la réalisation, intégrées directement au texte. En premier lieu, il conviendrait de généraliser les clauses d'évaluation. Inscrites dans les lois, celles-ci « [prévoient] une mesure de l'impact des dispositions adoptées et [précisent] les objectifs, les critères et les délais de cette mesure d'impact »³⁸³⁹. En second lieu, il serait pertinent d'intégrer aux différents textes des clauses de revoyure (aussi appelées clauses de révision ou de réexamen) qui fixeraient « les conditions de réexamen de tout ou partie de ses dispositions »³⁸⁴⁰. Inspirée notamment des clauses de révisions britanniques³⁸⁴¹ et allemandes³⁸⁴², la pratique des clauses de réexamen n'est pas inconnue du législateur français³⁸⁴³. Cependant, les clauses de revoyure françaises ont tendance à se cantonner au domaine bioéthique³⁸⁴⁴ et surtout les délais définis par la loi ne sont quasiment jamais respectés³⁸⁴⁵.

395. - Un contenu des évaluations *ex post* à enrichir.

En premier lieu, l'évaluation *ex post* n'est pas toujours mise en œuvre de la meilleure manière qu'il soit, portant ainsi préjudice au contenu de l'évaluation. Le Conseil d'État, dans son étude annuelle relative à la simplification et la qualité du Droit, indiquait en 2016 que « l'évaluation *ex post* [...] s'intéresse le plus souvent à la globalité d'une politique publique, sans toujours analyser précisément les effets des différents textes qui la mettent en œuvre »³⁸⁴⁶. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, rappelle ce point de vue à l'occasion de son discours du 8 novembre 2017 relatif à l'évaluation et au contrôle des politiques publiques par le Gouvernement. Il affirme à cette occasion que les outils à disposition du Parlement en matière d'évaluation « font l'objet d'une utilisation assez limitée » et

³⁸³⁵ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸³⁶ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸³⁷ Const., 4 oct. 1958, art. 24.

³⁸³⁸ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 74.

³⁸³⁹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸⁴⁰ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸⁴¹ Rapp. CE n° 67, op. cit. p. 22.

³⁸⁴² Rapp. Sénat n° 7, 1e oct. 1995, l'évaluation de la législation.

³⁸⁴³ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 140.

³⁸⁴⁴ L. n° 94-654, 29 juill. 1994, art. 21 : « la présente loi fera l'objet, après évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques [OPECST], d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur » ; L. n° 2004-800, 6 août 2004, relative à la bioéthique, art. 40 ; L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, relative à la bioéthique, art. 47.

Rapp. Sénat n° 280, 19 janv. 2021, relatif à la bioéthique.

³⁸⁴⁵ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

³⁸⁴⁶ Ibid. Rapp. CE n° 67.

qu'il « pourrait [...] être utile que le Parlement se dote de moyens permettant plus systématiquement d'évaluer *ex post* les lois entrées en vigueur »³⁸⁴⁷. Ces deux problématiques sont également mises en exergue par l'Assemblée nationale en 2018. Le premier frein à l'évaluation normative qu'elle souligne est « le manque d'implication des parlementaires dans [l'évaluation des politiques publiques] »³⁸⁴⁸. Le second concerne l'insuffisance des moyens mis à disposition des parlementaires, notamment en ce qui concerne les « outils de recherche et d'études »³⁸⁴⁹.

En second lieu, les synergies entre évaluation *ex ante* et évaluation *ex post* ne sont pas suffisamment exploitées, portant préjudice à l'une comme à l'autre. Le Sénat souligne que la mission évaluative du Parlement est exercée « sans pouvoir prendre appui sur l'étude d'impact *ex ante*, et en veillant prioritairement à l'application effective de la loi plutôt qu'à l'évaluation de son efficacité »³⁸⁵⁰. Un premier remède à ce mal est l'enrichissement des études d'impact. Par exemple, les études d'impact pourraient être complétées afin « qu'elles identifient mieux les indicateurs précis sur le fondement desquels se fondera l'évaluation *ex post* [...] est de nature à rendre cette dernière plus méthodique »³⁸⁵¹. Un second remède est une meilleure articulation de l'évaluation *ex ante* et de l'évaluation *ex post*³⁸⁵².

B. Évaluation de l'expérimentation : des contours incertains

La volonté d'évaluer la norme est donc devenue de plus en plus prégnante. Mais qu'évalue-t-on ? Quelle est la procédure à suivre ? Quelle méthode devrait-elle être retenue ? La loi organique de 2003 apporte des réponses nombreuses et le plus souvent bienvenues (1.), à certaines des questions demeurées en suspens, mais elle en laisse subsister une partie (2.).

1. Des incertitudes levées par la réforme de 2003

396. - Avant la réforme constitutionnelle de 2003 : un manque de précision sur la teneur de l'évaluation.

Dans sa décision de 1993 relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, le Conseil constitutionnel affirme que le législateur est tenu « de définir précisément la nature et la portée [des] expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures dans lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon »³⁸⁵³. Laurent Dauphin ne

³⁸⁴⁷ Conseil-etat.fr, Actualités, Discours, L'évaluation et le contrôle des politiques publiques par le Parlement, 8 nov. 2017, Sauvé J.-M.

³⁸⁴⁸ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 51 et s.

³⁸⁴⁹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁸⁵⁰ Rapp. Sénat n° 433, 17 avr. 2018, Simplifier efficacement pour libérer les entreprises.

³⁸⁵¹ Rapp. AN n° 2268, p. 139 et s.

³⁸⁵² Ibid. Rapp. Sénat n° 433.

³⁸⁵³ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

manque pas de souligner que « le législateur doit donc définir avec suffisamment de précision les caractéristiques de l'expérimentation et de son évaluation »³⁸⁵⁴. Si les normes expérimentales prévoient bien une évaluation de la mesure expérimentée, ses contours ne sont pas toujours esquissés directement par le législateur.

Les modalités d'évaluation furent bien souvent définies sous les yeux du législateur davantage que sous sa plume. Jacques Chevallier souligne en 1993 que les expérimentations étaient régulièrement évaluées par des instances spécifiques qui déterminaient les modalités d'évaluation³⁸⁵⁵. L'expérimentation prévue par la loi Debré du 31 décembre 1959³⁸⁵⁶ était supervisée par le Comité national de consultation. La réforme des services de l'État était pour sa part suivie par une mission interministérielle. Jacques Chevallier affirme que « pendant toute la durée de l'expérience (deux ans), la mission agissant avec discrétion et pragmatisme sera le "maillon indispensable" »³⁸⁵⁷. Il ajoute que « dans son rapport de 1963 elle tirera les leçons de l'expérience en proposant de généraliser la réforme, sous réserve de certaines adaptations du dispositif »³⁸⁵⁸. C'est à l'occasion de l'expérimentation du RMI³⁸⁵⁹, que « l'effort d'institutionnalisation [sera] poussé le plus loin »³⁸⁶⁰.

397. - Expérimentation-dérogation : des précisions apportées par la loi organique de 2003.

En 2003, l'expérimentation juridique est constitutionnalisée. Après le passage du constituant, beaucoup reste à faire. Comme le prévoit l'article 72 alinéa 4 de la Constitution³⁸⁶¹, la loi organique aurait la charge de prévoir les conditions de l'expérimentation-dérogation. La loi organique du 1^{er} août 2003, relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales³⁸⁶² viendra ainsi apporter certaines précisions en ce qui concerne l'évaluation des expérimentations-dérogation.

L'article L.O. 1113-5 du Code général des collectivités territoriales prévoit qu'avant la fin d'une expérimentation-dérogation législative, « le Gouvernement transmet au Parlement, aux fins d'évaluation, un rapport assorti des observations des collectivités territoriales qui ont participé à l'expérimentation »³⁸⁶³. Il précise que « ce rapport expose les effets des mesures prises par ces collectivités en ce qui concerne notamment le coût et la qualité des services rendus aux usagers, l'organisation des collectivités territoriales et des services de l'État ainsi que leurs incidences financières et fiscales »³⁸⁶⁴. Il dispose également que « chaque année, le Gouvernement transmet au Parlement un rapport retraçant l'ensemble des propositions d'expérimentation et demandes [...] que lui ont adressées les collectivités, en exposant les suites qui leur ont été réservées »³⁸⁶⁵.

L'article L.O. 1113-7 du Code général des collectivités territoriales encadre pour sa part l'évaluation des expérimentations-dérogation administratives. Afin d'autoriser ces dernières, le Gouvernement agit par décret en Conseil d'État³⁸⁶⁶. L'article L.O. 1113-7 du Code général des collectivités territoriales

³⁸⁵⁴ Dauphin L., *Collectivités territoriales et expérimentation*, op. cit. p. 114.

³⁸⁵⁵ Chevallier J., *Les lois expérimentales le cas français*, op. cit. p. 122 et s.

³⁸⁵⁶ L. n° 59-1557, 31 déc. 1959.

³⁸⁵⁷ Ibid. Chevallier J.

³⁸⁵⁸ Ibid. Chevallier J.

³⁸⁵⁹ L. n° 88-1088, 1 déc. 1988.

³⁸⁶⁰ Ibid. Chevallier J.

³⁸⁶¹ Const., 4 oct. 1958, art 72 al. 4.

³⁸⁶² L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³⁸⁶³ CGCT, art. L.O. 1113-5.

³⁸⁶⁴ Ibid. CGCT.

³⁸⁶⁵ Ibid. CGCT.

³⁸⁶⁶ CGCT, art. L.O. 1113-7.

précise que « [ce] décret en Conseil d'État [...] précise les modalités d'évaluation des dispositions prises sur le fondement de l'autorisation »³⁸⁶⁷. Il ajoute que « le Gouvernement adresse au Parlement un bilan des évaluations auxquelles il est ainsi procédé »³⁸⁶⁸.

La loi organique offre donc moins de précisions en ce qui concerne les modalités d'évaluation pour les expérimentations-dérogation administratives que pour celles portant sur le domaine législatif. L'enjeu d'efficience mis en valeur à l'article L.O. 1113-5 du Code général des collectivités territoriales par l'évaluation « [du] coût et [de la] qualité des services rendus aux usagers »³⁸⁶⁹, ne figure d'ailleurs pas à l'article L.O. 1113-7. Une grande liberté est laissée au Gouvernement en ce qui concerne les modalités d'évaluation des expérimentations-dérogation administratives, à l'instar de celle laissée auparavant au législateur pour les expérimentations-transfert législatives.

2. Des incertitudes encore présentes après la réforme de 2003

398. - Le silence du pouvoir constituant.

Si elle n'est pas évoquée par le constituant, l'évaluation n'est pas pour autant inexistante. La position antérieure du Conseil constitutionnel³⁸⁷⁰ s'applique encore, l'évaluation demeurant une condition de l'expérimentation.³⁸⁷¹ Cependant, en restant si taiseux sur l'obligation d'évaluation, le constituant se fait l'écho du silence du Conseil constitutionnel en ce qui concerne les modalités d'évaluation des expérimentations-transfert. Mutisme assourdissant, il laisse les évaluateurs désorientés.

L'exemple de l'expérimentation de projets pédagogique mise en place par l'article 34 de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école du 23 avril 2005³⁸⁷² est révélateur : les carences qu'il comporte en matière d'évaluation incarnent le flou juridique induit par la réforme. Le rapport du Conseil d'État de 2019 relatif aux expérimentations et à l'innovation dans la conduite des politiques publiques soulignait à cet égard que « ces expérimentations font néanmoins rarement l'objet d'une évaluation complète et souffrent d'une trop faible diffusion dans le réseau du ministère, essentielle pour assurer la généralisation d'expériences réussies »³⁸⁷³.

399. - Des carences partiellement palliées par la pratique.

Comme ce fut le cas avant la réforme constitutionnelle de 2003, des dispositifs spécifiques sont venus construire une véritable méthode évaluative pour certaines expérimentations. Par exemple, l'évaluation de l'article 51 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017³⁸⁷⁴ fut très structurée. Pour rappel, cet article prévoit « d'expérimenter de nouvelles organisations en santé reposant sur des modes de financement inédits »³⁸⁷⁵. Le législateur a rendu l'évaluation systématique pour toutes les expérimentations

³⁸⁶⁷ Ibid. CGCT.

³⁸⁶⁸ Ibid. CGCT.

³⁸⁶⁹ CGCT, art. L.O. 1113-5.

³⁸⁷⁰ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC ; Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC ; Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

³⁸⁷¹ Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC ; Cons. const., 13 déc. 2007, n° 2007-558 DC.

³⁸⁷² L. n° 2005-380, 23 avr. 2005.

³⁸⁷³ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 45.

³⁸⁷⁴ L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, art. 51.

³⁸⁷⁵ Solidarites-sante.gouv.fr, Expérimenter et innover pour mieux soigner, 8 janv. 2020.

menées dans ce cadre, « [choisissant] de faire de l'évaluation un élément majeur du dispositif "article 51" »³⁸⁷⁶. Ainsi, « [des] rapports d'évaluation viendront éclairer les avis du comité technique puis du conseil stratégique de l'innovation en santé sur les suites à donner aux expérimentations, notamment sur l'opportunité de les généraliser ». Ils seront « transmis au Gouvernement qui présentera chaque année au Parlement un état des lieux des expérimentations achevées et en cours »³⁸⁷⁷.

Afin que la méthode évaluative soit claire et transparente, une note de cadrage a été produite en 2018 afin de préciser les modalités d'évaluation des expérimentations dans le cadre du dispositif d'innovation en santé³⁸⁷⁸. Elle précise les « objectifs de l'évaluation », explique la « nécessité de construire un cadre évaluatif », rappelle les « prérequis, approches générales et points de vigilance » et indique « l'organisation de l'animation et de la gouvernance de l'évaluation »³⁸⁷⁹. Une fois ces grands principes posés, un guide méthodologique de l'évaluation des projets « article 51 » est produit en 2019³⁸⁸⁰. Celui-ci définit « à la fois le cadre méthodologique général dans lequel les travaux d'évaluation doivent s'inscrire, ainsi qu'une démarche commune de mise en œuvre de ces travaux »³⁸⁸¹. Celui-ci expose notamment le processus évaluatif structuré en trois phases³⁸⁸². Durant la première phase, celle d'initiation de l'expérimentation, il convient de construire l'approche évaluative propre à chaque projet. Concrètement, cela implique de choisir l'évaluateur et de valider le protocole d'évaluation. Pendant la seconde phase, celle de déroulement de l'expérimentation, des données doivent être mobilisées afin de produire les résultats intermédiaires de l'évaluation. La troisième et dernière phase, la fin de l'expérimentation, suit la même logique : « [la mobilisation de] données afin d'élaborer les conclusions évaluatives finales »³⁸⁸³.

400. - Des évaluations à géométrie variable.

Si l'évaluation est une obligation universelle pour les expérimentations, ses contours demeurent donc à géométrie variable. La Mission Flash relative à l'expérimentation et à la différenciation territoriale met d'ailleurs en exergue en 2018 la disparité dans la qualité des évaluations des expérimentations menées depuis 2004³⁸⁸⁴. Elle souligne également que « les ministères ne paraissent pas conserver de façon systématique la mémoire des expérimentations menées »³⁸⁸⁵. Elle conclut son propos en affirmant que « si l'expérimentation doit être davantage développée à l'avenir, une plus grande rigueur dans l'évaluation sera indispensable »³⁸⁸⁶.

Le rapport du Conseil d'État de 2019 relatif aux expérimentations et à l'innovation dans la conduite des politiques publiques allait également en ce sens lorsqu'il proposait de « diffuser un document de référence exposant les principes méthodologiques des expérimentations »³⁸⁸⁷. Il aurait vocation à

³⁸⁷⁶ Solidarites-sante.gouv.fr, Expérimenter et innover pour mieux soigner, 22 févr. 2021.

³⁸⁷⁷ Ibid. Solidarites-sante.gouv.fr, Expérimenter et innover pour mieux soigner.

³⁸⁷⁸ Solidarites-sante.gouv.fr, Guide méthodologique de l'évaluation des projets art. 51, 2019.

³⁸⁷⁹ Ibid. Solidarites-sante.gouv.fr, Guide méthodologique...

³⁸⁸⁰ Ibid. Solidarites-sante.gouv.fr, Guide méthodologique...

³⁸⁸¹ Ibid. Solidarites-sante.gouv.fr, Expérimenter et innover...

³⁸⁸² Ibid. Solidarites-sante.gouv.fr, Guide méthodologique...

³⁸⁸³ Ibid. Solidarites-sante.gouv.fr, Guide méthodologique...

³⁸⁸⁴ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 12.

³⁸⁸⁵ Ibid. Rapp. AN n° 912.

³⁸⁸⁶ Ibid. Rapp. AN n° 912.

³⁸⁸⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 45.

« [retracer] l'ensemble des questions nécessaires à se poser avant de lancer une expérimentation pour assurer la robustesse de ses résultats et la qualité de son évaluation »³⁸⁸⁸.

401. - Des éléments complémentaires apportés par le législateur organique en 2021.

La loi organique n° 2021-467 du 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution vient renforcer l'évaluation de l'expérimentation-dérogation. En effet, cette réforme vise, entre autres, à « assurer une évaluation pertinente pour mieux éclairer le Parlement sur les suites à donner à l'expérimentation »³⁸⁸⁹.

À cette fin, la loi organique de 2021 complète notamment l'article LO. 1113-5 du Code général des collectivités territoriales³⁸⁹⁰ en ajoutant un paragraphe ainsi rédigé : « À la moitié de la durée fixée pour l'expérimentation, le Gouvernement transmet au Parlement un rapport assorti, le cas échéant, des observations des collectivités territoriales participant à l'expérimentation. Ce rapport présente les collectivités ayant décidé de participer à l'expérimentation ainsi qu'une évaluation intermédiaire des effets mentionnés à la seconde phrase du premier alinéa »³⁸⁹¹. Outre cet ajout d'une évaluation *in itinere* de l'expérimentation-dérogation législative, la loi organique modifie les dispositions applicables au rapport annuel du Gouvernement au Parlement sur l'ensemble des expérimentations fondées sur l'article 72 alinéa 4 de la Constitution afin de renforcer la transparence et le suivi de ces démarches expérimentales³⁸⁹².

§2. Évaluation de l'expérimentation : une méthode à définir clairement

Didier Migaud, alors Premier président de la Cour des comptes, rappelle que « évaluer une réforme qui n'a pas été conçue dès l'origine dans la perspective d'être, un jour, évaluée, est une tâche lourde, difficile et souvent improductive »³⁸⁹³. Il est fondamental de déterminer en amont de l'expérimentation la manière dont celle-ci sera évaluée. Les carences en la matière sont encore nombreuses. Des pistes d'amélioration sont envisagées, notamment par le Conseil d'État³⁸⁹⁴, tant en ce qui concerne la procédure de l'évaluation (A.) que son contenu (B.).

A. Carences et pistes d'amélioration en ce qui concerne la procédure de l'évaluation

³⁸⁸⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁸⁸⁹ Rapp. AN n° 3943, op. cit.

³⁸⁹⁰ CGCT, art. L.O. 1113-5.

³⁸⁹¹ Ibid. CGCT.

³⁸⁹² Ibid. CGCT : « Chaque année, le Gouvernement transmet au Parlement un rapport présentant les collectivités territoriales ayant décidé de participer à une expérimentation définie par une loi mentionnée à l'article LO 1113-1 et retraçant l'ensemble des propositions d'expérimentation que lui ont adressées les collectivités, en exposant les suites qui leur ont été réservées ».

³⁸⁹³ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 139.

³⁸⁹⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit.

La procédure de l'évaluation, notamment en ce qui concerne son calendrier et les acteurs y participant, souffre encore de nombreuses insuffisances. Cette procédure gagnerait à être plus rigoureuse (1.) et plus collaborative (2.).

1. Une procédure qui gagnerait à être plus rigoureuse

402. - Durée de l'expérimentation et calendrier de l'évaluation.

Il sera considéré dans les prochains développements que la durée d'une expérimentation s'étend du début de sa mise en œuvre à la production des résultats de son évaluation. Elle n'inclut donc pas la phase de préparation de l'expérimentation³⁸⁹⁵. La durée est à l'expérimentation ce que le temps de cuisson est à un gâteau : « une condition essentielle de sa réussite »³⁸⁹⁶. Comme en pâtisserie, un délai universel ne saurait être appliqué à toutes les expérimentations. Il doit être adapté selon la cuisson recherchée – l'objectif de l'expérimentation – et les ingrédients composant les mets sucrés – les modalités dans lesquelles elle est mise en œuvre. Il ne doit pas être trop court, privant ainsi l'évaluateur de résultats probants. Il ne doit pas être trop long, ôtant à l'expérimentation sa raison d'être et altérant potentiellement son bilan. Le Conseil d'État parvient toutefois à tirer des leçons générales en ce qui concerne la durée de l'expérimentation.

Pour les expérimentations « les plus lourdes et complexes ou qui nécessitent du temps pour produire des effets », cette durée doit être « étendue »³⁸⁹⁷. Plus la taille du gâteau est importante, plus il mettra de temps à cuire. Un exemple éclairant évoqué par le Conseil d'État est celui de l'expérimentation de dispositifs destinés à assurer la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes des collectivités territoriales et de leurs groupements³⁸⁹⁸. La certification des comptes de vingt-cinq collectivités territoriales, pilotée par la Cour des comptes en liaison avec les chambres régionales des comptes, a été mise en place en 2015 pour une durée de huit ans³⁸⁹⁹. Pour les expérimentations « à petite échelle, appelée parfois "microexpérimentations" »³⁹⁰⁰, la durée pourra être plus courte. Le Conseil d'État évoque à cet égard les expérimentations mises en œuvre par Pôle Emploi « qui durent entre six et douze mois »³⁹⁰¹. Outre la durée de l'expérimentation, il est fondamental de déterminer le calendrier de l'évaluation. Le Conseil d'État souligne que cette dernière peut intervenir à trois moments : durant l'expérimentation, à mi-parcours et à son terme³⁹⁰².

403. - Identification de l'évaluateur.

Comme le rappelle le Conseil d'État dans son rapport sur l'innovation dans la conduite des politiques publiques, « l'évaluation nécessite de désigner un évaluateur ou un comité d'évaluation [...] si possible, [...] identifié [...] lors de la préparation de l'expérimentation »³⁹⁰³. L'impartialité devant être le maître

³⁸⁹⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁸⁹⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 58.

³⁸⁹⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁸⁹⁸ L. n° 2015-991, 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République, art. 110.

³⁸⁹⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁰⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁰¹ Ibid. L. n° 2015-991.

³⁹⁰² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁰³ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 62.

mot de l'évaluateur, « il est recommandé que le porteur de l'expérimentation n'en soit pas l'évaluateur, ou à tout le moins pas le seul évaluateur »³⁹⁰⁴. De ce point de vue, le porteur de l'expérimentation peut mettre en place un ou plusieurs partenariats dans un but d'évaluation, « garantissant l'objectivité et la qualité de l'évaluation »³⁹⁰⁵.

Trois options se dessinent alors. En premier lieu, l'évaluation peut être menée conjointement par les différents acteurs du comité d'évaluation. Celui-ci serait composé du porteur de l'expérimentation, des parties prenantes de l'expérimentation et d'autres acteurs indépendants ayant une connaissance de l'objet de l'expérimentation. En second lieu, elle peut être conduite disjointement par plusieurs évaluateurs indépendants, produisant chacun leur rapport d'évaluation. Ces différents rapports, complémentaires, mais également potentiellement contradictoires, seront ensuite mis en perspective afin de décider du sort de l'expérimentation. En troisième lieu, l'expérimentation pourrait être menée par un seul évaluateur qui ne soit pas le porteur de l'expérimentation. Cette dernière option présente cependant des carences certaines, « le caractère contradictoire de l'évaluation [étant] une garantie supplémentaire de l'objectivité de celle-ci »³⁹⁰⁶.

2. Une procédure qui gagnerait à être plus collaborative

404. - La nécessaire transparence de l'évaluation.

La communication sur l'évaluation de l'expérimentation est un vecteur de participation à l'évaluation et un enjeu démocratique³⁹⁰⁷. Le rapport Viveret affirmait dès 1989 qu'« un système démocratique se doit d'ouvrir le plus largement possible un droit de saisine des instances d'évaluation à ses citoyens et assurer une règle de publicité »³⁹⁰⁸. En ce qu'elles permettent d'éclairer la décision, les connaissances issues des évaluations devraient être diffusées « auprès de tous ceux qui contribuent de près ou de loin à l'action publique »³⁹⁰⁹. L'Assemblée nationale rappelle à cet égard que « dans un pays démocratique, le savoir doit être à la portée de chacun, car il est un instrument d'émancipation et de participation à la vie publique »³⁹¹⁰.

Le Sénat³⁹¹¹, l'Assemblée nationale³⁹¹² et le Conseil d'État³⁹¹³ s'accordent sur la nécessité de renforcer la transparence en ce qui concerne l'évaluation des expérimentations. Le principe devrait être celui de la communication des évaluations. Le Conseil d'État invite à s'inspirer du régime applicable aux conclusions du commissaire ou à la commission chargée d'une enquête publique³⁹¹⁴ et à imposer la communication sur demande, sous réserve des secrets protégés, de ces évaluations³⁹¹⁵. Il va plus loin en suggérant « que l'autorité destinataire prenne les devants et la transmette ou la rende publique par le

³⁹⁰⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 62 et s.

³⁹⁰⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁰⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁰⁷ Culture-epcc.fr, Présentation, Mieux évaluer pour mieux agir, 15 mars 2018.

³⁹⁰⁸ Viveret P., L'évaluation des politiques et des actions publiques, op. cit.

³⁹⁰⁹ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 17 et s.

³⁹¹⁰ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁹¹¹ Rapp. Sénat n° 82, op. cit., p. 11.

³⁹¹² Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁹¹³ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 61.

³⁹¹⁴ CRPA, art. L. 134-31.

³⁹¹⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

moyen le plus approprié aux différentes parties prenantes à l'expérimentation au plus tard au moment de sa décision sur les suites à donner à l'expérimentation »³⁹¹⁶. Il convient également de s'interroger sur la possible application du droit à communication des documents administratifs³⁹¹⁷ aux évaluations des expérimentations. Les documents qui lui sont soumis sont ceux « 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 »³⁹¹⁸. Rappelons que pour les expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution³⁹¹⁹, les rapports d'évaluation sont rédigés par le Gouvernement et transmis au Parlement³⁹²⁰ dans le cadre de leurs missions de service public respectives. Ils pourraient donc être soumis à l'obligation d'ouverture des données publiques. Pour les expérimentations de l'article 37-1, l'exercice est moins évident du fait du manque de précisions du législateur quant à la procédure à suivre, mais une logique similaire pourrait s'appliquer. Si les rapports d'évaluation relèvent effectivement de ce régime, on pourrait imaginer qu'ils soient ajoutés à la liste non exhaustive des documents administratifs concernés de l'article L.300-2 du Code des relations entre le public et l'administration³⁹²¹. À l'instar de l'ajout des codes sources³⁹²² à cet article prévu par la loi pour une République numérique³⁹²³, l'insertion des « évaluations des textes normatifs » ou des « évaluations des expérimentations » serait gage de sécurité juridique et de transparence de l'action publique.

Pour simplifier l'accès à ces documents, il est envisageable de mettre en place un portail unique comme celui décrit par l'Assemblée nationale dans son rapport sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques de 2018³⁹²⁴. Afin de renforcer la transparence de l'évaluation des politiques publiques, il incitait à « la création d'un portail de l'évaluation permettant à tous d'accéder à l'ensemble des connaissances évaluatives en matière de politiques publiques ; qui contribuent à sensibiliser les citoyens et les médias à l'intérêt de l'évaluation ; qui soutiennent la recherche scientifique sur l'évaluation des politiques publiques ; qui associent les citoyens à l'activité évaluative au travers notamment de consultations publiques »³⁹²⁵.

405. - L'instructive coopération avec les experts de l'objet de l'expérimentation.

Afin de mener à bien une évaluation, il est fondamental de disposer des compétences pertinentes pour conduire cette dernière. Le Conseil d'État rappelle que « de nombreux acteurs peuvent être mobilisés par les personnes publiques pour assurer une évaluation professionnelle »³⁹²⁶, notamment ceux du monde de la recherche. La collaboration entre les pouvoirs publics et les chercheurs est insuffisante³⁹²⁷

³⁹¹⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹¹⁷ CRPA, art L.300-2. « 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. »

³⁹¹⁸ Ibid. CRPA.

³⁹¹⁹ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

³⁹²⁰ CGCT, art. L.O. 1113-5.

³⁹²¹ Ibid. CRPA.

³⁹²² L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.2.

³⁹²³ Ibid. L. n° 2016-1321.

³⁹²⁴ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 47.

³⁹²⁵ Ibid. Rapp. AN n° 771.

³⁹²⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 62 et s.

³⁹²⁷ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 7 : « tandis que les scientifiques peinent à voir leurs expertises mobilisées par les acteurs institutionnels de l'évaluation. » ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p.40. « D'autre part, de nombreuses

et devrait être renforcée dans un idéal de « rigueur méthodologique [des] expérimentation et [de] robustesse de leurs résultats »³⁹²⁸. La logique partenariale en matière d'évaluation ne se cantonne pas au monde de la recherche. L'évaluation peut également être en lien avec « les inspections générales des ministères, les établissements publics et agences de l'État comme France Stratégie ou le Conseil d'analyse économique (CAE), [...] [ou encore] des personnalités qualifiées »³⁹²⁹. Pour faciliter l'identification des ressources pouvant contribuer à l'évaluation de l'expérimentation, le Conseil d'État suggère de « cartographier les services et organismes ayant un rôle à jouer en matière d'appui aux expérimentations »³⁹³⁰.

La participation de ces acteurs ne se cantonne pas à apporter des savoirs en ce qui concerne l'objet de l'expérimentation. Ils contribuent également avec leurs savoir-faire, notamment en termes de méthodologie et de compétences scientifiques. Des compétences externes en statistiques, probabilités ou encore économétrie peuvent par exemple contribuer à « établir un diagnostic initial précis et fiable [...] identifier les données à recueillir durant l'expérience [...] construire les indicateurs pertinents [...] procéder à l'évaluation, et [...] interpréter les résultats »³⁹³¹. Permettant d'éviter une auto-évaluation³⁹³² et mettant souvent en œuvre le principe du contradictoire³⁹³³, cette démarche collaborative garantit une plus grande objectivité dans l'évaluation.

406. - L'enrichissante participation du public cible.

Le constat est cinglant : « les publics concernés par la mesure qui fait l'objet de l'expérimentation (public cible, entreprises, collectivités territoriales, agents, syndicats, associations, riverains, etc.) sont insuffisamment, mal, ou pas du tout associés à la conception, au pilotage ou à l'évaluation de l'expérimentation »³⁹³⁴. Le Conseil d'État, dans son rapport relatif à l'innovation dans la conduite des politiques, souligne à cet égard que les retours d'expérience du public cible devraient faire l'objet « d'une attention particulière »³⁹³⁵. Il met en exergue les modes de participation envisageables, notamment l'intervention d'un panel d'usagers tirés au sort, la mise en place de consultations en ligne ou d'ateliers participatifs ou encore la consultation d'échantillons représentatifs³⁹³⁶.

Si tous les publics cibles doivent être invités à participer à l'évaluation de l'expérimentation, les rapports s'accordent à dire que l'effort doit particulièrement être mené en ce qui concerne la participation des citoyens³⁹³⁷. Un exemple éclairant en la matière est l'évaluation de l'expérimentation du port de caméras mobiles par les policiers et gendarmes à l'occasion des contrôles d'identité conduite de 2017 à 2019 par la direction générale de la police nationale³⁹³⁸. Seuls les retours d'expériences d'une partie des publics cibles furent alors pris en compte. Si les policiers volontaires à l'expérimentation furent

expérimentations plus ambitieuses se déroulent dans un cadre méthodologique insuffisamment défini. En particulier, elles sont souvent menées sans s'appuyer sur le monde de la recherche scientifique et économique. »

³⁹²⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹²⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹³⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹³¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹³² Si la structure mettant en œuvre l'expérimentation participe malgré tout à son évaluation, il n'est qu'un acteur parmi d'autres.

³⁹³³ Par exemple lorsque différentes structures produisent chacune un rapport d'évaluation qui sont ensuite mis en perspective les uns avec les autres.

³⁹³⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 35 et s.

³⁹³⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹³⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹³⁷ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 7 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 36.

³⁹³⁸ D. n° 2017-636, 25 avr. 2017.

consultés, ce ne fut pas le cas des personnes dont l'identité était contrôlée dans le cadre de cette expérimentation³⁹³⁹.

B. Carences et pistes d'améliorations en ce qui concerne le contenu de l'évaluation

Le contenu de l'évaluation gagnerait à être clarifié et consolidé. Il apparaît fondamental d'identifier en amont les objectifs et les moyens de l'expérimentation (1.) ainsi que de clarifier ce que doit contenir l'évaluation (2.).

1. Identifier en amont les objectifs et les moyens de l'expérimentation dans un idéal d'efficience

407. - Déterminer clairement l'objectif de la mesure.

Pour évaluer l'efficience de la mesure expérimentée, il est nécessaire de déterminer ses objectifs et les moyens mis en place pour les atteindre. Cette vérité ne s'applique pas exclusivement à l'évaluation de l'expérimentation. « La détermination des objectifs finaux [d'une politique publique] et éventuellement, (de ses) objectifs intermédiaires » figure d'ailleurs parmi les cinq éléments clefs de la construction d'un projet évaluatif selon l'Assemblée nationale³⁹⁴⁰. En matière expérimentale, le Conseil d'État rappelle qu'il « doit revenir à l'autorité compétente de définir précisément les objectifs qu'elle poursuit » et que ces derniers doivent « être précis, cohérents et partagés par les parties prenantes de l'expérimentation »³⁹⁴¹. L'identification insuffisante ou tardive des « critères de réussite de l'expérimentation » figure parmi les principales erreurs commises dans le cadre de l'expérimentation selon le Conseil d'État³⁹⁴². Il considère que ces critères sont « définis trop souvent en cours, voire à la fin de l'expérimentation, avec le risque qu'ils le soient alors au regard des résultats obtenus, au détriment de l'objectivité de l'évaluation »³⁹⁴³.

Le Droit applicable en ce qui concerne l'expérimentation apporte peu d'indications à ce sujet. Les expérimentations-transfert ne sont pas explicitement tenues de déterminer clairement l'objectif de la mesure expérimentée. En ce qui concerne les expérimentations-dérogação, la loi organique du 1^{er} août 2003³⁹⁴⁴ se cantonne à exiger que la loi ou le décret les prévoyant « [définisse] l'objet de l'expérimentation ainsi que sa durée [...] et mentionne les dispositions auxquelles il peut être dérogé »³⁹⁴⁵. Si la définition de l'objet de l'expérimentation est abordée, l'objectif poursuivi ne l'est pas. L'atteinte

³⁹³⁹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 38.

³⁹⁴⁰ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 28.

³⁹⁴¹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 46.

³⁹⁴² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁴³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁴⁴ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

³⁹⁴⁵ Pour les expérimentation-dérogação législatives : « La loi qui autorise, sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales à déroger, à titre expérimental aux dispositions législatives régissant l'exercice de leurs compétences, définit l'objet de l'expérimentation ainsi que sa durée, qui ne peut excéder cinq ans, et mentionne les dispositions auxquelles il peut être dérogé » (CGCT, art. LO1113-1) ; Pour les expérimentation-dérogação administratives : « Ce décret contient les précisions mentionnées à l'article LO 1113-1. » (CGCT, art. LO1113-7).

des objectifs de l'expérimentation n'est d'ailleurs pas davantage évoquée en ce qui concerne le rapport d'évaluation des expérimentations³⁹⁴⁶. Ainsi, les textes relatifs aux expérimentations ne prévoient pas explicitement la nécessité de déterminer l'objectif de la mesure expérimentée en amont de sa mise en œuvre. Et pourtant, en matière expérimentale, l'enjeu est double : il convient de déterminer l'objectif de la mesure testée, mais également « les motifs de l'expérimentation elle-même »³⁹⁴⁷.

Les études d'impact sont, théoriquement, un premier palliatif à cette carence. En effet, l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009³⁹⁴⁸ dispose que l'étude d'impact doit « comprendre une étude d'options définissant les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensant les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposant les motifs du recours à une nouvelle législation »³⁹⁴⁹. Or, les expérimentations issues de projets de loi sont soumises à ce régime³⁹⁵⁰. L'extension des études d'impact à « l'ensemble des initiatives appelées à modifier la législation »³⁹⁵¹ pourrait donc permettre de garantir la définition des objectifs de toutes les expérimentations législatives en amont de leur mise en œuvre. Deux limites sont cependant à mettre en exergue. En premier lieu, les expérimentations administratives ne seraient pas nécessairement contraintes de déterminer leurs objectifs de cette façon. En second lieu, le Conseil d'État souligne que si ces études d'impact mettent en lumière l'objectif de la mesure, « elles ne présentent pas toujours les motifs de l'expérimentation elle-même »³⁹⁵².

De ce point de vue, le Conseil d'État suggérerait d'imposer « une présentation des caractéristiques essentielles des expérimentations de l'article 37-1 dès l'examen du projet de loi ou du projet de décret en Conseil d'État ». Pour ce faire, il propose d'une part, de « préciser dans l'étude d'impact des projets de loi les raisons de recourir à l'expérimentation envisagée et ses caractéristiques essentielles » et d'autre part de « préciser les éléments essentiels de l'expérimentation envisagée dans les exposés des motifs, les rapports de présentation au Président de la République et les notices explicatives »³⁹⁵³.

408. - Identifier les moyens mis en place pour atteindre cet objectif.

Le Conseil d'État rappelle qu'il faut penser l'expérimentation en amont de sa mise en œuvre et que, à cette fin, « l'objectif qu'elle poursuit et les moyens de l'atteindre doivent être précisément identifiés lors de sa préparation »³⁹⁵⁴. Déterminer les moyens pour atteindre l'objectif, c'est à la fois identifier les mesures expérimentées et définir les moyens de l'expérimentation.

³⁹⁴⁶ CGCT, art. LO1113-5 : « Ce rapport expose les effets des mesures prises par ces collectivités en ce qui concerne notamment le coût et la qualité des services rendus aux usagers, l'organisation des collectivités territoriales et des services de l'État ainsi que leurs incidences financières et fiscales. »

³⁹⁴⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 36 et s.

³⁹⁴⁸ L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, art. 8.

³⁹⁴⁹ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 22.

³⁹⁵⁰ Des exemples d'expérimentations mises en place par des projets de loi et ayant donc fait l'objet d'études d'impact peuvent alors être évoqués, notamment l'expérimentation de l'exercice, par les chambres régionales d'agriculture, de missions relevant actuellement de la compétence des chambres départementales (L. n° 2018-727, 10 août 2018) ou encore l'expérimentation territoriale de l'introduction d'une obligation de déclaration des démarches de recherche d'emploi sous la forme d'un journal de bord (L. n° 2018-771, 5 sept. 2018)

³⁹⁵¹ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 73.

³⁹⁵² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁵³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁵⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, 3 oct. 2019, op. cit. p. 29.

L'étude du Conseil d'État relative à l'innovation dans la conduite des politiques publiques souligne que « l'expérimentation consiste à poser une hypothèse, à partir d'un constat, d'une observation »³⁹⁵⁵. L'objectif poursuivi peut être atteint de différentes manières³⁹⁵⁶. Les différentes options doivent être étudiées, notamment à la lumière des mécanismes locaux développés en la matière. À titre d'exemple, dans le cadre de l'expérimentation « 10 000 permis pour réussir » financée par le Fonds d'expérimentation pour la jeunesse (FEJ) entre 2009 et 2012, « 13 dispositifs régionaux, 33 dispositifs départementaux et 111 programmes communaux existant sur la question du lien entre emploi et permis de conduire »³⁹⁵⁷.

En outre, l'étude du Conseil d'État relative à l'innovation dans la conduite des politiques publiques rappelle que « l'expérimentation ayant un coût, il convient d'évaluer les moyens qu'il faut y consacrer avant de la lancer »³⁹⁵⁸. Ces moyens peuvent être humains, financiers, mais également techniques et informatiques. Il convient de distinguer les moyens nécessaires à l'expérimentation en tant que telle et ceux mis en œuvre dans le cadre de la mesure expérimentée. L'identification des premiers est nécessaire pour s'assurer que l'expérimentation est vraiment le moyen le plus adéquat de légiférer en la matière³⁹⁵⁹. La détermination des seconds permet pour sa part de vérifier l'efficacité de la mesure expérimentée. En effet, si l'efficacité peut se contenter de s'assurer que l'objectif a été atteint, l'efficacité établit pour sa part « un rapport entre des moyens et une fin au regard des coûts »³⁹⁶⁰. Pour s'assurer que l'objectif a été atteint de la meilleure manière possible, il est donc nécessaire de déterminer clairement les moyens mis en place à cette fin en amont de l'expérimentation.

2. Clarifier le contenu de l'évaluation

409. - Prendre conscience de l'étendue de l'évaluation.

Bernard Perret met en exergue la nécessité de déterminer les questions évaluatives en amont de l'évaluation elle-même³⁹⁶¹. L'Assemblée nationale lui fait écho dans son rapport sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques de 2018³⁹⁶². Cette nécessité n'est pas propre à l'évaluation des politiques publiques. En matière d'expérimentation juridique, il est tout aussi fondamental de déterminer les questions auxquelles devra répondre l'évaluation. Dans ce domaine, il est important de

³⁹⁵⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁵⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 : Par exemple, « si l'objectif poursuivi consiste par exemple à faciliter l'accès des jeunes, pas ou peu diplômés, au permis de conduire pour leur permettre d'obtenir un emploi stable, plusieurs mesures peuvent être envisagées : le subventionnement, le prêt à taux zéro, l'accompagnement renforcé ou une combinaison de ces mesures. Chacune de ces mesures peut se justifier pour atteindre l'objectif poursuivi et lever les incertitudes concernant leur efficacité. »

³⁹⁵⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁵⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁵⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 : « Il faut apprécier si, du fait des charges et contraintes supplémentaires qui en résulteront pour les agents, l'expérimentation peut ou non être conduite à moyens constants, ou si sa mise en œuvre impose une organisation particulière des services ou de prévoir des ressources supplémentaires (organisation des services, recrutement d'agents supplémentaires, intervention d'une expertise externe, offre de formation, primes spécifiques...), qui doivent être alors précisément évaluées. »

³⁹⁶⁰ Sibony A.-L., Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en Droit, op. cit. p. 61-64.

³⁹⁶¹ Perret B., L'évaluation des politiques publiques, 2008, La Découverte

³⁹⁶² Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 31.

rappeler que les questions évaluatives porteront sur deux sujets : celles relatives aux résultats de l'expérimentation et celles relatives au déroulement de l'expérimentation³⁹⁶³.

En premier lieu, l'évaluation doit donc étudier le plus objectivement possible « les résultats, les effets, produits par la mesure expérimentée »³⁹⁶⁴. Le Conseil d'État précise que l'exercice est sensiblement différent selon que l'expérimentation porte sur l'efficacité d'une politique publique ou sur les modalités d'organisation d'un service public. Il considère que « dans le premier cas, l'évaluation vise à évaluer la pertinence de la mesure en vue de son abandon ou de sa généralisation » fondée sur une étude comparative. Pour l'expérimentation partielle³⁹⁶⁵, cette comparaison portera sur des échantillons géographiques ou démographiques. Pour l'expérimentation globale³⁹⁶⁶, elle mettra en perspective différentes phases temporelles : avant et après l'expérimentation³⁹⁶⁷. Dans le second cas, « l'évaluation sera plus qualitative et visera davantage à mesurer les difficultés, les freins au déploiement d'une nouvelle organisation administrative ou à expliciter les mécanismes par lesquels la mesure testée produit des effets »³⁹⁶⁸.

Cependant, tirer des conclusions à partir des données d'une expérimentation sans s'assurer de la qualité de cette dernière est d'un intérêt relatif. Il convient donc, en second lieu, d'évaluer « la fiabilité de l'expérimentation, sa capacité à fournir des résultats probants »³⁹⁶⁹. Pour ce faire, le Conseil d'État indique que « cela conduit à s'interroger sur les moyens mis en œuvre, la méthode retenue ou encore la composition de l'échantillon »³⁹⁷⁰.

410. - Déterminer les critères de réussite de l'évaluation.

Le Conseil d'État rappelle qu'il est fondamental « de définir dans le protocole expérimental les critères de réussite de la mesure expérimentée, si possible fondés sur des indicateurs quantitatifs ou qualitatifs précis »³⁹⁷¹. Comparer les résultats obtenus avec ces indicateurs est la clef de voûte du succès de l'expérimentation. Cela permettra de décider des suites à lui donner.

À cet égard, l'expérimentation du « Pass Culture » est un exemple éclairant rappelé par le Conseil d'État³⁹⁷². Le « Pass Culture » met à disposition des personnes âgées de dix-huit à vingt-cinq ans cinq cents euros afin d'avoir accès à des biens et services culturels. Dès la mise en place de l'expérimenta-

³⁹⁶³ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit.

³⁹⁶⁴ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁶⁵ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. : L'expérimentation partielle ne porte que sur une partie du territoire (« expérimentation dans l'espace ») ou de la population (« expérimentation sectorielle »).

³⁹⁶⁶ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. : L'expérimentation globale frappe l'ensemble du territoire et de la population.

³⁹⁶⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁶⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 : « Ainsi, l'expérimentation d'un programme d'accompagnement renforcé de personnes en situation de précarité ou de vulnérabilité dans le cadre des « rendez-vous des droits » dans les Caisses d'allocations familiales en 2014 a mis en évidence que c'est la complexité des interactions avec l'administration pour certains publics qui explique le non-recours aux prestations sociales. Pour les plus petites expérimentations organisationnelles, l'abandon de l'organisation testée sera plus facile que pour les plus importantes. L'enjeu sera moins d'abandonner le déploiement de l'organisation que d'adapter, à l'issue de l'expérimentation, l'organisation testée. » ; Gertler P. J., Martinez S., Premand P., Rawlings L. B., Vermeersch Chr. M. J., Impact Evaluation in Practice, Openknowledge.worldbank.org, 2016.

³⁹⁶⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁷⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁷¹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 64 & s.

³⁹⁷² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

tion, les trois critères de sa réussite ont été établis : « l'accès à la culture des utilisateurs de l'application, qui comprend notamment le nombre de biens culturels auxquels ils ont eu accès et l'évolution de leur pratique culturelle, la diversification de l'offre physique et géographique de biens culturels dans les territoires participants et le caractère pérenne du financement de l'application »³⁹⁷³.

411. - Identifier la méthodologie de l'évaluation.

Les méthodes d'évaluation sont nombreuses. Dans le cadre du rapport sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques de l'Assemblée nationale, Maurice Baslé, Jean-Michel Josselin et Benoît Le Maux ont établi une typologie des outils majeurs de l'évaluation des politiques publiques. À cette fin ils ont proposé « un arbre de décision pouvant servir de table d'orientation entre les différentes méthodes »³⁹⁷⁴ ainsi qu'une représentation des principales méthodes d'évaluation. La distinction la plus classique en ce qui concerne les modalités d'évaluation est celle mise en lumière par le Conseil d'État. Il distingue « la méthode quantitative [...] qui évalue l'efficacité, la pertinence de la mesure au regard de l'objectif poursuivi, sur la base d'indicateurs chiffrés » de « la méthode qualitative [...] qui évalue l'efficacité, la pertinence de la mesure au regard de l'objectif poursuivi, sur la base d'indicateurs qualitatifs »³⁹⁷⁵. Ces deux méthodes évaluatives ne requièrent donc pas la collecte du même type de données. La première s'intéressera davantage aux chiffres tandis que la seconde se fondera « notamment sur l'opinion des sujets de l'expérimentation (l'interrogation individuelle ou collective des acteurs, l'observation directe par l'évaluateur, la monographie) »³⁹⁷⁶. Elles ne font pas non plus appel aux mêmes types de traitements de données.

Afin que l'évaluation soit pertinente, elle doit se fonder sur des données exactes et exhaustives collectées tout au long de la phase expérimentale voire préalablement à celle-ci, par exemple dans le cadre d'expérimentations globales. De ce point de vue, il est absolument fondamental de déterminer en amont de l'expérimentation la méthode retenue pour procéder à son évaluation. Ainsi, les données pertinentes pourront être collectées durant l'expérimentation et les ressources nécessaires à leur évaluation, notamment sur le plan technique si de grandes quantités de données doivent être traitées, pourront être mises en œuvre.

Section 3. L'évaluation de l'expérimentation : de relatives améliorations à l'aune des algorithmes numériques

La nécessité de faire de l'évaluation législative une pratique courante, efficace et vertueuse devient indéniable³⁹⁷⁷. Cependant, le coût humain et financier de l'évaluation ne saurait pas nécessairement être supporté par les instances d'évaluation. Il apparaît notamment délicat de traiter efficacement une

³⁹⁷³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁷⁴ Rapp. AN n° 771, op. cit., p. 31.

³⁹⁷⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁷⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

³⁹⁷⁷ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 7 : « Nous devons passer du discours de bonne volonté à la pratique effective et mettre en place un véritable cercle vertueux de l'évaluation : d'abord évaluer les lois et politiques existantes pour décider s'il faut ou non légiférer. Ensuite, contrôler l'efficacité et la dépense publiques lors de la mise en œuvre des nouvelles lois, notamment à l'occasion du vote de la loi de règlement, et enfin, évaluer l'impact des nouvelles lois ou mesures de politiques publiques pour déterminer si elles atteignent leurs objectifs ou méritent d'être revues ou ajustées »

grande quantité de données afin de produire des résultats suffisamment pertinents. De ce point de vue, les algorithmes pourraient progressivement s'imposer comme des outils pertinents dans l'assistance des pouvoirs publics afin d'évaluer leurs politiques publiques ainsi que les normes qu'ils édictent. En matière expérimentale, les algorithmes, particulièrement les algorithmes numériques, auraient la possibilité de contribuer à l'amélioration des évaluations normatives (§1.). Cependant, ces outils ne sauraient être mis en place sans garde-fous et il conviendra le cas échéant d'encadrer juridiquement l'utilisation faite des algorithmes en la matière (§2.). Ainsi, après avoir vu comment les algorithmes seraient susceptibles de se saisir du Droit, nous étudierons comment le Droit devrait se saisir des algorithmes³⁹⁷⁸.

§1. La possible amélioration de l'évaluation de l'expérimentation basée sur les algorithmes

Alors que « la transformation numérique de l'administration et la profusion des données rendent de plus en plus fréquents les recours aux programmes informatiques, qui outillent le travail des agents publics et préparent les décisions des administrations »³⁹⁷⁹, l'algorithmisation de l'administration³⁹⁸⁰ est certaine³⁹⁸¹. Pendant que ces nouveaux systèmes d'aide à la décision administrative fleurissent³⁹⁸² se pose la question de leur place dans le système juridique. Serait-il pertinent de s'appuyer sur ces outils pour rendre des décisions de justice ? Peuvent-ils contribuer à l'élaboration de la norme ? Sur cette dernière question, les algorithmes peuvent être particulièrement utiles afin d'évaluer les normes. En ce qu'ils traitent de grandes quantités de données, les algorithmes faciliteraient l'appréciation de l'efficacité et de l'effectivité d'une norme. Alors que l'intérêt d'une algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation devient indéniable (A.), reste à définir les modalités de l'utilisation des algorithmes en la matière (B.).

A. L'intérêt de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation

L'intérêt de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation est double. D'une part, le raisonnement algorithmique présente plusieurs similitudes avec la logique évaluative (1.). D'autre part, la quantité de données que peuvent traiter les algorithmes numériques peut présenter une véritable valeur ajoutée en ce qui concerne l'évaluation des expérimentations (2.).

1. Les algorithmes : un raisonnement au cœur de la logique évaluative

³⁹⁷⁸ Barraud B., Le droit en datas : comment l'intelligence artificielle redessine le monde juridique, RLDI 2018.

³⁹⁷⁹ Étude d'impact, 9 déc. 2015, Projet de loi pour une république numérique.

³⁹⁸⁰ Barraud B., L'algorithmisation de l'administration, RLDI 2018.

³⁹⁸¹ Bourcier D., Filippi (de) P., Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ? , RFAP 2018.

³⁹⁸² Rapp. AN n° 3399, op. cit., p.139 & s.

412. - Les algorithmes : des raisonnements au service de la prise de décision.

La notion d'algorithme fait l'objet de différentes définitions³⁹⁸³. Etalab repart de la définition du Larousse, et rappelle ainsi qu'un algorithme est un « ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations. Un algorithme peut être traduit, grâce à un langage de programmation, en un programme exécutable par un ordinateur »³⁹⁸⁴. Etalab précise alors que « un algorithme peut donc exister indépendamment d'un traitement informatique. Une grille de notation "papier" utilisée par une administration peut donc être considérée comme un algorithme »³⁹⁸⁵. Selon la CNIL, il s'agit d'une « suite finie et non ambiguë d'instructions permettant d'aboutir à un résultat à partir de données fournies en entrée »³⁹⁸⁶. Nous retiendrons donc qu'un algorithme est un raisonnement fini et non ambigu visant à résoudre un problème ou à répondre à une question et pouvant se matérialiser au format papier ou numérique.

Différentes distinctions sont opérables en ce qui concerne les algorithmes. La première différence concerne l'outil utilisé afin d'appliquer les règles opératoires de l'algorithme. Les algorithmes papier s'opposent alors aux algorithmes numériques, ces derniers étant traduits « grâce à un langage de programmation, en un programme exécutable par un ordinateur »³⁹⁸⁷. La deuxième distinction opérable est basée sur le type d'usage des algorithmes. Dans les administrations, sont ainsi dissociables les objectifs suivants : attribuer des droits et calculer des montants selon des règles prédéfinies³⁹⁸⁸, réaliser un appariement entre une "offre" et une "demande"³⁹⁸⁹, prédire une situation ou un risque en analysant des données³⁹⁹⁰ ainsi qu'aider à la décision des usagers³⁹⁹¹. La troisième distinction concerne le degré d'intervention humaine. Lorsqu'un algorithme ne requiert pas d'intervention humaine pour fonctionner³⁹⁹², on parle de traitement automatisé ou de décision automatisée³⁹⁹³. Lorsqu'un algorithme aide l'humain à prendre une décision, mais que ce dernier reste décideur³⁹⁹⁴, on parle alors d'outils d'aide à la décision³⁹⁹⁵. Ces différents éléments permettent d'établir que les algorithmes sont des raisonnements pouvant être mis au service de la prise de décision de différentes manières.

413. - Les raisonnements algorithmiques au service de l'évaluation normative.

³⁹⁸³ Guides.etalab.gouv.fr, Guide pratique relatif aux algorithmes publics à l'usage des administrations, mars 2019.

³⁹⁸⁴ Larousse.fr, Encyclopédie, Algorithme.

³⁹⁸⁵ Ibid. Guides.etalab.gouv.fr.

³⁹⁸⁶ Cnil.fr, Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, déc. 2017.

³⁹⁸⁷ Larousse.fr, Encyclopédie, Algorithme.

³⁹⁸⁸ Exemples proposés par Etalab : Calcul des taxes et des impôts, attribution de prestations sociales etc. (Ibid. Guides.etalab.gouv.fr)

³⁹⁸⁹ Exemples proposés par Etalab : Gestion de la mobilité des agents (RH), accès à l'enseignement supérieur (Parcoursup), attribution de places en crèches etc. (Ibid. Guides.etalab.gouv.fr).

³⁹⁹⁰ Exemples proposés par Etalab : Prédire un risque de défaillance d'une entreprise (Signaux Faibles), cibler les contrôles de lutte contre la fraude fiscale etc. (Ibid. Guides.etalab.gouv.fr).

³⁹⁹¹ Exemples proposés par Etalab : Aider les demandeurs d'emploi à cibler leurs candidatures spontanées (La Bonne Boîte), simuler le coût d'une embauche (Ibid. Guides.etalab.gouv.fr).

³⁹⁹² Etalab donne comme exemple le calcul de l'impôt de trente-sept millions de foyers fiscaux.

³⁹⁹³ Guides.etalab.gouv.fr, Guide pratique relatif aux algorithmes publics à l'usage des administrations, mars 2019.

³⁹⁹⁴ Etalab donne comme exemple les algorithmes « classant des dossiers selon des critères de priorité pour qu'ils soient ensuite étudiés par une commission qui prendra formellement la décision »

³⁹⁹⁵ Ibid. Guides.etalab.gouv.fr.

Il n'est plus nécessaire de démontrer le passage de la conception rousseauiste à la conception efficiente de la loi³⁹⁹⁶. À l'aune de ce changement de paradigme, le Parlement doit évaluer les effets des lois qu'ils votent³⁹⁹⁷. Il doit dorénavant vérifier qu'il a atteint les objectifs qu'il s'était fixés, et ce de la manière la plus adaptée et au coût le plus faible possible³⁹⁹⁸. Un algorithme étant un raisonnement fini et non ambigu visant à résoudre un problème ou à répondre à une question, en théorie les évaluations normatives s'appuient sur des algorithmes.

Les quatre critères d'évaluation évoqués par l'Assemblée nationale³⁹⁹⁹ soulèvent des questions auxquelles les algorithmes peuvent aider à répondre. Le premier critère d'évaluation est la pertinence de la mesure, c'est-à-dire qu'il convient de répondre aux questions suivantes : « l'action publique répond-elle aux attentes exprimées ? Satisfait-elle un besoin social avéré ? »⁴⁰⁰⁰. Le deuxième critère d'évaluation est l'efficacité, qui, pour sa part, « met en regard les effets propres de l'action sous revue, et les objectifs, en éliminant les conséquences induites par d'autres facteurs tels que la conjoncture ou un événement externe »⁴⁰⁰¹. Le troisième critère d'évaluation est l'efficience qui quant à elle « se mesure en comparant le coût de l'action publique et les résultats obtenus »⁴⁰⁰². Le dernier critère retenu par l'Assemblée nationale est celui de la cohérence qui interroge sur le point suivant : « les objectifs, les dispositifs législatifs et réglementaires et les moyens mis en œuvre pour les atteindre forment-ils un ensemble cohérent ? »⁴⁰⁰³. Afin de répondre à ces interrogations, le législateur devrait notamment mettre en œuvre des raisonnements finis et non ambigus, c'est-à-dire des algorithmes. Ainsi, que ce soit en prédisant une situation ou un risque en analysant des données⁴⁰⁰⁴, en réalisant un appariement entre une "offre" et une "demande"⁴⁰⁰⁵ ou encore en aidant le législateur à décider⁴⁰⁰⁶, des algorithmes, pour l'heure essentiellement papier, peuvent être mis en œuvre afin d'évaluer l'impact d'une norme.

Cependant, les évaluations normatives actuellement mises en œuvre présentant des carences, notamment méthodologiques, on peut supposer que ces algorithmes soient utilisés de manière encore marginale. Affirmer une volonté de s'appuyer sur des algorithmes, papier ou numérique, imposerait au législateur de définir clairement en amont de sa mise en œuvre les objectifs de la mesure, les moyens mis en place dans ce but, le coût escompté et de définir le raisonnement qui permettra d'évaluer si elle remplit ces objectifs.

2. Les algorithmes numériques : une analyse de données au cœur de la logique évaluative

³⁹⁹⁶ Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit. ; Chevallier J., *Peut-on rationaliser la production du Droit ?*, op. cit. ; Fatin-Rouge Stéfani M., Gay L., Vidal-Naquet A. (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité*, 2012, Bruylant.

³⁹⁹⁷ Ibid. Crouzatier-Durand F.

³⁹⁹⁸ Sibony A.-L., *Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en Droit*, op. cit. p. 61-64.

³⁹⁹⁹ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 24 et s.

⁴⁰⁰⁰ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰⁰¹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰⁰² Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰⁰³ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰⁰⁴ Ibid. Guides.etalab.gouv.fr.

⁴⁰⁰⁵ Ibid. Guides.etalab.gouv.fr.

⁴⁰⁰⁶ Ibid. Guides.etalab.gouv.fr.

414. - L'analyse de données : pierre angulaire de l'évaluation normative.

La place centrale de l'information et des données afin d'évaluer les expérimentations a rapidement été mise en lumière. Jacques Chevallier, se faisant l'écho de Sylvie Trosa⁴⁰⁰⁷, affirmait d'ailleurs dès 1993 à propos de l'évaluation de l'expérimentation du RMI que « l'objectif a été à la fois de mettre en place un système d'information apportant des données brutes, d'ordre quantitatif, mais aussi qualitatif, et de se donner des éléments d'appréciation permettant d'évaluer la pertinence des objectifs de la loi, et éventuellement d'en rectifier et d'en préciser les formes »⁴⁰⁰⁸. Dans son étude annuelle de 2020 relative à l'évaluation des politiques publiques, le Conseil d'État souligne que « les données constituent la matière première de l'évaluation des politiques publiques »⁴⁰⁰⁹. Bernard Perret, dans son ouvrage relatif à l'évaluation des politiques publiques, souligne également que « l'essentiel du travail des évaluateurs consiste à rassembler, traiter et interpréter des informations en se soumettant aux exigences de la rigueur scientifique »⁴⁰¹⁰.

Lorsque la doctrine s'intéresse à l'amélioration de l'évaluation de l'expérimentation, elle ne manque pas de mettre en lumière la place centrale qu'occupe le travail relatif aux données. Nombreux sont ceux qui placent les données au cœur de la méthode évaluative, certains en faisant des étapes à part entière et d'autres les impliquant dans chaque étape. Ainsi, le Conseil d'État considère que l'identification des données à collecter est une des étapes clefs de la conception de l'expérimentation⁴⁰¹¹. Bernard Perret fait également de la collecte et du traitement de données une étape à part entière⁴⁰¹². Pour leur part, Stéphane Paul, Hélène Milet et Elise Crovella⁴⁰¹³, intègrent les données à chacune des différentes étapes de l'analyse évaluative qu'ils ont identifiées⁴⁰¹⁴. En outre, l'Assemblée nationale préconise de « capitaliser les évaluations en créant une base de données accessible aux évaluateurs et un portail de l'évaluation des politiques publiques permettant un accès par des requêtes simples »⁴⁰¹⁵.

415. - Algorithmes, données massives et données ouvertes : une capacité évaluative décuplée.

Les opportunités offertes par le « traitement informatique de données multiples »⁴⁰¹⁶ en matière d'évaluation de la norme étaient déjà identifiées en 1993 par Jean-Louis Bergel. Aujourd'hui les capacités des algorithmes, l'importance des données massives et la place croissante des données ouvertes donnent d'autant plus de profondeur à cette idée.

Les algorithmes numériques traduisent un raisonnement « grâce à un langage de programmation, en un programme exécutable par un ordinateur »⁴⁰¹⁷. Étant exécutable par une machine, l'algorithme numérique permet de traiter plus de données qu'un algorithme papier. Les données massives, classiquement caractérisées par les quatre V pour volume, vitesse, variété⁴⁰¹⁸ et valeur⁴⁰¹⁹, bouleversent à trois

⁴⁰⁰⁷ Trosa S., RMI : de l'utilité d'évaluer une loi ?, Pouvoirs Locaux 1992.

⁴⁰⁰⁸ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

⁴⁰⁰⁹ Rapp. CE, 3 sept. 2020, Faire de l'évaluation des politiques publiques un véritable outil de débat démocratique et de décision.

⁴⁰¹⁰ Perret B., L'évaluation des politiques publiques, 2008, La Découverte

⁴⁰¹¹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 93.

⁴⁰¹² Ibid. Perret B. ; Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 26 et s.

⁴⁰¹³ Paul S., Milet H., Crovella E., L'évaluation des politiques publiques : Comprendre et pratiquer, 2016, Broché.

⁴⁰¹⁴ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰¹⁵ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 47.

⁴⁰¹⁶ Morand C.-A. (dir.), Évaluation législative et lois expérimentales, 1993, PUAM, p.10.

⁴⁰¹⁷ Larousse, Définition, Algorithmes.

⁴⁰¹⁸ Cnil.fr, Définition, Big Data.

⁴⁰¹⁹ Stucke M., Grunes A., Big Data and competition policy, OUP 2016, p. 16.

titres l'évaluation des politiques publiques selon l'Assemblée nationale⁴⁰²⁰. En premier lieu, les données massives « [apportent] une masse d'informations à la disposition des évaluateurs qui retracent des comportements effectivement observés (...), et qui sont obtenues en continu »⁴⁰²¹. En deuxième lieu, elles permettent aux bénéficiaires de la mesure de « se transformer en pourvoyeurs de données, voire en évaluateurs »⁴⁰²². En troisième lieu, elles « peuvent être mobilisées à chacune des étapes de l'évaluation : cadrage, mesure d'impact ou pilotage »⁴⁰²³. Les données ouvertes peuvent également contribuer à l'évaluation normative⁴⁰²⁴. Dans le cadre de l'évaluation d'une expérimentation, on pourrait par exemple imaginer que l'évaluateur s'appuie sur les données ouvertes par les collectivités territoriales participant à l'évaluation ainsi que celles n'y participant pas afin d'établir ses échantillons comparatifs qui serviront de base à l'évaluation de l'expérimentation.

Si elle met en lumière ces avantages dans son rapport sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques, l'Assemblée nationale identifie cependant des marges de progrès en la matière. La première concerne le manque d'acculturation à l'évaluation⁴⁰²⁵ et la seconde les insuffisances encore palpables en matière d'ouverture des données⁴⁰²⁶. Afin d'y pallier, elle émet alors une proposition pour chaque problème. Concernant le manque d'acculturation, le rapport suggère de « confier à ETALAB et au programme "Entrepreneurs d'intérêt général" la conception d'une application permettant aux citoyens d'évaluer les politiques publiques du quotidien »⁴⁰²⁷. Concernant l'ouverture des données, il propose de « rendre la législation accessible et exploitable par des simulateurs d'impact et de coût »⁴⁰²⁸ pour permettre une meilleure évaluation de la loi et des politiques publiques. Il précise que cela passerait tant par le renforcement OpenFisca en matière fiscale et sociale, que par la publication des codes sources dans d'autres domaines en collaboration avec Etalab⁴⁰²⁹.

B. Les modalités de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation

L'évaluation peut recouvrir différentes temporalités. On distingue ainsi les évaluations *ex ante*⁴⁰³⁰, *in itinere*⁴⁰³¹ et *ex post*⁴⁰³². En matière expérimentale, l'évaluation *ex ante* correspond à l'étude d'impact,

⁴⁰²⁰ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 89 et s.

⁴⁰²¹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰²² Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰²³ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰²⁴ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰²⁵ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 94 et s.

⁴⁰²⁶ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰²⁷ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰²⁸ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰²⁹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰³⁰ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 70 et s. : « l'évaluation *ex ante* est une évaluation prospective, avant même l'élaboration d'un dispositif, et qui a pour objectif d'en apprécier a priori les effets. Il s'agit de formuler un diagnostic de départ, de prévoir l'adéquation aux besoins du dispositif envisagé, et de définir les référentiels et les outils de mesure qui permettront d'apprécier le degré de réalisation des objectifs »

⁴⁰³¹ Ibid. Rapp. AN n° 771 : « l'évaluation *in itinere* ou évaluation intermédiaire est effectuée tout au long du déroulement d'une politique, d'un programme, d'une action. Instrument de pilotage, elle vise à s'assurer que l'on reste bien sur la trajectoire prévue et propose d'éventuelles actions correctives en termes de cohérence et de pertinence, ainsi que les premières appréciations sur l'efficacité de la politique considérée. L'évaluation intermédiaire porte sur un moment précis, fournit en quelque sorte une photographie, un bilan de la politique examinée »

⁴⁰³² Ibid. Rapp. AN n° 771 : « l'évaluation *ex post* est effectuée a posteriori, à la fin ou après la fin d'une action publique. Il s'agit d'une étude qui vise à tirer rétrospectivement les enseignements d'une politique parvenue à maturité, à

celle *in itinere* aux évaluations menées durant la phase expérimentale et celle *ex post* à l'évaluation menée à la fin de la période d'expérimentation afin de déterminer l'issue qui lui sera donnée. Ces différentes temporalités mises en synergie constitueraient un « cycle vertueux de l'évaluation »⁴⁰³³. Cependant, comme le rappelle l'Assemblée nationale, « en France, ce cercle vertueux n'est pas encore complètement transcrit dans les normes qui régissent la fabrique de la loi »⁴⁰³⁴. Elle précise que « l'évaluation française [...] doit franchir une étape décisive vers plus d'indépendance, plus de transparence, mais aussi une meilleure gouvernance et une plus grande qualité des évaluations *ex post* et *ex ante* »⁴⁰³⁵. Afin de déterminer les modalités de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation, nous verrons comment elle peut contribuer à améliorer tant l'évaluation *ex ante* (1.) que *ex post* (2.).

1. Algorithmisation de l'évaluation *ex ante* : pour une meilleure préparation du texte expérimentale

416. - Les études d'impact : des évaluations *ex ante* à parfaire.

Les études d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État ont été expérimentées⁴⁰³⁶ et pérennisées⁴⁰³⁷ dans les années quatre-vingt-dix. Cependant, le législateur rétropédale en 2003⁴⁰³⁸ et réserve cette pratique aux « projets de lois et décrets les plus importants »⁴⁰³⁹. Critiquée, l'expérience des études d'impact n'est pas pour autant dénigrée et la majorité de la doctrine appelle à son renouveau⁴⁰⁴⁰. C'est chose faite en 2008⁴⁰⁴¹. Au détour de la réforme qu'il porte, le pouvoir constituant rend obligatoires les études d'impact des projets de loi⁴⁰⁴².

Cependant, plus de dix ans après cette réforme constitutionnelle, l'étude d'impact « ne répond pas aux attentes des parlementaires, tous sont d'accord sur ce point »⁴⁰⁴³. Afin de combler les carences constatées en la matière, le rapport sur la simplification législative de l'Assemblée nationale de 2014⁴⁰⁴⁴ défend une évaluation *ex ante* de la norme plus indépendante⁴⁰⁴⁵ et plus systématique⁴⁰⁴⁶. En 2018, le rapport sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques s'en inspirera et

mesurer les impacts globaux d'un dispositif étudié et suffisamment ancré dans le temps pour permettre le travail d'évaluation. Ce type d'évaluation permet aussi d'apprécier le niveau de convergence et/ou de divergence constaté entre les résultats effectivement obtenus et les objectifs initialement fixés »

⁴⁰³³ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰³⁴ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰³⁵ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰³⁶ Circ., 21 nov. 1995.

⁴⁰³⁷ Circ., 26 janv. 1998.

⁴⁰³⁸ Circ., 26 août 2003 ; Circ., 30 sept 2003.

⁴⁰³⁹ Marinèse V., L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, op. cit. p. 306.

⁴⁰⁴⁰ Rapp. OCDE, 2004, La capacité du Gouvernement à produire des réglementations de grande qualité ; Rapp. CE n° 57, op. cit. p. 313 et s. ; Secrétariat général au Gouvernement, Réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'Etat, 2007, Rapp. au Premier ministre ; Rapp. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, 30 oct. 2017.

⁴⁰⁴¹ L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008 ; L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, art. 8 à 12.

⁴⁰⁴² Const., 4 oct. 1958, art. 39 al. 3 & 4 ; Combrade B.-L., L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, thèse, op. cit., p. 21.

⁴⁰⁴³ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 71 et s.

⁴⁰⁴⁴ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 17 et s.

⁴⁰⁴⁵ Ibid. Rapp. AN n° 2268.

⁴⁰⁴⁶ Rapp. AN n° 2268, op. cit. p. 76 et s.

proposera de « faire des études d'impact des évaluations ex ante à part entière »⁴⁰⁴⁷. Il étaye cette proposition en précisant que cela pourrait se matérialiser par « [l'extension des] études d'impact aux projets d'ordonnance, aux propositions de loi inscrites à l'ordre du jour et aux amendements substantiels, et compléter le contenu des études d'impact prévues pour les projets de loi d'habilitation », « [l'enrichissement du] contenu méthodologique des études d'impact », ainsi que « [la prévision de] débats en commission ou en séance publique consacrés à l'examen des études d'impact »⁴⁰⁴⁸. Si une partie du problème saurait résolue sur le plan juridique, c'est d'ailleurs l'objectif poursuivi par la proposition de loi organique déposée au Sénat le 5 juillet 2017⁴⁰⁴⁹, une autre peut l'être sur le plan technique, notamment grâce aux algorithmes.

417. - Algorithmes : des atouts certains pour les études d'impact.

Les études d'impact visent en partie à évaluer la manière dont une nouvelle norme s'articulerait avec les règles juridiques existantes et les conséquences qu'elle entraînerait, notamment économiques, financières, sociales et environnementales⁴⁰⁵⁰. S'agissant de raisonnements appliqués à l'analyse de données, les algorithmes peuvent y contribuer de différentes manières.

En premier lieu, il peut contribuer à identifier et analyser les réglementations applicables au domaine dans laquelle la norme évaluée a vocation à intervenir, notamment en s'appuyant sur les données mises à disposition sur Légifrance⁴⁰⁵¹. Il pourra ainsi simplifier la mise en œuvre des exigences existantes en matière d'études d'impact, particulièrement en ce qui concerne « l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne »⁴⁰⁵². Il pourra également contribuer à la concrétisation de certaines des exigences rêvées⁴⁰⁵³ en matière d'études d'impact. Il pourrait par exemple, grâce aux données d'ores et déjà structurées et parfois ouvertes sur Légifrance, permettre une identification des études d'impact et des évaluations *ex post* réalisées sur des mesures touchant au projet⁴⁰⁵⁴.

En second lieu, les algorithmes prédictifs peuvent aider à identifier au mieux les conséquences potentielles que pourrait entraîner la réglementation envisagée. Jacques Chevallier soulignait déjà en 1993 que « avec le recours à des procédés de simulation visant à mesurer l'effet prévisible d'une législation - soit par le recours à des indicateurs chiffrés, comme en matière de fiscalité, soit par un travail sur les comportements -, on entre bien dans le champ conceptuel de l'expérimentation » tout en précisant que « il s'agit d'une expérimentation juridique fictive, qui précède l'adoption de la loi »⁴⁰⁵⁵. Jean-Daniel Delley et Alexandre Flückiger affirment également que « pour prévoir de manière plus précise l'intensité et les modalités des effets attendus, il faut recourir à des méthodes statistiques plus sophistiquées telles que, par exemple, l'extrapolation, l'analyse d'interdépendance, la modélisation ou l'analyse coût-bénéfice »⁴⁰⁵⁶. Si, de ce point de vue, le recours à des algorithmes pour simuler les impacts d'une

⁴⁰⁴⁷ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰⁴⁸ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰⁴⁹ Senat.fr, Travaux parlementaires, Proposition de loi organique visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi.

⁴⁰⁵⁰ L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, art. 8.

⁴⁰⁵¹ Legifrance.gouv.fr.

⁴⁰⁵² Ibid. L. org. n° 2009-403.

⁴⁰⁵³ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁰⁵⁴ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 73

⁴⁰⁵⁵ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

⁴⁰⁵⁶ Delley J.-D., Flückiger A., La légistique : une élaboration méthodique de la législation, op. cit.

norme n'est pas une nouveauté⁴⁰⁵⁷, l'utilisation des algorithmes numériques prédictifs pourrait être une véritable révolution. Cette idée n'est pas sans soulever une question : si la simulation par algorithme numérique à des fins prédictives est une forme d'expérimentation juridique fictive, pourquoi la cumuler avec une véritable expérimentation juridique ? Tout d'abord, c'est précisément l'objectif de l'expérimentation : mettre une idée à l'épreuve du Réel. L'algorithme numérique saura esquisser certaines des voies que la nouvelle législation pourrait dessiner, parfois sous l'influence de biais algorithmiques, mais ne peut déterminer sur laquelle le Réel s'engagera effectivement. Ce constat conduit à s'interroger sur la réciproque de la question précédente : si l'expérimentation suffit à évaluer l'impact réel d'une norme avant de la consacrer définitivement, à quoi bon la précéder d'une évaluation basée sur des algorithmes prédictifs ? La réponse tient à une problématique existant actuellement venant limiter l'intérêt du recours à l'expérimentation. Les normes expérimentales étant mises en place pour une durée limitée et dans un objectif théorique d'adaptation ultérieure, elles tendent à faire l'objet de rédactions aussi rapides qu'évasives⁴⁰⁵⁸. Cependant, les évaluations étant souvent succinctes et conduisant rarement à une évolution de la norme avant sa généralisation, elles tendent à être pérennisées dans les termes employés durant la phase expérimentale. Le serpent qui se mord la queue : à vouloir s'assurer de la qualité de la norme, on l'altère. Afin de remédier à ce problème, une amélioration de l'évaluation finale de l'expérimentation est nécessaire, mais ne saurait suffire. Il convient également que la proposition expérimentée soit d'ores et déjà adaptée à des études d'impact prospectives afin qu'elle soit rédigée dans les termes les plus adéquats possibles dès le début de la phase expérimentale. La simulation des impacts d'une norme grâce aux algorithmes peut alors aider à rédiger au mieux le texte instaurant l'expérimentation. L'idée de la simulation afin d'évaluer l'impact d'une règle de droit n'est d'ailleurs pas totalement inconnue au législateur. En effet, dans le cadre du hackathon sur les finances locales de 2020, l'Assemblée nationale avait proposé un défi relatif à la simulation des effets d'un amendement sur les dotations⁴⁰⁵⁹.

2. Algorithmisation de l'évaluation *ex post* : pour une meilleure pérennisation de la mesure expérimentée

418. - Les algorithmes numériques au service du renforcement de l'évaluation *ex post*.

Alors qu'il faisait le constat cinglant qu'aucune obligation d'évaluation *ex post* n'existe, le rapport de l'Assemblée nationale sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques défendait le renforcement et la généralisation de cette pratique⁴⁰⁶⁰. Si des évolutions juridiques apparaissent nécessaires à cette fin⁴⁰⁶¹, des changements de pratiques semblent également utiles. Afin qu'une telle pratique se généralise sans entraîner un coût, notamment humain, que l'administration ne saurait supporter, des algorithmes numériques peuvent être mis en œuvre.

L'évaluation *ex post* des mesures expérimentales, qui est pour sa part obligatoire, pourrait être une des premières à éprouver l'utilisation d'algorithmes en la matière. Une expérimentation juridique de

⁴⁰⁵⁷ De Laubadère A., Une nouvelle méthode législative : la simulation, AJDA 1979.

⁴⁰⁵⁸ Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, op. cit. p. 122 et s.

⁴⁰⁵⁹ Léchenet A., Au Sénat, un « hackathon » sur les finances locales, Gaz. Cnes. 2020.

⁴⁰⁶⁰ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 74 et s.

⁴⁰⁶¹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

l'utilisation d'algorithmes à des fins d'évaluation *ex post* pourrait d'ailleurs être mise en place dans le champ des évaluations de mesures expérimentales. Cette démarche serait intéressante de deux points de vue. En premier lieu, des carences de l'évaluation de l'expérimentation étant déjà identifiées, elle permettrait de s'assurer de l'intérêt de la mesure et de son impact véritable. En second lieu, comme nous le verrons ultérieurement, il est nécessaire d'encadrer juridiquement l'utilisation des algorithmes utilisés à des fins d'élaboration de la norme et elle permettrait de déterminer le cadre juridique le plus adéquat.

419. - Les algorithmes numériques au service de l'exhaustivité de l'évaluation *ex post*.

Les évaluations *ex post* visent à « tirer rétrospectivement les enseignements d'une politique parvenue à maturité, à mesurer les impacts globaux d'un dispositif étudié » ainsi qu'à « apprécier le niveau de convergence et/ou de divergence constaté entre les résultats effectivement obtenus et les objectifs initialement fixés »⁴⁰⁶². Afin d'identifier exhaustivement l'impact d'une législation, tant en déterminant si elle atteint les objectifs qu'elle s'est fixés qu'en décelant la sérendipité législative⁴⁰⁶³ qui peut lui être liée, il est nécessaire de traiter une grande quantité de données. Les algorithmes numériques, grâce à la quantité de données qu'ils peuvent traiter, peuvent alors s'imposer comme un outil au service de ces évaluations.

§2. Le nécessaire encadrement juridique des algorithmes d'évaluation de l'expérimentation

Les enjeux juridiques soulevés par les algorithmes d'évaluation de l'expérimentation sont proches de ceux concernant les décisions de justice automatisées. Comme le rappelle Liane Huttner⁴⁰⁶⁴, on y décompte notamment la question du manque de transparence des algorithmes, de la potentielle atteinte à l'indépendance des juges, des biais et de la discrimination algorithmique ainsi que de la factualisation du Droit⁴⁰⁶⁵. En ce qui concerne les décisions de justice ainsi que les décisions administrative et privée, deux principaux garde-fous ont été mis en place par le législateur afin de lutter contre ces risques, à savoir la nécessité d'une intervention humaine, voire l'interdiction de certains traitements automatisés, et la transparence des algorithmes. Un encadrement juridique similaire serait souhaitable en ce qui concerne les décisions ayant un impact collectif, notamment relatives à l'élaboration de la norme. On peut l'espérer, mais nous n'en sommes pas encore tout à fait là. Il convient alors de s'interroger sur le besoin et les modalités que pourraient prendre tant l'obligation d'intervention humaine (A.) que celle de transparence (B.) en ce qui concerne les algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme.

⁴⁰⁶² Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 70.

⁴⁰⁶³ Bourcier D., Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ?, R.I.E.J. 1999. « Le législateur peut avoir prévu les faits et les règles, mais non les réactions des citoyens à une nouvelle loi. La sérendipité législative serait cette capacité qu'a tout système de règles de produire des effets imprévus voire même contraires à la finalité initiale. Les effets peuvent être aléatoires (par exemple à cause de l'incertitude de l'environnement décrit), mais ils peuvent aussi constituer de véritables détournements de règles, sciemment organisés par une catégorie de la population. »

⁴⁰⁶⁴ Huttner L., Données à caractère personnel – Décision automatisée et justice, in Collectif., Rép. IT/IP et Communication, 2020, Dalloz.

⁴⁰⁶⁵ Croze H., La factualisation du droit, JCP G 2017 ; Garapon A., Les enjeux de la justice prédictive, JCP 2017.

A. Algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme : nécessité d'une intervention humaine

À trop vouloir optimiser la production et minimiser les erreurs, l'humain tend à laisser sa place à la machine. La technologie était libertaire. Elle est devenue dictatoriale. Seuls, les algorithmes entravent le libre arbitre. Avec une intervention humaine, ils renforcent l'État de Droit et les libertés individuelles. Ce n'est donc qu'accompagnés d'une humanité irrévérencieuse que les algorithmes pourront être bénéfiques à nos sociétés⁴⁰⁶⁶. Conscient de cette nécessité, le législateur a consacré le droit à une intervention humaine en ce qui concerne certains algorithmes utilisés pour prendre des décisions individuelles (1.). Mais lorsque, délaissant le sujet de la prise de décision individuelle, l'on passe à celui des décisions collectives, le législateur est resté pantois (2.).

1. Humanisation des algorithmes : un cadre juridique établi en ce qui concerne les décisions individuelles

420. - Appréciation du comportement d'une personne par traitement automatisé de données à caractère personnel : une pratique interdite en ce qui concerne les décisions de justice.

L'idée lancinante de l'algorithmisation de la justice conduit à la délicate question du degré de délégation à la machine⁴⁰⁶⁷ : sera-t-elle totale ou partielle ? Si des théories favorables à une automatisation totale surnagent de-ci de-là⁴⁰⁶⁸, la majorité de la doctrine s'accorde sur la nécessité d'une intervention humaine, particulièrement en ce qui concerne les décisions de justice⁴⁰⁶⁹. C'est d'ailleurs la position avant-gardiste adoptée par le législateur français dès les années soixante-dix.

En France, conscience semble rapidement prise de ce que l'algorithmisation de l'administration⁴⁰⁷⁰ ne pourra avoir lieu aussi longtemps que les décisions automatiques ne seront pas encadrées juridiquement. Ce sujet, aussi primordial que sensible, est au cœur des préoccupations du législateur français dès 1975⁴⁰⁷¹. Ses réflexions se matérialisent à l'article 2 de la loi informatique et libertés où sont encadrées les décisions automatisées⁴⁰⁷². Distinguant décision de justice, décision administrative et déci-

⁴⁰⁶⁶ Clément M., Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ?, AJDA 2017 ; Ibid. Huttner L.

⁴⁰⁶⁷ Garapon A., Lassègue J., Justice digitale - Révolution graphique et rupture anthropologique, 2018, PUF.

⁴⁰⁶⁸ Azoulay W., Des machines et des hommes. La guerre n'aura pas lieu, Droit et société 2019.

⁴⁰⁶⁹ Huttner L., Données à caractère personnel - Décision automatisée et justice, op. cit.

⁴⁰⁷⁰ Barraud B., L'algorithmisation de l'administration, RLDI 2018 ; Bourcier D., Filippi (de) P., Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ?, op. cit.

⁴⁰⁷¹ Tricot B., Rapport de la Commission informatique et libertés, 1975, La Documentation française, p.83.

⁴⁰⁷² L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 2 : « Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé. Aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé. » (rédaction de 1978)

sion privée, cet article semble opérer « une forme de “gradation” dans l’impact de la prise de décision »⁴⁰⁷³. Alors que les décisions impliquant une appréciation du comportement d’une personne par traitement automatisé de données à caractère personnel sont prosrites en ce qui concerne les décisions de justice, elles sont strictement encadrées pour les deux autres. Ainsi, le premier alinéa de l’article 2 de la loi informatique et libertés dispose dès 1978 que « aucune décision de justice impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé d’informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l’intéressé »⁴⁰⁷⁴.

Le législateur européen, bien qu’il se saisisse également de la question des traitements algorithmiques⁴⁰⁷⁵, ne consacrera pour sa part aucun régime spécifique aux décisions de justice⁴⁰⁷⁶. Malgré la vision universaliste des décisions automatisées du Droit communautaire, « le législateur national a choisi à deux reprises de garder la distinction entre les décisions de justice et les autres types de décisions pouvant être fondées sur un traitement automatisé »⁴⁰⁷⁷. Afin que justice numérique ne devienne « justice inique »⁴⁰⁷⁸, le législateur français a donc maintenu strictement cette interdiction tant à l’occasion de la transposition de la directive européenne de 1995⁴⁰⁷⁹ que lors de l’adoption de la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles⁴⁰⁸⁰. C’est dans des termes très similaires à ceux de 1978 que cette interdiction figure désormais à l’article 47 de la loi informatique et libertés⁴⁰⁸¹.

421. - Appréciation du comportement d’une personne par traitement automatisé de données à caractère personnel : le droit à une intervention humaine en ce qui concerne les autres décisions produisant des effets juridiques à l’égard d’une personne physique.

Le législateur français fait preuve d’une plus grande souplesse en ce qui concerne les décisions administrative et privée que les décisions de justice. Ainsi, si le traitement automatisé d’informations donnant une définition du profil ou de la personnalité d’une personne afin d’apprécier son comportement pour prendre une décision administrative ou privée n’est pas interdit, il ne saurait être le seul fondement de cette décision⁴⁰⁸². Cette restriction prévue par la loi informatique et libertés en 1978⁴⁰⁸³ est légèrement modifiée avec la loi du 6 août 2004, la « décision administrative et privée » laissant alors place aux décisions « produisant des effets juridiques à l’égard d’une personne »⁴⁰⁸⁴.

Le législateur européen a également exprimé ses réserves en ce qui concerne les traitements de données à caractère personnel exclusivement automatisés fondant des décisions concernant une personne physique. L’article 15 de la directive du 24 octobre 1995 reconnaît ainsi « à toute personne le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l’affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d’un traitement automatisé de données »⁴⁰⁸⁵. En

⁴⁰⁷³ Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P.

⁴⁰⁷⁴ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 2.

⁴⁰⁷⁵ Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995, art. 15 ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art.22.

⁴⁰⁷⁶ Ibid. Huttner L.

⁴⁰⁷⁷ Ibid. Huttner L.

⁴⁰⁷⁸ Jeuland E., Justice numérique, justice inique ? , Les Cahiers de la Justice 2019.

⁴⁰⁷⁹ L. n° 2004-801, 6 août 2004.

⁴⁰⁸⁰ L. n° 2018-493, 20 juin 2018.

⁴⁰⁸¹ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 47 : « Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d’une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne. » ; Ord. n° 2018-1125, 12 déc. 2018.

⁴⁰⁸² L. n° 78-17, loc. cit. art. 2.

⁴⁰⁸³ Ibid. L. n° 78-17.

⁴⁰⁸⁴ L. n° 2004-801, 6 août 2004.

⁴⁰⁸⁵ Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995, art. 15.

réaffirmant le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé à l'article 22 du RGPD⁴⁰⁸⁶, le législateur européen inscrit cet idéal d'intervention humaine dans une logique plus globale d'*empowerment* de la personne concernée. Il dispose que « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire »⁴⁰⁸⁷.

Aussi vertueuses ces dispositions soient elles, leur portée demeure limitée. En premier lieu, l'interprétation de la notion « d'intervention humaine », condition de l'application de ces dispositions et droit de la personne concernée, est relativement vaste. En effet, comme le rappellent Danièle Bourcier et Primavera De Filippi, s'il fut un temps où étaient considérées comme des interventions humaines exclusivement celles du décideur⁴⁰⁸⁸, désormais⁴⁰⁸⁹ l'implication de la personne concernée lève également le caractère automatique de la décision⁴⁰⁹⁰. En second lieu, ce principe connaît de nombreuses exceptions, au titre du Droit français comme du Droit européen, comme le met en lumière Judith Rochfeld⁴⁰⁹¹. Par exemple, les dispositions de l'article 22 du RGPD⁴⁰⁹² ne s'appliquent pas lorsque le traitement est nécessaire à la conclusion ou l'exécution d'un contrat⁴⁰⁹³, est autorisé par le Droit applicable ou est fondé sur le consentement explicite de la personne concernée⁴⁰⁹⁴.

2. Humanisation des algorithmes : un cadre juridique à établir en ce qui concerne les décisions collectives

422. - Les risques d'une automatisation de la prise de décision en ce qui concerne l'élaboration de la norme.

Les algorithmes exposent à une modification des raisonnements juridiques⁴⁰⁹⁵ et de la manière de concevoir la règle de Droit⁴⁰⁹⁶. S'il peut les assister, l'algorithme ne saurait remplacer ni le juge⁴⁰⁹⁷ ni le législateur. À défaut de quoi l'on se hasarderait à une factualisation du Droit⁴⁰⁹⁸. Ce terme proposé par Hervé Croze en référence à Antoine Garapon renvoie à l'idée que « le droit est une information

⁴⁰⁸⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016.

⁴⁰⁸⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 22.1 ; Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, cons. 71. « La personne concernée devrait avoir le droit de ne pas faire l'objet d'une décision, qui peut comprendre une mesure, impliquant l'évaluation de certains aspects personnels la concernant, qui est prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé et qui produit des effets juridiques la concernant ou qui, de façon similaire, l'affecte de manière significative »

⁴⁰⁸⁸ Par exemple le juge ou l'autorité administrative.

⁴⁰⁸⁹ L'article 10 de la loi informatique et libertés dispose désormais que : « Ne sont pas regardées comme prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour lesquelles la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations, ni celles satisfaisant les demandes de la personne concernée. »

⁴⁰⁹⁰ Bourcier D., Filippi (de) P., *Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ?*, op. cit.

⁴⁰⁹¹ Rochfeld J., *Données à caractère personnel – Droit de ne pas subir une décision fondée sur un traitement automatisé*, in Rép. IP/IT Dalloz, 2020.

⁴⁰⁹² Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 22.

⁴⁰⁹³ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 6.1.b.

⁴⁰⁹⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 22.2.

⁴⁰⁹⁵ Huttner L., *Données à caractère personnel – Décision automatisée et justice*, op. cit.

⁴⁰⁹⁶ Duclercq J.-B., *Les effets de la multiplication des algorithmes informatiques sur l'ordonnement juridique*, CCE 2015.

⁴⁰⁹⁷ Jeuland E., *Justice numérique, justice inique ?*, Les Cahiers de la Justice 2019.

⁴⁰⁹⁸ Garapon A., *Les enjeux de la justice prédictive*, JCP 2017 ; Croze H., *La factualisation du droit*, JCP G 2017.

dont il faut tenir compte et rien d'autre. Tout le droit devient un fait et réciproquement n'importe quel fait, légitime ou non, devient normatif »⁴⁰⁹⁹. Si aucune intervention humaine n'est prévue ou que l'intelligibilité des algorithmes n'est pas garantie, le législateur pourrait être soumis à la prédiction de l'algorithme⁴¹⁰⁰. Ce dernier deviendrait alors « prophétie auto-réalisatrice »⁴¹⁰¹. En outre, l'algorithme fondant son raisonnement sur les données existantes, il risque de soumettre le législateur au carcan de ses décisions antérieures. « L'avenir serait donc condamné au passé »⁴¹⁰² comme le résume Laura Viaut. Artiste du Droit, le législateur ne doit pas renoncer à sa créativité. Si l'outil peut l'aider, il ne doit ni le remplacer et ni le plagier allègrement.

La confiance aveugle « dans les résultats d'algorithmes perçus comme objectifs et infaillibles »⁴¹⁰³ est un autre risque auquel exposent les décisions automatisées. L'inquiétude est d'autant plus vive que nul, sans doute, ne contestera les discriminations que les algorithmes peuvent engendrer. Le logiciel de prédiction de la récidive COMPAS utilisé aux États-Unis a d'ailleurs bien montré la limite de l'exercice en produisant des discriminations basées sur la couleur de peau⁴¹⁰⁴. Si la proscription de l'utilisation de données sensibles a été défendue⁴¹⁰⁵ puis consacrée⁴¹⁰⁶, elle ne saurait suffire à empêcher les discriminations algorithmiques⁴¹⁰⁷. En effet, cette interdiction « peut être contournée par l'introduction d'autres variables »⁴¹⁰⁸ et les discriminations peuvent être liées à l'algorithme lui-même⁴¹⁰⁹.

423. - Les contours d'un possible encadrement de l'utilisation des algorithmes à des fins d'élaboration de la norme.

Sans intervention humaine, les algorithmes exposent à une taylorisation de la confection de la loi. Il convient donc de mettre en place des garde-fous afin que le Parlement ne devienne pas une usine à législations déshumanisée. Pour ne pas se plonger dans les Temps Modernes, le législateur doit donc replacer l'humain au cœur du processus législatif et prévoir une intervention humaine lorsque des algorithmes sont utilisés.

Fort de ce constat, le premier voile à lever est celui du degré d'automatisation acceptable en ce qui concerne les décisions prises dans un but d'élaboration de la norme. Convendra-t-il d'interdire strictement la prise de décision automatisée en la matière, à l'instar des règles applicables aux décisions de justice⁴¹¹⁰ ? Ou faudrait-il s'inspirer davantage du régime applicable aux autres décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique⁴¹¹¹ en prévoyant le droit à une intervention humaine pour les décisions prises sur un fondement totalement automatisé ?

⁴⁰⁹⁹ Ibid. Garapon A.

⁴¹⁰⁰ Viaut L., Quand l'avenir se condamne au passé : la justice prédictive face au problème de la prophétie auto-réalisatrice, Lextenso 2020.

⁴¹⁰¹ Croze H., La factualisation du droit, op. cit.

⁴¹⁰² Ibid. Viaut L.

⁴¹⁰³ Rapp. CE, n° 65, op. cit. p. 15.

⁴¹⁰⁴ Marchesseau G., Justice prédictive : comment concilier algorithmes et transparence de la justice ?, Village de la justice 2020.

⁴¹⁰⁵ Ibid. Rapp. CE, n° 65.

⁴¹⁰⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 22.4.

⁴¹⁰⁷ Huttner L., Données à caractère personnel – Décision automatisée et justice, op. cit.

⁴¹⁰⁸ Ibid. Rapp. CE, n° 65.

⁴¹⁰⁹ Ibid. Huttner L.

⁴¹¹⁰ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 47.

⁴¹¹¹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 22.

En outre, il conviendra de s'assurer de l'effectivité de l'intervention humaine alors prévue⁴¹¹². Les cas dans lesquels l'intervention de l'humain lui donne l'illusion de peser sur le résultat sans impact véritable sur la décision ne sauraient être acceptés. Il convient non seulement de s'inspirer du cadre juridique applicable aux décisions individuelles automatisées,⁴¹¹³ mais également de le parfaire⁴¹¹⁴. Afin que l'intervention humaine ait un véritable impact sur la décision, il convient donc *a minima* de prévoir que l'humain intervenant en la matière soit mis en capacité de comprendre le raisonnement algorithmique⁴¹¹⁵, afin de pouvoir identifier un éventuel biais ou pallier une potentielle carence, et ait un véritable rôle décisionnel. En outre, les résultats produits par les algorithmes devraient également faire l'objet d'un contrôle en amont de leur communication aux décideurs⁴¹¹⁶.

B. Algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme : besoin de transparence

Point d'algorithmes sans transparence et au législateur le soin de l'imposer. S'il a initié un mouvement de transparence des algorithmes (1.), ce n'est que du bout de la plume et principalement en ce qui concerne ceux utilisés pour prendre des décisions individuelles. À l'évidence, il doit être poursuivi et étendu aux algorithmes ayant un impact sur les situations collectives, notamment sur l'élaboration de la norme (2.).

1. Un mouvement de transparence initié avec les algorithmes utilisés pour prendre des décisions individuelles

424. - La transparence des codes sources au titre de l'ouverture des données publiques : des dispositions applicables aux algorithmes d'évaluation de l'expérimentation.

Selon la CADA, les codes sources sont « un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un micro-processeur »⁴¹¹⁷. La question de l'accès aux codes sources au titre de l'ouverture des données publiques s'est progressivement posée⁴¹¹⁸. Si la CADA avait apporté une première réponse en 2015 en soutenant que « les fichiers informatiques constituant le code source sollicité (...) revêtent le caractère de documents administratifs »⁴¹¹⁹, la loi pour une République numérique s'est fixée pour objectif de « de lever le doute sur les codes source en général »⁴¹²⁰. C'est ainsi que l'article 2 de la loi pour une République numérique⁴¹²¹, ajoutant les codes sources à l'article

⁴¹¹² Ibid. Rapp. CE, n° 65.

⁴¹¹³ Par exemple, concernant l'article 22 du RGPD, le Responsable de traitement ne peut pas éviter l'application de l'article 22 du RGPD en fabricant une intervention humaine. Par exemple, si l'humain n'a aucun impact sur la décision finale, cela relève de l'article 22. Pour qualifier une intervention humaine, le Responsable de traitement doit s'assurer que l'intervention a un impact. Cela devrait être conduit par une personne ayant autorité et compétence pour changer la décision. Une partie de l'analyse devrait reposer sur une analyse entrée-sortie des données.

⁴¹¹⁴ Ibid. Rapp. CE, n° 65.

⁴¹¹⁵ Notamment grâce à la transparence des algorithmes.

⁴¹¹⁶ Ibid. Rapp. CE, n° 65.

⁴¹¹⁷ CADA, avis, n° 20145478.

⁴¹¹⁸ Rapp. Sénat n° 589, op. cit. p. 130 : Le rapport Bouchoux met en lumière l'exemple suivant : « l'économiste Thomas Piketty, pour ses travaux sur la justice du système fiscal français, a été forcé de recréer lui-même un outil de simulation fiscale individuelle faute d'avoir pu avoir accès aux algorithmes du ministère des finances. »

⁴¹¹⁹ Ibid. CADA.

⁴¹²⁰ Rapp. AN n° 3399, op. cit. p.31.

⁴¹²¹ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.2.

L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration⁴¹²², fait explicitement de ces derniers des documents administratifs communicables⁴¹²³. Concrètement cela implique deux types d'obligations en matière de communication des codes sources par les acteurs publics concernés⁴¹²⁴. En premier lieu, sur demande de communication, les acteurs concernés doivent publier en ligne ou communiquer les documents administratifs qu'ils détiennent aux personnes qui en font la demande⁴¹²⁵. En second lieu, ils doivent publier en ligne des documents administratifs qu'ils produisent ou reçoivent⁴¹²⁶ ne portant pas explicitement sur une personne physique⁴¹²⁷.

La publication des codes sources utilisés pour évaluer les expérimentations aurait du sens de différents points de vue. Tout d'abord, cela ferait partiellement écho à la volonté montante de publier les codes sources afin de « rendre la législation accessible et exploitable par des simulateurs d'impact et de coût »⁴¹²⁸. En outre, la publication de ces codes sources pourrait permettre aux citoyens de contribuer à leur amélioration. L'article L. 300-2 du Code des relations entre le public⁴¹²⁹ pourrait s'appliquer aux codes sources utilisés pour évaluer des expérimentations. En effet, cette disposition concerne notamment l'État, les collectivités territoriales et d'autres personnes publiques ou privées agissant dans le cadre de leurs missions de service public⁴¹³⁰, pour des codes sources achevés sur lesquels la personne détient des droits de propriété intellectuelle⁴¹³¹ et qui ne sont pas couverts par l'un des secrets définis par la loi⁴¹³².

⁴¹²² CRPA, art L.300-2. « 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. »

⁴¹²³ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art.2.

⁴¹²⁴ Les personnes soumis à cette obligation sont notamment, dans le cadre de leur mission de service public, 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

⁴¹²⁵ CRPA, art. L.311-1 ; CRPA, art. L. 311-9 Cette communication peut prendre différentes formes à savoir : « 1° Par consultation gratuite sur place, sauf si la préservation du document ne le permet pas ; 2° Sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par la délivrance d'une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou compatible avec celui-ci et aux frais du demandeur, sans que ces frais puissent excéder le coût de cette reproduction, dans des conditions prévues par décret ; 3° Par courrier électronique et sans frais lorsque le document est disponible sous forme électronique ; 4° Par publication des informations en ligne, à moins que les documents ne soient communicables qu'à l'intéressé en application de l'article L. 311-6. ».

⁴¹²⁶ CRPA, art. L. 312-1.

⁴¹²⁷ CRPA, art. L. 311-6.

⁴¹²⁸ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 97.

⁴¹²⁹ CRPA, art L.300-2. « 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. »

⁴¹³⁰ Ibid. CRPA.

⁴¹³¹ Guides.etalab.gouv.fr, Ouvrir les codes sources, 7 déc. 2020.

⁴¹³² CRPA, L.311-5. Ex: délibérations du Gouvernement, défense nationale, conduite de la politique extérieure, sûreté de l'État, sécurité publique, sécurité des personnes ou des systèmes d'information, recherche et prévention d'infractions, etc.

Cependant, la compréhension des codes sources nécessitant des compétences techniques⁴¹³³ et certains d'entre eux étant difficilement intelligibles en tout état de cause, notamment les systèmes d'apprentissages automatiques⁴¹³⁴, ces dispositions prévoyaient l'accessibilité et devaient être complétées par d'autres garantissant l'intelligibilité⁴¹³⁵. C'est ce que fit le législateur concernant les algorithmes utilisés pour prendre des décisions individuelles.

425. - La transparence des décisions individuelles automatisées au titre de la protection des données : des dispositions inapplicables aux algorithmes d'évaluation de l'expérimentation.

Qui se veut conforme à la réglementation en matière de données à caractère personnel⁴¹³⁶ se doit d'être transparent. Le principe est connu : le traitement de données à caractère personnel est licite, loyal et transparent⁴¹³⁷. Le droit à l'information de la personne concernée⁴¹³⁸ incarne, pour partie, cet idéal. Conscient des risques pour la vie privée que peuvent présenter les algorithmes⁴¹³⁹, le législateur a mis un point d'honneur à ce que leur utilisation soit suffisamment transparente. Ainsi, l'article 12 de la directive 95/46/CE⁴¹⁴⁰ et l'article 39 de la loi informatique et libertés⁴¹⁴¹ modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004⁴¹⁴² consacrent « le droit pour toute personne d'obtenir des informations lorsqu'une décision est prise à son égard par le biais d'un traitement automatisé »⁴¹⁴³. Le RGPD se fait l'écho de ses dispositions. Ses articles 13⁴¹⁴⁴ et 14⁴¹⁴⁵ prévoient ainsi une information spécifique lorsqu'il existe une prise de décision automatisée, y compris le profilage, visée à l'article 22 du même règlement⁴¹⁴⁶. Ainsi, le responsable de traitement doit prévenir la personne concernée qu'elle fait l'objet d'une décision automatisée et lui indiquer *a minima* « des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée »⁴¹⁴⁷. Si l'article 22 du RGPD ne couvre qu'un nombre restreint d'algorithmes⁴¹⁴⁸ et que le RGPD ne prévoit donc explicitement qu'une information limitée en la matière, le G29 adopte une lecture extensive de l'information concernant les algorithmes. En effet, le G29 préconise également une information particulière pour les prises de décisions basées sur du profilage qui ne rentreraient pas dans le régime spécifique de l'article 22, mais relèveraient du régime général⁴¹⁴⁹. Le considérant 60 du

⁴¹³³ CADA, avis n° 20155079, 19 nov. 2015, sur le projet de loi pour une République numérique.

⁴¹³⁴ Bourcier D., Filippi (de) P., Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ?, op. cit.

⁴¹³⁵ Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P.

⁴¹³⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016.

⁴¹³⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 5.

⁴¹³⁸ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 12, 13 & 14.

⁴¹³⁹ Tricot B., Rapport de la Commission informatique et libertés, 1975, La Documentation française, p.83. Le rapport met en lumière la nécessité de « faire connaître sans restriction la nature et la source des données qu'ils ont prises en compte, ainsi que toutes les démarches intellectuelles qui ont permis la construction des programmes »

⁴¹⁴⁰ Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995, art. 12.

⁴¹⁴¹ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 39.

⁴¹⁴² L. n° 2004-801, 6 août 2004, art. 5.

⁴¹⁴³ Rapp. AN n° 3399, op. cit. p.141.

⁴¹⁴⁴ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit., art. 13.2.f.

⁴¹⁴⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 14.2.g.

⁴¹⁴⁶ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 22.

⁴¹⁴⁷ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 13.2.f & 14.2.g.

⁴¹⁴⁸ L'article 22 du RGPD ne vise que les décisions concernant une personne physique fondée exclusivement le traitement automatisé évoqué, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire

⁴¹⁴⁹ Lignes directrices du G29, 6 févr. 2018, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679 : "Given the core principle of transparency underpinning the GDPR, controllers must ensure they explain clearly and simply to individuals how the profiling or automated decision-making process works. In particular, where the processing involves profiling-based decision making (irrespective of

RGPD⁴¹⁵⁰ indique d'ailleurs que « la personne concernée devrait être informée de l'existence d'un profilage et des conséquences de celui-ci » sans pour autant faire référence au profilage de l'article 22. Ces textes peuvent être interprétés comme imposant également un régime général d'information relative au profilage et à la prise de décision automatisée hors du champ de l'article 22. Concrètement, les responsables de traitement sont donc tenus de fournir une mention d'information explicite à la personne concernée en amont de la mise en œuvre du traitement⁴¹⁵¹ et éventuellement de donner directement à la personne concernée des informations à la demande de cette dernière⁴¹⁵².

Les dispositions de la loi informatique et libertés⁴¹⁵³, de la directive 95/46/CE⁴¹⁵⁴ et du RGPD⁴¹⁵⁵ s'appliquent aux traitements de données à caractère personnel. Si un algorithme d'évaluation de l'expérimentation peut être amené à traiter des données à caractère personnel, notamment afin de déterminer l'impact individuel d'une mesure expérimentée, ce n'est que marginal et ce serait au titre de la doctrine du G29⁴¹⁵⁶ et non pas de l'article 22 du RGPD⁴¹⁵⁷. En effet, les données relatives à un ou plusieurs individu(s) ne sont que rarement la clef de voûte de l'évaluation de l'expérimentation. En outre, si des données concernant un individu peuvent intéresser dans le cadre de l'évaluation d'une expérimentation, elles ne nécessitent pas toujours de pouvoir identifier la personne concernée directement ou indirectement et peuvent donc faire l'objet d'une anonymisation, les excluant dès lors du champ de la réglementation relative à la protection des données. Ainsi l'application de ces obligations de transparence aux algorithmes évaluant l'expérimentation risque de n'être que dérisoire.

426. - La transparence des algorithmes de prise de décision administrative individuelle au titre de l'ouverture des données publiques : des dispositions inapplicables aux algorithmes d'évaluation de l'expérimentation.

L'étude publiée du Conseil d'État sur le numérique et les droits fondamentaux⁴¹⁵⁸ préconisait en 2014 « d'imposer aux auteurs de décisions s'appuyant sur la mise en œuvre d'algorithmes une obligation de transparence sur les données personnelles utilisées par l'algorithme et le raisonnement général suivi par celui-ci »⁴¹⁵⁹. La réglementation en matière de données à caractère personnel s'inscrit dans cette lignée, mais les personnes morales faisant l'objet d'une décision individuelle algorithmique demeurent exclues de ce régime⁴¹⁶⁰. Souhaitant pallier cette insuffisance juridique⁴¹⁶¹ et poursuivant les idéaux du

whether it is caught by Article 22 provisions), then the fact that the processing is for the purposes of both (a) profiling and (b) making a decision based on the profile generated, must be made clear to the data subject.”

⁴¹⁵⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. cons. 60. « Le principe de traitement loyal et transparent exige que la personne concernée soit informée de l'existence de l'opération de traitement et de ses finalités. Le responsable du traitement devrait fournir à la personne concernée toute autre information nécessaire pour garantir un traitement équitable et transparent, compte tenu des circonstances particulières et du contexte dans lesquels les données à caractère personnel sont traitées. En outre, la personne concernée devrait être informée de l'existence d'un profilage et des conséquences de celui-ci. »

⁴¹⁵¹ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 13.2.f. & 14.2.g.

⁴¹⁵² Notamment si la personne concernée exerce son droit d'accès.

⁴¹⁵³ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 39.

⁴¹⁵⁴ Dir. (CE) n° 95/46, 24 oct. 1995, art. 12.

⁴¹⁵⁵ Règl. (UE) n° 2016/679, loc. cit. art. 13.2.f., 14.2.g. & 22.

⁴¹⁵⁶ Lignes directrices du G29, 6 févr. 2018, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679.

⁴¹⁵⁷ L'algorithme ne serait en l'espèce pas utilisé afin de prendre une décision individuelle automatisée.

⁴¹⁵⁸ Rapp. CE, n° 65, op. cit. p. 15.

⁴¹⁵⁹ JO, 13 déc. 2016, p. 8910.

⁴¹⁶⁰ Rapp. AN n° 3399, op. cit. p. 26.

⁴¹⁶¹ Ibid. Rapp. AN n° 3399.

Conseil d'État⁴¹⁶², le législateur a consacré à l'occasion de la loi pour une République numérique⁴¹⁶³ un régime spécifique à la transparence des algorithmes utilisés pour prendre des décisions administratives individuelles. Cette proposition, introduite par des contributeurs en lignes⁴¹⁶⁴, s'appliquant tant aux algorithmes papiers qu'informatiques⁴¹⁶⁵ touche un plus grand nombre d'algorithmes. La loi pour une République numérique contient deux dispositions relatives à la transparence des algorithmes au titre de l'ouverture des données publiques, à savoir l'article 6 codifié à l'article L.312-1-3 du CRPA⁴¹⁶⁶ et l'article 4 codifié à l'article L. 311-3-1 du CRPA⁴¹⁶⁷. Ces dispositions emportent trois nouvelles obligations pour les administrations publiques⁴¹⁶⁸ en matière de transparence des algorithmes⁴¹⁶⁹ à savoir : fournir une information générale⁴¹⁷⁰, faire figurer une mention explicite⁴¹⁷¹ et fournir une information individuelle à la demande de l'intéressé⁴¹⁷². Pour avoir la portée escomptée par le législateur, cette nouvelle obligation de transparence doit être vue comme complémentaire⁴¹⁷³ avec celle relative aux codes sources⁴¹⁷⁴. Afin de renforcer l'application de ces nouvelles dispositions et à l'occasion de la loi relative à la protection des données à caractère personnel du 20 juin 2018⁴¹⁷⁵, le législateur ajoute que, dans le cadre de décisions administratives individuelles prises relevant de l'article L. 311-3-1 du CRPA⁴¹⁷⁶, l'absence de mention explicite expose à la nullité des décisions⁴¹⁷⁷. Alors qu'il consacrait l'existence d'un droit constitutionnel à l'accès aux documents administratifs⁴¹⁷⁸, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 avril 2020⁴¹⁷⁹ vient cependant rappeler les limites de ce droit à la transparence des algorithmes. Il est ainsi rappelé que la transparence des algorithmes au titre de l'accès aux documents administratifs peut être limitée dans un but d'intérêt général, notamment afin « d'assurer l'indépendance [des] équipes pédagogiques et l'autorité de leurs décisions »⁴¹⁸⁰.

Ces dispositions en matière de transparence s'appliquant aux algorithmes, informatique ou papier⁴¹⁸¹, utilisés afin de prendre des décisions administratives individuelles ne devraient, *a priori*, pas s'appliquer aux algorithmes utilisés à des fins d'évaluation de l'expérimentation. En effet, cette évaluation conduit en principe à une décision collective, la consécration d'une norme juridique, et non pas à des décisions individuelles. Les algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme n'étant quasiment pas

⁴¹⁶² JO, 13 déc. 2016, p. 8910.

⁴¹⁶³ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 4 & 6.

⁴¹⁶⁴ Ibid. Rapp. AN n° 3399.

⁴¹⁶⁵ Guides.etalab.gouv.fr, Guide pratique relatif aux algorithmes publics à l'usage des administrations, mars 2019.

⁴¹⁶⁶ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 6 ; D. n° 2017-330, 14 mars 2017 ; CRPA, art. L.312-1-3.

⁴¹⁶⁷ CRPA, art. L. 311-3-1.

⁴¹⁶⁸ Sont notamment soumises à cette obligation : administration d'État, collectivité, organisme de droit public ou de droit privé intervenant dans le cadre d'une mission de service public, et comptant plus de 50 agents et/ou 3500 habitants pour les collectivités territoriales.

⁴¹⁶⁹ Ibid. Guides.etalab.gouv.fr.

⁴¹⁷⁰ CRPA, art. L.312-1-3.

⁴¹⁷¹ CRPA, art. L.311-3-1.

⁴¹⁷² CRPA, art. L.311-3-1 & R.311-3-2.

⁴¹⁷³ CADA, avis n° 20155079, 19 nov. 2015 ; Rapp. AN n° 3399, op. cit. p. 139 et s.

⁴¹⁷⁴ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 2 ; CRPA, art L.300-2.

⁴¹⁷⁵ L. n° 2018-493, 20 juin 2018, art. 21.

⁴¹⁷⁶ CRPA, art. L. 311-3-1.

⁴¹⁷⁷ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 47.

⁴¹⁷⁸ Conseil-constitutionnel.fr, Communiqué de presse, Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020.

⁴¹⁷⁹ Cons. const., 3 avr. 2020, n° 2020-834.

⁴¹⁸⁰ Ibid. Cons. const.

⁴¹⁸¹ Ibid. Guides.etalab.gouv.fr : « Retenons que, selon cette définition, un algorithme peut donc exister indépendamment d'un traitement informatique. Une grille de notation "papier" utilisée par une administration peut donc être considérée comme un algorithme. »

couverts par les régimes existants, que ce soit au titre de la protection ou de l'ouverture des données, se pose la question de la consécration d'un nouveau régime juridique en la matière.

2. Un mouvement de transparence à poursuivre avec les algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme

427. - L'intérêt de la consécration d'une obligation de transparence des algorithmes de prise de décision ou d'aide à la décision ayant un impact collectif.

En France, si le mouvement de transparence des algorithmes impulsé par la loi pour une République numérique⁴¹⁸² est louable, la doctrine ne manque pas de souligner qu'il doit être clarifié et poursuivi⁴¹⁸³. Concernant la clarification, nous pouvons évoquer le vide juridique mis en lumière par Danièle Bourcier et Primavera de Filippi relatif aux données d'apprentissage⁴¹⁸⁴, c'est-à-dire celles utilisées pour l'apprentissage-machine ou les réseaux de neurones⁴¹⁸⁵. Ces auteurs rappellent que « aucun des textes sur la transparence des algorithmes n'a pris en considération explicitement les données sur lesquelles ces algorithmes ont été entraînés »⁴¹⁸⁶. Concernant la poursuite de ce mouvement, nous pouvons citer Jacques Chevallier et Lucie Cluzel-Métayer qui affirment qu'il conviendrait « [d'étendre] le principe de transparence à l'ensemble des données opérationnelles ou intermédiaires sous-tendant les algorithmes »⁴¹⁸⁷. Le mouvement de transparence des algorithmes présentant des insuffisances, il semble nécessaire qu'il évolue. Dans le cadre de ce potentiel chantier législatif, il pourrait sembler opportun d'étendre cette obligation de transparence aux algorithmes utilisés dans le secteur public afin de prendre une décision ayant un impact collectif, particulièrement en ce qui concerne l'élaboration de la norme. En effet, actuellement la seule disposition qui pourrait se rapprocher d'une telle exigence est l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009. Selon cette dernière, les documents rendant compte de l'études d'impact des projets de loi exposent avec précision « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue »⁴¹⁸⁸. Cette exigence de précision de la méthode de calcul retenue pourrait s'appliquer à certains algorithmes utilisés dans le cadre d'une évaluation *ex ante*. Cependant, cette disposition manque de précision sur le contenu des informations à communiquer en ce qui concerne la méthode de calcul et ne concernerait qu'une partie des algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme.

Néanmoins, la transparence pour la transparence ne doit pas être encouragée. Guy Carcassonne rappelle à cet égard que « à ne pas la ramener à ce qu'elle doit être – un moyen, dont l'utilité comme la légitimité se mesurent à l'aune des objectifs qu'elle sert –, la transparence est une menace »⁴¹⁸⁹. Il

⁴¹⁸² L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 2, 4 & 6.

⁴¹⁸³ Chevallier J., et Cluzel-Métayer L., Introduction, RFAP 2018 ; Bourcier D., Filippi (de) P., Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ?, op. cit.

⁴¹⁸⁴ Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P.

⁴¹⁸⁵ Afin de fonctionner et de monter en capacité, ce type d'algorithmes apprend en s'entraînant sur des données d'apprentissage.

⁴¹⁸⁶ Ibid. Bourcier D., Filippi (de) P.

⁴¹⁸⁷ Ibid. Chevallier J., et Cluzel-Métayer L.

⁴¹⁸⁸ L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009.

⁴¹⁸⁹ Carcassonne G., Le trouble de la transparence, Pouvoirs 2001.

alerte : « Devenue une fin en soi, elle s'imposera d'elle-même, n'aura nul motif à s'arrêter ici ou là, s'insinuera partout, irrésistiblement, sous le masque fallacieux d'une exigence démocratique. Au terme de l'évolution se révélera son paradoxe : la démocratie aura réalisé le rêve du totalitarisme »⁴¹⁹⁰. Pour être démocratique, la transparence des algorithmes ne doit donc pas venir d'elle-même, mais être conduite par un objectif clair. La révision de la réglementation applicable aux algorithmes ne saurait donc justifier à elle seule d'imposer la transparence des algorithmes mis en œuvre pour prendre des décisions collectives. Pourquoi alors imposer la transparence de ces derniers, particulièrement de ceux utilisés dans le domaine législatif ?

La transparence des algorithmes utilisés pour élaborer des normes semble justifiée dans un objectif d'accès au Droit ainsi que dans un idéal d'égalité entre le réel et le virtuel, mais surtout afin de garantir que les décisions soient prises de manière éclairée. En premier lieu, si le « Code fait Loi »⁴¹⁹¹, un État démocratique s'appuyant sur la technologie devrait permettre à ses citoyens d'accéder aux codes qu'ils mettent en œuvre dans un idéal d'accès au Droit. Un tel État serait également tenu de fournir une information intelligible de la manière dont ils fonctionnent afin d'éviter toute rupture d'égalité entre ses citoyens. Si nul n'est censé ignorer la loi, tous devraient avoir accès au code. En second lieu, alors que les débats parlementaires, les études d'impact ainsi que d'autres éléments contribuant à la consécration de la norme sont accessibles au citoyen, comment expliquer que l'outil numérique permettant d'élaborer une norme soit moins transparent ? En ce qui concerne l'évaluation de l'expérimentation, la transparence des algorithmes trouverait un écho particulier dans la volonté actuelle de « communiquer l'évaluation »⁴¹⁹² et de « développer l'animation, la valorisation et la diffusion des résultats des expérimentations »⁴¹⁹³. En troisième lieu, afin de garantir la libre décision des décideurs, qu'il s'agisse de juges⁴¹⁹⁴, de députés ou d'élus locaux⁴¹⁹⁵, il apparaît fondamental qu'ils soient « en capacité de les critiquer et de ne pas s'en remettre totalement à eux pour prendre une décision »⁴¹⁹⁶. Au-delà de l'accessibilité aux algorithmes utilisés pour prendre des décisions collectives, il convient donc d'en assurer l'intelligibilité⁴¹⁹⁷. S'il est établi que, comme pour les décisions individuelles, la transparence des algorithmes utilisés pour prendre des décisions ayant un impact collectif dans le domaine législatif ne devrait pas se cantonner à l'accès aux codes sources comme cela est prévu par le cadre existant, il reste à définir les modalités pour favoriser l'intelligibilité de ces algorithmes.

428. - Les modalités envisageables de l'obligation de transparence des algorithmes de prise de décision ou d'aide à la décision ayant un impact collectif.

La consécration de la transparence des algorithmes utilisés afin d'évaluer les expérimentations pourrait connaître des contours divers et variés. Reste au législateur le soin de les dessiner. L'expérimentation juridique pourrait l'appuyer dans cette tâche délicate.

⁴¹⁹⁰ Ibid. Carcassonne G.

⁴¹⁹¹ Lessig L., Code is Law On liberty in Cyberspace, Harvard Magazine 2000. Dans ce célèbre article, Lawrence Lessig défend l'idée selon laquelle "Code is Law", c'est-à-dire que sur Internet, la régulation des comportements et la protection des libertés était assurée davantage par l'architecture technique et le code que par le Droit.

⁴¹⁹² Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 65 et s.

⁴¹⁹³ Rapp. CE, op. cit., p. 85 et s.

⁴¹⁹⁴ Clément M., Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ?, AJDA 2017.

⁴¹⁹⁵ Marchesseau G., Justice prédictive : comment concilier algorithmes et transparence de la justice ?, Village de la justice, 21 sept. 2020.

⁴¹⁹⁶ Huttner L., Données à caractère personnel – Décision automatisée et justice, op. cit.

⁴¹⁹⁷ Bourcier D., Filippi (de) P., Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ?, op. cit.

Tout d'abord, il devra déterminer le champ matériel de cette nouvelle obligation. En premier lieu, il déterminera la nature des décisions soumises à cette obligation de transparence. Deux voies principales s'esquissent alors. D'une part, le législateur pourrait mettre en place un régime général de transparence des algorithmes de prise de décision ou d'aide à la décision ayant un impact collectif qui s'appliquerait donc aux évaluations de l'expérimentation. D'autre part, alors que l'utilisation des algorithmes dans le domaine de la justice fait d'ores et déjà l'objet d'un encadrement strict⁴¹⁹⁸, un régime spécial de transparence des algorithmes en ce qui concerne l'élaboration de la norme serait également envisageable. En second lieu, il sera tenu de définir strictement les algorithmes concernés. Concernera-t-il tant les algorithmes papiers que numériques à l'instar des obligations prévues par la loi pour une République numérique⁴¹⁹⁹ ? Se cantonnera-t-il aux décisions fondées exclusivement sur un traitement automatisé comme l'article 22 du RGPD⁴²⁰⁰ ?

En outre, il portera la lourde charge de tracer la limite entre ce qui doit être communiqué et ce qui doit être tenu secret. Ainsi, il déterminera les modalités de communication, les informations qui doivent être communiquées et le régime d'exclusion. Concernant les modalités de communication, si une mention d'information générale, inspirée par exemple de celle de l'article L.312-1-3 du CRPA⁴²⁰¹, semble plus pertinente et soulève différentes questions. Où sera-t-elle publiée ? Sur les sites de l'Assemblée nationale et du Sénat durant la navette législative ? Sur la page du dossier législatif sur Légifrance⁴²⁰² une fois la loi promulguée ? Un administré pourrait-il bénéficier d'une information plus précise sur demande ? Concernant les informations à fournir, ne s'agira-t-il que des règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions⁴²⁰³ ? Ou l'obligation de transparence pourrait-elle également concerner la finalité poursuivie par le traitement algorithmique, le rappel de l'exercice d'un droit à communication⁴²⁰⁴ ? Ira-t-il jusqu'à prévoir à la demande d'un administré la communication d'information concernant le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision, les données traitées et leurs sources, les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la définition de la norme et les opérations effectuées par le traitement⁴²⁰⁵ ? En ce qui concerne les exclusions, seront-elles identiques à celles prévues actuellement par le CRPA⁴²⁰⁶ ? Les formules mathématiques, particulièrement les algorithmes, étant protégées au titre du secret des affaires⁴²⁰⁷, dans quelle mesure une telle exigence de transparence pourrait-elle se concrétiser ?

Enfin, il conviendra de déterminer les sanctions applicables. Ce nouveau régime relevant davantage de l'ouverture des données publiques que de la protection des données à caractère personnel, il serait tentant de s'inspirer du premier. Cependant, si une décision administrative individuelle prise en partie sur un fondement algorithmique et n'ayant pas fait l'objet d'une information suffisante peut être annulée, cette même logique ne saurait être dupliquée en ce qui concerne les décisions collectives. En

⁴¹⁹⁸ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 47. « Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne. »

⁴¹⁹⁹ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 4 & 6.

⁴²⁰⁰ Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 22.

⁴²⁰¹ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 6 ; CRPA, art. L.312-1-3.

⁴²⁰² Legifrance.gouv.fr.

⁴²⁰³ CRPA, art. L312-1-3.

⁴²⁰⁴ CRPA, art. R. 311-3-1-1.

⁴²⁰⁵ CRPA, art. R. 311-3-1-2.

⁴²⁰⁶ CRPA, art. L.311-5.

⁴²⁰⁷ De Maison Rouge O., Petit guide juridique de protection du secret des affaires, 2020, Village-justice.com.

effet, l'annulation d'une réglementation prise en partie sur un fondement algorithmique exposerait à une trop grande insécurité juridique. Alors, si les sanctions pécuniaires du RGPD ne sauraient s'appliquer en la matière, rien n'empêche le législateur de s'en inspirer.

Conclusion du Chapitre : L'évaluation normative occupe une place croissante en Droit français. En ce qu'elle est une condition à la mise en œuvre d'une expérimentation et éclaire l'avis du législateur concernant le devenir de la norme expérimentée, l'évaluation est la pierre angulaire de la démarche expérimentale. Cependant, la méthodologie de l'évaluation de l'expérimentation est encore en construction. Malgré quelques précisions apportées en 2003 en ce qui concerne l'évaluation de l'expérimentation-dérogation, l'évaluation des expérimentations porte encore de trop grandes incertitudes, tant en ce qui concerne la procédure que le contenu de l'évaluation. Sur la forme, la procédure gagnerait à être plus rigoureuse et collaborative. Sur le fond, il apparaît fondamental, afin d'évaluer l'efficacité de la norme, d'identifier les objectifs et de déterminer les moyens de l'expérimentation en amont de sa mise en œuvre, mais également de clarifier le contenu de l'évaluation. L'analyse de données étant au cœur de l'évaluation, les algorithmes numériques, les données massives, les données ouvertes et surtout les algorithmes peuvent décupler la capacité d'analyse. Ils peuvent donc contribuer à une amélioration quantitative, mais surtout qualitative des évaluations normatives. Si les algorithmes pourraient contribuer à une amélioration de l'évaluation normative, ils n'en constituent pas moins un outil potentiellement dangereux et nécessitant d'être encadré. Or, si plusieurs régimes juridiques régulent l'utilisation d'algorithmes dans le domaine des décisions individuelles, un certain vide juridique entoure ceux mis en œuvre dans le cadre de décisions collectives.

CHAPITRE 2. MODES DE PERENNISATION DE L'EXPERIMENTATION

Au terme d'une expérimentation, celle-ci peut être prolongée, abandonnée ou pérennisée. En 2003, le pouvoir constituant⁴²⁰⁸ et le législateur organique⁴²⁰⁹, s'inspirant de la position du Conseil constitutionnel⁴²¹⁰, ne semblent considérer que la généralisation comme mode de pérennisation (Section 1.). En 2022, le constat est sensiblement différent. D'autres modes de pérennisation sont envisagés, particulièrement la différenciation territoriale⁴²¹¹ (Section 2.), et envisageables, notamment l'europanisation de l'expérimentation (Section 3.).

Section 1. Généralisation de l'expérimentation à l'ensemble du territoire : une pratique existante

Le « double ancrage constitutionnel »⁴²¹² donné aux expérimentations en 2003⁴²¹³ appelle à préciser les issues possibles de l'expérimentation. Dans la continuité de la position antérieure du Conseil constitutionnel⁴²¹⁴, il est alors prévu que l'expérimentation pourra être prolongée pour une durée limitée, abandonnée ou généralisée à l'ensemble du territoire. Dans le cadre de l'acte II de la décentralisation, un autre mode de pérennisation de l'expérimentation, tel que la différenciation territoriale, était délicatement envisageable. Seul mode de pérennisation prévu en 2003 (§1.), la généralisation de l'expérimentation soulève des questions juridiques auxquelles le pouvoir constituant et le législateur organique n'ont que partiellement répondu (§2.).

§1. Issues de l'expérimentation prévues en 2003 : la généralisation comme seul mode de pérennisation

Tant dans le cadre de l'article 37-1, appliquant implicitement la position antérieure du Conseil constitutionnel⁴²¹⁵, que dans celui de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, précisé explicitement par le

⁴²⁰⁸ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

⁴²⁰⁹ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

⁴²¹⁰ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

⁴²¹¹ Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 208, 19 déc. 2014 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019 ; L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021 ; Projet de loi n° 4978 et n° 423, 31 janv. 2022, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

⁴²¹² Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 15.

⁴²¹³ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

⁴²¹⁴ Ibid. Cons. const., 28 juill. 1993.

⁴²¹⁵ Ibid. Cons. const., 28 juill. 1993.

législateur organique⁴²¹⁶, trois issues de l'expérimentation sont prévues en 2003. Deux d'entre elles n'ayant pas vocation à pérenniser l'expérimentation (A.), seule la généralisation pourra alors permettre à une mesure expérimentée de ne plus être limitée dans le temps (B.)

A. Les issues prévues en 2003 ne pérennisant pas l'expérimentation

Si les résultats d'une expérimentation ne sont pas concluants et n'appellent pas à une pérennisation de la norme expérimentée, celle-ci peut être prolongée temporairement (1.) ou abandonnée (2.).

1. Prolongation de l'expérimentation afin de mieux évaluer l'impact

429. - La sacralisation de la possibilité de proroger une expérimentation en 2003.

La prolongation de l'expérimentation était d'ores et déjà une issue admise par le Conseil constitutionnel avant la réforme de 2003⁴²¹⁷. Si ni le pouvoir constituant ni le législateur organique n'ont apporté de précision explicite sur le maintien de cette issue dans le champ des expérimentations de l'article 37-1 de la Constitution, elle fut malgré tout maintenue après 2003 en application du Droit prétorien constitutionnel.

La situation est sensiblement différente en ce qui concerne les expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, le législateur organique ayant prévu explicitement cette issue⁴²¹⁸. L'article LO1113-6 du Code général des collectivités territoriales, créé par la loi organique de 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales⁴²¹⁹, dispose ainsi que, avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi peut notamment déterminer « les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans »⁴²²⁰.

430. - La prolongation de l'expérimentation : une pratique encadrée.

La prolongation de l'expérimentation entraînant une prolongation de la différence normative qui peut l'accompagner, elle est accompagnée de garde-fous. Ainsi, le Conseil constitutionnel rappelait en 1994⁴²²¹ que l'expérimentation doit avoir « un caractère temporaire et non immédiatement renouvelable »⁴²²². Cette affirmation implique non seulement qu'une prolongation de l'expérimentation devra également être limitée dans le temps, mais également qu'elle ne pourra être mise en place *de facto*. En ce qui concerne la limitation dans le temps de la prolongation de l'expérimentation, qui établit clairement la limite avec une pérennisation de cette dernière, elle doit être explicitement prévue par le texte la prévoyant. En outre, s'inquiétant de « l'entorse durable au principe d'égalité qu'un tel renouvellement induirait » et de « l'irréversibilité des situations juridiques qu'entraînerait une période d'expérimentation excessivement longue »⁴²²³, il a été décidé en 2003 d'encadrer la durée de la prolongation de l'expérimentation. Ainsi, dans le champ de l'article 72 alinéa 4, le législateur organique

⁴²¹⁶ LO. 1113-6 du CGCT.

⁴²¹⁷ Ibid. LO. 1113-6.

⁴²¹⁸ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

⁴²¹⁹ Ibid. L. org. n° 2003-704.

⁴²²⁰ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴²²¹ Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC.

⁴²²² Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 74.

⁴²²³ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 19 ; Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 12.

précise que la prolongation de l'expérimentation est prévue « pour une durée qui ne peut excéder trois ans »⁴²²⁴. Le rapport Piron souligne que « soucieuse de laisser au législateur une certaine marge de manœuvre, la Commission a rejeté trois amendements de M. Bernard Derosier supprimant la possibilité de proroger les expérimentations, puis elle a rejeté un amendement de M. Bernard Derosier prévoyant que l'expérimentation ne pourrait être prolongée ou modifiée qu'une seule fois »⁴²²⁵. Si la prolongation d'une expérimentation mise en place sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution doit également être limitée dans le temps, sa durée exacte n'est pas encadrée de la sorte. Par exemple, l'expérimentation « territoire zéro chômeur longue durée » mise en place en 2016⁴²²⁶ pour une durée de cinq ans est prolongée en 2021⁴²²⁷ pour cinq années supplémentaires.

En ce qui concerne la prolongation *de jure* de l'expérimentation, un texte devra la prévoir et préciser si les modalités de l'expérimentation prolongée sont totalement identiques à la première ou si elle a connu des modifications et définir le calendrier et les modalités d'évaluation de la nouvelle expérimentation⁴²²⁸. Le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques précise que « pour les expérimentations législatives prises sur le fondement des articles 37-1 et 72 alinéa 4 de la Constitution, il est recommandé d'anticiper le plus tôt possible l'inscription de la disposition prolongeant l'expérimentation dans l'agenda parlementaire et d'identifier en avance le véhicule législatif le permettant »⁴²²⁹.

431. - La prolongation de l'expérimentation : une pratique au service de la réussite de la démarche expérimentale.

Parmi les expérimentations mises en place sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, nombreuses sont celles qui ont fait l'objet d'une pérennisation. Peuvent notamment être évoquées à cet égard celle relative à l'étiquetage obligatoire de l'origine du lait et des viandes utilisés dans les denrées alimentaires préemballées⁴²³⁰, celle relative aux modalités particulières d'admission dans les études médicales, odontologiques, pharmaceutiques et maïeutiques⁴²³¹ ou celle relative au choix donné à la famille dans le cadre de la procédure d'orientation à l'issue de la classe de troisième⁴²³². Le domaine de la circulation routière a particulièrement fait l'objet de prolongation d'expérimentations mises en place sur la base de l'article 37-1⁴²³³. Sur les quatre expérimentations mises en place dans le champ de l'article 72 alinéa 4, seule l'expérimentation relative à la tarification sociale de l'eau mise en place par

⁴²²⁴ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴²²⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 36.

⁴²²⁶ L. n° 2016-231, 29 févr. 2016.

⁴²²⁷ L. n° 2020-1577, 14 déc. 2020.

⁴²²⁸ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit, p. 66 et s.

⁴²²⁹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴²³⁰ D. n° 2016-1137, 19 août 2016 ; D. n° 2018-1239, 24 déc. 2018.

⁴²³¹ L. n° 2013-660, 22 juill. 2013 ; D. n° 2014-189, 20 févr. 2014 ; L. n° 2018-166, 8 mars 2018.

⁴²³² L. n° 2013-595, 8 juill. 2013 ; D. n° 2014-6, 7 janv. 2014 ; A. 25 mars 2014 ; A. 19 mai 2014 ; L. n° 2017-86, 27 janv. 2017.

⁴²³³ Expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A1 : A. 27 avr. 2018 ; A. 25 avr. 2019 (prolonge) ; Expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A 6a : A. 21 mai 2015 ; A. 27 avr. 2018 (modifie) ; A. 25 avril 2019 (prolonge) - Expérimentation d'une signalisation d'une zone à circulation restreinte dans la commune de Paris pour certaines catégories de véhicules : A. 13 juill. 2015 ; A. 10 juill. 2018 (prolonge) - Expérimentation d'un dispositif d'alerte sonore par fraisage : A. 8 oct. 2015 (étend) ; A. 30 sept. 2016 ; A. 1er avr. 2019 (prolonge) - Expérimentation d'un dispositif de signalisation dynamique de filtrage des véhicules de transport de marchandises dont le poids total autorisé en charge est supérieur à 3,5 tonnes : A. 11 déc. 2015 ; A. 16 nov. 2018 (prolonge) ; A. 29 févr. 2016 (étend).

la loi du 15 avril 2013⁴²³⁴ a été prolongée⁴²³⁵. Deux raisons principales peuvent motiver la prolongation d'expérimentations.

La première est le manque de résultats durant l'évaluation de la première phase expérimentale. Le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques souligne que « l'autorité compétente peut [...] décider de prolonger la durée de l'expérimentation, car la mesure testée n'a pas encore produit suffisamment de résultats pour l'éclairer sur la suite à lui donner »⁴²³⁶. Des données insuffisantes, conduisant à des résultats incertains, peuvent être dues à des expérimentations mises en place pour une durée trop courte ou sur un nombre trop restreint de territoires. À titre d'exemple, l'expérimentation relative à la tarification sociale de l'eau, prise sur le fondement de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, prévue pour une durée de cinq ans par la loi du 15 avril 2013⁴²³⁷ a été lancée tardivement, le décret énumérant les collectivités territoriales y prenant part n'étant paru que le 14 avril 2015⁴²³⁸, conduisant à des données insuffisantes au terme de la phase d'expérimentation. La loi du 28 décembre 2018 a donc décidé de la prolongation de cette dernière⁴²³⁹.

La seconde est de tester de nouvelles modalités poursuivant le même objectif. Si la première expérimentation permet de valider le principe de la mesure, certaines de ses modalités peuvent apparaître, après la phase d'évaluation, inadaptées, ou tout au moins perfectibles, appelant éventuellement à la prolongation de l'expérimentation dans des termes différents. L'expérimentation « territoire zéro chômeur longue durée » mise en place en 2016⁴²⁴⁰ est par exemple prolongée⁴²⁴¹ en aménageant certaines de ses modalités, notamment en ce qui concerne le recrutement des personnes⁴²⁴², le concours financier des départements⁴²⁴³ et le rôle du comité local⁴²⁴⁴.

2. Abandon de la mesure expérimentée lorsque les résultats ne sont pas probants

432. - La sacralisation de la possibilité d'abandonner une expérimentation en 2003.

Une expérimentation qui ne produit pas les résultats escomptés peut également être abandonnée à son terme. Cette possibilité donne d'ailleurs tout son sens à la démarche expérimentale : déterminer si une mesure peut être pérennisée ou pas. Issue consacrée par le Droit prétorien constitutionnel⁴²⁴⁵, elle est maintenue implicitement pour les expérimentations de l'article 37-1 de la Constitution par le

⁴²³⁴ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013 ; D. n° 2015-416, 14 avril 2015.

⁴²³⁵ L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 196.

⁴²³⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 67.

⁴²³⁷ L. n° 2013-312, 15 avr. 2013, art. 28.

⁴²³⁸ D. n° 2015-416, 14 avril 2015.

⁴²³⁹ Ibid. L. n° 2018-1317.

⁴²⁴⁰ L. n° 2016-231, 29 févr. 2016.

⁴²⁴¹ L. n° 2020-1577, 14 déc. 2020.

⁴²⁴² Rapp. AN n° 3523, 9 sept. 2020, sur la proposition de loi relative au renforcement de l'inclusion dans l'emploi par l'activité économique et à l'expérimentation « territoire zéro chômeur de longue durée » : « les personnes recrutées doivent résider dans le territoire concerné depuis au moins un an, et non plus six mois »

⁴²⁴³ Ibid. Rapp. AN n° 3523.

⁴²⁴⁴ Ibid. Rapp. AN n° 3523 : « le rôle du comité local est précisé ».

⁴²⁴⁵ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

pouvoir constituant en 2003. Le législateur organique en fait explicitement une issue des expérimentations mises en place sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution⁴²⁴⁶, celle-ci étant dorénavant prévue à l'article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales⁴²⁴⁷.

De nombreuses expérimentations mises en place sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution. Pour n'en citer que quelques-unes, il est possible d'évoquer celle relative aux marquages biodégradables sur les trottoirs à des fins publicitaires à l'intérieur de certaines agglomérations⁴²⁴⁸, celles relatives aux modalités de tarification des services d'aide et d'accompagnement à domicile⁴²⁴⁹ ou encore celle concernant la possibilité pour les collectivités territoriales ou leurs groupements de demander un transfert d'aérodrome civil appartenant à l'État⁴²⁵⁰. Le domaine de la fonction publique a particulièrement fait l'objet d'abandons d'expérimentations⁴²⁵¹. Parmi les quatre expérimentations prises sur le fondement de l'article 72 alinéa 4, celle relative aux nouvelles modalités de répartition de la taxe d'apprentissage des fonds non affectés par les entreprises⁴²⁵² a été abandonnée à la suite de la réforme de la taxe d'apprentissage introduite par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel⁴²⁵³.

Pourtant, dans le cadre des débats relatifs au projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, la suppression de l'abandon des issues de l'expérimentation citées à l'article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales avait été évoquée⁴²⁵⁴. D'aucuns considéraient que « l'intervention du législateur pour mettre un terme à une expérimentation n'est pas nécessaire dès lors que celle-ci est mise en œuvre pour une durée limitée au terme de laquelle elle prend fin »⁴²⁵⁵. En effet, la fin d'une expérimentation étant prévue dès sa mise en place, si aucune autre issue n'était choisie, cela entraînerait *de facto* l'abandon de la mesure. Cependant, suite à diverses sollicitations⁴²⁵⁶ et dans un idéal d'exhaustivité et de sécurité juridique, l'abandon fut maintenu dans la liste de l'article LO. 1113-6.

433. - L'abandon de l'expérimentation : une pratique aux contours incertains.

Pour ne pas créer une trop grande insécurité juridique, la possibilité d'abandonner une expérimentation doit être accompagnée de certaines précisions juridiques. Outre les questions relatives au devenir des droits acquis et des actes des collectivités territoriales pris dans le cadre de l'expérimentation, qui

⁴²⁴⁶ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

⁴²⁴⁷ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴²⁴⁸ D. n° 2017-1743, 22 déc. 2017.

⁴²⁴⁹ L. n° 2011-1977, 28 déc. 2011, art. 150.

⁴²⁵⁰ L. n° 2004-809, 13 août 2004, art. 28.

⁴²⁵¹ Expérimentation des congés de maladie ordinaire des fonctionnaires d'État : L. n° 2009-1646, 24 déc. 2009, art. 91 ; Expérimentation de la possibilité de se fonder sur un entretien professionnel pour apprécier la valeur professionnelle du fonctionnaire de la fonction publique territoriale : L. n° 2009-972, 3 août 2009, art. 15 ; D. n° 2010-716, 29 juin 2010 ; Expérimentation de la possibilité pour les fonctionnaires de l'État d'être nommés dans des emplois permanents à temps non complet cumulés : L. n° 2009-972, 3 août 2009, art. 14 ; Expérimentation de la possibilité de se fonder sur un entretien professionnel pour apprécier la valeur professionnelle du fonctionnaire de la fonction publique d'État : L. n° 2007-148, 2 févr. 2007, art. 58.

⁴²⁵² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 76.

⁴²⁵³ L. n° 2018-771, 5 sept. 2018.

⁴²⁵⁴ Elle figurait d'ailleurs dans le projet initial du Gouvernement qui prévoyait à son article 6 que « Le quatrième alinéa, devenu le cinquième, est remplacé par les dispositions suivantes : " La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation" »

⁴²⁵⁵ Senat.fr, Amendements, Projet de loi organique Simplification des expérimentations de l'article 72 de la Constitution, Première lecture, 26 oct. 2020.

⁴²⁵⁶ Ibid. Senat.fr.

seront traitées dans le second paragraphe de la présente section, celle des modalités encadrant l'abandon de la norme en tant que telle peut être évoquée. Comme pour les autres issues des expérimentations prises sur le fondement de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, le législateur organique prévoit en 2003 qu'elle sera prévue par une loi et que le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi a cette fin « proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation »⁴²⁵⁷. En outre, le rapport Piron souligne que « la loi détermine alors les conditions de sortie de l'expérimentation, en prévoyant, si besoin est, des dispositions transitoires pour faciliter le passage d'un régime juridique à l'autre »⁴²⁵⁸. Il ajoute qu'à l'issue de ces dernières « la loi antérieure est de nouveau applicable ; si elle a fait entre temps, pendant la durée de l'expérimentation, l'objet de modifications, c'est bien entendu la loi modifiée qui viendra à s'appliquer »⁴²⁵⁹.

La prorogation de la mesure expérimentée dans l'attente d'une loi établissant son abandon a cependant fait l'objet de vives critiques. Laurent Dauphin souligne à cet égard que « justifiée dans le cas d'une généralisation ou d'une prolongation de l'expérimentation, la prolongation automatique l'est beaucoup moins dans l'hypothèse d'un abandon de l'expérimentation »⁴²⁶⁰. Elle avait d'ailleurs déjà été formulée par Jean-Claude Ricci, Professeur de Droit public, en ces termes : « assez piquant de lire que le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi qui tend à abandonner une expérimentation a pour effet de la proroger automatiquement, d'une année le cas échéant »⁴²⁶¹. La critique a résonné plus récemment dans l'hémicycle.

Dans le cadre de l'étude du projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, la suppression de la disposition exigeant l'intervention du législateur pour abandonner une expérimentation ainsi que la suppression de l'éventuelle prorogation de la norme expérimentée dans l'attente de ladite loi ont été envisagées. L'étude d'impact de ce projet de loi considérait en effet que cette disposition « contient une incohérence » et soulignant que « si le législateur souhaite mettre un terme à l'expérimentation, il n'y a pas lieu qu'elle soit prorogée jusqu'à l'adoption de la loi »⁴²⁶². Elle considère que l'intervention du législateur pour mettre fin à une norme expérimentale n'est pas nécessaire, la fixation de cette fin dès le début de l'expérimentation étant la condition même de son existence, et que « la suppression de cette disposition n'empêchera pas le législateur de définir, si besoin est, les conditions de sortie de l'expérimentation et les éventuelles mesures transitoires à prévoir »⁴²⁶³. Dans son effort de cohérence, le législateur organique a pourtant semé le trouble dans l'article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales en 2021. Rappelons la structure initiale de l'article LO 1113-6 rédigé en 2003 :

⁴²⁵⁷ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴²⁵⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 36.

⁴²⁵⁹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

⁴²⁶⁰ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit.553-554.

⁴²⁶¹ Ricci J.-C., Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, in Ministère de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales (dir.), Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, 2004, La Documentation française.

⁴²⁶² Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution

⁴²⁶³ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

« Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine selon le cas :

- les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ;
- le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ;
- l'abandon de l'expérimentation.

Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un de ces effets proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. Mention est faite de cette prorogation au Journal officiel de la République française.

En dehors des cas prévus ci-dessus, l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée. »

Le projet de loi initialement présenté par le Gouvernement prévoyait de supprimer la mention explicite de l'abandon comme issue de l'expérimentation⁴²⁶⁴, en la remplaçant par une nouvelle issue figurant donc au quatrième alinéa de l'article LO 1113-6. Il précisait également à l'initial alinéa 5 de l'article LO 1113-6 que le dépôt d'une proposition ou d'un projet de lois ayant « l'un des effets mentionnés aux deuxième à cinquième alinéas »⁴²⁶⁵ proroge cette expérimentation, excluant dès lors l'abandon des issues de l'expérimentation impliquant une éventuelle prorogation de la norme expérimentée. La Commission des lois adopte alors en première lecture l'amendement COM 7 qui vise à « maintenir l'abandon parmi les issues possibles de l'expérimentation mentionnées à l'article L.O. 1113-6 du code général des collectivités territoriales » et qui précise que « le dépôt d'un projet ou une proposition de loi prévoyant l'abandon de l'expérimentation n'aurait toutefois plus pour effet de proroger l'expérimentation au-delà du terme prévu par la loi autorisant l'expérimentation »⁴²⁶⁶. Si la rédaction de l'amendement réintroduit effectivement l'abandon dans la liste de l'article LO 1113-6⁴²⁶⁷, elle est plus douteuse en ce qui concerne la prorogation des mesures expérimentées. Sur ce dernier point, afin d'exclure l'abandon du champ de la prorogation de l'expérimentation, l'amendement modifie les alinéas auxquels il est fait référence en la matière, car leur nombre a évolué depuis la version initiale proposée par le Gouvernement. La rédaction alors proposée est pour le moins étonnante : les mots « de ces effets » de l'initial article LO 1113-6, ne sont plus remplacés par « l'un des effets mentionnés aux deuxième à cinquième alinéas »⁴²⁶⁸ comme cela était proposé dans la version du Gouvernement, mais par

⁴²⁶⁴ Projet de loi organique n° 3523, 29 juill. 2020, art. 6 : « 3° Le quatrième alinéa, devenu le cinquième, est remplacé par les dispositions suivantes : "La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation" »

⁴²⁶⁵ Ibid. Projet de loi organique n° 3523 : « 4° La première phrase du cinquième alinéa, devenu le sixième, est remplacée par les dispositions suivantes : « Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un des effets mentionnés aux deuxième à cinquième alinéas proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. » »

⁴²⁶⁶ Senat.fr, Amendements, Projet de loi organique Simplification des expérimentations de l'article 72 de la Constitution, Première lecture, 26 oct. 2020.

⁴²⁶⁷ Ibid. Senat.fr : « II. – Alinéa 5 Rédiger ainsi cet alinéa : 3° Après le quatrième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : »

⁴²⁶⁸ Ibid. Projet de loi organique n° 3523. « 4° La première phrase du cinquième alinéa, devenu le sixième, est remplacée par les dispositions suivantes : « Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un des effets

les mots : « l'un des effets mentionnés aux deuxième à quatrième alinéas ou au cinquième alinéa ». Or, dans la nouvelle rédaction de l'article LO 1113-6, le cinquième alinéa est celui relatif à l'abandon et le sixième concerne la nouvelle issue qui permet à la loi de « modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation »⁴²⁶⁹. Ainsi, non seulement cette rédaction exclut la modification par la loi des dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation du champ de la prorogation, contrairement à ce qui était initialement proposé par le Gouvernement⁴²⁷⁰, mais elle maintient également la possibilité de proroger un expérimentation ayant vocation à être abandonnée. Cette rédaction sera pourtant bien celle retenue par la Commission des lois, défendue durant les débats parlementaires et maintenue dans la loi promulguée le 19 avril 2021⁴²⁷¹. La nouvelle rédaction de l'article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales pourrait donc être le fruit d'une erreur dans l'alinéa visé, le législateur organique souhaitant potentiellement évoquer le sixième alinéa et non le cinquième (v. Annexe 2 « Tableau comparant les différentes versions de l'article LO 1113-6 du CGCT », p. 702).

B. Généralisation : le mode de pérennisation retenu en 2003

L'expérimentation n'a de sens que si une de ses issues possibles est la pérennisation. À la lumière de la jurisprudence constitutionnelle antérieure et dans le contexte de l'acte II de la décentralisation, le seul mode de pérennisation envisageable semblait être la généralisation de la norme expérimentée (1.). C'est donc le choix qui a été implicitement retenu par le pouvoir constituant et explicitement prévu par le pouvoir organique en 2003 (2.).

1. La généralisation : seul mode de pérennisation envisageable dans le contexte juridique de la réforme constitutionnelle de 2003

434. - La position du Conseil constitutionnel antérieure à la réforme de 2003 : la généralisation comme seul mode de pérennisation.

Admettant le principe de la règle expérimentale, le Conseil constitutionnel l'a accompagné de plusieurs garde-fous, notamment en ce qui concerne les issues de l'expérimentation. Ainsi, dans sa décision du

mentionnés aux deuxième à cinquième alinéas proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. »

⁴²⁶⁹ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴²⁷⁰ La version proposée par le Gouvernement visait les effets mentionnés aux deuxième à cinquième alinéas et le cinquième alinéa prévoyait alors que « La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation »

⁴²⁷¹ Le nouvel article LO 1113-6 est donc rédigé comme suit : « Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine le cas échéant : les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ; le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ; le maintien des mesures prises à titre expérimental dans les collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation, ou dans certaines d'entre elles, et leur extension à d'autres collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité ; l'abandon de l'expérimentation. La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation. Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un des effets mentionnés aux deuxième à quatrième alinéas ou au cinquième alinéa proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. Mention est faite de cette prorogation au Journal officiel. En dehors des cas prévus à l'avant-dernier alinéa, l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée. »

28 juillet 1993 portant sur la loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, il considère qu'il incombe au législateur mettant en place une mesure expérimentale de définir « les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon »⁴²⁷². Le Conseil constitutionnel vient donc limiter les issues de l'expérimentation à son abandon, sa prolongation ou sa généralisation, ces deux dernières issues pouvant emporter modification.

Sa décision du 17 janvier 2002 concernant la loi relative à la Corse⁴²⁷³ aurait pu être l'occasion pour le Conseil constitutionnel de rappeler que la généralisation de l'expérimentation était nécessairement une des issues explicitement prévues d'une expérimentation. La loi relative à la Corse qui faisait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* prévoyait au IV du nouvel article L. 4424-2 du code général des collectivités territoriales que l'Assemblée de Corse puisse « demander au Gouvernement que le législateur lui ouvre la possibilité de procéder à des expérimentations comportant le cas échéant des dérogations aux règles en vigueur »⁴²⁷⁴. Il était précisé dans le texte étudié que « l'évaluation continue de cette expérimentation est confiée, dans chaque assemblée, à une commission composée à la représentation proportionnelle des groupes » que « cette commission présente des rapports d'évaluation qui peuvent conduire le législateur à mettre fin à l'expérimentation avant le terme prévu »⁴²⁷⁵. Le Conseil constitutionnel s'oppose à cette faculté d'expérimentation spécifique à la Corse « considérant, en l'espèce, qu'en ouvrant au législateur, fut-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution »⁴²⁷⁶. Tranchant exclusivement sur la faculté même d'expérimenter dans le domaine de la loi, le Conseil constitutionnel n'évoque pas l'évaluation dont la seule issue explicitement prévue serait l'abandon. On peut malgré tout imaginer, aux vues de sa jurisprudence antérieure, qu'il se serait opposé à la mise en place d'une expérimentation dont la généralisation n'est pas prévue par le texte l'instaurant. Le rapport Piron souligne que l'expérimentation proposée en 2003 au quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution « n'est toutefois autorisée que dans l'objectif d'une généralisation ». Il précise à cet égard que « c'est là toute la différence avec le dispositif de dérogation législative imaginé pour la Corse sous la précédente législature, qui, tout en prévoyant des modalités d'évaluation, ne précisait pas les conditions d'une éventuelle généralisation à l'ensemble du territoire »⁴²⁷⁷.

435. - Un contexte juridique peu propice à d'autres formes de pérennisation que la généralisation.

En 2003, le Droit prétorien constitutionnel n'est pas le seul frein à la consécration d'autres modes de pérennisation de l'expérimentation, tels que la différenciation territoriale. Dans le cadre de l'acte II de la décentralisation, la généralisation était le seul mode de pérennisation envisageable comme en témoignent les différents rapports parlementaires écrits à l'époque⁴²⁷⁸. Ainsi, le rapport Mauroy relatif

⁴²⁷² Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

⁴²⁷³ Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

⁴²⁷⁴ Cons. const., 17 janv. 2002, loc. cit. cons. 18.

⁴²⁷⁵ Cons. const., 17 janv. 2002, loc. cit. cons. 18.

⁴²⁷⁶ Cons. const., 17 janv. 2002, loc. cit. cons. 21.

⁴²⁷⁷ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 16.

⁴²⁷⁸ Mauroy P., Refonder l'action publique locale, 2000, Rapp. au Premier ministre ; Ibid. Rapp. AN n° 955 ; Rapp. AN n° 376, op. cit.

à la refonte de l'action publique locale de 2000 évoque l'expérimentation lorsqu'il prône une « décentralisation accentuée »⁴²⁷⁹. Il souligne que l'expérimentation « ne saurait remettre en cause le principe même d'unité sur lequel est bâtie notre décentralisation, la répartition des compétences relevant de la loi » et « appelle tant le Gouvernement que le législateur à tenir compte, dans l'élaboration des textes, des nécessités propres à la mise en œuvre de cette préfiguration locale de certaines réformes nationales »⁴²⁸⁰. Il alerte cependant que l'expérimentation ne peut exister qu'en étant « conçue comme la préfiguration d'une généralisation » et rappelle avec vigueur qu'« elle ne saurait se transformer en une décentralisation à la carte susceptible de remettre en cause les principes d'égalité, de solidarité et des libertés publiques »⁴²⁸¹.

L'unité de la règle de Droit, l'unité de la République et le principe d'égalité ont limité la pérennisation de l'expérimentation à la généralisation en 2003. Le rapport Piron souligne que « la conciliation du principe d'égalité avec la pertinence de l'expérimentation se trouve être ici à son point de rupture ; aller plus avant remettrait en question notre modèle institutionnel fondé sur l'unité de la République »⁴²⁸². Jean-François Brisson rappelle à cet égard que, « soucieux de l'égalité des citoyens devant la loi, le constituant et le législateur organique ont écarté toute possibilité de territorialisation durable des règles de droit (...). La dérogation locale a donc vocation à devenir la règle nationale en soumettant le cas échéant la diversité des choix locaux dérogatoires à l'arbitrage du pouvoir central »⁴²⁸³.

2. La généralisation de l'expérimentation : seul mode de pérennisation prévu en 2003

436. - Le choix implicite de la généralisation par le pouvoir constituant.

Les tentatives de réformes constitutionnelles et les discours politiques préalables à la réforme constitutionnelle de 2003 ancrent la généralisation comme issue pérennisant l'expérimentation dans les esprits. Ainsi, l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales, première tentative de constitutionnalisation de l'expérimentation, précisait d'ailleurs qu'elle visait à « inventer un nouveau droit à l'expérimentation qui permettrait tant à l'État qu'aux collectivités locales de tester l'efficacité de mesures avant de les généraliser par la voie législative, de les modifier ou de ne pas y donner suite »⁴²⁸⁴. Cette proposition, introduite en parallèle de la loi relative à la Corse et restée inaboutie, cantonne donc les issues de l'expérimentation à sa généralisation, sa modification ou son abandon. En outre, dans son discours d'avril 2002 de Rouen, Jacques Chirac propose une révision de la Constitution « destinée à construire une nouvelle architecture des pouvoirs », notamment en se fondant sur l'expérimentation. Il précise que cette dernière a vocation à « faire l'expérience de réformes en grandeur nature, dans des collectivités volontaires, avant de les généraliser à l'ensemble du territoire »⁴²⁸⁵. L'objectif de l'expérimentation, si la mesure s'avère pertinente, ne peut alors être que sa généralisation. Le vœu politique prononcé, le destin de la pérennisation de l'expérimentation semble scellé.

⁴²⁷⁹ Ibid. Mauroy P.

⁴²⁸⁰ Ibid. Mauroy P.

⁴²⁸¹ Ibid. Mauroy P.

⁴²⁸² Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 38.

⁴²⁸³ Brisson J.-F. (dir.), Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales, 2008, L'Harmattan.

⁴²⁸⁴ Proposition de loi constitutionnelle n° 2278, 24 mars 2000, tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales.

⁴²⁸⁵ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 14.

Dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2003, c'est encore l'objectif de généralisation qui est mis en valeur dans les rapports. Selon le rapport Garrec le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, « le recours à l'expérimentation constitue une méthode irremplaçable au service de la modernisation de l'État », notamment en ce qu'elle permet « de tester une réforme à une petite échelle afin d'en mesurer les avantages et les inconvénients, d'en améliorer les dispositions avant de les généraliser »⁴²⁸⁶. Le rapport Clément rappelle également que l'expérimentation est menée dans « l'objectif d'une généralisation »⁴²⁸⁷. Si la volonté du pouvoir constituant de faire de la généralisation la seule issue pérennisant l'expérimentation est ferme, il ne le précisera pas explicitement dans les articles de la Constitution qu'il vient modifier à ce sujet. Ainsi, ni l'article 37-1 de la Constitution ni le quatrième alinéa de son article 72 ne font référence à la généralisation de l'expérimentation.

437. - Le choix explicite de la généralisation par le législateur organique pour les expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution.

Le législateur organique précise les modalités de l'expérimentation prévue au quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution. En ce qui concerne les issues possibles de l'expérimentation, il en prévoit explicitement trois au premier article de la loi organique du 1^{er} août 2003⁴²⁸⁸. Inscrites au nouvel article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales, il s'agit de « la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans, [du] maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental [et de] l'abandon de l'expérimentation »⁴²⁸⁹. Laurent Dauphin souligne que le législateur organique « semble ainsi imposer un retour à l'unité de la règle de droit, qu'il s'agisse de généraliser les mesures expérimentées, ou bien, en cas d'abandon de l'expérimentation, de revenir à la règle de droit antérieure »⁴²⁹⁰. Cependant, comme l'ont mis en lumière les analyses et débats relatifs à la consécration d'un droit à la différenciation, le cadre juridique prévu en 2003 permettait pourtant « d'envisager d'autres options que celles qui sont expressément mentionnées à l'article LO. 1113-6 du CGCT »⁴²⁹¹. Envisageables sur le plan théorique, d'autres modes de pérennisation, particulièrement la différenciation, n'ont pourtant pas été retenus en pratique jusqu'à présent. La question de la possibilité de différencier des compétences entre collectivités de même catégorie ainsi que des normes en l'état du Droit constitutionnel sera traitée dans la seconde section du présent chapitre relative à la consécration du droit à la différenciation.

En ce qui concerne les expérimentations prises sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, les issues ne sont pas précisées explicitement dans une loi organique. Cependant, dans la continuité de la jurisprudence constitutionnelle et suite aux débats relatifs à la loi constitutionnelle de 2003⁴²⁹², les issues possibles sont *a priori* les mêmes que celles prévues pour les expérimentations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. Une expérimentation fondée sur l'article 37-1 de la Constitution pourra donc être abandonnée, prolongée ou généralisée.

438. - La généralisation en l'état ou modifiée de la norme expérimentée.

⁴²⁸⁶ Rapp. Sénat n° 27, op. cit.

⁴²⁸⁷ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 72.

⁴²⁸⁸ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

⁴²⁸⁹ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴²⁹⁰ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 557.

⁴²⁹¹ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

⁴²⁹² Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

Laurent Dauphin rappelle que « les autorités nationales peuvent ainsi généraliser une expérimentation concluante, le cas échéant en y apportant les corrections et adaptations nécessaires »⁴²⁹³. Généralisation n'implique pas maintien à l'identique de la mesure expérimentale lors de sa pérennisation. En ce qu'elle permet d'adapter la mesure expérimentée en vue des enseignements tirés de son évaluation, la possibilité de modification est une nécessité dans le cadre d'une démarche expérimentale.

Le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques a « cherché à déterminer dans quelle proportion la généralisation des expérimentations donne lieu à une modification de la mesure expérimentée, pour prendre en compte les résultats de l'évaluation, ou s'effectue à l'inverse à droit constant (ou presque constant) »⁴²⁹⁴. En analysant vingt-deux des vingt-huit expérimentations fondées sur l'article 37-1 de la Constitution ayant fait l'objet d'une généralisation en 2019, le Conseil d'État établit que 64% ont été généralisées en l'état. S'il explique ce chiffre en partie par les carences liées à l'évaluation de l'expérimentation, le Conseil d'État le relativise en rappelant « le petit échantillon » sur lequel il est fondé et que « des expérimentations ponctuelles sur des mesures simples (suppression ou ajout d'une condition, abaissement d'un seuil...) n'ont souvent vocation qu'à être abandonnées ou généralisées sans modification »⁴²⁹⁵.

§2. Généralisation de l'expérimentation : des difficultés juridiques partiellement traitées par le Droit applicable

Explicitement prévue par la jurisprudence constitutionnelle et par le législateur organique en ce qui concerne les expérimentations mises en place sur le fondement de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, la généralisation pouvait sembler sécurisée juridiquement. Pourtant, elle soulève d'autres questions juridiques, potentielles sources d'insécurité, auxquelles le législateur organique et le législateur ordinaire n'apportent que des réponses partielles. Ces questions touchent notamment à la valeur juridique des actes pris dans le cadre d'une expérimentation (A.) et à la gestion au moment de la généralisation de la norme expérimentée des collaborations mises en place durant la phase expérimentale à la lumière des règles de la commande publique (B.).

A. La sécurité juridique à l'épreuve de la généralisation de l'expérimentation : des garanties partiellement mises en place par le législateur organique

Laurent Dauphin, alors qu'il traite la question de l'abandon de l'expérimentation, rappelle que tous les actes édictés par les autorités locales dans le cadre d'une expérimentation ne disparaissent pas nécessairement et qu'il convient d'opérer une distinction entre les actes réglementaires à caractère général et impersonnel pris au titre de l'expérimentation et les décisions individuelles prises sur le fondement de ces derniers⁴²⁹⁶. Il souligne que « si les premiers disparaissent de l'ordonnancement juridique, les

⁴²⁹³ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 162.

⁴²⁹⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 23 et s.

⁴²⁹⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴²⁹⁶ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit. p. 556 & s.

secondes sont en revanche maintenues dès lors qu'elles sont créatrices de droits »⁴²⁹⁷. Si elle peut sembler moins évidente dans le cadre de la généralisation, la question du devenir de ces actes se doit malgré tout d'être traitée. Concernant les actes à caractère général et impersonnel pris dans le cadre de la phase expérimentale, le sujet de la prorogation est d'autant plus important en cas de pérennisation de la mesure expérimentée. Concernant les décisions individuelles prises durant la phase expérimentale, les interrogations relatives à leur maintien sont fondamentales en cas de généralisation avec des modifications de la norme expérimentée. Dans le champ de l'expérimentation prévue à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, le législateur organique a apporté des réponses partielles à ce sujet. S'il prévoit explicitement la prorogation des actes juridiques à caractère général et impersonnel pris dans le cadre de la phase expérimentale (1.), ce n'est qu'implicitement qu'il reconnaît l'intangibilité des droits acquis du fait de décisions individuelles prises dans le cadre d'une expérimentation (2.).

1. Actes juridiques à caractère général et impersonnel pris dans le cadre de la phase expérimentale : prorogation explicitement prévue par le législateur organique

439. - La possible prorogation de la norme instaurant l'expérimentation.

En 2003, le législateur organique prévoit qu'une loi accompagnera la sortie des expérimentations de l'article 72 alinéa 4 pour les trois issues qu'il avait alors explicitement prévues, notamment la généralisation. En outre, le rapport Piron souligne que « la loi organique met en place un dispositif original destiné à assurer la sécurité juridique des actes dérogoatoires, et ce, quelle que soit la solution proposée dans la loi sur la sortie de l'expérimentation »⁴²⁹⁸. Comme évoqué précédemment, le cinquième alinéa de l'article LO 1113-6 de Code général des collectivités territoriales, dans sa version applicable du 2 août 2003 au 21 avril 2021, dispose que « le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un de ces effets proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation »⁴²⁹⁹ et précise que cette prorogation est mentionnée au Journal officiel. Le rapport Piron considère que « cette disposition permet de surmonter la difficulté qui pourrait survenir d'un ordre du jour des assemblées trop chargé »⁴³⁰⁰, considérant qu'« il ne faudrait pas, pour des questions de calendrier parlementaire, que les mesures prises par les collectivités territoriales en application de l'expérimentation deviennent caduques, alors que l'expérimentation s'est révélée être une réussite ou que l'on souhaite la prolonger »⁴³⁰¹. Ainsi, le simple dépôt d'une loi peut modifier une durée fixée par une loi antérieure.

S'il souligne « l'audace » de cette disposition, le rapport Piron ne manque pas de rappeler que la démarche n'est pas « totalement inconnu[e] » en Droit français⁴³⁰². D'autres textes ont ainsi prévu que le dépôt d'un projet de loi entraîne des effets juridiques, notamment l'article 38 de la Constitution⁴³⁰³ et le premier article de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003⁴³⁰⁴. En effet, l'article 38 de la Constitution

⁴²⁹⁷ Ibid. Dauphin L.

⁴²⁹⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 38.

⁴²⁹⁹ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴³⁰⁰ Ibid. Rapp. AN n° 955.

⁴³⁰¹ Ibid. Rapp. AN n° 955.

⁴³⁰² Ibid. Rapp. AN n° 955.

⁴³⁰³ Const., 4 oct. 1958, art. 38.

⁴³⁰⁴ L. n° 2003-6, 3 janv. 2003, art. 1.

prévoit que les ordonnances que le Gouvernement peut prendre dans le domaine de la loi sur autorisation du Parlement « deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation »⁴³⁰⁵. Le premier article de la loi du 3 janvier 2003 portant sur la relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques prévoit la suspension de dispositions du code du commerce pour une durée de dix-huit mois à compter de sa promulgation et ajoute que la suspension est « maintenue pour une durée d'un an à compter du dépôt d'un projet de loi intervenant au cours de cette période et définissant [...] les procédures relatives à la prévention des licenciements économiques, aux règles d'information et de consultation des représentants du personnel et aux règles relatives au plan de sauvegarde de l'emploi »⁴³⁰⁶. Le législateur organique a encadré cette possibilité de proroger la norme expérimentée, en la limitant dans le temps : elle n'est possible que « dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation »⁴³⁰⁷.

Laurent Dauphin souligne à cet égard que « s'il n'est pas injustifié par principe, l'article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales ne brille toutefois pas par sa cohérence »⁴³⁰⁸. Il affirme que « ses dispositions sont en apparence contradictoires : si la loi doit être votée avant le terme de l'expérimentation, il ne fallait pas laisser entendre qu'elle puisse être adoptée ultérieurement »⁴³⁰⁹. Il considère que « de rédaction des plus maladroites, l'article LO 1113-6 doit s'entendre comme imposant le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi avant le terme de l'expérimentation, le vote pouvant le cas échéant intervenir ultérieurement, dans un délai maximum d'un an »⁴³¹⁰.

440. - Actes à caractère général et impersonnel pris par les collectivités territoriales.

Il convient également d'évoquer le devenir des actes à caractère général et impersonnel pris par les collectivités territoriales dans le cadre d'une expérimentation fondée sur l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. Pour ce faire, il semble pertinent de revenir sur les analyses produites en ce qui concerne le cas de l'abandon de la mesure expérimentée. Les actes à caractère général et impersonnel pris par les collectivités territoriales dans le cadre d'une expérimentation « disparaissent de l'ordonnancement juridique »⁴³¹¹. Laurent Dauphin met en exergue le fait que cette disparition n'est pas « à proprement parler une abrogation des actes expérimentaux, mais plutôt une conséquence de leur caducité »⁴³¹².

L'article LO 1113-3 du Code général des collectivités territoriales, dans sa version applicable du 2 août 2003 au 21 avril 2021, dispose que « les actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives mentionnent leur durée de validité »⁴³¹³, cette dernière ne pouvant excéder celle de l'expérimentation elle-même⁴³¹⁴. La nécessité de cette mention explicite dans les actes à caractère général et impersonnel pris par les collectivités territoriales dans le cadre d'une expérimentation prise sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution est remise en question. Alors qu'il était envisageable que les mesures dérogatoires en question soient *de facto* alignées sur la durée de l'expérimentation, Jean-Claude Ricci souligne que «

⁴³⁰⁵ Const., 4 oct. 1958, art. 38.

⁴³⁰⁶ L. n° 2003-6, 3 janv. 2003, art. 1.

⁴³⁰⁷ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴³⁰⁸ Dauphin L., *Collectivités territoriales et expérimentation*, op. cit.

⁴³⁰⁹ Ibid. Dauphin L.

⁴³¹⁰ Ibid. Dauphin L.

⁴³¹¹ Ibid. Dauphin L.

⁴³¹² Ibid. Dauphin L.

⁴³¹³ CGCT, art. LO 1113-3 (version en vigueur jusqu'au 21 avr. 2021).

⁴³¹⁴ Ibid. Dauphin L.

l'obligation qui leur est faite [...] d'indiquer leur durée peut sembler peu justifiée, voire inopportune »⁴³¹⁵. Il évoque cependant deux explications à ce choix du législateur organique⁴³¹⁶, également rappelés par Laurent Dauphin⁴³¹⁷. La première est celle de « l'information du public sur les conditions d'élaboration de l'acte et sur le cadre de l'expérimentation [...], particulièrement importante eu égard aux conséquences possibles notamment la caducité des actes »⁴³¹⁸. Elle est d'ailleurs à l'origine de l'amendement introduisant l'exigence de mention explicite de la durée de validité de ces actes dans la loi organique de 2003⁴³¹⁹. Cette préoccupation, alors mise en lumière par le rapport Piron⁴³²⁰, est d'ailleurs corroborée par le rapport Longuet qui rappelle que la loi organique de 2003 « n'indique nulle part que les mesures prises par les collectivités territoriales dans le cadre de l'expérimentation cessent de produire leurs effets une fois cette dernière expirée »⁴³²¹. La seconde explication évoquée par Jean-Claude Ricci est que cette rédaction du législateur organique pourrait alors laisser la faculté aux collectivités territoriales expérimentatrices de fixer une durée plus courte que celle prévue par le législateur⁴³²². Soutenue dans le cadre de l'expérimentation relative au RSA⁴³²³ cette lecture n'est pas sans poser de problème. En effet, la durée de l'expérimentation est fixée dans un terme considéré comme nécessaire pour obtenir des résultats suffisamment éclairants pour déterminer de l'avenir de la mesure expérimentée. Ainsi, une durée inférieure à celle-ci expose à des informations insuffisantes pour choisir l'issue la plus pertinente de la mesure. En outre, la logique expérimentale étant comparative, tout au moins dans le cadre d'une expérimentation partielle, « ces variations temporelles rendraient en effet plus difficiles l'analyse et la comparaison des effets des différentes mesures adoptées »⁴³²⁴.

2. Décisions individuelles prises dans le cadre d'une expérimentation : intangibilité des droits acquis implicitement admise par le législateur organique

441. - La question de l'intangibilité des droits acquis dans le cadre d'une expérimentation généralisée.

⁴³¹⁵ Ricci J.-C., Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, in ministère de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales (dir.), Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, 2004, La Documentation française.

⁴³¹⁶ Ibid. Ricci J.-C.

⁴³¹⁷ Ibid. Dauphin L.

⁴³¹⁸ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 31.

⁴³¹⁹ Ibid. Dauphin L.

⁴³²⁰ Ibid. Rapp. AN n° 955.

⁴³²¹ Rapp. Sénat n° 408, op. cit.

⁴³²² Ricci J.-C., Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, in ministère de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales (dir.), Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, 2004, La Documentation française.

⁴³²³ Circ. intermin., 25 oct. 2007 relative à la mise en oeuvre des expérimentations locales prévues par l'article 142 de la loi du 21 décembre 2006 de finances pour 2007 modifié et la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat - Revenu de solidarité active (RSA) ; Ibid. Dauphin L. : « Une circulaire interministérielle du 25 octobre 2007 rappelle ainsi que les délibérations dérogatoires adoptées par les départements cessent "de produire des effets de droit au plus tard à la fin de la durée de la phase expérimentale soit, pour chacune des expérimentations, trois ans à compter de la publication du décret autorisant le(s) département(s) à expérimenter". Elle précise ensuite que « le conseil général est bien entendu libre de définir, dans sa délibération, une période d'expérimentation plus courte ou de prévoir par une délibération ultérieure une fin anticipée de l'expérimentation ».

⁴³²⁴ Ibid. Dauphin L.

La question des droits acquis se doit aussi d'être évoquée. Principalement traitée en ce qui concerne l'abandon de la mesure expérimentée, elle peut malgré tout se poser dans le cadre de sa généralisation. En effet, l'évaluation de l'expérimentation pouvant permettre de déterminer que la mesure devrait être généralisée avec quelques modifications, la mesure généralisée n'est pas nécessairement identique à celle expérimentée. Ainsi, même dans le cadre d'une généralisation, les décisions individuelles prises dans le cadre de l'expérimentation ne correspondent pas nécessairement au cadre légal qui sera applicable à l'issue de cette dernière.

Si la modification de la mesure expérimentée à l'aune de sa généralisation est une pratique encore marginale, elle n'en est pas moins une des raisons d'être de la démarche expérimentale. La mise en place de mesures visant à renforcer la qualité de l'expérimentation laisse espérer un développement de la pratique de la modification de la norme expérimentée à l'occasion de sa généralisation lorsque cela est pertinent. L'intangibilité des droits acquis lors d'une expérimentation généralisée par la suite nécessite donc d'être traitée.

442. - Le silence du pouvoir constituant et du législateur organique concernant le maintien des droits acquis.

Alors que le rapport Garrec considère en 2002 que « la question essentielle sera alors celle du retour à l'application de la règle de droit commun et du sort des droits acquis sous l'empire de l'expérimentation »⁴³²⁵, aucune précision n'est apportée explicitement à ce sujet dans le cadre de la loi constitutionnelle et de la loi organique de 2003. Ce rapport considère qu'il appartient au législateur organique « de définir le cadre général de ces expérimentations, les conditions et la durée de leur mise en œuvre, leur évaluation et le sort des « droits acquis » en cas d'échec et de retour à l'application de la règle de droit commun »⁴³²⁶. Dans le cadre du projet de loi organique de 2003, le rapport Piron⁴³²⁷ et le rapport Longuet⁴³²⁸ s'accordent : au terme de l'expérimentation et en cas d'abandon de cette dernière, les actes individuels pris dans le cadre d'une expérimentation demeurent valides au titre des droits acquis. Par exemple, un permis de construire obtenu dans le cadre d'une expérimentation ne devrait pas être remis en question parce que la mesure expérimentée n'est pas pérennisée⁴³²⁹. Malgré cette certitude unanime lors de l'analyse du texte, aucun article de loi organique ne fait effectivement référence au devenir des décisions individuelles prises dans le cadre d'une expérimentation et des droits qui lui sont liés.

La loi organique 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution aurait pu être l'occasion d'indiquer explicitement le maintien des droits acquis durant une expérimentation, mais elle reste silencieuse sur ce point. Dans son avis sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles relatives à l'exercice de ces compétences, le Conseil d'État rappelle cependant l'importance du respect des droits acquis dans le cadre d'une expérimentation. Alors qu'il analyse une disposition qui compléterait la Constitution afin de constitutionnaliser la différenciation territoriale⁴³³⁰, il l'interprète comme permettant aux collectivités territoriales ayant été autorisées à

⁴³²⁵ Rapp. Sénat n° 27, op. cit.

⁴³²⁶ Ibid. Rapp. Sénat n° 27.

⁴³²⁷ Rapp. AN n° 955, op. cit., p. 37.

⁴³²⁸ Rapp. Sénat n° 408, op. cit.

⁴³²⁹ Ibid. Rapp. Sénat n° 408.

⁴³³⁰ La disposition en question est la suivante : « Sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements

déroger pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences de mettre fin à tout moment « aux mesures dérogatoires sous réserve du respect des droits acquis »⁴³³¹.

443. - L'application implicite du principe d'intangibilité des droits acquis aux actes individuels pris dans le cadre d'une expérimentation.

Cependant, l'absence de mention explicite dans les textes du maintien des droits acquis durant une expérimentation ne conduit pas à rendre le principe d'intangibilité des droits acquis inopérant. Si sa mention explicite par le législateur organique aurait été vectrice de sécurité juridique, son absence ne neutralise pas pour autant l'application de ce principe. Les droits acquis dans le cadre des décisions individuelles de collectivités territoriales prises à des fins expérimentales seraient donc maintenus au terme de l'expérimentation, quelle que soit l'issue de cette dernière. Laurent Dauphin souligne que, comme pour l'abrogation⁴³³², il ne faut pas en déduire « que la situation créée par l'acte serait immuable, ce qui serait tout à fait inacceptable. Cela veut dire qu'il ne peut y être mis fin que par la procédure de l'acte contraire »⁴³³³. Il rappelle ainsi que « la décision individuelle créatrice de droits ne peut ainsi être abrogée que par un acte exprès, adopté par son auteur dans les mêmes conditions de forme et de procédure que celles qui avaient présidé à son élaboration »⁴³³⁴.

L'étude annuelle du Conseil d'État de 2016 relative à la simplification et à la qualité du Droit invite le pouvoir mettant en place une expérimentation à pallier le silence du constituant et du législateur organique. Elle considère en effet que « dans un souci de sécurité juridique, les textes prévoyant l'expérimentation devraient garantir aux personnes concernées l'opposabilité aux tiers et à l'administration des décisions prises et des projets engagés dans ce cadre et cristalliser les droits acquis à cette occasion »⁴³³⁵. De ce point de vue, le rapport de l'Assemblée nationale sur la simplification législative « approuve le Gouvernement d'avoir conçu des expérimentations qui garantissent aux personnes concernées l'opposabilité de leurs effets aux tiers et à l'administration »⁴³³⁶. Il évoque à cet égard l'ordonnance du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet⁴³³⁷, prise sur le fondement de la loi du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et à sécuriser la vie des entreprises⁴³³⁸, dont l'article 13 autorise le Gouvernement à prendre toutes mesures législatives visant à « prévoir que le certificat de projet peut [...] déterminer les conditions de publication du certificat de projet et celles dans lesquelles il peut créer des droits pour le pétitionnaire et être opposable à l'administration et aux tiers »⁴³³⁹.

B. La délicate articulation des règles de la commande publique avec la généralisation de l'expérimentation

peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »

⁴³³¹ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴³³² Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit.

⁴³³³ Rivero J., Waline J., Droit administratif, 2006, Dalloz.

⁴³³⁴ Ibid. Dauphin L. ; CE, 10 avr. 1959, n° 22184, Fourré-Cormeray.

⁴³³⁵ Rapp. CE n° 67, 13 juill. 2016, Simplification et qualité du Droit.

⁴³³⁶ Rapp. AN n° 2268, op. cit.

⁴³³⁷ Ord. n° 2014-356, 20 mars 2014.

⁴³³⁸ L. n° 2014-1, 2 janv. 2014.

⁴³³⁹ Ord. n° 2014-356, loc. cit. art. 13.

La pérennisation de l'expérimentation peut soulever différentes questions liées à la commande publique. Si les exigences de mise en concurrence liées à la commande publique apparaissent inadaptées aux deux temps de la démarche expérimentale (1.), des outils de la commande publique semblent malgré tout relativement adaptés à la démarche expérimentale (2.).

1. Des règles de la commande publique inadaptées aux deux temps de la démarche expérimentale

444. - Inadéquation du principe de mise en concurrence aux deux temps de la démarche expérimentale.

Jean-Bernard Auby, Professeur de Droit public, rappelle que l'innovation peut « [se heurter] à des frottements venus du droit de la commande publique »⁴³⁴⁰. Ce choc s'opère lorsqu'une collectivité territoriale souhaite mettre en place un service public innovant en faisant appel à un prestataire. Dans ce cadre, il est courant que les prestataires aient « besoin d'expérimenter, de tester des solutions »⁴³⁴¹. Dans ce cas, « les relations contractuelles vont devoir s'établir en deux temps »⁴³⁴² : un premier de conception et d'expérimentation du bien ou du service et un second d'achat plus pérenne du nouveau bien ou service.

La concurrence étant le principe en matière de commande publique, le cas précédemment évoqué peut faire l'objet de deux phases de mise en concurrence, correspondant aux deux étapes de la démarche expérimentale. Il est alors possible que le candidat avec lequel le nouveau service a été développé durant la première phase, ne soit pas celui retenu durant la seconde⁴³⁴³. Ce constat emporte avec lui plusieurs problématiques. En premier lieu, la double mise en concurrence est source de lourdeur administrative et peut conduire à un asynchronisme entre le temps long que cela entraîne avec le temps court de l'innovation. En second lieu, une telle remise en concurrence peut être « difficile à justifier auprès du partenaire, qui a investi pour développer une solution [...] et qui peut craindre que le fruit de son travail soit porté à la connaissance de concurrents éventuels [...] ». En troisième lieu, une entreprise peut avoir développé un nouveau service spécifiquement pour les besoins d'une collectivité et ne pas être retenue au sortir de la phase d'expérimentation.

Cette problématique existe pour toutes les formes d'expérimentations mises en place par des acteurs publics, qu'elles soient pratiques ou juridiques. Ainsi, une collectivité qui souhaiterait développer un nouveau service de cette manière dans le cadre légal existant y serait confrontée au même titre qu'une autre souhaitant faire de même dans le cadre d'une expérimentation juridique.

445. - L'absence de précisions concernant l'articulation de l'expérimentation juridique avec les règles de la commande publique.

Si la problématique n'est pas propre à l'expérimentation juridique, les différentes réformes sacralisant l'expérimentation juridique auraient tout de même pu apporter des indications à ce sujet. Ce sujet n'ayant pas sa place dans la Constitution, il n'est guère étonnant que le pouvoir constituant ne s'y soit

⁴³⁴⁰ Auby J.-B., Ville intelligente et questions juridiques, Lesechos.fr, 25 févr. 2015.

⁴³⁴¹ Tendancedroit.fr, La smart city : quels enjeux juridiques et politiques ?.

⁴³⁴² Ibid. Tendancedroit.fr.

⁴³⁴³ Ibid. Tendancedroit.fr.

pas intéressé lors de la réforme constitutionnelle de 2003⁴³⁴⁴. Alors qu'il s'est attelé explicitement à la question de la prorogation des actes juridiques à caractère général et impersonnel pris durant la phase expérimentale et implicitement à celle de l'intangibilité des droits acquis du fait de décisions individuelles prises dans le cadre d'une expérimentation en ce qui concerne les expérimentations-dérogation, le législateur organique a également laissé de côté la question du devenir d'un marché public passé durant la phase expérimentale⁴³⁴⁵.

Les règles de la commande publique étant fixées par le législateur ordinaire, c'est bien à son niveau que des précisions auraient pu être apportées. Pourtant, aucun régime spécifique à l'expérimentation juridique n'a été prévu. Le législateur ordinaire a malgré tout fait émerger d'autres outils de la commande publique qui visent à accompagner l'innovation et l'expérimentation technique, pouvant donc être utilisés dans le cadre d'expérimentations juridiques.

2. Des outils de la commande publique relativement adaptés à la démarche expérimentale

446. - Partenariat d'innovation : mise en concurrence unique au début de la phase expérimentale.

Le partenariat d'innovation⁴³⁴⁶, entré en Droit français en 2014⁴³⁴⁷, « permet la mise en place d'une relation contractuelle de long terme comprenant à la fois des prestations de R & D, la réalisation d'un démonstrateur et l'acquisition des solutions innovantes qui en découlent »⁴³⁴⁸. Permettant d'éviter une remise en concurrence « après la phase de recherche pour passer à la phase de développement puis d'acquisition »⁴³⁴⁹, cet outil peut donc accompagner la démarche expérimentale. En effet, il permet une mise en concurrence unique avant la phase de développement et d'expérimentation et peut ainsi garantir de poursuivre avec le même prestataire lors de la pérennisation du bien ou du service.

Cependant, dans le cadre d'une expérimentation juridique, si la mise en concurrence est unique il semblerait plus pertinent qu'elle soit réalisée durant la seconde phase (celle d'acquisition) plutôt que durant la première (celle d'expérimentation). En effet, si l'évaluation de l'expérimentation juridique conduit à la pérennisation de la mesure en modifiant certaines dispositions prévues durant la phase expérimentale, le prestataire initialement choisi peut ne plus être adapté et une nouvelle contractualisation peut alors s'avérer nécessaire. Imaginons qu'une expérimentation juridique vise à permettre l'utilisation de véhicules autonomes pour les transports en commun sur la voie publique et qu'une collectivité territoriale participe à celle-ci. Supposons alors que durant la phase expérimentale le texte permettait l'utilisation de tels véhicules sans aucun outil ne permettant à un humain d'en reprendre le contrôle en cas d'urgence mais que le texte pérennisant l'expérimentation précise que de tels outils sont exigés. Une collectivité qui aurait signé un partenariat d'innovation avec une entreprises proposant des véhi-

⁴³⁴⁴ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

⁴³⁴⁵ L. org. n° 2003-704, 1 août 2003 ; L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

⁴³⁴⁶ Dir. (UE) n° 2014/24, 26 févr. 2014, art. 14 ; Dir. (UE) n° 2014/25, 26 févr. 2014, art. 32.

⁴³⁴⁷ D. n° 2014-1097, 26 sept. 2014 ; CCP, art. L. 2172-3 & R.2172-20 à R.2172-32.

⁴³⁴⁸ Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, op. cit. p. 187.

⁴³⁴⁹ Institutvilledurable.fr, La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants, sept. 2019, p.29.

cules qui n'offriraient pas une telle option devrait les accompagner dans cette nouvelle phase de développement, qui peut représenter un temps important, ou contractualiser avec un autre prestataire qui aurait déjà l'option, cette contractualisation impliquant alors une nouvelle mise en concurrence.

447. - Marché de recherche et développement : mise en concurrence unique après la phase de d'expérimentation.

Les marchés publics de recherche et développement⁴³⁵⁰ conduisent à une « dérogation aux règles de mise en concurrence et de publicité relatives aux marchés publics (liberté dans la passation du marché) »⁴³⁵¹. La présence de services de recherche et développement⁴³⁵² étant une des conditions à la mise en place de ces marchés, ils pourraient donc concerner la première phase de l'expérimentation juridique lorsque celle-ci implique effectivement « des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques », étant précisé que ces derniers « sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif »⁴³⁵³. Cette définition restrictive de la recherche et développement ne laisse qu'une place relative aux expérimentations. En outre, le marché public de recherche et développement est strictement encadré et ne peut être mis en place que si l'acheteur « n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation »⁴³⁵⁴.

La mise en place d'un marché de recherche et développement durant la phase expérimentale ne pourra donc pas être adaptée à toutes les formes d'expérimentations juridiques et risque de n'être qu'un outil marginal en matière expérimentale.

En outre, si la phase de recherche et développement bénéficie d'un régime avantageux en matière de mise en concurrence, la situation est bien différente pour les phases suivantes. En effet, à la suite de ce travail de recherche et développement, « la solution innovante issue de ce travail ne peut être acquise par l'acheteur qu'après une mise en concurrence »⁴³⁵⁵. Il convient malgré tout de souligner que, si ce marché est inférieur à un certain montant, il pourra également être exonéré de mise en concurrence dans le cadre des achats publics innovants⁴³⁵⁶.

448. - Achats publics innovants : absence de mise en concurrence pour les travaux, fournitures ou services innovants inférieurs à un certain montant.

Les achats publics innovants peuvent constituer un outil de la commande publique intéressant afin d'expérimenter au sein des territoires d'intelligences. Expérimentés depuis 2018⁴³⁵⁷ et pérennisés en 2021⁴³⁵⁸, les achats publics innovants permettent à l'acheteur de « passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables »⁴³⁵⁹ dans deux cas, à savoir pour un marché « portant sur des travaux, fournitures ou services innovants [...] et répondant à un besoin dont la valeur estimée est

⁴³⁵⁰ L. n° 91-3, 3 janv. 1991, art. 10-1 ; Dir. (CEE) n° 92/50, 18 juin 1992, art. 1 ; Dir. (CE) n° 2004/17, 31 mars 2004, art. 24 ; Dir. (CE) 2004/18, 31 mars 2004, art. 16 ; Dir. n° 2014/24/UE, 26 févr. 2014 ; Dir. (UE) n° 2014/24, 26 févr. 2014, art. 14 ; Dir. (UE) n° 2014/25, 26 févr. 2014 ; Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 ; D. n° 2016-360, 25 mars 2016.

⁴³⁵¹ Ibid. Institutvilledurable.fr.

⁴³⁵² Farineau C., Gras A., Les marchés publics de services de recherche et développement, Contrats-Marchés publ. 2020.

⁴³⁵³ CCP, art. L. 2512-5.

⁴³⁵⁴ Ibid. CCP.

⁴³⁵⁵ Farineau C., T. Rouveyran, Les autres marchés publics ou le remodelage des marchés exclus, Le Moniteur 2019.

⁴³⁵⁶ D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018 ; D. n° 2021-1634, 13 déc. 2021.

⁴³⁵⁷ Ibid. D. n° 2018-1225.

⁴³⁵⁸ Ibid. D. n° 2021-1634.

⁴³⁵⁹ CCP, art. R. 2122-9-1.

inférieure à 100 000 euros hors taxes »⁴³⁶⁰ ainsi que pour les « lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et [sous condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots] »⁴³⁶¹.

Cet outil peut s'avérer pertinent lorsqu'un acteur public souhaite mettre en place une expérimentation dont le coût serait peu important. Il pourrait alors ne pas être soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence durant la phase expérimentale. En ce qui concerne la phase de pérennisation, cet outil pourrait également être utilisé si le montant est suffisamment peu élevé et que le caractère innovant des travaux, fournitures ou services en question puisse encore être démontré. Il convient de rappeler que « sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés » et que « le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise »⁴³⁶².

Section 2. Droit à la différenciation : une pratique envisagée partiellement adaptée aux territoires d'intelligences

Une quatrième issue à l'expérimentation résonne dans l'hémicycle⁴³⁶³ : la différenciation territoriale. Cette nouvelle perspective permettrait selon le Conseil d'État de « donner davantage de responsabilités et de marges de manœuvre aux collectivités territoriales pour innover et adapter leur action aux réalités de leur territoire ainsi qu'aux besoins de la population et de l'économie et exercer davantage leur pouvoir réglementaire »⁴³⁶⁴. Comme le souligne Maylis Douence, Maître de conférences en Droit public, « la petite musique de la différenciation territoriale, refrain pour le moins entêtant de ces dernières années, a été fredonnée à plusieurs reprises lors des débats parlementaires et tout particulièrement par le ministre en charge des collectivités »⁴³⁶⁵. Alors que la volonté de renforcer la place de la différenciation territoriale en Droit français est croissante (§1.), cet outil juridique apparaît relativement inadapté pour légiférer au sein des territoires d'intelligences (§2.).

⁴³⁶⁰ CCP, art. R. 2122-9-1.

⁴³⁶¹ Ibid. CCP.

⁴³⁶² CCP, art. L. 2172-3.

⁴³⁶³ Projet de loi organique n° 3523, 29 juill. 2020 ; Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 77 et s.

⁴³⁶⁴ CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490.

⁴³⁶⁵ Douence M., La confortation du statu quo de la coopération intercommunale ou « beaucoup de bruit pour rien » ?, RFDA 2020.

§1. Droit à la différenciation : volonté croissante de consécration juridique

Le Conseil d'État dans son rapport de 2019 relatif à l'expérimentation et à l'innovation dans la conduite des politiques publiques rappelle que « dans le respect du principe d'égalité, il existe des possibilités de différenciation d'une norme nationale selon les territoires »,⁴³⁶⁶ mais regrette l'exploitation insuffisante de ces possibilités⁴³⁶⁷. Si la différenciation, tant des compétences entre collectivités de même catégorie que normative, existe d'ores et déjà, elle demeure relativement marginale (A.). La volonté de généraliser et de pérenniser cette pratique, dans un idéal de décentralisation et de renforcement de l'expérimentation, est de plus en plus importante⁴³⁶⁸ (B.).

A. Une pratique existante relativement marginale

Nicolas Kada, Professeur de Droit public, s'interroge : la différenciation territoriale est-elle « [l'acte III] de la décentralisation porteuse d'une nouvelle conception de l'État ou simple traduction juridique de pratiques déjà bien établies ? »⁴³⁶⁹. En effet, comme le souligne notamment la Mission Flash relative au droit à la différenciation⁴³⁷⁰, la différenciation territoriale est une pratique déjà existante. Force est de constater que, hors de tout cadre général concernant la différenciation territoriale, il existe bien des différenciations des compétences entre collectivités de mêmes catégories (1.) ou des différenciations normatives entre collectivités (2.).

1. Différenciation des compétences entre collectivités de même catégorie

449. - Collectivités territoriales à statut particulier et différenciation des compétences.

Des différenciations des compétences existent déjà entre collectivités territoriales. C'est par exemple le cas pour la Nouvelle-Calédonie et les provinces de Nouvelle-Calédonie qui font l'objet de dispositions spécifiques au sein de la Constitution. Les collectivités d'outre-mer (Polynésie française, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy et Saint-Martin) bénéficient également de la différenciation des compétences en pouvant cumuler des compétences départementales, régionales et partiellement étatiques. Les collectivités territoriales uniques (Guyane, Martinique et Corse) associent quant à elles des compétences départementales et régionales.

À cet égard, le cas de la Métropole de Lyon, qui réunit des compétences départementales et métropolitaines, est particulièrement intéressant. La loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014⁴³⁷¹ prévoyait la fusion des compétences de la métropole et du département sur le territoire de la Métropole de Lyon et la création du nouveau département du Rhône sur le reste du territoire du département.

⁴³⁶⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴³⁶⁷ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 77 et s.

⁴³⁶⁸ Rapp. AN n° 912, 9 op. cit. p. 35 ; Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 ; Projet de loi organique n° 3523, 9 juill. 2020 ; Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020.

⁴³⁶⁹ Adgcf.fr, Interview de Nicolas Kada, La différenciation territoriale : virage politique, mirage juridique, 23 juill. 2019.

⁴³⁷⁰ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 12 et s.

⁴³⁷¹ L. n° 2014-58, 27 janv. 2014.

450. - Délégation de compétences entre collectivités ou de l'État aux collectivités.

La délégation de compétences entre collectivités a fait l'objet de prémices sectorielles. Certaines lois de décentralisation mettaient en place des systèmes de décentralisation de manière sectorielle, par exemple la loi du 22 juillet 1983⁴³⁷² dans le secteur de l'action sociale et de la santé. Cette pratique a été consacrée par la loi de réforme des collectivités territoriales de 2010⁴³⁷³ qui introduit la délégation de compétences entre collectivités territoriales⁴³⁷⁴.

La délégation de compétences de l'État aux collectivités a également émergé progressivement. La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales⁴³⁷⁵ a fait un premier pas vers une délégation de compétences de l'État, en l'espèce en matière de logement. Ce type de délégation de compétences a été consacré⁴³⁷⁶ par la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014⁴³⁷⁷ et renforcé par la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe)⁴³⁷⁸.

451. - Coopération intercommunale et transfert de compétences.

Au sein d'un établissement de coopération intercommunale (EPCI), les communes membres peuvent transférer certaines de leurs compétences vers l'EPCI⁴³⁷⁹. Comme le souligne la Mission Flash sur la différenciation, « les compétences exercées par les communes varient selon le type d'EPCI, ces derniers ne disposant pas tous des mêmes compétences, et selon les compétences optionnelles ou facultatives qu'ils exercent »⁴³⁸⁰. À la suite de la réforme territoriale de 2010 et de la loi MAPTAM du 27 janvier 2014, les syndicats de communes⁴³⁸¹, les communautés de communes⁴³⁸², les communautés urbaines⁴³⁸³, les communautés d'agglomération⁴³⁸⁴, les syndicats d'agglomération nouvelle⁴³⁸⁵ et les métropoles⁴³⁸⁶ sont des EPCI⁴³⁸⁷.

Le transfert de compétences d'une commune à un EPCI est soumis à plusieurs principes⁴³⁸⁸. En premier lieu, le principe de spécialité s'impose aux EPCI. Ce principe est amphibie, renvoyant tant à une spécialité fonctionnelle qu'à une spécialité territoriale. Concernant la spécialité fonctionnelle, un EPCI n'a pas de compétence générale et ne peut exercer que les compétences qui lui ont été explicitement transférées par la loi ou par ses communes membres⁴³⁸⁹, cela exclut donc la clause générale de compétence. Le juge administratif ayant une appréciation stricte du transfert de compétences⁴³⁹⁰, les com-

⁴³⁷² L. n° 83-663, 22 juill. 1983.

⁴³⁷³ L. n° 2010-1563, 16 déc. 2010, art.73.

⁴³⁷⁴ CGCT, art. L. 1111-8.

⁴³⁷⁵ L. n° 2004-809, 13 août 2004.

⁴³⁷⁶ CGCT, art. L. 1111-8-1.

⁴³⁷⁷ L. n° 2014-58, 27 janv. 2014.

⁴³⁷⁸ L. n° 2015-991, 7 août 2015.

⁴³⁷⁹ CGCT, art. L5111-1. « Les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur »

⁴³⁸⁰ Rapp. AN n° 912, op. cit. p. 12.

⁴³⁸¹ L., 22 mars 1890.

⁴³⁸² L. n° 92-125, 6 févr. 1992.

⁴³⁸³ L. n° 66-1069, 31 déc. 1966.

⁴³⁸⁴ L. n° 99-586, 12 juill. 1999.

⁴³⁸⁵ L. n° 83-636, 13 juill. 1983.

⁴³⁸⁶ L. n° 2010-1563, 16 déc. 2010 ; L. n° 2014-58, 27 janv. 2014.

⁴³⁸⁷ Vie-publique.fr, Fiche thématique, La coopération intercommunale et les EPCI, 5 janv. 2021 ; CGCT, art. L. 5210-1-1-A.

⁴³⁸⁸ Collectivites-locales.gouv, Institutions, Les transferts de compétences.

⁴³⁸⁹ CE, 23 oct. 1985, n°46612.

⁴³⁹⁰ CE, 18 déc. 1991, n° 118877 et 118878.

pétences doivent être définies précisément et exhaustivement dans ses statuts sous peine d'annulation de l'arrêté préfectoral prononçant le transfert de compétences⁴³⁹¹. La spécialité territoriale ne permet le transfert de compétences à un EPCI que pour les territoires des collectivités qu'il associe et le juge administratif peut sanctionner un EPCI agissant hors de son champ⁴³⁹². Le Droit prétorien admet une exception à ce principe de spécialité territoriale à deux conditions cumulatives : si l'EPCI agit dans son champ de compétences et s'il est dans l'impossibilité de « réaliser l'équipement considéré dans les mêmes conditions sur son territoire »⁴³⁹³. En second lieu, le principe d'exclusivité prévoit que le transfert de compétences d'une commune à une EPCI « entraîne le dessaisissement corrélatif et total de cette dernière, en ce qui concerne ladite compétence »⁴³⁹⁴. Dès lors, la commune ayant transféré une compétence à une EPCI ne peut plus exercer elle-même cette compétence, verser de subventions à l'EPCI au titre de cette compétence, ni transférer cette compétence à un autre EPCI sauf si elle se retire du premier⁴³⁹⁵. Ce principe est atténué lorsque la compétence est sécable sous certaines conditions⁴³⁹⁶.

Le transfert de compétences d'une collectivité à un EPCI entraîne⁴³⁹⁷ le transfert des biens nécessaires à leur mise en œuvre (mise à disposition dans certains cas et transfert de propriété dans d'autres) et le transfert des services chargés de les mettre en œuvre⁴³⁹⁸. Dans certains cas, les communes et les EPCI peuvent se doter de services communs⁴³⁹⁹.

2. Différenciation des normes entre collectivités

452. - Adaptation normative aux spécificités territoriales à l'initiative de l'État.

Des adaptations normatives ont pu être mises en place en raison de différences de situation d'ordre géographique. La Mission Flash⁴⁴⁰⁰ met en exergue à ce titre la loi littoral⁴⁴⁰¹ et la loi montagne⁴⁴⁰². Cette acceptation de la modulation de la norme selon les spécificités géographiques du territoire a été réaffirmée par le législateur grâce à la loi montagne de 2016⁴⁴⁰³ où il affirme même que les normes peuvent être, « éventuellement après expérimentation, adaptées à la spécificité de la montagne ou à la situation particulière de chaque massif ou partie de massif »⁴⁴⁰⁴. L'Assemblée nationale ne manque pas de souligner que bien qu'ambitieuse, ce principe est « d'une portée contraignante certainement limitée »⁴⁴⁰⁵.

Des adaptations normatives peuvent également être mises en place en raison de différences de situation d'ordre démographique ou tirés du type d'urbanisation de la commune »⁴⁴⁰⁶. Ce fut notamment

⁴³⁹¹ CE, 6 nov. 1998, n° 180479 ; TA Strasbourg, 8 juin 1990, n° 77367.

⁴³⁹² CE, 25 mai 1994, n°106876.

⁴³⁹³ CE, 27 oct. 1948 ; CE, 6 mars 1981, n° 00119 ; TA Montpellier, 1^{er} mars 2002.

⁴³⁹⁴ Ibid. Collectivites-locales.gouv.

CE, 16 oct. 1970, n° 71536.

⁴³⁹⁵ CE, 28 juill. 1995, n° 149863.

⁴³⁹⁶ CE, 31 juill. 1996, n° 171086.

⁴³⁹⁷ Ibid. Collectivites-locales.gouv.

⁴³⁹⁸ CGCT, art. L.5211-4-1.

⁴³⁹⁹ CGCT, art. L.5211-4-2 et L.5211-4-3.

⁴⁴⁰⁰ Rapp. AN n° 912, 9 mai 2018, op. cit. p. 14.

⁴⁴⁰¹ L. n° 86-2, 3 janv. 1986.

⁴⁴⁰² L. n° 85-30, 9 janv. 1985.

⁴⁴⁰³ L. n° 2016-1888, 28 déc. 2016.

⁴⁴⁰⁴ L. n° 2016-1888, loc. cit. art. 3.

⁴⁴⁰⁵ Ibid. Rapp. AN n° 912.

⁴⁴⁰⁶ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651, sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles relatives à l'exercice de ces compétences.

le cas avec la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain⁴⁴⁰⁷ qui fixe un seuil de population pour l'obligation pour les communes de disposer de logements sociaux.

453. - Modulation normative aux spécificités territoriales à l'initiative des collectivités territoriales.

La Mission Flash sur l'expérimentation et la différenciation territoriale souligne que certaines collectivités ont la possibilité de proposer des adaptations normatives au Gouvernement, mais rappelle que ce dernier n'a aucune obligation de répondre à ces propositions⁴⁴⁰⁸. Le premier cas mis en exergue par la Mission Flash est celui de l'Assemblée de Corse qui peut proposer des adaptations dans le domaine réglementaire concernant⁴⁴⁰⁹ « les compétences, l'organisation et le fonctionnement »⁴⁴¹⁰ de l'ensemble des collectivités territoriales de Corse et le développement économique, social et culturel de la Corse. Le second cas est celui des Conseils régionaux qui ont, depuis la loi NOTRe⁴⁴¹¹, la faculté de proposer des adaptations législatives et réglementaires relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement d'une, plusieurs ou la totalité des régions⁴⁴¹².

Certaines collectivités territoriales « à statut particulier » disposent d'un pouvoir d'intervention normatif⁴⁴¹³. Alexis Zarca affirme à cet égard que « l'adoption de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République [...] a notamment sanctuarisé l'idée (et la multiplication possible) de collectivités territoriales "à statut particulier" tout en favorisant l'exercice de pouvoirs normatifs locaux dans le domaine de la loi »⁴⁴¹⁴. Cette réforme⁴⁴¹⁵ reconnaît aux départements et régions d'outre-mer (DROM)⁴⁴¹⁶ et collectivités d'outre-mer (COM)⁴⁴¹⁷ soumises au principe d'identité législative « un pouvoir (réglementaire) d'intervention (y compris) dans le domaine de la loi sous réserve, point essentiel, d'une habilitation législative (ou réglementaire selon la matière) censée respecter une exigence d'égalité différentielle »⁴⁴¹⁸. Outre ce pouvoir d'adaptation des règles, les DROM et les COM ont un pouvoir de fixation des normes⁴⁴¹⁹. Ainsi, les DROM peuvent « fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi »⁴⁴²⁰. Cette intervention est conditionnée notamment à la démonstration de l'existence de spécificités locales justifiant de sa mise en place⁴⁴²¹. En outre, concernant les COM, Alexis Zarca souligne que « si [...] le pouvoir de fixer des règles dans le domaine de la loi [...] procède d'une délégation de compétences pour intervenir dans des matières déterminées par leur statut, sa justification par des spécificités locales, bien que plus lâche, trouve aussi un ancrage en droit positif »⁴⁴²². En effet, cela est prévu tant par l'article 74 de la Constitution⁴⁴²³ que par les statuts des COM qui prévoient

⁴⁴⁰⁷ L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000.

⁴⁴⁰⁸ Rapp. AN n° 912, op. cit. p. 15.

⁴⁴⁰⁹ CGCT, art. L.4422-16.

⁴⁴¹⁰ Ibid. Rapp. AN n° 912.

⁴⁴¹¹ L. n° 2015-991, 7 août 2015.

⁴⁴¹² CGCT, art L.4221-1.

⁴⁴¹³ Zarca A., *Egalité et territorialisation du pouvoir normatif*, Civitas Europa 2015.

⁴⁴¹⁴ Ibid. Zarca A.

⁴⁴¹⁵ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

⁴⁴¹⁶ Const., 4 oct. 1958, art. 73.

⁴⁴¹⁷ Const., loc. cit. art. 74.

⁴⁴¹⁸ Ibid. Zarca A.

⁴⁴¹⁹ Ibid. Zarca A.

⁴⁴²⁰ Const., loc. cit. art. 73.

⁴⁴²¹ CGCT, art. LO 3445-7, LO 3445-11, LO 4435-7 et LO 4435-11.

⁴⁴²² Ibid. Zarca A.

⁴⁴²³ Const., loc. cit. art. 74.

« le respect de [leurs] intérêts propres en tenant compte de [leurs] spécificités géographiques, historiques et culturelles »⁴⁴²⁴.

454. - Adaptation réglementaire pour les autorités déconcentrées.

La Mission Flash relative à l'expérimentation et à la différenciation territoriale rappelle également que « plusieurs décrets récents ont ouvert la possibilité, pour différentes autorités déconcentrées de l'État – mais non les collectivités – de déroger localement à des normes réglementaires »⁴⁴²⁵. Le décret n° 2017-1108 du 27 juin 2017⁴⁴²⁶ permet, sur proposition conjointe d'une commune, d'un EPCI ou de plusieurs conseils d'école, aux directeurs académiques des services de l'éducation nationale d'autoriser des adaptations de l'organisation de la semaine scolaire⁴⁴²⁷.

Le décret du 29 décembre 2017⁴⁴²⁸ met en place une expérimentation permettant pour sa part aux préfets « de déroger à des normes nationales pour prendre des décisions non réglementaires relevant de leur compétence »⁴⁴²⁹. Cette expérimentation, généralisée par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet⁴⁴³⁰, « constitue un premier pas vers la fameuse "différenciation territoriale" »⁴⁴³¹ sans pour autant constituer une différenciation à proprement parler. Parallèlement, le décret n° 2017-1862 du 29 décembre 2017⁴⁴³² met en place une expérimentation d'un droit de dérogation accordé aux directeurs généraux d'ARS⁴⁴³³. Celle-ci n'a, pour sa part, pas fait l'objet d'une généralisation au terme de la phase expérimentale, mais d'une reconduction de la phase expérimentale pour deux années supplémentaires⁴⁴³⁴ et dans un champ plus restreint.

B. Une pratique en quête de consécration

La volonté de faire de la différenciation un principe et non plus une exception a émergé tant dans un idéal de décentralisation que de renforcement de l'expérimentation. Du point de vue de l'expérimentation, les études s'accordent⁴⁴³⁵ en considérant que le faible succès qu'a connu l'expérimentation-dérogation⁴⁴³⁶ peut notamment s'expliquer par l'issue binaire de cette dernière⁴⁴³⁷. La Mission Flash relative à l'expérimentation et à la différenciation territoriale de 2018⁴⁴³⁸ souligne à cet égard que « l'ensemble des acteurs locaux entendus par la mission a fait le constat que cette conception restrictive de l'issue de l'expérimentation a constitué un frein non seulement psychologique, mais aussi financier à l'utilisation de ce nouvel outil. Pourquoi consacrer du temps et des moyens humains et financiers

⁴⁴²⁴ CGCT, art. LO 6211-1, LO 6311-1 et LO 6411-1.

⁴⁴²⁵ Rapp. AN n° 912, op. cit. p. 15.

⁴⁴²⁶ D. n° 2017-1108, 27 juin 2017.

⁴⁴²⁷ C. éduc., art. D. 521-10.

⁴⁴²⁸ D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017.

⁴⁴²⁹ Montecler (de) M.-C., op. cit. p. 346.

⁴⁴³⁰ D. n° 2020-412, 8 avr. 2020.

⁴⁴³¹ Ibid. Montecler (de) M.-C.

⁴⁴³² D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017.

⁴⁴³³ Ibid. D. n° 2017-1862.

⁴⁴³⁴ D. n° 2019-1434, 23 déc. 2019, art. 1.

⁴⁴³⁵ Rapp. AN n° 912, op. cit. p. 20 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 42.

⁴⁴³⁶ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

⁴⁴³⁷ Mise à part l'hypothèse de la prolongation de l'expérimentation-dérogation, l'issue est binaire : la mesure est abandonnée ou généralisée.

⁴⁴³⁸ Rapp. AN n° 912, op. cit. p. 10.

pour concevoir, mettre en œuvre et évaluer une expérimentation qui risque, *in fine*, d'être abandonnée? »⁴⁴³⁹. Faire de la différenciation une issue possible de l'expérimentation apparaît alors comme un facteur d'attractivité de cette pratique. Le Conseil d'État dans son rapport de 2019 relatif aux expérimentations⁴⁴⁴⁰ a tracé deux chemins, potentiellement cumulatifs, pour expliciter les suites possibles pour les expérimentations menées sur le fondement de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution et concrétiser cette différenciation territoriale. Le premier, repris notamment par le projet de loi organique n°3523 de 2020⁴⁴⁴¹, consiste à inscrire cette pratique à norme constitutionnelle constante. Le second, évoqué dans plusieurs projets et propositions de lois⁴⁴⁴², appelle à une réforme constitutionnelle. Si la différenciation à norme constitutionnelle constante apparaît comme un trompe-l'œil (1.), la constitutionnalisation de cette pratique, bien qu'inaboutie, est prometteuse (2.).

1. Différenciation à norme constitutionnelle constante : une consécration trompe l'œil

455. - La possibilité d'une consécration du droit à la différenciation à droit constitutionnel constant.

Le Conseil d'État dans son rapport de 2019 sur l'expérimentation et l'innovation dans la conduite des politiques publiques affirme que l'expérimentation de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution peut être rendue plus attractive « dans le cadre constitutionnel en vigueur »⁴⁴⁴³. En effet, le Conseil d'État souligne que, outre les issues de l'expérimentation explicitement prévue par le Droit en vigueur⁴⁴⁴⁴ c'est-à-dire sa prolongation, sa généralisation ou son abandon⁴⁴⁴⁵, deux autres issues sont possibles⁴⁴⁴⁶.

En premier lieu, il est envisageable, dans le respect du principe d'égalité, de ne pérenniser la mesure que dans une partie des collectivités territoriales à l'issue de la phase expérimentale. Le Conseil d'État rappelle à cet égard que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que la norme soit adaptée à des réalités territoriales diverses »⁴⁴⁴⁷. Si l'égalité n'implique pas nécessairement l'uniformité⁴⁴⁴⁸, une différence des normes devra être motivée par une différence de situation. Alors que le Conseil d'État démontre que cette possibilité est bien réelle, il regrette qu'elle ne soit pas explicitement prévue dans les textes, particulièrement en ce qui concerne l'issue de l'expérimentation⁴⁴⁴⁹. Non content de ce silence juridique insécurisant, il invite le législateur à faire figurer cette possibilité à l'article L.O. 1113-6 du CGCT⁴⁴⁵⁰.

⁴⁴³⁹ Ibid. Rapp. AN n° 912.

⁴⁴⁴⁰ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 75 et s.

⁴⁴⁴¹ Projet de loi organique n° 3523, 29 juill. 2020.

⁴⁴⁴² Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020.

⁴⁴⁴³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁴⁴ L. org. n° 2003-704, 1er août 2003, art. 1.

⁴⁴⁴⁵ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴⁴⁴⁶ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁴⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁴⁸ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁴⁴⁹ CGCT, art. LO 1113-6.

⁴⁴⁵⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 : Le CE parle de « de ne généraliser la ou les mesures prises à titre expérimental que dans une partie des collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité »-> ce n'est pas vraiment une généralisation du coup, éventuellement mettre en perspective

En second lieu, il pourrait être opportun de modifier « des dispositions de la loi régissant l'exercice de la compétence objet de l'expérimentation, en vue de donner aux collectivités territoriales compétentes davantage de marges de manœuvre et de responsabilités »⁴⁴⁵¹. Le Conseil d'État fait le constat que le besoin croissant de déroger à la norme nationale est symptomatique de la rigidité du Droit national et du manque de pouvoir réglementaire local. Il invite alors à une utilisation de l'expérimentation dans un idéal de pragmatisme territorial. Cette dernière pourrait en effet permettre un réexamen des dispositions relatives aux compétences des collectivités territoriales enrichi des apprentissages de l'expérimentation⁴⁴⁵². Mis au service d'une décentralisation vertueuse, « l'objectif de ce réexamen de la loi serait que le législateur élargisse les responsabilités des collectivités territoriales dans l'exercice de la compétence expérimentée, par exemple en réduisant le détail de la norme législative, en laissant des possibilités plus étendues au pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, en élargissant leurs marges de manœuvre pour exercer leur compétence »⁴⁴⁵³. Comme pour le point précédent, le Conseil d'État souligne que rien n'empêche cela en l'état du Droit, mais que le faire figurer explicitement dans les textes présenterait divers avantages. Outre la plus grande sécurité juridique que cela garantirait, cela permettrait, toujours selon le Conseil d'État, d'« assigner une finalité supplémentaire »⁴⁴⁵⁴ à l'expérimentation-dérogação⁴⁴⁵⁵, à savoir de donner un rôle plus important aux collectivités territoriales afin d'« adapter leur action aux réalités de leur territoire » et offrir une plus grande effectivité au principe de subsidiarité. Cette position du Conseil d'État demeure cependant à relativiser, la réforme constitutionnelle de 2003 visant notamment à faire de l'expérimentation un outil de rationalisation des transferts de compétences⁴⁴⁵⁶.

456. - Législateur organique : consécration du droit à la différenciation à Droit constitutionnel constant illusoire en 2021.

Le projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution « entend simplifier les conditions de mise en œuvre des expérimentations, élargir les options qui peuvent être envisagées à leur terme, et ainsi illustrer le principe de différenciation territoriale »⁴⁴⁵⁷. À cette fin, son article 6 prévoyait d'ajouter explicitement deux nouvelles issues à l'expérimentation à l'article LO. 1113-6 du Code général des collectivités territoriales. La première est « le maintien des mesures prises à titre expérimental dans certaines collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité »⁴⁴⁵⁸. La seconde est « la modification des dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation »⁴⁴⁵⁹.

Dans son avis sur le projet de loi organique, le Conseil d'État rappelle que l'article LO.1113-6 du CGCT « semble, dans sa rédaction actuelle, limiter la sortie de l'expérimentation à une alternative entre l'abandon de la mesure expérimentée ou sa généralisation à toutes les collectivités territoriales de la même catégorie »⁴⁴⁶⁰. L'étude d'impact sur le projet de loi organique ne manque pas de souligner

⁴⁴⁵¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁵² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁵³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁵⁴ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁵⁵ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

⁴⁴⁵⁶ Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, op. cit.

⁴⁴⁵⁷ Senat.fr, Travaux parlementaires, Exposé des motifs, Simplification des expérimentations de l'article 72 de la Constitution.

⁴⁴⁵⁸ CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490.

⁴⁴⁵⁹ Ibid. CE, avis.

⁴⁴⁶⁰ Ibid. CE, avis.

que le cadre juridique actuel, particulièrement le Droit constitutionnel, permet pourtant « d'envisager d'autres options que celles qui sont expressément mentionnées à l'article LO. 1113-6 du CGCT »⁴⁴⁶¹. Ce cadre constitutionnel est notamment établi par la décision du Conseil constitutionnel du 6 mai 1991 où ce dernier indiquait que le principe d'égalité qui s'applique aux collectivités territoriales « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit (...) »⁴⁴⁶².

Si le cadre juridique existant permet d'ores et déjà implicitement de telles issues aux expérimentations-dérogação⁴⁴⁶³, la loi organique de 2021⁴⁴⁶⁴ n'est donc que d'un intérêt limité sur le plan juridique. Cela est d'ailleurs mis en lumière lors de l'étude du texte. L'étude d'impact souligne que cette modification « n'est pas nécessaire »⁴⁴⁶⁵ sur le plan juridique. Lors de l'examen en Commission du 28 octobre 2020, nombreux sont ceux qui scandent que cette réforme a « le souffle court »⁴⁴⁶⁶. Mathieu Darnaud, rapporteur de la loi organique, admet que « cet ajout n'a [...] que peu de portée en Droit »⁴⁴⁶⁷. La position de la Commission des lois est d'ailleurs que ce projet de loi organique est « d'une faible portée »⁴⁴⁶⁸. Alors que l'inflation législative est au cœur des débats, l'intérêt de rédiger de nouvelles normes à la portée fantomatique est douteux. Le château normatif français, aux pièces parfois trop nombreuses et superflues, n'a guère besoin d'être hanté de la sorte.

Trois arguments sont avancés pour justifier de la mesure. En premier lieu, l'étude d'impact de la loi organique souligne que ces ajouts à l'article LO. 1113-6 du CGCT sont de nature à « rendre plus attractives »⁴⁴⁶⁹ les expérimentations-dérogação. En second lieu, cette loi organique aurait vocation à « clarifier le droit actuel »⁴⁴⁷⁰ en « précisant les issues possibles de l'expérimentation »⁴⁴⁷¹ que le Droit applicable rend possible. Le projet de loi organique permet de douter de cet objectif de clarification. En effet, il prévoyait de supprimer l'abandon des issues de l'expérimentation citées à l'article LO. 1113-6. Si la clarification des issues de l'expérimentation, fondée sur l'évocation la plus exhaustive possible de ces dernières, était véritablement un objectif de la réforme : pourquoi supprimer l'une d'entre elles ?

⁴⁴⁶¹ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

⁴⁴⁶² Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC.

⁴⁴⁶³ Rapp. Sénat n° 82, op. cit. p. 14 et s. : « La loi peut ainsi, à droit constitutionnel constant, différencier les modalités d'exercice des compétences en fonction des différences de situation objectives entre les collectivités territoriales, même si celles-ci appartiennent à la même catégorie. Elle peut également renvoyer au pouvoir réglementaire local, consacré depuis 2003 par le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution, pour la définition de ses modalités d'application. Les collectivités territoriales sont alors amenées à définir elles-mêmes les conditions d'exercice de leurs compétences. Ce sont ces possibilités qu'entend traduire l'ajout de deux issues possibles aux expérimentations prévu par l'article 6 du projet de loi organique. »

⁴⁴⁶⁴ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

⁴⁴⁶⁵ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020 : « Une modification de la loi organique n'est pas nécessaire, dès lors que le cadre juridique actuel, qui découle notamment de la jurisprudence constitutionnelle, ne fait pas obstacle à ce que d'autres voies de sortie des expérimentations que celles qui sont mentionnées à l'article LO. 1113-6 du CGCT soient mises en œuvre. »

⁴⁴⁶⁶ Ibid. Rapp. Sénat n° 82 : « le Gouvernement nous présente aujourd'hui un texte au souffle court, si je puis dire » (Mme Françoise Gatel, rapporteur), « Je remercie les rapporteurs de leur excellent travail. Ce texte a le souffle court en effet » (M. André Reichardt), « Sur la forme, je souscris à vos propos, ce texte manque de souffle ou, à tout le moins, son ambition est relativement limitée » (M. Mathieu Darnaud, rapporteur).

⁴⁴⁶⁷ Ibid. Rapp. Sénat n° 82.

⁴⁴⁶⁸ Ibid. Rapp. Sénat n° 82.

⁴⁴⁶⁹ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

⁴⁴⁷⁰ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

⁴⁴⁷¹ Ibid. Rapp. Sénat n° 82.

Pour donner suite à diverses sollicitations, l'abandon fut maintenu dans la liste de l'article LO. 1113-6. En troisième lieu, l'objectif serait de « permettre aux collectivités territoriales de différencier, sous certaines conditions et dans le respect du principe d'égalité, les normes qui régissent l'exercice de leurs compétences »⁴⁴⁷². Si pour certains, « ces nouvelles solutions constituent une première brique de la différenciation pour les collectivités territoriales »⁴⁴⁷³, d'autres s'accordent à dire que l'article 6 de la loi organique ne met pas en place la différenciation territoriale tant espérée⁴⁴⁷⁴. La Commission des lois affirme à cet égard que si l'exposé des motifs de la réforme affirme que cela permettra d'« illustrer le principe de différenciation territoriale », « ce serait [...] attribuer au projet de loi organique une portée qu'il n'a pas »⁴⁴⁷⁵. Elle rappelle que « sans révision constitutionnelle, les différences de traitement doivent se justifier par un motif d'intérêt général ou des différences de situation objective entre les territoires, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et ne pourront se fonder sur la volonté des collectivités territoriales »⁴⁴⁷⁶. Dans le champ de la différenciation, cette loi organique ne serait donc que de la poudre aux yeux dans l'attente d'une réforme constitutionnelle consacrant la différenciation territoriale⁴⁴⁷⁷. L'argument selon lequel cette loi organique vise à renforcer l'attractivité de l'expérimentation-dérogation semble donc le seul à avoir véritablement conduit à l'adoption de celle-ci. L'objectif de la loi, d'autant plus si celle-ci est organique, est-il simplement de faire la promotion d'un mécanisme existant ?

457. - Législateur ordinaire : consécration du droit à la différenciation à Droit constitutionnel constant illusoire en 2022.

Le projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (3DS) déposé au Sénat le 12 mai 2021 vise notamment à « donner une plus grande effectivité à la différenciation territoriale en consacrant son principe par la loi »⁴⁴⁷⁸. L'étude d'impact du projet de loi souligne que cela permettrait au législateur « dans

⁴⁴⁷² Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

⁴⁴⁷³ Zignani G., Différenciation territoriale : enfin le bon texte ?, Gaz. Cnes. 2020.

⁴⁴⁷⁴ Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution : « ce projet de loi organique ne permettra pas une différenciation accrue par rapport à ce qui est aujourd'hui possible », Mme Dominique Vérien « Merci pour votre rapport qui nous éclaire, notamment sur les limites du projet de loi organique. Si l'expérimentation est la bienvenue, la différenciation que nous appelons de nos vœux n'est pas encore à l'ordre du jour. Il nous faut attendre la loi 3D et un hypothétique volet constitutionnel » (Mme Françoise Gatel, rapporteur)

⁴⁴⁷⁵ Senat.fr, Travaux parlementaires, Rapports législatifs, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

⁴⁴⁷⁶ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020.

⁴⁴⁷⁷ Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020 : « Je remercie les rapporteurs de leur excellent travail. Ce texte a le souffle court en effet. Nous pouvons nous satisfaire de la simplification de la procédure. En revanche, permettez à l'Alsacien que je suis de vous dire que le compte n'y est pas pour ce qui concerne la différenciation. Certes, tout n'est pas possible en matière de différenciation, mais quand même... Dans l'attente du fameux projet 3D, qui sera peut-être déposé en janvier prochain ou au premier semestre à tout le moins, ce texte est un pis-aller » (M. André Reichardt) ; Rapp. Sénat n° 82, op. cit. p. 5 et s. : « Ce texte permet une simplification du recours aux expérimentations locales et prévoit de nouvelles issues au terme de celles-ci. Il ne s'agit toutefois que d'ajustements essentiellement techniques, qui ne sont pas de nature à consacrer un véritable droit à la différenciation. Une révision constitutionnelle serait pour ce faire nécessaire, à l'image de celle portée par l'article 3 de la proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales, adoptée par le Sénat le 20 octobre 2020 » ; Ibid. Étude d'impact, 23 juill. 2020 : « Alors que nous examinons la semaine dernière une réforme d'ampleur du droit des collectivités territoriales, au travers des propositions de loi organique et constitutionnelle issues des cinquante propositions formulées par le groupe de travail oecuménique constitué sur l'initiative du président du Sénat, qui visait à donner un nouvel élan aux libertés locales et à consacrer la pleine reconnaissance des responsabilités locales, le Gouvernement nous présente aujourd'hui un texte au souffle court, si je puis dire. Il s'agit de simplifier le recours aux expérimentations locales et de prévoir explicitement de nouvelles issues au terme de l'expérimentation. » (Mme Françoise Gatel, rapporteur)

⁴⁴⁷⁸ Ibid. Étude d'impact, 11 mai 2021.

un cadre juridique clair et sécurisé [d'adapter], en fonction des volontés locales et dans le respect du principe d'égalité, les règles d'attribution et d'exercice des compétences des collectivités territoriales aux particularités locales »⁴⁴⁷⁹.

Après des désaccords palpables lors des premières lectures au Sénat et à l'Assemblée nationale, les deux chambres finissent par s'accorder lors de la Commission paritaire du 31 janvier 2022. Le projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale alors établi comporte un Titre Premier relatif à la différenciation territoriale⁴⁴⁸⁰. Le premier article du projet prévoit notamment la création d'un article L. 1111-3-1 rédigé ainsi : « Dans le respect du principe d'égalité, les règles relatives à l'attribution et à l'exercice des compétences applicables à une catégorie de collectivités territoriales peuvent être différenciées pour tenir compte des différences objectives de situations dans lesquelles se trouvent les collectivités territoriales relevant de la même catégorie, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit proportionnée et en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »⁴⁴⁸¹. Prévue à droit constitutionnel constant, à l'instar de la loi organique du 19 avril 2021⁴⁴⁸², cette disposition à « faible normativité »⁴⁴⁸³ ne révolutionne pas le champ des possibles en matière de différenciation. Il a cependant le mérite de le clarifier, peut-être même plus que la loi organique du 19 avril 2021⁴⁴⁸⁴. En effet, il se distingue de cette dernière de deux points de vue. En premier lieu, le projet de loi 3DS établit que le champ de la différenciation est plus vaste que celui explicité dans la loi organique du 19 avril 2021. En effet, cette dernière ne traitait que des différenciations mises en place à l'issue des expérimentations fondées sur le quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution. En second lieu, elle permet de rendre plus concret le droit à la différenciation, notamment en prévoyant la mise en place d'une expérimentation d'un droit de préemption sur les transferts de propriétés bâties ou non bâties sur le territoire de la collectivité de Corse en vue d'une éventuelle différenciation⁴⁴⁸⁵.

2. Différenciation à l'aune d'une réforme constitutionnelle : une consécration incertaine

458. - La possible constitutionnalisation du droit à la différenciation.

L'Assemblée nationale, dans le cadre de la Mission Flash sur la réforme des institutions, préconise de « faire de la prise en compte des spécificités des territoires dans les lois et règlements une obligation constitutionnelle et [de] permettre aux collectivités d'adapter certaines normes à leurs spécificités »⁴⁴⁸⁶. Pour ce faire, elle propose de « compléter l'article 72, alinéa 4 de la Constitution et modifier l'article LO 1113-6 du code général des collectivités territoriales pour prévoir que les expérimentations

⁴⁴⁷⁹ Ibid. Étude d'impact, 11 mai 2021.

⁴⁴⁸⁰ Projet de loi n° 4978 et n° 423, 31 janv. 2022.

⁴⁴⁸¹ Ibid. Projet de loi n° 4978 et n° 423.

⁴⁴⁸² L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

⁴⁴⁸³ CE, avis, 6 mai 2021, n° 402412, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique.

⁴⁴⁸⁴ Ibid. L. org. n° 2021-467.

⁴⁴⁸⁵ Projet de loi n° 4978 et n° 423, 31 janv. 2022, art. 1er ter A : « Dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport sur le phénomène de spéculation foncière et de spéculation immobilière en Corse et sur les moyens de différenciation disponibles pour y faire face, notamment en permettant à la collectivité de Corse d'instaurer, à titre expérimental pour une durée de cinq ans, un droit de préemption sur les transferts de propriétés bâties ou non bâties sur le territoire de la collectivité de Corse ».

⁴⁴⁸⁶ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 26 et s.

peuvent, à leur terme [...] être maintenues pour tout ou partie des collectivités expérimentatrices et, le cas échéant, étendues à d'autres collectivités qui n'avaient pas participé à l'expérimentation et qui en émettraient le souhait »⁴⁴⁸⁷. Le Conseil d'État s'est également prononcé à plusieurs reprises en faveur d'une réforme constitutionnelle consacrant la différenciation comme issue de l'expérimentation⁴⁴⁸⁸. Il considère que celle-ci permettrait de « rendre plus attractives les expérimentations de l'article 72 alinéa 4 », de « stimuler l'innovation des collectivités territoriales » et de « donner davantage de responsabilités aux élus dans l'exercice de leurs compétences »⁴⁴⁸⁹. Ainsi, outre la modification du cadre juridique de l'expérimentation et de la différenciation à droit constitutionnel constant, le Conseil d'État dans son rapport relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques propose de « rendre plus attractives ces expérimentations dans le cadre d'un article 72 de la Constitution modifié pour reconnaître un droit à la différenciation dans l'exercice des compétences des collectivités territoriales »⁴⁴⁹⁰. Il évoque ainsi une modification de l'article 72 de la Constitution, accompagnée d'une évolution de la loi organique du 1^{er} août 2003, afin de préciser que l'issue de l'expérimentation peut « consister à ne maintenir la ou les mesures prises à titre expérimental que dans la collectivité territoriale expérimentatrice ainsi que, le cas échéant, dans d'autres collectivités territoriales le demandant »⁴⁴⁹¹.

Pour le Conseil d'État, cette réforme constitutionnelle serait cumulative avec l'évolution du droit à l'expérimentation à droit constant précédemment évoquée. Ainsi, outre les trois issues mises en place en 2003 (généralisation, abandon et reconduction), les deux proposées par le Conseil d'État à droit constitutionnel constant (généralisation uniquement dans une partie des collectivités territoriales et modification des dispositions législatives régissant l'exercice de la compétence objet de l'expérimentation), une sixième issue serait possible. Il s'agirait « [du] maintien et [de] la pérennisation des mesures prises à titre expérimental dans tout ou partie des collectivités ayant participé à l'expérimentation ainsi que, le cas échéant, leur extension à d'autres collectivités n'ayant pas participé à l'expérimentation, mais souhaitant l'appliquer »⁴⁴⁹².

459. - Constitutionnalisation du droit à la différenciation : une consécration inaboutie.

Le vœu politique de renforcer la différenciation territoriale, alimenté des études juridiques à ce sujet⁴⁴⁹³, a conduit le pouvoir constituant à se saisir de la question de la différenciation. Après pas moins de quatre tentatives, ce rêve girondin n'est pas encore devenu réalité dans une France encore relativement jacobine. La première figure dans le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace déposé le 9 mai 2018⁴⁴⁹⁴ qui consacre « le droit des collectivités territoriales à déroger au droit commun pour la prise en compte de leurs spécificités »⁴⁴⁹⁵. Outre des dispositions spécifiques à la Corse⁴⁴⁹⁶ et aux départements et régions d'outre-mer⁴⁴⁹⁷, ce projet prévoit

⁴⁴⁸⁷ Ibid. Rapp. AN n° 912.

⁴⁴⁸⁸ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651 ; CE, avis, 20 juin 2019, n° 397908 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit. p. 77 et s. ; CE, avis, 3 mai 2018, n° 394658 ; CE, avis, 20 juin 2019, n° 397908.

⁴⁴⁸⁹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit.

⁴⁴⁹⁰ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁹¹ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁹² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁴⁹³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019 ; CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁴⁹⁴ Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018.

⁴⁴⁹⁵ Rapp. AN n° 911, 4 juill. 2018, pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

⁴⁴⁹⁶ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 911.

⁴⁴⁹⁷ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 911.

à son article 15⁴⁴⁹⁸ « pour l'ensemble des collectivités (...) un double droit à la différenciation statutaire et matérielle »⁴⁴⁹⁹. La différenciation statutaire permettrait à la loi d'accorder « à certaines collectivités territoriales des compétences, en nombre limité, dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie »⁴⁵⁰⁰. La différenciation matérielle consiste pour sa part à autoriser, par voie législative ou réglementaire, les collectivités territoriales ou leurs groupements à déroger, pour un objet limité, à la loi ou au règlement dans leur domaine de compétence. L'exposé des motifs précise sur ce dernier point que « cette différenciation pourrait être précédée d'une expérimentation si cette option était pertinente »⁴⁵⁰¹. Déposé le 9 mai 2018, ce projet de loi constitutionnelle était en première lecture à l'Assemblée nationale en juillet 2018⁴⁵⁰² lorsque l'affaire Benalla fit trembler l'hémicycle⁴⁵⁰³. Les discussions étant alors bloquées, le Gouvernement décida de reprogrammer l'examen des textes à l'hiver 2018⁴⁵⁰⁴. C'était sans compter sur les oppositions entre le Gouvernement et les gilets jaunes qui conduisirent Benjamin Griveaux à annoncer à la mi-décembre que la réforme constitutionnelle était suspendue dans l'attente des retours du grand débat.

Domme collatéral⁴⁵⁰⁵ de l'affaire Benalla puis de la crise des gilets jaunes, ce texte sera finalement retiré le 29 août 2019 pour laisser place au projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique⁴⁵⁰⁶. À l'instar du projet de loi de 2018 et dans des termes identiques, ce nouveau projet de loi introduit un droit à la différenciation entre collectivités territoriales, la reconnaissance des particularités de la Corse et l'élargissement des marges ouvertes aux collectivités d'outre-mer »⁴⁵⁰⁷. La proposition de loi constitutionnelle pour le renforcement des libertés locales déposée au Sénat le 1er octobre 2019⁴⁵⁰⁸ lui enjambe le pas. Proposant à son tour la mise en place d'une différenciation territoriale, elle s'inspire notamment de la proposition de loi constitutionnelle tendant à assurer la représentation équilibrée des territoires déposée au Sénat le 19 décembre 2014⁴⁵⁰⁹, reprenant les dispositifs alors adoptés par le Sénat sur la représentation équitable des territoires, ainsi que du projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative et de celui pour un renouveau de la vie démocratique⁴⁵¹⁰. Restés en suspend alors que la pandémie de Covid-19 était devenue une priorité pour le Gouvernement et le Parlement à partir de mars 2020, le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique⁴⁵¹¹ et la proposition de loi constitutionnelle pour le renforcement des libertés locales déposée au Sénat le 1er octobre 2019⁴⁵¹² n'aboutiront pas. Une démarche de concertation avec les élus locaux avait également été annoncée en janvier 2020⁴⁵¹³ afin de co-construire

⁴⁴⁹⁸ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 911.

⁴⁴⁹⁹ Ibid. Rapp. AN n° 911.

⁴⁵⁰⁰ Ibid. Rapp. AN n° 911.

⁴⁵⁰¹ Ibid. Rapp. AN n° 911.

⁴⁵⁰² Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 911.

⁴⁵⁰³ Siraud M., Après l'affaire Benalla, la révision constitutionnelle menacée, *LeFigaro.fr*, 1 août 2018.

⁴⁵⁰⁴ *Lefigaro.fr*, Retardée par l'affaire Benalla, la réforme constitutionnelle sera de retour au Parlement cet hiver, 5 sept. 2018.

⁴⁵⁰⁵ Vignal F., Gilets jaunes : la réforme de la Constitution pourrait ne pas reprendre avant mars, *Publicsenat.fr*, 2018.

⁴⁵⁰⁶ Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019.

⁴⁵⁰⁷ CE, avis, 20 juin 2019, n° 397908.

⁴⁵⁰⁸ Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019.

⁴⁵⁰⁹ Proposition de loi constitutionnelle n° 208, 19 déc. 2014.

⁴⁵¹⁰ Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019.

⁴⁵¹¹ Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 2203.

⁴⁵¹² Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019.

⁴⁵¹³ *Vie-publique.fr*, Discours, Déclaration de Mme Jacqueline Gourault, ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, sur l'élaboration du projet de loi "décentralisation, différenciation et déconcentration", à Arras le 6 janvier 2020.

la redéfinition des relations entre l'État et les collectivités territoriales, mais elle aussi a été mise à mal par la pandémie de Covid-19.

Les difficultés à mener à bien ces projets et propositions n'altèrent en rien la volonté du pouvoir constituant de sacraliser la différenciation. Tout au contraire. Puisqu'elle fut encouragée par le Conseil d'État, soutenue par le Gouvernement⁴⁵¹⁴ et défendue par le Parlement⁴⁵¹⁵, cette réforme semblait devoir être poursuivie. La gestion de la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 lui donne d'ailleurs un souffle nouveau, notamment en « [mettant] en lumière le faible niveau d'adaptation pratique, c'est-à-dire l'absurdité des restrictions uniformes du gouvernement sur tout le territoire – à tout le moins lorsqu'au printemps [2020] les ravages de l'épidémie le frappaient très inégalement »⁴⁵¹⁶. Bertrand Faure, Professeur de Droit public, affirme à cet égard que « les temps que nous vivons incitent aux examens de conscience à propos de la généralité de la règle »⁴⁵¹⁷. La proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales déposée le 29 juillet 2020⁴⁵¹⁸ marque donc le quatrième essai de constitutionnalisation du droit à la différenciation territoriale. Un des quatre grands objectifs poursuivis par cette proposition de loi constitutionnelle, ainsi que par la proposition de loi organique qui l'accompagne⁴⁵¹⁹, est d'« adapter les compétences des collectivités aux réalités locales »⁴⁵²⁰. Plusieurs dispositions s'inscrivent dans ce cadre⁴⁵²¹, notamment l'article 3 de la proposition de loi constitutionnelle qui « vise à créer les conditions d'un droit à la différenciation pour les collectivités territoriales, tout en respectant l'unité du territoire national »⁴⁵²². Comme le précise le rapport de la Commission des lois au Sénat, ce droit « recouvrerait deux réalités différentes », à savoir « la différenciation des règles régissant l'exercice d'une compétence, et la différenciation des compétences attribuées à des collectivités relevant d'une même catégorie »⁴⁵²³. Pourtant cette tentative de réforme constitutionnelle en faveur de la consécration d'un droit à la différenciation territoriale restera également inaboutie. Cantonnée au niveau du législateur organique et du législateur ordinaire, la consécration de la différenciation territoriale n'a donc pas encore la portée que l'on voulut lui attribuer. Sera-t-elle un enjeu majeur du prochain mandat ou les réformes mises en place à droit constitutionnel constant seront-elles jugées suffisantes ?

⁴⁵¹⁴ Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018 ; Ibid. Projet de loi constitutionnelle n° 2203.

⁴⁵¹⁵ Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019 ; Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020.

⁴⁵¹⁶ Faure B., Différenciation des normes : jeu de dupes, RFDA 2021.

⁴⁵¹⁷ Ibid. Faure B.

⁴⁵¹⁸ Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 4 ; Ibid. Proposition de loi constitutionnelle n° 682.

⁴⁵¹⁹ Senat.fr, Travaux parlementaires, Proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales.

⁴⁵²⁰ Ibid. Senat.fr.

⁴⁵²¹ Ibid. Senat.fr : « en renforçant le pouvoir réglementaire local (art. 2 et 3 de la PPLC), en permettant aux collectivités et à leurs groupements de déroger aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences (art. 3 de la PPLC), en constitutionnalisant la clause de compétence générale des communes (art. 4 de la PPLC), en permettant au législateur d'attribuer des compétences différentes aux communes, aux départements et aux régions (art. 3 de la PPLC) et en améliorant l'évaluation des effets des projets de loi sur les collectivités territoriales (art. 1er de la PPLO) »

⁴⁵²² Ibid. Senat.fr.

⁴⁵²³ Ibid. Rapp. Sénat n° 48.

§2. Droit à la différenciation : outil juridique relativement inadapté aux territoires d'intelligences

La différenciation territoriale soulève de nombreuses questions sur le plan juridique, notamment en ce qui concerne sa conformité avec des principes à valeur constitutionnelle⁴⁵²⁴. Elles ne seront pas l'objet du paragraphe ci-dessous qui tâchera de répondre à la question suivante : dans quelle mesure la différenciation est-elle une issue pertinente de l'expérimentation au sein des territoires d'intelligences ? Si la différenciation présente des atouts certains sur le plan du pragmatisme territorial, elle doit cependant être accompagnée de garde-fous pour ne pas porter atteinte à ce dernier (A.). En ce qui concerne d'autres spécificités des territoires d'intelligences, particulièrement la participation citoyenne et le lien fort du Droit qui l'entoure avec l'Union européenne, la différenciation territoriale semble moins pertinente (B.)

A. Un outil juridique potentiellement au service du pragmatisme territorial

En ce qu'il permet d'adapter les règles aux spécificités des territoires, le droit à l'expérimentation semble au service du pragmatisme territorial. Afin d'atteindre cet objectif, il nécessite cependant la mise en place de garde-fous (1.). Si le principe d'égalité semble être le principal mur séparant pragmatisme territorial et considérations contingentes, de circonstances ou politiques, il apparaît cependant insuffisant (2.).

1. Un outil au service du pragmatisme territorial nécessitant des garde-fous

460. - Différenciation : potentiel outil au service du pragmatisme territorial.

Les trois avantages attendus d'une réforme permettant la différenciation des compétences mis en lumière par le Conseil d'État en 2017 visent au pragmatisme territorial. Le premier est de « renforcer la démocratie locale et [de] permettre aux collectivités territoriales d'exercer leurs compétences avec une plus grande efficacité grâce aux responsabilités supplémentaires données aux élus pour innover et adapter leur action aux réalités des territoires et aux besoins de la population et de l'économie »⁴⁵²⁵. Il rappelle d'ailleurs cet objectif dans son avis sur le projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution⁴⁵²⁶.

⁴⁵²⁴ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit. p. 77 et s.

⁴⁵²⁵ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁵²⁶ CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490 « donner davantage de responsabilités et de marges de manœuvre aux collectivités territoriales pour innover et adapter leur action aux réalités de leur territoire ainsi qu'aux besoins de la population et de l'économie et exercer davantage leur pouvoir réglementaire »

Le deuxième est d'être « de nature à donner son effectivité au principe [d'adéquation] énoncé au deuxième alinéa de l'article 72 »⁴⁵²⁷. Prévu à l'article 5 de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003⁴⁵²⁸, ce principe prévoit que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »⁴⁵²⁹. Incarnation du caractère décentralisé de la République⁴⁵³⁰, ce principe novateur⁴⁵³¹ « [oblige] désormais à rechercher le niveau le plus adéquat pour l'exercice d'une compétence »⁴⁵³². La constitutionnalisation de l'expérimentation juridique visait notamment à faciliter la concrétisation du principe d'adéquation⁴⁵³³ et la différenciation des compétences s'inscrirait dans sa lignée.

Le troisième avantage mis en lumière par le Conseil d'État tient aux synergies possibles avec l'expérimentation. Il souligne à cet égard que « les initiatives des élus, permises par cette plus grande souplesse, pourraient être associées à des expérimentations, qui permettraient à leur tour, après évaluation, d'améliorer les lois régissant l'exercice des compétences des collectivités territoriales »⁴⁵³⁴.

En ce qui concerne la possibilité de différencier les règles applicables à l'exercice des compétences, elle peut également présenter un intérêt du point de vue du pragmatisme territorial. Interrogé par le Gouvernement sur une disposition qui compléterait la Constitution en ce sens⁴⁵³⁵, le Conseil d'État a considéré que cette dernière « donnerait davantage de libertés et de responsabilités aux collectivités territoriales pour mener une action plus efficace, grâce à des marges de manœuvre accrues, pour innover et pour adapter les lois et règlements qui régissent l'exercice de leurs compétences aux réalités des territoires »⁴⁵³⁶.

461. - Le risque de transferts de compétences reposant sur des considérations contingentes, de circonstances ou politiques.

S'il souligne l'intérêt de la différenciation des compétences, le Conseil d'État ne manque pas d'alerter sur les risques qu'elle peut entraîner⁴⁵³⁷. Le premier qu'il met en avant est « celui de transferts de compétences reposant sur des considérations contingentes ou de circonstance, voire purement politiques »⁴⁵³⁸. Pour s'en prémunir, il préconise « de fixer dans la loi des critères objectifs, garantissant que ces transferts se feraient au profit de l'échelon propre à permettre une plus grande efficacité de l'action des collectivités territoriales, au meilleur coût, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales et de la règle de l'article 72 selon laquelle aucune collectivité ne peut exercer une tutelle sur l'autre »⁴⁵³⁹. Les textes ayant vocation à mettre en place une différenciation territoriale en l'absence de réforme constitutionnelle n'apportent cependant aucune précision de ce

⁴⁵²⁷ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁵²⁸ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003, art. 5.

⁴⁵²⁹ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4.

⁴⁵³⁰ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 85.

⁴⁵³¹ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁵³² Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁵³³ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁵³⁴ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁵³⁵ La disposition est la suivante : « Sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁵³⁶ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

⁴⁵³⁷ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017 ; Le Chatelier G., La différenciation entre collectivités territoriales : le Conseil d'État définir la marche à suivre par le gouvernement, AJCT 2018.

⁴⁵³⁸ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

⁴⁵³⁹ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

type. L'article 6 de la loi organique du 19 avril 2021⁴⁵⁴⁰, qui met en place une différenciation des compétences, et le projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale⁴⁵⁴¹ se contentent de conditionner le droit à la différenciation « au respect du principe d'égalité »⁴⁵⁴².

Le second risque mis en lumière par le Conseil d'État est « celui de la complexité de l'organisation des compétences des collectivités territoriales, dès lors qu'à la complexité de la répartition des compétences entre catégories de collectivités territoriales s'ajouterait celle tenant à l'existence de compétences différenciées entre collectivités relevant d'une même catégorie »⁴⁵⁴³. Celle-ci peut rendre l'action des collectivités territoriales « peu lisible » et peut représenter un coût important⁴⁵⁴⁴.

2. Le principe d'égalité : un garde-fou insuffisant

462. - Le principe d'égalité : garant du respect de l'objectif de pragmatisme territorial.

Comme l'écrivait Guy Carcassonne, « la révolution s'est faite et la nation s'est construite sur une équation simple et juste en 1789 : l'unité exige l'égalité, l'égalité exige l'uniformité. C'était juste en 1789, c'est faux en 2000. En 2000, l'unité exige toujours l'égalité, mais l'égalité n'exige plus du tout l'uniformité »⁴⁵⁴⁵. Si l'égalité n'implique pas nécessairement l'uniformité⁴⁵⁴⁶, des différenciations ne conduisent pas nécessairement à une rupture d'égalité⁴⁵⁴⁷. Cette idée a notamment permis la mise en place du droit à l'expérimentation dans le système juridique français et de différenciations des compétences et des nomes comme celles évoquées au §1. A. de la présente section.

Le Conseil d'État⁴⁵⁴⁸ et le Conseil constitutionnel⁴⁵⁴⁹ considèrent que « le principe d'égalité ne peut s'appliquer qu'à des situations comparables, des différences de situation ou un motif d'intérêt général pouvant justifier une différence de traitement »⁴⁵⁵⁰. En appliquant le principe d'égalité à la différenciation territoriale, on s'assure donc qu'une différence de situation justifie d'une différence de traitement. Le principe d'égalité pourrait être le garant d'une différenciation pragmatique, réaliste et préservée du « risque de transferts de compétences reposant sur des considérations contingentes, de circonstances ou politiques »⁴⁵⁵¹. Protégeant de l'arbitraire, il n'est pas étonnant que le respect du principe d'égalité ait été rappelé dans le cadre de la différenciation mise en place par le législateur

⁴⁵⁴⁰ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021, art. 6.

⁴⁵⁴¹ Projet de loi n° 4406, 12 mai 2021.

⁴⁵⁴² Ibid. L. org. n° 2021-467 ; Projet de loi n° 4406, 12 mai 2021.

⁴⁵⁴³ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁵⁴⁴ Ibid. CE, avis.

⁴⁵⁴⁵ Zarca A., *Egalité et territorialisation du pouvoir normatif*, op. cit.

⁴⁵⁴⁶ CE, 10 mai 1974, n° 88032 88148, Denoyez et Chorques ; Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC ; Cons. const., 11 oct. 2018, n° 2018-738 QPC ; Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC ; Dauphin L., *Collectivités territoriales et expérimentation*, op. cit. ; CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651 ; Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 77 et s.

⁴⁵⁴⁷ Étude d'impact, 11 mai 2021, *Projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale*.

⁴⁵⁴⁸ CE, 10 mai 1974, n° 88032 88148, Denoyez et Chorques.

⁴⁵⁴⁹ Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC ; Cons. const., 6 mai 1991, n° 91-291 DC ; Cons. const., 11 oct. 2018, n° 2018-738 QPC.

⁴⁵⁵⁰ Dauphin L., *Collectivités territoriales et expérimentation*, op. cit. p. 68.

⁴⁵⁵¹ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

organique en 2021⁴⁵⁵² et par le législateur ordinaire avec le projet de loi 3DS⁴⁵⁵³. Néanmoins, ces dispositions ne font que traduire dans des lois organique et ordinaire « un principe et son interprétation qui ont valeur constitutionnelle »⁴⁵⁵⁴.

À l'aune d'une constitutionnalisation de la différenciation territoriale, la situation pourrait être sensiblement différente. Pour Benjamin Morel, Maître de conférences en Droit public, la constitutionnalisation de la différenciation territoriale « lève l'obligation faite au législateur d'invoquer une situation particulière (transfrontalière pour la collectivité européenne d'Alsace en cours d'examen devant le Parlement) pour justifier un régime particulier »⁴⁵⁵⁵. L'inscription dans la Constitution de la différenciation n'annihilerait probablement pas en elle-même le respect du principe d'égalité, mais créerait certainement, comme ce fut le cas pour l'expérimentation après la réforme constitutionnelle de 2003⁴⁵⁵⁶, un nouvel équilibre entre principe d'égalité et principe de différenciation. Ce dernier pourrait conduire à un contrôle insuffisant des différenciations mises en place et exposer à un Droit à géométrie variable de manière injustifiée.

463. - La délicate appréciation du respect du principe d'égalité dans le cadre de la différenciation.

Dans le cadre de leur analyse de la loi organique du 19 avril 2021⁴⁵⁵⁷, Laetitia Janicot et Michel Verpeaux, Professeurs de Droit public, évoquent deux interrogations soulevées par la mise en place de nouvelles issues au droit à l'expérimentation⁴⁵⁵⁸. La première « renvoie au principe d'égalité et aux conditions dans lesquelles il autorise une différenciation normative selon les collectivités territoriales »⁴⁵⁵⁹. Si le principe d'égalité n'interdit pas l'application de normes distinctes dans les cas où cela est justifié, pour un motif d'intérêt général ou pour traiter des situations différentes, les contours de son articulation avec la différenciation territoriale sont incertains. Il s'agit donc de savoir jusqu'où le principe d'égalité permet la territorialisation⁴⁵⁶⁰ et la différenciation. En effet, comme le rappellent Laetitia Janicot et Michel Verpeaux, « la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'égalité ne permet pas [...] d'identifier clairement, parmi toutes les différences de situation, c'est-à-dire les particularités culturelles, historiques, géographiques, économiques, sociales d'une collectivité territoriale ou d'un groupe de collectivités, celles qui seraient de nature à justifier qu'on leur applique une règle différente »⁴⁵⁶¹. Si le législateur organique⁴⁵⁶² et le législateur ordinaire⁴⁵⁶³ soulignent le nécessaire respect du principe d'égalité dans le cadre de la différenciation territoriale, cette mention n'était pourtant pas nécessaire sur le plan juridique⁴⁵⁶⁴ et un énoncé clair de « l'objectif que se donne

⁴⁵⁵² L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021, art. 6. « le maintien des mesures prises à titre expérimental dans les collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation, ou dans certaines d'entre elles, et leur extension à d'autres collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité »

⁴⁵⁵³ Projet de loi n° 4406, 12 mai 2021, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

⁴⁵⁵⁴ Janicot L., Verpeaux M., Réformer sans réviser, ADJA 2021.

⁴⁵⁵⁵ Forray J.-B., « La différenciation territoriale va faire la fortune des avocats » - Benjamin Morel, Gaz. cnes. 2019.

⁴⁵⁵⁶ JO n° 63, 22 nov. 2002, p. 141 et s.

⁴⁵⁵⁷ L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021.

⁴⁵⁵⁸ Ibid. Janicot L., Verpeaux M.

⁴⁵⁵⁹ Ibid. Janicot L., Verpeaux M.

⁴⁵⁶⁰ Zarca A., Egalité et territorialisation du pouvoir normatif, op. cit.

⁴⁵⁶¹ Ibid. Janicot L., Verpeaux M.

⁴⁵⁶² L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021, art. 6. « le maintien des mesures prises à titre expérimental dans les collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation, ou dans certaines d'entre elles, et leur extension à d'autres collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité »

⁴⁵⁶³ Projet de loi n° 4406, 12 mai 2021.

⁴⁵⁶⁴ CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490.

le législateur pour mieux tenir compte, dans le respect du principe d'égalité, des différences de situations »⁴⁵⁶⁵ aurait été le bienvenu⁴⁵⁶⁶. Ce principe et son interprétation ayant valeur constitutionnelle⁴⁵⁶⁷, il aurait été opportun que le Conseil constitutionnel apporte des précisions en ce qui concerne l'interprétation du principe d'égalité à l'aune du droit à la différenciation, particulièrement en ce qui concerne les différences de nature à justifier d'une différenciation de règle. Malheureusement, le Conseil constitutionnel est resté taiseux concernant « la manière dont le principe d'égalité doit s'appliquer au droit des collectivités territoriales »⁴⁵⁶⁸ dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi organique relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution⁴⁵⁶⁹.

La seconde interrogation, mise en lumière par Laetitia Janicot et Michel Verpeaux, « porte sur l'évaluation de l'expérimentation qui est essentielle pour s'assurer que la différenciation normative, qui sera en définitive introduite par le législateur, respecte le principe d'égalité »⁴⁵⁷⁰. L'évaluation est la clef de voûte de la réussite de l'expérimentation en ce qu'elle permet de déterminer des suites à donner à celle-ci. Cela est vrai pour le choix initial mis en place par le pouvoir constituant entre généralisation, abandon et reconduction comme pour une éventuelle différenciation. En ce qui concerne la différenciation, l'évaluation permettrait tant de déterminer si elle est une issue pertinente que des critères permettant d'identifier les territoires où il serait pertinent de pérenniser la norme expérimentée. Dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi organique relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a considéré que « le législateur ne saurait maintenir à titre pérenne des mesures prises à titre expérimental dans les seules collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation sans les étendre aux autres collectivités présentant les mêmes caractéristiques justifiant qu'il soit dérogé au droit commun »⁴⁵⁷¹. L'évaluation permettant notamment de déterminer les caractéristiques justifiant de la pérennisation locale de la dérogation, il est d'autant plus fondamental qu'elle soit réalisée efficacement. De ce point de vue, il est regrettable que la loi organique de 2021 ne contienne pas de disposition visant à renforcer l'évaluation de l'expérimentation⁴⁵⁷². En outre, comme le soulignent Laetitia Janicot et Michel Verpeaux, « l'expérimentation, en ce qu'elle est étroitement liée à l'évaluation, est ainsi une étape nécessaire de la différenciation »⁴⁵⁷³. Dès lors, décorrélérer la différenciation de l'expérimentation, comme l'envisageait le projet de loi constitutionnelle n° 2203 pour un renouveau de la vie démocratique⁴⁵⁷⁴, exposerait à une différenciation moins pragmatique.

⁴⁵⁶⁵ CE, avis, 6 mai 2021, n° 402412, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique : « Le Conseil d'État propose toutefois de modifier la rédaction de cette disposition. Il considère, d'une part, que celle-ci ne doit pas être conçue comme une explicitation du principe constitutionnel d'égalité appliqué à la loi, mais comme l'énoncé de l'objectif que se donne le législateur pour mieux tenir compte, dans le respect du principe d'égalité, des différences de situations, en vue de donner plus de souplesse au cadre de l'action des collectivités territoriales. »

⁴⁵⁶⁶ Senat.fr, Différenciation, décentralisation, déconcentration et simplification.

⁴⁵⁶⁷ Ibid. Janicot L., Verpeaux M.

⁴⁵⁶⁸ Ibid. Janicot L., Verpeaux M.

⁴⁵⁶⁹ Cons. const., 15 avr. 2021, n° 2021-816 DC.

⁴⁵⁷⁰ Ibid. Janicot L., Verpeaux M.

⁴⁵⁷¹ Ibid. Cons. const., 15 avr. 2021.

⁴⁵⁷² Janicot L., Verpeaux M., Réformer sans réviser, ADJA 2021.

⁴⁵⁷³ Ibid. Janicot L., Verpeaux M.

⁴⁵⁷⁴ Le Gouvernement, dans son projet de loi constitutionnelle n° 2203 pour un renouveau de la vie démocratique, rendait cette phase expérimentale facultative.

B. Un outil juridique difficilement déployable au sein des territoires d'intelligences

S'il peut potentiellement être mis au service du pragmatisme territorial, le droit à la différenciation s'avère peu adapté à d'autres spécificités des territoires d'intelligences. En premier lieu, la complexification du Droit qu'il peut entraîner risque de desservir la participation citoyenne (1.). En second lieu, alors que le législateur européen intervient de manière croissante sur des sujets liés aux territoires d'intelligences, la portée de la différenciation territoriale au sein des territoires d'intelligences est à relativiser (2.).

1. Différenciation et complexification du Droit : potentiel frein à la participation citoyenne

464. - Différenciation : complexification du Droit.

Alors qu'il alerte sur les risques que peut porter la différenciation des compétences, le Conseil d'État souligne qu'elle peut complexifier « l'organisation des compétences des collectivités territoriales »⁴⁵⁷⁵. Jacques Caillosse, professeur émérite en Droit public, prévient d'ailleurs que « plus on avance dans cette logique de différenciation, plus la relation entre l'État et les territoires va se complexifier avec de nouvelles notions qui vont émerger celle du territoire de l'État et celle des territoires des collectivités »⁴⁵⁷⁶.

Nicolas Kada souligne qu'avec la consécration de la différenciation territoriale, « le double principe de lisibilité et d'intelligibilité de la règle de droit, essentiel dans un État de droit, risque de s'en trouver amoindri »⁴⁵⁷⁷. Alors que la volonté de simplification du Droit est grandissante depuis plusieurs années, la consécration de la différenciation pourrait porter préjudice à l'effort mis en place dans ce cadre.

465. - Différenciation : délicate participation citoyenne.

Le Conseil d'État considère que la différenciation des compétences peut « renforcer la démocratie locale »⁴⁵⁷⁸. Pourtant, la complexification de l'organisation des compétences des collectivités territoriales que pourrait entraîner la différenciation peut amoindrir la participation citoyenne. Le Conseil d'État souligne d'ailleurs que cette complexité peut porter préjudice à l'électeur « lorsqu'il peine à identifier quelle collectivité ou quel élu a la responsabilité d'une action publique »⁴⁵⁷⁹. La Mission Flash sur l'expérimentation et la différenciation territoriale souscrit également à cette idée lorsqu'elle affirme que « la possibilité de différencier la répartition actuelle ne doit pas être un facteur supplémentaire de complexité pour les acteurs locaux et pour les citoyens »⁴⁵⁸⁰. La complexification de l'enchevêtrement des compétences des collectivités territoriales peut également porter préjudice au public

⁴⁵⁷⁵ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651 ; Le Chatelier G., La différenciation entre collectivités territoriales : le Conseil d'État définit la marche à suivre par le gouvernement, AJCT 2018.

⁴⁵⁷⁶ Denètre E., Droit à la différenciation territoriale : entre craintes et aspirations au changement, Le courrier des maires 2019.

⁴⁵⁷⁷ Adgcf.fr, Interview de Nicolas Kada, La différenciation territoriale : virage politique, mirage juridique, 23 juill. 2019.

⁴⁵⁷⁸ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

⁴⁵⁷⁹ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017 ; Ibid. Le Chatelier G.

⁴⁵⁸⁰ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 25.

des politiques publiques territoriales, notamment les particuliers, les entreprises et les associations « en compliquant l'entrée en relation avec le bon interlocuteur »⁴⁵⁸¹. Il est donc fondamental que la consécration de la différenciation territoriale soit accompagnée de mesures visant à « préserver l'effort de clarification des compétences engagé par le législateur ces dernières années »⁴⁵⁸². La différenciation normative, cantonnée aux règles relatives à l'exercice des compétences des collectivités⁴⁵⁸³, peut également être source d'insécurité juridique et entacher la participation citoyenne.

L'impact négatif de la différenciation, tant concernant l'attribution que l'exercice des compétences, sur la participation citoyenne peut être de deux ordres. En premier lieu, il peut appauvrir la participation citoyenne à l'échelle locale. Nicolas Kada considère d'ailleurs que « dès lors que toutes les collectivités territoriales d'une même catégorie n'exerceront plus les mêmes compétences en tout point du territoire, cela ne risque pas de faciliter la compréhension par les citoyens des interventions locales et du rôle de chacun dans un État décentralisé »⁴⁵⁸⁴. Cela peut se matérialiser tant par une participation citoyenne moins éclairée, et donc moins éclairante, que par un désengagement citoyen. Benjamin Morel estime à ce sujet que « la différenciation rend illisibles pour l'électeur les enjeux des élections locales », favorisant ainsi « l'abstention et le désengagement »⁴⁵⁸⁵. En second lieu, il peut rendre plus délicate la participation citoyenne au niveau national. En effet, si les règles d'une collectivité à une autre, il semble délicat de mettre en place des outils de participation citoyenne à l'échelle nationale dans des champs ayant fait l'objet de différenciation. Par exemple, une consultation nationale sur un sujet où les règles diffèrent d'une collectivité à une autre serait particulièrement délicate à mettre en place et les résultats risqueraient d'être altérés, ou tout au moins manquer de pertinence.

2. Différenciation et Droit européen : un outil relativement obsolète au sein des territoires d'intelligences

466. - Différenciation relative à l'attribution des compétences et Droit européen.

Les questions juridiques liées aux territoires d'intelligences étant traitées de manière croissante par le législateur européen, notamment en ce qui concerne les nouvelles technologies et la protection de l'environnement, son articulation avec le Droit européen doit être évoquée. La différenciation de l'attribution de compétences, touchant au Droit des collectivités territoriales mis en place par le pouvoir constituant et le législateur français, est tenue à distance du législateur communautaire.

En effet, « cette différenciation pourrait résulter de transferts de compétences entre collectivités appartenant à des catégories différentes, mais aussi de transferts de compétences de l'État »⁴⁵⁸⁶, elle ne saurait porter sur des compétences de l'Union européenne. Tout du moins, pas sur des compétences

⁴⁵⁸¹ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

⁴⁵⁸² Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

⁴⁵⁸³ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 26.

⁴⁵⁸⁴ Adgcf.fr, Interview de Nicolas Kada, La différenciation territoriale : virage politique, mirage juridique, 23 juill. 2019.

⁴⁵⁸⁵ Morel B., Le droit à la différenciation, les dangers d'une révision constitutionnelle, Fondation-res-publica.org, 2019.

⁴⁵⁸⁶ Rapp. AN n° 912, op. cit., p. 24.

exclusives de l'Union européenne⁴⁵⁸⁷. Une différenciation impliquant un transfert de l'État de compétences qu'il a dans des domaines où l'Union européenne a compétences partagées⁴⁵⁸⁸ ou d'appui⁴⁵⁸⁹ peut être évoquée, mais ne semble pas sérieusement envisageable.

467. - Différenciation relative à l'exercice des compétences et Droit européen.

La question est sensiblement différente en ce qui concerne la différenciation des normes. Celle-ci est cantonnée à la différenciation relative à l'exercice des compétences des collectivités territoriales. Rappelons le sens de l'exercice de compétences : « caractère obligatoire ou non de la compétence, étendue de cette compétence, intervention de certains opérateurs, règles de procédure, marge d'appréciation de l'autorité compétente, ou encore règles de fond applicables aux actes relevant de la compétence de la collectivité locale »⁴⁵⁹⁰. Ainsi, « des critères démographiques, ou sociaux peuvent se combiner avec un critère géographique pour imposer, dans l'exercice de leurs compétences, des obligations particulières à certaines communes et non à d'autres »⁴⁵⁹¹. À titre d'exemple, la loi du 13 décembre 2000⁴⁵⁹² dispense « les communes non urbanisées, les communes isolées, ainsi que les petites communes de l'obligation des communes de disposer d'au moins 20 % de logements sociaux, en raison de leur situation différente des autres communes au regard de l'objet de cette obligation »⁴⁵⁹³. Les règles de compétences étant fixées par l'État, le Droit européen n'interviendrait évidemment pas en la matière.

Cependant, le législateur européen intervenant de manière croissante dans des domaines clefs des territoires d'intelligences, les règles qu'il a fixées peuvent limiter l'aménagement aux spécificités territoriales des règles régissant l'exercice des compétences. On pourrait par exemple imaginer que certaines règles relatives à l'exercice des compétences en matière environnementale fassent l'objet de différenciation. Si le législateur européen intervient précisément sur le sujet en question en établissant une même exigence à l'échelle communautaire, elle ne pourra pas être modulée selon les spécificités territoriales françaises.

Section 3. Rapprochement avec l'Union européenne : une pratique envisageable adaptée aux territoires d'intelligences

Constatant l'importance du Droit européen au sein des territoires d'intelligences et les limites que ce dernier peut représenter pour la mise en place d'expérimentations, un rapprochement de l'expérimentation et du Droit européen peut être envisagé. Celui-ci pourrait consister en une institutionnalisation des expérimentations nationales en Droit européen, par exemple sous forme « d'appels à expérimentations » sur les sujets où le législateur européen souhaite intervenir. Il pourrait alors s'appuyer

⁴⁵⁸⁷ Traité FUE, art. 2 et 3.

⁴⁵⁸⁸ Traité FUE, loc. cit. art. 2 et 4.

⁴⁵⁸⁹ Traité FUE, loc. cit. art. 2 et 6.

⁴⁵⁹⁰ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651.

⁴⁵⁹¹ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

⁴⁵⁹² L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000.

⁴⁵⁹³ Ibid. CE, avis, 7 déc. 2017.

sur ces initiatives nationales pour construire pragmatiquement les normes communautaires. Les expérimentations nationales seraient alors une forme d'évaluation *ex ante* de la norme européenne. Ce rapprochement pourrait même aller plus loin et se matérialiser par la mise en place d'expérimentations portées par l'Union européenne, qui pourraient alors permettre à un État membre de déroger au Droit européen pour une durée limitée, en vue d'une évaluation qui permettra de déterminer l'avenir de la mesure expérimentée. Si le rapprochement de l'expérimentation avec l'Union européenne semble être une démarche pertinente (§1.), sa mise en place semble relativement complexe (§2.).

§1. Rapprochement avec l'Union européenne : une démarche pertinente

La pratique expérimentale gagne du terrain en Europe, tant au sein des États membres que dans l'Union européenne (A.). Le rapprochement entre Droit européen et expérimentation, qu'elle soit nationale ou communautaire, apparaît progressivement comme une démarche pertinente et enrichissante pour l'Union européenne (B.).

A. Expérimentation : une pratique croissante en Europe

L'expérimentation juridique occupe une place croissante en Europe comme en atteste le développement de la pratique expérimentale dans les États européens, particulièrement les États membres de l'Union européenne (1.), et au sein de l'Union européenne (2.).

1. Une méthode juridique relativement répandue au sein des États européens

468. - Le développement de l'expérimentation dans des États européens n'étant pas membres de l'Union européenne : l'exemple de la Suisse.

L'expérimentation normative se faisant l'écho juridique de la notion de sciences politiques de « laboratoire fédéraliste »⁴⁵⁹⁴, il n'est pas étonnant qu'elle ait trouvé à s'appliquer en Suisse. Dans cet État fédéral, l'expérimentation normative implique donc à « tester certaines solutions d'abord au niveau cantonal, voire communal, afin de pouvoir ainsi profiter des expériences faites à ces niveaux ; et seulement si ces expériences se révélaient concluantes [...] on pourrait ensuite raisonnablement envisager de l'introduire de manière générale au plan fédéral »⁴⁵⁹⁵. Luzius Mader met en lumière dans les années quatre-vingt-dix que l'expérimentation est « une pratique très variée et disparate » en Suisse⁴⁵⁹⁶ et met en lumière les domaines dans lesquels cette méthode est utilisée afin d'éclairer son propos. Au

⁴⁵⁹⁴ Flückiger A., Voter, élire et signer par Internet : le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité, in Muralt Müller H., Auer A., Koller T. (dir.), E-Voting, 2003, Stämpfli : « On retrouve cette méthode en sciences politiques dans l'expression du « laboratoire fédéraliste » pour montrer que le fédéralisme est une structure adéquate permettant de tester tout d'abord à petite échelle des solutions novatrices avant des généraliser si l'expérience s'avère concluante » ; Rose R., What is Lesson-Drawing ?, Journal of public policy 1992.

⁴⁵⁹⁵ Mader L., Les lois expérimentales en Suisse, in Morand C.-A. (dir.), Évaluation législative et lois expérimentales, 1993, PUAM, p.221 & s.

⁴⁵⁹⁶ Ibid. Mader L.

niveau fédéral, les principaux domaines législatifs alors concernés sont : l'organisation de l'administration⁴⁵⁹⁷, le Droit pénal⁴⁵⁹⁸, la formation⁴⁵⁹⁹, la défense nationale⁴⁶⁰⁰, les statistiques⁴⁶⁰¹, la circulation routière⁴⁶⁰², les transports publics⁴⁶⁰³, les télécommunications⁴⁶⁰⁴, la santé publique⁴⁶⁰⁵, le marché du travail⁴⁶⁰⁶, les assurances sociales⁴⁶⁰⁷ et l'agriculture⁴⁶⁰⁸. Au niveau des cantons et des communes, les principaux actes législatifs adoptés à titre d'essai sont principalement dans le domaine de la législation scolaire,⁴⁶⁰⁹ mais pas exclusivement⁴⁶¹⁰.

Malgré l'existence d'une telle pratique, Luzius Mader soulignait en 1993 que celle-ci demeurait encore « assez modeste » et était « controversée »⁴⁶¹¹. La confirmation par le Tribunal fédéral de la légalité d'une réglementation expérimentale en 1983⁴⁶¹² et les précisions apportées par le Conseil fédéral en 1988 concernant cette pratique ont cependant contribué à sa sécurité juridique et à son développement croissant. Ainsi le rapport de gestion de 1988 du Conseil fédéral⁴⁶¹³ définit plusieurs principes relatifs à l'expérimentation en Suisse, à savoir : « la base légale, la réversibilité de l'expérience, le besoin et l'adéquation de l'expérimentation, le consentement, la limitation dans le temps et dans l'espace ainsi que la nécessité d'une évaluation »⁴⁶¹⁴.

469. - Le développement de l'expérimentation dans des États européens membres de l'Union européenne : l'exemple de l'Allemagne.

⁴⁵⁹⁷ Suisse : ord., 11 déc. 1989 concernant le Service de contrôle administratif, art. 13 ; Suisse : ord., 22 août 1984, sur le raccordement à titre d'essai des bureaux des bureaux de douane de frontière et des commandements de police cantonaux au Répertoire suisse informatisé de signalements de personnes, art. 10 ; Suisse : ord., 15 avr. 1992 relative aux contrôles de sécurité dans l'administration fédérale, art. 13 ; Suisse : dir. de l'Office fédéral du personnel, 6 mai 1991, relative aux conditions générales et formules applicables à des expériences pilotes portant sur une modulation des horaires de travail dans l'administration fédérale.

⁴⁵⁹⁸ Suisse : Ord., 16 déc. 1985, relative au code pénal suisse.

⁴⁵⁹⁹ Suisse : L. fédérale, 19 avr. 1978, sur la formation professionnelle, art. 12 al. 3.

⁴⁶⁰⁰ Suisse : Ord., 29 oct. 1986, sur les contrôles militaires, art. 156.

⁴⁶⁰¹ Suisse : Ord., 20 juin 1983, sur des essais d'enquêtes auprès des ménages.

⁴⁶⁰² Suisse : Ord., 8 nov. 1978, concernant un essai temporaire et local de limitation de vitesse à 50km/h dans les agglomérations ; Suisse : Ord., 1^{er} oct. 1984, concernant la modification de textes légaux relatifs à la circulation routière ; Suisse : Ord., 17 juin 1991, concernant l'abaissement, à titre d'essai, des limitations de vitesse sur les routes nationales, pendant les mois de juillet et d'août 1991.

⁴⁶⁰³ Suisse : A. fédéral, 1^{er} oct. 1986, sur le financement de réductions tarifaires dans les transports publics.

⁴⁶⁰⁴ Suisse : Ord., 26 nov. 1986, sur les vidéotex ; Suisse : Ord., 7 juin 1982 sur les essais locaux de radiodiffusion.

⁴⁶⁰⁵ Suisse : Ord., 21 oct. 1992 sur l'évaluation des projets visant à prévenir la toxicomanie et à améliorer les conditions de vie des toxicomanes.

⁴⁶⁰⁶ Suisse : Ord., 27 sept. 1982, concernant les tests d'application d'un système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail.

⁴⁶⁰⁷ Suisse : Modification du 20 décembre 1990 de l'ordonnance V sur l'assurance maladie concernant la reconnaissance des caisses-maladie et des fédérations de réassurance, ainsi que leur sécurité financière.

⁴⁶⁰⁸ Suisse : Ord., 25 avr. 1985, concernant les essais de culture de soja pendant les années 1985 à 1987 ; Suisse : Ord., 5 mai 1992, concernant la prise en charge de tomates et de concombres produits en 1992.

⁴⁶⁰⁹ Suisse : L., 2 déc. 1951, sur l'école primaire du canton de Berne, art. 28b (introduit en 1980).

⁴⁶¹⁰ Également en matière de taxation des déchets (commune de Kirchberg dans le canton de Bern) et de circulation routière.

⁴⁶¹¹ Ibid. Mader L.

⁴⁶¹² Flückiger A., Voter, élire et signer par Internet : le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité, op. cit. : « Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer il y a vingt ans déjà sur la légalité d'une réglementation expérimentale. Il s'agissait de la réglementation relative à l'essai de limitation de la vitesse à 50 km/h dans certaines agglomérations. Le Tribunal fédéral a conclu dans un arrêt S. que la compétence du Conseil fédéral de fixer des limites générales de vitesse, explicitement déléguée, incluait le droit d'édicter à titre d'essai une réglementation temporaire ne s'appliquant pas à l'ensemble du territoire afin préparer des normes définitives adéquates. Le principe de l'égalité n'a en particulier pas été violé par la limitation des essais à certaines parties du pays¹⁵ »

⁴⁶¹³ Suisse : Conseil fédéral, Rapport de gestion 1988.

⁴⁶¹⁴ Flückiger A., Voter, élire et signer par Internet : le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité, op. cit.

La conception allemande du Droit, accordant une place essentielle à l'égalité devant la loi et à la sécurité juridique⁴⁶¹⁵, a pu être réfractaire un temps à une vision empirique de la création de la norme⁴⁶¹⁶. Cependant, l'idée de l'expérimentation juridique a progressivement fait son nid, notamment sous la plume de Heribert Jahrreiss⁴⁶¹⁷, « qui définissait l'acte de légiférer comme celui d'expérimenter sur "les destins humains" en procédant par "essai-erreur" dans un contexte marqué par l'incertitude »⁴⁶¹⁸. Elle s'est concrétisée en Allemagne dès les années cinquante, notamment en matière de médias⁴⁶¹⁹ avec la suppression du monopole public en matière de radiodiffusion⁴⁶²⁰. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 16 juin 1981 dite troisième décision « radiodiffusion » confère un statut constitutionnel à la méthode expérimentale en Allemagne. Dans les années soixante-dix, le développement de la théorie sur la mise au point itérative de la loi de la Cour constitutionnelle allemande et celui des clauses d'évaluation⁴⁶²¹ ont pu contribuer à la place croissante de l'expérimentation en Droit allemand.

Le rapport du Conseil d'État relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques met en lumière le caractère « strictement encadré » de ce droit à l'expérimentation allemand⁴⁶²². Il rappelle à cet égard les précisions apportées par la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 24 mars 1987 dite cinquième décision « radiodiffusion », à savoir que « pour être expérimentale, la législation doit présenter un caractère limité dans le temps et dans l'espace – il ne suffit pas qu'elle renvoie à une évaluation ex post –, et une réversibilité effective, qui s'apprécie compte tenu notamment des conséquences et des coûts induits »⁴⁶²³.

En outre, la pratique expérimentale s'est développée avec « les autorisations de déroger au droit en vigueur »⁴⁶²⁴. Celles-ci permettent au pouvoir législatif, au niveau fédéral ou fédéré, d'accorder au pouvoir exécutif des autorisations de déroger dans des clauses expérimentales (« Experimentierklauseln »)⁴⁶²⁵.

2. Une méthode juridique progressivement utilisée par l'Union européenne

470. - Expérimentation européenne : une pratique délicate dans le champ des compétences exclusives de l'Union européenne.

Alors qu'il évoque les contraintes externes à l'expérimentation française, le Conseil d'État souligne dans son rapport relatif à l'innovation dans la conduite des politiques publiques que l'expérimentation n'est que marginalement mise en œuvre par l'Union européenne. Il explique ce constat par le fait que « ce mécanisme visant à permettre des expérimentations locales ou nationales est contraire avec le principe fondamental du droit de l'Union : l'harmonisation aussi serrée que possible entre les droits nationaux par le biais de directives de plus en plus précises ou de règlements »⁴⁶²⁶. Il souligne que

⁴⁶¹⁵ Ranchordás S., *Constitutional Sunsets and Experimental Regulations : a Comparative Perspective*, 2014, Edward Elgar publishing.

⁴⁶¹⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 18 et s.

⁴⁶¹⁷ Jahrreiss H., *Groesse und Not der Gesetzgebung*, 1953, Schünemman.

⁴⁶¹⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶¹⁹ Hoffmann-Riem W., *Législation expérimentale en Allemagne*, in Morand C.-A. (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, 1993, PUAM, p.177 & s.

⁴⁶²⁰ Chevallier J., *Les lois expérimentales le cas français*, op. cit. p. 122 et s.

⁴⁶²¹ Rapp. Sénat n° 7, 1e oct. 1995, *l'évaluation de la législation*.

⁴⁶²² Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶²³ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶²⁴ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶²⁵ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶²⁶ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 33.

« cette tendance à l'unicité des droits est la condition *sine qua non* d'un marché intérieur où l'activité des entreprises et des hommes est facilitée par une législation commune assurant un respect général des règles de concurrence »⁴⁶²⁷. Il relativise lui-même son propos en affirmant que ce constat n'est exact « que pour les compétences exclusives de l'Union »⁴⁶²⁸.

Cette idée peut également être remise en question à la lumière des discussions françaises concernant le lien entre le droit à l'expérimentation et l'égalité devant la loi. Au même titre qu'une expérimentation nationale, dont les issues possibles sont la généralisation et l'abandon, ne contrevient pas au principe d'égalité et ne porte pas préjudice à l'État de Droit, une expérimentation européenne qui aurait vocation à être abandonnée ou généralisée dans l'ensemble des États membres ne porterait pas atteinte à l'objectif d'uniformité de la norme au sein de l'Union européenne. Si une telle expérimentation européenne était menée correctement, elle pourrait au contraire garantir une rédaction des textes plus exacte et plus précise, conduisant à une plus grande uniformité normative entre les États membres.

471. - Expérimentation européenne : une pratique croissante dans le champ des compétences partagées de l'Union européenne.

Le Conseil d'État met en lumière la possible mise en place d'expérimentations dans les domaines de compétences partagées⁴⁶²⁹ entre l'Union européenne et les États membres. Dans ces domaines⁴⁶³⁰, plusieurs expérimentations ont été mises en place à l'échelle communautaire, notamment dans le champ de la santé et de la sécurité sociale et dans celui de l'environnement.

Le Conseil d'État souligne en 2019 que le seul domaine où l'Union européenne développe des pratiques expérimentales est celui de la santé et de la sécurité sociale⁴⁶³¹. Il souligne que c'est un des domaines de compétences partagées « où un rôle important reste à la compétence nationale, rôle spécifiquement souligné dans les traités (cf. article 168 TFUE), sous la vigilance de la Commission européenne et le contrôle de la Cour de justice qui s'assurent de l'absence de discrimination non juridiquement justifiée, par les différences de situations concernées »⁴⁶³².

En matière environnementale, le règlement européen relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques⁴⁶³³, paru le 30 mai 2018 et entré en vigueur le 1er janvier 2021, prévoit la mise en place d'une expérimentation relative aux variétés biologiques⁴⁶³⁴. Son considérant 39 dispose que « afin de répondre aux besoins des producteurs biologiques, d'encourager la recherche et de

⁴⁶²⁷ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶²⁸ Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶²⁹ Traité FUE, art. 2.2., « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne. »

⁴⁶³⁰ Traité FUE, art. 4. Les domaines où l'Union européenne a compétence partagée sont : le marché intérieur, la politique sociale (pour les aspects définis de façon précise dans le traité exclusivement), la cohésion économique, sociale et territoriale (politique régionale), l'agriculture et la pêche (à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer), l'environnement, la protection des consommateurs, les transports, les réseaux transeuropéens, l'énergie, l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique (pour les aspects définis dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne uniquement), la recherche, le développement technologique et l'espace et la coopération au développement et l'aide humanitaire

⁴⁶³¹ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 33 et s.

⁴⁶³² Ibid. Rapp. CE, 3 oct. 2019.

⁴⁶³³ Règl. (UE) n° 2018/848, 30 mai 2018.

⁴⁶³⁴ Merten-Lentz K., La réforme du bio : bouleversement ou simple aménagement ?, RDALI 2018.

développer des variétés biologiques adaptées à la production biologique, en tenant compte des besoins et objectifs particuliers de l'agriculture biologique [...] il convient d'organiser une expérience temporaire »⁴⁶³⁵. Cette expérience temporaire « devrait être réalisée sur une durée de sept ans, devrait porter sur des quantités suffisantes de matériel de reproduction des végétaux et devrait faire l'objet d'un rapport annuel »⁴⁶³⁶. Dans ce cadre, les États membres pourront déroger à certaines obligations prévues par différentes directives européennes explicitement visées⁴⁶³⁷ par le considérant 39 et par la Commission européenne dans sa déclaration concernant les expériences temporaires sur les variétés biologiques⁴⁶³⁸.

472. - Bac à sable réglementaire : une pratique importante dans le champ des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Si les technologies de l'information et de la communication ne constituent pas un domaine de compétence explicite de l'Union européenne, cela ne l'empêche pas d'intervenir en la matière « dans le cadre des politiques sectorielles et transversales de l'Union européenne »⁴⁶³⁹. C'est donc à travers ses compétences exclusives, partagées et d'appui qu'elle va légiférer dans ce champ. Afin d'intervenir en la matière sans brider l'innovation pour autant, l'Union européenne développe la pratique des « Regulatory sandbox » ou « bac à sable réglementaire »⁴⁶⁴⁰. Un bac à sable réglementaire est « un régime spécial au sein duquel les entreprises peuvent tester des produits, services ou modèles financiers innovants auprès de consommateurs dans un environnement contrôlé (un « bac à sable ») en poursuivant un plan établi avec le superviseur et avec des garde-fous particuliers »⁴⁶⁴¹. La démarche est donc relativement proche de celle de l'expérimentation. Celle-ci s'adresse directement aux entreprises et non aux États membres. Les collectivités territoriales peuvent également être éligibles au bac à sable réglementaire.

L'Union européenne a mis en place plusieurs bacs à sable réglementaires dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Celui relatif aux *Fintech*⁴⁶⁴² et celui portant sur la *Blockchain*⁴⁶⁴³ peuvent notamment être évoqués.

B. Expérimentation : une pratique enrichissante pour le législateur européen

⁴⁶³⁵ Règl. (UE) n° 2018/848, 30 mai 2018, cons. 39.

⁴⁶³⁶ Ibid. Règl. (UE) n° 2018/848.

⁴⁶³⁷ Dir. (CEE) n° 66/401, 14 juin 1966 ; Dir. (CEE) n° 66/402, 14 juin 1966 ; Dir. (CEE) n° 68/193, 9 avr. 1968 ; Dir. (CE) n° 2002/53, 13 juin 2002 ; Dir. (CE) n° 2002/54, 13 juin 2002 ; Dir. (CE) n° 2002/55, 13 juin 2002 ; Dir. (CE) n° 2002/56, 13 juin 2002 ; Dir. (CE) n° 2002/57, 13 juin 2002 ; Dir. (CE) n° 2008/72, 15 juill. 2008 ; Dir. (CE) n° 2008/90, 29 sept. 2008.

⁴⁶³⁸ Data.consilium.europa.eu, Accord interinstitutionnel, Projet de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques, et abrogeant le règlement (CE) n° 834/2007 du Conseil (première lecture) Adoption de l'acte législatif et Déclarations.

⁴⁶³⁹ Europarl.europa.eu, Fiches thématiques sur l'Union européenne, Une stratégie numérique pour l'Europe.

⁴⁶⁴⁰ Parenti R. (dir.), *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech*, sept. 2020, European Parliament.

⁴⁶⁴¹ Ibid. Parenti R. : « Special scheme, in which companies can test innovative financial products, services, or business models with actual customers in a controlled environment (a 'sandbox') pursuant to a specific testing plan agreed with the supervisor and subject to the application of distinct safeguards »

⁴⁶⁴² Ibid. Parenti R.

⁴⁶⁴³ Internationalfinance.com, EC to launch blockchain regulatory sandbox by 2022, sept. 2020 ; Ec.europa.eu, Policies, Legal and regulatory framework for blockchain.

Les expérimentations, tant celles mises en place par les États membres que celles initiées par l'Union européenne, peuvent enrichir les réflexions du législateur européen. Si ce type de synergies existent d'ores et déjà, comme en atteste l'exemple de l'affichage environnemental (1.), elles gagneraient à être plus nombreuses (2.).

1. Affichage environnemental : un exemple éclairant de synergies existantes entre expérimentation et Droit européen

473. - Première expérimentation française relative à l'affichage environnemental : une position avant-gardiste ayant contribué à la démarche du législateur européen.

La France s'attèle au sujet de l'affichage environnemental dans le cadre du Grenelle de l'environnement⁴⁶⁴⁴. L'article 54 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite « Grenelle I ») dispose que « les consommateurs doivent pouvoir disposer d'une information environnementale sincère, objective et complète portant sur les caractéristiques globales du couple produit/emballage et se voir proposer des produits respectueux de l'environnement à des prix attractifs »⁴⁶⁴⁵. La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II ») étaye ce propos en prévoyant à son article 228 une expérimentation « afin d'informer progressivement le consommateur par tout procédé approprié du contenu en équivalent carbone des produits et de leur emballage, ainsi que de la consommation de ressources naturelles ou de l'impact sur les milieux naturels qui sont imputables à ces produits au cours de leur cycle de vie »⁴⁶⁴⁶. Cette expérimentation, prévue pour une durée minimale d'une année à partir du 1^{er} juillet 2011 et après concertation avec l'ensemble des acteurs des filières concernées, a vocation à évaluer « l'opportunité d'une généralisation de ce dispositif »⁴⁶⁴⁷. Le rapport du Gouvernement issu de cette expérimentation « conclut donc à la nécessité, dans l'attente d'un dispositif communautaire, d'engager une démarche qui soit à la fois volontaire et progressive, par secteur d'activité, cohérente avec le niveau européen, compatible avec les règles du commerce international et s'appuyant sur des référentiels méthodologiques développés depuis plus de cinq ans par l'Association française de normalisation (AFNOR) et l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie (ADEME) »⁴⁶⁴⁸. En outre, cette expérimentation « menée sans référentiel abouti ni base de données opérationnelle, a permis de vérifier la nécessité de leur mise en place »⁴⁶⁴⁹. Ainsi, « la démarche des pouvoirs publics qui avaient confié à l'ADEME (dès 2009), le pilotage et l'élaboration d'un socle technique commun, dont le fondement repose sur l'[analyse du cycle de vie] (normes internationales ISO 14040 et ISO 14044), s'en est donc trouvée confortée »⁴⁶⁵⁰.

Le Conseil économique et environnemental dans son avis du 26 mars 2019 souligne que la démarche mise en place depuis 2009 « témoigne d'une approche française innovante au plan mondial quant à la méthode et aux objectifs poursuivis (analyse multicritère du cycle de vie) [qui] a depuis suscité l'intérêt

⁴⁶⁴⁴ CESE, avis n° 2019-08, 26 mars 2019, p.15.

⁴⁶⁴⁵ L. n° 2009-967, 3 août 2009, art. 54.

⁴⁶⁴⁶ L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, art. 228.I.

⁴⁶⁴⁷ Ibid. L. n° 2010-788.

⁴⁶⁴⁸ Bilan-ges.ademe.fr, Distribution : Affichage Environnemental.

⁴⁶⁴⁹ CESE, avis n° 2019-08, 26 mars 2019, p.16.

⁴⁶⁵⁰ Ibid. CESE, avis n° 2019-08.

d'autres pays et notamment de l'Union européenne qui s'est fortement inspirée des travaux français »⁴⁶⁵¹. La méthode européenne d'évaluation des produits développée depuis 2013 s'est en grande partie inspirée de l'expérience française⁴⁶⁵². Ainsi, la recommandation de la Commission européenne du 9 avril 2013 relative à l'utilisation de méthodes communes pour mesurer et indiquer la performance environnementale des produits et des organisations sur l'ensemble du cycle de vie⁴⁶⁵³ préconise aux États membres et aux acteurs économiques d'utiliser les méthodes communes européennes reposant « sur une approche multicritère et sur l'ensemble du cycle de vie »⁴⁶⁵⁴. Ces méthodes sont celles de l'empreinte environnementale des produits (PEF) et celle de l'empreinte environnementale des organisations (OEF) et figurent en annexe de la recommandation. Alors que l'ADEME et le ministère de la Transition écologique et solidaire occupent une place importante dans la gouvernance de ce projet européen, l'impact de l'expérimentation française sur les réflexions communautaires n'est plus à démontrer. En outre, en souhaitant « établir une méthode harmonisée de calcul et des du jeu équitable, basée sur l'ACV »⁴⁶⁵⁵ la Commission européenne se fait l'écho du travail français.

474. - Expérimentation européenne relative à l'affichage environnemental : un outil d'harmonisation communautaire pragmatique.

Suite à sa recommandation de 2013 relative à l'utilisation de méthodes communes pour mesurer et indiquer la performance environnementale des produits et des organisations sur l'ensemble du cycle de vie⁴⁶⁵⁶ établissant les méthodes PEF et OEF, la Commission européenne a mis en place une expérimentation relative à l'affichage environnemental qui poursuit trois objectifs. Celle-ci vise à « [...] développer des référentiels sectoriels européens en application des méthodes [PEF et OEF] ; [...] tester des modalités de vérification de l'information environnementale ; [...] tester les supports de communication de l'information environnementale des produits et des organisations qui découleraient de leur mise en œuvre »⁴⁶⁵⁷. Cette expérimentation a fait participer vingt-sept secteurs dont vingt-trois ont été jusqu'au terme du processus⁴⁶⁵⁸.

En 2018, au terme de la phase pilote du programme « Environmental Footprint », des règles transversales et sectorielles de modélisation des systèmes étaient validées. Dix-huit référentiels sectoriels⁴⁶⁵⁹ (PEFCR⁴⁶⁶⁰) sont alors finalisés dans le champ PEF et deux en ce qui concerne l'OEF⁴⁶⁶¹. Cette

⁴⁶⁵¹ Ibid. CESE, avis n° 2019-08.

⁴⁶⁵² Ibid. CESE, avis n° 2019-08.

⁴⁶⁵³ Recomm. (UE) n° 2013/179, 9 avr. 2013.

⁴⁶⁵⁴ Ademe.fr, Nos expertises, L'affichage environnemental.

⁴⁶⁵⁵ Ibid. CESE, avis n° 2019-08.

⁴⁶⁵⁶ Ibid. Recomm. (UE) n° 2013/179.

⁴⁶⁵⁷ Ademe.fr, Nos expertises, L'affichage environnemental.

⁴⁶⁵⁸ Ibid. CESE, avis n° 2019-08.

⁴⁶⁵⁹ Les secteurs concernés sont : la bière, les produits laitiers, la peinture décorative, les détergents ménagers liquides pour la lessive, les tuyaux d'alimentation d'eau chaude et froide, les produits intermédiaires de papier, les aliments pour animaux producteurs de denrées alimentaires, les équipements informatiques, le cuir, les plaques de métal, l'eau emballée, les pâtes, les aliments pour animaux, la production d'électricité photovoltaïque, les batteries rechargeables, les t-shirt, l'isolation thermique, l'approvisionnement énergétique ininterrompu et le vin. Les référentiels sont disponibles sur le site de la Commission européenne : Ec.europa.eu, Sustainable development, Results and deliverables of the Environmental Footprint pilot phase.

⁴⁶⁶⁰ Ibid. CESE, avis n° 2019-08 : « PEF category rules ou en français « référentiels sectoriels ». Ces référentiels donnent les informations suivantes : étapes du cycle de vie, flux élémentaires les plus importants, impact environnemental du produit moyen par catégorie, données obligatoires et spécifiques pour l'entreprise (données primaires), données à utiliser par défaut (données secondaires) »

⁴⁶⁶¹ Les deux secteurs sont : la production de cuivre et la vente au détail. Les référentiels sont disponibles sur le site de la Commission européenne : Ec.europa.eu, Sustainable development, Results and deliverables of the Environmental Footprint pilot phase.

expérimentation mise en place par la Commission européenne a donc permis de valider les méthodes PEF et OEF ainsi que leur déclinaison sectorielle. Cependant, comme le souligne le Conseil économique et environnemental, « la méthodologie n'est pas encore aboutie et de nombreux points demeurent à régler et à arbitrer avant de parvenir à un affichage visible sur les produits »⁴⁶⁶². En outre, le MTES et l'ADEME considèrent que « les méthodologies française et européenne, construites sur l'ACV, peuvent faire l'objet d'une réelle convergence même si à l'heure actuelle, le système français plus avancé, n'est pas encore remplaçable par le système européen »⁴⁶⁶³.

475. - Seconde expérimentation française relative à l'affichage environnemental : une démarche ayant vocation à « nourrir la réflexion initiée par la Commission européenne ».

L'article 15 de la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire⁴⁶⁶⁴ met en place une expérimentation relative à l'affichage environnemental des produits alimentaires « afin d'évaluer différentes méthodologies et modalités d'affichage environnemental ou environnemental et social »⁴⁶⁶⁵. Prévue pour une durée de dix-huit mois, elle fait l'objet d'un bilan « comprenant une étude de faisabilité et une évaluation socio-économique de ces dispositifs » qui est transmis au Parlement⁴⁶⁶⁶. La loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire précise que « sur la base de ce bilan, des décrets définissent la méthodologie et les modalités d'affichage environnemental ou environnemental et social s'appliquant aux catégories de biens et services concernés »⁴⁶⁶⁷. Ainsi, cette expérimentation ne vise pas à déterminer la nécessité de l'affichage environnemental⁴⁶⁶⁸ pour réduire l'empreinte carbone des ménages⁴⁶⁶⁹, mais des modalités d'affichage pertinentes pour un déploiement à grande échelle⁴⁶⁷⁰. La question à laquelle cette expérimentation doit répondre est donc : « selon quelles modalités est-il possible de fournir au consommateur une information environnementale lisible, fiable et objective, aisément contrôlable afin de lui permettre d'orienter ses choix vers une consommation alimentaire plus durable ? »⁴⁶⁷¹.

Cette expérimentation a été mise en place afin de permettre à la France de « nourrir la réflexion initiée par la Commission européenne sur la mise en place d'un dispositif d'affichage environnemental à l'échelle de l'Union européenne et [...] de ce fait [de] travailler en bonne coordination avec les autorités communautaires sur ce sujet »⁴⁶⁷². Si celle-ci porte sur une norme européenne en construction et

⁴⁶⁶² Ibid. CESE, avis n° 2019-08.

⁴⁶⁶³ Ibid. CESE, avis n° 2019-08.

⁴⁶⁶⁴ L. n° 2020-105, 10 fév. 2020, art. 15.

⁴⁶⁶⁵ Ibid. L. n° 2020-105.

⁴⁶⁶⁶ Ibid. L. n° 2020-105.

⁴⁶⁶⁷ Ibid. L. n° 2020-105.

⁴⁶⁶⁸ Prot., 26 juin 2020, d'encadrement de l'expérimentation « affichage environnemental » dans le secteur alimentaire : « En s'appuyant sur les travaux conduits ces dernières années portant sur l'évaluation environnementale des produits alimentaires, l'expérimentation de dispositifs d'affichage, le développement du Nutri-Score, la réalisation de plusieurs projets de recherche, la France est aujourd'hui en capacité d'avancer sur ce sujet dans le secteur alimentaire ».

⁴⁶⁶⁹ Ibid. Prot., 26 juin 2020 : Dans le secteur de l'alimentation, « le GIEC estime le poids de ce secteur dans une fourchette de 21 à 37% des émissions mondiales, les émissions du secteur agricole représentant 18,5% des émissions de GES françaises en 2017 »

⁴⁶⁷⁰ Ibid. Prot., 26 juin 2020 : « Néanmoins, compte tenu des spécificités et de la complexité du secteur alimentaire, de nombreuses questions subsistent pour un déploiement à grande échelle. L'enjeu est d'être en capacité de proposer un dispositif opérationnel (techniquement et économiquement), qui donne une information objective, fiable, aisément contrôlable et compréhensible par le consommateur, en cohérence avec les politiques en cours, et qui répondent aux objectifs (promouvoir une consommation plus durable et l'écoconception des produits) »

⁴⁶⁷¹ Ibid. Prot., 26 juin 2020.

⁴⁶⁷² Gomy C., L'affichage environnemental des produits, Option Qualité 2014.

non sur un texte applicable, elle touche cependant au Droit européen en devenir. Cette démarche témoigne d'une volonté de co-construction et d'un pragmatisme normatif certain.

2- Véhicules autonomes : un exemple éclairant de synergies potentielles entre expérimentation et Droit européen

476. - Véhicules autonomes : un sujet au cœur des préoccupations du législateur européen.

Plusieurs communications de la Commission européenne témoignent de l'enjeu que représentent les véhicules autonomes pour l'Union européenne. Il convient d'évoquer à cet égard celle du 30 novembre 2016 concernant la stratégie européenne relative aux systèmes de transport intelligents coopératifs, jalon d'une mobilité coopérative, connectée et automatisée⁴⁶⁷³ ainsi que celle du 17 mai 2018 relative à la mobilité automatisée et à la stratégie de l'Union européenne pour la mobilité du futur⁴⁶⁷⁴. Le Parlement européen s'en fait l'écho dans plusieurs résolutions, notamment celle du 1^{er} juin 2017 sur la connectivité Internet pour la croissance, la compétitivité et la cohésion⁴⁶⁷⁵, celle du 13 mars 2018 sur une stratégie européenne relative aux systèmes de transport intelligents coopératifs⁴⁶⁷⁶ et celle du 15 janvier 2019 sur les véhicules autonomes dans les transports européens⁴⁶⁷⁷.

Le besoin d'adapter la législation européenne en matière de transports aux véhicules autonomes est progressivement apparu comme une certitude. Les institutions européennes mettent en lumière la nécessité de légiférer en ce qui concerne la sécurité des véhicules autonomes⁴⁶⁷⁸, les questions de responsabilités⁴⁶⁷⁹, la connectivité des véhicules pour l'automatisation⁴⁶⁸⁰ ainsi que les garanties en matière de cybersécurité, notamment afin de les protéger des cyberattaques⁴⁶⁸¹, de protection⁴⁶⁸² et

⁴⁶⁷³ Communication (COM) n° 2016/0766, 30 nov. 2016.

⁴⁶⁷⁴ Communication (COM) n° 2018/283, 17 mai 2018.

⁴⁶⁷⁵ Résol. (INI) n° 2016/2305, 1^{er} juin 2017.

⁴⁶⁷⁶ Résol. (INI) n° 2017/2067, 13 mars 2018.

⁴⁶⁷⁷ Résol. (INI) n° 2018/2089, 15 janv. 2019.

⁴⁶⁷⁸ Communication (COM) n° 2016/0766, 30 nov. 2016.

⁴⁶⁷⁹ Ibid. Communication (COM) n° 2016/0766 : « La Commission propose de réglementer les enregistreurs de données pour véhicules automatisés dans le cadre de la révision du règlement relatif à la sécurité générale des véhicules afin de clarifier qui conduisait (le véhicule ou le conducteur) lors d'un accident. » ; Communication (COM) n° 2018/283, 17 mai 2018.

⁴⁶⁸⁰ Ibid. Communication (COM) n° 2016/0766 : « La Commission propose de réglementer la circulation en peloton dans le cadre de la révision du règlement sur la sécurité générale des véhicules à moteur afin d'assurer la normalisation de l'échange de données entre marques différentes. La législation d'exécution s'appuiera sur les résultats de l'appel relatif à la circulation en peloton (2018-2020) dans le programme-cadre de recherche et d'innovation Horizon 2020 et viendra compléter le règlement délégué sur les systèmes de transport intelligents coopératifs » ; Communication (COM) n° 2018/283, 17 mai 2018 « définir des règles garantissant la sécurité des communications STI-C ; [...] garantir une approche de communication hybride tournée vers l'avenir ; définir des règles en matière d'interopérabilité » ; Résol. (INI) n° 2016/2305, 1^{er} juin 2017 « estime qu'une approche hybride de la communication, neutre du point de vue technologique, qui garantisse l'interopérabilité ainsi que la rétrocompatibilité et associe des technologies de communication complémentaire est l'approche la plus appropriée »

⁴⁶⁸¹ Ibid. Communication (COM) n° 2016/0766 : « la Commission propose de réglementer la protection des véhicules contre les cyberattaques dans le cadre de la révision du règlement sur la sécurité générale des véhicules à moteur » et « La révision complète des règles générales de sécurité pour les véhicules à moteur, présentée en même temps que la présente communication, offrira l'occasion de remédier aux lacunes de la législation actuelle relative à la sécurité des véhicules pour les cas attendus d'utilisation de l'automatisation. » ; Résol. (INI) n° 2016/2305, 1^{er} juin 2017 « insiste sur l'importance de l'application de normes de cybersécurité élevées empêchant le piratage et les attaques informatiques »

⁴⁶⁸² Communication (COM) n° 2018/283, 17 mai 2018 « garantir la mise en œuvre concrète du règlement général sur la protection des données dans le domaine des STI-C » ; Résol. (INI) n° 2016/2305, 1^{er} juin 2017 « attire l'attention

d'accès aux données⁴⁶⁸³. Ce besoin de légiférer a conduit aux initiatives législatives⁴⁶⁸⁴ relatives à la directive sur les systèmes de transports intelligents⁴⁶⁸⁵, aux propositions de modifications⁴⁶⁸⁶ de la directive sur la gestion de la sécurité des infrastructures routières⁴⁶⁸⁷ et du règlement relatif à la sécurité générale des véhicules à moteur.

477. - Véhicules autonomes : volonté du législateur européen de construire une réglementation fondée sur l'expérience en collaboration avec les États membres.

L'approche européenne de la réglementation relative aux véhicules autonomes se veut fondée sur l'expérience. La Commission européenne souligne à cet égard que « il importe d'acquérir de l'expérience et de tirer des enseignements, en s'inspirant du retour d'expérience des initiatives de déploiement des STI-C et de la plate-forme STI-C ainsi que des interactions entre celles-ci »⁴⁶⁸⁸. Consciente du manque de connaissance en ce qui concerne les effets à long terme du développement des véhicules autonomes sur « le système de transport, l'économie, l'environnement et les emplois existants »⁴⁶⁸⁹, l'Union européenne prône une évaluation de ces derniers « dès que possible pour anticiper les éventuels effets de rebond et adopter des mesures d'atténuation »⁴⁶⁹⁰. Si l'idée d'évaluer l'impact d'un outil et des règles juridiques l'encadrant pour adapter ces dernières ne constitue pas une expérimentation en elle-même, elle se rapproche malgré tout de la démarche expérimentale.

Les institutions européennes mettent en lumière leur volonté d'harmoniser les règles en matière de mobilité automatisée au sein de l'Union européenne en collaboration avec les États membres⁴⁶⁹¹. Elles invitent d'ailleurs les États membres à déployer les véhicules autonomes. La Commission européenne rappelle à ce sujet que le cadre de l'Union européenne pour la réception des véhicules⁴⁶⁹² permet la validation de nouvelles technologies en matière d'automatisation des véhicules⁴⁶⁹³. Elle souligne que « les technologies non prévues par les règles de l'UE peuvent être approuvées par le biais d'une exemption accordée sur la base d'une évaluation nationale *ad hoc* de la sécurité »⁴⁶⁹⁴. Elle ambitionne d'ailleurs de travailler avec les États membres afin d'élaborer les lignes directrices « visant à assurer une approche harmonisée des évaluations nationales ad hoc de la sécurité des véhicules automatisés » ainsi que de mettre en place « des travaux sur une nouvelle approche de la certification de la sécurité des véhicules pour les véhicules automatisés »⁴⁶⁹⁵. Le Parlement européen défend également l'idée d'une approche européenne commune en matière de systèmes de transports intelligents. À ce titre, il

sur l'importance de l'application de la législation de l'Union relative à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel aux données des STI-C et des écosystèmes connectés, »

⁴⁶⁸³ Ibid. Communication (COM) n° 2016/0766 : « La Commission continuera de surveiller la situation en ce qui concerne l'accès aux données et ressources présentes à bord des véhicules et examinera d'autres options pour mettre en place un cadre permettant le partage des données des véhicules de manière à garantir une concurrence équitable dans l'offre de services dans le marché unique numérique, tout en assurant la conformité à la législation relative à la protection des données à caractère personnel ».

⁴⁶⁸⁴ Résol. (INI) n° 2018/2089, 15 janv. 2019.

⁴⁶⁸⁵ Dir. (UE) n° 2010/40, 7 juill. 2010.

⁴⁶⁸⁶ Ibid. Résol. (INI) n° 2018/2089.

⁴⁶⁸⁷ Dir. (CE) n° 2008/96, 19 nov. 2008.

⁴⁶⁸⁸ Communication (COM) n° 2016/0766, 30 nov. 2016

⁴⁶⁸⁹ Communication (COM) n° 2018/283, 17 mai 2018.

⁴⁶⁹⁰ Ibid. Communication (COM) n° 2018/283.

⁴⁶⁹¹ Communication (COM) n° 2016/0766, 30 nov. 2016 ; Communication (COM) n° 2018/283, 17 mai 2018 ; Résol. (INI) n° 2017/2067, 13 mars 2018 ; Ibid. Résol. (INI) n° 2018/2089.

⁴⁶⁹² Dir. (CE) n° 2007/46, 5 sept. 2007, art. 20.

⁴⁶⁹³ Ibid. Communication (COM) n° 2018/283.

⁴⁶⁹⁴ Ibid. Communication (COM) n° 2018/283.

⁴⁶⁹⁵ Ibid. Communication (COM) n° 2018/283.

« encourage les États membres et la Commission à soutenir les initiatives et les actions visant à soutenir davantage les recherches et les enquêtes sur le développement et les répercussions STI-C sur la politique des transports de l'Union »⁴⁶⁹⁶.

478. - Véhicules autonomes : des expérimentations françaises enrichissantes.

Consciente de la nécessité de légiférer en matière de véhicules autonomes⁴⁶⁹⁷ et ambitionnant de devenir « le lieu privilégié en Europe de déploiement de services de mobilité routière automatisés »⁴⁶⁹⁸, la France a pris le sujet des transports intelligents à bras le corps. Pour ce faire, elle a mené différentes actions, « notamment sur la réglementation en matière de sécurité, le soutien à l'innovation, l'accompagnement des territoires dans le déploiement des services »⁴⁶⁹⁹. Dans ce cadre, le législateur français est intervenu à plusieurs reprises en matière de transports intelligents⁴⁷⁰⁰. Maya Vandeveldt explique que « ces textes autorisent la circulation sur des voies publiques de véhicules à délégation totale ou partielle de conduite, à des fins expérimentales, c'est-à-dire en vue de réaliser des essais techniques ou d'évaluer les performances de ces véhicules »⁴⁷⁰¹. Les nombreuses expérimentations mises en place dans ce cadre ont permis de tirer de premières conclusions sur l'utilisation des véhicules autonomes ainsi que leur encadrement juridique. L'article 125 de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises du 22 mai 2019⁴⁷⁰² ambitionne d'étendre le champ des expérimentations relatives aux véhicules autonomes⁴⁷⁰³, notamment en expérimentant des véhicules autonomes de transport collectif sur les voies de bus et en testant de nouveaux engins, par exemple de petits engins de livraison automatisée⁴⁷⁰⁴, ainsi qu'à clarifier le régime de responsabilité en la matière⁴⁷⁰⁵.

§2. Rapprochement avec l'Union européenne : une mise en place complexe

Si l'Union européenne met en place des expérimentations juridiques, cette pratique reste marginale. En outre, elle ne bénéficie pas pleinement des enseignements tirés des expérimentations nationales mises en place par les États membres. L'institutionnalisation de cette pratique serait intéressante pour le législateur européen, lui permettant notamment de légiférer pragmatiquement dans des domaines sensibles tels que le numérique et l'environnement. Si l'institutionnalisation de l'expérimentation européenne est envisageable (A.), ses contours restent délicats à définir (2.).

⁴⁶⁹⁶ Résol. (INI) n° 2017/2067, 13 mars 2018.

⁴⁶⁹⁷ Ecologie.gouv.fr, Développement des véhicules autonomes, La stratégie française ; Ecologie.gouv.fr, Stratégie nationale de développement de la mobilité routière automatisée 2020-2022 ; Ecologie.gouv.fr, Développement des véhicules autonomes, Orientations stratégiques pour l'action publique, mai 2018.

⁴⁶⁹⁸ Ecologie.gouv.fr, Les véhicules automatisés.

⁴⁶⁹⁹ Ibid. Ecologie.gouv.fr.

⁴⁷⁰⁰ L. n° 2015-992, 17 août 2015, art. 1 & 2 ; Ord. n° 2016-1057, 3 août 2016 ; D. n° 2018-211, 28 mars 2018, art. 12.

⁴⁷⁰¹ Vandeveldt M., Loi Pacte : clarification des conditions de circulation et du régime de responsabilité pénale des véhicules autonomes, Efl.fr, 23 mai 2019.

⁴⁷⁰² L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art.125

⁴⁷⁰³ Marraud des Grottes G., Expérimentation des véhicules autonomes : une nouvelle étape franchie avec la loi PACTE, Actualités du Droit 2019.

⁴⁷⁰⁴ Gouvernement.fr, Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018, p.16.

⁴⁷⁰⁵ Ibid. Marraud des Grottes G. ; Ibid. Gouvernement.fr.

A. La possible institutionnalisation de l'expérimentation européenne

Les institutions européennes, arbres à palabre législatif, gagneraient à irriguer davantage leurs discussions à la source expérimentale. Si les expérimentations gagnent du terrain en Droit européen, elles demeurent des pratiques marginales. Pourtant, la culture juridique européenne est propice au développement de l'expérimentation (1.) et à l'institutionnalisation de cette dernière (2.).

1. La culture juridique européenne : un terreau fertile à l'expérimentation

479. - Une culture évaluative fortement ancrée dans la pratique du législateur européen.

L'Assemblée nationale souligne que « l'évaluation est une procédure désormais solidement ancrée dans le fonctionnement de l'Union européenne »⁴⁷⁰⁶. Elle rappelle que le premier accord interinstitutionnel en la matière remonte à 2003⁴⁷⁰⁷ et présentait d'ores et déjà l'évaluation *ex ante* « comme un moyen d'aboutir à une réglementation plus adaptée aux besoins »⁴⁷⁰⁸ et souligne que la Commission Juncker « a repris le flambeau »⁴⁷⁰⁹ et qu'un nouvel accord interinstitutionnel visant à mieux légiférer a été adopté en avril 2016⁴⁷¹⁰. L'Assemblée nationale met en lumière le cercle vertueux que l'Union européenne a su créer en combinant évaluations *ex ante*, *in itinere* et *ex post*. Elle considère que le cycle de production de la législation européenne « repose sur deux piliers : l'évaluation précède toute initiative législative ; la production législative suit un cycle continu de la conception à la mise au point, et de l'application à la révision »⁴⁷¹¹. La construction itérative de la norme basée sur une logique évaluative permet au législateur européen de trier le bon grain de l'ivraie. La logique expérimentale, visant à évaluer une norme afin de l'adapter, est très donc très proche de la fabrique du Droit européen.

En outre, les quatre critères de qualification d'une expérimentation⁴⁷¹² sont : « qu'un terme soit fixé », « que ce terme soit fixé dans le texte même, *ab initio* », « qu'une évaluation des effets soit prévue » et « que la pérennisation éventuelle du dispositif soit subordonnée à l'adoption d'une loi »⁴⁷¹³. L'évaluation de l'expérimentation constitue la clef de voûte de sa réussite et, en France, la qualité lui fait souvent défaut. La culture évaluative que l'Union européenne a su construire depuis de nombreuses années pourrait lui permettre tant de mener à bien les expérimentations qu'elle met en place que d'accompagner les États membres dans l'évaluation de leurs propres expérimentations, particulièrement sur le plan méthodologique.

480. - Des normes temporaires fleurissant en Droit européen.

⁴⁷⁰⁶ Rapp. AN n° 771, op. cit. p. 71.

⁴⁷⁰⁷ Accord interinstitutionnel n° 2003/C 321/01, 31 déc. 2003.

⁴⁷⁰⁸ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁷⁰⁹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁷¹⁰ Accord interinstitutionnel du PE, du Cons. et de la Commission, 13 avr. 2016, Mieux légiférer.

⁴⁷¹¹ Ibid. Rapp. AN n° 771.

⁴⁷¹² CE, avis, 24 juin 1993, n° 353605 ; Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC ; Crouzatier-Durand F., *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, op. cit. ; Chevallier J., *Les lois expérimentales*, op. cit.

⁴⁷¹³ Ibid. Chevallier J., *Les lois expérimentales*.

Comme évoqué précédemment, deux des quatre critères de qualification d'une expérimentation sont « qu'un terme soit fixé » et « que ce terme soit fixé dans le texte même, *ab initio* »⁴⁷¹⁴. Or, les normes temporaires ne sont pas inconnues au législateur européen. Une mesure temporaire a par exemple été mise en place par l'Union européenne afin de « permettre aux fournisseurs de services de communications électroniques tels que les services de courrier électronique web et de messagerie de continuer à détecter et signaler les abus sexuels commis sur des enfants en ligne, y compris en matière de pédopillage, et à supprimer le matériel pédopornographique »⁴⁷¹⁵. La directive (UE) 2018/1972⁴⁷¹⁶, qui devait être transposée pour le 20 décembre 2020, a fait entrer les fournisseurs dans le champ d'application de la directive 2002/58/CE⁴⁷¹⁷. Or, l'article 5, paragraphe 1, et l'article 6, paragraphe 1, de cette dernière protègent la confidentialité des communications et les données relatives au trafic. À compter de la transposition de la directive (UE) 2018/1972, les fournisseurs ne pouvaient donc plus se fonder sur le règlement (UE) 2016/679⁴⁷¹⁸ « pour continuer à appliquer des mesures volontaires aux fins de détecter les abus sexuels »⁴⁷¹⁹. Afin de pouvoir continuer à lutter contre la pédopornographie en ligne et dans l'attente de la mise en place de la législation permanente annoncée par la Commission européenne⁴⁷²⁰, l'Union européenne a donc mis en place cette mesure temporaire. Dans le cadre de la pandémie mondiale liée au Covid-19, l'Union européenne a également mis en place une exonération temporaire de la TVA sur les activités d'« achat et de don »⁴⁷²¹. Si ces normes temporaires ne constituent pas des expérimentations juridiques à proprement parler, leur caractère limité dans le temps se rapproche de la logique expérimentale. La consécration des normes limitées dans le temps pourrait donc ouvrir la porte au développement de la pratique expérimentale au sein de l'Union européenne.

2. L'expérimentation : un arbre à sacraliser

481. - La pratique expérimentale européenne : une graine à enraciner.

La pratique expérimentale germe doucement en Droit européen. Les expérimentations mises en place dans le champ des compétences partagées de l'Union européenne, notamment en matière de santé, de sécurité sociale⁴⁷²² et d'environnement⁴⁷²³ ainsi que le développement de bacs à sable réglementaires⁴⁷²⁴, par exemple en ce qui concerne les *Fintech*⁴⁷²⁵ et la *Blockchain*⁴⁷²⁶, illustrent ce propos. Ce-

⁴⁷¹⁴ Ibid. Chevallier J., Les lois expérimentales.

⁴⁷¹⁵ Consilium.europa.eu, Presse, Communiqué de Presse, Lutte contre les abus commis contre des enfants en ligne – accord informel avec le Parlement européen sur les règles temporaires, 29 avr. 2021 ; Dir. (UE) n° 2018/1972, 11 déc. 2018.

⁴⁷¹⁶ Dir. (UE) n° 2018/1972, 11 déc. 2018.

⁴⁷¹⁷ Dir. (CE) n°2002/58, 12 juill. 2002.

⁴⁷¹⁸ Règl. (UE) n°2016/679, 27 avr. 2016

⁴⁷¹⁹ Résol. (COM) n° 2020/568, 6 juill. 2021.

⁴⁷²⁰ Consilium.europa.eu, Presse, Communiqué de Presse, Lutte contre les abus commis contre des enfants en ligne – accord informel avec le Parlement européen sur les règles temporaires, 29 avr. 2021.

⁴⁷²¹ Consilium.europa.eu, Communiqué de presse, Le Conseil adopte une exonération temporaire de la TVA sur les activités d'« achat et de don », 13 juill. 2021.

⁴⁷²² Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 34.

⁴⁷²³ Règl. (UE) n° 2018/848, 30 mai 2018 ; Recomm. (UE) n° 2013/179, 9 avr. 2013.

⁴⁷²⁴ Parenti R. (dir.), Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech, op. cit.

⁴⁷²⁵ Ibid. Parenti R. (dir.).

⁴⁷²⁶ Internationalfinance.com, EC to launch blockchain regulatory sandbox by 2022, sept. 2020 ; _Ec.europa.eu, Policies, Legal and regulatory framework for blockchain.

pendant, en l'absence de consécration juridique de l'expérimentation, cette dernière ne saurait prendre pleinement racine en Droit communautaire. Contrevenant théoriquement à l'objectif européen d'harmonisation des droits nationaux, l'expérimentation recèle une insécurité juridique limitant son déploiement. Il apparaît par exemple délicat de mettre en place une expérimentation portant sur les compétences exclusives de l'Union européenne actuellement⁴⁷²⁷. Au même titre que la France a constitutionnalisé l'expérimentation afin de limiter ses potentielles contradictions avec le principe d'égalité⁴⁷²⁸, l'Union européenne pourrait consacrer l'expérimentation afin de la concilier au mieux avec ses objectifs d'harmonisation. La consécration en Droit européen d'un droit à l'expérimentation fertiliserait cette pratique.

482. - Les expérimentations nationales : du grain à moudre pour le législateur européen.

En enrichissant ses évaluations *ex ante* et *ex post* des normes avec les expérimentations menées par les États membres, le législateur européen se donne les moyens de ne pas voir uniquement l'arbre qui cache la forêt. Fort d'une vision globale et pragmatique des conséquences potentielles d'une réglementation, il pourra construire des normes européennes plus pérennes et potentiellement plus précises. Cette précision pourra contribuer à une harmonisation plus importante entre États membres. En s'appuyant sur la première expérimentation française relative à l'affichage environnemental⁴⁷²⁹ pour développer sa méthode d'évaluation des produits⁴⁷³⁰, l'Union européenne a pu élaborer ses exigences en se fondant sur celles d'ores et déjà éprouvées par un État membre.

Actuellement, le législateur européen entend à travers les branches les résultats des expérimentations nationales. Il gagnerait à accéder de manière plus structurée aux démarches expérimentales menées par les États membres. Pour ce faire, il serait notamment envisageable qu'un organisme européen, existant ou qui resterait à créer, ait la charge de la logique expérimentale au sein de l'Union européenne. Celui-ci devrait non seulement suivre et accompagner les expérimentations européennes, mais également communiquer sur les expérimentations mises en place par des États membres. Cette communication aurait un double objectif : irriguer les institutions européennes des leçons apprises à l'échelle nationale et renforcer le lien entre États membres dans leur construction juridique. Il serait à la fois le point de contact des États membres mettant en place des expérimentations nationales et celui des institutions européennes travaillant sur des sujets en lien avec ces dernières. Cet organisme serait également tenu de publier et traduire des informations relatives à ces expérimentations nationales, notamment les évaluations et bilans, afin que l'ensemble des États membres puisse y avoir accès. En outre, lorsqu'un État membre le notifierait de la mise en place d'une expérimentation nationale en lien avec le Droit européen, il pourrait l'irriguer de l'expérience des autres États membres, notamment afin de l'aider à déterminer de la pertinence de la mise en place d'une telle expérimentation. Par exemple, dans le cadre de l'expérimentation relative aux abattoirs mobiles mise en place par la France afin « d'identifier les éventuelles difficultés d'application de la réglementation européenne »⁴⁷³¹, cet organisme aurait pu faire le lien avec la réglementation allemande en matière d'abattoirs mobiles. Aude Denizot souligne d'ailleurs qu'« il aurait sans doute été possible de se servir de leur expérience

⁴⁷²⁷ Rapp. CE, 3 oct. 2019, op. cit., p. 33.

⁴⁷²⁸ Pontier J.-M., L'expérimentation et les collectivités locales, op. cit.

⁴⁷²⁹ L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, art. 228.I.

⁴⁷³⁰ CESE, avis n° 2019-08, 26 mars 2019, p.16.

⁴⁷³¹ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 73.

pour se passer de cette phase d'observation en France »⁴⁷³². L'Office des publications de l'Union européenne, qui répertorie d'ores et déjà les législations en lien avec le Droit européen, tant les normes européennes que leurs transpositions en Droit national⁴⁷³³, ainsi que les données européennes, celles ouvertes par l'Union européenne comme par les États membres⁴⁷³⁴, pourrait par exemple remplir ces missions.

Deux limites importantes à cette pratique doivent cependant être mises en lumière. En premier lieu, l'expérimentation n'est pas aussi développée dans tous les États membres. Accorder une trop grande importance aux expérimentations nationales pourrait créer un déséquilibre entre les États membres dans leur contribution à l'élaboration de la norme européenne, norme qui viendra malgré tout s'imposer à tous. En second lieu, les différences culturelles, politiques, mais aussi juridiques entre États membres ne permettent pas de considérer qu'une expérimentation fructueuse au sein d'un État membre le sera *de facto* dans l'ensemble des États membres. L'Union européenne ne pourra donc pas se contenter de bouturer une expérimentation nationale pour la pérenniser à l'identique à l'échelle européenne.

B. Les modalités envisageables de l'expérimentation européenne

La consécration de l'expérimentation européenne, qu'elle soit portée par l'Union européenne ou par des États membres, appellerait à de nombreuses précisions du législateur européen. Peuvent notamment être évoquées à cet égard la question du portage de l'expérimentation - communautaire ou national – (1.) et celle de l'encadrement de l'objet de l'expérimentation (2.).

1. La diversité des modalités de mise en place de l'expérimentation envisageables

483. - Domaines où l'Union européenne a compétence exclusive : expérimentations mises en place par l'Union européenne.

Les domaines où l'Union européenne a compétence exclusive sont ceux où elle est « la seule à pouvoir légiférer et adopter des actes contraignants »⁴⁷³⁵. Prévus à l'article 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les domaines où l'Union européenne a compétence exclusive sont les suivants : l'union douanière, l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro, la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, la politique commerciale commune⁴⁷³⁶ et la conclusion de certains accords internationaux⁴⁷³⁷. Le premier paragraphe de l'article 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que, dans

⁴⁷³² Denizot A., L'expérimentation à foison, RTD civ. 2020.

⁴⁷³³ Eur-lex.europa.eu, Accueil.

⁴⁷³⁴ Data.europa.eu.

⁴⁷³⁵ Eur-lex.europa.eu, Répartition des compétences au sein de l'Union européenne.

⁴⁷³⁶ Traité FUE, art. 3.1.

⁴⁷³⁷ Traité FUE, art. 3.2. « L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui

le cadre d'une compétence exclusive de l'Union européenne, « seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union »⁴⁷³⁸.

De ce point de vue, une expérimentation européenne portant sur un domaine où l'Union européenne a compétence exclusive ne pourra être menée que sous l'égide de cette dernière. Plusieurs modalités et degrés d'intervention de l'Union européenne restent cependant envisageables. En premier lieu, elle pourrait être mise en place à l'initiative de l'Union européenne qui inviterait les États membres souhaitant y prendre part à participer à l'expérimentation. En second lieu, les États membres pourraient faire remonter à l'Union européenne les problématiques qu'ils ont dans la mise en œuvre des normes européennes portant sur des domaines à compétence exclusive et demander à l'Union européenne la mise en place d'une expérimentation en la matière.

484. - Domaines où l'Union européenne a compétence partagée : expérimentations mises en place par l'Union européenne ou les États membres.

Les domaines où l'Union européenne a compétence partagée sont ceux où « l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants »⁴⁷³⁹. Prévus à l'article 4 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les domaines où l'Union européenne a compétence partagée sont les suivants : le marché intérieur, la politique sociale (pour les aspects définis de façon précise dans le traité exclusivement), la cohésion économique, sociale et territoriale (politique régionale), l'agriculture et la pêche (à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer), l'environnement, la protection des consommateurs, les transports, les réseaux transeuropéens, l'énergie, l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique (pour les aspects définis dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne uniquement), la recherche, le développement technologique et l'espace et la coopération au développement et l'aide humanitaire⁴⁷⁴⁰.

Le second paragraphe de l'article 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que, dans le cadre d'une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres, « l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne »⁴⁷⁴¹. Deux cas sont donc envisageables. Dans le premier, l'Union européenne exerce sa compétence et les expérimentations pouvant alors être mises en place sont sensiblement les mêmes que celles précédemment évoquées pour les domaines où elle a compétence exclusive. Dans le second, l'Union européenne n'exerce pas sa compétence ou a cessé de l'exercer, les États membres pouvant alors exercer leur compétence. Si les États membres légifèrent par le biais d'expérimentation dans un premier temps, il serait pertinent que l'Union européenne en soit informée, reçoive les documents pertinents liés à cette expérimentation, notamment son évaluation, et

permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée »

⁴⁷³⁸ Traité FUE, art. 2.

⁴⁷³⁹ Ibid. Traité FUE.

⁴⁷⁴⁰ Traité FUE, art. 4.

⁴⁷⁴¹ Traité FUE, art. 2.

puisse communiquer lesdits documents aux autres États membres afin d'alimenter leurs réflexions en la matière. Elle pourrait également contribuer à la démarche évaluative.

485. - Domaines où l'Union européenne a compétence d'appui : expérimentations mises en place principalement par les États membres.

Dans certains domaines, l'Union européenne dispose d'une compétence pour « appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines »⁴⁷⁴². Prévu à l'article 6 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les domaines où l'Union européenne a compétence d'appui sont les suivants : la protection et l'amélioration de la santé humaine, l'industrie, la culture, le tourisme, l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, la protection civile et la coopération administrative⁴⁷⁴³.

Le cinquième paragraphe de l'article 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que, dans le cadre d'une compétence d'appui de l'Union européenne, « les actes juridiquement contraignants de l'Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives à ces domaines ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres »⁴⁷⁴⁴. De ce point de vue, il semble plus pertinent que l'expérimentation soit mise en place par les États membres et l'Union européenne pourrait alors jouer le même rôle que celui évoqué dans le second cas concernant les compétences partagées. En jouant un rôle en matière d'évaluation des expérimentations nationales touchant à un des domaines où elle a compétence d'appui, l'Union européenne pourrait d'autant plus « appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres »⁴⁷⁴⁵.

2. La délicate délimitation de l'objet de l'expérimentation

486. - Les libertés fondamentales et des droits garantis par les traités de l'Union européenne.

En France, la question de la possibilité d'expérimenter en matière de libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis a fait débat dans l'hémicycle lors de la réforme constitutionnelle de 2003⁴⁷⁴⁶. En ce qui concerne l'expérimentation-dérogation, le pouvoir constituant a fait le choix d'exclure explicitement les libertés publiques et les droits constitutionnellement garantis du champ des expérimentations de l'article 72 alinéa 4⁴⁷⁴⁷. En matière d'expérimentation-transfert, le pouvoir constituant n'a pas apporté ce type de précisions et la lecture des rapports et débats parlementaires⁴⁷⁴⁸ laisse à penser que des expérimentations mises en place au titre de l'article 37-1 de la Constitution peuvent porter sur des libertés publiques et sur des droits constitutionnellement garantis, dans la mesure où ces expérimentations ne remettent pas en cause et ne portent pas par elles-mêmes atteinte

⁴⁷⁴² Ibid. Traité FUE.

⁴⁷⁴³ Traité FUE, art. 6.

⁴⁷⁴⁴ Traité FUE, art. 2.

⁴⁷⁴⁵ Ibid.

⁴⁷⁴⁶ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 92 ; Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 14.

⁴⁷⁴⁷ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 4. « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »

⁴⁷⁴⁸ Ibid. Rapp. AN n° 376.

aux droits constitutionnellement garantis⁴⁷⁴⁹. La consécration d'une expérimentation européenne, ou même la simple généralisation de cette pratique à Droit constant, conduira à des questionnements similaires : une expérimentation européenne peut-elle porter sur des libertés fondamentales ou des droits garantis par les traités fondateurs ?

L'article 2 du traité sur l'Union européenne rappelle que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités »⁴⁷⁵⁰. Une partie de ces droits et libertés fondamentales sont déclinés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁷⁵¹. Il convient donc de déterminer si des expérimentations européennes pourraient porter sur ces différents textes et sur les droits et libertés qu'ils visent à garantir. Une première option serait, afin de garantir le respect des droits fondamentaux de manière identique au sein des États membres et d'éviter de potentielles dérives dues à des expérimentations mises en place dans ce champ, d'exclure explicitement les droits et libertés fondamentales du champ de l'expérimentation européenne. Cependant, cela empêcherait la mise en place de possibles expérimentations vertueuses visant précisément à renforcer l'effectivité de ces droits et libertés. Une seconde option, inspirée de la position française en ce qui concerne les expérimentations prévues à l'article 37-1 de la Constitution portant sur des droits constitutionnellement garantis, serait de permettre des expérimentations portant sur des droits et libertés garantis par les traités dans la mesure où ces expérimentations ne remettent pas en cause et ne portent pas par elles-mêmes atteinte aux droits et libertés prévus par les traités de l'Union européenne⁴⁷⁵². Si une intervention explicite de l'Union européenne pour préciser cela n'est pas strictement nécessaire, elle pourrait cependant être opportune afin que le silence ne laisse place au doute comme ce fut le cas en France⁴⁷⁵³. Une troisième option pourrait être de permettre de prévoir que des expérimentations européennes peuvent porter sur des droits et libertés garantis par les traités dans la mesure où ces expérimentations visent à améliorer l'effectivité de ces droits et libertés⁴⁷⁵⁴.

487. - La répartition de compétence entre l'Union européenne et les États membres.

La réforme constitutionnelle française de 2003 consacre le principe d'adéquation⁴⁷⁵⁵ selon lequel « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »⁴⁷⁵⁶. Ce principe conduisant « à rechercher le niveau le plus adéquat pour l'exercice d'une compétence »⁴⁷⁵⁷, est « indubitablement »⁴⁷⁵⁸ inspiré du Droit communautaire. En effet, l'article 5 du traité sur l'Union européenne prévoit que « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union » et que « les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences »⁴⁷⁵⁹. Il précise que « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États

⁴⁷⁴⁹ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁷⁵⁰ Traité UE, art. 2.

⁴⁷⁵¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n° 364/01, 18 déc. 2000.

⁴⁷⁵² Rapp. AN n° 376, op. cit.

⁴⁷⁵³ Rapp. AN n° 955, op. cit. p. 24 et s. ; Rapp. Sénat n° 27, op. cit. ; Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁷⁵⁴ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁷⁵⁵ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003, art. 5.

⁴⁷⁵⁶ Const., 4 oct. 1958, art. 72 al. 2.

⁴⁷⁵⁷ Rapp. AN n° 376, op. cit. p. 85 & s.

⁴⁷⁵⁸ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁷⁵⁹ Traité UE, art. 5.

membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »⁴⁷⁶⁰. Le rapport Clément souligne cependant que le principe européen de subsidiarité, inspiré en grande partie de la loi fondamentale allemande, diverge sensiblement du principe français d'adéquation⁴⁷⁶¹. Alors que le premier « correspond à une logique fédérale ; la compétence s'exerce à l'échelon le plus bas, sauf s'il existe un intérêt, en termes d'efficacité de l'action publique, à ce que la compétence soit mise en œuvre à l'échelon plus élevé », le second correspond à « un État unitaire qui a vocation à être décentralisé »⁴⁷⁶². Le lien qu'entretiennent les principes d'adéquation et de subsidiarité avec l'expérimentation est certain. En premier lieu, la consécration de l'expérimentation de l'article 37-1 et celle de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution française visent notamment à faciliter la concrétisation du principe d'adéquation⁴⁷⁶³. En second lieu, l'Allemagne, dont le principe de subsidiarité est inscrit dans la loi fondamentale et a inspiré l'Union européenne, est un des États européens précurseurs en matière d'expérimentation, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 16 juin 1981 conférant d'ores et déjà un statut constitutionnel à la méthode expérimentale⁴⁷⁶⁴. Il semble alors pertinent de s'interroger sur le lien qu'entretiendraient le principe de subsidiarité et l'expérimentation européenne, particulièrement sur la possibilité d'expérimenter la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres.

Les domaines où l'Union européenne a compétence partagée ou d'appui étant soumis au principe de subsidiarité⁴⁷⁶⁵, il convient de déterminer si dans ceux-ci « les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres [...], mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ». L'article 5 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité précise que « tout projet d'acte législatif européen devrait comporter une fiche contenant des éléments circonstanciés permettant d'apprécier le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité » et ajoute que « les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs »⁴⁷⁶⁶. Xavier Marchand-Tonel souligne que, malgré les modifications apportées par le traité de Lisbonne en ce qui concerne la caractérisation du principe de subsidiarité, cette dernière reste « équivoque » et caractérisée par des « ambiguïtés »⁴⁷⁶⁷. Expérimenter la répartition des compétences partagées ou d'appui de l'Union européenne pourrait permettre de pallier ces carences tout en fournissant des éléments circonstanciés justifiant de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. La logique du principe de subsidiarité étant ascendante⁴⁷⁶⁸, des expérimentations portant sur des législations nationales dans un domaine de compétence partagée ou d'appui pourraient être mises en place dans des États membres, à l'échelle nationale, fédérée ou locale, afin de déterminer factuellement si les objectifs peuvent être « atteints de manière suffisante »⁴⁷⁶⁹ à ces échelons. Des expérimentations pourraient également porter sur des réglementations européennes dans un domaine de compétence partagée ou d'appui afin de s'assurer qu'un objectif peut être « mieux atteint

⁴⁷⁶⁰ Ibid. Traité UE.

⁴⁷⁶¹ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁷⁶² Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁷⁶³ Ibid. Rapp. AN n° 376.

⁴⁷⁶⁴ Rapp. Sénat n° 7, 1e oct. 1995.

⁴⁷⁶⁵ Traité UE, art. 5.

⁴⁷⁶⁶ Prot. n° 310/207, 16 déc. 2004, sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

⁴⁷⁶⁷ Marchand-Tonel X., La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne, Droit et Société 2012.

⁴⁷⁶⁸ L'Union européenne intervenant si les échelons nationaux, fédérés ou locaux ne sont pas pertinents.

⁴⁷⁶⁹ Ibid. Traité UE.

au niveau de celle-ci »⁴⁷⁷⁰. Ces expérimentations, qu'elles portent sur une norme nationale ou communautaire, devraient faire l'objet d'une évaluation conjointe de l'Union européenne et des États membres expérimentateurs.

Conclusion du Chapitre : Au terme d'une expérimentation, celle-ci peut être prolongée, abandonnée ou pérennisée. En 2003, le pouvoir constituant⁴⁷⁷¹ et le législateur organique⁴⁷⁷², s'inspirant de la position du Conseil constitutionnel⁴⁷⁷³, ne semblent considérer que la généralisation comme mode de pérennisation. Si elle peut sembler simple en théorie, la généralisation d'une expérimentation ne manque pas de soulever d'autres questions de Droit, notamment en ce qui concerne le devenir des actes pris durant la phase expérimentale et l'application des règles de la commande publique au sein des collectivités territoriales expérimentatrices lors de la généralisation de l'expérimentation. À la fin des années 2010, le renforcement de la décentralisation dessine une autre pérennisation possible de l'expérimentation : la différenciation territoriale. Cette nouvelle issue n'est que partiellement adaptée aux territoires d'intelligences. En effet, si cette nouvelle issue est au service du pragmatisme territorial, enjeu phare des territoires d'intelligences, la complexification du Droit qu'elle entraînerait pourrait constituer un frein à la participation citoyenne. En outre, lorsque le sujet de l'expérimentation ne concerne pas les compétences des collectivités territoriales, la différenciation pourrait s'avérer obsolète dans un environnement de plus en plus régulé à l'échelle européenne. Ce constat invite à s'interroger sur l'opportunité que pourrait constituer un rapprochement de la démarche expérimentale avec le Droit européen. Alors que l'expérimentation est une pratique croissante au sein de l'Union européenne et que les expérimentations nationales se multiplient, faire de l'eupéanisation un mode de pérennisation de l'expérimentation française pourrait s'avérer pertinent. L'institutionnalisation de l'expérimentation européenne pourrait également être enrichissante pour le législateur communautaire. Reste encore à définir les contours de ces outils juridiques et la tâche peut s'avérer délicate.

Conclusion du Titre : L'expérimentation juridique n'étant qu'un outil au service du législateur, la norme édictée dans ce cadre est temporaire et vise à déterminer non seulement s'il existe un véritable intérêt à légiférer de manière pérenne, mais également de la manière dont cela devrait être fait. Pour ce faire, l'évaluation est la clef de voûte de la réussite de la démarche expérimentale. Pourtant, elle souffre encore d'incertitudes qui lui sont préjudiciables. Ces dernières appellent donc à une clarification de l'évaluation de l'expérimentation. En outre, l'évaluation impliquant l'analyse d'un grand nombre de données, les moyens, notamment humains, dont dispose l'administration sont parfois insuffisants. De ce point de vue, les algorithmes pourraient être mis au service de l'évaluation de l'expérimentation. En outre, après avoir répondu à la question de l'intérêt de la réforme et du contenu de la nouvelle norme, si le législateur décide effectivement de la pérenniser, différents modes de pérennisation peuvent s'offrir à lui. En effet, si la généralisation de l'expérimentation est longtemps restée la seule forme de pérennisation, de nouvelles modalités émergent progressivement. Ainsi, la différenciation territoriale apparaît progressivement comme une issue possible de l'expérimentation. Une autre voie, encore peu évoquée, se dessine également : l'eupéanisation de l'expérimentation.

⁴⁷⁷⁰ Ibid. Traité UE.

⁴⁷⁷¹ L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003.

⁴⁷⁷² L. org. n° 2003-704, 1 août 2003.

⁴⁷⁷³ Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

Conclusion de la Partie : Se faisant l'écho du principe d'adéquation territorial, permettant de faire de la sérendipité législative une force et faisant participer les acteurs du territoire, l'expérimentation juridique apparaît comme un outil pertinent à l'ère des territoires d'intelligences. Cependant, pour permettre au législateur d'intervenir efficacement dans ce domaine, il doit se réinventer à plusieurs égards. Tout d'abord, la mise en place de l'expérimentation devrait être facilitée. Outre, la simplification de la procédure de l'expérimentation-dérogation déjà mise en place, il conviendrait également s'assouplir les modalités de définition de l'objet. De plus, l'évaluation, qui est la pierre angulaire de la méthode expérimentale, gagnerait à être améliorée. En outre, dans un contexte de plus en plus régulé au niveau européen, ses interactions avec le Droit communautaire gagneraient à être clarifiée, voire renforcée en consacrant la méthode expérimentale au niveau européen ou en faisant de l'europléanisation d'une issue de l'expérimentation. La diversification des issues de l'expérimentation est d'ailleurs un enjeu mis en lumière par plusieurs rapports plaidants pour la consécration de la différenciation territoriale. Si elle souffre encore de lacunes, l'expérimentation juridique témoigne malgré tout de la capacité du législateur non seulement à accompagner l'innovation opérationnelle mais également à innover lui-même sur le plan juridique.

CONCLUSION

Au sein des territoires d'intelligences, le Droit démontre quotidiennement sa capacité à favoriser l'innovation, tant sa conception que sa concrétisation. Afin de garantir un développement sain des territoires d'intelligences, où le numérique est tourné vers l'intérêt général et intervient dans le respect des droits fondamentaux, le Droit évolue. Ainsi, il développe de nouveaux outils juridiques en faveur de la collaboration et de la participation citoyenne, encourage le pragmatisme territorial et intervient de manière pragmatique en matière de numérique. Cependant, face aux révolutions qu'emportent les territoires d'intelligences, notamment en matière d'organisation territoriale, de numérique et de méthodes de création de l'innovation, le législateur n'est pas toujours certain de la nécessité de son intervention ni de la manière dont il conviendrait de légiférer le cas échéant. Fort heureusement, il dispose de l'expérimentation juridique qui peut l'appuyer dans cette démarche. Si cette dernière peut encore être améliorée, elle est d'ores et déjà un allié de taille pour le législateur dans sa démarche volontaire encourageant l'innovation. Dans ce cadre, le législateur renoue donc avec sa propre capacité à innover. Il améliore les outils à sa disposition, s'en crée de nouveaux afin de légiférer pragmatiquement et invente de nouvelles règles de Droit. Ainsi, non seulement le Droit peut favoriser l'innovation mais l'innovation peut également favoriser le Droit. Les innovations techniques qui s'immiscent dans le domaine de la justice attestent également de la capacité du Droit à innover. Ainsi, le numérique occupe une place croissante dans le domaine de justice comme en témoignent le développement de bases de données pour accéder aux informations juridiques et l'utilisation d'algorithmes en matière de décision de justice. Aussi enrichissantes ces synergies soient-elles, elles comportent des risques. La fracture numérique pourrait conduire à une justice inégalitaire, les biais algorithmiques à une justice discriminatoire et la robotisation des tribunaux à une justice déshumanisée.

BIBLIOGRAPHIE

Avertissement : En raison de la généralisation de la consultation en ligne des revues juridiques et des ouvrages numérisés, principalement par l'usage de mots-clés, la pagination n'est plus indiquée.

1. Sources officielles

1.1. Sources officielles françaises

1.1.1. Textes

Const., 4 oct. 1958.

Charte de l'environnement, 2004.

Décl. des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789.

Règlement de l'Assemblée nationale, 1959.

1.1.1.1. Codes officiels

CGCT

CRPA

CCP

CGI

C. civ.

C. pén.

C. envir.

C. élect.

C. trav.

C. com.

CSP

C. transp.

C. mon. fin.

CPI

C. éduc.

C. défense

C. rech.

C. consom.

1.1.1.1. Textes ayant reçu un numéro d'ordre chronologique

- **Projets et propositions de loi**

- Projets et propositions de lois ordinaires

Projet de loi n° 4978 et n° 423, 31 janv. 2022, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

Proposition de loi n° 4469, 21 sept. 2021, visant à instaurer le vote par correspondance.

Proposition de loi n° 4096, 15 avr. 2021, relative à la lutte contre l'illectronisme et pour l'inclusion numérique.

Proposition de loi n° 3849, 9 févr. 2021, relative au développement de l'engagement collectif et des alliances innovantes au service de l'intérêt général sur les territoires pour une société durable.

Projet de loi n° 4406, 12 mai 2021, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

Proposition de loi n° 3039, 2 juin 2020, visant à rétablir le vote par correspondance.

Proposition de loi n° 2811, 7 avr. 2020, visant à généraliser la possibilité de voter par correspondance lors des élections.

Proposition de loi n° 1748, 6 mars 2019, visant à imposer les revenus tirés d'une présence numérique significative en France.

Proposition de loi n° 1068, 13 juin 2018, relative au développement du financement participatif public.

Proposition de loi n° 675, 19 févr. 2018, portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Projet de loi n° 187, 20 déc. 1978, pour le développement des responsabilités des collectivités locales.

Projet de loi n° 3143, 14 juin 2011, sur la société de l'information.

- Projets et propositions de lois organiques

Projet de loi organique n° 3523, 29 juill. 2020, relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

Proposition de loi organique n° 754, 7 mars 2018, visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi.

Proposition de loi organique n° 726, 27 févr. 2018, relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

- Projets et propositions de lois constitutionnelles

Proposition de loi constitutionnelle n° 4661, 10 nov. 2021, pour une nouvelle démocratie citoyenne et participative.

Proposition de loi constitutionnelle n° 682, 29 juill. 2020, pour le plein exercice des libertés locales.

Proposition de loi constitutionnelle n° 4, 1 oct. 2019, pour le renforcement des libertés locales.

Projet de loi constitutionnelle n° 2203, 29 août 2019, pour le renouveau de la vie démocratique.

Proposition de loi constitutionnelle n° 2179, 19 juill. 2019, visant à instaurer un référendum d'initiative citoyenne législatif et abrogatoire.

Proposition de loi constitutionnelle n° 1558, 8 janv. 2019, visant à instaurer la possibilité de référendums d'initiative citoyenne.

Projet de loi constitutionnelle n° 911, 9 mai 2018, pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

Proposition de loi constitutionnelle n° 208, 19 déc. 2014, tendant à assurer la représentation équilibrée des territoires.

Projet de loi constitutionnelle n° 369, 7 nov. 2002, relatif à l'organisation décentralisée de la République.

Proposition de loi constitutionnelle n° 402, 18 sept. 2002, relative à la libre administration des collectivités territoriales.

Proposition de loi constitutionnelle n° 2278, 24 mars 2000, tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales.

- **Etudes d'impact :**

Étude d'impact, 11 mai 2021, Projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

Étude d'impact, 23 juill. 2020, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

Étude d'impact, 9 déc. 2015, Projet de loi pour une république numérique.

- **Lois**

- Lois ordinaires

L. n° 2022-52, 24 janv. 2022, relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure.

L. n° 2021-1308, 8 oct. 2021, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des transports, de l'environnement, de l'économie et des finances.

L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

L. n° 2020-734, 17 juin 2020, relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

L. n° 2020-1577, 14 déc. 2020, relative au renforcement de l'inclusion dans l'emploi par l'activité économique et à l'expérimentation « territoire zéro chômeur de longue durée ».

L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

L. n° 2020-105, 10 fév. 2020, relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019, de finances pour 2020.

- L. n° 2019-1461, 27 déc. 2019, relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.
- L. n° 2019-1428, 24 déc. 2019, d'orientation des mobilités.
- L. n° 2019-759, 24 juill. 2019, portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.
- L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.
- L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, de finances pour 2019.
- L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des affaires.
- L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.
- L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.
- L. n° 2018-771, 5 sept. 2018, pour la liberté de choisir son avenir professionnel.
- L. n° 2018-727, 10 août 2018, pour un État au service d'une société de confiance.
- L. n° 2018-697, 3 août 2018, relative à l'harmonisation de l'utilisation des caméras mobiles par les autorités de sécurité publique.
- L. n° 2018-493, 20 juin 2018, relative à la protection des données personnelles.
- L. n° 2018-166, 8 mars 2018, relative à l'orientation et à la réussite des étudiants.
- L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité.
- L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, de financement de la sécurité sociale pour 2018.
- L. n° 2017-86, 27 janv. 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté.
- L. n° 2016-1888, 28 déc. 2016, de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne.
- L. n° 2016-1827, 23 déc. 2016, de financement de la sécurité sociale pour 2017.
- L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle.
- L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, pour une République numérique.
- L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.
- L. n° 2016-925, 7 juill. 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

- L. n° 2016-339, 22 mars 2016, relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs.
- L. n° 2016-231, 29 févr. 2016, d'expérimentation territoriale visant à résorber le chômage de longue durée.
- L. n° 2016-41, 26 janv. 2016, de modernisation de notre système de santé.
- L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015, relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public visant la transposition de la directive 2013/37 de l'Union Européenne.
- L. n° 2015-992, 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte.
- L. n° 2015-991, 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République.
- L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
- L. n° 2015-917, 28 juill. 2015, actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.
- L. n° 2015-912, 24 juill. 2015, relative au renseignement.
- L. n° 2014-1353, 13 nov. 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.
- L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire.
- L. n° 2014-744, 1^{er} juill. 2014, permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.
- L. n° 2014-366, 24 mars 2014, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.
- L. n° 2014-58, 27 janv. 2014, de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.
- L. n° 2014-1, 2 janv. 2014, habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.
- L. n° 2013-1168, 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.
- L. n° 2013-1005, 12 nov. 2013, habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
- L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, relative à la transparence de la vie publique.
- L. n° 2013-660, 22 juill. 2013, relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.
- L. n° 2013-659, 22 juill. 2013, relative à la représentation des Français établis hors de France.

- L. n° 2013-595, 8 juill. 2013, d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République.
- L. n° 2013-312, 15 avr. 2013, visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes.
- L. n° 2012-1460, 27 déc. 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.
- L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.
- L. n° 2011-1977, 28 déc. 2011, de finances pour 2012.
- L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, relative à la bioéthique.
- L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.
- L. n° 2011-267, 14 mars 2011, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.
- L. n° 2011-12, 5 janv. 2011, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne.
- L. n° 2010-1563, 16 décembre 2010, de réforme des collectivités territoriales.
- L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, portant engagement national pour l'environnement.
- L. n° 2009-1646, 24 déc. 2009, de financement de la sécurité sociale pour 2010.
- L. n° 2009-1572, 17 déc. 2009, relative à la lutte contre la fracture numérique.
- L. n° 2009-972, 3 août 2009, relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.
- L. n° 2009-967, 3 août 2009, de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.
- L. n° 2008-1249, 1er déc. 2008, généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion
- L. n° 2008-696, 15 juill. 2008, relative aux archives.
- L. n° 2007-297, 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance.
- L. n° 2007-148, 2 févr. 2007, de modernisation de la fonction publique.
- L. n° 2006-1666, 21 déc. 2006, de finances pour 2007.

- L. n° 2006-450, 18 avr. 2006, de programme pour la recherche.
- L. n° 2006-399, 4 avr. 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.
- L. n° 2006-64, 23 janv. 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.
- L. n° 2005-1319, 26 oct. 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement
- L. n° 2005-493, 19 mai 2005, autorisant l'approbation de la Convention sur la cybercriminalité et du protocole additionnel à cette Convention relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques
- L. n° 2005-380, 23 avr. 2005, d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.
- L. n° 2004-1343, 9 déc. 2004, de simplification du droit.
- L. n° 2004-809, 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales.
- L. n° 2004-801, 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- L. n° 2004-800, 6 août 2004, relative à la bioéthique.
- L. n° 2004-669, 9 juill. 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.
- Loi n° 2004-575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique.
- L. n° 2004-404, 10 mai 2004, actualisant le tableau de répartition des sièges de sénateurs et certaines modalités de l'organisation de l'élection des sénateurs.
- L. n° 2004-204, 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- L. n° 2003-1365, 31 déc. 2003, relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.
- L. n° 2003-277, 28 mars 2003, tendant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français établis hors de France pour les élections de l'Assemblée des Français de l'étranger.
- L. n° 2003-239, 18 mars 2003, pour la sécurité intérieure.
- L. n° 2003-6, 3 janv. 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques
- L. n° 2002-1487, 20 déc. 2002, de financement de la sécurité sociale pour 2003.

- L. n° 2002-276, 27 févr. 2002, relative à la démocratie de proximité.
- L. n° 2002-92, 22 janv. 2002, relative à la Corse.
- L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001, relative à la sécurité quotidienne.
- L. n° 2001-624, 17 juill. 2001, portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.
- L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain.
- L. n° 2000-321, 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
- L. n° 99-586, 12 juill. 1999, relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.
- L. n° 99-533, 25 juin 1999, d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.
- L. n° 97-135 du 13 févr. 1997, portant création de l'établissement public " Réseau ferré de France " en vue du renouveau du transport ferroviaire.
- L. n° 97-60, 24 janv. 1997, tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance.
- L. n° 96-516, 14 juin 1996, tendant à créer un Office parlementaire d'évaluation de la législation
- L. n° 96-299, 10 avr. 1996, relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information.
- L. n° 95-115, 4 févr. 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.
- L. n° 95-101, 2 févr. 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement.
- L. n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.
- L. n° 94-653, 29 juill. 1994, relative au respect du corps humain.
- L. n° 94-639, 25 juill. 1994, modifiant l'article 21 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.
- L. n° 94-637, 25 juill. 1994, relative à la sécurité sociale.
- L. n° 94-88, 1 févr. 1994, modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

L. n° 93-1436, 31 déc. 1993, portant réforme de la dotation globale de fonctionnement et modifiant le code des communes et le code général des impôts.

L. n° 93-1313, 20 déc. 1993, quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

L. n° 91-3, 3 janv. 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

L. n° 92-125, 6 févr. 1992, relative à l'administration territoriale de la République.

L. n° 91-662, 13 juill. 1991, d'orientation pour la ville.

L. n° 90-86, 23 janv. 1990, portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.

L. n° 88-1262, 30 déc. 1988, modifiant certaines dispositions du code électoral et du code des communes relatives aux procédures de vote et au fonctionnement des conseils municipaux.

L. n° 88-1088, 1 déc. 1988, relative au revenu minimum d'insertion.

L. n° 88-1138, 20 déc. 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

L. n° 88-19, 5 janv. 1988, relative à la fraude informatique.

L. n° 87-571, 23 juill. 1987, sur le développement du mécénat.

L. n° 86-2, 3 janv. 1986, relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

L. n° 85-30, 9 janv. 1985, relative au développement et à la protection de la montagne.

L. n° 84-52, 26 janv. 1984, sur l'enseignement supérieur.

L. n° 83-663, 22 juill. 1983, complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.

L. n° 83-636, 13 juill. 1983, portant modification du statut des agglomérations nouvelles.

L. n° 83-630, 12 juill. 1983, relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.

L. n° 83-609, 8 juill. 1983, portant création d'une délégation parlementaire dénommée office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

L. n° 83-466, 10 juin 1983, portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale.

L. n° 83-25, 19 janv. 1983, portant diverses mesures d'ordre social.

L. n° 82-689, 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

L. n° 82-623, 22 juill. 1982, modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales.

L. n° 82-610, 15 juill. 1982, d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France.

L. n° 82-213, 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

L. n° 79-18, 3 janv. 1979, sur les archives.

L. n° 79-15, 3 janv. 1979 instituant une dotation globale de fonctionnement versée par l'Etat aux collectivités locales et à certains de leurs groupements et aménageant le régime des impôts directs locaux pour 1979.

L. n° 78-753, 17 juill. 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

L. n° 78-11, 4 janv. 1978, modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales et de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière et portant dérogation, à titre temporaire, pour certains établissements hospitaliers publics ou participant au service public hospitalier, aux règles de tarification ainsi que, pour les soins donnés dans ces établissements, aux modalités de prise en charge.

L. n° 75-17, 17 janv. 1975, relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

L. n° 73-1193, 27 déc. 1973, d'orientation du commerce et de l'artisanat.

L. n° 70-643, 17 juillet 1970, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

L. n° 70-523, 19 juin 1970, relative à l'exercice de fonctions à mi-temps par les fonctionnaires de l'État.

L. n° 66-1069, 31 déc. 1966, relative aux communautés urbaines.

L. n° 69-419, 10 mai 1969, modifiant certaines dispositions du code électoral

L. n° 59-1557, 31 déc. 1959, sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés.

L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération.

L., 1er juill. 1901, relative au contrat d'association.

L., 22 mars 1890, sur les syndicats de communes ajoutant un titre 8 (art. 169 à 180) à la loi du 05-04-1884 relative à l'organisation municipale.

L., 17 mars 1791, portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

- Lois organiques

L. org. n° 2021-467, 19 avr. 2021, relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

L. org. n° 2013-906, 11 oct. 2013, relative à la transparence de la vie publique.

L. org. n° 2009-403, 15 avr. 2009, relative à l'application des articles 34-1.

L. org. n° 2003-705, 1er août 2003, relative au référendum local.

L. org. n° 2003-704, 1 août 2003, relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

L. org. n° 2001-692, 1er août 2001, relative aux lois de finances.

- Lois constitutionnelles

L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, de modernisation des institutions de la Ve République.

L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la République.

- **Ordonnances**

Ord. n° 2021-1735, 22 déc. 2021, modernisant le cadre relatif au financement participatif.

Ord. n° 2020-1597, 16 déc. 2020, portant mesures d'urgence en matière de congés payés et de jours de repos, de renouvellement de certains contrats et de prêt de main-d'œuvre.

Ord. n° 2020-323, 25 mars 2020, portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos.

Ord. n° 2020-71, 29 janv. 2020, relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant le livre 1er du code de la construction et de l'habitation.

Ord. n° 2018-1125, 12 déc. 2018, prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

Ord. n° 2018-937, 30 oct. 2018, visant à faciliter la réalisation de projets de construction et à favoriser l'innovation.

Ord. n° 2017-1674, 8 déc. 2017, relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers

Ord. n° 2017-80, 26 janv. 2017, relative à l'autorisation environnementale.

Ord. n° 2016-1057, 3 août 2016, relative à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques.

Ord. n° 2016-520, 28 avr. 2016, relative aux bons de caisse

Ord. n° 2016-488, 21 avr. 2016, relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

Ord. n° 2016-307, 17 mars 2016, portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques dans le code des relations entre le public et l'administration.

Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 relative aux marchés publics.

Ord. n° 2014-559, 30 mai 2014, relative au financement participatif.

Ord. n° 2014-356, 20 mars 2014, relative à l'expérimentation d'un certificat de projet.

Ord., n° 2013-714, 5 août 2013, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Ord., n° 2010-1232, 21 oct. 2010, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement

Ord. n° 2005-1516, 8 déc. 2005, relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives

Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005, relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

Ord. n° 67-821, 23 sept. 1967, sur les groupements d'intérêt économique.

Ord. n° 58-1296, 23 déc. 1958, modifiant et complétant le code de procédure pénale.

- **Décrets ayant reçu un numéro d'ordre chronologique**

- D. n° 2021-1634, 13 déc. 2021, relatif aux achats innovants et portant diverses autres dispositions en matière de commande publique.
- D. n° 2020-412, 8 avr. 2020, relatif au droit de dérogation reconnu au préfet.
- D. n° 2020-225, 6 mars 2020, relatif à la procédure d'opposition aux brevets d'invention.
- D. n° 2019-1434, 23 déc. 2019, prorogeant l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au directeur général de l'agence régionale de santé.
- D. n° 2019-1403, 18 déc. 2019, relatif aux recherches et aux expérimentations menées dans les écoles et établissements d'enseignement publics et privés sous contrat et dans les établissements français d'enseignement à l'étranger.
- D. n° 2019-528, 27 mai 2019, relatif à l'expérimentation d'une « e-carte d'assurance maladie ».
- D. n° 2019-184, 11 mars 2019, relatif aux conditions d'application de l'ordonnance n° 2018-937 du 30 octobre 2018 visant à faciliter la réalisation de projets de construction et à favoriser l'innovation.
- D. n° 2019-66, 1er févr. 2019, relatif à l'expérimentation du « pass Culture ».
- D. n° 2018-1239, 24 décembre 2018, relatif à l'indication de l'origine du lait et du lait et des viandes utilisés en tant qu'ingrédient.
- D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018, portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.
- D. n° 2018-1217, 24 déc. 2018, pris en application des articles 56 et 57 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.
- D. n° 2018-1117, 10 déc. 2018, relatif aux catégories de documents administratifs pouvant être rendus publics sans faire l'objet d'un processus d'anonymisation.
- D. n° 2018-385, 23 mai 2018, portant expérimentation de certaines modalités de traitement des demandes d'asile en Guyane.
- D. n° 2018-384, 23 mai 2018, relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique.
- D. n° 2018-211, 28 mars 2018, relatif à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques.
- D. n° 2018-125, 21 févr. 2018, relatif au cadre d'expérimentations pour l'innovation dans le système de santé prévu à l'article L. 162-31-1 du code de la sécurité sociale.
- D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017, relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au directeur général de l'agence régionale de santé.

- D. n° 2017-1845, 29 déc. 2017, relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet.
- D. n° 2017-1743, 22 déc. 2017, portant expérimentation de marquages sur les trottoirs à des fins publicitaires.
- D. n° 2017-1108, 27 juin 2017, relatif aux dérogations à l'organisation de la semaine scolaire dans les écoles maternelles et élémentaires publiques
- D. n° 2017-1044, 10 mai 2017, portant expérimentation en matière de construction.
- D. n° 2017-636, 25 avr. 2017, relatif aux conditions de l'expérimentation de l'enregistrement des contrôles d'identité par les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale équipés d'une caméra mobile.
- D. n° 2017-601, 21 avr. 2017, pris pour l'application de l'article 109 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017.
- D. n° 2017-331, 14 mars 2017, relatif au service public de mise à disposition des données de référence.
- D. n° 2017-330, 14 mars 2017, relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique.
- D. n° 2016-1272, 29 sept. 2016, relatif aux investissements participatifs dans les projets de production d'énergie renouvelable.
- D. n° 2016-1137, 19 août 2016, relatif à l'indication de l'origine du lait et du lait et des viandes utilisés en tant qu'ingrédient.
- D. n° 2016-973, 15 juill. 2016, relatif à la mise à disposition des personnes publiques de données relatives au transport, à la distribution et à la production d'électricité, de gaz naturel et de biométhane, de produits pétroliers et de chaleur et de froid.
- D. n° 2016-361, 25 mars 2016, relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.
- D. n° 2016-360, 25 mars 2016, relatif aux marchés publics.
- D. n° 2016-86, 25 mars 2016, relatif aux contrats de concession.
- D. n° 2015-1381, 29 oct. 2015, relatif aux éléments d'informations sur l'évolution du projet coopératif d'une société coopérative d'intérêt collectif à inscrire dans le rapport de gestion ou le rapport du conseil d'administration ou du directoire.
- D. n° 2015-1670, 14 déc. 2015, portant dispositions relatives aux mandats confiés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics en application des articles L.1611-7 et L.1611-7-1 du code général des collectivités territoriales.

D. n° 2015-416, 14 avril 2015, fixant la liste des collectivités territoriales et de leurs groupements retenus pour participer à l'expérimentation en vue de favoriser l'accès à l'eau et de mettre en œuvre une tarification sociale de l'eau.

D. n° 2015-351, 27 mars 2015, relatif à la sécurité des systèmes d'information des opérateurs d'importance vitale.

D. n° 2015-350, 27 mars 2015, relatif à la qualification des produits de sécurité et des prestataires de services de confiance pour les besoins de la sécurité nationale.

D. n° 2014-1097, 26 sept. 2014, portant mesures de simplification applicables aux marchés publics.

D. n° 2014-1050, 16 sept. 2014, instituant un administrateur général des données.

D. n° 2014-461, 7 mai 2014, relatif aux frais de justice et à l'expérimentation de la dématérialisation des mémoires de frais.

D. n° 2014-457, 7 mai 2014, portant autorisation d'expérimentations relatives à l'organisation des rythmes scolaires dans les écoles maternelles et élémentaires.

D. n° 2014-189, 20 févr. 2014, tendant à l'expérimentation de modalités particulières d'admission dans les études médicales, odontologiques, pharmaceutiques et maïeutiques.

D. n° 2014-6, 7 janv. 2014, portant expérimentation d'une procédure d'orientation des élèves dérogeant à l'article L. 331-8 du code de l'éducation

D. n° 2013-333, 22 avril 2013, portant création du Commissariat général à la stratégie et à la prospective.

D. n° 2012-1198, 30 oct. 2012, portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique.

D. n° 2012-91, 26 janv. 2012, relatif aux groupements d'intérêt public.

D. n° 2012-16, 5 janv. 2012, relatif à l'organisation académique.

D. n° 2011-577, 26 mai 2011, relatif à la réutilisation des informations publiques détenues par l'État et ses établissements publics administratifs.

D. n° 2011-494, 5 mai 2011, pris en application des articles L. 127-8 et L. 127-9 du code de l'environnement.

D. n° 2011-223, 1er mars 2011, pris pour l'application de l'article L. 127-10 du code de l'environnement.

D. n° 2011-194, 21 fév. 2011, portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques.

- D. n° 2011-193, 21 fév. 2011, portant création d'une direction interministérielle des systèmes d'information et de communication de l'État.
- D. n° 2011-127, 31 janv. 2011, relatif au Conseil national de l'information géographique.
- D. n° 2010-716, 29 juin 2010, portant application de l'article 76-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
- D. n° 2010-112, 2 févr. 2010, pris pour l'application des articles 9, 10 et 12 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives.
- D. n° 2009-834, 7 juill. 2009, portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information ».
- D. n° 2009-157, 10 févr. 2009, portant attribution de produits aux budgets des ministères concernés en application du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel.
- D. n° 2009-151, 10 févr. 2009, relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel.
- D. n° 2008-1109, 29 oct. 2008, portant création à titre expérimental d'un traitement automatisé dénommé « pré-plainte en ligne ».
- D. n° 2006-583, 23 mai 2006, relatif aux dispositions réglementaires du livre III du code de l'éducation.
- D. n° 2005-1755, 30 déc., relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.
- D. n° 2005-222 du 10 mars 2005, relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique.
- D. n° 2002-1064, 7 août 2002, relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet.
- D. n° 2002-241, 21 févr. 2002, relatif à la société coopérative d'intérêt collectif.
- D. n° 98-1048, 18 nov. 1998, relatif à l'évaluation des politiques publiques.
- D. n° 96-481, 31 mai 1996, relatif au service public des bases de données juridiques.
- D. n° 90-82, 22 janv. 1990, relatif à l'évaluation des politiques publiques.
- D. n° 88-45, 15 janv. 1988, portant création à titre expérimental de commissions régionales de la tarification sanitaire et sociale.
- D. n° 78-450, 24 mars 1978, portant application du titre III de la loi n°78-11 du 4 janvier 1978.

D. n° 64-250, 14 mars 1964, relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation des services de l'Etat dans les départements et à la déconcentration administrative.

D. n° 63-782, 29 juill. 1963, portant expérience d'aménagement des services de l'Etat dans les circonscriptions d'action régionale de Bourgogne et de Haute-Normandie.

D. n° 63-298, 21 mars 1963, les dispositions du décret n° 62-392 du 10 avril 1962 sont applicables au département de l'Isère sous certaines réserves.

D. n° 62-392, 10 avr. 1962, portant expérience d'organisation nouvelle des services de l'Etat dans les départements.

D., 14 juin 1791, relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit « Loi Le Chapelier ».

- **Circulaires**

Circ. n° 35837, 19 déc. 2012, pour l'usage des logiciels libres dans l'Administration.

Circ. n° 2002-316, 18 avr. 2002, relative à la société coopérative d'intérêt collectif.

Circ. n° SG/2018/106, 13 avr. 2018, relative au cadre d'expérimentation pour les innovations organisationnelles prévu par l'article 51 de la LFSS pour 2018.

1.1.1.1. Textes sans numéro d'ordre chronologique

- **Arrêtés**

A., 24 mai 2019, portant expérimentation de l'implantation d'un dispositif de signalisation lumineuse dynamique au sol pour renforcer la perception d'un passage piéton sur l'emprise de l'aéroport de Paris-Orly.

A. 21 mai 2019, autorisant l'expérimentation d'un dispositif tactile sur traversées piétonnes.

A. 25 avr. 2019, modifiant l'arrêté du 27 avril 2015 modifié autorisant l'expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A1.

A. 25 avril 2019, modifiant l'arrêté du 21 mai 2015 modifié autorisant l'expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A6a.

A. 1^{er} avr. 2019, modifiant l'arrêté du 8 octobre 2015 autorisant l'expérimentation d'un dispositif d'alerte sonore par fraisage.

A. 22 fév. 2019 portant expérimentation de l'implantation d'un dispositif de signalisation lumineuse dynamique au sol pour renforcer la perception des passages piétons à Mandelieu-laNapoule (Alpes-Maritimes).

A. 26 déc. 2018, relatif à la déclaration des achats innovants prévue par l'article 2 du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

A. 16 nov. 2018, modifiant l'arrêté du 11 décembre 2015 relatif à l'expérimentation d'un dispositif de signalisation dynamique de filtrage des véhicules de transport de marchandises dont le poids total autorisé en charge est supérieur à 3,5 tonnes et de fermeture des bretelles d'accès à tous les véhicules au niveau de l'échangeur autoroutier de Combronde de l'autoroute A 71 vers l'autoroute A 89 (Puy-de-Dôme).

A., 14 sept. 2018, fixant les règles de sécurité et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique.

A. 10 juill. 2018, modifiant l'arrêté du 13 juillet 2015 relatif à l'expérimentation d'une signalisation d'une zone à circulation restreinte dans la commune de Paris pour certaines catégories de véhicules.

A. 27 avr. 2018, modifiant l'arrêté du 21 mai 2015 autorisant l'expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A 6a.

A. 27 avr. 2018, modifiant l'arrêté du 27 avril 2017 autorisant l'expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A1.

A., 29 janv. 2018, relatif à la mise en œuvre d'une expérimentation portant sur l'utilisation d'eaux issues du traitement d'épuration des eaux résiduaires urbaines pour assurer l'irrigation et la fertilisation par aspersion de grandes cultures.

A. 29 sept. 2017, modifiant l'arrêté du 23 mai 2017 portant création d'un système de télé-services destiné à l'accomplissement de démarches administratives relatives aux certificats d'immatriculation des véhicules.

A. 29 sept. 2017, modifiant l'arrêté du 10 février 2009 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « système d'immatriculation des véhicules » ayant pour objet la gestion des pièces administratives du droit de circuler des véhicules.

A., 10 août 2017, relatif à l'expérimentation d'une méthode de détermination de la demande biochimique en oxygène par mesure fluorimétrique de la respiration bactérienne dans les stations de traitement des eaux usées urbaines.

A. 6 juin 2017, autorisant l'expérimentation de dispositifs de zones tactiles traversantes.

A., 14 avr. 2017, relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs.

A., 14 avr. 2017, relatif aux données essentielles dans la commande publique.

A. 17 mars 2017, relatif au vote par correspondance électronique pour l'élection de députés par les Français établis hors de France.

A. 30 sept. 2016, autorisant l'expérimentation d'un dispositif d'alerte sonore par fraisage.

A. 7 sept. 2016, autorisant l'expérimentation d'un dispositif de ligne d'alertes audiotactiles.

A., 17 juin 2016, fixant les règles de sécurité et les modalités de déclaration des systèmes d'information d'importance vitale et des incidents de sécurité relatives au secteur d'activité d'importance vitale « Gestion de l'eau » et pris en application des articles R. 1332-41-1, R. 1332-41-2 et R. 1332-41-10 du code de la défense.

A., 20 avr. 2016, portant approbation du référentiel général d'interopérabilité.

A. 29 févr. 2016, relatif à l'expérimentation d'un dispositif de signalisation dynamique de filtrage des véhicules de transport de marchandises dont le poids total autorisé en charge est supérieur à 3,5 tonnes et de fermeture des voies à tous les véhicules situé entre les points de repère 481,700 et 495,000 sur l'autoroute A 89 et les points de repère 84,830 et 89,200 sur l'autoroute A 72 (Loire).

A. 11 déc. 2015, relatif à l'expérimentation d'un dispositif de signalisation dynamique de filtrage des véhicules de transport de marchandises dont le poids total autorisé en charge est supérieur à 3,5 tonnes et de fermeture des bretelles d'accès à tous les véhicules au niveau de l'échangeur autoroutier de Combronde de l'autoroute A 71 vers l'autoroute A 89 (Puy-de-Dôme).

A. 8 oct. 2015, autorisant l'expérimentation d'un dispositif d'alerte sonore par fraisage.

A. 29 sept. 2015, relatif à l'expérimentation de signalisation dynamique pour la mise en œuvre d'une voie réversible sur le pont de Saint-Nazaire et ses ouvrages d'accès.

A. 13 juill. 2015, relatif à l'expérimentation d'une signalisation d'une zone à circulation restreinte dans la commune de Paris pour certaines catégories de véhicules.

A., 10 juin 2015, prorogeant les délais de mise en œuvre du référentiel général de sécurité.

A. 21 mai 2015, autorisant l'expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A 6a.

A. 27 avr. 2015, autorisant l'expérimentation d'une signalisation routière relative à une voie de circulation réservée à certaines catégories d'usagers sur l'autoroute A1.

A., 13 juin 2014, portant approbation du référentiel général de sécurité et précisant les modalités de mise en œuvre de la procédure de validation des certificats électroniques.

A. 19 mai 2014, fixant la liste complémentaire des établissements retenus pour l'expérimentation du choix donné à la famille dans le cadre de la procédure d'orientation à l'issue de la classe de troisième.

A. 25 mars 2014, fixant la liste des établissements retenus pour l'expérimentation du choix donné à la famille dans le cadre de la procédure d'orientation à l'issue de la classe de troisième.

A., 6 mai 2010, portant approbation du référentiel général de sécurité et précisant les modalités de mise en œuvre de la procédure de validation des certificats électroniques.

A. 17 nov. 2003, portant approbation du règlement technique fixant les conditions d'agrément des machines à voter.

A., 22 déc. 1981, enrichissement du vocabulaire de l'informatique.

- **Circulaires**

Circ. 7 juill. 2011, relative à la qualité du droit.

Circ. intermin., 25 oct. 2007 relative à la mise en oeuvre des expérimentations locales prévues par l'article 142 de la loi du 21 décembre 2006 de finances pour 2007 modifié et la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat - Revenu de solidarité active (RSA).

Circ., 2 mars 2004, instituant le C2i, niveau 2 "enseignant".

Circ., 30 sept 2003, relative à la qualité de la réglementation.

Circ., 26 août 2003, relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation.

Circ., 7 oct. 1999, relative aux sites Internet des services et des établissements publics de l'État.

Circ., 28 janv. 1999, relative à la diffusion gratuite des rapports officiels sur Internet.

Circ., 26 janv. 1998, relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État.

Circ., 21 nov. 1995, relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État.

Circ., 26 juil. 1995, relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'Etat et des services publics.

Circ., 14 fév. 1994, relative à la diffusion des données publiques.

Circ., 15 déc. 1992, relative à la conduite des grands projets nationaux d'infrastructures.

Circ., 25 mai 1988, relative à la méthode de travail du gouvernement.

- **Protocoles**

Prot., 26 juin 2020, d'encadrement de l'expérimentation « affichage environnemental » dans le secteur alimentaire.

1.1.2. Jurisprudence française

- **Conseil constitutionnel**

Cons. const., 20 janv. 2022, n° 2021-834 DC.

Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC.

Cons. const., 15 avr. 2021, n° 2021-816 DC.

Cons. const., 3 avr. 2020, n° 2020-834, QPC.

Cons. const., 20 déc. 2019, n° 2019-794 DC.

Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC.

Cons. const., 11 oct. 2018, n° 2018-738 QPC.

Cons. const., 1^{er} juill. 2014, n° 2014-12 FNR.

Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC.

Cons. const., 15 févr. 2013, n° 2012-4597/4626 AN.

Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC.

Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC.

Cons. const., 16 juill. 2009, n° 2009-584 DC.

Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

Cons. const., 13 déc. 2007, n° 2007-558 DC.

Cons. const., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC.

Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC.

Cons. const., 30 juill. 2003, n° 2003-482 DC.

Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC.

Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC.

Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC

Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC.

Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC.

Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC.

Cons. const., 13 janv. 1994, n° 93-329 DC.

Cons. const., 28 juill. 1993, n° 93-322 DC.

Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC.

Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC.

Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC.

Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC.

- **Jurisprudence administrative**

CE, 17 juin 2019, n° 421871, Association Les amis de la Terre France.

CAA Paris, 25 avr. 2019, n° 17PA03067.

TA Paris, 12 juill. 2017, n° 1505113.

CAA Douai, 2 févr. 2012, n° 10DA00798.

CE, 31 mars 2010, n° 304715, Zimmer.

CE, 12 mars 2010, n° 307235, Société Imagin'ActionLuxembourg.

CAA Nancy, 28 sept. 2006, n° 05882.

- CE, 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des avocats au barreau de Paris.
- CE, 20 juin 2003, n° 224407, Société Interhome AG.
- CE, 29 juill. 2002, n°200886, Cegedim.
- CE, 29 avr. 2002, n°228830, Ullmann.
- TA Montpellier, 1e mars 2002, commune de Lignairolles.
- CE, 6 nov. 1998, n° 180479, Association pour la protection des gorges de l'Ardèche
- CE, 17 déc. 1997, n°181611, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris.
- CE, 31 juill. 1996, n°171086, Commune de Sète.
- CE, 28 juill. 1995, n° 149863, District de l'agglomération de Montpellier.
- CE, 25 mai 1994, n°106876, Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Ome.
- CE, 24 juin 1993, n° 353605.
- CE, 18 déc. 1991, n° 118877 et 118878, S.I.V.O.M. de Sainte Geneviève des Bois.
- TA Strasbourg, 8 juin 1990, n° 77367, Commune de Pang.
- CE, 30 mars 1990, Mme D.
- CE, 9 nov. 1988, n° 83670 84516, Territoire de la Polynésie Française.
- CE, 23 oct. 1985, n°46612, Commune de Blaye les Mines.
- CE, 6 mars 1981, n° 00119, Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-Morte et autres.
- CE, 10 mai 1974, n° 88032 88148, Denoyez et Chorques.
- CE, 30 nov. 1973, n° 85598, Association Saint-Luc.
- CE, 16 oct. 1970, n° 71536, Commune de Saint-Vallier.
- CE, 21 févr. 1968, n° 68615, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris.
- CE, 13 oct. 1967, n° 64778, Sieur Pény.
- CE, 28 oct. 1960, n° 48293, Sieur de Laboulaye.
- CE, 10 avr. 1959, n° 22184, Fourré-Cormeray.

CE, 22 juin 1951, n° 00590 02551, Daudignac.

CE, 9 mars 1951, n° 92004, Société des concerts du conservatoire.

CE, 7 juill. 1950, n° 01645, Dehaene.

CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

CE, 27 oct. 1948, Commune de Livry-Gargan.

CE, 30 mars 1916, n° 59928, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

CE, 11 mars 1910, n°16178, Compagnie des tramways.

CE, 10 janv. 1902, n° 94624, Compagnie nouvelle du Gaz de Deville lès Rouen.

- **Jurisprudence civile**

Cass. 1re civ., 11 déc. 2019, n° 1021.

Cass. Com., 21 juin 2017, n° 15-25.941.

Cass. 1re civ., 3 nov. 2016, n° 15-22.595.

Cass. Com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350.

Cass. crim., 30 déc. 1931.

TGI Paris, 3^e ch., 28 mars 2007.

TGI Paris, 3^e ch., 21 juin 2019.

TGI Montpellier, 2^e ch., 07 juill. 2011.

CA Versailles, 12 mars 2019.

CA Paris, pôle 5, 5^e-7^e ch., 24 sept. 2015.

CA Paris, pôle 5, 10^e ch., 16 sept. 2009.

CA Paris, pôle 5, 4^e ch., 27 janv. 2016.

CA Paris, pôle 1, 2^e ch., 21 nov. 2013.

T. Com. Paris, 26 juil. 2011.

T. Com. Paris, 15^e ch., 8 déc. 2014.

1.1.3. Actes des autorités administratives indépendantes et des organismes assimilés

ANSSI, Recomm., n° ANSSI-PG-078, 8 oct. 2021, relatives à l'authentification multifacteur et aux mots de passe.

ANSSI, Référentiel, 13 juin 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0.

ANSSI, Référentiel, 27 févr. 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe A1 Règles relatives à la mise en œuvre des fonctions de sécurité basées sur l'emploi de certificats électroniques version 3.0.

ANSSI, Référentiel, 27 févr. 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe A2 Politique de Certification Type « certificats électroniques de personne » version 3.0.

ANSSI, Référentiel, 27 févr. 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe A3 Politique de Certification Type « certificats électroniques de services applicatifs » version 3.0.

ANSSI, Référentiel, 19 oct. 2016, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe A3 Errata de l'annexe A3 Politique de Certification Type « certificats électroniques de services applicatifs » version 1.0.

ANSSI, Référentiel, 27 févr. 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe A4 Profils de Certificats / LCR / OCSP et Algorithmes Cryptographiques version 3.0.

ANSSI, Référentiel, 27 févr. 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe A5 Politique d'Horodatage Type version 3.0.

ANSSI, Référentiel, 21 févr. 2014, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe B1 Mécanismes cryptographiques Règles et recommandations concernant le choix et le dimensionnement des mécanismes cryptographiques version 2.03.

ANSSI, Référentiel, 8 juin 2012, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe B2 Gestion des clés cryptographiques Règles et recommandations concernant la gestion des clés utilisées dans les mécanismes cryptographiques version 2.00.

ANSSI, Référentiel, 13 janv. 2010, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe B3 Authentification Règles et recommandations concernant les mécanismes d'authentification version 1.0.

ANSSI, Référentiel, 14 févr. 2013, Référentiel général de sécurité version 2.0, Annexe C Prestataires d'audit de la sécurité des systèmes d'information Référentiel d'exigences version 2.0.

ARCEP, déc. n° 2014-0733, 26 juin 2014, portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché.

Aut. conc., 19 févr. 2020, Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques.

Aut. conc., déc. n° 16-DDC-111, relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

Aut. conc., déc. n° 15-D-20, 17 déc. 2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques.

Aut. conc., déc. n° 14-MC-02, 9 sept. 2014, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

Aut. conc., déc. n° 14-D-06, 8 juill. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales.

Aut. conc., avis n° 10-A-13, 14 juin 2010, sur l'utilisation croisée des bases de clientèle.

Aut. conc., avis n° 18-A-03, 6 mars 2018, portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet.

Aut. conc., Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016.

CADA, avis n° 20155079, 19 nov. 2015, sur le projet de loi pour une République numérique.

CADA, avis n° 20145478, 8 janv. 2015, communication du code source du logiciel simulant le calcul de l'impôt sur les revenus des personnes physiques.

CADA, conseil n° 20181892, 13 sept. 2018, Mairie de Montaut.

CADA, conseil n° 20104559, 17 févr. 2011, conditions dans lesquelles les informations sur les transports, collectées par les collectivités locales afin de répondre aux obligations prévues par la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI), peuvent faire l'objet d'une réutilisation au sens de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978.

CESE, avis n° 2019-08, 26 mars 2019, L'affichage environnemental, levier pour la mise en œuvre de l'économie circulaire.

CNNum, rapp., sept. 2013, Concertation sur la fiscalité du numérique.

CNNum, rapp. n° 2015-2, oct. 2015, La santé, bien commun de la société numérique.

CNNum, avis n° 2015-3, 20 nov. 2015, relatif au projet de loi pour une République numérique.

CNNum, avis n° 2013-3, sept. 2013, concertation sur la fiscalité du numérique.

CNNum, avis n° 12, 5 juin 2012, relatif à l'ouverture des données publiques (« Open data »).

Commissariat Général du Plan, rapp., 1 janv. 1999, Diffusion des données publiques et révolution numérique.

Commissariat Général au développement durable, rapp., mars 2016, Villes intelligentes, «smart», agiles : Enjeux et stratégies de collectivités françaises.

CTFVP, rapp. n°15, 25 janv. 2012.

CTFVP, rapp. n°16, 13 déc. 2013.

CNIL, délib. n° SAN-2021-008, 14 juin 2021, concernant la société BRICO PRIVÉ.

CNIL, délib. n° 2021-011, 26 janv. 2021, portant avis sur une proposition de loi relative à la sécurité globale.

CNIL, délib. n° SAN-2020-018, 8 déc. 2020, concernant la société NESTOR SAS.

CNIL, délib. n° SAN-2020-003, 28 juill. 2020, concernant la société SPARTOO SAS.

CNIL, délib. n° 2019-114, 12 sept. 2019, portant avis sur le projet d'article 9 du projet de loi de finances pour 2020.

CNIL, délib. n° SAN-2019-001, 21 janv. 2019, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X.

CNIL, délib. n° 2017-012, 19 janv. 2017, portant adoption d'une recommandation relative aux mots de passe.

CNIL, délib. n° 02-022, 2 avr. 2002, relative à la demande d'avis présentée par la mairie de Vandœuvre-Lès-Nancy concernant l'expérimentation d'un dispositif de vote électronique par Internet à l'élection présidentielle.

CNIL, délib. n° 02-090, 28 nov. 2002, relative à la demande d'avis présentée par la mairie d'Issy-les-Moulineaux concernant l'expérimentation d'un dispositif de vote électronique par Internet lors des élections des conseils de quartier.

CADA, CNIL, oct. 2019, Guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques.

CNIL, rapp., sept. 2018, premiers éléments d'analyse de la CNIL relatifs à la Blockchain.

CNIL, rapp., avr. 2014, Consultation Open data et données personnelles.

CNIL, rapp., 1980, Bilan et perspectives.

CNIL, guide, 2018, la sécurité des données personnelles.

INPI, Guide de bonnes pratiques relatif à l'innovation collaborative et à la propriété intellectuelle, 2012.

1.1.4. Rapports et avis officiels

- **Avis du Conseil d'Etat**

CE, avis, 6 mai 2021, n° 402412, relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique.

CE, avis, 16 juil. 2020, n° 400490, sur un projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

CE, avis, 20 juin 2019, n° 397908, sur un projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique.

CE, avis, 3 mai 2018, n° 394658, sur un projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651, sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles relatives à l'exercice de ces compétences.

CE, avis, 3 déc. 2015, n° 390741, sur un projet de loi pour une République numérique.

CE, avis, Travaux publics, 24 juin 1993, n° 353605, tarification de la SNCF.

- **Rapports du Conseil d'État**

Rapp. CE, 2021, Guide des outils d'action économique.

Rapp. CE, 3 sept. 2020, Faire de l'évaluation des politiques publiques un véritable outil de débat démocratique et de décision.

Rapp. CE, 3 oct. 2019, Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?.

Rapp. CE, 26 sept. 2018, Être (un) citoyen aujourd'hui.

Rapp. CE, 13 juill. 2017, Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation ».

Rapp. CE n° 67, 13 juill. 2016, Simplification et qualité du Droit.

Rapp. CE, CGE, IGF, sept. 2015, relatif aux données d'intérêt général.

Rapp. CE, n° 65, 9 sept. 2014, Le numérique et les droits fondamentaux.

Rapp. CE, 15 mai 2013, Le droit souple.

Rapp. CE n° 57, 14 mars 2006, Sécurité juridique et complexité du droit.

Rapp. CE, 2002, Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public.

Rapp. CE, 1998, Internet et les réseaux numériques.

Rapp. CE, 1996, Sur le principe d'égalité.

Rapp. CE, 1995, Service public, services publics : déclin ou renouveau ?.

Rapp. CE, 1997, Bilan de l'application de la circulaire du 21 novembre 1995 relative aux études d'impact.

Rapp. CE n° 43, 1991, De la sécurité juridique.

- **Avis de l'Assemblée nationale**

Avis AN n° 2306, 10 oct. 2019, sur le projet de loi n° 2272 des finances pour 2020.

- **Rapports de l'Assemblée nationale**

Rapp. AN n° 3943, 4 mars 2021, sur le projet de loi organique adopté par le Sénat relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

Rapp. AN n° 3936, 3 mars 2021, relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

Rapp. AN n° 3523, 9 sept. 2020, sur la proposition de loi relative au renforcement de l'inclusion dans l'emploi par l'activité économique et à l'expérimentation « territoire zéro chômeur de longue durée ».

Rapp. AN n° 2451, 27 nov. 2019, sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation.

Rapp. AN n° 1816, 27 mars 2019, sur les possibilités ouvertes par l'inscription dans la constitution d'un droit à la différenciation, à la suite du colloque organisé le 13 mars 2019.

Rapp. AN n° 1501, 12 déc. 2018, sur les chaînes de blocs.

Rapp. AN n° 1141, 4 juill. 2018, sur la cyberdéfense.

Rapp. AN n° 911, 4 juill. 2018, pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

Rapp. AN n° 912, 9 mai 2018, Missions flash sur la réforme des institutions, Expérimentation et différenciation territoriale, Autonomie financière des collectivités territoriales.

Rapp. AN n° 771, 15 mars 2018, sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques.

Rapp. AN n° 3399, 15 janv. 2016, sur le projet de loi (n° 3318) pour une République numérique.

Rapp. AN n° 3119, 9 oct. 2015, Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique.

Rapp. AN n° 3100, 2 oct. 2015, Refaire la démocratie.

Rapp. AN n° 2268, 9 oct. 2014, sur la simplification législative.

Rapp. AN n° 1108 et 1109, 5 juin 2013, sur le projet de loi organique (n°1104) et le projet de loi (n°1105), relatif à la transparence de la vie publique.

Rapp. AN n° 4029, 6 déc. 2011, sur la mise en application de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique.

Rapp. AN n° 1630, 30 avr. 2009, sur la proposition de résolution (n° 1546) de M. Bernard Accoyer tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale.

Rapp. AN n° 955, 18 juin 2003, sur le projet de loi organique (n° 855) relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

Rapp. AN n° 376, 13 nov. 2002, sur le projet de loi constitutionnelle (n° 369), adopté par le Sénat, relatif à l'organisation décentralisée de la République et la proposition de lois constitutionnelle (n°249) de M. Hervé Morin et plusieurs de ses collègues.

Rapp. AN n° 2854, 10 janv. 2001, sur la proposition de loi constitutionnelle tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation des collectivités locales.

Rapp. AN n° 777, 21 mars 2018, sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (n° 675).

- **Rapports du Sénat**

Rapp. Sénat n° 280, 19 janv. 2021, relatif à la bioéthique.

Rapp. Sénat n° 48, 14 oct. 2020, sur la proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales, et la proposition de loi organique pour le plein exercice des libertés locales.

Rapp. Sénat n° 523, 17 juin 2020, sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2020.

Rapp. Sénat n° 82, 28 oct. 2020, relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

Rapp. Sénat n° 7, 1^{er} oct. 2019, sur la souveraineté numérique.

Rapp. Sénat n° 560, 11 juin 2019, Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes.

Rapp. Sénat n° 350, 21 févr. 2019, portant observations sur le projet de loi d'orientation des mobilités.

Rapp. Sénat n° 73, 24 oct. 2018, sur le vote électronique.

Rapp. Sénat n° 433, 17 avr. 2018, Simplifier efficacement pour libérer les entreprises.

Rapp. Sénat n° 419, 11 avr. 2018, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Rapp. Sénat n° 406, 6 avr. 2018, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Rapp. Sénat n° 93, 21 oct. 2015, relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

Rapp. Sénat n° 589, 5 juin 2014, sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques.

Rapp. Sénat n° 469, 16 avr. 2014, sur l'open data et la protection de la vie privée.

Rapp. Sénat n° 445, 9 avr. 2014, sur le vote électronique.

Rapp. Sénat n° 681, 18 juill. 2012, sur la cyberdéfense.

Rapp. Sénat n° 441, 27 mai 2009, relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques.

Rapp. Sénat n° 449, 8 juill. 2008, sur la cyberdéfense.

Rapp. Sénat n° 24, 18 oct. 2006, sur les dépenses de fonctionnement des préfetures.

Rapp. Sénat n° 408, 16 juill. 2003, relatif au projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

Rapp. Sénat n° 27, 23 oct. 2002, relatif au projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République.

Rapp. Sénat n° 7, 1^e oct. 1995, l'évaluation de la législation.

Rapp. Sénat, 22 oct. 1976, vivre ensemble.

- **Rapports au Gouvernement**

Belot L., De la Smart City au Territoire d'Intelligence(s), 2017, Rapp. au Premier ministre.

Bothorel E., Pour une politique publique de la donnée, 2020, Rapp. au Premier ministre.

Colin N., Collin P., Mission expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, 2013, Rapp. au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique.

Jouyet J.P., Levy M., L'économie de l'immatériel, La croissance de demain, 2006, Rapp. au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

Jutand F., Ouverture des données de transport, 2015, Rapp. au secrétaire d'État chargé des Transports, de la Mer et de la Pêche.

Lasbordes P., La sécurité des systèmes d'information : un enjeu majeur pour la France, 18 janv. 2006, Rapp. au Premier ministre.

Mauroy P., Refonder l'action publique locale, 2000, Rapp. au Premier ministre.

Peugeot V., Citoyen d'une société numérique, 2013, Rapp. à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'Innovation et de l'Économie numérique.

Picq J., L'État en France : servir une nation ouverte sur le monde, 1994, Rapp. au Premier ministre.

Secrétariat général au Gouvernement, Réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'Etat, 2007, Rapp. au Premier ministre.

Trojette M.A., Ouverture des données publiques. Les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?, 2013, Rapp. au Premier ministre.

Verdier H., La donnée comme infrastructure essentielle, 2018, Rapp. au Premier ministre.

Viveret P., L'évaluation des politiques et des actions publiques - Propositions en vue de l'évaluation du revenu minimum d'insertion, 1989, Rapp. au Premier ministre.

1.1.5. Publications et bulletins officiels français

JO, 13 déc. 2016, p. 8910.

JO, 13 déc. 2016, p. 10396.

JO, 28 oct. 2014, p. 8910.

JO, 30 avr. 2013, p. 4757.

JO n° 64, 23 nov. 2002, p. 141 et s.

JO n° 63, 22 nov. 2002, p. 141 et s.

JO, 30 juill. 2001, p. 4395

1.2. Sources officielles d'autres États

Allemagne : Bundeskartellamt et Bundes Wettbewerbs Behörde, Guidance on transaction value threshold for mandatory pre-merger notification, juill. 2018.

Allemagne : Cour constitutionnelle fédérale, 15 déc. 1983.

Allemagne : Bundeskartellamt, 7 févr. 2019, Facebook.

Allemagne : Cour d'appel de Francfort, 22 sept. 2006, Harald Welte c. D-Link.

Allemagne : Loi constitutionnelle fédérale.

Allemagne : Constitution.

Allemagne : Bundesministerium fur Wirtschaft und Energie, 2016.

États-Unis : Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, 2018.

États-Unis : Nevada Blockchain Statutes, 2018.

États-Unis : Government response to consultation, mars 2012, Department for Business Innovation and Skills, "Growth, competition and the competition regime.

États-Unis : Uniform Trade Secrets Act, 1979.

Royaume-Uni : Constitution.

Royaume-Uni : L. n° 12/19, 11 janv. 2019, relative au soutien et à la simplification des entreprises et de l'administration publique.

Pologne : Constitution.

Royaume-Uni : Competition Act 1998.

Suisse : Conseil fédéral, Stratégie de l'Union européenne pour un marché unique numérique : conséquences pour la Suisse, 7 déc. 2018.

Suisse : Ord., 21 oct. 1992 sur l'évaluation des projets visant à prévenir la toxicomanie et à améliorer les conditions de vie des toxicomanes.

Suisse : Ord., 5 mai 1992, concernant la prise en charge de tomates et de concombres produits en 1992.

Suisse : ord., 15 avr. 1992 relative aux contrôles de sécurité dans l'administration fédérale.

Suisse : Ord., 17 juin 1991, concernant l'abaissement, à titre d'essai, des limitations de vitesse sur les routes nationales, pendant les mois de juillet et d'août 1991.

Suisse : dir. de l'Office fédéral du personnel, 6 mai 1991, relative aux conditions générales et formules applicables à des expériences pilotes portant sur une modulation des horaires de travail dans l'administration fédérale.

Suisse : Modification du 20 décembre 1990 de l'ordonnance V sur l'assurance maladie concernant la reconnaissance des caisses-maladie et des fédérations de réassurance, ainsi que leur sécurité financière.

Suisse : ord., 11 déc. 1989 concernant le Service de contrôle administratif.

Suisse : Conseil fédéral, Rapport de gestion 1988.

Suisse : Ord., 29 oct. 1986, sur les contrôles militaires, art. 156.

Suisse : Ord., 26 nov. 1986, sur les vidéotex.

Suisse : A. fédéral, 1^{er} oct. 1986, sur le financement de réductions tarifaires dans les transports publics.

Suisse : Ord., 16 déc. 1985, relative au code pénal suisse.

Suisse : Ord., 25 avr. 1985, concernant les essais de culture de soja pendant les années 1985 à 1987.

Suisse : Ord., 1^{er} oct. 1984, concernant la modification de textes légaux relatifs à la circulation routière.

Suisse : ord., 22 août 1984, sur le raccordement à titre d'essai des bureaux des bureaux de douane de frontière et des commandements de police cantonaux au Répertoire suisse informatisé de signalements de personnes.

Suisse : Ord., 20 juin 1983, sur des essais d'enquêtes auprès des ménages.

Suisse : Ord., 27 sept. 1982, concernant les tests d'application d'un système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail.

Suisse : Ord., 8 nov. 1978, concernant un essai temporaire et local de limitation de vitesse à 50km/h dans les agglomérations.

Suisse : Ord., 7 juin 1982 sur les essais locaux de radiodiffusion.

Suisse : L. fédérale, 19 avr. 1978, sur la formation professionnelle, art. 12 al. 3.

Suisse : L., 2 déc. 1951, sur l'école primaire du canton de Berne, art. 28b (introduit en 1980).

1.3. Sources officielles de l'Union européenne

1.3.1. Textes de l'Union européenne

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n° 364/01, 18 déc. 2000.

1.3.1.1. Traités constitutifs et fondateurs de l'Union européenne

Traité CE

Traité UE

Traité FUE

Traité de Lisbonne

1.3.1.2. Actes unilatéraux édictés par les institutions de l'Union européenne

- **Propositions de directives et de règlements**

Proposition règl. (COD) n° 2020/0340 du PE et du Cons., 25 nov. 2020, sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données).

Proposition règl. (COM) n° 2020/842 du PE et du Cons., 15 déc. 2020, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques).

Proposition règl. (COM) n° 2020/825 du PE et du Cons., 15 déc. 2020, relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE.

Proposition dir. (COM) n° 2018/073 du Cons., 21 mars 2018, concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques.

Proposition dir. (COM) n° 2018/072 du Cons., 21 mars 2018, établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative.

Proposition règl. (COM) n° 2017/0003 du PE et du Cons., 2017, concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement «vie privée et communications électroniques»).

Proposition règl. (COM) n° 2016/0286 du PE et du Cons., 14 sept. 2016, établissant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques.

Proposition dir. (COM) n° 2015/0288 du PE et du Cons., 9 déc. 2015, concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens.

Proposition règl. (COM) n° 2012/0011 du PE et du Cons., 25 janv. 2012, 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 (règlement général sur la protection des données).

- **Règlements**

Règl. (UE) n° 2017/1953 du PE et du Cons., 25 oct. 2017, modifiant les règlements (UE) n° 1316/2013 et (UE) n° 283/2014 en ce qui concerne la promotion de la connectivité internet dans les communautés locales.

Règl. (UE) n° 2020/1503 du PE et du Cons., 7 oct. 2020, relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs, et modifiant le règlement (UE) 2017/1129 et la directive (UE) 2019/1937.

Règl. exécution (UE) n° 2020/1294 de la Commission, 15 sept. 2020, sur le mécanisme de financement des énergies renouvelables de l'UE.

Règl. (UE) n° 2019/1784 de la Commission, 1^e oct. 2019, établissant des exigences d'écoconception applicables au matériel de soudage.

Règl. (UE) n° 2019/1782 de la Commission, 1^{er} oct. 2019, établissant des exigences d'écoconception pour les sources d'alimentation externes.

Règl. (UE) n° 2019/1781 de la Commission, 1 oct. 2019, fixant des exigences en matière d'écoconception applicables aux moteurs électriques et aux variateurs de vitesse.

Règl. (UE) n° 2019/1241 du PE et du Cons., 20 juin 2019, la conservation des ressources halieutiques et la protection des écosystèmes marins par des mesures techniques.

Règl. (UE) n° 2019/788 du PE et du Cons., 17 avr. 2019 relatif à l'initiative citoyenne européenne.

Règl. (UE) n° 2018/1724 du PE et du Cons., 2 oct. 2018, établissant un portail numérique unique pour donner accès à des informations, à des procédures et à des services d'assistance et de résolution de problèmes, et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012.

Règl. (UE) n° 2018/848 du PE et du Cons., 30 mai 2018, règles relatives à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques et abrogeant le règlement (CE) n° 834/2007 du Cons.

Règl. (UE) n° 2018/302 du PE et du Cons., 28 févr. 2018, visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE.

Règl. (UE) n° 2017/2394 du PE et du Cons., 12 déc. 2017, sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n° 2006/2004.

Règl. (UE) n° 2017/1953 du PE et du Cons., 25 oct. 2017, modifiant les règlements (UE) n° 1316/2013 et (UE) n° 283/2014 en ce qui concerne la promotion de la connectivité internet dans les communautés locales.

Règl. (UE) n° 2017/1128 du PE et du Cons., 14 juin 2017, relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur.

Règl. (UE) n° 2017/852 du PE et du Cons., 17 mai 2017, relatif au mercure et abrogeant le règlement (CE) n° 1102/2008.

Règl. (UE) n° 2016/679 du PE et du Cons., 27 avr. 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.

Règl. (UE) n° 2015/2120 du PE et du Cons., 25 nov. 2015, établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les

droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communication mobiles à l'intérieur de l'Union.

Règl. (UE) n° 1143/2014 du PE et du Cons., 22 oct. 2014, relatif à la prévention et à la gestion de l'introduction et de la propagation des espèces exotiques envahissantes

Règl. (UE) n° 911/2014 du PE et du Cons., 23 juill. 2014, concernant le financement pluriannuel de l'Agence européenne pour la sécurité maritime dans le domaine de la lutte contre la pollution marine causée par les navires et les installations pétrolières et gazières.

Règl. (UE) n° 910/2014 du PE et du Cons., 23 juill. 2014, sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

Règl. (UE) n° 548/2014 du PE et du Cons., 21 mai 2014, relatif aux transformateurs de faible, moyenne et grande puissance.

Règl. (UE) n° 540/2014 du PE et du Cons., 16 avr. 2014, concernant le niveau sonore des véhicules à moteur et des systèmes de silencieux de remplacement.

Règl. (UE) n° 511/2014 du PE et du Cons., 16 avr. 2014, mesures concernant le respect par les utilisateurs des ressources génétiques et le partage des avantages découlant de leur utilisation.

Règl. (UE) n° 1290/2013 du PE et du Cons., 11 déc. 2013, définissant les règles de participation au programme-cadre pour la recherche et l'innovation "Horizon 2020" (2014-2020) et les règles de diffusion des résultats et abrogeant le règlement (CE) n° 1906/2006.

Règl. (UE) n° 1257/2013 du PE et du Cons., 20 nov. 2013, relatif au recyclage des navires

Règl. (UE) n° 649/2012 du PE et du Cons., 4 juill. 2012, exportations et importations de produits chimiques dangereux.

Règl. (UE) n° 1227/2011 du PE et du Cons., 25 oct. 2011, concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie

Règl. (UE) n° 211/2011 du PE et du Cons., 16 févr. 2011, relatif à l'initiative citoyenne.

Règl. (UE) n° 995/2010 du PE et du Cons., 20 oct. 2010, établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché.

Règl. (UE) n° 1221/2009 du PE et du Cons., 25 nov. 2009, concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) no 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE.

Règl. (CE) n° 1007/2009 du PE et du Cons., 16 sept. 2009, sur le commerce des produits dérivés du phoque

Règl. (CE) n° 1005/2009 du PE et du Cons., 16 sept. 2009, relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (règlement sur l'ozone)

Règl. (CE) n° 401/2009 du PE et du Cons., 23 avr. 2009, agence européenne pour l'environnement et réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement ;

Règl. (CE) n° 734/2008 du Cons., 15 juill. 2008, relatif à la protection des écosystèmes marins vulnérables.

Règl. (CE) n° 708/2007 du Cons., 11 juin 2007, relatif à l'utilisation en aquaculture des espèces exotiques et des espèces localement absentes.

Règl. (CE) n° 1907/2006 du PE et du Cons., 18 déc. 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), et instituant une agence européenne des produits chimiques

Règl. (CE) n° 1367/2006 du PE et du Cons., 6 sept. 2006, concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

Règl. (CE) n° 1013/2006 du PE et du Cons., 14 juin 2006, concernant les transferts de déchets.

Règl. (CE) n° 166/2006 du PE et du Cons., 18 janv. 2006, concernant la création d'un registre européen des rejets et des transferts de polluants, et modifiant les directives 91/689/CEE et 96/61/CE du Conseil.

Règl. (CE) n° 2173/2005 du Cons., 20 déc. 2005, établissant un régime d'autorisation FLEGT relatif aux importations de bois.

Règl. (CE) n° 648/2004 du PE et du Cons., 31 mars 2004, relatif aux détergents.

Règl. (CE) n° 139/2004 du Cons., 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Règl. (CE) n° 1829/2003 du PE et du Cons., 22 sept. 2003, concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés.

Règl. (CE) n° 782/2003 du PE et du Cons., 14 avr. 2003, interdisant les composés organostanniques sur les navires.

Règl. (CE) n° 2150/2002 du PE et du Cons., 25 nov. 2002, relatif aux statistiques sur les déchets de l'UE.

Règl. (CE) n° 1936/2001 du Cons., 27 sept. 2001, mesures de contrôle applicables aux activités de pêche de certains stocks de poissons grands migrants ;

Règl. (CE) n° 1049/2001 du PE et du Cons., 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents.

Règl. (CE) n° 45/2001 du PE et du Cons., 18 déc. 2000, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données.

Règl. (CE) n° 338/97 du Cons., 9 déc. 1996, relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce.

Règl. (Euratom) n° 1493/93 du Cons., 8 juin 1993, concernant les transferts de substances radioactives.

- **Directives**

Dir. (UE) n° 2020/1504 du PE et du Cons., 7 oct. 2020, modifiant la directive 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers.

Dir. (UE) n° 2019/1024 du PE et du Cons., 20 juin 2019, concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public.

Dir. (UE) n° 2019/883 du PE et du Cons., 17 avr. 2019, installations de réception portuaires pour le dépôt des déchets des navires, modifiant la directive 2010/65/UE et abrogeant la directive 2000/59/CE.

Dir. (UE) n° 2019/1 du PE et du Cons., 11 déc. 2018, visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

Dir. (UE) n° 2018/1972 du PE et du Cons., 11 déc. 2018, établissant le code des communications électroniques européen.

Dir. (UE) n° 2018/1808 du PE et du Cons., 14 nov. 2018, modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché.

Dir. (UE) n° 2016/2284 du PE et du Cons., 14 déc. 2016, concernant la réduction des émissions nationales de certains polluants atmosphériques.

Dir. (UE) n° 2016/1148 du PE et du Cons., 6 juill. 2016, concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union.

Dir. (UE) n° 2016/943 du PE et du Cons., 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Dir. (UE) n° 2015/2193 du PE et du Cons., 25 nov. 2015, relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des installations de combustion moyennes

Dir. (UE) n° 2015/720 du PE et du Cons., 29 avr. 2015, modifiant la directive 94/62/CE concernant la réduction de la consommation de sacs en plastique légers.

Dir. (UE) n° 2014/90 du PE et du Cons., 23 juill. 2014, relative aux équipements marins et abrogeant la directive 96/98/CE.

Dir. (UE) n° 2014/61 du PE et du Cons., 15 mai 2014, relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

Dir. (UE) n° 2014/25 du PE et du Cons., 26 févr. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

Dir. (UE) n° 2014/24 du PE et du Cons., 26 févr. 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Dir. (UE) n° 2013/40 du PE et du Cons., 12 août 2013, relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil.

Dir. (UE), n°2013/37 du PE et du Cons., 26 juin 2013, modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public.

Dir. (UE) n° 2013/30 du PE et du Cons., 12 juin 2013, relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE.

Dir. (UE) n° 2012/19 du PE et du Cons., 4 juill. 2012, relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE)

Dir. (UE) n° 2012/18 du PE et du Cons., 4 juill. 2012, concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses

Dir. (UE) n°2011/92 du PE et du Cons., 13 déc. 2011, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

Dir. (Euratom) n° 2011/70 du Cons., 19 juill. 2011, établissant un cadre communautaire pour la gestion responsable et sûre du combustible usé et des déchets radioactifs.

Dir. (UE) n° 2011/65 du PE et du Cons., 8 juin 2011, limitation de l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques.

Dir. (UE) n° 2010/75 du PE et du Cons., 24 nov. 1975, relative aux émissions industrielles.

Dir. (UE) n° 2010/63 du PE et du Cons., 22 sept. 2010, relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques.

Dir. (UE) n°2010/40 du PE et du Cons., 7 juill. 2010, concernant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport.

Dir. (CE) n° 2009/147 du PE et du Cons., 30 nov. 2009, concernant la conservation des oiseaux sauvages.

Dir. (CE) n°2009/140 du PE et du Cons., 25 nov. 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

Dir. (CE) n° 2009/126 du PE et du Cons., 21 oct. 2009, concernant la phase II de la récupération des vapeurs d'essence, lors du ravitaillement en carburant des véhicules à moteur dans les stations-service.

Dir. (CE) n° 2009/31 du PE et du Cons., 23 avr. 2009, relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) no 1013/2006 du PE et du Cons.

Dir. (CE) n° 2009/28 du PE et du Cons., 23 avr. 2009, relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE.

Dir. (CE) n° 2008/101 du PE et du Cons., 19 nov. 2008, modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

Dir. (CE) n° 2008/99 du PE et du Cons., 19 nov. 2008, protection de l'environnement par le droit pénal.

Dir. (CE) n° 2008/98 du PE et du Cons., 19 nov. 2008, relative aux déchets et abrogeant certaines directives ;

Dir. (CE) n° 2008/96 du PE et du Cons., 19 nov. 2008, concernant la gestion de la sécurité des infrastructures routières.

Dir. (CE) n° 2008/90 du Cons., 29 sept. 2008, concernant la commercialisation des matériels de multiplication de plantes fruitières et des plantes fruitières destinées à la production de fruits.

Dir. (CE) n° 2008/72 du Cons., 15 juill. 2008, concernant la commercialisation des plants de légumes et des matériels de multiplication de légumes autres que les semences.

Dir. (CE) n° 2008/56 du PE et du Cons., 17 juin 2008, action de l'UE dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre «stratégie pour le milieu marin»).

Dir. (CE) n° 2008/50 du PE et du Cons., 21 mai 2008, concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe

Dir. (CE) n° 2008/1 du PE et du Cons., 15 janv. 2008, relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution.

Dir. (CE) n° 2007/46 du PE et du Cons., 5 sept. 2007, établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules.

Dir. (CE) n°2007/2 du PE et du Cons., 14 mars 2007, établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne.

Dir. (Euratom) n° 2006/117 du Cons., 20 nov. 2006, relative à la surveillance et au contrôle des transferts de déchets radioactifs et de combustible nucléaire utilisé.

Dir. (CE) n° 2006/66 du PE et du Cons., 6 sept. 2006, relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs et abrogeant la directive 91/157/CEE.

Dir. (CE) n° 2006/21 du PE et du Cons., 15 mars 2006, concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive et modifiant la directive 2004/35/CE.

Dir. (CE) n° 2005/64 du PE et du Cons., 26 oct. 2005, concernant la réception par type des véhicules à moteur au regard des possibilités de leur réutilisation, de leur recyclage et de leur valorisation, et modifiant la directive 70/156/CEE du Conseil.

Dir. (CE) n° 2005/35 du PE et du Cons., 7 sept. 2005, relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions

Dir. (CE) n° 2004/42 du PE et du Cons., 21 avr. 2004, relative à la réduction des émissions de composés organiques volatils dues à l'utilisation de solvants organiques dans certains vernis et peintures et dans les produits de retouche de véhicules.

Dir. (CE) n° 2004/35 du PE et du Cons., 21 avr. 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

Dir. (CE) 2004/18 du PE et du Cons., 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Dir. (CE) n° 2004/17 du PE et du Cons., 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Dir. (CE), n°2003/98 du PE et du Cons., 17 nov. 2003, concernant la réutilisation des informations du secteur public.

Dir. (CE) n° 2003/96 du Cons., 27 oct. 2003, restructurant le système européen de taxation des produits énergétiques et de l'électricité.

Dir. (CE) n°2003/35 du PE et du Cons., 26 mai 2003, prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil.

Dir. (CE) n°2003/4 du PE et du Cons., 28 janv. 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil.

Dir. (CE) n°2002/58 du PE et du Cons., 12 juill. 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Dir. (CE) n° 2002/59 du PE et du Cons., 27 juin 2002, relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, et abrogeant la directive 93/75/CEE du Conseil

Dir. (CE) n° 2002/49 du PE et du Cons., 25 juin 2002, relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement ;

Dir. (CE) n° 2002/57 du Cons., 13 juin 2002, concernant la commercialisation des semences de plantes oléagineuses et à fibres.

Dir. (CE) n° 2002/56 du Cons., 13 juin 2002, concernant la commercialisation des plants de pommes de terre.

Dir. (CE) n° 2002/55 du Cons., 13 juin 2002, concernant la commercialisation des semences de légumes.

Dir. (CE) n° 2002/54 du Cons., 13 juin 2002, concernant la commercialisation des semences de betteraves.

Dir. (CE) n° 2002/53 du Cons., 13 juin 2002, concernant le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles.

Dir. (CE) n° 2002/22 du PE et du Cons., 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.

Dir. (CE) n° 2001/81 du PE et du Cons., 23 oct. 2001, sur les plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques

Dir. (CE) n° 2001/42 du PE et du Cons., 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement

Dir. (CE) n° 2001/18 du PE et du Cons., 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement.

Dir. (CE) n° 2000/60 du PE et du Cons., 23 oct. 2000, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

- Dir. (CE) n° 2000/53 du PE et du Cons., 18 sept. 2000, relative aux véhicules hors d'usage ;
- Dir. (CE) n° 2000/14 du PE et du Cons., 8 mai 2000, relative aux émissions sonores dans l'environnement des matériels destinés à être utilisés à l'extérieur des bâtiments.
- Dir. (CE) n° 1999/62 du PE et du Cons., 17 juin 1999 relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures.
- Dir. (CE) n° 1999/31 du Cons., 26 avr. 1999, concernant la mise en décharge des déchets.
- Dir. n° 1999/22 du Cons., 29 mars 1999, relative à la détention d'animaux sauvages dans un environnement zoologique.
- Dir. (CE) n° 97/66, du PE et du Cons., 15 déc. 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications
- Dir. (CE) n°96/61 du Cons., 24 sept. 1996, relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution.
- Dir. (CE) n° 96/59 du Cons., 16 sept. 1996, sur l'élimination des polychlorobiphényles et des polychloroterphényles (PCB et PCT).
- Dir. (CE) n°95/46, du PE et du Cons., 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.
- Dir. (CE) n° 94/63 du PE et du Cons., 20 déc. 1994, le contrôle des émissions de composés organiques volatils (COV) résultant du stockage de l'essence et de sa distribution des terminaux aux stations-service.
- Dir. (CE) n° 94/62 du PE et du Cons., 20 déc. 1994, relative aux emballages et aux déchets d'emballages.
- Dir. (CEE) 92/50 du Cons., 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.
- Dir. (CEE) n° 92/43 du Cons., 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.
- Dir. (CEE) n° 91/271 du Cons., 21 mai 1991, traitement des eaux urbaines résiduaires.
- Dir. (CEE) n° 86/278 du Cons., 12 juin 1986, relative à la protection de l'environnement et notamment des sols, lors de l'utilisation des boues d'épuration en agriculture.
- Dir. (CEE) n°85/337 du Cons., 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.
- Dir. (CEE) n° 70/157 du Cons., 6 févr. 1970, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au niveau sonore admissible et au dispositif d'échappement des véhicules à moteur.

Dir. (CEE) n° 68/193 du Cons., 9 avr. 1968, concernant la commercialisation des matériels de multiplication végétative de la vigne.

Dir. (CEE) n° 66/402 du Cons., 14 juin 1966, concernant la commercialisation des semences de céréales.

Dir. (CEE) n° 66/401 du Cons., 14 juin 1966, concernant la commercialisation des semences de plantes fourragères.

- **Décisions**

Déc. (COMP) n° M.7217 de la Commission, 3 oct. 2014, déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Facebook/Whatsapp) sur base du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.

Déc. (COMP) n° M.6314 de la Commission, 4 sept. 2012, déclarant la concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'EEE (Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV).

Déc. (CE) n° 922/2009 du PE et du Cons., 16 sept. 2009, concernant des solutions d'interopérabilité pour les administrations publiques européennes.

Déc. (CE) n° 2006/957 du Cons., 18 déc. 2006, relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, d'un amendement à la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

Déc.-cadre (JAI) n° 2005/222 du Cons., 24 févr. 2005, relative aux attaques visant les systèmes d'information.

Déc. (CE) n° 2005/370 du Cons., 17 févr. 2005, relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

Déc.-cadre (JAI) n° 2004/68, 22 déc. 2003, relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie.

Déc. (JAI) 2000/375 du Cons., 29 mai 2000, relative à la lutte contre la pédopornographie sur internet.

Déc. (CE) n° 276/1999 du PE et du Cons., 25 janv. 1999, adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux.

Déc. (CE) n° 94/208 de la Com., 31 janv. 1994, déclarant une concentration compatible avec le marché commun.

- **Communication**

Communication (COM) n° 2018/283 de la Commission, 17 mai 2018, En route vers la mobilité automatisée : une stratégie de l'UE pour la mobilité du futur.

Communication (COM) n° 2017/450 de la Commission, 13 sept. 2017, Résilience, dissuasion et défense : doter l'UE d'une cybersécurité solide.

Communication (JOIN) n° 2013 de la Commission, 7 févr. 2013, Stratégie de cybersécurité de l'Union européenne : un cyberspace ouvert, sûr et sécurisé.

Communication (COM) n° 2000/890 de la Commission, 26 janv. 2001, Créer une société de l'information plus sûre en renforçant la sécurité des infrastructures de l'information et en luttant contre la cybercriminalité.

Communication (COM) n° 2016/0766 de la Commission, 30 nov. 2016, Une stratégie européenne relative aux systèmes de transport intelligents coopératifs, jalon d'une mobilité coopérative, connectée et automatisée.

Communication (MEMO) n° 07/199 de la Commission, 22 mai 2007, Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité.

Communication (COM) n° 2006/502 de la Commission, 13 sept. 2006, Mettre le savoir en pratique : une stratégie d'innovation élargie pour l'UE.

Communication de la Commission, 20 janv. 1999, La compétitivité des entreprises européennes face à la mondialisation – comment l'encourager.

Communication n° 97/C 372/03 de la Commission, 9 déc. 1997, Sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.

- **Résolutions**

Résol. (INI) n° 2020/2015 du PE, 20 oct. 2020, sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle.

Résol. (INL) n° 2020/2014 du PE, 20 oct. 2020, contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle.

Résol. (INL) n° 2020/2012 du PE, 20 oct. 2020, contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes.

Résol. (COM) n° 2020/568 du PE, 6 juill. 2021, sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant une dérogation temporaire à certaines dispositions de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'utilisation de technologies par des fournisseurs de services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation pour le traitement de données à caractère personnel et d'autres données aux fins de la lutte contre les abus sexuels commis contre des enfants en ligne.

Résol. (INI) n° 2018/2089 du PE, 15 janv. 2019, sur les véhicules autonomes dans les transports européens.

Résol. (INI) n° 2017/2067 du PE, 13 mars 2018, sur une stratégie européenne relative aux systèmes de transport intelligents coopératifs.

Résol. (INI) n° 2016/2305 du PE, 1e juin 2017, sur la connectivité internet pour la croissance, la compétitivité et la cohésion : société européenne du gigabit et 5G.

- **Recommandations**

Recomm. (UE) n° 2013/179 de la Commission, 9 avr. 2013, relative à l'utilisation de méthodes communes pour mesurer et indiquer la performance environnementale des produits et des organisations sur l'ensemble du cycle de vie.

Recomm. (CE) n° 2009/387 de la Commission, 12 mai 2009, sur la mise en œuvre des principes de respect de la vie privée et de protection des données dans les applications reposant sur l'identification par radiofréquence.

Recomm. (CE) n° 2003/361 de la Commission, 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises.

- **Avis**

Avis n° 3/2018 du CEPD, 19 mars 2018, sur la manipulation en ligne et les données à caractère personnel.

Avis n° 8/2014 du G29, 16 sept. 2014, sur les récentes évolutions relatives à l'internet des objets.

Avis n° 06/2014 du G29, 9 avr. 2014, sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE.

Avis n° 05/2014 du G29, 10 avr. 2014, sur les techniques d'anonymisation.

Avis préliminaire du CEPD, 26 mars 2014, Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives : l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique.

Avis n° 01/2012 du G29, 23 mars 2012, sur les propositions de réforme de la protection des données.

Avis du CEPD, 7 mars 2012, sur le paquet de mesures pour une réforme de la protection des données.

Avis n° 15/2011 du G29, 13 juill. 2011, sur la définition du consentement.

- **Lignes directrices**

Lignes directrices n° 5/2020 du CEDP, 4 mai 2020, sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679.

Lignes directrices du G29, 11 avr. 2018, sur le consentement au sens du règlement 2016/679.

Lignes directrices du G29, 5 avr. 2017, relatives au droit à la portabilité des données.

Lignes directrices du G29, 6 févr. 2018, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679.

- **Accords interinstitutionnels**

Accord interinstitutionnel du PE, du Cons. et de la Commission, 13 avr. 2016, Mieux légiférer.

Accord interinstitutionnel n° 2003/C 321/01 du PE, du Cons. et de la Commission, 31 déc. 2003, Mieux légiférer.

- **Protocoles**

Prot. n° 310/207, 16 déc. 2004, sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

- **Etudes**

Crémer J., Montjoye (de) Y.-A., Schweitzer H., Competition policy for the digital era, Commission européenne, 2019.

Parenti R. (dir.), Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech, sept. 2020, European Parliament.

Flinck M. (dir.), Blockchain and the General Data Protection Regulation Can distributed ledgers be squared with European data protection law?, juill. 2019, European Parliament.

Commission, Guide de l'initiative citoyenne européenne, 2015.

1.3.2. Jurisprudence de l'Union européenne

CJUE, 11 janv. 2017, n° C-491/15, Rainer Typke c/ Commission européenne.

CJUE, 19 oct. 2016, n°C-582/14, Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland.

CJUE, 27 mars 2012, n° C-209/10, Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet.

CJUE, 23 nov. 2006, n° C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contre Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).

CJCE, 29 avr. 2004, n° C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG.

CJCE, 3 juill. 1991, n°C-62/86, AKZO Chemie BV c/ Commission des Communautés européennes.

CJCE, 5 oct. 1988, n°238/87, AB Volvo c/ Erik Veng (UK) Ltd.

CJCE, 21 juin 1974, n° 2-74, Reyners c/ État belge.

1.3.3. Publications officielles de l'Union européenne

JOUE C n° 115, 4 mai 2010.

1.4. Sources officielles internationales

Conv. EDH.

DUDH

PIDCP

1.4.1. Traités et accords internationaux

Conv. Malabo, 27 juin 2014, de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel.

Conv. Minamata, oct. 2013, sur le mercure.

Conv. Stockholm, mai 2001, sur les polluants organiques persistants.

Prot. Montréal, janv. 2000, sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique.

Conv. Berne, avr. 1999, pour la protection du Rhin.

Conv. Rotterdam, sept. 1998, sur les produits chimiques dangereux.

Conv. Bâle, mai 1992, sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination.

Conv. Helsinki, mars 1992, sur les effets transfrontières des accidents industriels.

Conv. Helsinki, mars 1992, sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

Conv. Salzbourg, nov. 1991, sur la protection des Alpes.

Conv. Aarhus, 25 juin 1998, sur l'accès à l'information, la participation du public aux processus décisionnels et l'accès à la justice en matière d'environnement.

Conv. Rio, juin 1992, sur la diversité biologique.

Conv. Rio, juin 1992, sur l'environnement et le développement des principes de gestion des forêts.

Conv. Paris, sept. 1992, pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est.

Prot. Montréal, mars 1985, relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

Conv. Vienne, mars 1985, pour la protection de la couche d'ozone.

Conv. Reykjavik, mars 1982, pour la conservation du saumon dans l'Atlantique Nord.

Conv. Strasbourg, 28 janv. 1981, pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

Conv. Genève, nov. 1979, sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance.

Conv. Berne, sept. 1979, relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe.

Conv. Bonn, juin 1979, sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage.

Conv. Barcelone, févr. 1976, pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution

Conv. Helsinki, mars 1974, pour la protection du milieu marin de la mer Baltique.

Charte des Nations unies, 26 juin 1945.

1.4.2. Jurisprudence internationale

CEDH, 19 juin 2018, n° 25680/05, Bursa Barosu Başkanlığı et autres c/ Turquie.

CEDH, 26 avr. 2016, n° 47558/10, Costel Popa c/ Roumanie.

CEDH, 17 nov. 2015, n° 14350/05, n° 15245/05 et n° 16051/05, Özel et autres c/ Turquie.

CEDH, 24 mars 2015, n° 9713/13, Viviani et autres c/ Italie.

CEDH, 24 mars 2015, n° 43961/09, Smaltini c/ Italie.

CEDH, 25 sept. 2014, n° 29878/09, Karin Andersson et autres c/ Suède.

CEDH, 4 sept. 2014, n° 42488/02, Dzemyuk c/ Ukraine.

CEDH, 24 juill. 2014, n° 60908/11, n° 62110/11, n° 62129/11 et al., Brincat et autres c/ Malte.

CEDH, 5 déc. 2013, n° 52806/09 et n° 22703/10, Vilnes et autres c/ Norvège.

CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, Ahmet Yildirim c. Turquie.

CEDH, 10 janv. 2012, n° 30765/08, Di Sarno et autres c/ Italie.

CEDH, 18 oct. 2011, n° 16188/07, Khelili c/ Suisse.

CEDH, 2 mai 2011, n° 6854/07, Apanasewicz c. Pologne.

CEDH, 10 févr. 2011, n° 30499/03, Dubetska et autres c/ Ukraine.

CEDH, 25 janv. 2011, n° 38427/05, Elefteriadis c/ Roumanie.

CEDH, 28 sept. 2010, n° 12050/04, Mangouras c/ Espagne.

CEDH, 14 sept. 2010, n° 37186/03, Florea c/ Roumanie.

CEDH, 17 déc. 2009, n° 5335/06, Bouchacourt c/ France.

CEDH, 17 déc. 2009, n° 16428/05, Gardel c/ France.

- CEDH, 17 déc. 2009, n° 22115/06, M.B. c./ France.
- CEDH, 7 avril 2009, n° 6586/03, Brândușe c/ Roumanie.
- CEDH, 24 févr. 2009, n° 49230/07, L'Erablière asbl c/ Belgique.
- CEDH, 4 déc. 2008, n° 30562/04 et n°30566/04, S. et Marper c/ Royaume-Uni.
- CEDH, 25 nov. 2008, n° 36919/02, Biriuk et Armonas c/ Lituanie.
- CEDH, 20 mars 2008, n° 15339/02, Boudaïeva et autres c/ Russie.
- TPI, 17 sept. 2007, n°T-201/04, Microsoft Corp c/ Commission.
- CEDH, 28 nov. 2006, n° 76973/01, Murillo Saldias et autres c/ Espagne.
- CEDH, 6 juin 2006, n° 62332/00, Segersted-Wiberg c/ Suède.
- CEDH, 20 déc. 2005, n°71611/01, Wisse c/France.
- CEDH, 19 oct. 2005, n° 32555/96, Roche c/ Royaume-Uni.
- CEDH, 9 juin 2005, n° 55723/00, Fadeïeva c/ Russie.
- CEDH, 25 mai 2005, n°59842/00, Vetter c/France.
- CEDH, 15 févr. 2005, n° 68416/01, Steel et Morris c/ Royaume-Uni.
- CEDH, 16 nov. 2004, n° 4143/02, Moreno Gómez c/ Espagne.
- CEDH, 10 nov. 2004, n° 49517/99, Taşkın et autres c/ Turquie.
- CEDH, 27 mai 2004, n° 57829/00, Vides Aizsardzības Klubs c/ Lettonie.
- CEDH, 27 avr. 2004, n° 62543/00, Gorraiz Lizarraga et autres c/ Espagne.
- CEDH, 11 mars 2004, n° 52067/10 et n° 41072/11, Howald Moor et autres c/ Suisse.
- CEDH, 22 oct. 2002, n°47114/99, Taylor-Sabori c. Royaume-Uni.
- CEDH, 18 juin 2002, n° 48939/99, Öneriyildiz c/ Turquie.
- CEDH, 25 sept. 2001, n°44787/98, P.G. ET J.H. c/ Royaume-Uni.
- CEDH, 28 janv. 2001, n° 44647/98, Peck c/ Royaume-Uni.
- CEDH, 4 mai 2000, n° 28341/95, Rotaru c/ Roumanie.
- CEDH, 16 fév. 2000, n° 27798/95, Amann c/ Suisse.
- CEDH, 19 févr. 1998, n° 14967/89, Guerra et autres c/ Italie.

CEDH, 27 août 1997, n° 20837/92, M.S. c/ Suède.

CEDH, 25 fév. 1997, n° 22009/93, Z.c/ Finlande.

CEDH, 9 déc. 1994, n° 16798/90, Lopez Ostra c/ Espagne.

CEDH, 24 avril 1990, n° 11801/85, Kruslin c/France.

CEDH, 24 avril 1990, n°11105/84, Huvig c/France.

CEDH, 7 juill. 1989, n°10454/83, Gaskin c/ Royaume-Uni.

CEDH, 26 mars 1987, n°9248/81, Leander c/Suède.

CEDH, 2 août 1984, n° 8691/79, Malone c/ Royaume-Uni.

CEDH, 6 sept 1978, n°5029/71, Klass c. Allemagne.

1.4.3. Doctrine des organismes et organisations internationales

Rapp. OCDE et G20, 22 déc. 2020, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Évaluation d'impact économique.

Rapp. OCDE, 2 juin 2020, Droits relatifs aux données des consommateurs et impact sur la concurrence.

Rapp. OCDE et G20, 9 oct. 2019, Proposition du Secrétariat d'une « Approche unifiée » au titre du Pilier 1.

Rapp. OCDE et G20, mai 2019, Programme de travail visant à élaborer une solution fondée sur un consensus pour relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Cadre inclusif sur le BEPS.

Rapp. OCDE, 2016, Rattachement local et seuils de compétence dans le contrôle des fusions, 2016.

Rapp. OCDE, 14 nov. 2018, Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans contrepartie financière.

Rapp. OCDE et G20, 30 mai 2018, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire 2018.

Rapp. OCDE, 21 nov. 2016, Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique.

Rapp. OCDE et G20, 5 oct. 2015, Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Action 1.

Rapp. OCDE et G20, 5 oct. 2015, Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable, Action 7.

Rapp. OCDE, juin 2015, Stratégie de l'OCDE pour l'innovation 2015 – Un programme pour l'action.

Rapp. OCDE, mai 2013, Exploration de l'économie des données personnelles : revue des méthodes de mesure de la valeur pécuniaire des données.

Rapp. OCDE, juin 2004, Les règles d'imposition des bénéficiaires des entreprises qui sont prévues par les conventions fiscales actuelles conviennent-elles au commerce électronique?.

Rapp. OCDE, 2004, La capacité du Gouvernement à produire des réglementations de grande qualité.

Rapp. OCDE, 14 juin 2000, La littératie à l'ère de l'information.

Rapp. OCDE, 8 oct. 1998, Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique.

2. Sources bibliographiques

2.1. Monographies

2.1.1. Monographies rédigées par un auteur

- Cas général

Baudelaire C., Les fleurs du mal, 1972, Lgf.

Bernard C., La science expérimentale, 1878, Baillière J.-B. & fils

Bruguière J.-M., Les données publiques et le droit, 2002, Litec.

Carbonnier J., Sociologie juridique, 1978, PUF.

Chapus R., Droit administratif général, 2001, Montchrestien.

Debray R., La République expliquée à ma fille, 1998, Seuil.

Delmas-Marty M., Pour un droit commun, 1994, Seuil.

Denis V., Une histoire de l'identité : France 1715-1815, 2008, Champ Vallon Editions.

Ezrachi A., Stucke M., Virtual competition : The promise and perils of the algorithm driven economy, 2016, HUP.

- Filippi (de) P., *Blockchain et cryptomonnaies*, 2018, PUF.
- Flückiger A., *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*, 2019, Stämpfli.
- Garapon A., Lassègue J., *Justice digitale - Révolution graphique et rupture anthropologique*, 2018, PUF.
- Geny F., *Des Droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français, essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, 1911, L. Larose et L. Tenin.
- Kallergis A., *La compétence fiscale*, 2018, Dalloz.
- Kilroy R. J. Jr. (dir.), *Threats to Homeland Security: Reassessing the All-Hazards Perspective*, 2018, Wiley-Blackwell.
- Jahrreiss H., *Groesse und Not der Gesetzgebung*, 1953, Schönmöller.
- Kersauson (de) O., *Promenades en bord de mer et étonnements heureux*, 2016, Le Cherche-Midi.
- Lehodey de Saultchevreuil E., *Journal de l'Assemblée nationale, ou Journal logographique : Première législature*, 1792, Chez Baudoin.
- Lesgards V., *Grappes d'innovations sur les réseaux électriques et les concessions des collectivités locales (eau, déchets). Une lecture scumpeterienne du smart grid*, Innovations 2011.
- Lewis E., Slitine R., *Le coup d'État citoyen*, 2016, La Découverte.
- Littré E., *Dictionnaire de la langue française*, 1873, Hachette et cie.
- Lucas F.-X., *Le droit des affaires*, PUF, 2005.
- Lucidarme T., *Valoriser et développer l'innovation : De l'innovation incrémentale à l'innovation visionnaire de rupture*, 2013, Vuibert.
- Mallet J.-C., *Défense et Sécurité nationale : le Livre blanc*, 17 juin 2008, Odile Jacob, La documentation Française.
- Mattatia F., *Le droit des données personnelles*, 2016, Eyrolles.
- Mphindi H., *Digital Divide and e-governance in South Africa*, 2008, Tshwane University of Technology.
- Perret B., *L'évaluation des politiques publiques*, 2008, La Découverte.
- Ranchordás S., *Constitutional Sunsets and Experimental Regulations : a Comparative Perspective*, 2014, Edward Elgar publishing.
- Rousseau J.-J., *Du Contrat social*, 2011, Flammarion.

Sénèque, Lettres à Lucilius, II, Des voyages et de la lecture de Sénèque.

Schmitt M. N., Tallinn Manual, 2013, Cambridge University Press.

Springer P. J., Cyber Warfare: A Reference Handbook, 2015, ABC-CLIO.

Touboul C., Concevoir un texte normatif Comprendre la légistique, 2020, Dalloz.

Tricot B., Rapport de la Commission informatique et libertés, 1975, La Documentation française.

Zola E., Le roman expérimental, 2006, Flammarion.

- **Thèses et mémoires**

Ait Mouhoub Louali, Le service public à l'heure de l'Open Data, thèse, Guglielmi G. (dir.), 2018.

Boos R., La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des États, thèse, Brach-Thiel D. (dir.), 2016.

Combrade B.-L., L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, thèse, Verpeaux M. (dir.), 2015.

Cluzel-Metayer L., Le service public et l'exigence de qualité, thèse, Chevallier J. (dir.), 2006.

Criqui-Barthais G., La protection des libertés individuelles sur le réseau internet, thèse, Huet J. (dir.), 2018.

Dauphin L., Collectivités territoriales et expérimentation, thèse, Pauliat H. (dir.), 2008.

Dia A., Le principe de consultation en droit public comparé : l'exemple de la France et du Sénégal, thèse, Mouannes H. (dir.), juill. 2016.

Deshoulières E., Le droit moral et les licences Creative Commons, mémoire, Bourcier D. (dir.), 2007.

Fraiture G., Big Data et droit de la concurrence, mémoire, Petit N. (dir.), 2017.

Goubet J., L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe et aux Etats-Unis, mémoire, Vogel L. (dir.), 2010.

Marinese V., L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi., thèse, Carcassonne G. (dir.), 2007.

Rikabi M., Les droits de la propriété intellectuelle et l'intérêt général (Approche en droit d'auteur et en droit des brevets), thèse, Isar H. (dir.), 2019.

Rouillot A., Le marché des données n'existe pas : étude des différentes formes de valorisation des données, mémoire, Meadel C. (dir.), 2018.

Rrapi P., L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la "qualité de la loi", thèse, Roux A. (dir.), 2012.

Yannis G., Système d'information et stratégie dans les transports Le cas du transport express, Savy M. (dir.), 1993.

2.1.2. Monographies rédigées par un collectif d'auteur

- **Plusieurs auteurs sans direction scientifique**

Auby J.-B., De Gregorio V., Données urbaines et smart cities, 2017, Berger Levrault.

Auby J.-B., Renaudie O., Réforme territoriale et différenciation(s), 2016, Berger-Levrault.

Boiteau C., Lachaume J.-F., Pauliat H., Droit des services publics, 2004, Armand Colin.

Chignard S., Marchandise J.-F., Open Data, comprendre l'ouverture des données publiques, 2012, FYP.

Cluzel-Métayer L, Prebissy-Schnall C., See A., La transformation numérique du service public : une nouvelle crise ?, 2022, Mare & Martin.

Guglielmi G.J., Koubi G., Long M., Droit du service public, 2016, LGDJ.

Monino J.-L., Big Data, Open Data et valorisation des données, 2016, ISTE.

Rivero J., Waline J., Droit administratif, 2006, Dalloz.

Sintomer Y., Herzberg C., Röcke A., Les budgets participatifs en Europe, Des services publics au service du public, 2008, La Découverte.

Sonnac N., Gabszewicz J., L'industrie des médias à l'ère numérique, 2013, La Découverte.

Turot J. & a., Le Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, 2021, Wolters Kluwer.

- **Plusieurs auteurs avec direction scientifique**

Allemand R., Dantonel-Cor N., La différenciation territoriale, l'adaptation du droit à la diversité des territoires : réalités et perspectives, 2020, L'Harmattan.

Bergel J.-L., Cassin I., Eyrolles J.-J. (dir.), Le Lamy Droit immobilier, 2020, Wolters Kluwer.

Boyle M.P., Sprague G.D. (dir.), Taxation of Income Derived From Electronic Commerce, 2001, CFDI.

Brisson J.-F. (dir.), Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales, 2008, L'Harmattan.

Courbe T. (dir.), Rapp. De la Smart City à la réalité des territoires connectés, oct. 2021, Bureau de la communication DGE.

Fatin-Rouge Stéfanini M., Gay L., Vidal-Naquet A. (dir.), L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité, 2012, Bruylant.

Fenet P.A. (dir.), Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1827.

Gasnier J.-P., Bronzo N. (dir.), Les nouveaux usages du brevet d'invention, Réflexions théoriques et incidences pratiques, 2016, PUAM.

Guglielmi G.J., Koubi G., Le Floch G. (dir.), La notion de continuité, des faits au droit, 2011, L'Harmattan.

Morand C.-A. (dir.), Évaluation législative et lois expérimentales, 1993, PUAM.

Plambeck C.T., Rosenbloom D., Ring D. (dir.), Tax Aspects of Derivative Financial Instruments, 1995, CFDI.

Rapp L., Terneyre P., Garnier C. (dir.), Le Lamy Droit Public des Affaires, 2021, Wolters Kluwer.

Vivant M., Warusfel B., Mallet-Poujol N., Costes L. (dir.), Le Lamy Droit du numérique, 2021, Wolters Kluwer.

- **Contributions issues d'un ouvrage collectif**

Barré-Pépin M., Secret industriel et commercial -secret d'entreprise et des affaires -et secret de la Défense, in Larceneux A., Olivier-Leprince J. (dir.), Le secret nucléaire, 2014, EUD.

Bergel J.-L., Préface, in Morand C.-A. (dir.), Évaluation législative et lois expérimentales, 1993, PUAM.

Bonichot J.-C., « Mieux légiférer » L'exemple des nouvelles technologies de l'information, in Rubio N. (dir.), La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer », 2018, UMR DICE.

Castets-Renard C., De quelques défis fiscaux posés par l'économie numérique, in Bissy (de) A., Debat O. (dir.), Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, 2015, Dalloz.

Champeil-Desplats V., Millard E., Efficacité et énoncé de la norme, in Hammje P., Janicot L. et Nadal S. (dir.), L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités, 2013, LEJEP.

Chevallier J., Le droit français et la question des données publiques, in Bourcier D., De Filippi P. (dir.), *Open Data & Big Data Nouveaux défis pour la vie privée*, 2016, Mare et Martin.

Chevallier J., Peut-on rationaliser la production du Droit ?, in Péraldi Leneuf F. et La Rosa (de) S. (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, 2013, Broché.

Chevallier J., Les lois expérimentales, in Bourcier D., Thomasset C. (dir.), *L'écriture du droit : législation et technologies de l'information*, 1996, Diderot.

Chevallier J., Les lois expérimentales le cas français, in Morand C.-A. (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, 1993, PUAM.

Chevallier J., La rationalisation de la production juridique, in Morand C.-A. (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, 1991, Publisud.

Chevallier J., L'évaluation législative : un enjeu politique, in Bergel J.-L., Delacmp A. (dir.), *Contrôle parlementaire et évaluation*, 1995, La Documentations française.

Chopin F., Cybercriminalité, in *Rép. pén. Dalloz* 2020.

Delley J.-D., Flückiger A., La légistique : une élaboration méthodique de la législation, in Drago R. (dir.) *Confection de la loi*, 2005, PUF.

Dumont H., Réflexions sur la légitimité du référendum constituant, in Ackermans H. (dir.), *Variations sur l'éthique Hommage à Jacques Dabin*, 1994, Presses de l'Université Saint-Louis.

Finger L., Moral L., Le Digital Markets Act, un nouvel allié pour le droit de la concurrence face aux géants du numérique?, *Affiches-parisiennes.com*, 10 déc. 2021.

Flückiger A., Voter, élire et signer par Internet : le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité, in Muralt Müller H., Auer A., Koller T. (dir.), *E-Voting*, 2003, Stämpfli.

Guglielmi G.J., Exit les lois de Rolland. La nouvelle ère des principes de fonctionnement garantis, in Bousta R., Dantonel-Cor N., Kada N., Millet F.-X. et a., *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou*, 2018, IRJS.

Guglielmi G.J., Open Data et service public : les données publiques ouvertes sont-elles un service public ?, in Bourcier D., De Filippi P. (dir.), *Open Data & Big Data Nouveaux défis pour la vie privée*, 2016, Mare et Martin.

Guglielmi G.J., Le vote électronique saisi par le droit : le cas français, in Guglielmi G.J., Ihl O. (dir.), *Le vote électronique*, 2015, LGDJ.

Hamon B., Les cyberattaques et le cyberespionnage, in Bouhadana I., Gilles W. (dir.), *Cybercriminalité, cybermenaces et cyberfraudes*, 2012, IMODEV.

Hoffmann-Riem W., Législation expérimentale en Allemagne, in Morand C.-A. (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, 1993, PUAM.

Huttner L., Données à caractère personnel – Décision automatisée et justice, in Collectif., Rép. IT/IP et Communication, 2020, Dalloz.

Jeannin H., Transparence et big data : revers et infortunes, in Broudoux E., Chartron G. (dir.), Big data – Open data Quelles valeurs ? Quels enjeux ?, 2015, De Boeck Supérieur.

Mader L., Les lois expérimentales en Suisse, in Morand C.-A. (dir.), Évaluation législative et lois expérimentales, 1993, PUAM.

Malvasio F., Les catégories du droit administratif économique et du service public, in Auby J.-B. (dir.), L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, 2010, Dalloz.

Mathieu B., Répartition des compétences normatives et qualité de la loi, in Roux A. et a., Autonomie régionale et locale et constitutions - La répartition des compétences normatives entre le parlement et le gouvernement, 2006, Economica, Annuaire international de justice constitutionnelle.

Memmi D., Experts et fabrique de la norme, in CURAPP, Bio-éthique et droit, 1982, PUF.

Mestre J.L., L'expérimentation d'assemblées provinciales sous le règne de Louis XVI, in Coll., Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européenne, 2004, La documentation française.

Michel V., Traité de Lisbonne – Refondation de l'Union, in Rép. eur. Dalloz, 2010.

Pellegrini F., Chaînes de confiance et périmètre de certification en matière de « vote électronique », in Guglielmi G.J., Ihl O. (dir.), Le vote électronique, 2015, LGDJ.

Ricci J.-C., Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, in ministère de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales (dir.), Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, 2004, La Documentation française.

Rlivero J., Rapport de synthèse, in Debbash C. (dir.), La transparence administrative en Europe, 1990, Centre national de la recherche scientifique.

Rochfeld J., Données à caractère personnel – Droit de ne pas subir une décision fondée sur un traitement automatisé, in Rép. IP/IT Dalloz, 2020.

Shapiro C., Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting, in Jaffe A. B., Lerner J. et Stern S (dir.), Innovation Policy and the Economy, 2001, MIT Press.

Schmitt S., La loi expérimentale : une manière d'innover, Bouthenon-Dumas H., Masson A. (dir.), L'innovation juridique et judiciaire, 2018, Larcier.

Sibony A.-L., Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en Droit, in Fatin-Rouge Stéfanini M., Gay L., Vidal-Naquet A. (dir.), L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité, 2012, Bruylant.

Sokol D., Comerford R., Does antitrust have a role to play in regulating Big Data?, in Blair R., Sokol D. (dir.), Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, 2016, CUP.

Wolchok S., Wustrow E., Dawn I., and Halderman, in Keromytis A.D. (dir.), Financial Cryptography and Data Security: 16th International Conference, 2012, Springer.

2.2. Revues et publications périodiques

2.2.1. Articles spécialisés

Anonyme, Taxe Gafa : la loi est publiée, Les nouvelles fiscales, 15 sept. 2019.

Anonyme, Décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009 Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, 3C 2009.

Ader B., La protection de la vie privée en droit positif français, Legicom 1999.

Allechi D., La protection des données personnelles : quelles solutions face aux GAFAM ?, Village-justice.com, mars 2019.

Akrich M., Les utilisateurs, acteurs de l'innovation, Éducation permanente 1998.

Assier-Andrieu L., Carbonnier Jean, Droit et passion du droit sous la Ve République, Droit et Société 1998.

Aubin E., La protection constitutionnelle de la transparence administrative, N3C 2018.

Auby J.-B., Données publiques, JCl. Administratif 2018.

Auby J.-B., De l'expérimentation, Droit administratif 2002.

Auby J.-B., Innovation, légalité et management public, Politiques et management public 1993.

Auvray S., Kbairi Y., Laguerre M., Tejedor L.P., Préfiguration d'un service public local de la donnée, lnet.cnfpt.fr, 2020.

Azoulay W., Des machines et des hommes. La guerre n'aura pas lieu, Droit et Société 2019.

Bacot G., Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative, Revue française d'histoire des idées politiques 2002.

Badinter R., Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968.

Bailleul-Mirabaud A., Billard-Moalic R., Fiscalité de l'économie numérique : l'UE prend le pas sur l'OCDE (provisoirement ?), LEXplicité 2018.

Balto D.A., Lane M.C., Monopolizing Water in a Tsunami : Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data, Competitionpolicyinternational.com, 2016.

Barbet-Massin A., Réflexions autour de la reconnaissance juridique de l'horodatage blockchain par le législateur italien, RLDI 2019.

Barbier J.-C., Les sources intellectuelles de l'évaluation des politiques publiques, Politiques et management public 2014.

Barraud B., L'algorithmisation de l'administration, RLDI 2018.

Barraud B., Le droit en datas : comment l'intelligence artificielle redessine le monde juridique, RLDI 2018.

Beguín-Faynel C., Rapport de synthèse, in Mouriesse E. (dir.), L'open data : une évolution juridique ?, RGD 2018.

Bellefroid (de) M., Droit de la concurrence et propriété intellectuelle : histoire d'un mariage forcé entre deux logiques, Droitbelge.be.

Ben Youssef A., Les quatre dimensions de la fracture numérique, Réseaux 2004.

Berberich M., Steiner M., Blockchain technology and the GDPR – How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?, EDPL 2016.

Berthelet P., La lutte contre la cybercriminalité à l'échelle de l'Union : analyse de l'évolution juridique d'un phénomène à la confluence de plusieurs agendas institutionnels, RQDI 2018.

Blanchet D., Hagneré C., Legendre F., Thibault F., Évaluation des politiques publiques, ex post et ex ante : l'apport de la microsimulation, Revue économique 2016.

Blondiaux L., Démocratie locale et participation citoyenne : la promesse et le piège, Mouvements 2001.

Bomare M., Marraud des Grottes G., Approche sandbox : le Conseil d'État pour plus de rigueur dans le suivi des expérimentations, Actualités du Droit 2019.

Boudet J.-F., Nouvelles technologies et fiscalité vers un « e-contrat fiscal » ?, RFAP 2013.

Bouillant N., Duru E., Expérimentons (vraiment) l'expérimentation !, Gaz. cnes, 2018.

Boul M., Réflexions sur la notion de donnée publique, RFAP 2018.

Bourcier D., Filippi (de) P., « Open data » : l'ouverture des données, JCP G 2014.

Bourcier D., Filippi (de) P., L'Open Data : universalité du principe et diversité des expériences ?. JCP G 2013.

Bourcier D., Filippi (de) P., *Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage ?*, RFAP 2018.

Bourcier D., *Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ?*, R.I.E.J. 1999.

Burban T., *SeaBubbles autorisé à expérimenter son bateau sur la Seine*, Le Parisien 2019.

Boy D., Donnet Kamel D., Roqueplo P., *Un exemple de démocratie participative : la « conférence de citoyens » sur les organismes génétiquement modifiés*, RFSP 2000.

Burkert H., *L'information du secteur public. Le secret, la transparence et le commerce*, RFAP 1994.

Cadart J., *Les inconvénients et les dangers plébiscitaires du référendum d'initiative présidentielle et gouvernementale en France depuis 1958 et les remèdes désirables*, RIDC 1976.

Caillosse J., *Droit et évaluation*, RFAS 2010.

Carbonnier J., *Sociologie juridique, Droit et Société* 1994.

Carcassonne G., *Le trouble de la transparence*, Pouvoirs 2001.

Carcassonne G., *Penser la loi*, Pouvoirs 2005.

Carine Staropoli C., Thirion B., *Digital New Deal : les relations public-privé dans la smart city*, Les Policy Papers de la Chaire EPPP 2019.

Caron C., *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, D. 2003, Chron.

Casanova A., *La licence de logiciel libre est un contrat d'adhésion et l'action visant à faire réparer le dommage de sa violation est de nature contractuelle*, RLDI 2019.

Charrié J., Janin L., *Fiscalité du numérique*, La Note d'analyse France Stratégie 2015.

Chaudouet S., *Quand le droit à l'information plie, mais ne rompt pas devant le secret des affaires dans les contrats d'intermédiation*, RLDA 2019.

Chauvin E., Vadillo F., *Quand la lutte anti-terroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du Code pénal introduites par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014*, Gaz. Pal. 2015.

Chavrier G., *L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire ?*, Annuaire des collectivités locales 2004.

Chesbrough H. W., *Open innovation : the new imperative for creating and profiting from technology*, Harvard Business School Press 2003.

Chevallier J., Cluzel-Métayer L., *Introduction*, RFAP 2018.

Chevallier J., La “Modernisation de l’action publique” en question, RFAP 2016.

Chevallier J., Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, Revue du droit public et de la science politique 1998.

Chevallier J.-J., Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale, RFSP 1953.

Clément M., Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ?, AJDA 2017.

Cluzel-Métayer L., L’irruption de la qualité dans le domaine sanitaire, RDSS 2014.

Cluzel-Métayer L., La construction d’un service public de la donnée, RFAP 2018.

Cluzel-Métayer L., Les leviers numériques du crowdsourcing des services publics, [Hal.archives-ouvertes.fr](https://hal.archives-ouvertes.fr).

Cortier V., Vote électronique, Bulletin de la société informatique de France 2016.

Costa J.-P., Droit et évaluation, RFAP 1993.

Costa-Cabral F. et Lynskey O., Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, Common Market Law Review 2017.

Crevoisier O., La pertinence de l'approche territoriale, Revue d’Économie Régionale & Urbaine 2010.

Crouzatier-Durand F., Réflexions sur le concept d’expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l’organisation décentralisée de la République), PUF 2003.

Croze H., La factualisation du droit, JCP G 2017.

Czech H., Santé publique, hygiène raciale et eugénisme sous le Troisième Reich : l’exemple de Vienne, Revue d’Histoire de la Shoah 2005.

Cadio P., Chalmeton H., Open Data : Transposition de la directive du 26 juin 2013 concernant la réutilisation des informations du secteur public : fait!, [Lexplicit.fr](https://lexplicit.fr), 16 févr. 2016.

Cahen M.-I., Contrats de propriété intellectuelle : comment les utiliser ?, [Consultation.avocat.fr](https://consultation.avocat.fr), oct. 2020.

Chevalier J.-B., L’institutionnalisation du droit de dérogation des préfets, blogdroitadministratif.net, 10 avr. 2020.

Cozian M., La fable de l'impôt sur les parapluies, [Blogs.mediapart.fr](https://blogs.mediapart.fr).

Daudré G., Permis d’innover, Defrénois 2019.

Debiès E., Renforcement des droits des individus sur leurs données personnelles : quelles conséquences sur l'utilisation du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR) ?, Regards 2019.

De Laubadère A., Une nouvelle méthode législative : la simulation, AJDA 1979.

De Maison Rouge O., Petit guide juridique de protection du secret des affaires, 2020, [Village-justice.com](https://www.village-justice.com).

De Roquefeuil B., Le statut juridique des logiciels libres : un régime juridique qui n'est pas unifié, Gaz. Pal. 2007.

Déchaux R., L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de « cavaliers » entre 1996 et 2006, [Conseil-constitutionnel.fr](https://www.conseil-constitutionnel.fr).

Delbecq A., Réfractions extraordinaires connues sous le nom de fata Morgana, Revue des sciences et de leurs applications aux arts et à l'industrie 1897.

Delebecq P., Le transport multimodal, RIDC 1998.

Denètre E., Droit à la différenciation territoriale : entre craintes et aspirations au changement, Le courrier des maires 2019.

Denizot A., L'expérimentation à foison, RTD civ. 2020.

Deprau A., Les réponses judiciaires face à la cybercriminalité, [Village-justice.com](https://www.village-justice.com), 2020.

Despinasse F., Bonfils M., La participation citoyenne, un vecteur de sens pour l'action publique, Gaz. Cnes. 2021.

Dhenne M., Les contrats de propriété intellectuelle, [Village-justice.com](https://www.village-justice.com), 2020.

Dubois C., Schoenaers F., Les algorithmes dans le droit : illusions et (r)évolutions, Droit et société 2019.

Duboua-Lorsch L., La Commission européenne pointe les « lacunes » des évaluations environnementales françaises, [Euractiv.fr](https://www.euractiv.fr), 22 févr. 2021.

Donier V., Les lois du service public : entre tradition et modernité, RFDA 2006.

Douence M., La confortation du statu quo de la coopération intercommunale ou « beaucoup de bruit pour rien » ?, RFDA 2020.

Drago G., Expérimentation et Constitution, AJDA 2002.

Dross W., L'encadrement des technologies par le Droit : nécessité et source de changements, Revue du notariat 2004.

- Duclercq J.-B., Les effets de la multiplication des algorithmes informatiques sur l'ordonnement juridique, CCE 2015.
- El Sayegh D., Le Conseil constitutionnel et la loi Création et Internet : une décision en trompe l'œil, Légipresse 2009.
- Elshoud M., L'accès aux données essentielles de la commande publique, in Mouriesse E. (dir.), L'open data : une évolution juridique ?, RGD 2018.
- Evans D. S., Noel M., Defining antitrust markets when firms operate two-sided platforms, Columbia Business Law Review 2005.
- Fadli A., La consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique : entre innovations et implications, PUTC 2006.
- Falque-Pierrotin I., La Constitution et l'Internet, N3C 2012.
- Farineau C., Gras A., Les marchés publics de services de recherche et développement, Contrats-Marchés publ. 2020.
- Faure B., Différenciation des normes : jeu de dupes, RFDA 2021.
- Féral-Schuhl C., Vers un droit fondamental de l'accès à l'Internet dans la Constitution de 1958 ?, Editionmultimedia.fr, 23 juill. 2018.
- Feraudy (de) T., Saujot M., Une ville plus contributive et durable : crowdsourcing urbain et participation citoyenne numérique, IDRI 2017.
- Filistrucchi L., Geradin D., Van Damme E., Affeldt P., Market definition in two-sided markets : theory and practice, Journal of Competition Law and Economics 2014.
- Flis-Trèves M., Mehl, Pisier E., Contre l'acharnement législatif, Pouvoirs 1991.
- Flückiger A., L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois, Revue européenne des sciences sociales 2007.
- Fontaine M., Il va falloir valoriser ces actifs immatériels que constituent les données et, éventuellement, les fiscaliser, RLDC 2017.
- Forrest K., Big Data and Online Advertising: Emerging Competition Concerns, Antitrust Chronicle 2019.
- Fourets F., La protection des données, ou le symbole d'une démocratie nouvelle : Le contrôle de la CNIL, Informations sociales 2005.
- Garapon A., Les enjeux de la justice prédictive, JCP 2017.
- Gazier F., Conclusions sur CE Assemblée, 7 juillet 1950, Dehaene, RDP 1950.

- Giacuzzo J.-F., Poumarède M., Droit immobilier 2019, Dr. & patr. 2019.
- Grudler C., Théorie de l'unité de l'art : du cumul de protection par le droit d'auteur et le droit de la propriété industrielle, Village de la Justice 2018.
- Grunberg G., Guy Carcassonne et la Ve République, telos-eu.com, juin 2013.
- Guglielmi G., Gouvernance et participation : les villes intelligentes font-elles le co-citoyen? QDL 2015.
- Guglielmi G.J., Numérisation des données publiques et données publiques numériques, Guglielmi.fr, 2013.
- Guyader A., Vers une démocratie plus numérique, Pouvoirs 2018.
- Halla B., Helmers C., Rogers M., Senad V., The choice between formal and informal intellectual property : a literature review, National Bureau of Economic Research Working Papers 2012.
- Herpe F., Innovation collaborative : un enjeu fort pour la propriété intellectuelle, Les petites affiches 2014.
- Idrissi M., Kermarrec M., Constituer un groupement d'intérêt public en 6 étapes, Gaz. Cnes. 2018.
- Jahsan P., Alliances de progrès : le défi est devant nous, Jurisassociations 2018.
- Janicot L., Verpeaux M., Réformer sans réviser, ADJA 2021.
- Jean B., Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ?, RLDI 2011.
- Jeuland E., Justice numérique, justice inique ?, Les Cahiers de la Justice 2019.
- Jones Harbour P. et Koslov T., Section 2 in a Web 2.0 World : An Expanded Vision of Relevant Product Markets, Antitrust Law Journal 2010.
- Kada N., La réforme de l'état territorial, RFAP 2012.
- Kessler D., L'entreprise entre transparence et secret, Pouvoirs 2001.
- Körber, T., Is Knowledge (Market) Power? - On the Relationship Between Data Protection, 'Data Power' and Competition Law, NZKart 2018.
- Koubi G., Équivoque administrative de la notion de données publiques, JCP A 2018.
- Lacouette-Fougere C., Lascoumes P., L'évaluation : un marronnier de l'action gouvernementale ?, RFAP 2013.
- Landot E., L'important droit de dérogation des préfets, inchangé sur le fond, est pérennisé et étendu à tout le territoire national, blog.landot-avocats.net, 9 avr. 2020.

Laurent S., Le droit d'initiative citoyenne, RMCUE 2006.

Lasserre B., L'État et les Technologies de l'information et de la Communication : vers une administration « à accès pluriel », DF 2000.

Laverdet C., Les enjeux juridiques de l'Internet des objets, JCP G 2014.

Le Gunehec R., Secret des affaires : drôle d'ambiance, Légipresse 2019.

Le Gunehec R., Droit d'accès à des informations d'intérêt général dans le domaine de la santé : le verrou du secret des affaires, Légipresse 2021.

Lenoir N., La loi et les deux visages du citoyen chez J.J. Rousseau, Philosophiques 2001.

Lerner A.V., The Role of « Big Data » in online platform competition, Papers.ssrn.com, 2014.

Lessig L., Code is Law On liberty in Cyberspace, Harvard Magazine 2000.

Lever E., Cabinet noir : les français sous surveillance, L'Histoire 1995.

Le Chatelier G., La différenciation entre collectivités territoriales : le Conseil d'Etat définir la marche à suivre par le gouvernement, AJCT 2018.

Le Gall, Internet : Cyberfiscalité ou Cyber paradis fiscal, IBLJ 1998.

Le Goffic C., Licences libres et copyleft : la contractualisation du droit d'auteur, RLDI 2011.

Linditch F., L'ordonnance relative aux marchés publics : champ d'application, JCP A 2015.

Lipsky Jr. A.B., Sidak J.G., Essential Facilities, SLR 1999.

Mader L., L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation, RIDC 1986.

Magnaval O., Droit de dérogation reconnu au préfet et au directeur général de l'agence de santé : l'expérimentation est lancée, Filrouge.claisse-associes.com, 9 janv. 2018.

Mamontoff C., Réflexions sur l'expérimentation du droit, RDP 1998.

Marcellin S., Secret des affaires : une loi méconnue protégeant les informations sensibles des entreprises, Village de la Justice 2019.

Marchand-Tonel X., La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne, Droit et Société 2012.

Marchesseau G., Justice prédictive : comment concilier algorithmes et transparence de la justice ?, Village de la justice 2020.

Marino L., Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental, D. 2009.

- Marino L., Les patent thickets : du bouillon de l'innovation à la poudrière, RLDI 2014.
- Marraud des Grottes G., Loi PACTE et preuve blockchain : premier petit pas vers une reconnaissance par le Parlement ?, Actualités du Droit 2018.
- Marraud des Grottes G., Expérimentation des véhicules autonomes : une nouvelle étape franchie avec la loi PACTE, Actualités du Droit 2019.
- Marty F., Pillot J., Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne, Reflets et perspectives de la vie économique 2011.
- Mattatia F., Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on envisager un régime spécifique ?, RLDI 2015.
- Mazeaud V., La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, N3C 2015.
- Merten-Lentz K., La réforme du bio : bouleversement ou simple aménagement ?, RDALI 2018.
- Messaoud S., Les budgets participatifs d'investissement : un dispositif politique et/ou un dispositif citoyen ?, Revue générale du droit 2019.
- Michel D.-A., L'innovation, une affaire d'intelligence collective, L'expansion management Review 2014.
- Mincke C., Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité, Revue interdisciplinaire 1998.
- Montecler (de) M.-C., Le droit de dérogation des préfets généralisé et pérennisé, Dalloz-actualite.fr, 13 avr. 2020.
- Morand C.-A., Formes et fonctions de l'évaluation législative, LeGes 1999.
- Moreau J., De l'expérimentation, JCP A 2002.
- Mordacq F., Premier bilan de la LOLF 5 ans après sa mise en œuvre, RFFP 2011.
- Morel B., Le droit à la différenciation, les dangers d'une révision constitutionnelle, Fondation-res-publica.org, 2019.
- Noël M., Orier J., Participations des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergie renouvelable, Moniteurjuris.fr, déc. 2015.
- Mouriesse E., L'accès aux données dans le cadre du service public de la donnée, in Mouriesse E. (dir.), L'open data : une évolution juridique ?, RGD 2018.
- Padirac (de) H., Le Parlement français et l'évaluation Une institutionnalisation impossible ?, LIEPP 2018.
- Pailhès B., Comment définir et réguler les « données d'intérêt général », Annales des mines 2018.

- Pellegrini F., La portabilité des données et des services, RFAP 2018.
- Peltier V., Le secret des correspondances, RIDC 2000.
- Pereira B., La lutte contre la cybercriminalité : de l'abondance de la norme à sa perfectibilité, Revue internationale de droit économique 2016.
- Perrin J.-F., Jean Carbonnier et la sociologie législative, L'Année sociologique 2007.
- Perrin L., Entretien avec Axelle Lemaire sur la loi pour une république numérique, JCP G 2016.
- Petel A., Politique sur les données : comparaison des approches française et européenne, RLDI 2021.
- Peugeot V., Mabi C., Chevallier B., L'innovation contributive renforce-t-elle le pouvoir citoyen dans la ville numérique ? Le cas du Grenoble CivicLab, Réseaux 2019.
- Pissaloux J.-L., Réflexions sur l'expérimentation normative, Dr. adm. 2003.
- Pollack M., La régulation technologique : le difficile mariage entre le droit et la technologie, Revue française de science politique 1982.
- Pontier J.-M., L'expérimentation et les collectivités locales, RA 2001.
- Poracchia D., La protection juridique des secrets de l'entreprise, Droit & Patrimoine 2000.
- Poumarède M., Du permis d'expérimenter à la rédaction performancielle du code de la construction et de l'habitation : quelles conséquences sur les responsabilités et leurs assurances ?, RDI 2020.
- Rangeon F., Droits-libertés et droits-créances les contradictions du préambule de la Constitution de 1946, u-picardie.fr.
- Reygrobellet A., Titres dématérialisés, vote dématérialisé, AG dématérialisées : démocratie démantelée ?, BMIS 2018.
- Rigal-Casta A., Robert C., Droit de dérogation accordé aux préfets : vers une protection de l'environnement « à la carte » ?, Village de la Justice 2020.
- Rouban L., La fin des technocrates, Presses de Science Po 1998
- Roux (de) H., La loi sur le secret des affaires : un premier élan vers la protection des données sensibles des entreprises françaises ?, RLDA 2018.
- Rose R., What is Lesson-Drawing ?, Journal of public policy 1992.
- Rrapi P., Bilan des expérimentations prévues par la loi du 13 août 2004 : la difficile introduction du concept d'expérimentation en France, JCP A 2008.

Rutschmann Y., Roch P.-M., Soumagne A., *Projet de taxe sur les services numériques : une solution d'attente qui suscite des interrogations quant à sa conformité aux normes supérieures*, Dr. fisc. 2019.

Saint-Aubin T., *Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data) Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel*, RLDI 2014.

Sales E., *La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais*, N3C 2017.

Savatier C., *Nouvelle recommandation de la CNIL sur le vote électronique*, CLCSE 2019.

Sélinsky V., *Le refus de vente d'une base de données, par une entreprise dominante, constitue un abus de position dominante, même si cette base de données n'est pas une facilité essentielle*, RLC 2014.

Schurr L., *Logiciel libre : un panorama des évolutions jurisprudentielles et politiques publiques*, RLDI 2014.

Stimson E.S., *Jurisdiction to Tax Intangibles*, Cornell Law Review 1937.

Stucke M., Grunes A., *Big Data and competition policy*, OUP 2016.

Temple Lang J., *Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities*, Fordham International Law Journal 1994.

Thierry G., *Le Conseil constitutionnel retoque une nouvelle fois l'emploi des drones par les polices municipales*, Gaz. Cnes. 2022.

Trepoz-Bruant A., *Comment sortir du dédale législatif des compétences territoriales ?*, AJDA 2017.

Trosa S., *RMI : de l'utilité d'évaluer une loi ?*, Pouvoirs Locaux 1992.

Valero Torrijos, J., Andreu Martínez, M., *L'encadrement juridique des données ouvertes en Espagne*, RFAP 2018.

Vallée L., *Un droit de l'innovation ?*, N3C 2016.

Verpeaux M., *La liberté de communication avant tout, la censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel*, JCP 2009.

Vétois J., *L'Europe redéfinit la protection des données personnelles*, Terminal 2013

Viaut L., *Quand l'avenir se condamne au passé : la justice prédictive face au problème de la prophétie auto-réalisatrice*, Lextenso 2020.

Vidal-Naquet A., *La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique*, N3C 2017.

Viel G., Richard F., Regards croisés sur le permis d'innover, Dr. & patr. 2018.

Wakim N., Electricité : Engie condamné à un million d'euros au profit d'EDF pour démarchages abusifs, Le Monde 2019.

Waulthy X., Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction, CEREC Working Papers 2008

Zalewski-Sicard V., Permis d'innover et d'expérimenter : quels mécanismes ?, RDI 2020.

Zarca A., Egalité et territorialisation du pouvoir normatif, Civitas Europa 2015.

Zribi D., Les données personnelles : un levier pour différents régulateurs, Cnil.fr, 5 juill. 2019.

2.2.2. Articles d'information générale

Abboub S., Delaisement C., La smart city de demain, Le courrier des Maires 2020.

Adam L., Contrat Open Bar Microsoft : les Armées droit dans leurs rangs, ZDNet 2017.

Algan Y., Bacache M. et Perrot A., Administration numérique, Cae-eco.fr, sept. 2016.

Auby J.-B., Ville intelligente et questions juridiques, Lesechos.fr, 25 févr. 2015.

Babinet G., Pour un New Deal numérique, Institutmontaigne.org, févr. 2013

Badiane S., Enjeux de l'Internet au Sénégal : l'innovation et l'accès aux infrastructures, Social-netlink.org, févr. 2015.

Barbosa G., L'open data privé, le nouvel eldorado des entreprises ?, Usine-digitale.fr, 11 déc. 2018.

Bellanger-Trely M.-V., Vade-Mecum des objets connectés, Apsis.com, 2014

Benmeziane S., Khelladi L., I-Vote : Un système de vote électronique hautement sécurisé, lsv.fr, sept. 2002.

Bergé F., Assurance-auto : un mouchard dans la voiture pour payer moins cher, Bfmbusiness.bfmtv.com, 17 mai 2015.

Bertrand P.-A., Les États-Unis se préparent contre les cyberattaques en vue des élections de 2020, Huffingtonpost.fr, 29 août 2019.

Blanc A., Premier référendum local à Charleville-Mézières : le mode d'emploi, Francebleu.fr, 25 nov. 2021.

Boucher P., Safari ou la chasse aux français, Le Monde 1974.

Briere T., Le nouveau "secret des affaires", contraire à l'intérêt public comme à celui des entreprises, *Les Echos* 2018.

Broad W. J., Markoff J., Sanger D. E., Israeli Test on Worm Called Crucial in Iran Nuclear Delay, [Nytimes.com](https://www.nytimes.com), 15 janv. 2011.

Calvez A., Islande, une Constitution citoyenne, [Médiapart.fr](https://www.mediapart.fr), mars 2012.

Carillo K., Le Big Data, une révolution qui transforme l'entreprise en profondeur, [Hbrfrance.fr](https://www.hbrfrance.fr), nov. 2017.

Canadas T., Il ne peut pas y avoir de Smart territoire sans Smart Citoyens, [Villeintelligente-mag.fr](https://www.villeintelligente-mag.fr), 4 juin 2018.

Cessieux B., Rennes construit « le service public métropolitain de la donnée », *Gaz. Cnes*. 2017.

Condominas B., Taïwan : g0v, les hackers qui veulent changer la démocratie, [Rfi.fr](https://www.rfi.fr), 2 déc. 2016.

Courtois C., Avec Sea Bubbles, naviguera-t-on bientôt sans faire de vague ?, [Huffingtonpost.fr](https://www.huffingtonpost.fr), 11 févr. 2021.

Da Veiga L., Seine-Saint-Denis : la Courneuve lance son premier référendum local, [Lesechos.fr](https://www.lesechos.fr), 12 oct. 2021.

Dalifard T., Quelle est la place des initiatives citoyennes dans la conception des politiques publiques?, [Réseautransition.be](https://www.reseautransition.be), juill. 2019.

Daniel Filho B. J., Le budget participatif local : un outil pour l'amélioration de la démocratie. Enseignement d'une expérience originale et contradictoire à Santo André, [MSH-Paris.fr](https://www.msh-paris.fr), 2011.

Darame M., Gérard M., Condition animale : le projet de référendum d'initiative partagée sur la cause animale encalminé, [Lemonde.fr](https://www.lemonde.fr), 26 janv. 2021.

Delaune S., Kremer S., Spécificités des protocoles de vote électronique, [Lsv.fr](https://www.lsv.fr), 16 janv. 2009.

Duhigg C., Kocieniewski D., How Apple Sidesteps Billions in Taxes, [Nytimes.com](https://www.nytimes.com), 28 avr. 2012.

Dumoulin S., OVH : ces cyberattaques dopées par des réseaux d'objets connectés, [LesEchos.fr](https://www.lesechos.fr), 27 septembre 2016.

Escudié J.-N., Simplification : un décret autorise des ARS à expérimenter des dérogations aux normes, [Banquedesterritoires.fr](https://www.banquedesterritoires.fr), 5 janv. 2018.

Eudes Y., FLAME virus espion d'Etat, *Le Monde* 2012.

Farineau C., Rouveyran T., Les autres marchés publics ou le remodelage des marchés exclus, *Le Moniteur* 2019.

- Ferdinand A., Ruin E., Les citoyens à l'initiative des politiques publiques, une nouvelle ère démocratique ?, Gaz. Cnes. 2020.
- Feuerstein I., Pourquoi Google a fini par plier face à l'État français, Lesechos.fr, 12 sept. 2019.
- Filippone D., Élections municipales : un scénario de cyberattaque simulé en France, Le Monde 2020.
- Flocco S., Kanoun S., Ramel A., Les relations entre les collectivités locales et les associations, Le Courrier des maires 2021.
- Flores V., Le vote blockchain à Verneuil-sur-Seine se termine mal !, Conseilscrypto.com, oct. 2020.
- Forray J.-B., « La différenciation territoriale va faire la fortune des avocats » - Benjamin Morel, Gaz. cnes. 2019.
- Gallay C., La portabilité des données, Dpo-consulting.fr, 31 août 2018.
- Gastine L., Quel avenir pour les services publics ?, Millénaire3.com, 2006.
- Gaudiaut T., Les plus gros émetteurs de CO2, Statista.com, 9 nov. 2020.
- Georgescu I., Mazouz B., La gestion des innovations territoriales à l'aune des impératifs de performance publique, Finance Contrôle Stratégie 2020.
- Gertler P. J., Martinez S., Premand P., Rawlings L. B., Vermeersch Chr. M. J., Impact Evaluation in Practice, Openknowledge.worldbank.org, 2016.
- Ginibrière G., Mois de l'innovation publique : les incubateurs territoriaux essaient, Gaz. Cnes 2020.
- Girardeau A., En France, l'accès à Internet ne constitue pas un droit fondamental, Libération 2009.
- Giutsi J., La Chine reconnaît la Blockchain comme un moyen légal de preuve, qu'en est-il de la France ?, Village-justice.com, 2020.
- Godard B., Espionnage industriel : les affaires qui ont fait trembler l'économie, Capital.fr, 2015.
- Gomy C., L'affichage environnemental des produits, Option Qualité 2014.
- Gosse N., Mariez J.-S., Le Cloud Act américain est-il compatible avec le RGPD européen ?, MindMedia.fr, 31 janv. 2019.
- Gostiaux M.-H., Le point sur le droit d'accès à Internet : droit fondamental, droit de l'Homme?, Blog.economie-numerique.net, avr. 2013.
- Gouëset C., Clinton/Trump : le piratage s'invite dans la campagne américaine, L'express 2016.
- Guarrigue A., « Smart water » : comment le partenariat entre Veolia et IBM préfigure l'évolution des services urbains, Gaz. Cnes. 2014.

- Guellier P., Farineau C., L'hypothèse des achats innovants, *Le Monde* 2019.
- Granjon, F., Fracture numérique, *Communications* 2011.
- Griffiths I., Amazon: 7 billions £ sales, no UK corporation tax, [Theguardian.com](https://www.theguardian.com), 4 avr. 2012.
- Guilleminot A., Cinq graphiques pour mesurer le boom des objets connectés, [Lexpression.lexpress.fr](https://www.lexpression.fr), 24 mai 2016.
- Henno J., Nos données peuvent-elles servir l'intérêt général ?, *Les Echos* 2019.
- Hincks J., British Lawmakers Say Foreign States May Have Interfered in Brexit Vote, [Time.com](https://www.time.com), 28 mars 2017.
- Jean B., L'ouverture des données publiques : nouvelles obligations et nouveaux acteurs, *Inno3.fr*, 23 juin 2017.
- Keena C., Irish subsidiaries helped Microsoft reduce US tax bill by €1.87bn in 2011, [Irishtimes.com](https://www.irishtimes.com), 22 déc. 2012.
- King J., 3 mesures urgentes contre les cyberattaques qui menacent nos élections et nos démocraties, [Huffingtonpost.fr](https://www.huffpost.fr), 17 août 2018.
- Labrunie F., De l'archevêque Boisgelin de Cucé au RGPD : brève histoire de la protection des données, [Numerama.com](https://www.numerama.com), 8 avr. 2018.
- Lamy-Au-Rousseau S., Le mirage. Source d'illusions et révélateur de terres inconnues, *Découverte* 2001.
- Léchenet A., Au Sénat, un «hackathon» sur les finances locales, *Gaz. Cnes*. 2020.
- Lenormand A., Autorité environnementale : la Commission européenne adresse une lettre de mise en demeure complémentaire à la France, [Banquedesterritoires.fr](https://www.banquedesterritoires.fr), 19 févr. 2021.
- Licourt J., Brexit : des hackers ont-ils tenté d'influencer le vote ?, [LeFigaro.fr](https://www.lefigaro.fr), 12 avril 2017.
- Louet S., Le référendum, une arme politique à double tranchant, [Franceinter.fr](https://www.franceinter.fr), 12 févr. 2012.
- Mallet C., Projet de loi expérimentations : un premier pas vers la différenciation, [Banquedesterritoires.fr](https://www.banquedesterritoires.fr), 29 juill. 2020.
- Marcel M., Élections européennes : le défi de la cybersécurité, [LeJournalInternational.info](https://www.lejournalinternational.info), 29 avr. 2019.
- Marr B., The Amazing Ways Spotify Uses Big Data, AI And Machine Learning To Drive Business Success, [Forbes.com](https://www.forbes.com), 30 oct. 2017.
- Marron Q., Roux E., Les Livings Labs au service de l'action publique locale, [Adgcf.fr](https://www.adgcf.fr), 24 mai 2018.

- Martin L., Marin M., La preuve blockchain comme preuve légale, capbloc.com, 31 juil. 2020.
- Mazon R., « Nous défendons un service public local de la donnée » - Mireille Bonnin, Gaz. Cnes. 2019.
- Mazon R., Open data : « Le mouvement qui s'enclenche est inéluctable » - Axelle Lemaire, Gaz. Cnes. 2018.
- Menguy B., Dernier rapport pour la Commission de la transparence financière de la vie politique, Gaz. Cnes. 2013.
- Montagnon R., Rebekah G., Smith J., L'innovation ouverte mise sur la collaboration, OMPI Magazine 2020.
- Nelken S., Par un amendement surprise, le gouvernement ouvre la voie au vote par anticipation pour 2022, [Liberation.fr](http://liberation.fr), 17 févr. 2021.
- Novel A.-S., Cinq expériences de démocratie 2.0, [Lemonde.fr](http://lemonde.fr), 25 nov. 2013.
- Ouakrat A., Le ciblage comportemental, une perte de contrôle des éditeurs sur les données de l'audience, tic&société, 2012.
- Petitjean O., Les conférences de consensus, d-p-h.info, 2008.
- Picron A., L'E-stonie : modèle d'un état plateforme e-gouverné, [Institutsapiens.fr](http://institutsapiens.fr), juill. 2018.
- Redivo J., Selon un rapport parlementaire, le vote pour le Brexit pourrait avoir été hacké, [Lesin-rocks.com](http://lesin-rocks.com), 13 avr. 2017.
- Rees M., L'accès à internet n'est pas un droit fondamental, [Nextimpact.com](http://nextimpact.com), 30 sept. 2011.
- Robert P.-Y., L'ONU déclare l'accessibilité à internet comme droit fondamental, [Infopresse.com](http://infopresse.com), juil. 2016.
- Rocheffort M., Royaume-Uni : le parti travailliste victime d'une cyberattaque à un mois des élections, [Siecledigital.fr](http://siecledigital.fr), nov. 2019.
- Spielmann D., La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Rm.coe.int, 28 janv. 2013.
- Turgis C., À Saint-Colomban au sud de Nantes, la population dit oui l'extension des sablières lors d'une consultation locale, France3-regions.francetvinfo.fr, 9 janv. 2022.
- Paoli-Lebailly P., Open data : Rennes Métropole inaugure un service public de la donnée, LaTribune.fr, 21 févr. 2018.
- Pappo J., L'innovation, un terme omniprésent et sur-employé. Mais qu'entend-on vraiment par innovation ?, HubOne.fr, 14 sept. 2017.

- Parain M., Après Paris, le taxi volant Sea Bubble courtisé par Venise et Dubaï, [Breezcar.com](#), 2017.
- Pelletier M., Taxe GAFA : pourrait-elle être contestée ?, [Blog.leclubdesjuristes.com](#), 17 juill. 2019
- Picard F., RGPD : focus sur les sanctions, [Info.haas-avocats.com](#), 2019.
- Pifteau C., Droit de dérogation : le décret accordant un droit de dérogation à titre expérimental aux préfets ne méconnaît pas le principe de non-régression (Conseil d'État), [Arnaudgossement.com](#), 15 juill. 2019.
- Pisani J.-P., Islande, la démocratie participative de l'avant-garde, 01net 2016.
- Poireault K., Foils et flaps, ces technos qui font voler les Sea Bubbles au-dessus de la Seine, [Industrie-techno.com](#), 17 sept. 2019.
- Radisson L., Évaluation environnementale : nouvelle tentative de mise en conformité avec le droit européen, [Actu-environnement.com](#), 7 juill. 2021.
- Renault S., Boutigny E., Crowdsourcing citoyen : définition et enjeux pour les villes, Politiques et management public 2014.
- Roche (de la) Z., La Blockchain Sauvera-T-Elle le Vote Électronique ?, The Coin Tribute 2020.
- Rouillé E., Le Secret et l'Aléthéia grecque, Le Portique 2004.
- Schmidt E., Le rachat de DoubleClick par Google fait toujours polémique, [Challenges.fr](#), 21 déc. 2007.
- Scotto R., MacronLeaks: quatre questions sur le piratage du mouvement En Marche!, [Lexpress.fr](#), 6 mai 2017.
- Shanker T., Cyberwar chief calls for secure computer network, The New York Times 2010.
- Severin E., Gomel B., L'expérimentation des politiques publiques dans tous ses états, Informations sociales 2012.
- Siméon G., « Il faut créer un statut pour les données d'intérêt territorial » – Luc Belot, Gaz. Cnes. 2017.
- Siraud M., Après l'affaire Benalla, la révision constitutionnelle menacée, [LeFigaro.fr](#), 1 août 2018.
- Stolton S., L'UE se prépare à contrer des cyberattaques ciblant les élections, [Euractiv.fr](#), 9 avril 2019.
- Stolton S., Facebook : le litige allemand sur l'utilisation des données est transmis à la Cour de justice européenne, [Euractiv.fr](#), 25 mars 2021.
- Thorvaldur Gylfason V., Putsch, la Constitution islandaise rédigée par le peuple a été assassinée par le Parlement, [Vivreenislande.fr](#), 2013.

Toledano J., Janin L., Les enjeux des Blockchains, Strategie.gouv.fr, juin 2018.

Tran C., Faisons respecter le droit au silence des puces, Educavox.fr, 2013.

Trujillo E., Cyberattaques : le gouvernement américain annonce des sanctions contre la Russie, Le-figaro.fr, 15 mars 2018.

Untersinger M., En Ukraine, l'élection présidentielle face aux risques de cyberattaque et de désinformation, Lemonde.fr, 19 mars 2019.

Untersinger M., En Ukraine, l'élection présidentielle face aux risques de cyberattaque et de désinformation, Le Monde 2019.

Vamparys X., La blockchain : un outil au service des droits des actionnaires ?, BMIS 2018.

Vandeveld M., Loi Pacte : clarification des conditions de circulation et du régime de responsabilité pénale des véhicules autonomes, Efl.fr, 23 mai 2019.

Vignat F., Gilets jaunes : la réforme de la Constitution pourrait ne pas reprendre avant mars, Public-senat.fr, 2018.

Woitier C., Flame, une nouvelle étape dans la cyberguerre, Lefigaro.fr, 29 mai 2012.

Wood R. W., Facebook Mirrors Google's Offshore Tax Scheme, Forbes.com, 27 déc. 2012.

Zignani G., France Expérimentation : les collectivités de plus en plus intégrées, Gaz. Cnes. 2018.

Zignani G., Les collectivités à l'heure du crowdfunding, Gaz. Cnes. 2016.

Zignani G., Différenciation territoriale : enfin le bon texte ?, Gaz. Cnes. 2020.

Zirar W., Article 51 : l'ARS Bretagne autorise un projet pour la télésurveillance du diabète gestationnel, Ticsante.com.

2.3. Ressources numériques

Adcf.org, Guide « smart city versus stupid village ? », sept. 2016.

Adgcf.fr, Interview de Nicolas Kada, La différenciation territoriale : virage politique, mirage juridique, 23 juill. 2019.

Ademe.fr, Nos expertises, L'affichage environnemental.

Alain-bensoussan.com, Portabilité des données : un droit réservé aux consommateurs, 7 sept. 2018.

[April.org](#), Open Bar Microsoft/Défense : de nouveaux documents confirment les jeux de pouvoir et la décision politique, 14 oct. 2013.

[Articles.laprimaire.org](#), Résultats du 1er tour de LaPrimaire.org.

[Arcep.fr](#), La neutralité du net.

[Assemblée-nationale.fr](#), Amendements, Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, Amendement n° 1060, 3 sept. 2018.

[Assemblée-nationale.fr](#), Amendements, Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, Amendement n° 1317, 3 sept. 2018.

[Assemblée-nationale.fr](#), Rôle et pouvoirs de l'Assemblée nationale, Fiche de synthèse n° 52 : Le contrôle de l'application des lois et l'évaluation de la législation et des politiques publiques.

[Assemblée-nationale.fr](#), Quel rôle pour les citoyens dans l'élaboration et l'application de la loi ?, Consultation pour une nouvelle Assemblée nationale, Rapport de synthèse, 22 nov. 2017.

[Assemblée-nationale.fr](#), Le droit de pétition aujourd'hui.

[Assemblée-nationale.fr](#), Pour une nouvelle assemblée nationale, Les rendez-vous des réformes 2017-2022, Première conférence des réformes, Propositions des groupes de travail, déc. 2017.

[Associations.gouv.fr](#), Alliances stratégiques entre associations, entreprises et collectivités, 7 mai 2020.

[Asso.francevilledurable.fr](#), La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants.

[Asso.francevilledurable.fr](#), Les outils juridiques de droit privé pour les projets urbains innovants.

[Asso.francevilledurable.fr](#), Les outils juridiques de la commande publique pour les projets urbains innovants.

[Audiar.org](#), Hackathon citoyen - Covoiturage au quotidien.

[Autonom-lab.com](#), Le GIP, Membres.

[Avis.org](#), Annuaire des acteurs, Autonom'lab, 17 déc. 2018.

[Avocats-mathias.com](#), Pourriez-vous être un opérateur de services essentiels ?, 16 juin 2018.

[Bayonne.cci.fr](#), Inventaire et analyse des différentes structures juridiques.

[Becker.fr](#), Actualité, La procédure d'Opposition à un brevet français : un nouvel outil entre en vigueur, 28 avr. 2020.

[Blockchainpartner.fr](#), Expérimentation pour l'Etat de Genève, 11 janv. 2018.

Bretagne.developpement-durable.gouv.fr, L'évènement Hackathon citoyen covoiturage au quotidien à Rennes, 15 déc. 2021.

Bpifrance-creation.fr, Encyclopédie, Les incubateurs.

Bordeaux-metropole.fr, Accord de consortium 2016-2018, Réseau MAGEST (MArel Gironde ES-Tuaire), Réseau de surveillance automatisé de la qualité des eaux du système estuarien Garonne-Dordogne-Gironde.

Budgetparticipatif.paris.fr.

Cada.fr, Les notions clés, Les documents couverts par le secret en matière commerciale et industrielle.

Ccdoe.org, An Updated Draft of the Code of Conduct Distributed in the United Nations – What's New?.

Cerema.fr, Innovations et villes durables : repères pour l'action, Note d'approfondissement juridique, févr. 2015.

Cigref.fr, Valorisation des données dans les grandes entreprises : maturité, pratiques et modèle, nov. 2016.

Chaire-eppp.org, Smart city : Quelles relations public-privé pour rendre la ville plus intelligente ?.

Citego.org, Plan Urbanisme Construction Architecture (PUCA).

Citoyen.org.

Conseil-etat.fr, Actualités, Discours, Le numérique et les droits fondamentaux, 9 sept. 2014, Sauvé J.-M.

Conseil-etat.fr, Actualités, Discours, L'évaluation et le contrôle des politiques publiques par le Parlement, 8 nov. 2017, Sauvé J.-M.

Conseil-etat.fr, Actualités, Colloque conjoint Conseil d'État et Cour des comptes, [Revoir] L'enjeu de l'évaluation des politiques publiques territoriales et partagées, déc. 2021.

Cnil.fr, Cahiers IP n° 05, La plateforme d'une ville, Les données personnelles au cœur de la fabrique d'une ville, 2017.

Cnil.fr, Cahiers IP, Partage !, 2016.

Cnil.fr, Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, déc. 2017.

Cnil.fr, Blockchain et RGPD : quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles ?, 24 sept. 2018.

[Cnil.fr](#), Cookies : sanction de 60 millions d'euros à l'encontre de GOOGLE LLC et de 40 millions d'euros à l'encontre de GOOGLE IRELAND LIMITED, 10 déc. 2020.

[Cnil.fr](#), Une donnée à caractère personnel, c'est quoi ?.

[Cnil.fr](#), La CNIL c'est quoi ?.

[Cnil.fr](#), La mission d'intérêt public : dans quels cas fonder un traitement sur cette base légale ?, 2 déc. 2019.

[Cnil.fr](#), Open data : la CNIL et la CADA publient un guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques, 17 oct. 2019.

[Cnil.fr](#), Ciblage publicitaire en ligne : quel plan d'action de la CNIL ?, 28 juin 2019.

[Cnil.fr](#), La formation restreinte de la CNIL prononce une sanction de 50 millions d'euros à l'encontre de la société GOOGLE LLC, 21 janv. 2019.

[Cnil.fr](#), Cybersécurité, données de santé, cookies : les thématiques prioritaires de contrôle en 2021, 2 mars 2021.

[Cnil.fr](#), Multiplication des attaques par rançongiciel : comment limiter les risques ?, 23 avr. 2021.

[Cnil.fr](#), Violation du trimestre : le faux ordre de virement international ou « fraude au président », 9 avr. 2021.

[Cnil.fr](#), Sécurité des données : alerte sur la nécessaire mise à jour du logiciel « Pulse Secure », 28 août 2020.

[Cnil.fr](#), La CNIL lance une consultation publique sur son projet de recommandation relative aux mesures de journalisation, 28 mai 2021.

[Cnil.fr](#), Fiche n° 10 Sécurité des données.

[Cnil.fr](#), Comment choisir la base légale d'un traitement ? Cas pratiques avec certains traitements mis en œuvre par la CNIL, 2 déc. 2019.

[Cnil.fr](#), La mission d'intérêt public : dans quels cas fonder un traitement sur cette base légale ?, 2 déc. 2019.

[Cnil.fr](#), Référentiel international de formation des élèves à la protection des données.

[Cnil.fr](#), Définition, Big Data.

[CNIL](#), Projet de loi de finances 2020 : publication de l'avis de la CNIL sur l'expérimentation permettant la collecte de données sur les plateformes en ligne, 30 sept. 2019.

[CNIL](#), Ce que change la loi pour une République numérique pour la protection des données personnelles, 17 nov. 2016.

[Cnll.fr](http://cnll.fr), Le CNLL pour une priorité au logiciel libre et aux standards ouverts dans l'éducation, 23 mai 2013.

[Cnpd.public.lu](http://cnpd.public.lu), Actualités, Le CEPD critique la réforme de la protection des données, mars 2012.

[Cnrtl.fr](http://cnrtl.fr), Définition, Valeur.

[Code-commande-publique.com](http://code-commande-publique.com), Expérimentation en matière d'achats innovants (Décret n° 2018-1225) – Moins de 100 000 Euros.

[Code-commande-publique.com](http://code-commande-publique.com), Partenariat d'innovation (L2172-3).

[Collectivites-locales.gouv.fr](http://collectivites-locales.gouv.fr), Institutions, Les transferts de compétences.

[Collectivites-locales.gouv.fr](http://collectivites-locales.gouv.fr), Institutions, Historique de la décentralisation.

[Consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu), Communiqué de presse, Le Conseil adopte une exonération temporaire de la TVA sur les activités d'"achat et de don", 13 juill. 2021.

[Concurrences.com](http://concurrences.com), Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence de l'OCDE.

[Culture.gouv.fr](http://culture.gouv.fr), Remise du rapport de la mission ministérielle sur les alliances stratégiques : développer les partenariats multi-acteurs au service de l'intérêt général, 17 juin 2020.

[Culture.gouv.fr](http://culture.gouv.fr), Hackathon Culture & Tourisme, 2017.

[Culture.gouv.fr](http://culture.gouv.fr)

[Cohesion-territoires.gouv.fr](http://cohesion-territoires.gouv.fr), Permis d'expérimenter : faciliter la réalisation des projets de construction et favoriser l'innovation, 22 mars 2019.

[Consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu), Presse, Communiqué de Presse, Lutte contre les abus commis contre des enfants en ligne – accord informel avec le Parlement européen sur les règles temporaires, 29 avr. 2021.

[Conseil-constitutionnel.fr](http://conseil-constitutionnel.fr), L'histoire du référendum sous la Ve République.

[Conseil-constitutionnel.fr](http://conseil-constitutionnel.fr), Communiqué de presse, Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020.

[Consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr](http://consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr), Décret relatif à l'expérimentation prévue à l'article 56 de la loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance et à diverses dispositions relatives à la participation du public.

[Contractchain.io](http://contractchain.io), La blockchain et le droit de la preuve, 3 mai 2020.

[Creativecommons.org](http://creativecommons.org).

[Creativite33.files.wordpress.com](http://creativite33.files.wordpress.com), Le livre blanc des Living Labs, mars 2014.

Culture-epcc.fr, Présentation, Mieux évaluer pour mieux agir, 15 mars 2018.

Dalloz.fr, Fiches d'orientation, Recours en manquement (Droit de l'Union européenne), juin 2020.

Data.europa.eu.

Data.gouv.fr, Organisations, Territoires Numériques Bourgogne-Franche-Comté.

Data.grandlyon.com.

Data.iledefrance.fr.

Dawex.com.

Defense.gouv.fr, Livre blanc Défense et sécurité nationale, Direction de l'information légale et administrative, 2013.

Demarches.toodego.com, Signalement, Voierie et signalisation.

Dreyfus.fr, Copropriété.

Drogues.gouv.fr, Avis de l'atelier citoyen Prévention des conduites addictives en milieu scolaire, Paris, 9 avr. 2017.

Droit-des-contrats-publics.efe.fr, L'heure du bilan de l'expérimentation achats innovants a sonné !, 29 janv. 2020.

Droitpubliceconomie.wordpress.com, Le groupement d'intérêt public : quand, pourquoi, comment ?, 24 août 2012.

Ecologie.gouv.fr, Rapport d'analyse de l'expérimentation pour une tarification sociale de l'eau, mai 2019.

Ecologie.gouv.fr, L'action citoyenne, accélératrice de transitions vers des modes de vie plus durables, avr. 2019.

Ecologie.gouv.fr, Stratégie nationale de développement de la mobilité routière automatisée 2020-2022.

Ecologie.gouv.fr, Développement des véhicules autonomes, Orientations stratégiques pour l'action publique, mai 2018.

Ecologie.gouv.fr, Développement des véhicules autonomes, La stratégie française.

Ecologie.gouv.fr, Les véhicules automatisés.

Ecologie.gouv.fr, Plan Urbanisme Construction Architecture (PUCA).

Ecologie.gouv.fr, Favoriser l'accès à l'eau pour tous : la politique sociale de l'eau.

Economie.gouv.fr, CEDEF, Qu'est-ce que le financement participatif ?.

Economie.gouv.fr, Rapport sur la fiscalité du secteur numérique, 2013.

Economie.gouv.fr, Rapport du groupe de travail franco-britannique sur l'économie de la donnée, 2016.

Economie.gouv.fr, Guide pratique achats publics innovants.

Economie.gouv.fr, Dossier de presse, Expérimenter pour innover, 29 juin 2016.

Economie.gouv.fr, Consultation publique PACTE.

Economie.gouv.fr, DAJ, Groupement d'intérêt public.

Economie.gouv.fr, DAJ, Partenariat d'innovation.

Economie.gouv.fr, DAJ, Guide pratique achats publics innovants.

Economie.gouv.fr, DAJ, Le dispositif « achats innovants » pérennisé, 16 déc. 2021.

Economie.gouv.fr, Premier bilan du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, 6 nov. 2013.

Economie.gouv.fr, Brevet : un nouveau droit d'opposition entre en vigueur, 28 oct. 2020.

Ec.europa.eu, ISA² - Interoperability solutions for public administrations, businesses and citizens.

Ec.europa.eu, Communiqué de presse, Concentrations : la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp, 18 mai 2017.

Ec.europa.eu, Communiqué de presse, Concentrations : la Commission autorise le rachat de WhatsApp par Facebook, 3 oct. 2014.

Ec.europa.eu, Communiqué de presse, La Commission propose une réforme globale des règles en matière de protection des données pour accroître la maîtrise que les utilisateurs ont sur leurs données, et réduire les coûts grevant les entreprises, 25 janv. 2012.

Ec.europa.eu, Communiqué de presse, Concentrations : la Commission autorise le projet de rachat de DoubleClick par Google, 11 mars 2008.

Ec.europa.eu, Législation, Infringement procedure.

Ec.europa.eu, Policies, Legal and regulatory framework for blockchain.

Ec.europa.eu, Sustainable development, Results and deliverables of the Environmental Footprint pilot phase.

[Ec.europa.eu](https://ec.europa.eu), Digital single market, International cooperation on cloud computing.

[Edf.fr](https://www.edf.fr), EDF Pulse.

[Edps.europa.eu](https://edps.europa.eu), Législation, Évolution historique du règlement général sur la protection des données.

[Election-europe.com](https://election-europe.com), Vote électronique.

[Elysee.fr](https://elysee.fr), Discours du Président de la République sur l'intelligence artificielle, 29 mars 2018.

[Energiescollectives.fr](https://energiescollectives.fr), Notre démarche.

[Enseignementsup-recherche.gouv.fr](https://enseignementsup-recherche.gouv.fr), Publications, Les incubateurs de la recherche publique.

[Entreprises.gouv.fr](https://entreprises.gouv.fr), Dossier de presse, France expérimentation, Expérimenter pour innover, 23 mars 2017.

[Entreprises.gouv.fr](https://entreprises.gouv.fr), Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi.

[Entreprises.gouv.fr](https://entreprises.gouv.fr), L'innovation dans les entreprises : moteurs, moyens et enjeux, 2011.

[Entreprises.gouv.fr](https://entreprises.gouv.fr), Nouvelle France industrielle, 23 mai 2016.

[Entreprises.nouvelle-aquitaine.fr](https://entreprises.nouvelle-aquitaine.fr), Les structures juridiques, GIE - Groupement d'intérêt économique.

[Epo.org](https://epo.org).

[Epo.org](https://epo.org), Comité consultatif de l'OEB, Workshop on Patent Thickets - Report, 2013.

[Etalab.gouv.fr](https://etalab.gouv.fr).

[Eur-lex.europa.eu](https://eur-lex.europa.eu), Accueil.

[Eur-lex.europa.eu](https://eur-lex.europa.eu), Répartition des compétences au sein de l'Union européenne.

[Eur-lex.europa.eu](https://eur-lex.europa.eu), Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration.

[Euractiv.com](https://euractiv.com), Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest, Final report prepared by the High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing, 2020.

[Europa.eu](https://europa.eu), Initiative citoyenne européenne.

[Europarl.europa.eu](https://europarl.europa.eu), Mapping Smart City in the UE, 2014.

[Europarl.europa.eu](https://europarl.europa.eu), Fiches thématiques sur l'Union européenne, Initiative citoyenne européenne.

[Europarl.europa.eu](https://europarl.europa.eu), Fiches thématiques sur l'Union européenne, Politique environnementale : principes généraux et cadre de base.

[Europarl.europa.eu](https://europarl.europa.eu), Fiches thématiques sur l'Union européenne, Une stratégie numérique pour l'Europe.

[Europarl.europa.eu](https://europarl.europa.eu), Fiches thématiques sur l'Union européenne, Politique environnementale: principes généraux et cadre de base.

[Europarl.europa.eu](https://europarl.europa.eu), A propos du Parlement, Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe (non ratifié).

[Entreprendre.fr](https://entreprendre.fr), Les bateaux-taxis non polluants de Sea Bubbles seront produits dès 2021, 7 nov. 2020.

[Erasme.org](https://erasme.org).

[Fabriquecitoyenne.rennes.fr](https://fabriquecitoyenne.rennes.fr), La charte rennaise de la démocratie locale, 2015.

[Fichiers.acteurspublics.com](https://fichiers.acteurspublics.com), Protéger, garantir et servir Feuille de route pour le ministère de l'intérieur.

[FFTelecoms.org](https://fftelecoms.org), Articles, Expérimentation : AT&T fixe un prix pour les données personnelles de ses clients.

[Fnau.org](https://fnau.org), De la smart city à la région intelligente, Les Cahiers de l'Institut d'aménagement et d'urbanisme Île-de-France.

[Ftc.gov](https://ftc.gov), Statement of Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick, FTC File n° 071-0170.

[Fondapol.org](https://fondapol.org), L'Islande et la première « e-Constitution ».

[Fr.okfn.org](https://fr.okfn.org), Premier hackathon sur les données du ministère de l'Intérieur, 2014.

[Gerontopole-na.fr](https://gerontopole-na.fr).

[Get.flui.city](https://get.flui.city), Concours « Le Neuf a une idée » : Comment impliquer ses citoyens sans dépense supplémentaire ?, 2019.

[Gouvernement.fr](https://gouvernement.fr), Dossier de presse, Soutenir nos entreprises innovantes, Déplacement du Premier ministre à Henrichemont, 3 mai 2018.

[Gouvernement.fr](https://gouvernement.fr), PACTE, le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, 26 août 2021.

[Gov.uk](https://gov.uk), Competition and Markets Authority cases, Commercial use of consumer data.

[Guides.etalab.gouv.fr](https://guides.etalab.gouv.fr/), Guide pratique relatif aux algorithmes publics à l'usage des administrations, mars 2019.

[Guides.etalab.gouv.fr](https://guides.etalab.gouv.fr/), Ouvrir les codes sources, 7 déc. 2020.

[Haas-avocats.com](https://haas-avocats.com/), Censure de la loi « HADOPI » et droit fondamental d'accès à internet.

[Hatvp.fr](https://hatvp.fr/), Publication des déclarations d'intérêts et d'activités des députés de la XVème législature, 19 oct. 2017.

[Hec.edu](https://hec.edu/), Incubateur HEC Paris.

[Huffingtonpost.fr](https://huffingtonpost.fr/), États-Unis : "aucune preuve" de fraude électorale, Trump enrage, 13 nov. 2020.

[Imaginationfertiles.fr](https://imaginationfertiles.fr/), Le laboratoire des Usages : un an d'innovation ouverte et participative avec Toulouse Métropole.

[Innovasso.fr](https://innovasso.fr/), Focus sur l'article 51 de la LFSS : « Expérimentation en santé et innovation du parcours de soins », juill. 2018.

[Institutvilledurable.fr](https://institutvilledurable.fr/), La boîte à outils juridiques pour les projets et services urbains innovants, sept. 2019.

[Inpi.fr](https://inpi.fr/), Comment évaluer le prix d'une licence d'exploitation de brevet ?.

[Inpi.fr](https://inpi.fr/), Accord de Consortium type.

[Inpi.fr](https://inpi.fr/), Guide du consortium dans le numérique.

[Videos.assembleenationale.fr](https://videos.assembleenationale.fr/), Réunion de la commission des affaires européennes, 26 sept. 2019.

[Interieur.gouv.fr](https://interieur.gouv.fr/), Archives, Communiqués, Décret relatif au droit de dérogation reconnu aux Préfets, 8 avr. 2020.

[Jss.fr](https://jss.fr/), Blockchain et preuve : cycle consacré à la blockchain, mystère et fantasmes de la blockchain, 13 avr. 2020.

[Grandlyon.com](https://grandlyon.com/), Charte de la participation, juill. 2003.

[Ge.ch](https://ge.ch/), Dossier, Blockchain.

[Gouvernement.fr](https://gouvernement.fr/), Action, L'école numérique, mai 2017.

[Idcite.com](https://idcite.com/), U.E - Qu'est-ce qu'une initiative citoyenne européenne ?, janv. 2017.

[Idee.paris.fr](https://idee.paris.fr/).

[Internationalfinance.com](https://internationalfinance.com/), EC to launch blockchain regulatory sandbox by 2022, sept. 2020.

[Lalanguefrancaise.com](https://lalanguefrancaise.com/), Dictionnaire, Définition du mot « foil ».

[Lalanguefrancaise.com](https://www.lalanguefrancaise.com), Dictionnaire, Définition du mot « hydroptère ».

[Lalanguefrancaise.com](https://www.lalanguefrancaise.com), Dictionnaire, Définition du mot « innovation ».

[Lamednum.coop](https://www.lamednum.coop).

[Laprimaire.org](https://www.laprimaire.org).

[Laressourcerieverte.com](https://www.laressourcerieverte.com).

[Larousse.fr](https://www.larousse.fr), Encyclopédie, Algorithmme.

[Lefigaro.fr](https://www.lefigaro.fr), Retardée par l'affaire Benalla, la réforme constitutionnelle sera de retour au Parlement cet hiver, 5 sept. 2018.

[Legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr).

[Lemonedudroit.fr](https://www.lemonedudroit.fr), Les nouveaux processus d'innovation changent la donne en matière de propriété industrielle, nov. 2020.

[Lemonde.fr](https://www.lemonde.fr), L'accès à Internet est-il un droit fondamental ?, 12 mars 2009.

[Lemonde.fr](https://www.lemonde.fr), Référendum d'initiative citoyenne : 6 questions sur une mesure populaire chez les « gilets jaunes », 16 déc. 2018.

[Lemonde.fr](https://www.lemonde.fr), La participation citoyenne doit devenir une mission parlementaire de valeur constitutionnelle, 15 mars 2018.

[Lemonde.fr](https://www.lemonde.fr), Les objets connectés transforment le secteur de l'assurance, 15 juin 2015.

[Lepoint.fr](https://www.lepoint.fr), La Russie a-t-elle vraiment hacké l'élection américaine ?, 30 déc. 2016.

[Lesechos.fr](https://www.lesechos.fr), 54 millions d'euros pour le projet d'imagerie Iseult, 23 déc. 2008.

[Leshorizons.net](https://www.leshorizons.net), Fab Lab, 18 janv. 2020.

[Lexing.network](https://www.lexing.network), Le rachat par Google de DoubleClick ou comment le droit de la concurrence met en péril la vie privée.

[Lopinion.fr](https://www.lopinion.fr), Brexit : un vote entravé par une cyberattaque ?, 13 avr. 2017.

[Mckinsey.com](https://www.mckinsey.com), Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, juin 2011.

[Mesinfos.fing.org](https://www.mesinfos.fing.org), Self data.

[Métropole.rennes.fr](https://www.metropole.rennes.fr), Dossier de presse, Service public métropolitain de la donnée, 2 févr. 2018.

[Métropole.rennes.fr](https://www.metropole.rennes.fr), Faire un signalement avec RenCitéZen à Rennes.

Metropolegrandparis.fr, Métropole d'intelligences, Schéma Métropolitain d'Aménagement Numérique.

Mipise.com, Crowdfunding public : réglementation, avantages, modalités, 25 févr. 2019.

Miragefestival.com.

Modernisation.gouv.fr, Boite à outils concernant les démarches de participation citoyenne, oct. 2017.

Modernisation.gouv.fr, France Connect, un accès universel aux administrations en ligne, 19 déc. 2014.

Modernisation.gouv.fr, [France Expérimentation] Le registre des expérimentations ouvertes, 11 juin 2019.

Modernisation.gouv.fr, France expérimentation : découvrez les projets d'entreprises sélectionnés pour expérimenter des dérogations règlementaires et législatives.

Modernisation.gouv.fr, Transformer l'action publique, France Expérimentation – Entreprises.

Morbihan.gouv.fr, Société publique locale (SPL) – Société d'économie mixte (SEM).

Murielle-cahen.com, Licence de logiciel libre.

Nantes.fr, Charte nantaise du dialogue citoyen, 2010.

Neuillysurseine.fr, Actualités, Neuilly expérimente le vote en ligne.

Neuillysurseine.fr, Actualités, Neuilly annonce la création de la 1ère plateforme municipale de vote en ligne.

Occitanie.ars.sante.fr, Expérimenter des organisations innovantes (Art.51 Loi de financement de la sécurité sociale 2018), 9 oct. 2020.

Occitaniedata.fr, Actualités, En mars, Occitanie Data va lancer sa transformation en GIP, 25 févr. 2021.

Oedc.org, Manuel d'Oslo.

Oecd.org, Stratégie de l'OCDE pour l'innovation, Définir l'innovation.

Opendata.nicecotedazur.org.

Opendata.paris.fr.

Opendatacommons.org, Open Data Commons Open Database License (ODbL).

Ouest-France.fr, Présidentielle américaine. Ce que l'on sait des cyberattaques russes, 30 déc. 2016.

[Paris-nord-est.imaginons.paris](https://paris-nord-est.imaginons.paris).

[Petitions.senat.fr](https://petitions.senat.fr), Plateforme e-pétitions.

[Petitions.assemblee-nationale.fr](https://petitions.assemblee-nationale.fr).

[Polytechnique.edu](https://polytechnique.edu), L'incubateur X-up.

[Primabord.eduscol.education.fr](https://primabord.eduscol.education.fr), La boîte à outils d'Internet Responsable.

[References.modernisation.gouv.fr](https://references.modernisation.gouv.fr), Référentiel Général d'Interopérabilité, Version 2.0, 2015.

[Referendum.interieur.gouv.fr](https://referendum.interieur.gouv.fr).

[Renaissancenumerique.org](https://rennaissancenumerique.org), Estonie se reconstruire par le numérique, févr. 2015.

[Republique-numerique.fr](https://republique-numerique.fr), Consultation.

[Republique-numerique.fr](https://republique-numerique.fr), Explication des articles.

[Rfi.fr](https://rfi.fr), Afrique du Sud : la commission électorale craint de possibles cyberattaques, 3 mai 2019.

[Scinfolex.com](https://scinfolex.com), L'affaire Jamendo et les Creative Commons : où est (exactement) le problème ?, 1^e janv. 2020.

[Senat.fr](https://senat.fr), Hackathon #datafin.

[Senat.fr](https://senat.fr), Hackathon #dataFin : plus de 150 développeurs, data scientists, designers, journalistes, agents publics et citoyens étaient au rendez-vous, 27 janv. 2020.

[Senat.fr](https://senat.fr), Travaux parlementaires, Rapports législatifs, Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en oeuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution.

[Sieg.unblog.fr](https://sieg.unblog.fr), Glossaire, Groupement d'intérêt économique.

[Solidarites-sante.gouv.fr](https://solidarites-sante.gouv.fr), Avis de l'atelier citoyen Big data en santé, Paris, 19 juin 2016.

[Tendancedroit.fr](https://tendancedroit.fr), La smart city : une « ville intelligente humaine et démocratique » ?.

[Thierryvallatavocat.com](https://thierryvallatavocat.com), La blockchain comme moyen de preuve admissible devant les tribunaux : l'exemple de la Chine, avr. 2019.

[Tuba-lyon.com](https://tuba-lyon.com).

[Tuba-lyon.com](https://tuba-lyon.com), Projet, Bizartech.

[Undp.org](https://undp.org), Objectifs de développement durable (ODD).

[Vie-publique.fr](#), Rapp. mission parlementaire Fourgous, « Apprendre autrement » à l'ère numérique, 24 févr. 2012.

[Vie-publique.fr](#), Actualités, Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, 20 avr. 2021.

[Vie-publique.fr](#), Discours, Déclaration de Mme Jacqueline Gourault, ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, sur l'élaboration du projet de loi "décentralisation, différenciation et déconcentration", à Arras le 6 janvier 2020.

[Vie-publique.fr](#), Discours, Conseil des ministres du 10 Septembre 1986 Utilisation des données administratives pour l'établissement de statistiques d'intérêt général.

[Vie-publique.fr](#), Discours, Communiqué final du Sommet du G8 du 19 juin 2013.

[Vie-publique.fr](#), Eclairage, Les premiers dispositifs de démocratie participative, 15 juin 2020.

[Vie-publique.fr](#), Eclairage, Les nouvelles formes de participation citoyenne, 27 juill. 2020.

[Vie-publique.fr](#), Eclairage, Gestion municipale : le développement des budgets participatifs, 12 déc. 2019.

[Vie-publique.fr](#), Eclairage, Fiscalité : les enjeux soulevés par l'économie numérique, 25 oct. 2019.

[Vie-publique.fr](#), Eclairage, La déconcentration, corollaire de la décentralisation, 2 juill. 2019.

[Vie-publique.fr](#), En bref, Fracture numérique : l'illectronisme touche 17% de la population selon l'INSEE, 13 nov. 2019.

[Vie-publique.fr](#), En bref, Clôture du référendum d'initiative partagée sur la privatisation d'ADP.

[Vie-publique.fr](#), Fiche thématique, Qu'est-ce qu'une consultation locale ?, 26 avr. 2018.

[Vie-publique.fr](#), Fiche thématique, Tout citoyen peut-il concourir à l'élaboration de la loi ?, 13 mai 2019.

[Vie-publique.fr](#), Fiche thématique, GIP, GIE, fondation : quelles différences ?, 30 juin 2018.

[Vie-publique.fr](#), Fiche thématique, Tout citoyen peut-il concourir à l'élaboration de la loi ?.

[Vie-publique.fr](#), Fiche thématique, La coopération intercommunale et les EPCI, 5 janv. 2021.

[Ville-vichy.fr](#), Actualités, FAB LAB, une "usine numérique" ouverte à tous, 2 févr. 2021.

[Savecom-commercy.fr](#).

[Sde35.fr](#), Energ'lv.

[Selinsky-avocats.com](https://www.selinsky-avocats.com), Facebook : abus de position dominante en Allemagne et données personnelles, 30 juin 2020.

[Sembreizh.fr](https://www.sembreizh.fr), Qui sommes nous ?.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Différenciation, décentralisation, déconcentration et simplification.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Presse, La lutte contre l'illectronisme doit devenir une grande cause nationale, 19 mai 2020.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Dossiers d'histoire, 1977 - 1978 : Le Sénat invente les autorités administratives indépendantes.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Europe et international, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'initiative citoyenne, Examen dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, 2010.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Travaux parlementaires, Proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Travaux parlementaires, Proposition de loi visant à proroger l'expérimentation de la tarification sociale de l'eau prévue à l'article 28 de la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Travaux parlementaires, Proposition de loi organique visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Travaux parlementaires, Proposition de loi constitutionnelle du Sénat n° 682 (2019-2020) pour le plein exercice des libertés locales.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Note de synthèse, Désinformation, cyberattaques et cybermalveillance : « l'autre guerre du Covid 19 », 2020.

[Senat.fr](https://www.senat.fr), Amendements, Projet de loi organique Simplification des expérimentations de l'article 72 de la Constitution, Première lecture, 26 oct. 2020.

[Solidarites-sante.gouv.fr](https://www.solidarites-sante.gouv.fr), Expérimenter et innover pour mieux soigner, 8 janv. 2020.

[Solidarites-sante.gouv.fr](https://www.solidarites-sante.gouv.fr), Expérimenter et innover pour mieux soigner, 22 févr. 2021.

[Solidarites-sante.gouv.fr](https://www.solidarites-sante.gouv.fr), Guide méthodologique de l'évaluation des projets art. 51, 2019.

[Solidarites-sante.gouv.fr](https://www.solidarites-sante.gouv.fr), Expérimentations en cours, 9 nov. 2020.

[Ssi.gouv.fr](https://www.ssi.gouv.fr), La cybersécurité pour les TPE/PME en 12 questions.

[Ssi.gouv.fr](https://www.ssi.gouv.fr), ANSSI, Rapport d'activité 2017.

[Ssi.gouv.fr](https://www.ssi.gouv.fr), Formations, Cyberedu.

[Ssi.gouv.fr](https://www.ssi.gouv.fr), Formations, Secnumedu.

Ssi.gouv.fr, Agence, La boîte à outils.

Ssi.gouv.fr, Agence, L'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'information.

Ssi.gouv.fr, Agence, Cybermaveillance.gouv.fr.

Ssi.gouv.fr, Certification.

Ssi.gouv.fr, Formulaire de déclaration d'un incident de sécurité des opérateurs de services essentiels.

Ssi.gouv.fr, Protection des OIV, Protection des OIV en France.

Ssi.gouv.fr, Qualification.

Ssi.gouv.fr, Règlementation, Le référentiel général de cybersécurité (RGS).

Ssi.gouv.fr, Règlementation, FAQ Opérateurs de services essentiels (OSE).

Ssi.gouv.fr, Règlementation, Liste des documents constitutifs du RGS V2.0.

Strasbourg.eu, Le pacte citoyen, 2018.

Tendancedroit.fr, La smart city : quels enjeux juridiques et politiques ?.

Toulouse-metropole.fr, Toulouse l'Open Métropole, Bilan Smart City 2018.

Toulouse-metropole.fr, Le Laboratoire des usages.

Tresor.economie.gouv.fr, Etude comparative internationale, Achats publics innovants Contributions des services économiques des pays suivants : Canada, Corée, Espagne, États-Unis, Italie, Royaume Uni, Suisse, oct. 2017.

Vogel-vogel.com, Révision de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause.

Zdnet.fr, Le programme Screenwise de Google : de l'argent en échange de 100% de vos données Internet, 9 févr. 2012.

2.4. Allocutions, interventions et discours

Hollande F., Forum Innovation, mars 2017, Singapour.

Ahuat Woodge M., 11^{ème} Université des correspondants informatique et libertés de l'AFCDP, 25 janv. 2017, Paris.

Lavenue J.-J., Souveraineté, Academic Days, 5-6 déc. 2016, Paris.

Vestager M., Redefinig the EU Merger Control System, discours prononcé devant la Studienverei-
nigung, 10 mars 2016, Bruxelles.

Etalab, CNNum, Conférence sur l'open data et le gouvernement ouvert, 21 avr. 2014, Paris.

Colloque art et science de la législation, Jean-Carbonnier 1908-2003, 5-6 nov. 2008, Paris.

Charentenay (de) S., Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimen-
tation, communication au VIIème congrès français de droit constitutionnel, du 25 au 27 sept. 2008,
Paris.

Raffarin J.-P., 26 mai 2004, Radio France Inter.

Jospin L., Discours d'Hourtin, 25 août 1997.

De Gaulle C., Entretien télévisé avec Michel Droit, 10 avr. 1969.

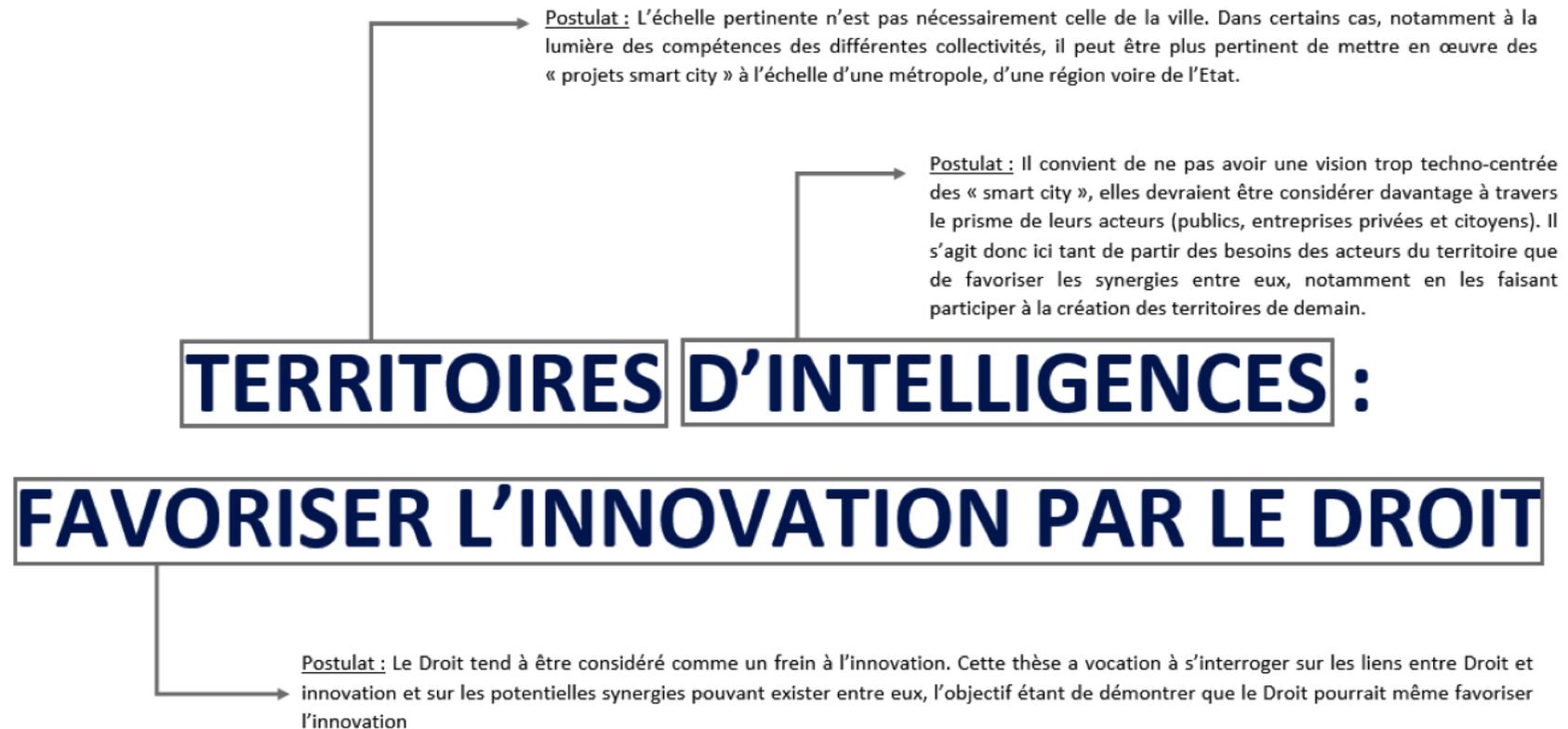
ANNEXES

Annexe 1 - Schémas de synthèse de la thèse

Annexe 2 – Tableau comparant les différentes versions de l'article LO 1113-6 du CGCT

Annexe 1 – Schémas de synthèse de la thèse

Présentation du sujet



**PARTIE 1. LE DROIT: OUTIL FAVORISANT
L'INNOVATION OPÉRATIONNELLE AU SEIN DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. SIMPLIFIER LA MISE EN PLACE DE L'INNOVATION
INCLUSIVE ET COLLABORATIVE**

**TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES DES
DONNEES DANS UN IDEAL D'INNOVATION**

**PARTIE 2. L'EXPÉRIMENTATION JURIDIQUE:
OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION NORMATIVE
AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. ADAPTER L'EXPERIMENTATION AUX TERRITOIRES
D'INTELLIGENCES**

**TITRE 2. PERENNISER L'EXPERIMENTATION A L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. SIMPLIFIER LA MISE EN PLACE DE L'INNOVATION INCLUSIVE
ET COLLABORATIVE**

**CHAPITRE 1. INTEGRER LE CITOYEN A LA CONCEPTION DES TERRITOIRES
D'INTELLIGENCES**

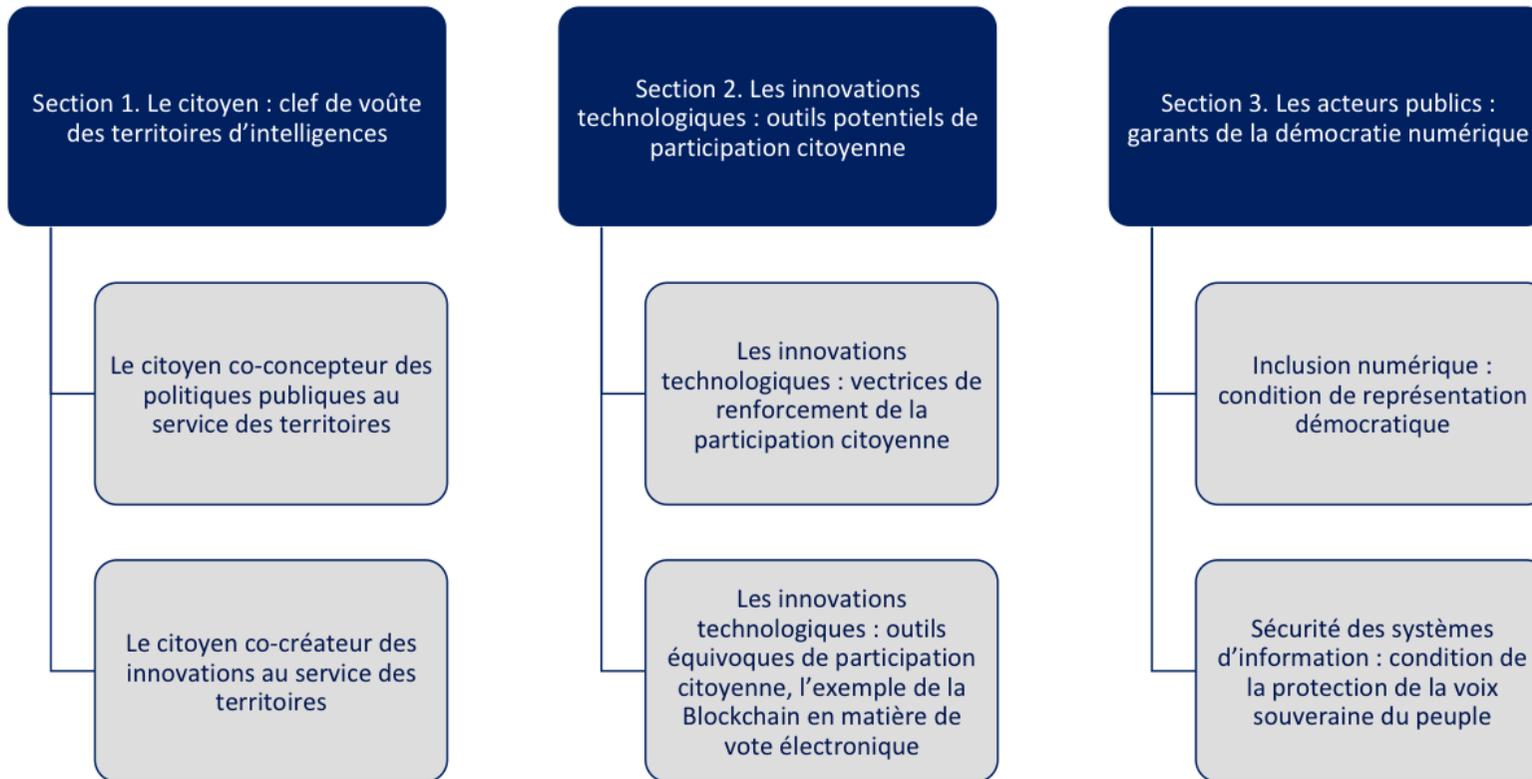
- Section 1. Le citoyen : clef de voûte des territoires d'intelligences
- Section 2. Les innovations technologiques : outils potentiels de participation citoyenne
- Section 3. Les acteurs publics : garants de la démocratie numérique

CHAPITRE 2. SOUTENIR UNE CONCEPTION COLLABORATIVE DE L'INNOVATION

- Section 1. Articuler les différents enjeux de la collaboration
- Section 2. Structurer juridiquement les relations partenariales dans le cadre de projets innovants
- Section 3. Clarifier les règles de propriété intellectuelle applicables à l'innovation collaborative



CHAPITRE 1. INTEGRER LE CITOYEN A LA CONCEPTION DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES





Section 1. Le citoyen : clef de voûte des territoires d'intelligences

§1. Le citoyen co-concepteur des politiques publiques au service des territoires

Information des citoyens : prérequis à la co-conception des politiques publiques

Information des citoyens relative aux administrations et à leurs représentants

Information relative à l'action publique

- Droit d'accès aux documents administratifs (*L. n°78-753 & L. n° 2000-321*)
- Ouverture et réutilisation des données (*Dir. n°2003/98, Ord. n° 2005-650, Dir. n°2013/37 & L., n° 2015-1779*)
- Ouverture par défaut des données (*L., n° 2016-1321*)

Information relative aux acteurs de l'action publique

- Consécration de la transparence de la vie publique (*L. org., n° 2013-906 & L. n° 2013-907*)
- Déclaration d'intérêt et d'activité & déclaration de situation patrimoniale envoyés à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique

Information des citoyens relative à leur environnement

Consécration en Droit international

- *Convention de Rio de 1992 & Convention d'Aarhus 1998*
- *Jurisprudence CEDH*

Consécration en Droit européen

- *UE signataire Convention d'Aarhus 1998*
- *Dir. n°2003/35, Dir. n°85/337, Dir. n°96/61, Dir. 2001/42 etc.*

Consécration en Droit français

- *Charte de l'environnement, art. 7.*
- *C. env., art. L.110-1 & L.110-2.*

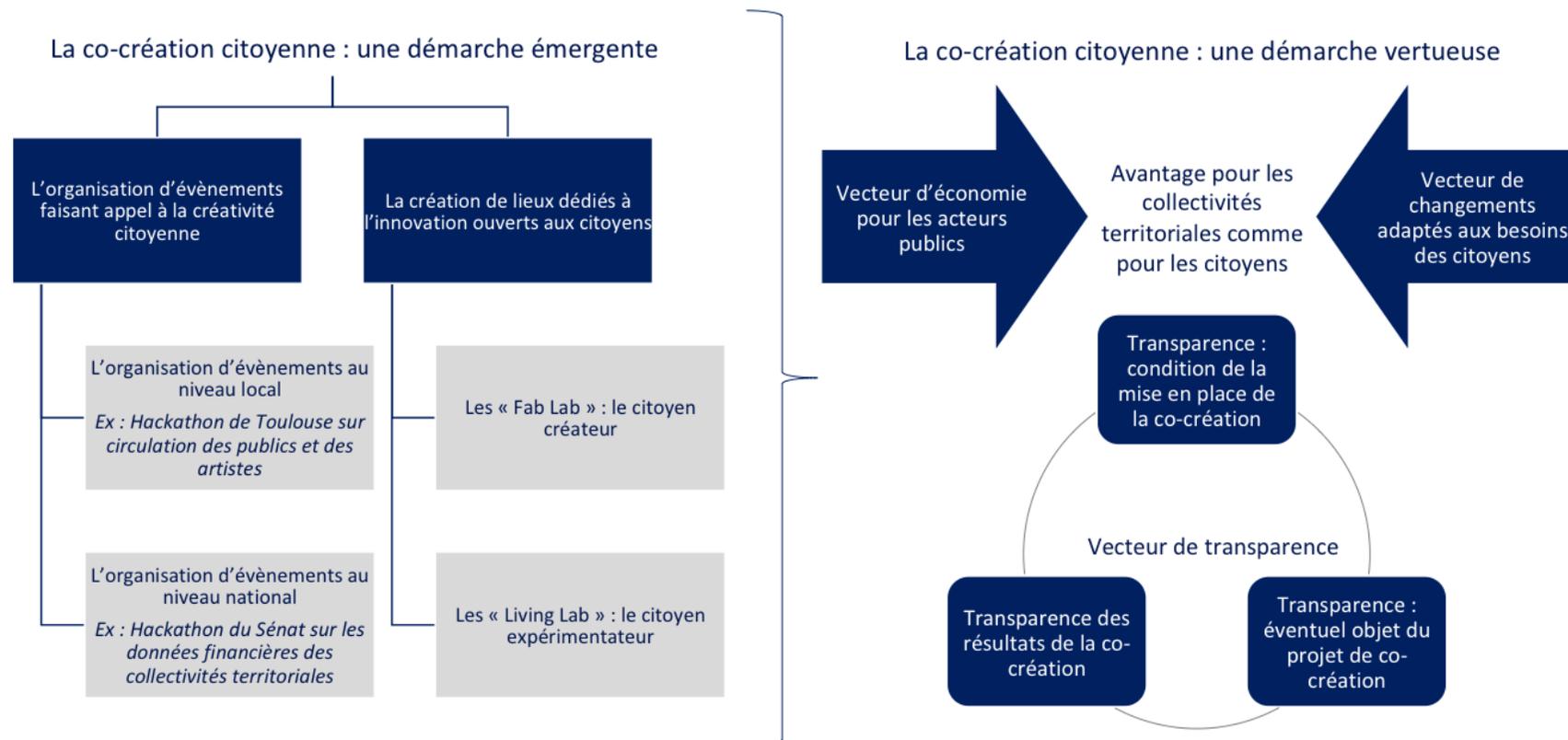
Participation des citoyens : des dispositifs nationaux et locaux à parfaire

Dispositif	Niveau national	Niveau local
Pétitions	Dispositif peu utilisé.	<i>LC n°2003-276, art. 6.</i>
Référendums	Dispositif en quête de renouvellement. Différents types de référendums : - Classique (<i>Const., art 3</i>) - Initiative partagée (<i>Const., art 11</i>) - Initiative citoyenne (non consacré)	<i>LC n°2003-276, art. 6 & LO n° 2003-705.</i>
Enquêtes, concertations, consultations et conférences	Dispositifs en développement. - Enquêtes (<i>L. n°83-630 & L., n° 2010-788</i>) - Concertations (<i>Circ., 15 déc. 1992, L., n° 95-101 & L., n° 2002-276</i>) - Consultations (<i>Charte de l'environnement, art 7, L., n° 2012-1460 & Ord., n° 2013-714</i>) - Conférences	Dispositifs progressivement renforcés. - Consultations locales (<i>L., n° 2004-809, Const. 72-1 al. 3 & Ord. n° 2016-488</i>) - Comités consultatifs & conseils citoyens - Initiatives locales hors de tout cadre normatif



Section 1. Le citoyen : clef de vote des territoires d'intelligences

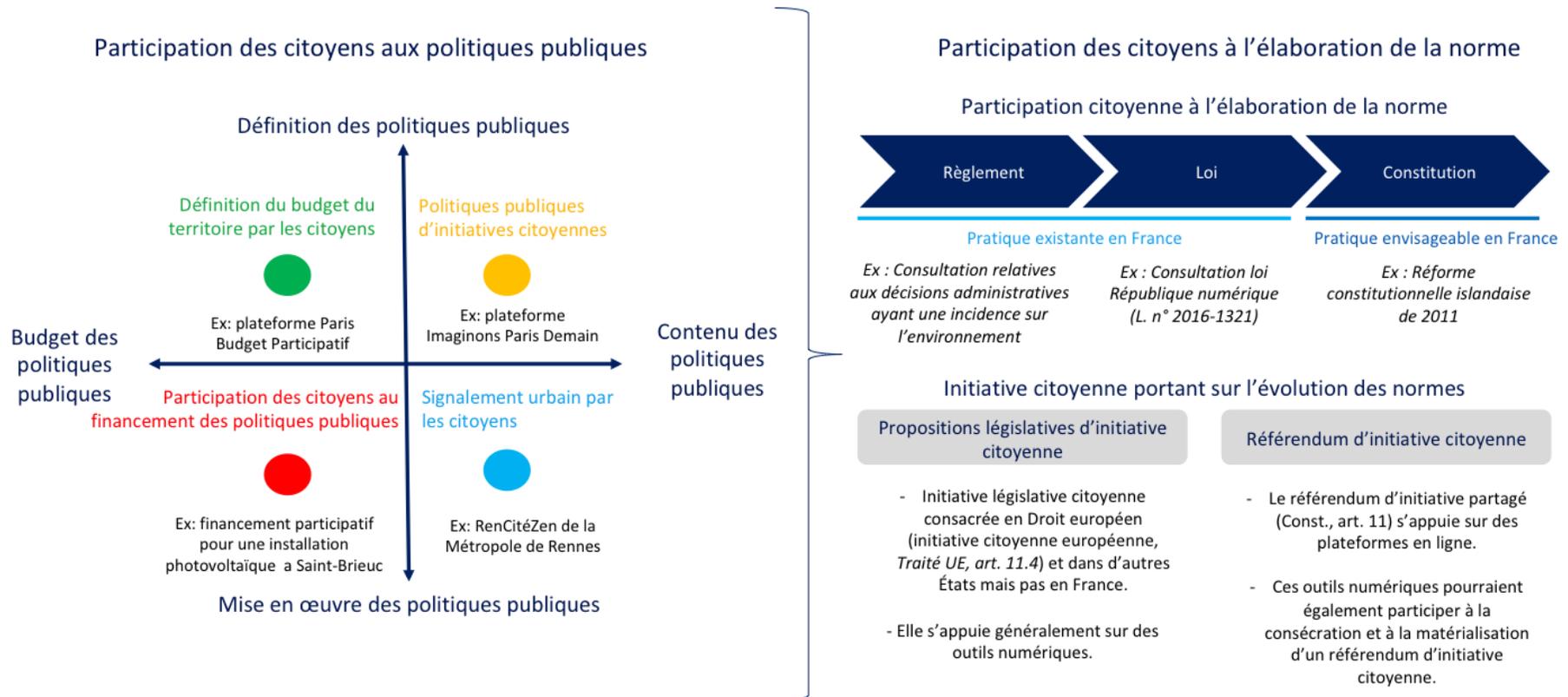
§2. Le citoyen co-créateur des innovations au service des territoires





Section 2. Les innovations technologiques : outils potentiels de participation citoyenne

§1. Les innovations technologiques : vectrices de renforcement de la participation citoyenne



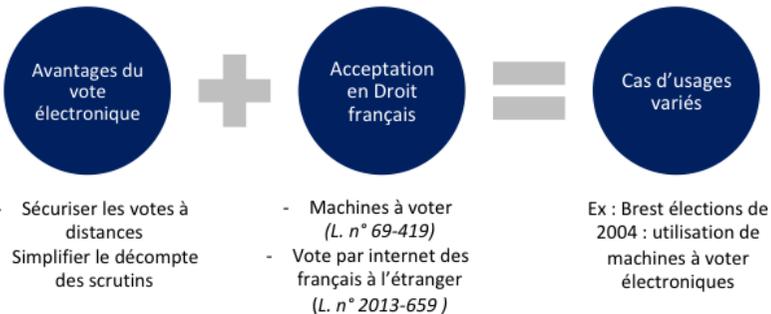


Section 2. Les innovations technologiques : outils potentiels de participation citoyenne

§2. Les innovations technologiques : outils équivoques de participation citoyenne, l'exemple de la Blockchain en matière de vote électronique

Utilisation de la Blockchain en matière de vote électronique : des apports potentiels

L'intérêt du vote électronique : une acceptation relative en Droit français



Utilisation de la Blockchain pour sécuriser le vote électronique : une pratique encore marginale

- **En théorie** : les caractéristiques de la Blockchain peuvent être mises au service de la sécurisation du vote électronique (distribution du registre, la cryptographie asymétrique et le processus de validation)
- **En pratique** : utilisation quasi inexistante, seules quelques rares applications (notamment l'initiative citoyenne LaPrimaire.org qui a utilisé la Blockchain Ethereum afin d'organiser la primaire des élections du candidat pour les élections présidentielle)

Utilisation de la Blockchain en matière de vote électronique : des incertitudes juridiques à clarifier

La Blockchain à l'épreuve de la protection des données à caractère personne

Identification de la chaine de traitement

- Participants : responsable de traitements?
- Mineurs : sous-traitants?

Données à caractère personnel des candidats et exercice des droits des personnes

Des droits des personnes concernées difficilement conciliables avec la Blockchain (droits d'effacement, de limitation et de rectification)

Secret du vote et identification des électeurs

Difficile conciliation entre la vérification de l'identité de l'électeur et le secret du vote sur la Blockchain

La Blockchain à l'épreuve des règles en matière de preuve

Relative insécurité juridique en ce qui concerne la force probante de la Blockchain

- Reconnaissance explicite de la valeur de la Blockchain dans d'autres États
- De rares dispositions spécifiques en France (ex: pour les minibons)
- La Blockchain pourrait cependant constituer une preuve imparfaite

Reconnaissance balbutiante de la force probante de la Blockchain

- Des tentatives de reconnaissances au niveau national (ex: loi PACTE)
- Des évolutions du Droit européens souhaitées (ex: règlement eIDAS)

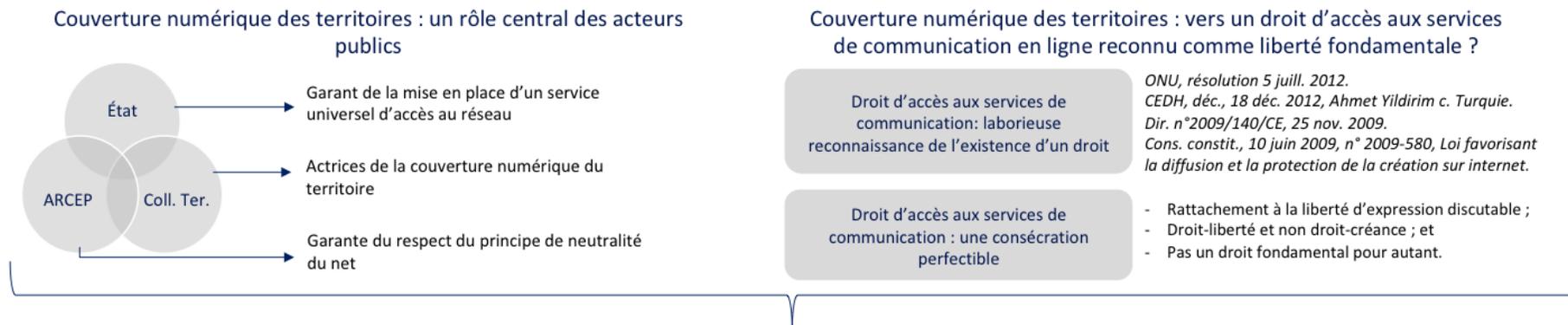
Valeur probante de la Blockchain en matière de vote électronique



Section 3. Les acteurs publics : garants de la démocratie numérique

§1. Inclusion numérique : condition de représentation démocratique

Couverture numérique des territoires : une nécessité pour les citoyens garantie par les acteurs publics



Littératie numérique des citoyens : un rôle des acteurs publics en construction

Les acteurs publics : acteurs de la formation au numérique

- Les politiques publiques pour la formation à l'usage du numérique au sein du système éducatif
- Formation des administrations au numérique

Les acteurs publics : instigateurs de l'appropriation du numérique

- Développement de politiques publiques en faveur de la littératie numérique au sein du système éducatif
- La mise en place de procédures dématérialisées attractives



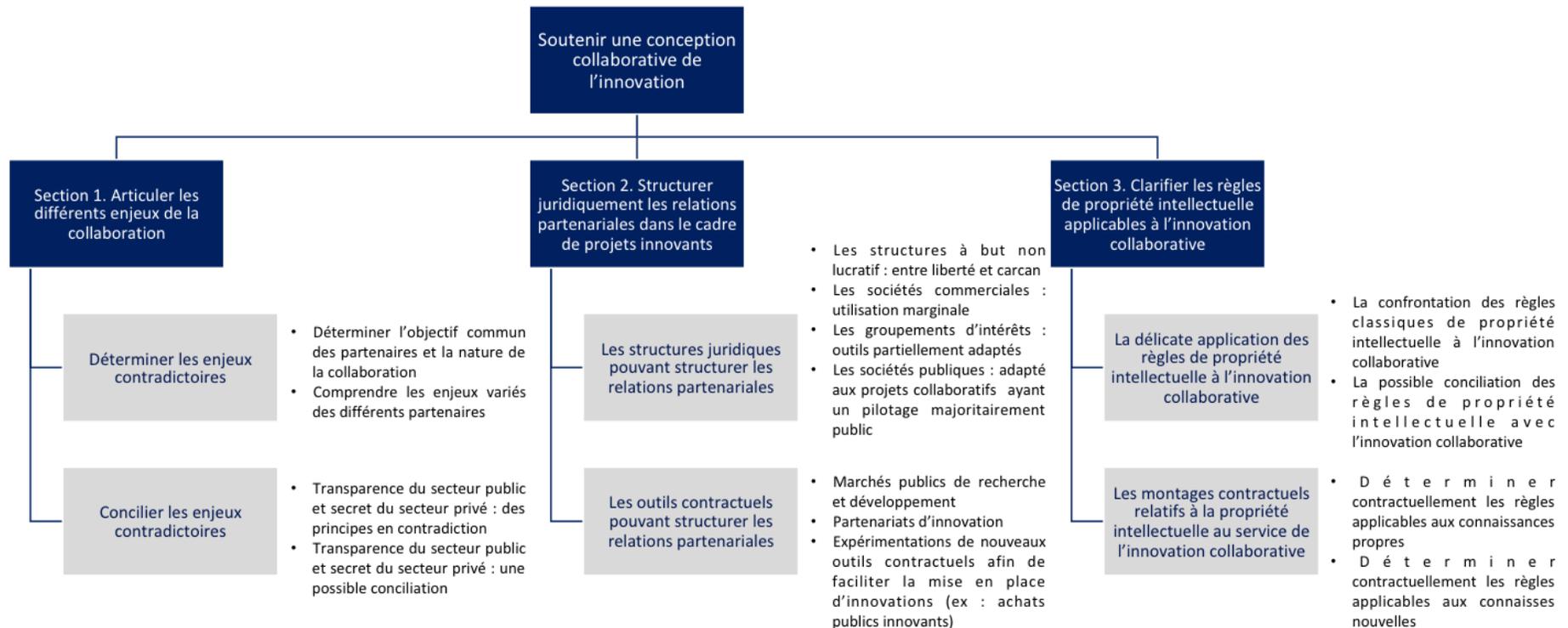
Section 3. Les acteurs publics : garants de la démocratie numérique

§2. Sécurité des systèmes d'information : condition de la protection de la voix souveraine du peuple





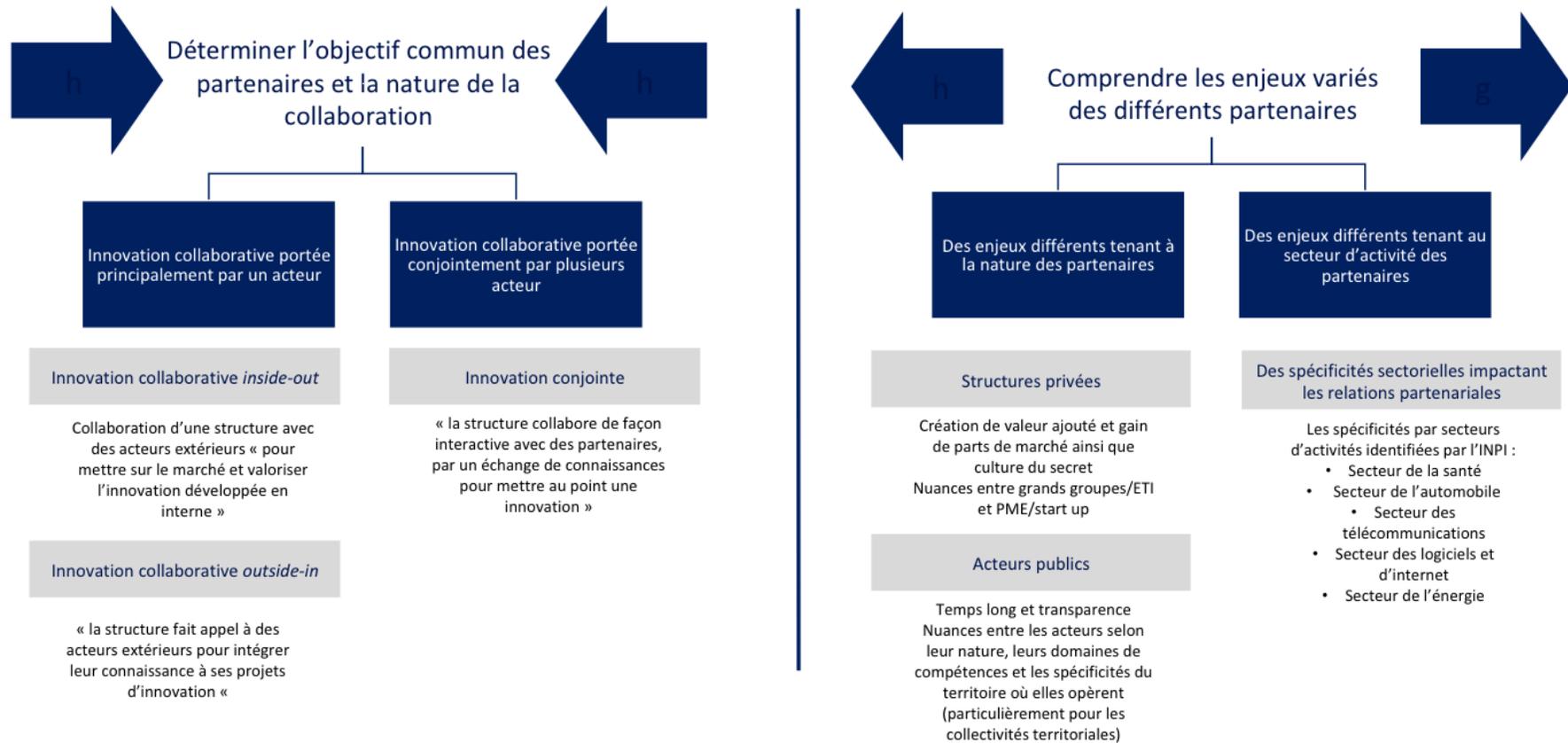
CHAPITRE 2. SOUTENIR UNE CONCEPTION COLLABORATIVE DE L'INNOVATION





Section 1. Articuler les différents enjeux de la collaboration

§1. Déterminer les enjeux de la collaboration





Section 1. Articuler les différents enjeux de la collaboration

§2. Concilier les enjeux contradictoires des partenaires

Des principes en contradiction

La transparence : un mouvement en construction irrigué par le législateur

- La transparence : une obligation nouvelle pour les administrations prévue par le législateur**
- Transparence des acteurs publics en France relève davantage de l'acquis que de l'innée
 - Intervention croissante du législateur en la matière (L. n° 78-753, 17 juill. 1978 ; L. n° 79-18, 3 janv. 1979 ; L. n° 2008-696, 15 juill. 2008 ; L. n° 2000-321, 12 avril 2000 ; Dir. (CE) n° 2003/98, 17 nov. 2003 ; Ord. n° 2005-650, 6 juin 2005 ; Dir. (UE), n° 2013/37, 26 juin 2013 ; L. n° 2015-1779, 28 déc. 2015 ; L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016)

La transparence : un objectif de la recherche publique prévu par le législateur

- Impératif d'accès aux connaissances (C. rech. art. L. 112-1)
- Volonté du législateur de renforcer la transparence des recherches publiques (L. n° 2006-450, 18 avr. 2006 & L. n° 2013-660, 22 juill. 2013)

Le secret : une culture historique dans le secteur privé ancrée par le législateur

Le secret : une culture historique dans le secteur privé

La protection du secret des entreprises : une multitude d'outils juridiques

- Règles de propriété intellectuelle (mais ce n'est qu'une protection partielle)
- Le législateur a développé d'autres notions visant à garantir la protection des secrets des entreprises : secret industriel et commercial, secret de fabrique et secret des affaires

Le secret des affaires : une pratique récemment protégée par le législateur

- Mise en place d'une réglementation spécifique au secret des affaires (Dir. n° 2016/943, 8 juin 2016 & L. n° 2018-670, 30 juill. 2018)
- Notion plus vaste que celle de secret industriel et commercial et protection renforcée

Une possible conciliation

Des exceptions à la transparence prévue par le législateur : clarification juridique de la conciliation du secret et de la transparence

Transparence administrative : le secret des affaires comme exception

- Documents dont la communication porterait atteinte au secret en matière commerciale et industrielle ne sont communicable qu'à l'intéressé (L. n° 78-753, 17 juill. 1978)
- Renforcement de la priorité du secret avec le remplacement dans le CRPA de la référence au secret en matière commerciale et industrielle par celui de secret des affaires (L. n° 2018-670, 30 juill. 2018)

Transparence de la recherche publique : la nécessité de valoriser les résultats

- Objectif de valorisation des résultats de la recherche (L. n° 2013-660, 22 juill. 2013)

Une priorité donnée au secret par le législateur pouvant porter préjudice aux projets collaboratifs

Secret des affaires : des exceptions prévues par le législateur apportant peu de précisions

- La rédaction retenue par le législateur français scelle le déséquilibre naissant entre secret des affaires et transparence (L. n° 2018-670, 30 juill. 2018)

Secret des affaires : une liberté d'ouverture laissée aux entreprises

- Le secret des affaires n'est pas une obligation pour les entreprises mais bien un droit : elles peuvent lever le secret si elles le souhaitent
- Dans le cadre d'un projet collaboratif, une entreprise pourra lever le secret des affaires avec ses partenaires, voire accepter contractuellement une ouverture de ses secrets au public.





Section 2. Structurer juridiquement les relations partenariales dans le cadre de projets innovants

§1. Les structures juridiques pouvant structurer les relations partenariales

	Avantages	Inconvénients	Synthèse	Exemple(s)
Structures à but non lucratif Entre libertés et carcans - Exclusion des fonds et fondations - FRUP et ARUP jugées trop lourdes (création & fonctionnement)	Association 1901 - Possibilité d'associer personnes morales (publiques ou privés) et physiques - Simplicité de création et grande liberté dans le fonctionnement et la gouvernance - Avantages fiscaux et diversité de financements	- Participation des collectivités territoriales strictement encadrée - Risque de transparence lorsqu'une personne publique est fondatrice	Outil relativement pertinent de manière pérenne et particulièrement utilisé comme outil de préfiguration d'une forme juridique ultérieure.	- Association Occitanie Data préfigurant un GIP - Association Energies Collectives préfigurant une SCIC
Sociétés commerciales Utilisation marginale Interdiction de principe de prise de participation dans le capital par des collectivités	SCIC - Hétérogénéité possible de son sociétariat - Objet en lien avec les territoires d'intelligences - Société démocratique : principe de l'égalité des voix	- Formalités de création complexes - Agréée pour cinq ans par le Préfet : examen de sa situation financière et de sa gestion au terme de cette période - Rémunération limitée peut décourager des personnes privées	Outil pertinent mais lourdeur et temps de la création : possibilité de transformation d'une société ou d'une association en SCIC donc outil de pérennisation intéressant.	- SCIC La MedNum - SCIC Savécom - SCIC Citoy'enR
Groupements d'intérêts Partiellement adaptés Groupement d'intérêt économique relativement inadapté	GIE - Mise en place simple (frais et formalisme de constitution réduits & pas de capital minimum) - « grande souplesse et liberté » dans son fonctionnement	- Délicate participation des collectivités territoriales - Responsabilité solidaire et indéfinie des membres peut décourager des acteurs souhaitant y prendre part	Outil peu pertinent lorsqu'une collectivité territoriale prend part au projet	
	GIP - Collaboration public-privé avec une place importante des acteurs publics - Fiscalité avantageuse	- Contrôle de l'État sur les GIP peut constituer un frein à leur constitution - Personnes physiques ne peuvent pas être membres d'un GIP	Outil particulièrement adapté aux partenariats innovants ayant un pilotage majoritairement public	- GIP Autonom'Lab - GIP Territoires Numériques Bourgogne-Franche-Comté
Sociétés publiques Adaptées au pilotage majoritairement public	SEMOP - Déplacement des obligations de mise en concurrence au stade de la création de la société	- Risque de qualification de la SEMOP en pouvoir adjudicateur - Impossibilité de changer l'objet social	Outil intéressant au sein des territoires d'intelligences malgré certaines limites	- SEMOP Doléa Eau et Doléa Assainissement - SEMOP de la Ville de Chatenay-Malabry
	SEML - Capital social partagé entre un actionnariat public et un autre privé	- Implique qu'au moins 51% du capital soit détenu par les collectivités : trop lourd pour certaines collectivités & inadapté au pilotage majoritairement privé	Outil pertinent pour les projets dont les collectivités territoriales avec des moyens financiers importants sont les principales pilotes	- SEML Energ'lv - Sem Breizh



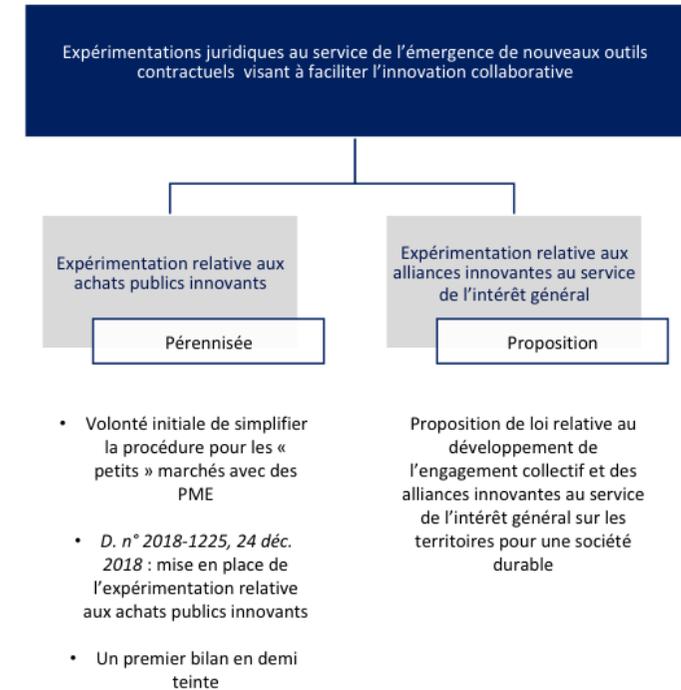
Section 2. Structurer juridiquement les relations partenariales dans le cadre de projets innovants

§2. Les outils contractuels pouvant structurer les relations partenariales

La consécration d'outils de la commande publique en faveur d'une conception collaborative de l'innovation

	Le marché public de recherche et développement	Le partenariat d'innovation
Conditions	<ul style="list-style-type: none"> • Critère matériel : présence de services de recherche et développement • Critères alternatifs : si l'acheteur « n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation » 	<ul style="list-style-type: none"> • Produits, services ou travaux innovants (recherche et développement puis acquisition) • Qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché
Atouts	<ul style="list-style-type: none"> • Dérogation aux règles de mise en concurrence et de publicité relatives aux marchés publics 	<ul style="list-style-type: none"> • Pour l'acheteur public : « pouvoir d'orientation et décision sur la solution à la fin de chaque phase avant de poursuivre dans la phase ultérieure » • Pour l'opérateur économique : d'éviter une remise en concurrence « après la phase de recherche pour passer à la phase de développement puis d'acquisition »
Limites	<ul style="list-style-type: none"> • Difficultés pour déterminer les contours de ces marchés (définition de ces marchés et du régime qui leur est applicable) • Mise en concurrence après la phase de R&D 	<ul style="list-style-type: none"> • « Peu sécurisant et trop complexe » pour les acheteurs
Exemples	<ul style="list-style-type: none"> • Smarter Together (Métropole de Lyon) • Démonstrateur navettes autonomes (Syndicat des Transports Île-de-France mobilités) 	<ul style="list-style-type: none"> • Bus articulés totalement électriques (Métropole de Rennes) • Plateforme Smart City (communauté de communes du Pays Haut Val d'Alzette)

De nouveaux outils contractuels expérimentés afin de faciliter la mise en place d'innovations collaboratives





Section 3. Clarifier les règles de propriété intellectuelle applicables à l'innovation collaborative

§1. La délicate application des règles de propriété intellectuelle à l'innovation collaborative

La confrontation des règles classiques de propriété intellectuelle à l'innovation collaborative

L'innovation collaborative à l'épreuve de la multitude des droits de propriété intellectuelle



L'individualisme des règles classiques de propriété intellectuelle à l'épreuve du pluralisme de l'innovation collaborative



La possible conciliation des règles de propriété intellectuelle avec l'innovation collaborative

Les outils de propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative

Les outils législatifs au service de l'innovation collaborative

Développement progressif de règles relatives à la pluralité d'acteurs :

- Propriété littéraire et artistique : œuvre de collaboration, œuvre composite et œuvre collective
- Propriété industrielle : copropriété (spécificité pour les brevets: régime spécial dérogatoire au droit commun de l'indivision)

Les outils contractuels au service de l'innovation collaborative

Développement progressif d'outils relatifs à la pluralité d'acteurs :

- Licence libre : particulièrement utilisée en matière de logiciels
- Licence croisée : particulièrement utilisée en matière de brevets

Les réformes envisagées de la propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative

La possible réforme des règles relatives aux brevets

- Détournement de l'utilisation des brevets
- Refonte du système nécessaire

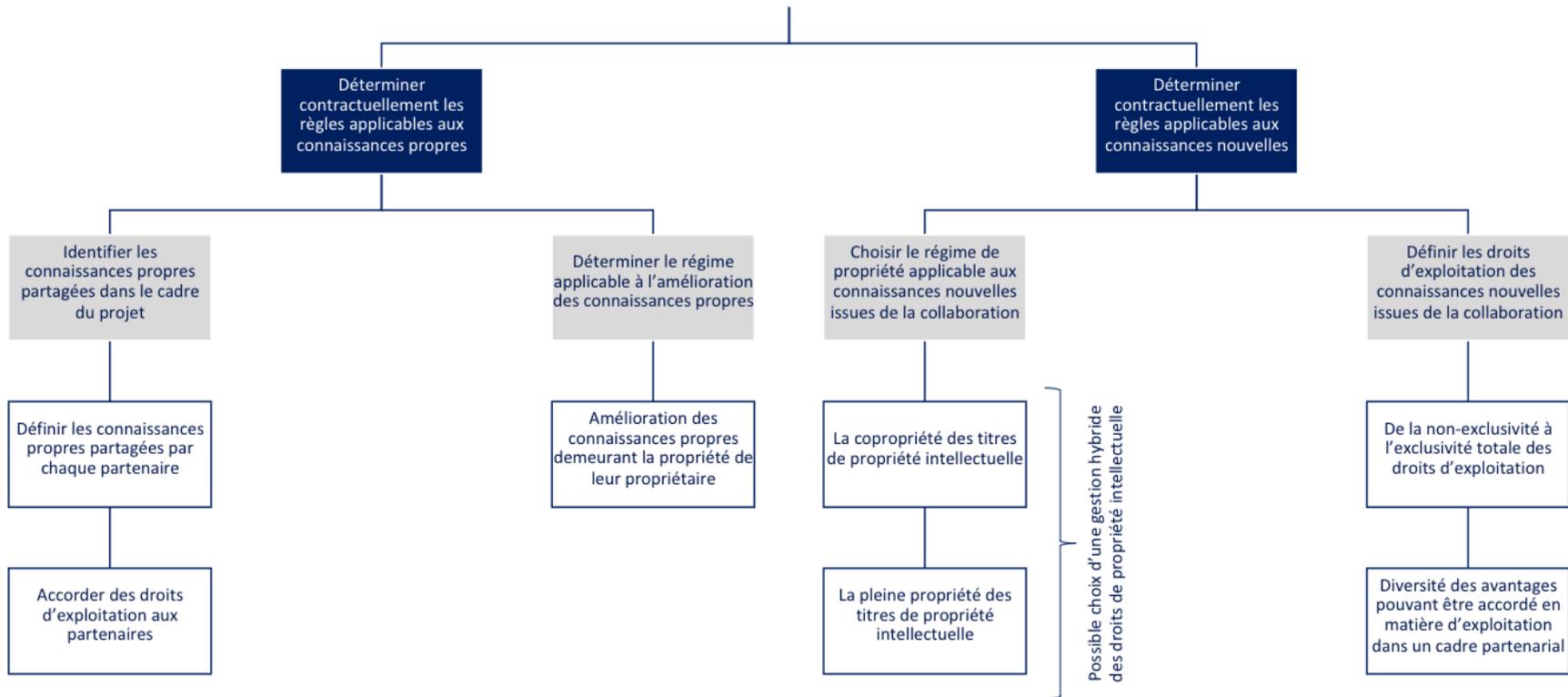
L'intervention souhaitée du législateur en matière de logiciels libres

- Réforme théoriquement amorcée dans le secteur public
- Nécessité de mesures plus vastes visant à sécuriser juridiquement les logiciels libres



Section 3. Clarifier les règles de propriété intellectuelle applicables à l'innovation collaborative

§2. Les éléments contractuels relatifs à la propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative



**PARTIE 1. LE DROIT: OUTIL FAVORISANT
L'INNOVATION OPÉRATIONNELLE AU SEIN DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. SIMPLIFIER LA MISE EN PLACE D'UNE CONCEPTION
DE L'INNOVATION INCLUSIVE ET COLLABORATIVE**

**TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES EN
MATIERE DE DONNEES DANS UN IDEAL D'INNOVATION**

**PARTIE 2. L'EXPÉRIMENTATION JURIDIQUE:
OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION NORMATIVE
AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. ADAPTER L'EXPERIMENTATION A L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 2. PERENNISER L'EXPERIMENTATION A L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES EN MATIERE DE
DONNEES DANS UN IDEAL D'INNOVATION**

**CHAPITRE 1. DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNEES AU SEIN DES TERRITOIRES
D'INTELLIGENCES**

Section 1. Acteurs publics : ouverture des données dans un but d'intérêt général

Section 2. Structures privées : valorisation des données dans un but concurrentiel

Section 3. Citoyen : protection des données dans un but de respect du droit à la vie privée

**CHAPITRE 2. LA NECESSAIRE CONVERGENCE DES APPROCHES DES DONNEES DANS UN
IDEAL D'INNOVATION**

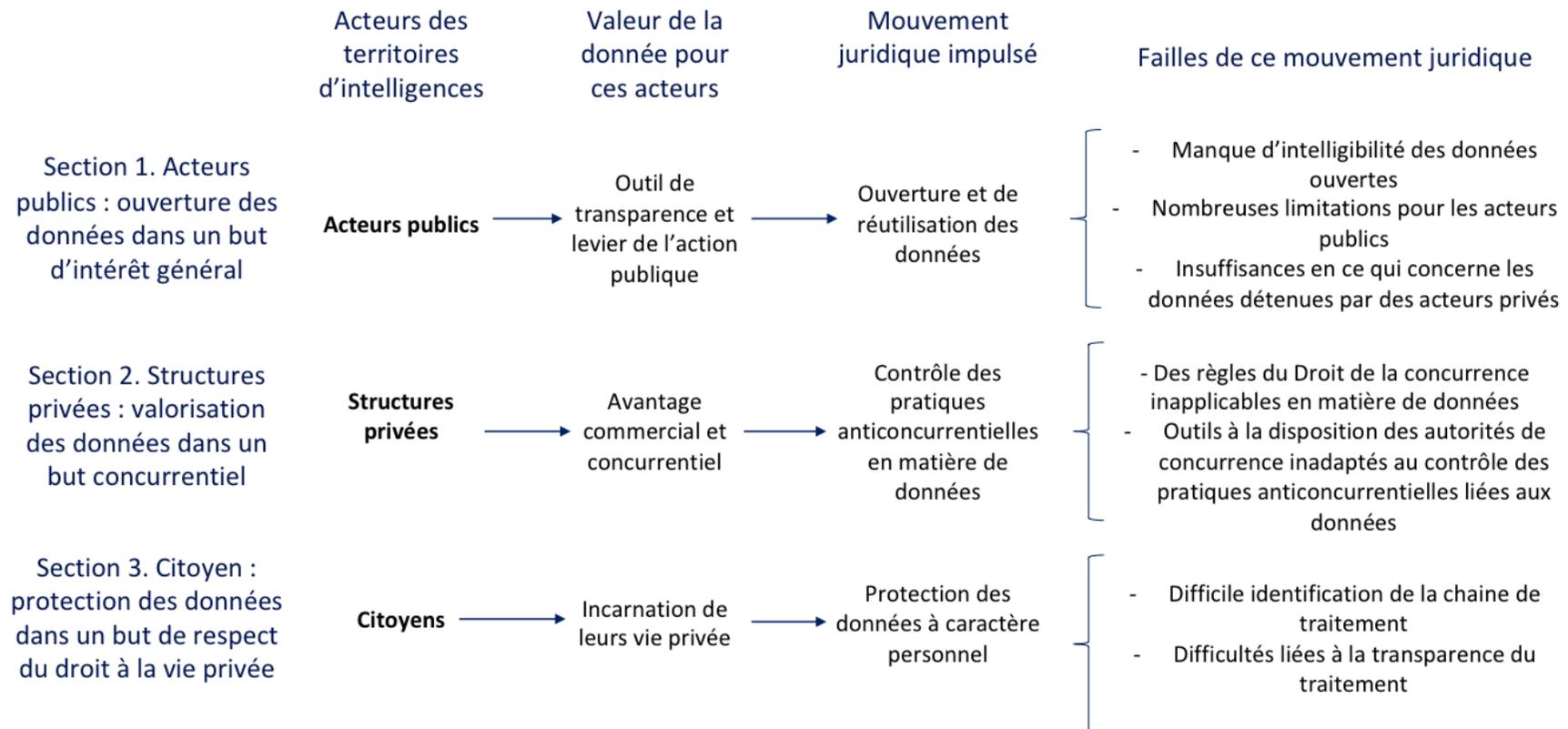
Section 1. Favoriser l'innovation par le partage de données

Section 2. Équilibrer l'innovation liée aux données par la concurrence et la fiscalité

Section 3. Protéger l'innovation liée aux données par la cybersécurité



CHAPITRE 1. DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNEES AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES





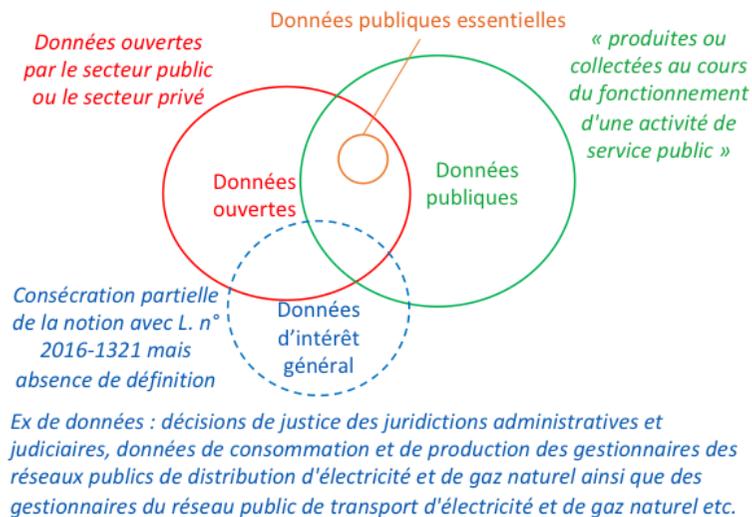
Section 1. Acteurs publics : ouverture des données dans un but d'intérêt général

§1. Des données d'intérêt général concourant au service public

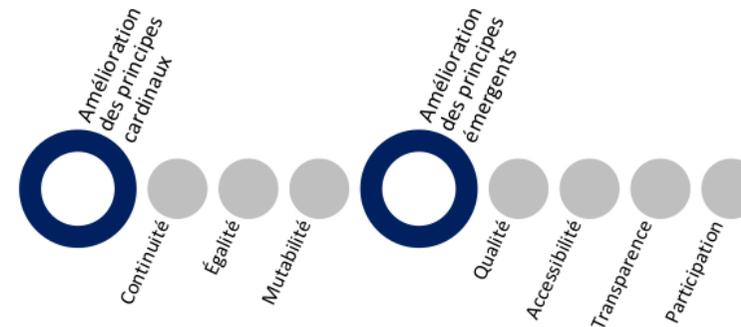
Des données pouvant concourir à l'intérêt général

- Les données à caractère personnel des citoyens au service de l'intérêt général
 - Les données ouvertes au service de l'intérêt général
- Les données numérisées au service de l'amélioration quantitative et qualitative du patrimoine immatériel des entités publiques

Vers un statut de données d'intérêt général ?



Les données : facteur exogène de l'amélioration des services publics



Les données : facteur endogène de l'émergence du service public de la donnée

Consécration progressive d'un service public de la donnée

- Consécration d'un service public de la mise à disposition et de la diffusion des textes juridiques
- Consécration du service public des données de références
- Vers un service public des données ouvertes?

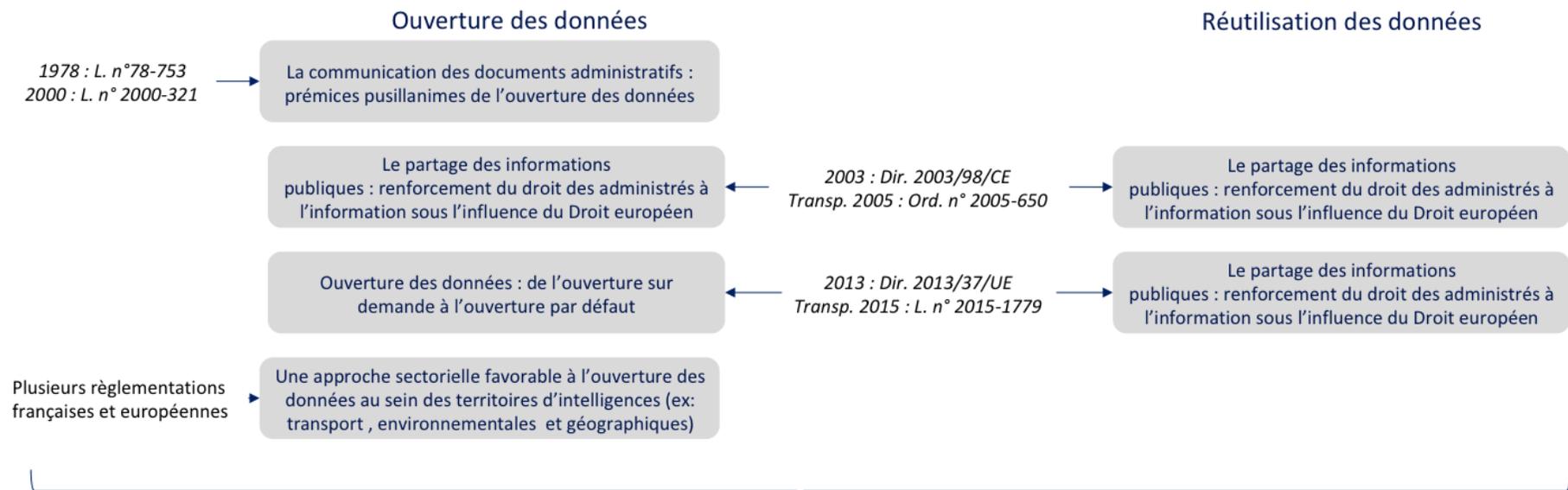
Application des règles du service public à l'ouverture des données

- Application de la méthode de qualification de service public à l'ouverture des données
- Application des principes cardinaux du service public à l'ouverture des données
- Application des principes émergents du service public à l'ouverture des données



Section 1. Acteurs publics : ouverture des données dans un but d'intérêt général

§2. Un mouvement volontariste d'ouverture et de réutilisation des données



Une ouverture et une réutilisation perfectibles en pratique

De nombreuses exclusions

- Des types de données exclus (documents en cours d'élaboration, informations protégées par le secret, données touchant à la vie privée etc.)
- Des acteurs exclus (ex: SPIC pendant longtemps en matière de réutilisation)

Manque de lisibilité

- Diversité des moyens de communication
 - Format de la donnée
- Localisation des jeux de données



Section 2. Structures privées : valorisation des données dans un but concurrentiel

§1. Des données à valeur commerciale concourant au pouvoir de marché





Section 2. Structures privées : valorisation des données dans un but concurrentiel

§2. Un mouvement embryonnaire de contrôle par les autorités de concurrence des pratiques liées aux données

POSSIBLES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS LIÉS AUX DONNÉES

Abus de position dominante
Refus d'accès aux données massives, accès discriminatoire aux données, contrats exclusifs en matière de données, ventes liées & utilisation croisée d'ensembles de données, prix prédateurs & prix discriminatoires basés sur l'analyse de données, dénigrement fondé sur le traitement de données à caractère personnel

Concentrations
Achat d'une société détenant une faible part de marchés mais un grand nombre de données

Pratiques collusoires
Utilisation d'algorithmes de fixation des prix

POSITION DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE

Approche volontariste
(conscience des autorités de concurrence sur le plan théorique et décisions en ce sens)

Approche en demi-teinte
(conscience des autorités de concurrence sur le plan théorique mais peu de décisions)

Approche hésitante
(pas de décisions pour l'instant)

LES CARENCES EXISTANTES

- Qualification ésotérique des données comme facilité essentielle
- Obsolescence du test SSNIP (utilisé pour déterminer le marché pertinent) en matière de données

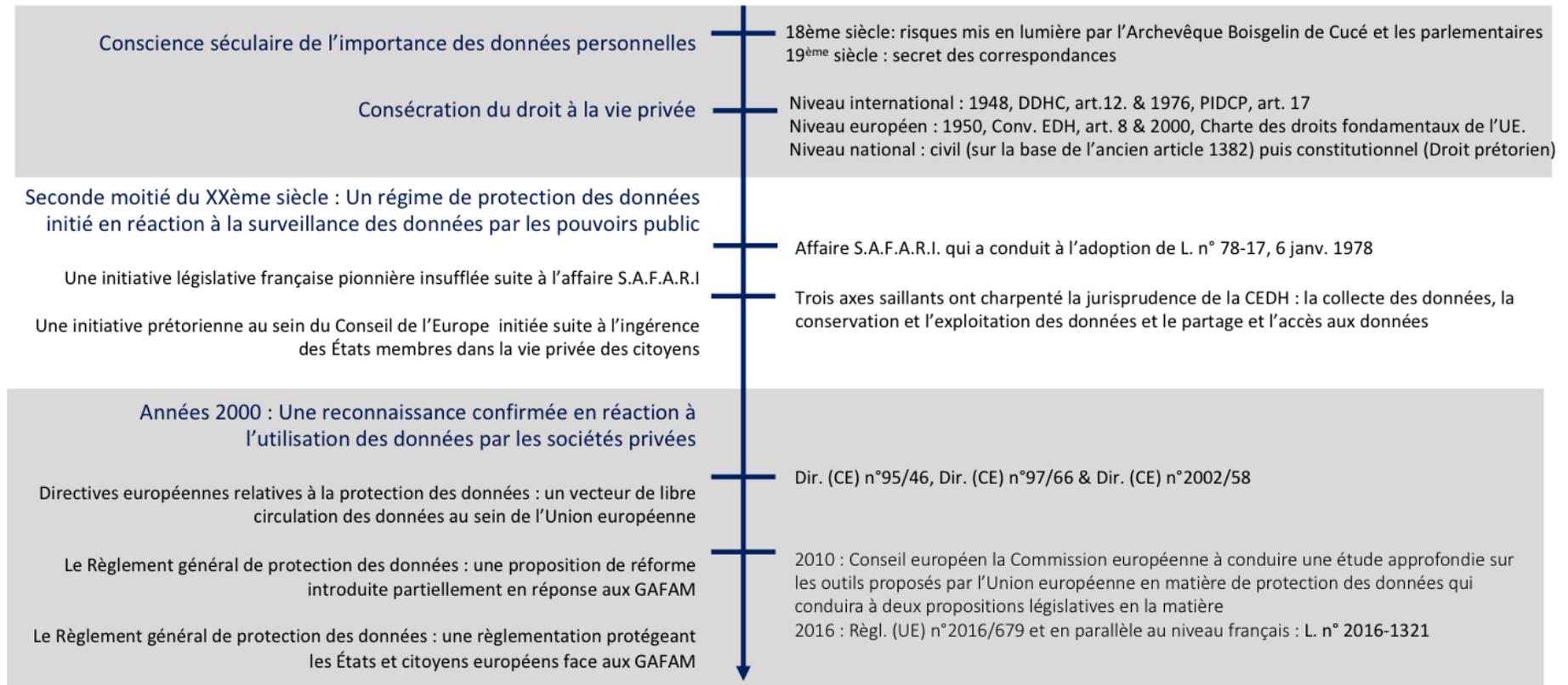
- Inadéquation de la technique des seuils de notification en matière de données
- Obsolescence du test SSNIP en matière de données

- Absence de cadre juridique en matière d'intelligence artificielle permettant un alignement des prix
- Obsolescence du test SSNIP en matière de données



Section 3. Citoyen : protection des données dans un but de respect du droit à la vie privée

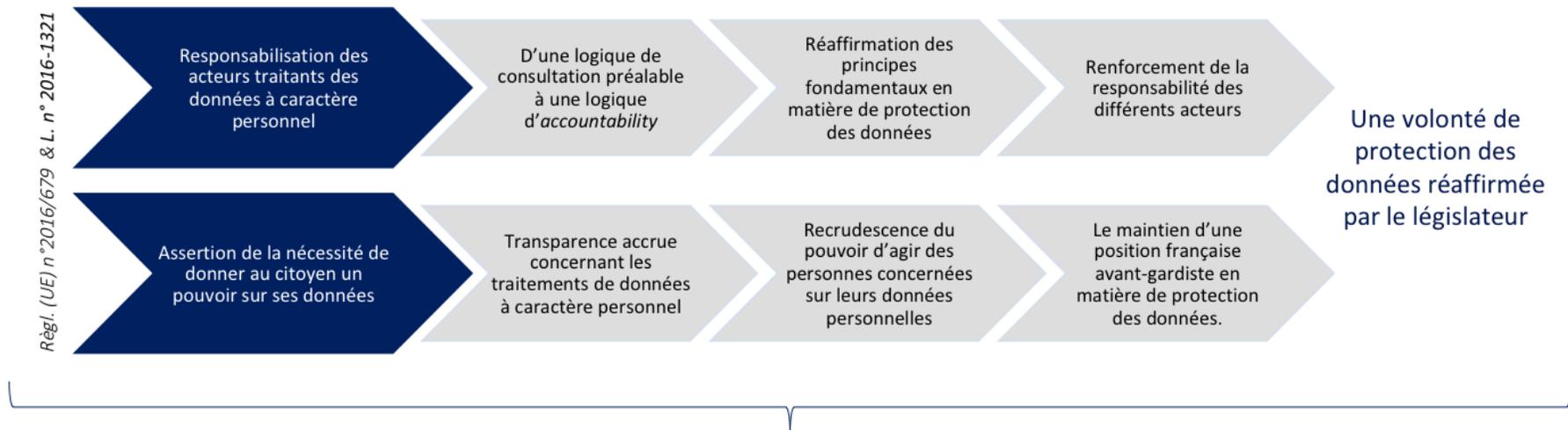
§1. Des données à caractère personnel incarnant la vie privée des citoyens





Section 3. Citoyen : protection des données dans un but de respect du droit à la vie privée

§2. Un mouvement théoriquement renforcé de protection des données



Difficultés liées à la transparence

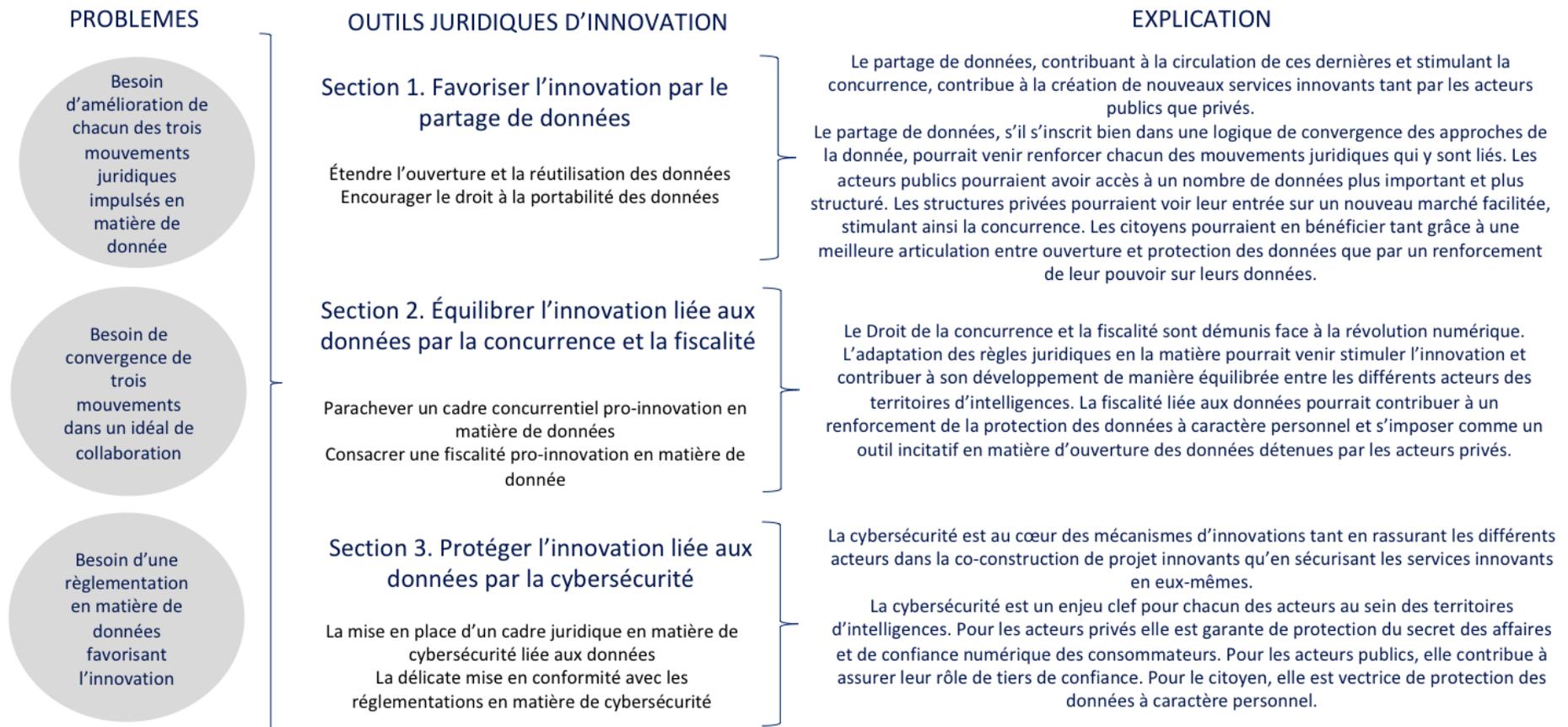
- Information complexe
- Consentement complexe

Difficultés liées à la diversité des acteurs

- Bases légales de traitement incertaines
- Difficultés pour identifier la « chaîne de traitement »
 - Difficultés contractuelles



CHAPITRE 2. LA NECESSAIRE CONVERGENCE DES APPROCHES DES DONNEES DANS UN IDEAL D'INNOVATION





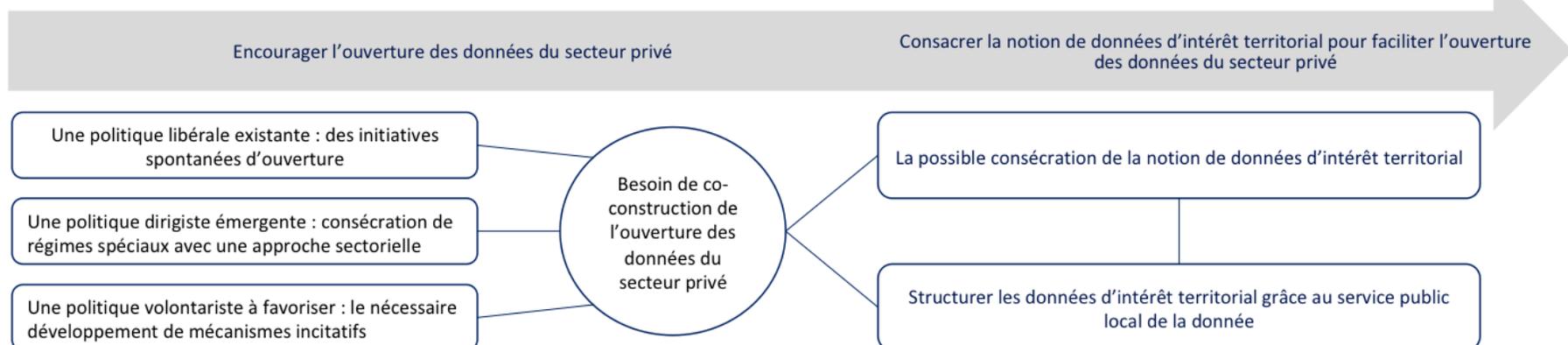
Section 1. Favoriser l'innovation par le partage de données

§1. Étendre l'ouverture et la réutilisation des données

Accompagner l'ouverture et la réutilisation des données du secteur public



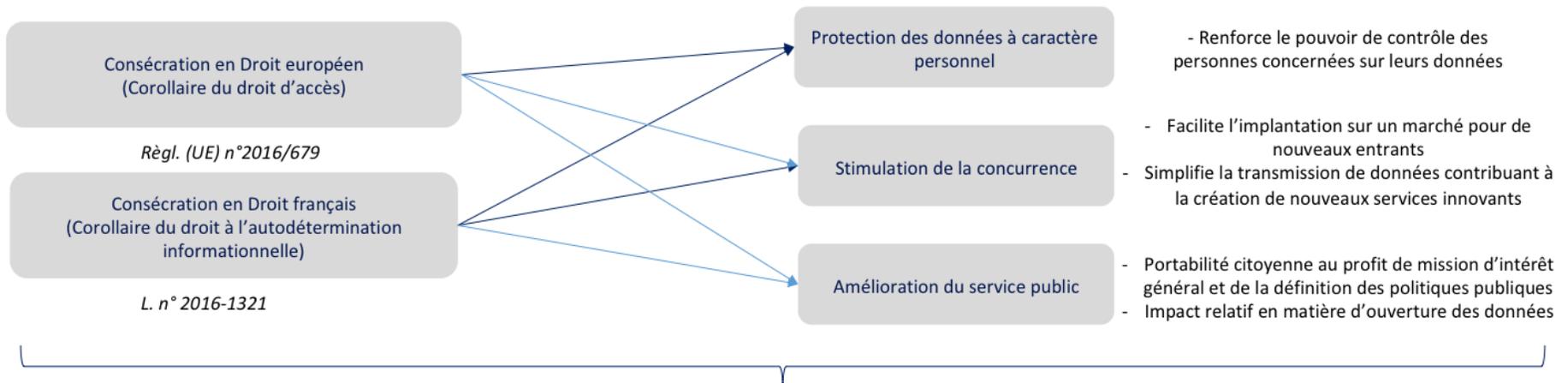
Soutenir l'ouverture et la réutilisation des données du secteur privé





Section 1. Favoriser l'innovation par le partage de données

§2. Encourager le droit à la portabilité des données



La délicate mise en œuvre du droit à la portabilité : nécessaire renforcement de l'interopérabilité des systèmes d'information

Une mise en œuvre limitée du droit à la portabilité

- Les données concernées par le droit à la portabilité : une limitation potentielle de sa portée.
 - Les bases légales du traitement concernées par la portabilité : une limitation importante de sa portée.
- Les modalités de traitement concernées par le droit à la portabilité : une limitation réelle de son effectivité.

L'interopérabilité: clef de voute de l'effectivité du droit à la portabilité

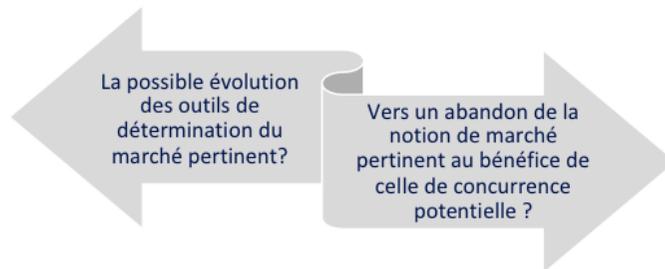
- Interopérabilité : encouragée au titre de la protection des données.
- Interopérabilité : potentiellement imposée au titre du Droit de la concurrence et du Droit public.



Section 2. Équilibrer l'innovation liée aux données par la concurrence et la fiscalité

§1. Parachever un cadre concurrentiel pro-innovation en matière de données

La potentielle évolution de la notion de marché pertinent à l'aune des données



- La possible adaptation du test SSNIP
- La possible utilisation du test SSNDQ

- Vers un abandon de la notion de marché pertinent au bénéfice de celle de concurrence potentielle ?
- Prise en compte insuffisante de la notion de concurrence potentielle sur les marchés numérique
- Volonté croissante d'utiliser la notion de concurrence potentielle
 - La notion de marché pertinent ne devrait pas être totalement abandonnée

Les nécessaires adaptations de l'appréhension des pratiques anticoncurrentielles à l'aune des données

	Adaptation des méthodes et outils à la disposition des autorités de concurrence	Adaptation du Droit de la concurrence
Abus de position dominante	Des possibilités offertes par des contrôles conjoint avec d'autres autorités (CNIL & CADA)	Clarification du lien entre données et facilités essentielles
Concentrations	Des outils de notification potentiellement plus adaptés que la technique des seuils	X
Pratiques collusoires	X	Contrôle de l'utilisation d'algorithmes de détermination des prix



Section 2. Équilibrer l'innovation liée aux données par la concurrence et la fiscalité

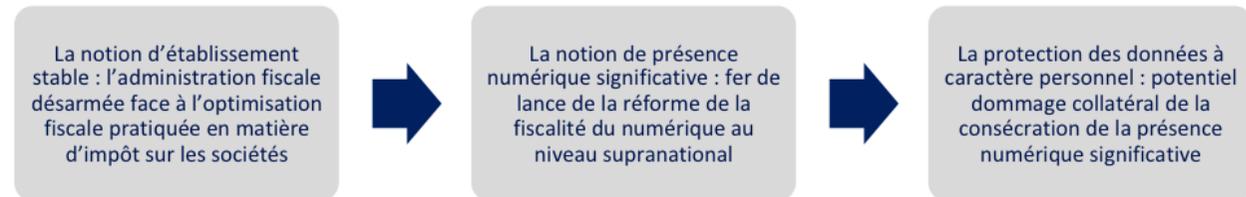
§2. Consacrer une fiscalité pro-innovation en matière de donnée

La nécessaire imposition des données

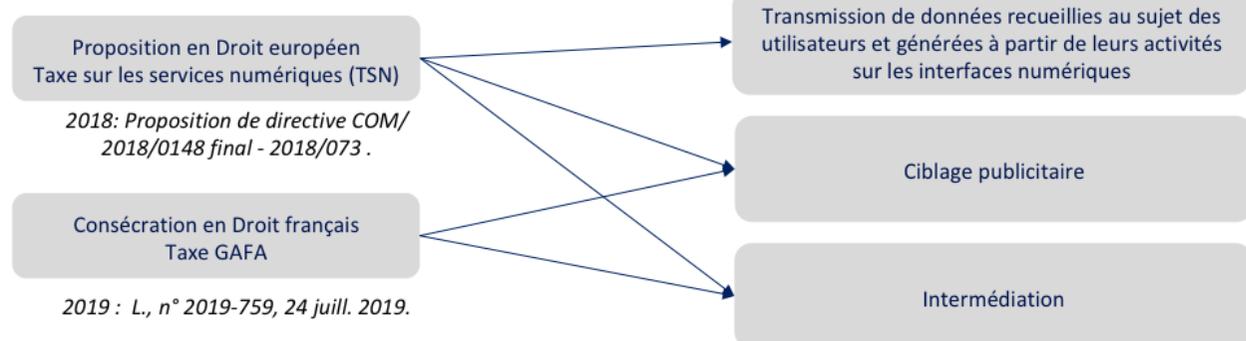


La délicate imposition des données

Adaptation des règles fiscales existantes (l'exemple de la territorialité de l'impôt sur les sociétés)



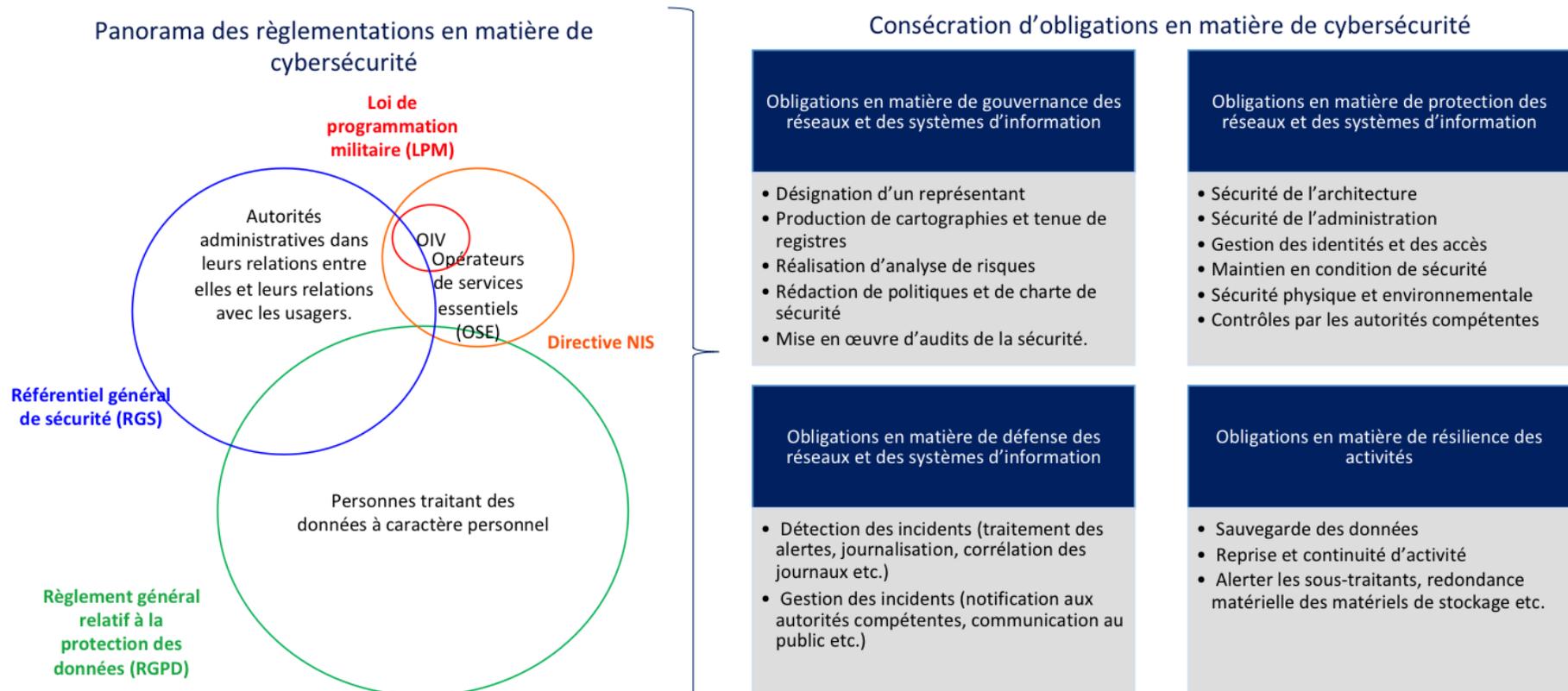
Consécration de nouvelles règles fiscales





Section 3. Protéger l'innovation liée aux données par la cybersécurité

§1. La mise en place d'un cadre juridique en matière de cybersécurité liée aux données

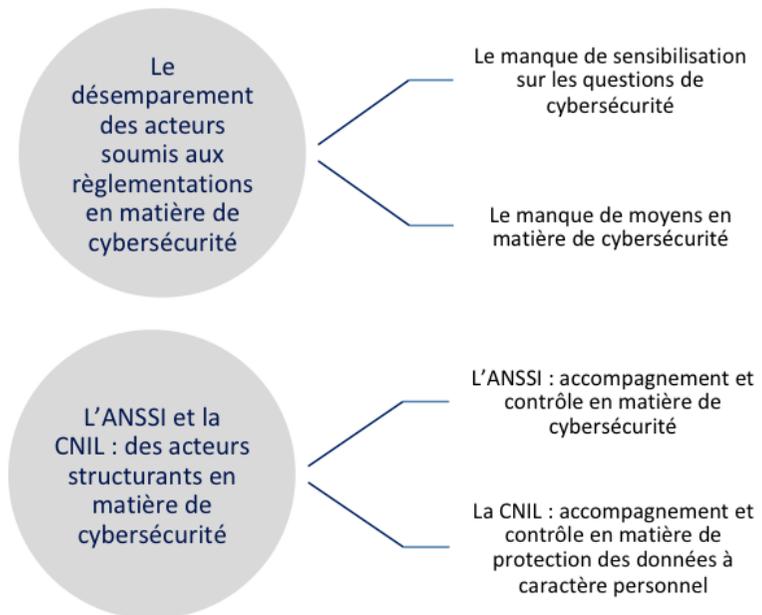




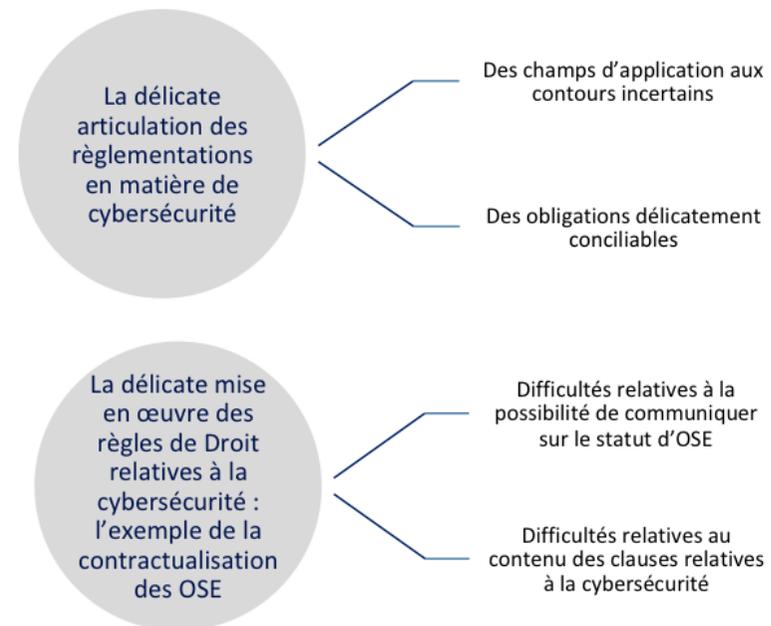
Section 3. Protéger l'innovation liée aux données par la cybersécurité

§2. La délicate mise en conformité avec les réglementations en matière de cybersécurité

Des acteurs insuffisamment armés pour se conformer aux réglementations en matière de cybersécurité : le nécessaire accompagnement par des autorités indépendantes



Des difficultés relatives à la mise en conformité en matière cybersécurité



**PARTIE 1. LE DROIT: OUTIL FAVORISANT
L'INNOVATION OPÉRATIONNELLE AU SEIN DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. SIMPLIFIER LA MISE EN PLACE D'UNE CONCEPTION
DE L'INNOVATION INCLUSIVE ET COLLABORATIVE**

**TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES EN
MATIERE DE DONNEES DANS UN IDEAL D'INNOVATION**

**PARTIE 2. L'EXPÉRIMENTATION JURIDIQUE:
OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION NORMATIVE
AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. ADAPTER L'EXPERIMENTATION AUX TERRITOIRES
D'INTELLIGENCES**

**TITRE 2. PERENNISER L'EXPERIMENTATION A L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 1. ADAPTER L'EXPERIMENTATION AUX TERRITOIRES
D'INTELLIGENCES**

**CHAPITRE 1. L'EXPERIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE PERTINENT A L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

Section 1. Une conception de la loi adaptée aux évolutions technologiques

Section 2. Un outil juridique garant de pragmatisme territorial

Section 3. Une méthode de création juridique associant les intelligences du territoire

**CHAPITRE 2. L'EXPERIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE À ADAPTER À L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

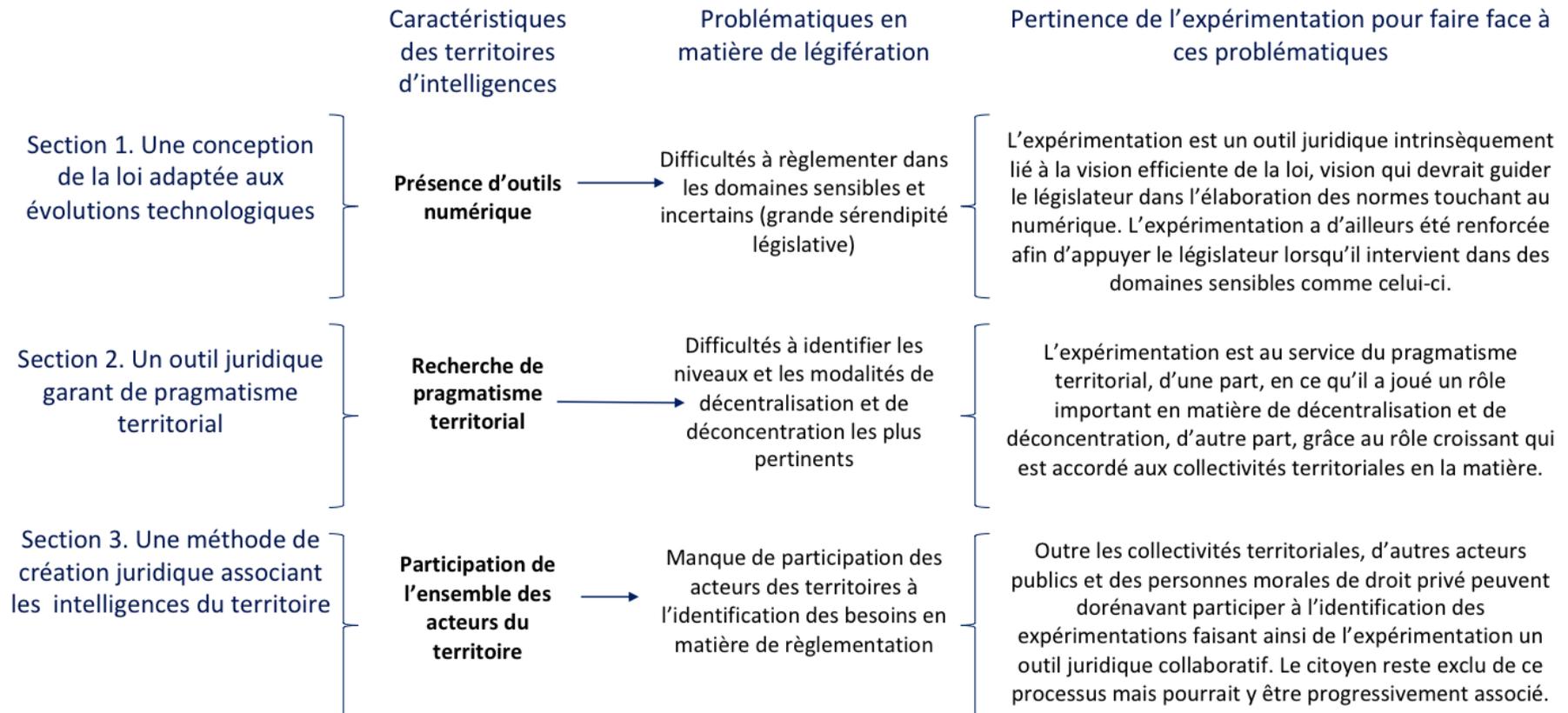
Section 1. Lourdeur administrative dissonante avec le temps de la technologie :
nécessaire simplification des procédures

Section 2. Encadrement de l'objet de l'expérimentation : potentiel assouplissement

Section 3. Expérimentation nationale dans un environnement régulé



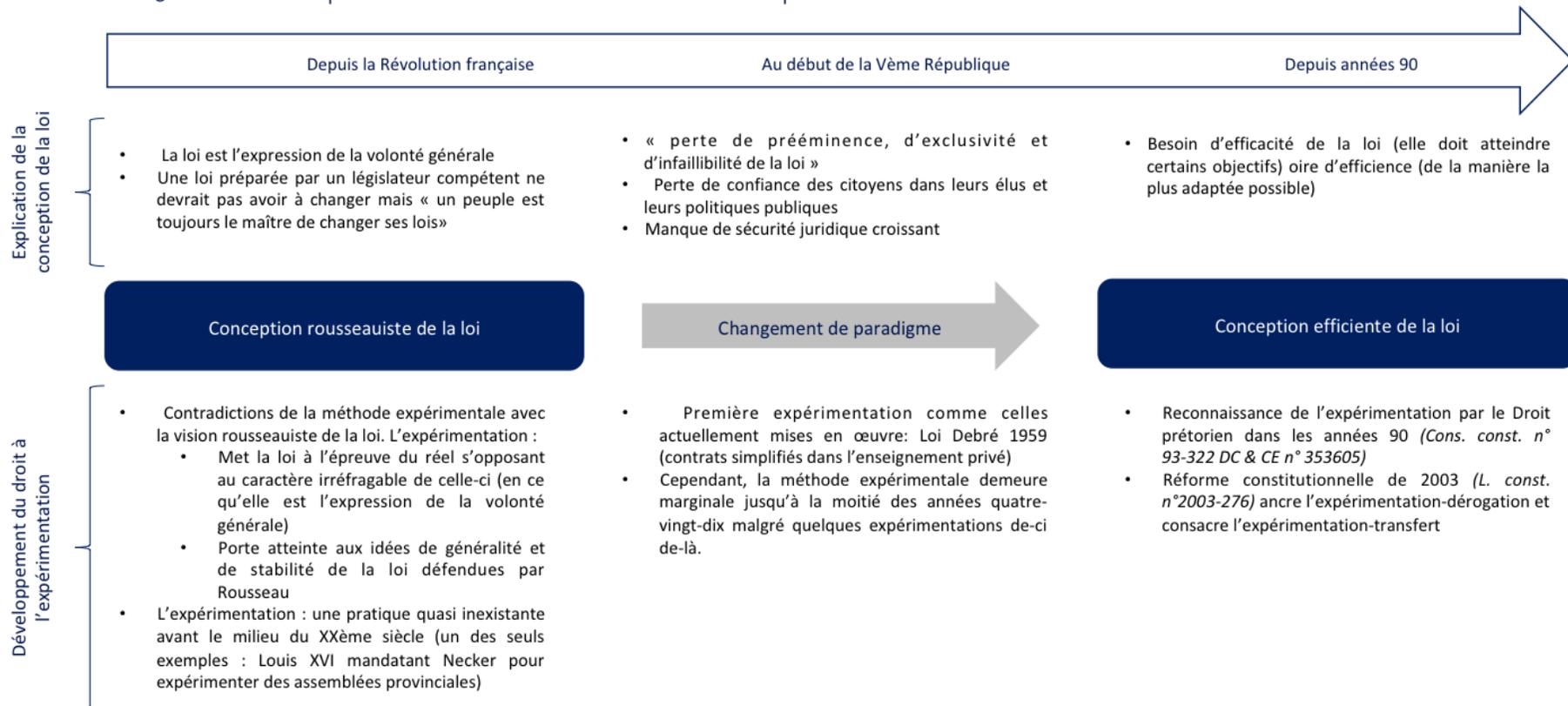
CHAPITRE 1. L'EXPERIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE PERTINENT A L'ERE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES





Section 1. Une conception de la loi adaptée aux évolutions technologiques

§1. Droit à l'expérimentation : corollaire de la conception efficiente de la loi





Section 1. Une conception de la loi adaptée aux évolutions technologiques

§2. Droit à l'expérimentation : technique juridique d'adaptation du cadre normatif aux évolutions technologiques

Technique juridique adaptée à l'encadrement des évolutions technologiques



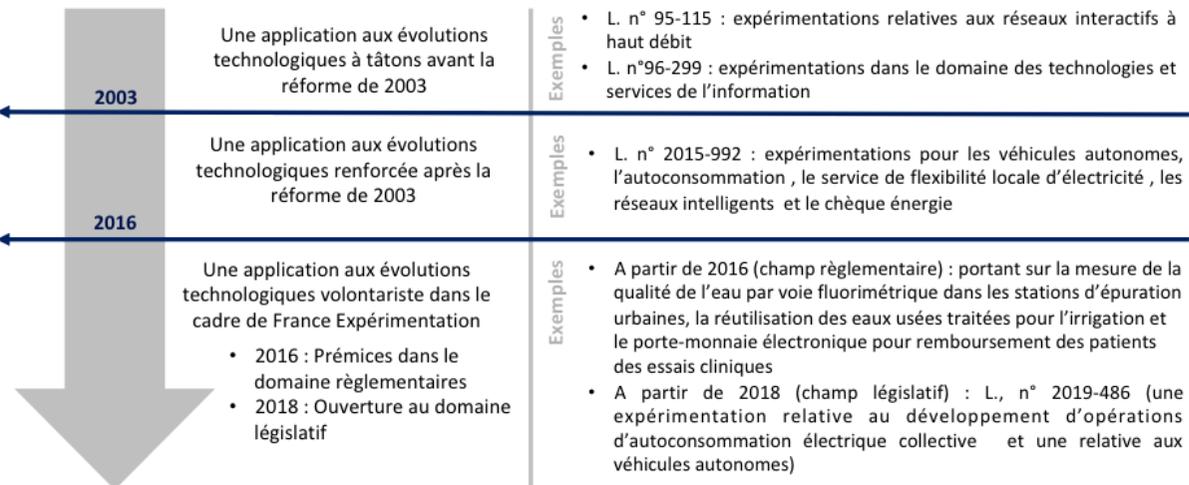
Renforcement théorique de l'expérimentation dans un idéal d'adaptation aux évolutions technologiques

Mise en œuvre effective d'expérimentations dans un idéal d'adaptation aux évolutions technologiques

L'encadrement des évolutions technologiques : un enjeu au cœur de la réforme constitutionnelle de 2003

L. const. n°2003-276

Mise en place de France Expérimentation en 2016



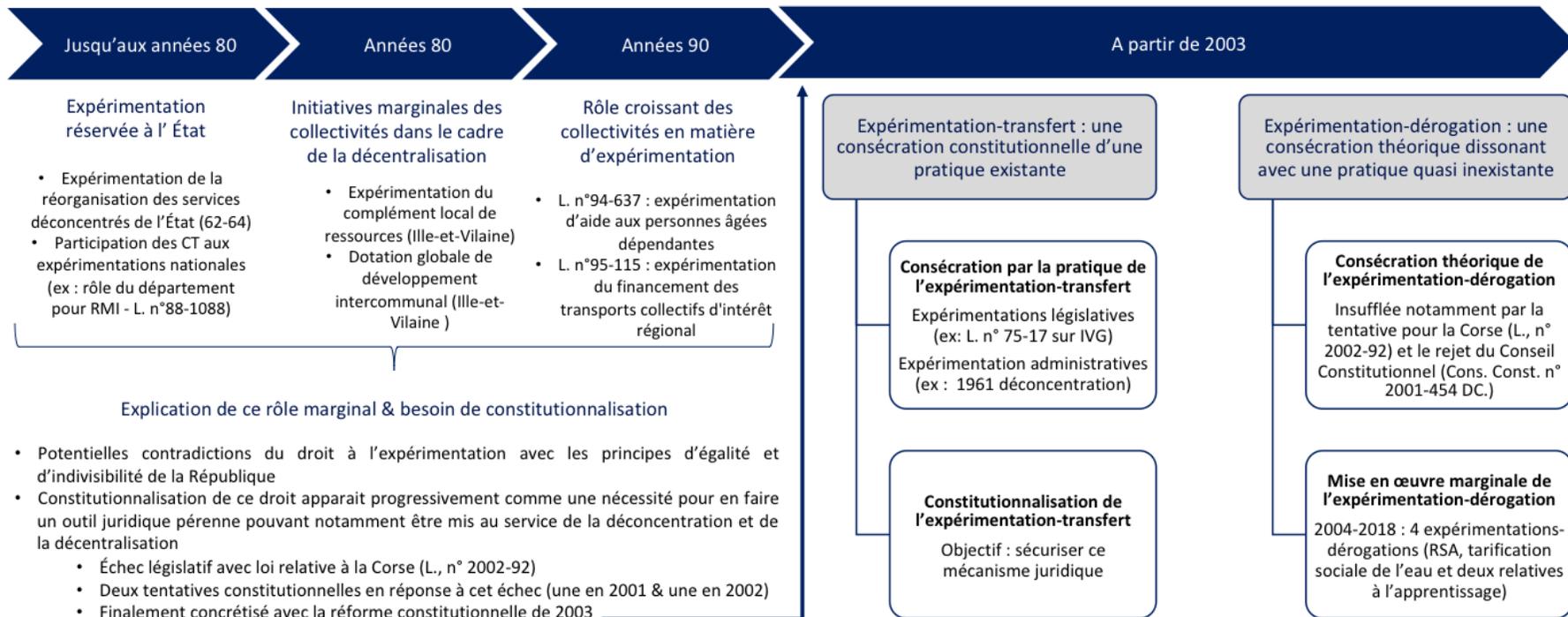


Section 2. Un outil juridique garant de pragmatisme territorial

§1. Droit à l'expérimentation : renforcement progressif du rôle des collectivités territoriales

Un rôle marginal des collectivités territoriales avant la réforme constitutionnelle de 2003

Un rôle des collectivités territoriales relativement consolidé dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2003





Section 2. Un outil juridique garant de pragmatisme territorial

§2. Droit à l'expérimentation : mise en œuvre progressive dans un idéal de pragmatisme territorial

Expérimentation & déconcentration pragmatique

Avant la réforme de 2003 : une application importante en matière de déconcentration

Expérimentation de la réorganisation des services déconcentrés de l'État de 1962 à 1964

- Expérimentation au niveau départemental de nouveaux pouvoirs de coordination des préfets (*D. 10 avr. 1962, D. 21 mars 1963 & D. 14 mars 1964*)
- Expérimentation au niveau régional des compétences des préfets (*D. 29 juill. 1963*)

Expérimentation de la réorganisation des services déconcentrés de l'État de 2000 à 2005

- Expérimentation « sur la fongibilité des crédits au sein d'un budget global et sur la possibilité offerte aux préfets de modifier la pyramide des emplois par rapport à leur dotation initiale, dans le cadre de différents plafonds (...) qui encadraient la liberté d'action des préfets »

Après la réforme de 2003 : une application renforcée en matière de déconcentration

Expérimentations relative à la déconcentration après la réforme de 2003 : un usage croissant

- Expérimentations touchant à la partie déconcentrée de l'État (ex : déconcentration de la restauration collective)
- Expérimentations touchant plus directement la réorganisation de l'administration territoriale de l'État (ex : réorganisation des services de l'État au niveau départemental)

Expérimentation d'un droit de dérogation accordé aux préfets de 2017 à 2020

- Expérimentation administrative partielle d'un droit de dérogation des préfets mise en place dans un idéal de pragmatisme territorial (*D. n° 2017-1845 & D. n° 2020-412*)

Expérimentation & décentralisation pragmatique

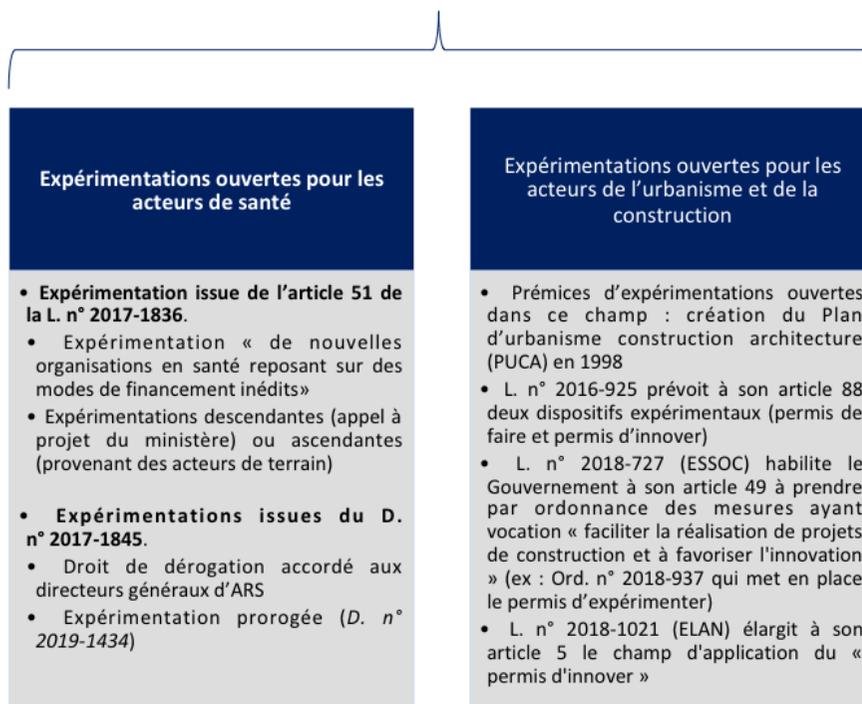
	Nombreuses expérimentations initiées par l'Etat	Rares expérimentations initiées par les collectivités territoriales
Avant réforme de 2003	<p>Une pratique existante</p> <ul style="list-style-type: none"> • Expérimentation du transfert aux régions des compétences relatives à l'organisation des transports collectifs (L. n° 95-115 & L. n° 97-135) • Expérimentation relative à la mise en œuvre des dispositions relatives à la prestation spécifique dépendance (L. n° 97-60) 	<p>Une pratique marginale</p> <ul style="list-style-type: none"> • Expérimentation du complément local de ressources (Ille-et-Vilaine) • Dotation globale de développement intercommunal (Ille-et-Vilaine)
Après réforme de 2003	<p>Mise en œuvre importante de l'expérimentation-transfert</p> <ul style="list-style-type: none"> • 28 expérimentations-transfert de 2003 à 2018 • Ex : L. n° 2004-809 prévoit différentes expérimentations-transfert relative à la décentralisation (transfert de l'élaboration d'un schéma régional de développement économique ou transfert de l'entretien et la gestion des aéroports civils appartenant à l'État) 	<p>Mise en œuvre marginale de l'expérimentation-dérogation</p> <ul style="list-style-type: none"> • 4 expérimentations-dérogations de 2003 à 2018 • RSA • Tarification sociale de l'eau • Répartition des fonds non affectés par les entreprises de la taxe d'apprentissage • Accès à l'apprentissage jusqu'à 30 ans



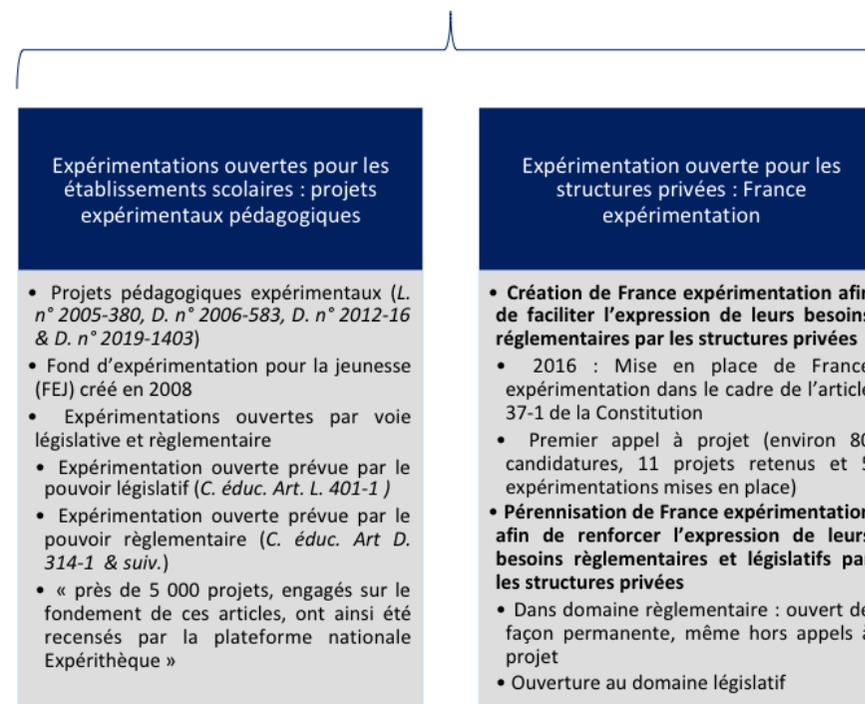
Section 3. Une méthode de création juridique associant les intelligences du territoire

§1. Droit à l'expérimentation : une participation des personnes morales du territoire enclenchée

Expérimentations ouvertes par délégation de compétence



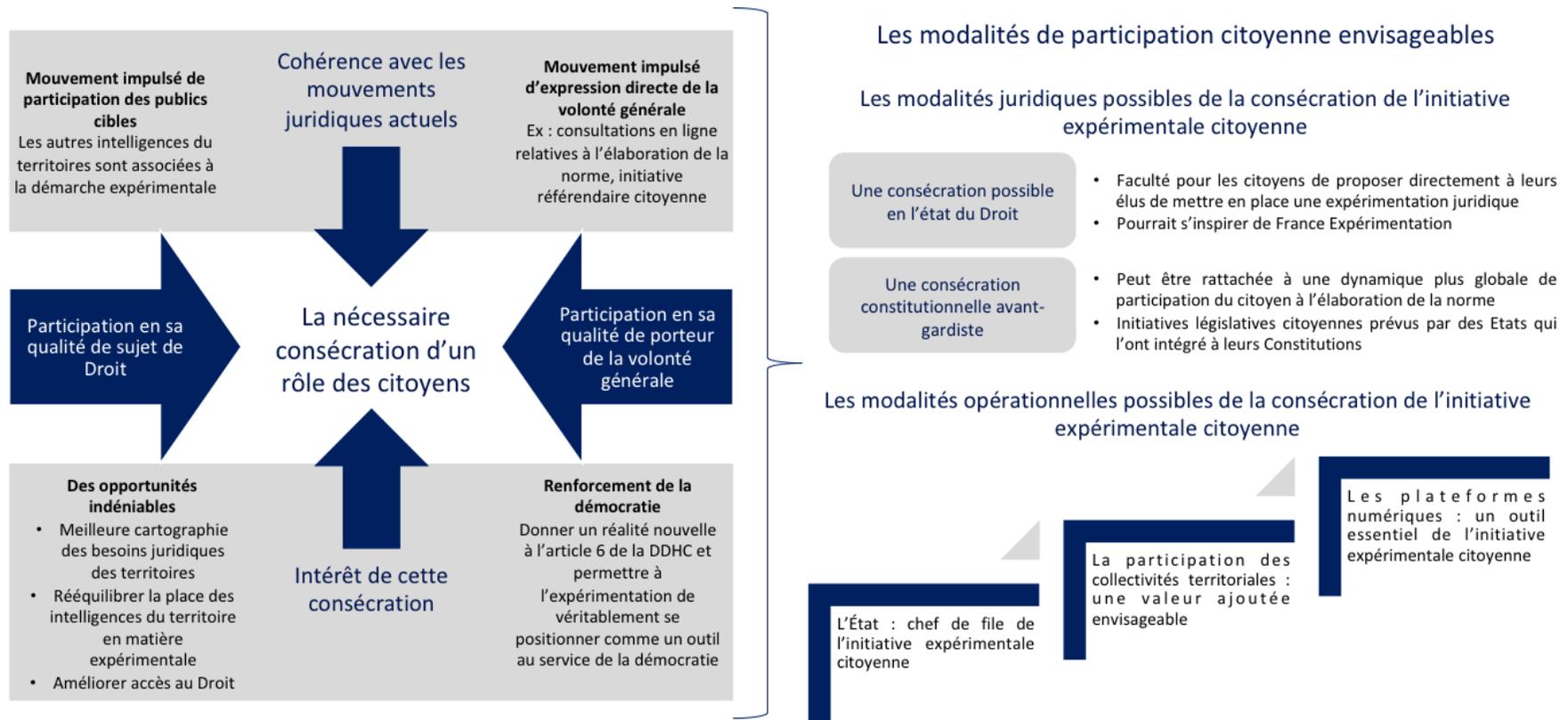
Expérimentations ouvertes initiées par le public cible





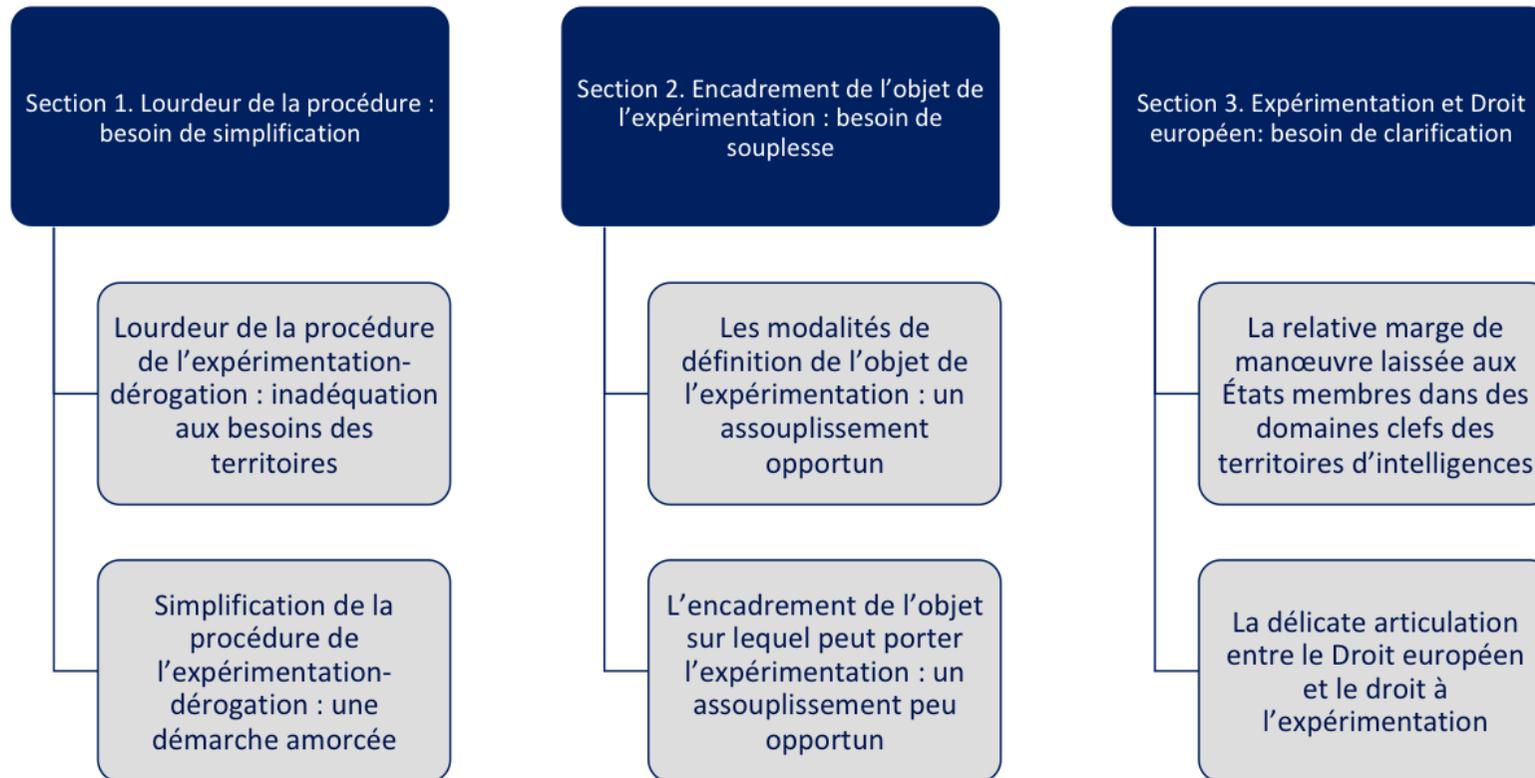
Section 3. Une méthode de création juridique associant les intelligences du territoire

§2. Droit à l'expérimentation : une participation des citoyens du territoire envisageable





CHAPITRE 2. L'EXPERIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE À ADAPTER À L'ERE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES





Section 1. Lourdeur de la procédure : besoin de simplification

§1. Lourdeur de la procédure de l'expérimentation-dérogation : inadéquation aux besoins des territoires

d'intelligences

Asynchronisme entre le temps de l'expérimentation-dérogation et le temps des territoires d'intelligence



- La procédure de l'expérimentation-dérogation mise en place en 2003 : sept étapes conduisant à un cadre « excessivement contraignant »
- La durée effective de mise en place des expérimentation-dérogation : une durée parfois excessive du fait de la lourdeur de la procédure (ex : mise en place tardive de l'expérimentation sur la tarification sociale de l'eau contribuant à la décision de prolonger l'expérimentation)

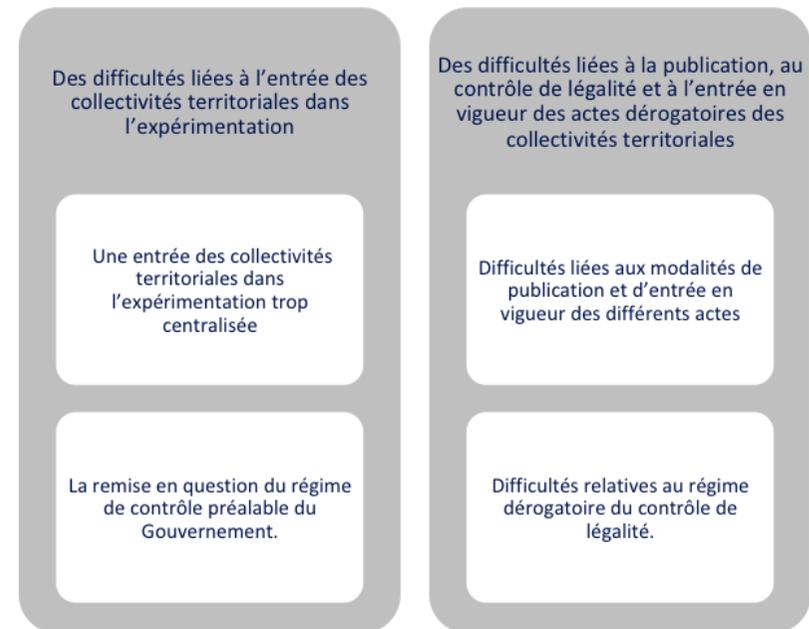


- Selon le Conseil d'Etat, « de nombreuses expérimentations enjambent (...) des échéances électorales et peuvent se trouver bousculées par les changements de majorité » *CE, Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?*, La documentation française, 2019.



- Les nouvelles technologies apparaissent de manière disruptive et peuvent évoluer à un rythme très rapide. La lourdeur de la procédure de l'expérimentation-dérogation pourrait alors constituer un frein à la mise en place de cette dernière en matière de nouvelles technologies.

Des difficultés relatives à la procédure de l'expérimentation-dérogation clairement identifiées

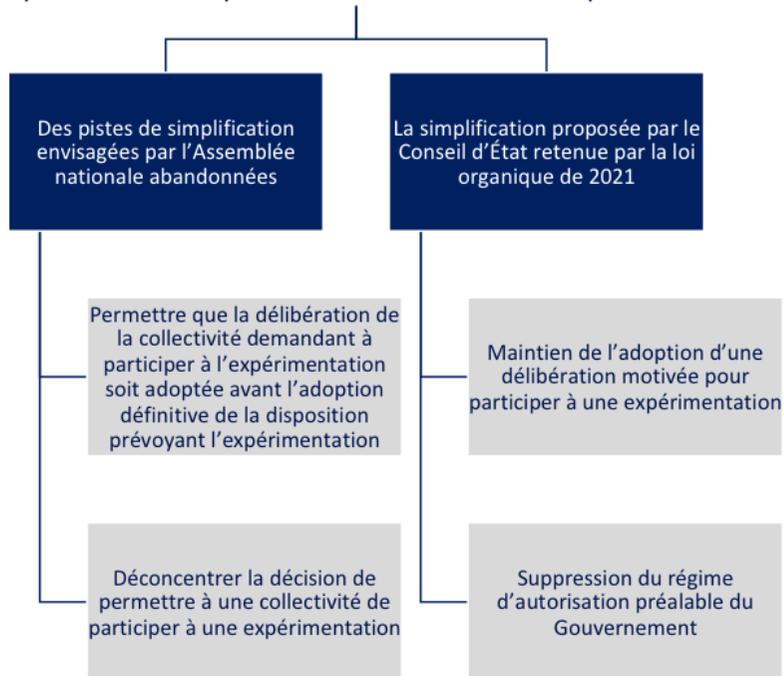




Section 1. Lourdeur de la procédure : besoin de simplification

§2. Simplification de la procédure de l'expérimentation-dérogation : une démarche amorcée

Simplification de la procédure d'entrée dans l'expérimentation



Simplification relative à la publication, au contrôle de légalité et à l'entrée en vigueur des actes des collectivités territoriales

Simplification des conditions d'entrée en vigueur des actes pris par les collectivités territoriales dans le cadre des expérimentations



Allègement du régime du contrôle de légalité exercé par le préfet dans le cadre des expérimentations

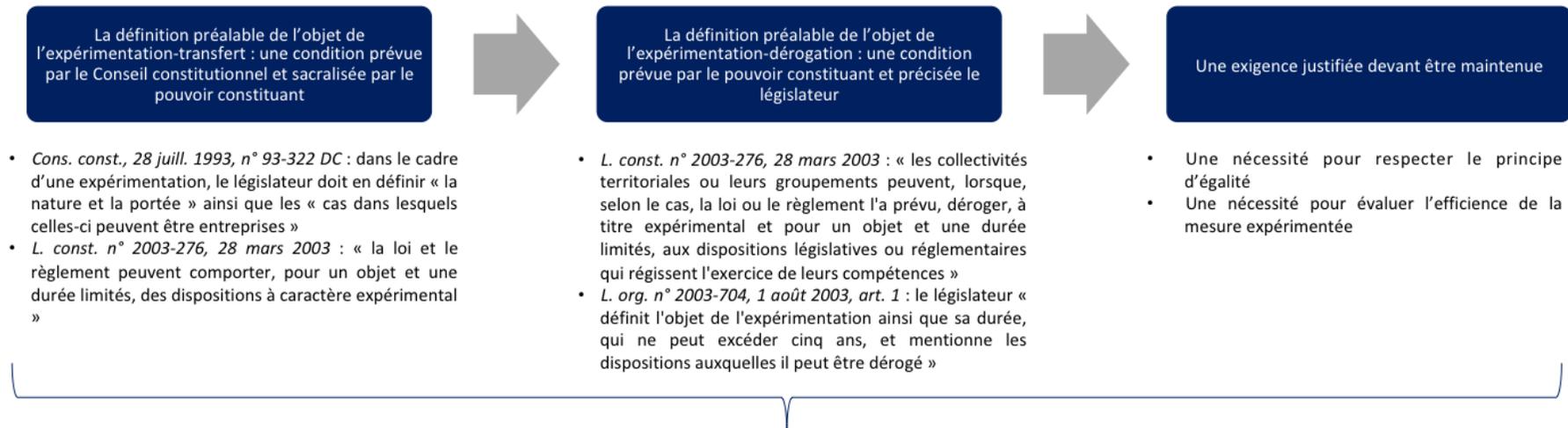




Section 2. Encadrement de l'objet de l'expérimentation : besoin de souplesse

§1. Les modalités de définition de l'objet de l'expérimentation : un assouplissement opportun

La nécessité d'un objet clairement défini



Le nécessaire assouplissement des modalités de définition de l'objet

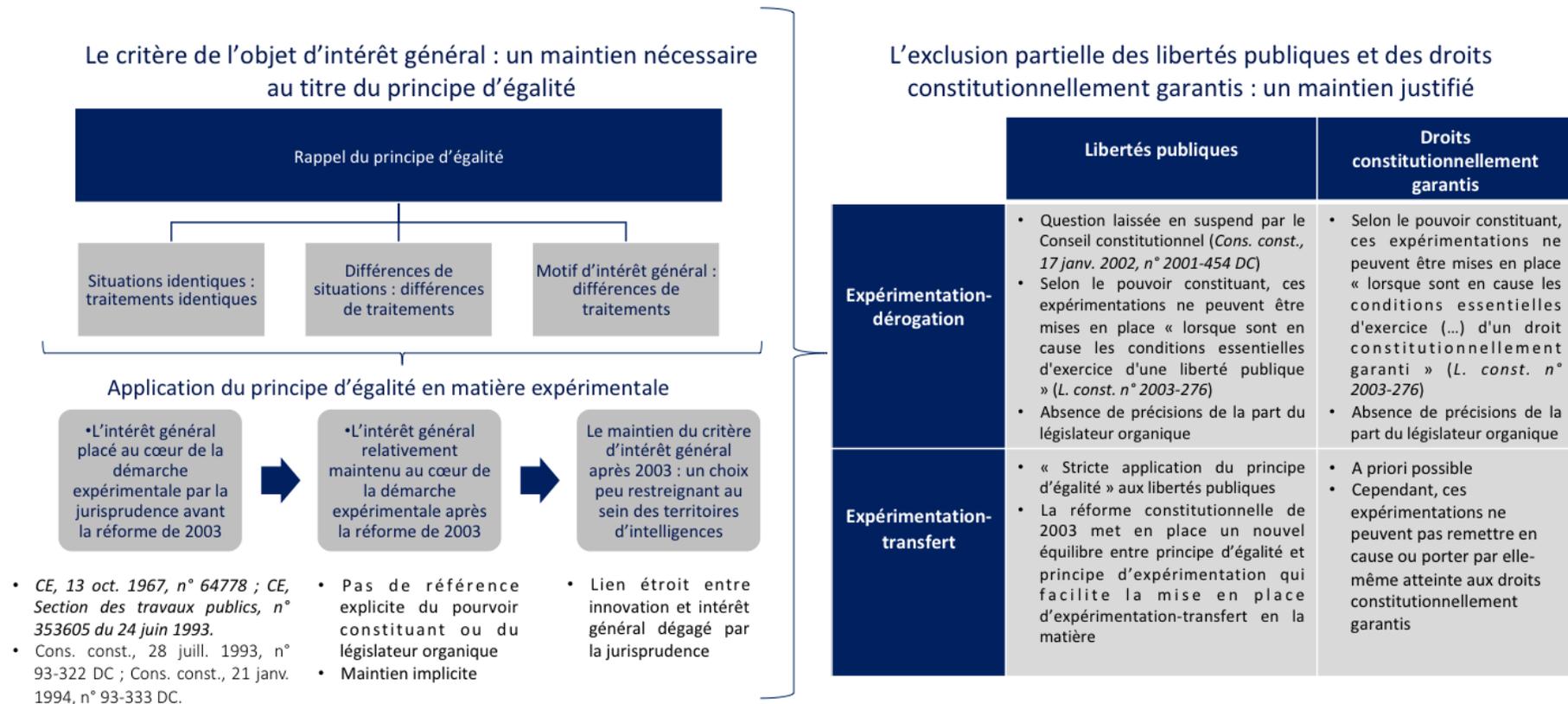
Décloisonner l'approche sectorielle de l'expérimentation

Décentraliser la définition de l'objet de l'expérimentation



Section 2. Encadrement de l'objet de l'expérimentation : besoin de souplesse

§2. L'encadrement de l'objet sur lequel peut porter l'expérimentation : un assouplissement peu opportun





Section 3. Expérimentation nationale dans un environnement régulé à l'échelle communautaire : vers une expérimentation européenne ?

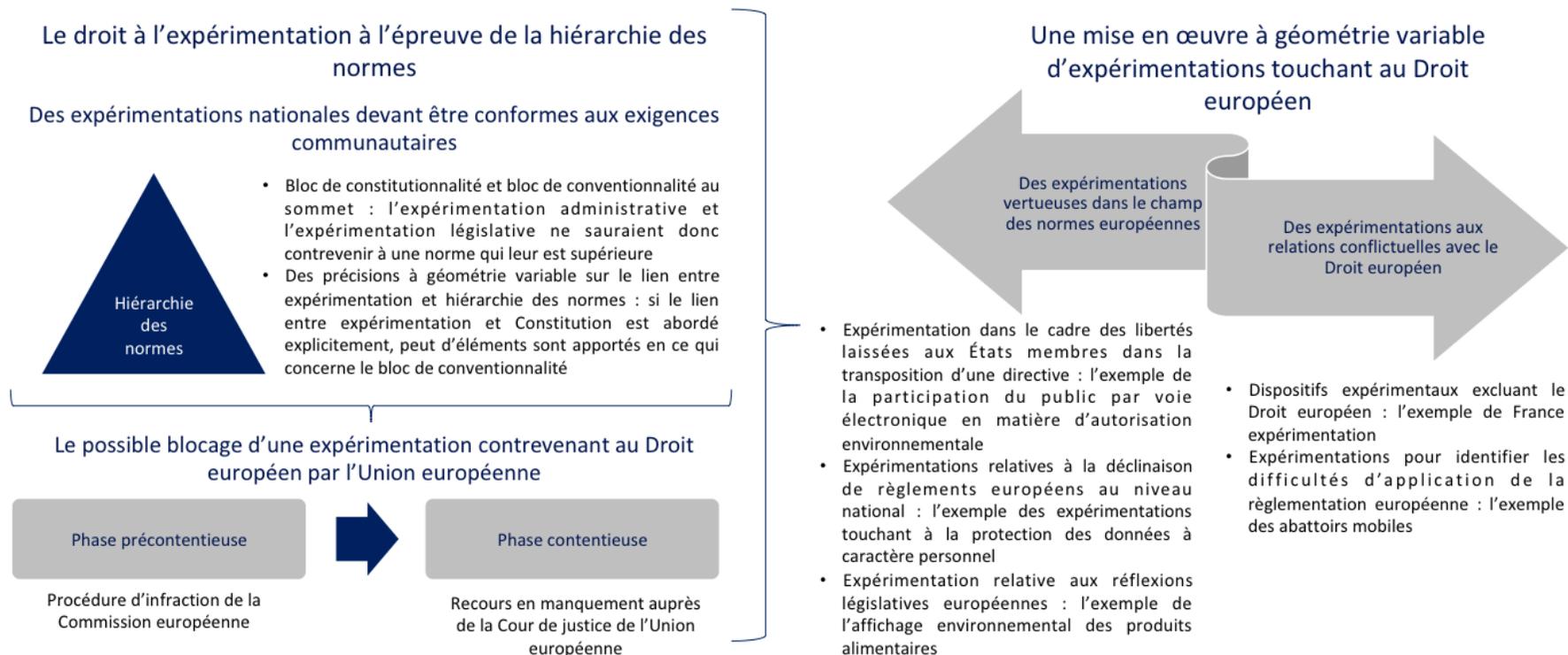
§1. La relative marge de manœuvre laissée aux États membres dans des domaines clefs des territoires d'intelligences

La place croissante du Droit européen dans le champ des territoires d'intelligences	La relative marge de manœuvre laissée aux États membres dans les domaines régulés à l'échelle européenne
<p data-bbox="304 759 797 818">La protection de l'environnement : domaine d'action historique du législateur européen</p> <ul data-bbox="246 839 831 991" style="list-style-type: none"> • La nécessaire approche internationale des questions environnementales • Une compétence du législateur européen en matière environnementale prévue par les traités européens • L'intervention du législateur européen dans le domaine environnemental 	<p data-bbox="931 759 1991 818">La liberté laissée aux États dans le cadre des directives européennes : l'exemple de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement</p> <ul data-bbox="878 850 2016 991" style="list-style-type: none"> • Des objectifs fixés par la directive dont les modalités sont déclinées par les États membres (ex : procédure d'évaluation des incidences sur l'environnement et fourniture d'informations par le maître d'ouvrage) • Une liberté d'appréciation laissée aux États membres (ex : pour mettre en place les recours pour contester la légalité, des décisions, des actes ou omissions dans le cadre de la directive) • La possibilité laissée aux États membres d'être plus strictes ou plus souples que les normes prévues par le législateur européen (ex : dans le cadre de l'identification des projets soumis à une évaluation)
<p data-bbox="282 1046 808 1106">Les activités numériques : nouveau domaine de prédilection du législateur européen</p> <ul data-bbox="246 1126 842 1254" style="list-style-type: none"> • L'absence de frontières au sein de l'espace numérique • Une compétence du législateur européen en matière numérique fondée sur ses autres politiques sectorielles et transversales • L'intervention croissante du législateur européen dans le domaine du numérique 	<p data-bbox="960 1046 1935 1078">La liberté laissée aux États dans le cadre des règlements européens : l'exemple du RGPD</p> <ul data-bbox="878 1110 2016 1286" style="list-style-type: none"> • RGPD : norme d'effet direct visant un niveau de protection des données uniforme au sein de l'Union européenne • La possibilité laissée aux États membres de préciser les dispositions européennes (ex : en ce qui concerne les bases légales de traitement et relativement à l'équilibre entre protection des données à caractère personnel et liberté d'expression) • La possibilité laissée aux États membres de prévoir des règles spécifiques aux dispositions européennes (ex : en matière de données sensibles) • La possibilité laissée aux États membres d'intervenir en dehors du champ du RGPD en matière de protection des données (ex : droit sur les données post mortem)



Section 3. Expérimentation nationale dans un environnement régulé à l'échelle communautaire : vers une expérimentation européenne ?

§2. La délicate articulation entre le Droit européen et le droit à l'expérimentation



PARTIE 1. LE DROIT: OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION OPÉRATIONNELLE AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

**TITRE 1. SIMPLIFIER LA MISE EN PLACE D'UNE CONCEPTION
DE L'INNOVATION INCLUSIVE ET COLLABORATIVE**

**TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES EN
MATIERE DE DONNEES DANS UN IDEAL D'INNOVATION**

PARTIE 2. L'EXPÉRIMENTATION JURIDIQUE: OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION NORMATIVE AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

**TITRE 1. ADAPTER L'EXPERIMENTATION A L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

**TITRE 2. PERENNISER L'EXPERIMENTATION A L'ERE DES
TERRITOIRES D'INTELLIGENCES**

TITRE 2. PERENNISER L'EXPERIMENTATION A L'ERE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES

CHAPITRE 1. CONDITION DE PERENNISATION DE L'EXPERIMENTATION : L'EVALUATION

Section 1. L'évaluation normative : pierre angulaire de la pérennisation de l'expérimentation

Section 2. L'évaluation de l'expérimentation : une méthodologie en construction

Section 3. L'évaluation de l'expérimentation : de relatives améliorations à l'aune des algorithmes numériques

CHAPITRE 2. MODES DE PERENNISATION DE L'EXPERIMENTATION

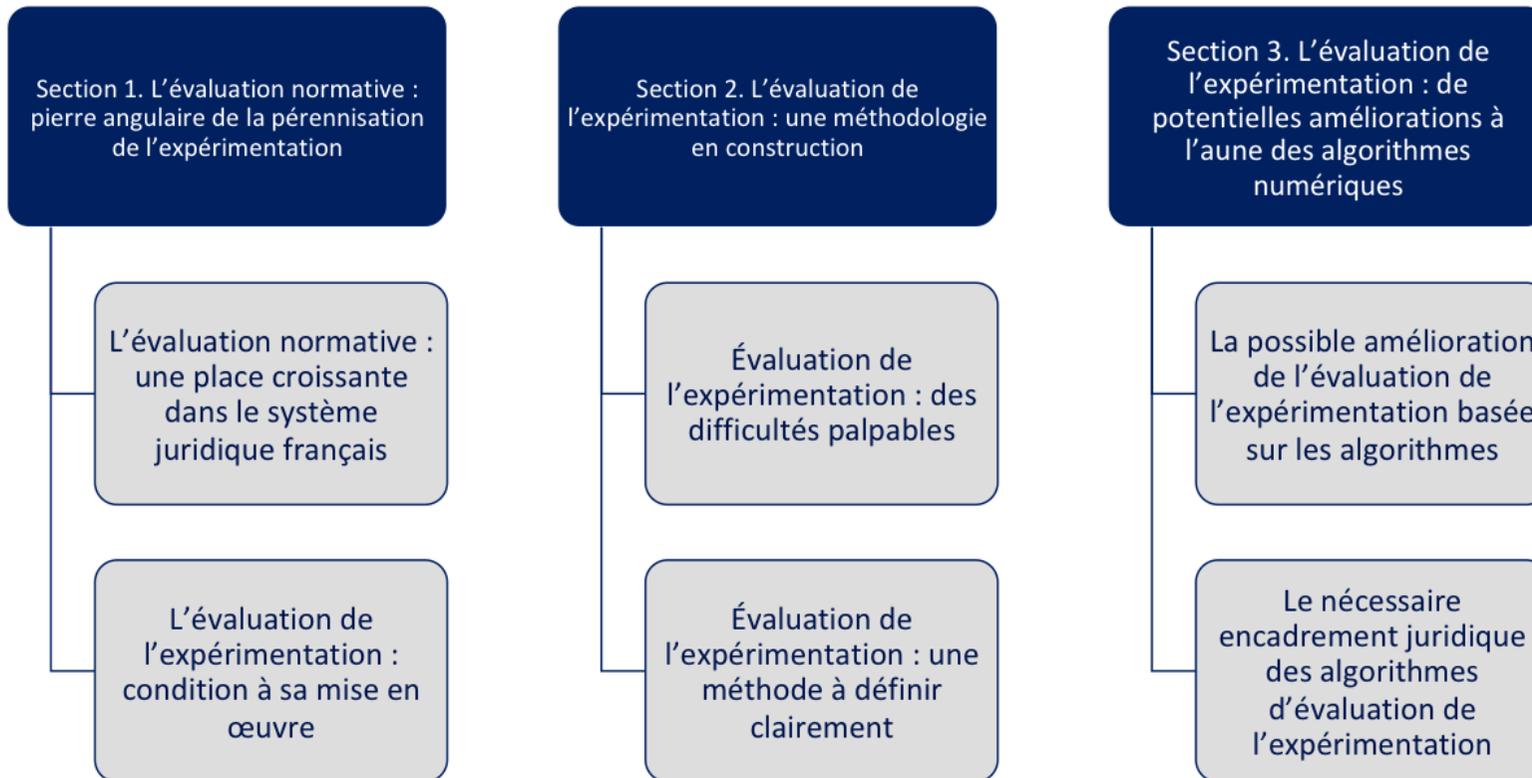
Section 1. Généralisation de l'expérimentation à l'ensemble du territoire : une pratique existante

Section 2. Droit à la différenciation : une pratique envisagée inadaptée aux territoires d'intelligences

Section 3. Rapprochement avec l'Union européenne : une pratique envisageable adaptée aux territoires d'intelligences



CHAPITRE 1. CONDITION DE PERENNISATION DE L'EXPERIMENTATION : L'EVALUATION

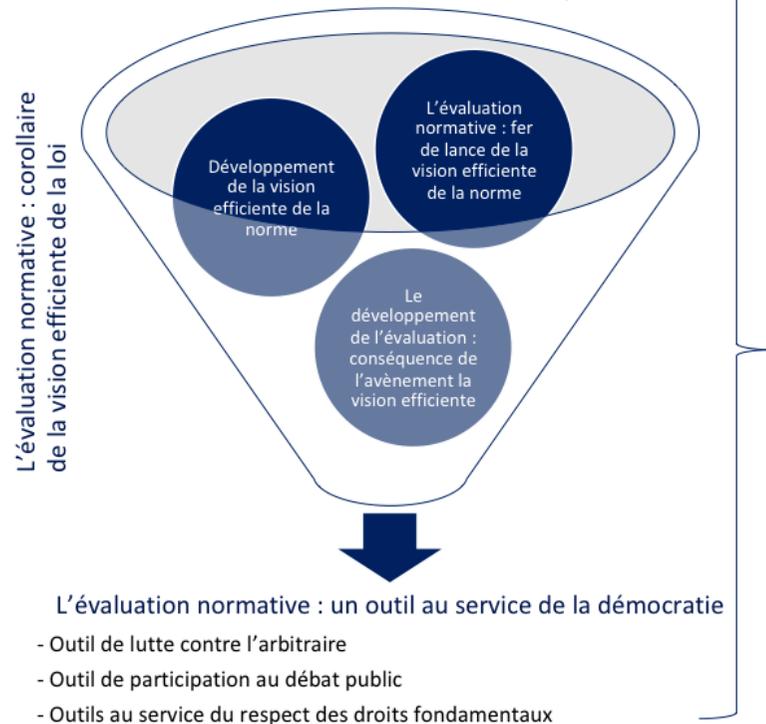




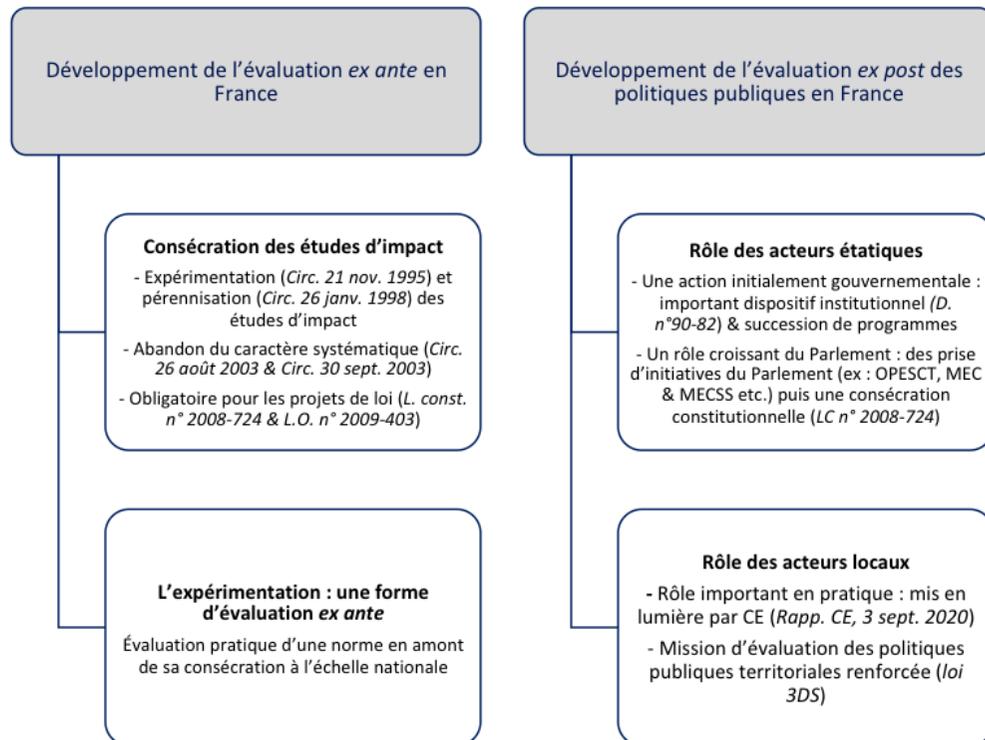
Section 1. L'évaluation normative : pierre angulaire de la pérennisation de l'expérimentation

§1. L'évaluation normative : une place croissante dans le système juridique français

Un contexte tardivement favorable à la consécration de l'évaluation comme outil démocratique



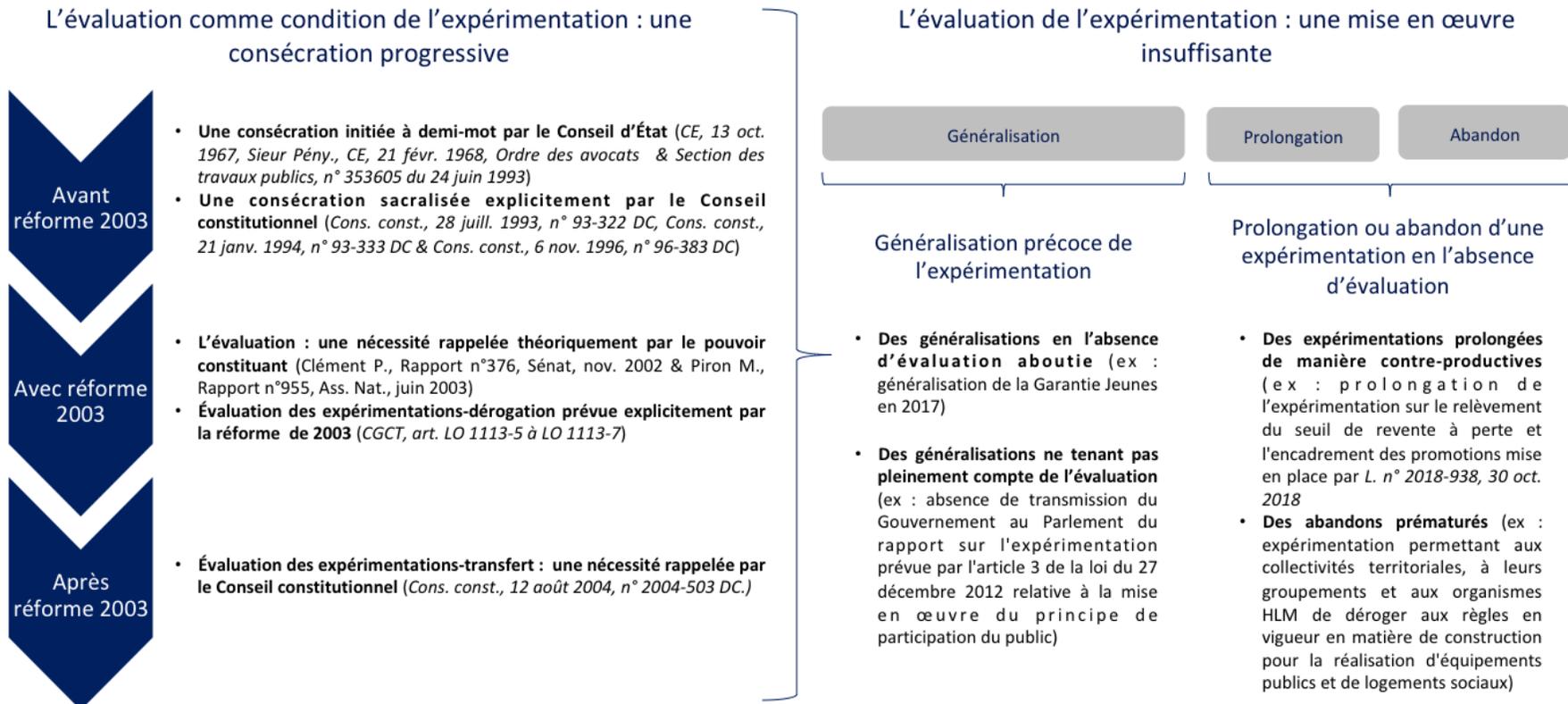
Une consécration progressive de l'évaluation normative en Droit français





Section 1. L'évaluation normative : pierre angulaire de la pérennisation de l'expérimentation

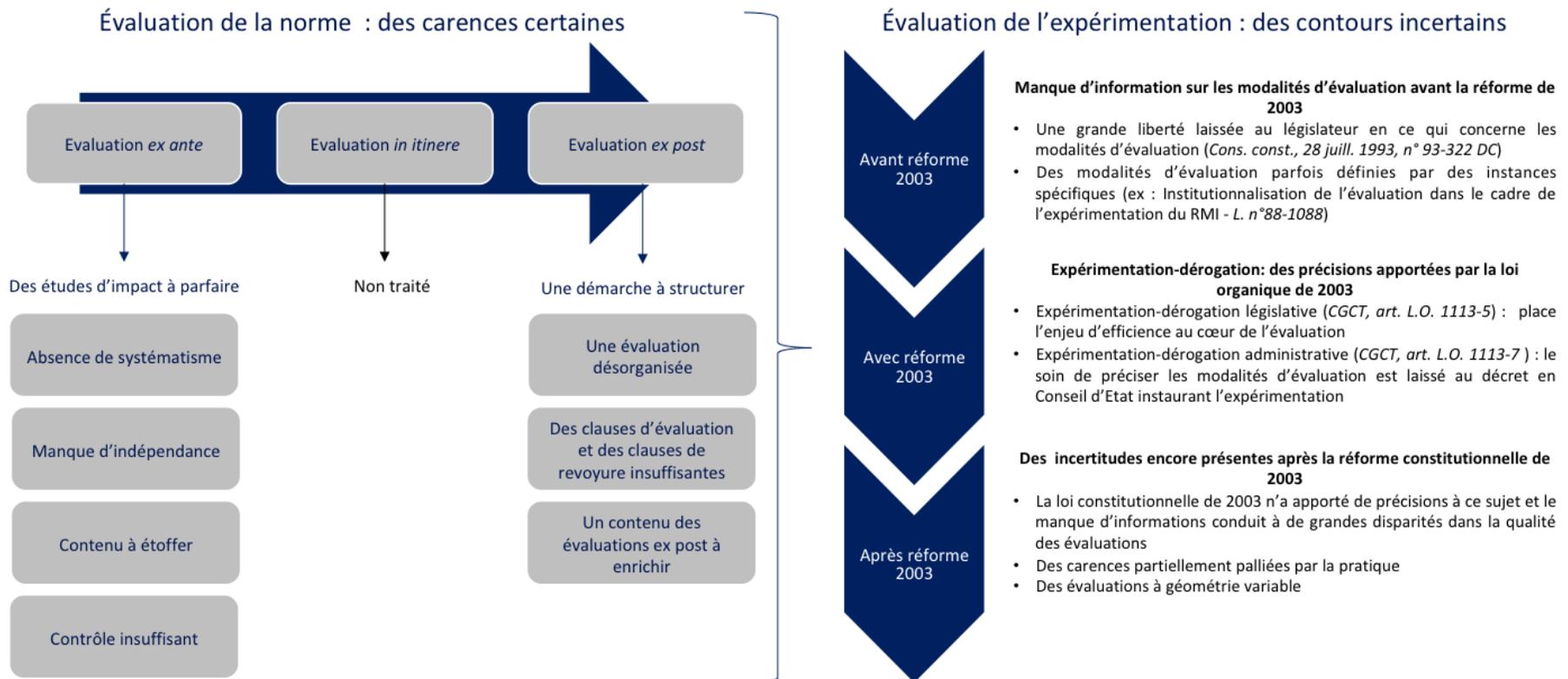
§2. L'évaluation de l'expérimentation : condition à sa mise en œuvre





Section 2. L'évaluation de l'expérimentation : une méthodologie en construction

§1. Évaluation de l'expérimentation : des difficultés palpables





Section 2. L'évaluation de l'expérimentation : une méthodologie en construction

§2. Évaluation de l'expérimentation : une méthode à définir clairement

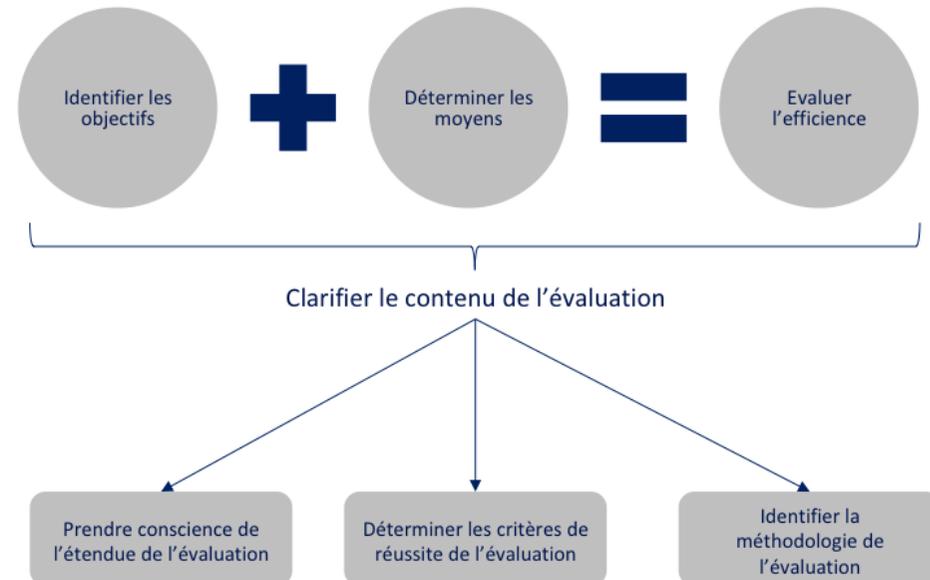
Carences et pistes d'amélioration en ce qui concerne la procédure de l'évaluation



- La nécessaire transparence de l'évaluation
- L'instructive coopération avec les experts de l'objet de l'expérimentation
- L'enrichissante participation du public cible

- Durée de l'expérimentation
- Calendrier de l'évaluation
- Identification de l'évaluateur

Carences et pistes d'améliorations en ce qui concerne le contenu de l'évaluation



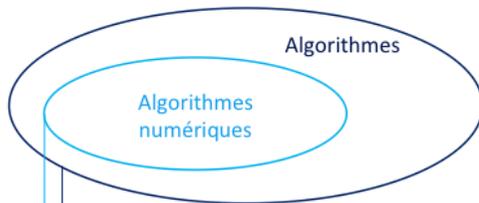


Section 3. L'évaluation de l'expérimentation : de potentielles améliorations à l'aune des algorithmes numériques

§1. La possible amélioration de l'évaluation de l'expérimentation basée sur les algorithmes

L'intérêt de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation

Un algorithme est un raisonnement fini et non ambigu visant à résoudre un problème ou à répondre à une question et pouvant se matérialiser au format papier ou numérique.



- Des raisonnements au service de la prise de décision
- Des raisonnements pouvant contribuer à l'évaluation normative
- L'analyse de données est la pierre angulaire de l'évaluation normative.
- Or, les algorithmes numériques, les données massives et les données ouvertes décuplent la capacité d'analyse.
- Ils peuvent donc contribuer à une amélioration quantitative mais surtout qualitative des évaluations normatives.

Les modalités de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation



- Les algorithmes peuvent contribuer à **identifier et analyser les réglementations applicables** au domaine dans laquelle la norme évaluée a vocation à intervenir
- Les algorithmes prédictifs peuvent aider à **identifier au mieux les conséquences potentielles que pourrait entraîner la réglementation envisagée**

Afin d'identifier exhaustivement l'impact d'une législation, tant en **déterminant si elle atteint les objectifs** qu'elle s'est fixés qu'en **décelant la sérendipité législative qui peut lui être liée**, il est nécessaire de traiter une grande quantité de données. Les algorithmes numériques, grâce à la quantité de données qu'ils peuvent traiter peuvent alors s'imposer comme un outil au service de ces évaluations



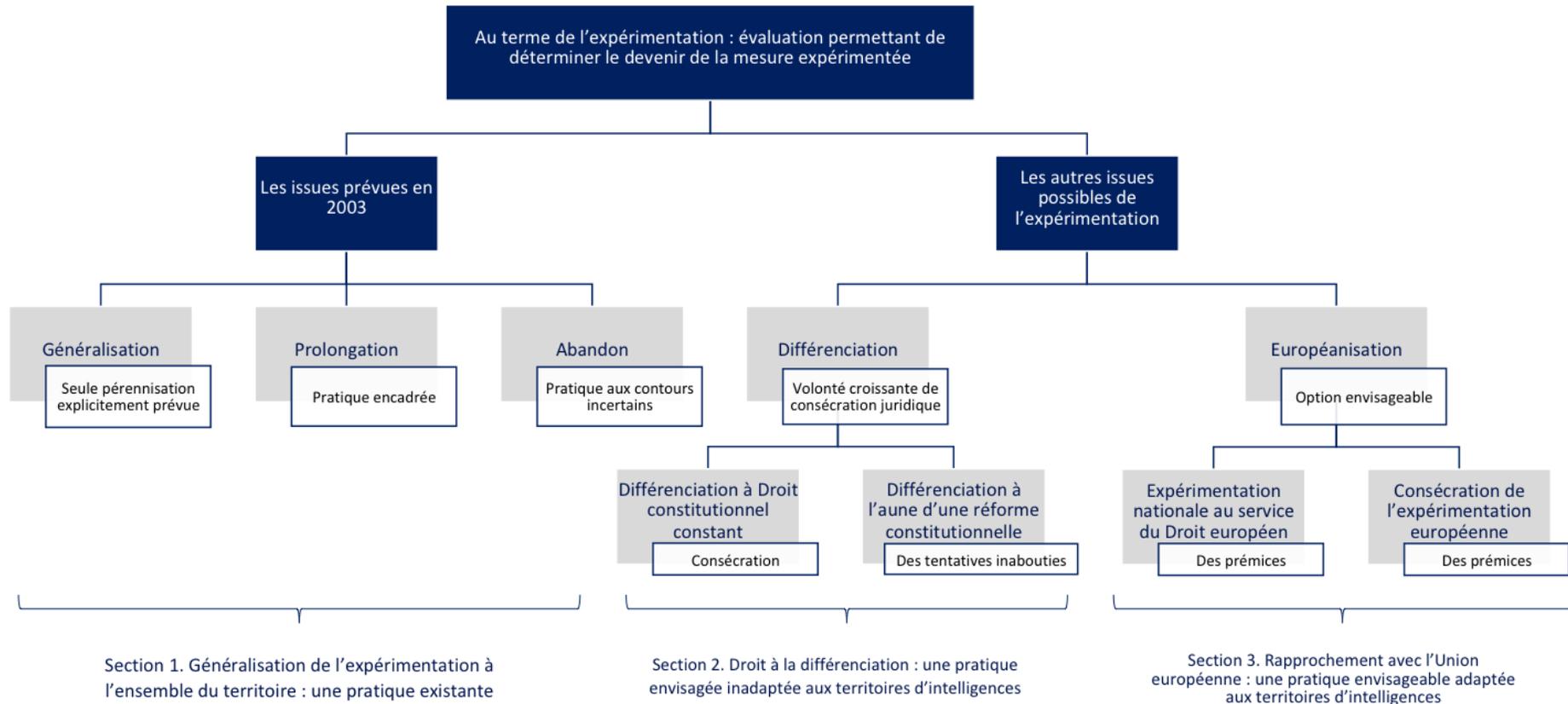
Section 3. L'évaluation de l'expérimentation : de potentielles améliorations à l'aune des algorithmes numériques

§2. Le nécessaire encadrement juridique des algorithmes d'évaluation de l'expérimentation

	Nécessité d'une intervention humaine	Besoin de transparence
Régime existant pour les décisions individuelles	<ul style="list-style-type: none"> Appréciation du comportement d'une personne par traitement automatisé de données à caractère personnel : une pratique interdite en ce qui concerne les décisions de justice (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 2.) Appréciation du comportement d'une personne par traitement automatisé de données à caractère personnel : le droit à une intervention humaine en ce qui concerne les autres décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique <ul style="list-style-type: none"> Au niveau français : L. n° 78-17, art. 2. & L. n° 2004-801. Au niveau européen : Dir. (CE) n°95/46 & Règl. (UE) n°2016/679 	<ul style="list-style-type: none"> La transparence des codes sources au titre de l'ouverture des données publiques : application aux algorithmes d'évaluation de l'expérimentation (L. n° 2016-1321, art. 2) La transparence des décisions individuelles automatisées au titre de la protection des données (Dir. (CE) n°95/46, art 12, L. n° 78-17, art. 39, L. n° 2004-801, art. 5, Règl. (UE) n°2016/679) La transparence des algorithmes de prise de décision administrative individuelle au titre de l'ouverture des données publiques (L. n° 2016-1321, art. 4 & 6)
Régime à développer pour les décisions collectives	<ul style="list-style-type: none"> Les risques d'une automatisation de la prise de décision en ce qui concerne l'élaboration de la norme Les contours d'un possible encadrement de l'utilisation des algorithmes à des fins d'élaboration de la norme. Le législateur devra : <ul style="list-style-type: none"> Déterminer le degré d'automatisation acceptable en ce qui concerne les décisions prises dans un but d'élaboration de la norme S'assurer de l'effectivité de l'intervention humaine (garantir que l'humain intervenant en la matière soit mis en capacité de comprendre le raisonnement algorithmique pour avoir un véritable impact sur la décision) 	<ul style="list-style-type: none"> L'intérêt de la consécration d'une obligation de transparence des algorithmes de prise de décision ou d'aide à la décision ayant un impact collectif Les modalités envisageables de l'obligation de transparence des algorithmes de prise de décision ou d'aide à la décision ayant un impact collectif. Le législateur devra déterminer : <ul style="list-style-type: none"> Le champ matériel de cette nouvelle obligation (nature des décisions qui lui sont soumises & algorithmes concernés) La limite entre ce qui doit être communiqué et ce qui doit être tenu au secret (modalités de communication, les informations qui doivent être communiquées et le régime d'exclusion)



CHAPITRE 2. MODES DE PERENNISATION DE L'EXPERIMENTATION



Section 1. Généralisation de l'expérimentation à l'ensemble du territoire : une pratique existante

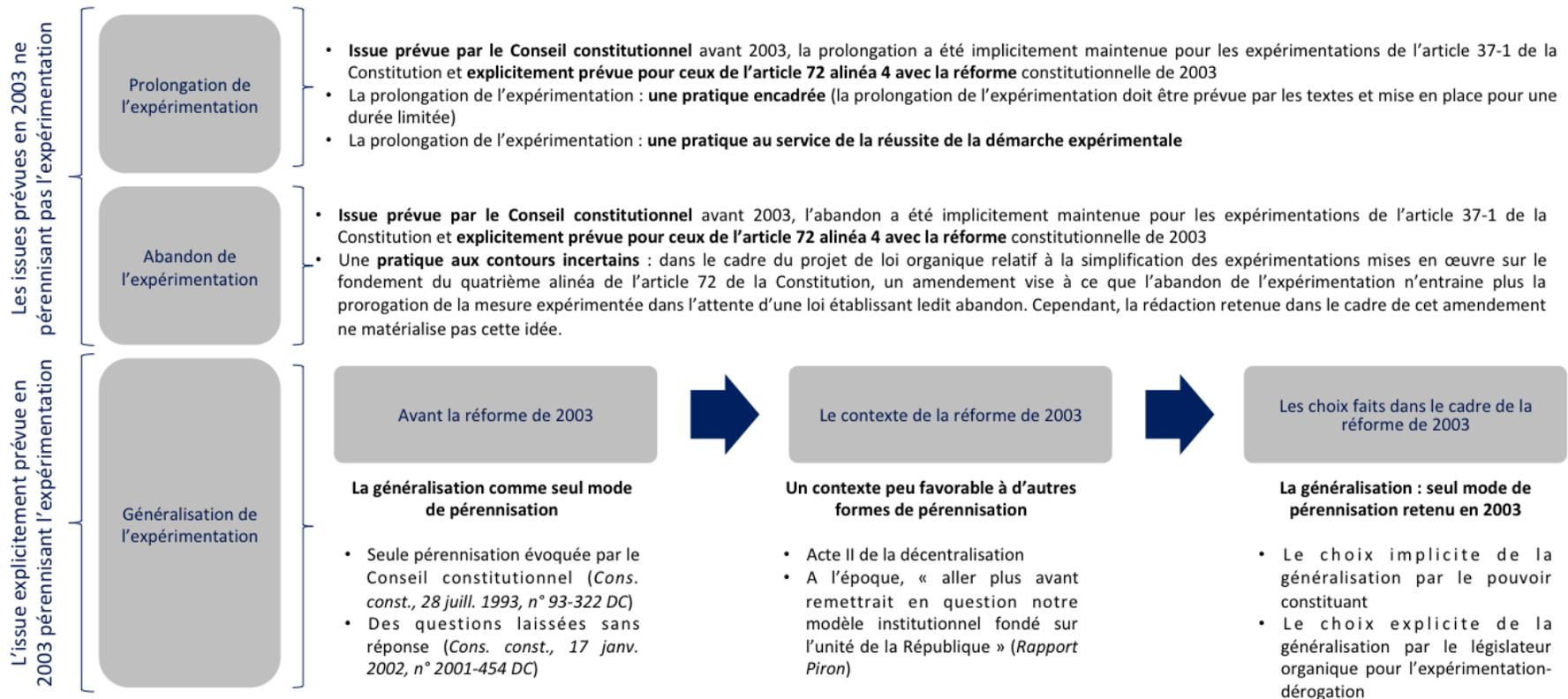
Section 2. Droit à la différenciation : une pratique envisagée inadaptée aux territoires d'intelligences

Section 3. Rapprochement avec l'Union européenne : une pratique envisageable adaptée aux territoires d'intelligences



Section 1. Généralisation de l'expérimentation à l'ensemble du territoire : une pratique existante

§1. Issues de l'expérimentation prévues en 2003 : la généralisation comme seul mode de pérennisation

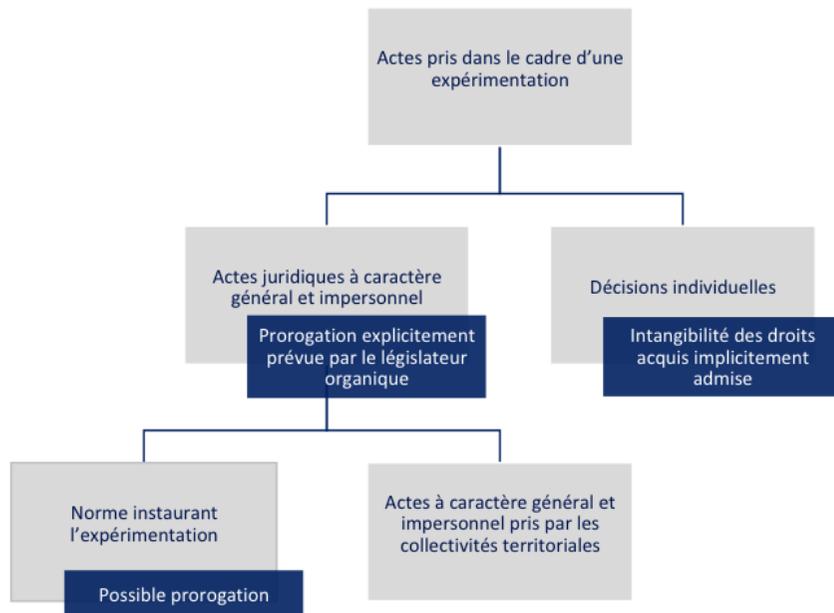




Section 1. Généralisation de l'expérimentation à l'ensemble du territoire : une pratique existante

§2. Généralisation de l'expérimentation : des difficultés juridiques partiellement traitées par le Droit applicable

La sécurité juridique à l'épreuve de la généralisation de l'expérimentation : des garanties partiellement mises en place par le législateur organique



La délicate articulation des règles de la commande publique avec la généralisation de l'expérimentation

Des règles de la commande publique inadaptées aux deux temps de la démarche expérimentale



Des outils de la commande publique relativement adaptés à la démarche expérimentale





Section 2. Droit à la différenciation : une pratique envisagée partiellement adaptée aux territoires d'intelligences

§1. Droit à la différenciation : volonté croissante de consécration juridique

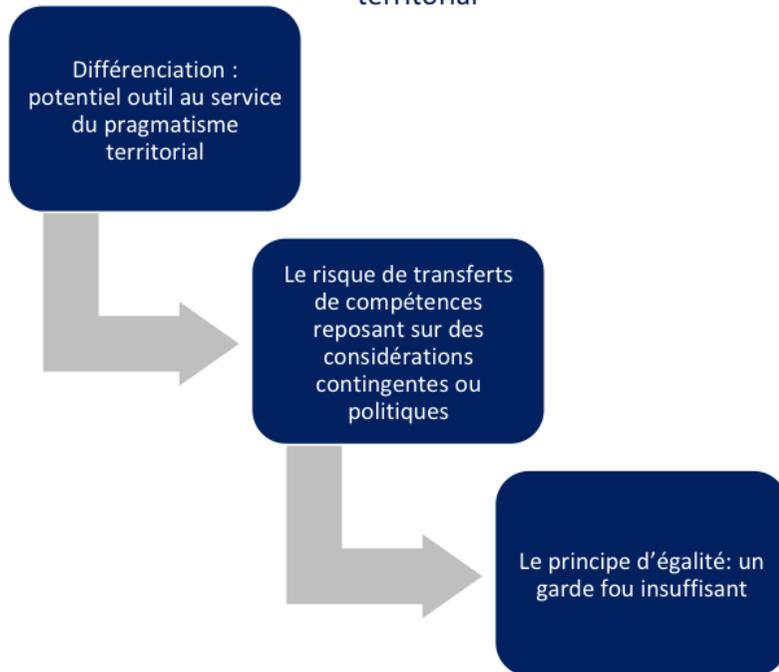
Une pratique existante relativement marginale	Volonté de consacrer cette pratique	
	Consécration de la différenciation à norme constitutionnelle constante	Consécration de la différenciation à l'aune d'une réforme constitutionnelle
<p>Différenciation des compétences entre collectivités de même catégorie</p> <ul style="list-style-type: none"> Collectivités territoriales à statut particulier et différenciation des compétences Délégation de compétences entre collectivités ou de l'État aux collectivités Coopération intercommunale et transfert de compétences 	<p>Une possibilité envisagée par le Conseil d'Etat (CE, Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques, 2019)</p> <ul style="list-style-type: none"> Pour le CE, outre les issues explicitement prévues en 2003, deux autres issues sont envisageables : <ul style="list-style-type: none"> Il est possible, dans le respect du principe d'égalité, de ne pérenniser la mesure que dans une partie des collectivités territoriales Il pourrait être opportun de modifier « des dispositions de la loi régissant l'exercice de la compétence objet de l'expérimentation, en vue de donner aux collectivités territoriales compétentes davantage de marges de manœuvre et de responsabilités » 	<p>Le CE considère qu'une telle réforme constitutionnelle présenterait plusieurs avantages :</p> <ul style="list-style-type: none"> « rendre plus attractives les expérimentations de l'article 72 alinéa 4 » « stimuler l'innovation des collectivités territoriales » « donner davantage de responsabilités aux élus dans l'exercice de leurs compétences »
<p>Différenciation de normes entre collectivités</p> <ul style="list-style-type: none"> Adaptation normative aux spécificités territoriales à l'initiative de l'Etat Modulation normative aux spécificités territoriales à l'initiative des collectivités territoriales Adaptation règlementaire pour les autorités déconcentrées 	<ul style="list-style-type: none"> Une consécration du législateur organique illusoire en 2021 : LO 2021-467, 19 avr. 2021 ajoute deux issues aux expérimentations de l'article 72 alinéa 4 : le maintien des mesures prises à titre expérimental dans certaines collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité et la modification des dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation Une consécration du législateur ordinaire illusoire en 2022 : Loi relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale 	<p>De nombreuses tentatives restées inabouties :</p> <ul style="list-style-type: none"> Projet de loi constitutionnelle n°911, pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, déposé le 9 mai 2018 Projet de loi constitutionnelle n°2203, pour le renouveau de la vie démocratique, déposé le 29 août 2019 Proposition de loi constitutionnelle n°4, pour le renforcement des libertés locales, déposé au Sénat le 1er octobre 2019 Proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales



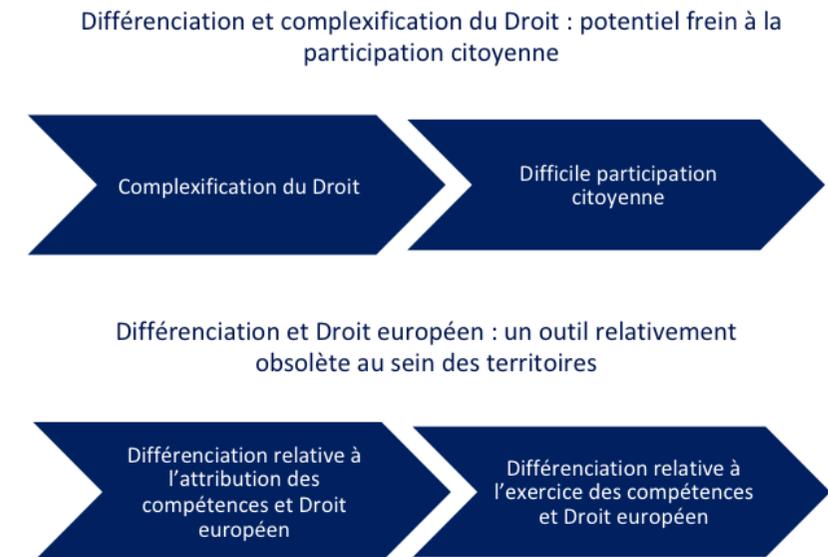
Section 2. Droit à la différenciation : une pratique envisagée partiellement adaptée aux territoires d'intelligences

§2. Droit à la différenciation : outil juridique relativement inadapté aux territoires d'intelligences

Un outil juridique potentiellement au service du pragmatisme territorial



Un outil juridique difficilement déployable au sein des territoires d'intelligences

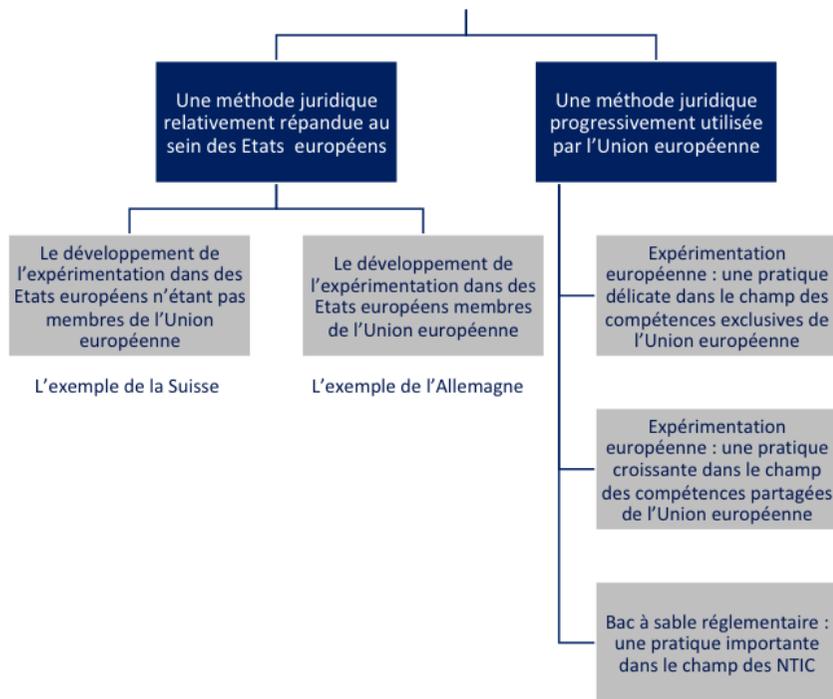




Section 3. Rapprochement avec l'Union européenne : une pratique envisageable adaptée aux territoires d'intelligences

§1. Rapprochement avec l'Union européenne : une démarche pertinente

Expérimentation : une pratique croissante en Europe



Expérimentation : une pratique enrichissante pour le législateur européen

Affichage environnemental : un exemple éclairant de synergies existantes entre expérimentation et Droit européen

- Première expérimentation française relative à l'affichage environnemental : une position avant-gardiste ayant contribué à la démarche du législateur européen
- Expérimentation européenne relative à l'affichage environnemental : un outil d'harmonisation communautaire pragmatique
- Seconde expérimentation française relative à l'affichage environnemental : une démarche ayant vocation à « nourrir la réflexion initiée par la Commission européenne

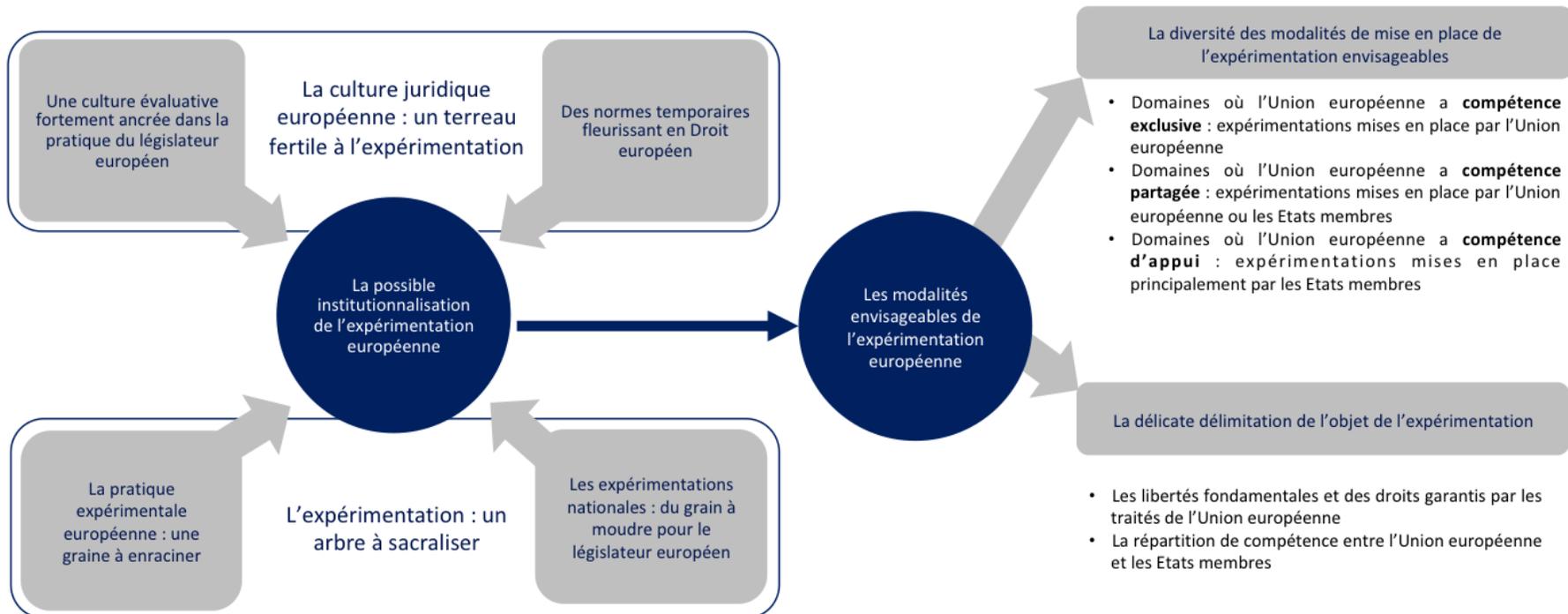
Véhicules autonomes : un exemple éclairant de synergies potentielles entre expérimentation et Droit européen

- Véhicules autonomes : un sujet au cœur des préoccupations du législateur européen
- Véhicules autonomes : volonté du législateur européen de construire une réglementation fondée sur l'expérience en collaboration avec les Etats membres
- Véhicules autonomes : des expérimentations françaises enrichissantes



Section 3. Rapprochement avec l'Union européenne : une pratique envisageable adaptée aux territoires d'intelligences

§2. Rapprochement avec l'Union européenne : une mise en place complexe



Annexe 2 – Tableau comparant les différentes versions de l'article LO 1113-6 du CGCT

Version 2003	Modification proposée par le Gouvernement (Art. 6 projet de loi) Lien vers le projet du Gouvernement	Rédaction du Gouvernement (Code couleur par rapport à la version de 2003)	Motivation de la Commission des lois Lien vers les amendements	Modification proposée par la Commission des lois	Rédaction de la Commission des lois (Code couleur par rapport à la version du gouvernement)	Version finale du 19 avril 2021 (Code couleur par rapport à la version de 2003)
Al. 1. Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine selon le cas :	1° Au premier alinéa, les mots : « selon le cas » sont remplacés par les mots : « le cas échéant » ;	Al. 1. Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine le cas échéant :			Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine le cas échéant :	Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine le cas échéant :
Al. 2. - les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ;		Al. 2. - les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ;			Al. 2. - les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ;	Al. 2. - les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ;

Al. 3. - le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ;		Al. 3. - le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ;			Al. 3. - le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ;	Al. 3. - le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ;
	<p>2° Après le troisième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :</p> <p>« – le maintien des mesures prises à titre expérimental dans les collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation, ou dans certaines d'entre elles, et leur extension à d'autres collectivités territoriales. » ;</p>	Al. 4. « – le maintien des mesures prises à titre expérimental dans les collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation, ou dans certaines d'entre elles, et leur extension à d'autres collectivités territoriales. » ;	<p>COM 7</p> <p>L'amendement tend, d'une part, à préciser que la pérennisation sur une partie seulement du territoire se fera dans le respect du principe d'égalité, conformément au cadre constitutionnel en vigueur.</p>	<p>Alinéa 4 du projet</p> <p>Compléter cet alinéa par les mots :</p> <p>, dans le respect du principe d'égalité</p>	Al. 4. - le maintien des mesures prises à titre expérimental dans les collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation, ou dans certaines d'entre elles, et leur extension à d'autres collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité ;	Al. 4. - le maintien des mesures prises à titre expérimental dans les collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation, ou dans certaines d'entre elles, et leur extension à d'autres collectivités territoriales, dans le respect du principe d'égalité ;
Al. 4. - l'abandon de l'expérimentation.	3° Le quatrième alinéa, devenu le cinquième, est remplacé par les dispositions suivantes :	Suppression de la mention explicite de l'abandon	<p>COM 7</p> <p>Il prévoit, d'autre part, de maintenir l'abandon parmi les issues possibles de l'expérimentation mentionnées à l'article L.O.</p>	<p>II. – Alinéa 5 du projet</p> <p>Rédiger ainsi cet alinéa :</p>	Al. 5 - l'abandon de l'expérimentation.	Al. 5 - l'abandon de l'expérimentation.

	« La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation. » ;		1113-6 du code général des	3° Après le quatrième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :		
		Al. 5 « La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation. » ;			Al. 4 « La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation. » ;	Al. 6. La loi peut également modifier les dispositions régissant l'exercice de la compétence ayant fait l'objet de l'expérimentation.
Al. 5. Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un de ces effets proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. Mention est faite de cette prorogation au Journal officiel de la République française.	4° La première phrase du cinquième alinéa, devenu le sixième, est remplacée par les dispositions suivantes : « Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un des effets mentionnés aux deuxième à cinquième alinéas proroge cette expérimentation jusqu'à	Al. 6 Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un des effets mentionnés aux deuxième à cinquième alinéas proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. Mention est faite de cette prorogation au Journal	COM 7 Le dépôt d'un projet ou une proposition de loi prévoyant l'abandon de l'expérimentation n'aurait toutefois plus pour effet de proroger l'expérimentation au-delà du terme prévu par la loi autorisant l'expérimentation.	III. – Alinéas 7 et 8 du projet Remplacer ces alinéas par quatre alinéas ainsi rédigés : 4° L'avant-dernier alinéa est ainsi modifié : a) À la première phrase, les mots : « de ces effets » sont remplacés par les mots : « l'un des effets mentionnés aux deuxième à quatrième alinéas ou au cinquième alinéa » ;	Al. 7. Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un des effets mentionnés aux deuxième à quatrième alinéas ou au cinquième alinéa proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. Mention est faite de cette prorogation au Journal officiel.	Al. 7. Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un des effets mentionnés aux deuxième à quatrième alinéas ou au cinquième alinéa proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. Mention est faite de cette prorogation au Journal officiel.

	l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. »	officiel de la République française.		<p>b) À la fin de la seconde phrase, les mots : « de la République française » sont supprimés.</p> <p>5° Au dernier alinéa, les mots : « ci-dessus » sont remplacés par les mots : « à l'avant-dernier alinéa du présent article ».</p>		
Al. 6 En dehors des cas prévus ci-dessus, l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée.		Al. 6 En dehors des cas prévus ci-dessus, l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée.			Al. 8. En dehors des cas prévus à l'avant-dernier alinéa , l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée.	Al. 8. En dehors des cas prévus à l'avant-dernier alinéa , l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée.

INDEX

Concurrence

Abus de position dominante, 202, 211, 264, 267
Concentrations, 207, 211, 265
Marché pertinent, 197, 210, 260
Pouvoir de marché, 193
Pratiques collusoires, 209, 212, 266, 268

Contrat, 491

Achats publics innovants, 141, 494
Alliances innovantes au service de l'intérêt général, 144
Clause de propriété intellectuelle, 160
Licences croisées Voir Propriété intellectuelle
Licences libres Voir Propriété intellectuelle
Marché public de recherche et développement, 136, 494
Partenariat d'innovation, 138, 493

Cyberdéfense, 285, 286

Cybermenace, 283

Cybersécurité, 282

Décentralisation, 322, 324, 325, 335, 363, 499

Déconcentration, 330, 500

Données, 456

Données massives, 193, 420, 456, 458, 459, 460, 461
Ouverture et réutilisation des données, 14, 15, 16, 19, 42, 43, 181, 234, 420, 421, 422, 423, 456, 458, 459, 460, 461, 466, 469
Portabilité des données, 247
Protection des données personnelles, 75, 213, 248, 252, 285, 293, 401, 410, 462
Service public de la donnée Voir Service public

Droit à la différenciation, 496, 501

Différenciation de compétences, 496
Différenciation de normes, 498

Environnement, 392

Affichage environnemental, 411, 522
Autorisation environnementale, 408
Évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 399

Évaluation, 415, 454, 528

Étude d'impact, 434, 449, 458
Évaluation ex ante, 420, 434, 458
Évaluation ex post, 422, 437, 460

Transparence de l'évaluation Voir
Transparence

Expérimentation

Abandon de l'expérimentation, 433, 478
Consécration de l'expérimentation, 309
Constitutionnalisation de l'expérimentation, 315, 325
Différenciation Voir Droit à la différenciation
Évaluation Voir Évaluation
Expérimentation et Droit européen, 391, 405, 516, 527
Expérimentation-dérogação, 328, 338, 359, 366, 386
Expérimentation-transfert, 326, 388
France Expérimentation, 319, 347
Généralisation de l'expérimentation, 430, 482
Objet de l'expérimentation, 375, 381, 533
Prorogation de l'expérimentation, 432, 476

Fiscalité, 269

Innovation collaborative, 151

Innovation conjointe, 107
Innovation inside-out, 105
Innovation outside-in, 106

Intérêt général, 170, 381

Interopérabilité, 253

Libertés et droits fondamentaux, 85, 386, 406, 419, 533

Nouvelles technologies de l'information et de la communication, 58, 312, 395

Algorithmes numériques, 452, 461
Blockchain, 69
Véhicules autonomes, 318, 525

Participation citoyenne, 46, 59, 418, 447, 514

Consultations, 48, 50, 63, 65
Initiative législative citoyenne, 67, 349
Pétitions et référendums, 46, 47, 50, 68
Vote électronique, 69

Pragmatisme territorial, 509

Principe d'égalité, 381, 511

Propriété intellectuelle, 148

Brevets, 150, 156
Connaissances nouvelles, 163
Connaissances propres, 160
Licences croisées, 156
Licences libres, 155

Logiciel libre, 158
Propriété industrielle, 149, 154
Propriété littéraire et artistique, 149, 152,
153

Secret, 115

Secret des affaires, 117, 119, 120, 121
Secret industriel et commercial, 116

Service public, 175

Structure juridique

Association 1901, 124
Association reconnue d'utilité publique, 126
Fondation reconnue d'utilité publique, 126
Groupement d'intérêt économique, 130
Groupement d'intérêt public, 131
Société coopérative d'intérêt collectif, 128

Société d'économie mixte à opération unique,
133

Société d'économie mixte locale, 134

Transparence

Transparence de la recherche publique, 114,
119

Transparence de la vie publique, 42

Transparence de l'administration, 113, 119

Transparence de l'évaluation, 445

Transparence des algorithmes, 466

Transparence des traitements de données,
227, 468

Transparence en matière environnementale,
44

B.	Utilisation de la <i>Blockchain</i> en matière de vote électronique : des incertitudes juridiques à clarifier	
	75	
1.	La <i>Blockchain</i> à l'épreuve de la protection des données à caractère personnel	75
2.	La <i>Blockchain</i> à l'épreuve des règles en matière de preuve	79
Section 3.	Les acteurs publics : garants de la démocratie numérique	82
§1.	Inclusion numérique : condition de représentation démocratique	82
A.	Couverture numérique des territoires : une nécessité pour les citoyens garantie par les acteurs publics	83
1.	Couverture numérique des territoires : un rôle central des acteurs publics	83
2.	Couverture numérique des territoires : vers un droit d'accès aux services de communication en ligne reconnu comme liberté fondamentale ?	85
B.	Littératie numérique des citoyens : un rôle des acteurs publics en construction	90
1.	Les acteurs publics : acteurs de la formation au numérique	90
2.	Les acteurs publics : instigateurs de l'appropriation du numérique	91
§2.	Sécurité des systèmes d'information : condition de la protection de la voix souveraine du peuple	93
A.	Cyberattaques : mise à l'épreuve de la démocratie	93
1.	Cyberattaques : potentielle mise à l'épreuve de la démocratie	93
2.	Cyberattaques : conscience croissante des États des risques démocratiques	95
B.	La protection des instruments numériques : enjeu démocratique	99
1.	Mise en place d'obligations positives pour protéger la démocratie à l'aune des instruments numériques	99
2.	Mise en place d'obligations négatives pour protéger la démocratie à l'aune des instruments numériques	100
CHAPITRE 2.	<i>SOUTENIR UNE CONCEPTION COLLABORATIVE DE L'INNOVATION</i>	104
Section 1.	Articuler les différents enjeux de la collaboration	104
§1.	Déterminer les enjeux de la collaboration	104
A.	Déterminer l'objectif commun des partenaires et la nature de la collaboration	105
1.	Innovation collaborative portée principalement par un acteur	105
2.	Innovation collaborative portée conjointement par plusieurs acteurs	107
B.	Comprendre les enjeux variés des différents partenaires	108
1.	Des enjeux différents tenant à la nature des partenaires	109
2.	Des enjeux différents tenant au secteur d'activité des partenaires	111
§2.	Concilier les enjeux contradictoires des partenaires	112
A.	Transparence du secteur public et secret du secteur privé : des principes en contradiction	113
1.	La transparence : un mouvement en construction dans le secteur public	113
2.	Le secret : une culture historique dans le secteur privé	115
B.	Transparence du secteur public et secret du secteur privé : une possible conciliation	118
1.	Des exceptions à la transparence prévue par le législateur : clarification juridique de la conciliation du secret et de la transparence	118
2.	Une priorité donnée au secret par le législateur pouvant porter préjudice aux projets collaboratifs	120

Section 2. Structurer juridiquement les relations partenariales dans le cadre de projets innovants	122
§1. Les structures juridiques pouvant structurer les relations partenariales	123
A. Les structures à but non lucratif et les sociétés commerciales : une utilisation relativement marginale	124
1. Les structures à but non lucratif : outils oscillants entre liberté et carcan	124
2. Les sociétés commerciales : participation des collectivités territoriales à l'épreuve du principe de la liberté du commerce et de l'industrie	126
B. Groupements d'intérêts et sociétés publiques : une utilisation croissante	130
1. Les groupements d'intérêts : outils partiellement adaptés aux projets collaboratifs	130
2. Les sociétés publiques : outils au service des projets collaboratifs ayant un pilotage majoritairement public	133
§2. Les outils contractuels pouvant structurer les relations partenariales	135
A. La consécration d'outils de la commande publique en faveur d'une conception collaborative de l'innovation	135
1. Le marché public de recherche et développement : une exonération des règles de passation des marchés aux contours incertains	136
2. Le partenariat d'innovation : une réponse insuffisante aux difficultés liées aux marchés de recherche et développement	138
B. De nouveaux outils contractuels expérimentés afin de faciliter la mise en place d'innovations collaboratives	141
1. La pérennisation de l'expérimentation relative aux achats publics innovants	141
2. La proposition d'expérimentation relative aux alliances innovantes au service de l'intérêt général	144
Section 3. Clarifier les règles de propriété intellectuelle applicables à l'innovation collaborative	147
§1. La délicate application des règles de propriété intellectuelle à l'innovation collaborative	148
A. La confrontation des règles classiques de propriété intellectuelle à l'innovation collaborative ...	148
1. L'innovation collaborative à l'épreuve de la multitude des droits de propriété intellectuelle ..	148
2. L'individualisme des règles classiques de propriété intellectuelle à l'épreuve du pluralisme de l'innovation collaborative	151
B. La possible conciliation des règles de propriété intellectuelle avec l'innovation collaborative	153
1. Les outils de propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative	153
2. Les réformes envisagées de la propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative	156
§2. Les éléments contractuels relatifs à la propriété intellectuelle au service de l'innovation collaborative ...	160
A. Déterminer contractuellement les règles applicables aux connaissances propres	160
1. Identifier les connaissances propres partagées dans le cadre du projet	161
2. Déterminer le régime applicable à l'amélioration des connaissances propres	162
B. Déterminer contractuellement les règles applicables aux connaissances nouvelles	163
1. Choisir le régime de propriété applicable aux connaissances nouvelles issues de la collaboration	163
2. Définir les droits d'exploitation des connaissances nouvelles issues de la collaboration	166

TITRE 2. CONCILIER DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNÉES DANS UN IDÉAL D'INNOVATION	169
<i>CHAPITRE 1. DES APPROCHES DIVERGENTES DES DONNÉES AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES</i>	
.....	169
Section 1. Acteurs publics : ouverture des données dans un but d'intérêt général	170
§1. Des données d'intérêt général concourant au service public	170
A. Des données au service de l'intérêt général aux données d'intérêt général	170
1. Des données pouvant concourir à l'intérêt général	170
2. Volonté relative de voir émerger un statut de données d'intérêt général	171
B. Des données contribuant au service public à l'émergence d'un service public de la donnée	175
1. Les données : facteur exogène de l'amélioration des services publics	175
2. Les données : facteur endogène de l'émergence du service public de la donnée	177
§2. Un mouvement volontariste d'ouverture et de réutilisation des données	181
A. Une volonté d'ouverture et de réutilisation des données réaffirmée par le législateur	181
1. Renforcement général de l'ouverture des données applicable au sein des territoires d'intelligences	182
2. Consécration du droit à la réutilisation des données	184
B. Une ouverture et une réutilisation perfectibles en pratique	187
1. Exclusion des démarches d'ouverture et de réutilisation	187
2. Manque de lisibilité de l'information issue des données ouvertes	192
Section 2. Structures privées : valorisation des données dans un but concurrentiel	193
§1. Des données à valeur commerciale concourant au pouvoir de marché	193
A. Des données difficilement valorisables représentant un avantage commercial	193
1. Des données massives représentant un avantage pour les entreprises	193
2. Des données difficilement valorisables	195
B. Des données concourant au pouvoir de marché sur des marchés variés	197
1. Hétérogénéité des marchés pertinents impactés par les données	197
2. Des données pouvant concourir au pouvoir de marché	199
§2. Un mouvement embryonnaire de contrôle par les autorités de concurrence des pratiques liées aux données	202
A. Prise de conscience des autorités de concurrence des comportements liés aux données pouvant impacter un marché	202
1. Une approche volontariste des autorités de concurrence en matière d'abus de position dominante	202
2. Une approche en demi-teinte des autorités de concurrence en matière de concentrations	207
3. Une approche hésitante des autorités de concurrence en matière de pratiques collusoires	209
B. Difficile mise en œuvre des règles de concurrence sur les marchés gravitant autour de la donnée	210
1. Inadaptation des outils à disposition des autorités de concurrence pour contrôler les comportements liés aux données	210
2. Inadaptation du Droit de la concurrence au contrôle des comportements anticoncurrentiels liés aux données	211

Section 3. Citoyen : protection des données dans un but de respect du droit à la vie privée	213
§1. Des données à caractère personnel incarnant la vie privée des citoyens	213
A. Consécration du droit à la vie privée et de la protection des données personnelles	213
1. Une conscience croissante du besoin de protection des données à caractère personnel	213
2. Une première avancée pour la protection des données : la consécration du droit à la vie privée	215
B. Reconnaissance du besoin de protection des données à l'aune des nouvelles technologies de	
l'information et de la communication	217
1. Une reconnaissance initiée en réaction à la surveillance des données par les pouvoirs publics	217
2. Une reconnaissance confirmée en réaction à l'utilisation des données par les sociétés privées	219
§2. Un mouvement théoriquement renforcé de protection des données	222
A. Une volonté de protection des données réaffirmée par le législateur	222
1. Responsabilisation des acteurs traitant des données à caractère personnel	222
2. Assertion de la nécessité de donner au citoyen un pouvoir sur ses données	224
B. Une mise en œuvre complexe du Droit applicable au sein des territoires d'intelligences	227
1. Difficultés liées à la transparence	227
2. Difficultés liées à la diversité des acteurs	228
<i>CHAPITRE 2. LA NÉCESSAIRE CONVERGENCE DES APPROCHES DES DONNÉES DANS UN IDÉAL</i>	
<i>D'INNOVATION</i>	233
Section 1. Favoriser l'innovation par le partage de données	233
§1. Étendre l'ouverture et la réutilisation des données	234
A. Accompagner l'ouverture et la réutilisation des données du secteur public	234
1. Renforcer l'ouverture des données dans le respect des intérêts des citoyens	234
2. Encadrer la réutilisation par le secteur privé des données ouvertes par les acteurs publics	237
B. Soutenir l'ouverture et la réutilisation des données du secteur privé	240
1. Encourager l'ouverture des données du secteur privé	241
2. Consacrer la notion de données d'intérêt territorial pour faciliter l'ouverture des données du	
secteur privé	245
§2. Encourager le droit à la portabilité des données	247
A. Le droit à la portabilité : un nouvel outil de convergence des approches de la donnée	248
1. Le droit à la portabilité : volonté de renforcement du pouvoir des personnes concernées sur	
leurs données	248
2. Le droit à la portabilité : potentielle création de nouveaux services innovants	250
B. La délicate mise en œuvre du droit à la portabilité : nécessaire renforcement de l'interopérabilité	
des systèmes d'information	253
1. Une mise en œuvre limitée du droit à la portabilité des données	253
2. L'interopérabilité : clef de voûte de l'effectivité du droit à la portabilité	258
Section 2. Équilibrer l'innovation liée aux données par la concurrence et la fiscalité	260
§1. Parachever un cadre concurrentiel pro-innovation en matière de données	260

A.	La potentielle évolution de la notion de marché pertinent à l'aune des données	260
1.	La possible évolution des outils de détermination du marché pertinent	261
2.	Vers un abandon de la notion de marché pertinent au bénéfice de celle de concurrence potentielle ?	262
B.	Les nécessaires adaptations des mécanismes de contrôle à l'aune des données	264
1.	Adaptation des méthodes et outils à la disposition des autorités de concurrence	264
2.	Adaptation du Droit de la concurrence	266
§2.	Consacrer une fiscalité pro-innovation en matière de donnée	269
A.	La nécessaire imposition des données	269
1.	Imposition des données : nécessité dans un cadre fiscal inadapté aux activités numériques	269
2.	Imposition des données : potentiel vecteur d'innovation au sein des territoires d'intelligences	273
B.	La délicate imposition des données	276
1.	Adaptation des règles existantes : l'exemple de la territorialité de l'impôt sur les sociétés	276
2.	Mise en place de nouvelles règles : la création d'une imposition liée aux données	279
Section 3.	Protéger l'innovation liée aux données par la cybersécurité	282
§1.	La mise en place d'un cadre juridique en matière de cybersécurité liée aux données	282
A.	Consécration d'un cadre juridique en matière de cybersécurité liée aux données	283
1.	Prise de conscience des risques liés à la cybersécurité	283
2.	Légifération en matière de cybersécurité	284
B.	Émergence d'obligations concernant la cybersécurité	287
1.	Obligations relatives à la gouvernance et à la protection des réseaux et systèmes d'information	287
2.	Obligations relatives à la défense des réseaux et systèmes d'information et à la résilience des activités	290
§2.	La délicate mise en conformité avec les réglementations en matière de cybersécurité	292
A.	Des acteurs insuffisamment armés pour se conformer aux réglementations en matière de cybersécurité : le nécessaire accompagnement par des autorités indépendantes	292
1.	Le désarmement des acteurs soumis aux réglementations relatives à la cybersécurité	292
2.	L'ANSSI et la CNIL : des acteurs structurant le domaine de la cybersécurité	293
B.	Des règles de Droit délicates à mettre en œuvre : la nécessaire clarification des règles	295
1.	La délicate articulation des réglementations relatives à la cybersécurité	295
2.	La délicate mise en œuvre des règles de Droit relatives à la cybersécurité : l'exemple de la contractualisation des OSE	298
PARTIE 2. L'EXPÉRIMENTATION JURIDIQUE : OUTIL FAVORISANT L'INNOVATION NORMATIVE AU SEIN DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES		303
TITRE 1. ADAPTER L'EXPÉRIMENTATION AUX TERRITOIRES D'INTELLIGENCES		304
<i>CHAPITRE 1. L'EXPÉRIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE PERTINENT A L'ÈRE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES</i>		304
Section 1. Une conception de la loi adaptée aux évolutions technologiques		305

§1. Droit à l'expérimentation : corollaire de la conception efficiente de la loi	305
A. Le changement de paradigme : de la conception rousseauiste à la conception efficiente de la loi	306
1. Remise en question de la conception rousseauiste de la loi	306
2. Émergence de la conception efficiente de loi	307
B. L'expérimentation comme technique légistique ancrant la conception efficiente de la loi	309
1. La difficile consécration de l'expérimentation dans le cadre de la conception rousseauiste de la loi	309
2. La consécration de l'expérimentation permise par le renforcement de la vision efficiente de la loi	310
§2. Droit à l'expérimentation : technique juridique d'adaptation du cadre normatif aux évolutions technologiques	312
A. Droit à l'expérimentation : une technique pertinente d'adéquation normative aux évolutions technologiques	313
1. Une technique juridique adaptée à l'encadrement des évolutions technologiques	313
2. Une technique juridique renforcée notamment afin d'encadrer les évolutions technologiques	315
B. Droit à l'expérimentation : une mise en œuvre croissante dans un idéal d'adéquation normative aux évolutions technologiques	316
1. Une application aux évolutions technologiques renforcée avec la réforme de 2003	316
2. Une application aux évolutions technologiques volontariste dans le cadre de France Expérimentation	319
Section 2. Un outil juridique garant de pragmatisme territorial	320
§1. Droit à l'expérimentation : renforcement progressif du rôle des collectivités territoriales	321
A. Un rôle marginal des collectivités territoriales avant la réforme constitutionnelle de 2003	321
1. Un renforcement à tâtons du rôle des collectivités territoriales	321
2. Un rôle limité des collectivités territoriales en l'absence de consécration constitutionnelle ...	323
B. Un rôle des collectivités territoriales relativement consolidé dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2003	325
1. Expérimentation-transfert : une consécration constitutionnelle d'une pratique existante	326
2. Expérimentation-dérogation : une consécration théorique dissonant avec une pratique quasi inexistante	328
§2. Droit à l'expérimentation : mise en œuvre progressive dans un idéal de pragmatisme territorial	330
A. L'expérimentation au service d'une déconcentration pragmatique	330
1. L'expérimentation avant la réforme de 2003 : une application importante en matière de déconcentration	330
2. L'expérimentation après la réforme de 2003 : une application renforcée en matière de déconcentration	331
B. L'expérimentation au service d'une décentralisation pragmatique	335
1. De nombreuses expérimentations mises en place par l'État au service de la décentralisation .	335
2. De rares expérimentations initiées par les collectivités territoriales au service de la décentralisation	337
Section 3. Une méthode de création juridique ouverte progressivement aux intelligences des territoires	339

§1. Une participation des personnes morales du territoire enclenchée	339
A. Expérimentations ouvertes par délégation de compétence	340
1. Expérimentations ouvertes pour les acteurs de santé	340
2. Expérimentations ouvertes pour les acteurs de l'urbanisme et de la construction	342
B. Expérimentations ouvertes initiées par le public cible	345
1. Expérimentations ouvertes pour les établissements scolaires : projets expérimentaux pédagogiques	345
2. Expérimentation ouverte pour les structures privées : France expérimentation	347
§2. Une participation des citoyens du territoire envisageable	349
A. La nécessaire consécration d'un rôle des citoyens	349
1. La participation du citoyen en sa qualité de sujet de Droit	350
2. La participation du citoyen en sa qualité de porteur de la volonté générale	352
B. Les modalités envisageables de participation citoyenne	353
1. Les modalités juridiques possibles de la consécration de l'initiative expérimentale citoyenne	353
2. Les modalités opérationnelles possibles de la consécration de l'initiative expérimentale citoyenne	355
<i>CHAPITRE 2. L'EXPÉRIMENTATION : UN LEVIER JURIDIQUE À ADAPTER AUX TERRITOIRES D'INTELLIGENCES</i>	358
Section 1. Lourdeur de la procédure : besoin de simplification	358
§1. Lourdeur de la procédure de l'expérimentation-dérogation : inadéquation aux besoins des territoires d'intelligences	359
A. Asynchronisme entre le temps de l'expérimentation-dérogation et le temps des territoires d'intelligences	360
1. Le temps long de l'expérimentation-dérogation	360
2. Les temps courts des territoires d'intelligences	361
B. Des difficultés relatives à la procédure de l'expérimentation-dérogation clairement identifiées	363
1. Des difficultés liées à l'entrée des collectivités territoriales dans l'expérimentation	363
2. Des difficultés liées à la publication, au contrôle de légalité et à l'entrée en vigueur des actes dérogatoires des collectivités territoriales	365
§2. Simplification de la procédure de l'expérimentation-dérogation : une démarche amorcée	366
A. Simplification de la procédure d'entrée dans l'expérimentation	367
1. Des pistes de simplification envisagées par l'Assemblée nationale abandonnées	367
2. La simplification proposée par le Conseil d'État retenue par la loi organique de 2021	369
B. Simplification relative à la publication, au contrôle de légalité et à l'entrée en vigueur des actes des collectivités territoriales	371
1. Simplification des conditions d'entrée en vigueur des actes pris par les collectivités territoriales dans le cadre des expérimentations	371
2. Allègement du régime du contrôle de légalité exercé par le préfet dans le cadre des expérimentations	373
Section 2. Encadrement de l'objet de l'expérimentation : besoin de souplesse	374
§1. Les modalités de définition de l'objet de l'expérimentation : un assouplissement opportun	375

A.	La nécessité d'un objet clairement défini	375
1.	La définition préalable de l'objet de l'expérimentation : une exigence juridique	375
2.	La définition préalable de l'objet de l'expérimentation : une exigence justifiée	377
B.	Le nécessaire assouplissement des modalités de définition de l'objet	378
1.	Décloisonner l'approche sectorielle de l'expérimentation	378
2.	Décentraliser la définition de l'objet de l'expérimentation	379
§2.	L'encadrement de l'objet sur lequel peut porter l'expérimentation : un assouplissement peu opportun	381
A.	Le critère de l'objet d'intérêt général : un maintien nécessaire au titre du principe d'égalité	381
1.	La mise en place du critère d'intérêt général avant 2003 au titre du principe d'égalité	382
2.	Le maintien du critère d'intérêt général après 2003 : un choix peu restreignant au sein des territoires d'intelligences	384
B.	L'exclusion partielle des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis : un maintien justifié	386
1.	Expérimentation-dérogation : exclusion des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis	386
2.	Expérimentation-transfert : possible mise en œuvre dans le champ des libertés publiques et des droits constitutionnellement garantis	388
Section 3.	Expérimentation et Droit européen : besoin de clarification	391
§1.	La relative marge de manœuvre laissée aux États membres dans des domaines clefs des territoires d'intelligences	392
A.	La place croissante du Droit européen dans le champ des territoires d'intelligences	392
1.	La protection de l'environnement : domaine d'action historique du législateur européen	392
2.	Les activités numériques : nouveau domaine de prédilection du législateur européen	395
B.	La relative marge de manœuvre laissée aux États membres dans les domaines régulés à l'échelle européenne	398
1.	La liberté laissée aux États dans le cadre des directives européennes : l'exemple de la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement	399
2.	La liberté laissée aux États dans le cadre des règlements européens : l'exemple du RGPD	401
§2.	La délicate articulation entre le Droit européen et le droit à l'expérimentation	405
A.	Le droit à l'expérimentation à l'épreuve de la hiérarchie des normes	405
1.	Des expérimentations nationales devant être conformes aux exigences communautaires	405
2.	Le possible blocage d'une expérimentation contrevenant au Droit européen par l'Union européenne	407
B.	Une mise en œuvre à géométrie variable d'expérimentations touchant au Droit européen	408
1.	Des expérimentations vertueuses dans le champ des normes européennes	408
2.	Des expérimentations aux relations conflictuelles avec le Droit européen	411
TITRE 2.	PÉRENNISER L'EXPÉRIMENTATION À L'ÈRE DES TERRITOIRES D'INTELLIGENCES	414
<i>CHAPITRE 1. CONDITION DE PÉRENNISATION DE L'EXPÉRIMENTATION : L'ÉVALUATION</i>		414
Section 1.	L'évaluation normative : pierre angulaire de la pérennisation de l'expérimentation	415
§1.	L'évaluation normative : une place croissante dans le système juridique français	416
A.	Un contexte tardivement favorable à la consécration de l'évaluation comme outil démocratique	416

1.	L'évaluation normative : corollaire de la vision efficiente de la loi	416
2.	L'évaluation normative : un outil au service de la démocratie	418
B.	Une consécration progressive de l'évaluation normative en Droit français	420
1.	Développement de l'évaluation <i>ex ante</i> en France	420
2.	Développement de l'évaluation <i>ex post</i> en France	422
§2.	§2. L'évaluation de l'expérimentation : condition à sa mise en œuvre	425
A.	L'évaluation comme condition de l'expérimentation : une consécration progressive	425
1.	L'évaluation : condition initialement consacrée par le Droit prétorien	426
2.	L'évaluation : condition rappelée par le pouvoir constituant	428
B.	L'évaluation de l'expérimentation : une mise en œuvre insuffisante	430
1.	Généralisation précoce de l'expérimentation	430
2.	Prolongation ou abandon d'une expérimentation en l'absence d'évaluation	432
Section 2.	Section 2. L'évaluation de l'expérimentation : une méthodologie en construction	433
§1.	Évaluation de l'expérimentation : des difficultés palpables	434
A.	Évaluation de la norme : des carences certaines	434
1.	Évaluation <i>ex ante</i> : des études d'impact à parfaire	434
2.	Évaluation <i>ex post</i> : une démarche à structurer	437
B.	Évaluation de l'expérimentation : des contours incertains	439
1.	Des incertitudes levées par la réforme de 2003	439
2.	Des incertitudes encore présentes après la réforme de 2003	441
§2.	Évaluation de l'expérimentation : une méthode à définir clairement	443
A.	Carences et pistes d'amélioration en ce qui concerne la procédure de l'évaluation	443
1.	Une procédure qui gagnerait à être plus rigoureuse	444
2.	Une procédure qui gagnerait à être plus collaborative	445
B.	Carences et pistes d'améliorations en ce qui concerne le contenu de l'évaluation	448
1.	Identifier en amont les objectifs et les moyens de l'expérimentation dans un idéal d'efficience 448	
2.	Clarifier le contenu de l'évaluation	450
Section 3.	Section 3. L'évaluation de l'expérimentation : de relatives améliorations à l'aune des algorithmes numériques ..	452
§1.	La possible amélioration de l'évaluation de l'expérimentation basée sur les algorithmes	453
A.	L'intérêt de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation	453
1.	Les algorithmes : un raisonnement au cœur de la logique évaluative	453
2.	Les algorithmes numériques : une analyse de données au cœur de la logique évaluative	455
B.	Les modalités de l'algorithmisation de l'évaluation de l'expérimentation	457
1.	Algorithmisation de l'évaluation <i>ex ante</i> : pour une meilleure préparation du texte expérimentale	458
2.	Algorithmisation de l'évaluation <i>ex post</i> : pour une meilleure pérennisation de la mesure expérimentée	460
§2.	Le nécessaire encadrement juridique des algorithmes d'évaluation de l'expérimentation	461
A.	Algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme : nécessité d'une intervention humaine	462
1.	Humanisation des algorithmes : un cadre juridique établi en ce qui concerne les décisions individuelles	462

2. Humanisation des algorithmes : un cadre juridique à établir en ce qui concerne les décisions collectives	464
B. Algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme : besoin de transparence	466
1. Un mouvement de transparence initié avec les algorithmes utilisés pour prendre des décisions individuelles	466
2. Un mouvement de transparence à poursuivre avec les algorithmes utilisés dans l'élaboration de la norme	471
CHAPITRE 2. MODES DE PERENNISATION DE L'EXPERIMENTATION	475
Section 1. Généralisation de l'expérimentation à l'ensemble du territoire : une pratique existante	475
§1. Issues de l'expérimentation prévues en 2003 : la généralisation comme seul mode de pérennisation	475
A. Les issues prévues en 2003 ne pérennisant pas l'expérimentation	476
1. Prolongation de l'expérimentation afin de mieux en évaluer l'impact	476
2. Abandon de la mesure expérimentée lorsque les résultats ne sont pas probants	478
B. Généralisation : le mode de pérennisation retenu en 2003	482
1. La généralisation : seul mode de pérennisation envisageable dans le contexte juridique de la réforme constitutionnelle de 2003	482
2. La généralisation de l'expérimentation : seul mode de pérennisation prévu en 2003	484
§2. Généralisation de l'expérimentation : des difficultés juridiques partiellement traitées par le Droit applicable	486
A. La sécurité juridique à l'épreuve de la généralisation de l'expérimentation : des garanties partiellement mises en place par le législateur organique	486
1. Actes juridiques à caractère général et impersonnel pris dans le cadre de la phase expérimentale : prorogation explicitement prévue par le législateur organique	487
2. Décisions individuelles prises dans le cadre d'une expérimentation : intangibilité des droits acquis implicitement admise par le législateur organique	489
B. La délicate articulation des règles de la commande publique avec la généralisation de l'expérimentation	491
1. Des règles de la commande publique inadaptées aux deux temps de la démarche expérimentale	492
2. Des outils de la commande publique relativement adaptés à la démarche expérimentale	493
Section 2. Droit à la différenciation : une pratique envisagée partiellement adaptée aux territoires d'intelligences	495
§1. Droit à la différenciation : volonté croissante de consécration juridique	496
A. Une pratique existante relativement marginale	496
1. Différenciation des compétences entre collectivités de même catégorie	496
2. Différenciation des normes entre collectivités	498
B. Une pratique en quête de consécration	500
1. Différenciation à norme constitutionnelle constante : une consécration trompe l'œil	501
2. Différenciation à l'aune d'une réforme constitutionnelle : une consécration incertaine	505
§2. Droit à la différenciation : outil juridique relativement inadapté aux territoires d'intelligences	509
A. Un outil juridique potentiellement au service du pragmatisme territorial	509

1.	Un outil au service du pragmatisme territorial nécessitant des garde-fous.....	509
2.	Le principe d'égalité : un garde-fou insuffisant.....	511
B.	Un outil juridique difficilement déployable au sein des territoires d'intelligences	514
1.	Différenciation et complexification du Droit : potentiel frein à la participation citoyenne	514
2.	Différenciation et Droit européen : un outil relativement obsolète au sein des territoires d'intelligences.....	515
Section 3.	Rapprochement avec l'Union européenne : une pratique envisageable adaptée aux territoires d'intelligences	516
§1.	Rapprochement avec l'Union européenne : une démarche pertinente.....	517
A.	Expérimentation : une pratique croissante en Europe	517
1.	Une méthode juridique relativement répandue au sein des États européens	517
2.	Une méthode juridique progressivement utilisée par l'Union européenne	519
B.	Expérimentation : une pratique enrichissante pour le législateur européen	521
1.	Affichage environnemental : un exemple éclairant de synergies existantes entre expérimentation et Droit européen	522
2-	Véhicules autonomes : un exemple éclairant de synergies potentielles entre expérimentation et Droit européen.....	525
§2.	Rapprochement avec l'Union européenne : une mise en place complexe.....	527
A.	La possible institutionnalisation de l'expérimentation européenne	528
1.	La culture juridique européenne : un terreau fertile à l'expérimentation	528
2.	L'expérimentation : un arbre à sacrifier.....	529
B.	Les modalités envisageables de l'expérimentation européenne.....	531
1.	La diversité des modalités de mise en place de l'expérimentation envisageables	531
2.	La délicate délimitation de l'objet de l'expérimentation	533
CONCLUSION.....		539
BIBLIOGRAPHIE.....		541
ANNEXES		637
INDEX.....		709
TABLE DES MATIÈRES.....		711

Titre et résumé : Territoires d'intelligences : favoriser l'innovation par le Droit. Le numérique occupe une place croissante au sein de nos territoires et apparaît progressivement comme un outil pouvant être mis au service de l'intérêt général. Il invite alors à imaginer une conception des politiques publiques plus collaboratives, une amélioration du service public et remet en question l'organisation territoriale. La notion de smart city est souvent retenue pour décrire ce phénomène. Pourtant, se cantonnant à l'échelle de la ville et emportant avec une vision particulièrement techno-centrée, elle devrait être abandonnée. Le terme de territoires d'intelligences devrait lui être préféré dans la mesure où il met en exergue la diversité des territoires concernés ainsi que la place essentielle de l'ensemble des acteurs, particulièrement le citoyen, dans la conception des territoires. Le Droit tend à être perçu comme un frein aux politiques publiques innovantes. L'objet de ce travail de recherche est de démontrer qu'il peut, tout au contraire, être vecteur d'innovation, tant technique qu'organisationnelle. Il s'agit donc de déterminer comment le Droit peut accompagner le développement d'innovations technologiques, la collaboration des différents acteurs des territoires (acteurs publics – personnes morales de Droit privé – citoyen) et le renforcement du pragmatisme territorial. Les textes existants peuvent contribuer à la mise en œuvre de ces démarches innovantes et, lorsqu'ils n'apparaissent pas pertinents, peuvent être renouvelés en symbiose avec l'innovation. L'expérimentation juridique, qui permet de tester une nouvelle norme pour une durée limitée et à des fins d'évaluations, est un outil légistique qui semble particulièrement adapté à l'évolution du Droit sur les questions liées au numérique et à la rationalisation de la décentralisation.

Descripteurs : Territoires d'intelligences ; Innovation collaborative ; Participation citoyenne ; Numérique ; Nouvelles technologies de l'information et de la communication ; Données à caractère personnel ; Données massives ; Données ouvertes ; Décentralisation ; Expérimentation juridique ; Différenciation territoriale ; Ville intelligente.

Title and abstract: Collective intelligence territories: promoting innovation through Law. Digital technologies play an ever-growing role within territories and appear as a meaningful tool towards general interest. It calls for innovative designs with more collaborative public policies and improved public services while it questions the territorial organisation. The concept of smart city is generally used to describe this idea. As the name suggests, the notion of smart city is confined at city level and implies a very techno-centric approach. Alternatively, the expression collective intelligence territories should be supported, as it covers the wide territorial diversity and highlights the pivotal role of stakeholders as a whole, including the citizens, in territorial development. The Law is usually seen as a brake on innovative public policies. The purpose of this research work is to demonstrate that Law can be a driver for innovation, in both technical and organisational aspects. Therefore, it is needed to identify how Law can help the development of technical innovations, the collaboration between different territorial actors (public participants- legal entities in private law- citizens) as well as territorial pragmatism. Existing legislations can help implement such innovative actions or, if irrelevant, may be updated accordingly. Regulatory sandbox allows the test of a new regulation, for a limited time with impact assessment purposes. It acts as a powerful legistic tool, capable of supporting Law transitions related to the digital world and the rationalisation of decentralisation.

Keywords: Collective intelligence territories; Collaborative innovation; Citizen participation; Digital; New information and communications technologies; Privacy; Big Data; Open Data; Decentralisation; Regulatory sandbox; Territorial differentiation; Smart city.