



La double face de l'Open data

Primavera De Filippi, Danièle Bourcier

► **To cite this version:**

Primavera De Filippi, Danièle Bourcier. La double face de l'Open data. Les Petites Affiches, Journaux judiciaires associés, 2013, pp.1-5. <hal-01026107>

HAL Id: hal-01026107

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01026107>

Submitted on 22 Jul 2014

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

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

La double face de l'Open Data

“Il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée”

A. de Musset

**Primavera De Filippi
Danièle Bourcier**

Centre d'Etudes et de Recherche en Sciences Administratives et Politiques
CNRS - Université Paris II

Résumé

Traduit de l'anglais « open government », le terme de « gouvernement ouvert » recouvre des initiatives assez variées comme l'administration en ligne et les portails de diffusion de l'information publique. Mais derrière cette notion technique, c'est bien d'une forme de conquête démocratique dont il s'agit, doublée de l'affirmation d'un principe irréversible. Pourtant, depuis quelques années, les conditions d'ouverture des données publiques suscitent des discussions de plus en plus vives sur les modalités concrètes de mise à disposition, particulièrement depuis la création du portail Etalab.¹ La porte de l'accès aux données est-elle vraiment ouverte?

Introduction

On aurait pu penser que le principe d'ouverture allait enfin simplifier la pensée juridique sur le droit d'accès à l'information conquis par le citoyen et affirmé par les pouvoirs publics. Or, face à la controverse existante sur les modes de valorisation du patrimoine immatériel public, entre les tenants de la mise à disposition à titre gratuit et ceux qui souhaitent soumettre l'exploitation commerciale au paiement d'une redevance, la situation n'est pas des plus claires.

¹ Le conseil de modernisation des politiques publiques a décidé de la création d'un portail unique « data.gouv.fr ». Ce portail, mis en ligne le 5 décembre 2011, s'inscrit dans la continuité du travail de modernisation de l'Etat et de simplification des relations que les usagers entretiennent avec leurs services publics.

Notre objectif est de proposer un bilan des questions juridiques complexes qui ont été suscitées dans ce domaine en analysant les effets d'une double tendance: le développement du mouvement d'ouverture des données publiques et l'accroissement des restrictions imposées par la loi (droits d'auteur, *sui-generis*, etc) qui rendent les dispositions du droit si difficiles à comprendre.

Face à ce phénomène d'auto-complexification du droit, nous proposons en conclusion d'en discuter le processus de construction comme exercice de pensée et étude de cas sur la complexité des politiques publiques.

Face à ces applications massives, nous formulerons l'hypothèse que ce mouvement général vers l'ouverture massive des données a été la conséquence d'une évolution contradictoire du droit, et non la cause. Nous montrerons que ce sont les restrictions imposées par la loi à la réutilisation des données qui ont justifié ce besoin de les "libérer" et qui ont ainsi contribué à créer le mouvement Open Data.

Notre objectif est de proposer un bilan des diverses questions juridiques qui ont été suscitées par ces deux mouvements contradictoires mais enchevêtrés: celui d'une ouverture massive des données publiques (Open Data) et celui d'un droit exclusif sur la réutilisation des données qui conduirait à de nouvelles restrictions dans le cadre du droit d'auteur et d'un droit en cours de construction que nous appellerons le "droit des données".

A. Évolution du droit sur la protection des données

L'Open Data est un principe qui est né d'une innovation technologique, le web 2.0, et de la facilité de plus en plus grande de diffuser et réutiliser les données. Il a aussi été suscité par un besoin croissant de la société civile d'interagir avec les administrations publiques et du secteur public d'y répondre en faisant appel à la collaboration des citoyens. Cependant, l'évolution du droit n'a pas donné encore tous les moyens de satisfaire ce besoin. Au contraire, des mouvements contradictoires sont intervenus dans la mise en place de cette politique.

Notre hypothèse est que, en fait, l'Open Data est intervenu pour résoudre un conflit entre protection croissante des données dues aux restrictions juridiques introduites par la loi et un besoin émergent de la société d'accéder et de réutiliser ces données. Ce besoin émergent d'ouverture reflèterait donc, d'après nous, le besoin de contrebalancer les restrictions imposées par la loi.

Le mouvement Open Data est le signe d'une volonté croissante d'ouverture de la part de notre société. Initié par les initiatives de la société civile, l'Open Data s'est aujourd'hui répandu dans tous les secteurs d'activités, publics ou privés, dans le but d'assurer une meilleure transparence et de favoriser la participation de tiers à la création de services innovants qui n'étaient auparavant qu'à la portée de certaines institutions.

Il ne faut cependant pas oublier ce qui se passe au-delà de la façade de l'Open Data. En effet, si l'on observe la manière dont le droit a évolué au cours des dernières années, on remarque une volonté croissante du législateur (aussi bien au niveau national qu'au niveau européen) de restreindre et de limiter la libre diffusion et la réutilisation de l'information - que ce soit par l'intermédiaire du droit d'auteur, dont la portée ne cesse d'augmenter, ou par l'introduction de nouveaux droits exclusifs, tels que les droits *sui-generis* sur les bases de données.

1. Droits d'auteur sur la structure des bases de données originales

Le droit d'auteur fut originellement conçu dans l'idée de ne protéger que les œuvres de l'esprit qui relèvent d'un certain degré d'originalité – c'est-à-dire qui représentent une création originale des auteurs. Au cours des années, la portée du régime des droits d'auteur a été étendue à différents types d'œuvres, tout en maintenant le critère d'originalité comme critère fondamental de protection. Ainsi, en ce qui concerne les bases de données, le droit d'auteur ne peut être appelé qu'à protéger la forme (et non les contenus) des bases de données qui présentent une structure originale.

2. Droits sui-generis sur le contenu des bases de données non originales

Pour répondre à la demande croissante des producteurs de bases de données qui exigent une meilleure protection de leurs investissements, la Directive Européenne 96/9/CE de 1995 sur la protection juridique des bases de données² a introduit un nouveau droit *sui-generis* afin d'établir une nouvelle couche de protection sur le contenu de certaines bases de données non-originales. Ce droit accorde à tout producteur de bases de données dont la production a demandé un investissement considérable un droit exclusif sur l'extraction et la réutilisation des données contenues dans cette base de données. Les contraintes de protection sont, dans ce cas, non plus fondées sur un critère d'originalité ; il s'agit essentiellement de prérogatives économiques fondées sur l'investissement.

Aujourd'hui, il est donc possible de protéger non seulement la structure des bases de données (dans la mesure où elles relèvent de l'originalité des auteurs), mais aussi les données qu'elles contiennent. Il s'agit là d'un droit qui ne s'applique cependant pas aux données en tant que telles. Bien qu'il soit possible d'imposer des restrictions sur la réutilisation des données contenues dans certaines bases de données, il n'y a - à présent - aucun droit absolu qui permette de limiter la réutilisation des données en dehors du cadre juridique établi pour les bases de données (et seulement lorsque celles-ci ont requis un investissement important).

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 a introduit le régime général de libre réutilisation des données produites ou reçues par les établissements publics. Elle permet cependant des exceptions dans le cas des organismes culturels ou de recherche, qui ont le droit de décider les modalités et les conditions de réutilisation de leurs données.

Dans la mesure où ces données ne sont pas protégées par le droit de la propriété intellectuelle (qu'il s'agisse des droits d'auteur ou des droits *sui-generis*), il est intéressant de s'interroger sur la valeur et sur la légitimité des conditions de réutilisation énoncées par ces établissements dans tous les cas où la production ou l'organisation de ces données n'ont pas requis un investissement substantiel.

3. Vers un droit sur les données “*per se*” ?

De plus en plus, les coûts engagés pour la production des bases de données ne sont plus orientés vers l'agrégation et l'organisation des données, mais plutôt vers l'enrichissement de ces données. Il est

² Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

important de noter, en effet, que la valeur des données ne réside pas dans les données brutes en tant que telles. Ces données doivent être non seulement élaborées, mais aussi enrichies - par le biais notamment de métadonnées - afin de pouvoir être mieux contextualisées. Ce travail comporte des investissements plus ou moins importants, qui peuvent être réalisés soit directement par les administrations publiques, soit *ex-post* par le secteur marchand ou les membres de la société civile.

Or, si les données publiques (dans leur format brut) doivent être mises librement à disposition du public, qu'en est-il des données enrichies?

En vue de leur valeur ajoutée, certains acteurs qui ont entrepris les investissements nécessaires pour enrichir ou élaborer ces données préconisent une nouvelle forme de protection juridique (tel qu'un embargo sur l'utilisation des données enrichies ou augmentées) afin de récupérer leurs coûts. On trouve d'ailleurs ce même mouvement de recul dans la mise à disposition des données scientifiques, justifié par le souci de publier avant de "libérer" ses propres données de recherche.

Cela comporte une nouvelle demande de protection sur les données en elles-mêmes, indépendamment de leur appartenance à une base de données. Il devient donc crucial de se demander s'il ne serait pas désormais nécessaire (et opportun) d'introduire une nouvelle couche de protection sur les données enrichies, ou même sur les données tout court.

En France, la loi du 17 février 1978 précise à l'article 11 que - par dérogation à la règle énoncée par cette loi - les "établissements, organismes ou services culturels", ainsi que les "établissements et institutions d'enseignement et de recherche" peuvent fixer les modalités de réutilisation des données et des informations mises à disposition du public.

Cet article introduit ainsi une "exception culturelle" dont la portée effective est toutefois difficile à établir. Ce régime d'exception suggère en effet l'existence d'un droit à la réutilisation des données au profit des établissements opérant dans le secteur culturel et dans le secteur de la recherche. Ces derniers pourraient ainsi s'appuyer sur cet article dans le but inavoué de s'opposer à certaines formes de réutilisation, telles que les réutilisations à finalités commerciales. Le risque est que cette exception à la règle soit utilisée afin de créer un nouveau droit exclusif - implicitement défini par la loi - régulant la réutilisation des données culturelles et des données de recherche.

Cette question a été source de plusieurs contentieux dans le secteur culturel. Notamment, dans le cas de NotreFamille.com (opposant un fournisseur de services généalogiques au Conseil général du Cantal qui refusait de fournir certaines données conservées par les Archives Départementales), le Tribunal Administratif de Clermont-Ferrand a tout d'abord soutenu que l'exception culturelle ne confère pas le droit aux institutions culturelles de déroger au principe général de libre réutilisation des données établi par la loi du 17 juillet 1978.³ Le département du Cantal a donc fait appel à la Cour administrative de Lyon afin de renverser la décision. Bien que la Cour d'Appel ait annulé la décision du Tribunal Administratif,⁴ le juge a cependant confirmé l'idée que la loi de 1978 ne devrait pas être interprétée comme conférant un droit exclusif sur la réutilisation des données - et cela même dans le cas des institutions culturelles qui,

³ Jugement du 5 juillet 2011 devant le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand. Pour plus d'information, voir <http://dl.dropbox.com/u/17624307/Trib%20admin%20Clermont%20Ferrand%20Notre%20Famille%20Cantal.pdf>

⁴ Arrêt rendu par la Cour Administrative d'Appel de Lyon le 4 juillet 2012. Pour plus de détails sur la décision, voir http://www.archivespubliqueslibres.com/app/download/5638438962/2012_07_04_caa_lyon.pdf?t=1341853053

tout en conservant le droit de fixer les modalités de réutilisation effective, doivent mettre à disposition leurs données de manière libre et gratuite.⁵

B. Enchevêtrement des règles du droit.

Le succès récent de l'Open Data reflète, d'après nous, l'existence d'un désir sous-jacent ou d'un besoin émergent de contrebalancer les restrictions croissantes de la loi. Le secteur privé a su éliminer les contraintes imposées par la loi en utilisant des licences telles que les licences de logiciels Open Source, les licences Creative Commons, ODbL, etc. Dans le secteur public, la réponse à ce besoin a été fournie, en partie, par une loi imposant aux administrations publiques d'ouvrir toutes les données et les informations produites ou reçues dans le cadre de leurs missions.⁶

Bien que ces dispositifs représentent un pas dans la bonne direction, les solutions adoptées sont toutefois problématiques dans la mesure où elles conduisent à la superposition de plusieurs couches de droits, avec des lois qui instaurent des droits exclusifs sur la réutilisation des données et d'autres qui limitent la portée de ces droits. Nous proposons ici une alternative qui pourrait simplifier le droit en éliminant les contraintes à la source.

1. Superposition de strates de règles

En matière de propriété intellectuelle, alors que les documents ou contenus protégés par le régime des droits d'auteur n'entrent pas dans la définition d'"informations publiques" fournie par la loi de 1978, cette restriction ne s'applique *a priori* que dans le cas où ces droits sont effectivement détenus par des tiers. Or, dans la mesure où les fonctionnaires demeurent en principe titulaires de leurs droits d'auteurs (en ce que concerne aussi bien les droits patrimoniaux que les droits moraux),⁷ une partie des informations produites par les administrations publiques sont susceptibles d'être exclues du régime général de la libre réutilisation.

De plus, en dépit du statut juridique des informations ou des contenus appartenant aux bases de données produites dans le cadre des missions des administrations publiques, il est possible d'identifier quatre couches de droits supplémentaires qui régulent l'accès et la réutilisation de leur forme et de leur contenu :

1. Tout d'abord, la structure et la forme de certaines bases de données peuvent être protégées par le régime des droits d'auteur dès lors qu'elles relèvent d'un certain degré d'originalité au niveau de leur forme ou de leur organisation.

⁵ Dans son jugement, la Cour administrative de Lyon a déclaré que "les informations publiques communicables de plein droit, figurant dans les documents détenus par les services d'archives publics, qui constituent des services culturels au sens des dispositions de l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978, relèvent de la liberté de réutilisation consacrée de façon générale par cette loi."

⁶ Loi du 17 juillet 1978, modifiée par Ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005

⁷ Depuis la loi du 1er août 2006, l'article L 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle précise que "l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'empêche pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'oeuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France."

2. Certaines bases de données peuvent en outre bénéficier d'un droit *sui-generis* en ce qui concerne l'extraction et la réutilisation des données ou des contenus incorporés au sein d'une base de données dont la production a requis des investissements importants.
3. La loi du 17 juillet 1978, ainsi qu'elle a été modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005, limite la portée de ces droits en introduisant une obligation générale d'ouverture des données et des documents administratifs produits ou reçus dans le cadre de la mission de service public des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et des personnes publiques ou privées chargées d'une mission de service public (article 10). La dérogation à cette règle générale ne peut se faire que dans le cas des documents dont la consultation porterait atteinte au secret administratif ou à la sécurité nationale (article 6) et des données produites par les Services Publics à caractère Industriel et Commercial (article 10.b).⁸
4. Enfin, l'application de la loi doit se faire par l'intermédiaire de certaines licences-types (dites licences libres ou ouvertes) délivrées à tout acteur souhaitant réutiliser les données publiques. Ces licences visent à limiter la portée des droits exclusifs mentionnés ci-dessus, tout en permettant à certains "ayant-droits administratifs" de fixer le prix des redevances⁹ et de spécifier les conditions et les limites de réutilisation.¹⁰

Ces différentes strates de règles risquent aussi de se heurter à d'autres types de normes ou de règles avec lesquels ils peuvent potentiellement entrer en conflit. Il s'agit notamment du droit à la vie privée, à la protection des données et à la confidentialité des informations. Afin de réduire au maximum le risque de conflits entre ces différents systèmes de règles, la loi du 17 juillet 1978 a établi une série d'exceptions à la règle générale d'ouverture des données pour tout ce qui concerne, entre autre, les données à caractère personnel (article 6.II) qui ne peuvent être rendues publiques qu'après avoir été soumises à un processus d'anonymisation afin de rendre impossible l'identification des personnes concernées (article 7).

Cet enchevêtrement de règles est le résultat d'une série de modifications successives conduisant à un amalgame complexe de règles et de normes qui se superposent partiellement, et qui peuvent créer des conflits d'interprétation ou des applications contradictoires d'une même loi.

⁸ Les documents produits ou reçus par un Service Public à caractère Industriel et Commercial (SPIC) sont exclus du régime général de réutilisation établi par la loi du 17 juillet 1978. Ainsi, tous les documents détenus par une administration mais produits par un SPIC sont librement accessibles, bien que leur réutilisation reste soumise à l'accord préalable du SPIC.

⁹ Alors que la loi revendique une mise à disposition libre et gratuite des informations publiques, dans certains cas particuliers, la réutilisation de ces informations peut faire l'objet d'une redevance. D'après le décret n. 2011-577 du 26 mai 2011 (complétant l'article 38 du décret n. 2005-1755 du 30 décembre 2005), toute redevance institué après le 1er juillet 2011 doit être dûment motivée et ne peut être institué que par décret après avis du Conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative.

¹⁰ L'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 introduit un régime dérogatoire pour les institutions d'enseignement et de recherche, ainsi que pour les établissements et services culturels qui ont la possibilité de fixer, le cas échéant, les conditions et les modalités de réutilisation.

En effet, le droit des données publiques a été construit à partir des dispositions provenant de plusieurs lois successives, dont les objectifs sont souvent différents, parfois conflictuels, voire incompatibles. Ces règles interagissent les unes avec les autres (se complètent dans certains cas et se superposent dans d'autres) afin de créer un système complexe de règles caractérisé par un grand nombre d'exceptions et quelques exceptions d'exceptions (souvent dues à une mauvaise mise en œuvre du droit dès sa conception). On retrouve ces mêmes caractéristiques dans le régime des droits d'auteur - dont l'évolution au cours des années a été caractérisée par un grand nombre de réformes introduisant de nouvelles couches de droits ainsi que des exceptions à ces nouveaux droits.¹¹

Ainsi, la complexité qui caractérise le régime des données publiques en France est le symptôme d'un droit qui n'a pas su s'adapter au nouveau contexte dans lequel il opère. Cela est aussi la preuve d'une loi qui - loin d'avoir été la bannière d'une finalité claire - a été construite au fur et à mesure avec une série de réformes et d'amendements qui ont inévitablement mené à l'établissement d'un régime complexe qui nuit à la clarté des droits qui devaient être défendus en priorité.

B. Proposition pour réduire la complexité du droit

Comme l'ont remarqué certains théoriciens du droit,¹² un champ juridique nouveau ressemble souvent à un "palimpseste" où plusieurs histoires se télescopent : les règles d'une histoire passée et l'anticipation du droit à venir.

Dans le cas en question, la complexité du régime des données publiques dérive de la difficulté de réconcilier des lois orientées différemment et dont les principes fondateurs se trouvent en contradiction les uns avec les autres. En effet, ce régime est fondé sur deux principes dialectiquement opposés qui sont apparus à des moments différents sans que l'un ne prime sur l'autre: d'un côté, il y a le principe d'exclusivité des données fondé sur les notions traditionnelles de la propriété intellectuelle, et de l'autre il y a le principe d'ouverture des données publiques fondé sur la conception du service public d'accès à la connaissance apparue depuis à peine deux décennies. Alors que le premier justifie l'établissement d'un droit exclusif sur la réutilisation des données, l'autre assure un droit à tout citoyen d'accéder librement et de réutiliser les données publiques.

Au cours des dernières années, le droit a cependant perdu de vue ces principes fondamentaux. Avec une évolution fondée principalement sur la superposition de règles, le régime des données publiques a été réformé sans toutefois tenir compte des justifications de base. Plus les règles s'accumulent, plus le droit devient difficile à lire. Les principes fondamentaux sont ainsi délaissés au profit de normes techniques, extrêmement détaillées, et souvent très circonstancielles - qui précisent au cas par cas l'application du principe général. Alors que ces normes devraient, théoriquement, enrichir les principes de droit, on assiste aujourd'hui à une situation inverse, où les principes fondamentaux ne peuvent être inférés qu'à partir d'un réseau complexe de normes, de règles et d'exceptions qui contribuent toutes (en partie) à définir (ou à redéfinir) le régime juridique des données publiques.

Ainsi, dès lors que le droit n'élabore plus des principes, mais uniquement des règles circonstancielles qui ne tiennent plus compte des principes fondamentaux, son interprétation (théléologique) devient de plus en

¹¹ Voir L. Lessig, Préface à *International Commons : La création en partage* (D. Bourcier & M. Dulong de Rosnay), Paris, Ed. Romillat, 2004

¹² J. Caillosse, "La complexité du 'droit de l'action publique' comme problème théorique", in *Politiques publiques Systèmes complexes*, D. Bourcier, R. Boulet, P. Mazzega (eds), Paris, Hermann, 2012 p. 78.

plus difficile - aussi bien pour les citoyens que pour les juges - puisqu'il est toujours plus difficile d'identifier les principes sur lesquels ces règles se basent.

On a vu plus haut que cette situation est comparable à la situation des droits d'auteur, qui - originellement conçu pour protéger les œuvres de l'esprit qui relèvent de l'originalité des auteurs - s'est graduellement étendu bien au-delà de ses finalités originales, afin de protéger non seulement les auteurs, mais aussi les producteurs d'œuvres qui ne sont pas fondées sur l'originalité au sens strict telles que les logiciels informatiques, les dessins techniques, les circuits intégrés, et, plus récemment, les bases de données (en anglais *functional works*). Avec un empilement de règles et d'exceptions à la règle, souvent fondées sur l'existence de règles antérieures (dont la justification a été désormais oubliée), le droit d'auteur a évolué en un système extrêmement complexe de règles superposées, qui évoluent au cas par cas, de manière toujours plus détaillée, et se transforment au fur et à mesure - indépendamment des finalités originales du droit d'auteur.

Afin d'adapter le régime des données publiques au nouveau contexte dans lequel il opère, sans se laisser tromper par les mêmes erreurs du droit d'auteur, il est aujourd'hui nécessaire de réaffirmer les principes du droit. Pour cela, il est important de prendre du recul, identifier clairement les principes fondamentaux que le législateur a voulu équilibrer, et redessiner le droit à partir de ces principes, afin d'en éclaircir les exceptions. Il s'agit notamment de comprendre s'il faudrait plutôt renforcer l'ouverture des données - ouvrant ainsi une porte vers le futur - ou s'il serait au contraire nécessaire de réaffirmer les droits exclusifs afin de revenir vers la clôture originelle?

Dès lors que l'Etat est rendu indécis par les pressions successives d'intérêts divers, le droit devient l'objet d'une instrumentalisation économique. Un "Etat surmené", au bord du *burn out*, tel était le constat mené par les participants au colloque Politiques publiques Systèmes complexes.¹³

Nous appelons ainsi à une simplification, voire à une réduction des règles du droit, étape nécessaire pour une meilleure gestion de la complexité des politiques publiques à mettre en oeuvre. Au lieu d'accumuler différentes couches de droits qui se croisent et qui se contredisent - nous préconisons une simplification de la loi à la source : réformer la protection juridique des données publiques, plutôt que d'obliger les administrations à ouvrir leurs données à travers un régime d'exceptions au régime général fondé sur l'exclusivité. En réduisant la portée du droit d'auteur et des droits *sui-generis* afin de ne pas s'étendre sur les données publiques, il serait en effet possible d'éviter l'utilisation des licences par les administrations publiques (une complication qui n'est devenue nécessaire qu'en réponse aux restrictions croissantes imposées par la loi) afin de poursuivre une politique d'ouverture orientée par un but d'intérêt général et de construction du bien commun.

Conclusion

Le mouvement Open Data peut être vu comme une arme à double tranchant. Alors qu'il est évident que l'Open Data a été (et continue à être) un moteur de changement pour la société dans son ensemble, ce dernier ne doit pas cependant être surévalué.

¹³ D. Bourcier, R. Boulet, P. Mazzega (eds) Politiques publiques Systèmes complexes, Paris, Hermann, 2012 et en particulier la contribution de Louis Baslé "L'état surmené entre l'indécidable et l'ingouvernable: une perspective luhmannienne" pp 49-70.

D'un côté, l'Open Data a porté une révolution culturelle qui favorise des nouveaux modèles de partage et de coopération (ou collaboration) entre les administrations publiques, le secteur marchand et la société civile. On observe en effet un mouvement d'ouverture qui s'étend progressivement à tous les secteurs d'activité, qu'il s'agisse des administrations publiques – qui doivent mettre leurs données à disposition du public - ou du secteur privé - qui est de plus en plus encouragé à ouvrir ses données afin de bénéficier des retours économiques potentiels. En mettant en évidence les avantages et les bénéfices qui peuvent être dérivés par la mise à disposition des données de manière libre et ouverte, l'Open Data a contribué à une plus grande ouverture d'esprit, incitant ainsi non seulement le secteur public mais aussi le secteur privé à ouvrir ses données.

D'un autre côté, l'Open Data comporte toutefois le risque de masquer une tendance législative opposée, dont l'évolution au cours des années a introduit des règles de plus en plus restrictives en ce qui concerne la reproduction et la diffusion d'un nombre toujours plus important de données et d'informations. En fournissant des outils qui permettent de réduire la portée de ces dispositions, l'Open Data justifie en quelque sorte une évolution du droit qui se dirige vers une situation de clôture, avec une base d'information de plus en plus contrôlée et réglementée. Telle est la face cachée de l'Open Data : un mouvement d'ouverture qui n'est en réalité qu'une réponse nécessaire aux nouvelles restrictions imposées par la loi.

Enfin, bien que l'on ne puisse nier que les politiques institutionnelles d'ouverture des données offrent des avantages considérables dans la mesure où elles encouragent la diffusion et la libre réutilisation des données sans pour autant en diminuer la valeur (le principe de non-rivalité), ces avantages sont contrebalancés par certains coûts. Notamment, en ce qui concerne la vie privée et la confidentialité des données, il est important de tenir en compte du fait que la mise à disposition des données de façon libre et gratuite comporte des risques dans la mesure où elle permet l'agrégation de plusieurs jeux de données provenant de différentes sources. Une telle agrégation de données pourrait en effet dévoiler l'identité de certains individus (en matière de bio-génétique notamment), tout en exposant de nouvelles informations qui n'avaient pas été préalablement divulguées. Ces informations (justes ou erronées) pourraient ensuite être utilisées pour des finalités commerciales, promotionnelles, et potentiellement sensibles - à l'insu des personnes concernées. Ainsi, alors que l'on se trouve encore au seuil d'une véritable politique nationale d'ouverture des données, il nous faut dès maintenant prendre en compte les risques et les enjeux éthiques d'une ouverture excessive des données.