

Accès du public aux documents contenant des données à caractère personnel après l'arrêt rendu dans l'affaire *Bavarian Lager*

I. Introduction

1.1. Justification d'un document supplémentaire du CEPD

Le 29 juin 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt dans l'affaire C-28/08 P, *Commission/Bavarian Lager*¹. Cette affaire portait sur la question de savoir si la Commission était tenue de divulguer des noms contenus dans un document en vertu de la réglementation de l'UE sur l'accès du public aux documents, ou si la réglementation de l'UE relative à la protection des données l'en empêchait.

Longtemps attendu, cet arrêt a mis fin à un aspect d'un long débat portant sur la manière d'interpréter les règles de l'UE en matière d'accès du public aux documents et de protection des données lorsque les intérêts en jeu donnent lieu à des demandes contradictoires.

Le CEPD participe à ce débat depuis 2005, date à laquelle il a publié un document de référence sur la question, qui a servi d'orientation dans une période d'incertitude quant à l'interprétation des règles applicables. Ce document a été utilisé et appliqué par différentes institutions. Il a également servi de document de référence pour le Médiateur européen dans des décisions prises en la matière. En outre, le CEPD est intervenu devant la Cour de justice dans l'affaire *Bavarian Lager*.

Depuis l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Bavarian Lager*, une partie de l'analyse présentée dans le document de référence n'est plus valide. Ainsi, le chapitre 4, qui traite de l'application simultanée des deux règlements, le chapitre 5, qui contient des exemples illustrant l'application pratique de l'approche du CEPD, et le chapitre 6, qui contient une liste de contrôle, sont désormais dépassés dans une large mesure. En revanche, le chapitre 2, qui décrit l'historique, le cadre juridique et le contenu de la réglementation de l'UE relative à l'accès aux documents, et le chapitre 3, qui explique la portée des notions de «vie privée» et de «protection des données», ainsi que les rapports entre ces deux notions, et qui présente les principaux éléments de la protection des données, sont toujours d'actualité. Pour un exposé détaillé des deux réglementations concernées, nous renvoyons dès lors le lecteur à ces deux chapitres du document de référence².

Après l'arrêt de la Cour, la nécessité de nouvelles orientations sur la question s'est fait sentir. Aussi le CEPD a-t-il décidé de publier ce document de référence

¹ CJUE 29 juin 2010.

² Le document du CEPD est disponible sur son site web (<http://www.edps.europa.eu>).

supplémentaire, qui expose sa position révisée sur la question à la suite de l'arrêt et formule, à l'intention des institutions et des organes de l'UE, des lignes directrices générales sur la manière dont ceux-ci peuvent garantir que, dans la pratique quotidienne, les obligations en matière de protection des données et de transparence sont respectées de la même manière.

Le CEPD a l'intention de mettre régulièrement à jour le présent document à la lumière de l'évolution de la jurisprudence de la Cour et des leçons tirées des bonnes pratiques des différentes institutions de l'UE.

1.2. Structure et message central du document

Le présent document supplémentaire est agencé comme suit. Après une introduction générale (chapitre I), l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Bavarian Lager* sera analysé (chapitre II). L'arrêt clarifie la signification des dispositions pertinentes de la législation concernée, mais il laisse en suspens certaines conséquences opérationnelles, qui sont abordées dans ce document supplémentaire.

À ce propos, le CEPD appelle les institutions à élaborer une approche proactive de la question.

En substance, une approche proactive consiste, pour les institutions, à évaluer et à communiquer clairement aux personnes concernées – avant la collecte des données ou à tout le moins au moment où celle-ci est effectuée – la mesure dans laquelle le traitement de ces données comprend ou pourrait comprendre leur divulgation publique.

Une approche proactive est bénéfique aux institutions étant donné qu'elle réduira sans aucun doute la charge administrative future des personnes chargées du traitement des données et des personnes qui gèrent les demandes d'accès du public, moyennant un certain investissement en temps et en efforts au début. Elle réduira le nombre de situations compliquées dans lesquelles les institutions doivent être *réactives*, c'est-à-dire où elles doivent prendre une décision de divulgation publique à la suite d'une demande d'accès du public, comme dans l'affaire *Bavarian Lager*. En outre, elle contribue à réduire les litiges de longue haleine sur cette question.

L'approche proactive permet aux institutions de respecter les règles relatives à la protection des données tout en appliquant le principe de transparence. Appliquée de la manière décrite dans le présent document, elle garantira qu'en cas de divulgation publique de données à caractère personnel par les institutions de l'UE, un tel traitement sera loyal et licite et que les personnes concernées seront bien informées et totalement en mesure d'invoquer leurs droits conformément au règlement relatif à la protection des données.

L'approche proactive sera développée plus avant au chapitre III.

Le chapitre IV traite des situations dans lesquelles l'institution concernée est saisie d'une demande d'accès du public à des données à caractère personnel qu'elle n'avait pas initialement prévue ou envisagée. Au moment où nous écrivons ces lignes, plusieurs affaires concernant ces situations «réactives» sont pendantes devant la Cour

et susceptibles de déboucher finalement sur un arrêt plus précis que celui rendu dans l'affaire *Bavarian Lager*³. Comme le CEPD est partie intervenante dans plusieurs de ces affaires, le présent document supplémentaire n'examinera pas l'approche réactive de manière détaillée. Seul un nombre limité de lignes directrices générales sont présentées quant à la manière dont les situations de ce genre peuvent être résolues.

Le document se termine par un bref chapitre de conclusion (chapitre V). Le CEPD soulignera qu'il est nécessaire de se doter à plus long terme d'un cadre juridique général qui donne, sur la question, des orientations plus substantielles que le cadre actuel. Le CEPD souhaite rappeler à cet égard le communiqué de presse qu'il a publié au lendemain de l'arrêt⁴.

II. Analyse de l'arrêt dans l'affaire *Bavarian Lager*

II.1. Faits et contexte juridique du litige

L'affaire *Bavarian Lager* a éclaté lorsqu'un importateur britannique de bière allemande s'est plaint auprès de la Commission d'une législation britannique qui restreignait sa faculté de vendre sa bière à des débits de boisson. La Commission a ouvert une procédure en infraction et instruit la plainte de l'importateur en tenant notamment une réunion en octobre 1996 avec des représentants du gouvernement britannique et des représentants de l'industrie européenne de la bière. La procédure en infraction à l'encontre du Royaume-Uni a été clôturée peu de temps après cette réunion. Le directeur de *Bavarian Lager* a demandé à la Commission de consulter le compte rendu de la réunion. La Commission a donné accès au compte rendu à l'exception des noms de cinq personnes. Deux de ces personnes avaient expressément refusé de consentir à la divulgation de leur identité après que la Commission le leur avait demandé. La Commission n'avait pas pu contacter les trois autres personnes.

La demande de *Bavarian Lager* reposait sur le règlement (CE) n° 1049/2001, qui contient des règles relatives à l'accès du public aux documents des institutions de l'UE (ci-après «le règlement relatif à l'accès du public aux documents»)⁵. Le refus de la Commission était notamment basé sur l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement relatif à l'accès du public aux documents, qui prévoit que

Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection: [...]
(b) de la vie privée et de l'intégrité de l'individu, notamment en conformité avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel.

Les règles pertinentes en matière de protection des données auxquelles cette disposition fait référence sont fixées dans le règlement (CE) n° 45/2001 (ci-après «le règlement relatif à la protection des données»)⁶.

³ Voir par exemple les affaires *Valero Jordana* (T-161/04), *Dennekamp* (T-82/08) et *Egan et Hackett* (T-190/10).

⁴ Voir le communiqué de presse du 30 juin 2010, disponible sur le site web du CEPD (<http://www.edps.europa.eu>).

⁵ Voir JO 2001, L 145/43.

⁶ Voir JO 2001, L 8/1.

La signification de l'article 4, paragraphe 1, point b), n'était pas très claire. Lors de la discussion, deux opinions sont particulièrement ressorties:

- L'opinion selon laquelle la deuxième partie de la disposition constitue un renvoi à la législation européenne sur la protection des données, et en particulier au règlement relatif à la protection des données, ce qui implique que dès qu'une demande de consultation d'un document contenant des données à caractère personnel est formulée, celle-ci doit être traitée conformément aux règles relatives à la protection des données (théorie du renvoi).
- L'opinion selon laquelle il convient d'abord d'établir que la vie privée des personnes concernées est affectée avant que les règles en matière de protection des données n'entrent en jeu. En d'autres termes, ces règles sont applicables dès qu'un seuil (affectation de la vie privée) est atteint (théorie du seuil).

Dans le document de référence précité, le CEPD a plaidé en faveur de la théorie du seuil et, s'agissant de la situation propre à l'affaire *Bavarian Lager*, il a fait valoir que la vie privée des personnes ayant assisté à la réunion (à titre professionnel) ne serait pas affectée par la divulgation complète du compte rendu. D'après le CEPD, l'exception à l'accès du public aux documents visée à l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement relatif à l'accès du public aux documents ne pouvait dès lors pas être invoquée par la Commission.

La Commission a plaidé en faveur de la théorie du renvoi et appliqué au cas d'espèce les règles en matière de protection des données, en se concentrant sur l'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données, qui a trait au transfert de données à caractère personnel à des destinataires autres que les institutions et organes communautaires et relevant de la directive 95/46/CE⁷.

L'article 8, point b), énonce ce qui suit:

Sans préjudice des articles 4, 5, 6 et 10, les données à caractère personnel ne sont transférées à des destinataires relevant de la législation nationale adoptée en application de la directive 95/46/CE que si: [...]

(b) le destinataire démontre la nécessité de leur transfert et s'il n'existe aucune raison de penser que ce transfert pourrait porter atteinte aux intérêts légitimes de la personne concernée.

La Commission a estimé que *Bavarian Lager* n'avait pas prouvé la nécessité du transfert et elle a conclu que les noms ne pouvaient par conséquent pas être divulgués.

Bavarian Lager, soutenue par le CEPD, a contesté cette approche. Elle a fait valoir que l'obligation de prouver cette nécessité, dans les cas où la vie privée des personnes

⁷ Voir JO 1995, L 281/31. La directive 95/46 harmonise la législation des États membres en matière de protection des données. Cette catégorie de destinataires doit être distinguée de celle qui ne relève pas de la directive 95/46, à savoir les destinataires dans des pays en dehors de l'UE (pays tiers). La disposition applicable est l'article 9 du règlement relatif à la protection des données, qui sera abordé ultérieurement dans le présent document.

concernées n'était pas affectée par la divulgation, était contraire à l'un des principes fondamentaux du règlement relatif à l'accès du public aux documents, à savoir que le demandeur n'est pas obligé de justifier sa demande d'accès aux documents. Ce principe est consacré par l'article 6, paragraphe 1, du règlement relatif à l'accès du public aux documents.

II.2. L'arrêt de la Cour de justice

En premier ressort, le Tribunal de première instance, désormais le Tribunal, a confirmé la théorie du seuil⁸. Sa décision a toutefois été rejetée par la Cour de justice en appel. La Cour a confirmé la théorie du renvoi de la Commission. Les principaux éléments du raisonnement de la Cour sont les suivants:

- Les noms et les prénoms peuvent être considérés comme des «données à caractère personnel». La communication de telles données entre dans la définition du «traitement» au sens du règlement relatif à la protection des données⁹.
- L'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement relatif à l'accès du public aux documents exige que l'atteinte éventuelle à la vie privée et à l'intégrité de l'individu soit toujours examinée et appréciée en conformité avec la législation de l'Union relative à la protection des données à caractère personnel, et en particulier avec le règlement relatif à la protection des données¹⁰.
- Lorsqu'une demande fondée sur le règlement relatif à l'accès du public aux documents vise à obtenir l'accès à des documents contenant des données à caractère personnel, les dispositions du règlement relatif à la protection des données deviennent intégralement applicables¹¹. L'analyse habituelle effectuée dans le cadre du règlement relatif à la protection des données doit dès lors s'appliquer à chaque cas, en particulier les exigences de qualité des données et de légitimité du traitement visées aux articles 4 et 5, les transferts de données visés aux articles 8 et 9, et le droit d'opposition visé à l'article 18¹².
- C'est à bon droit que la Commission a vérifié si les personnes concernées avaient donné leur consentement à la diffusion des données à caractère personnel les concernant. En exigeant que, pour les cinq personnes n'ayant pas donné leur consentement exprès, Bavarian Lager établisse la nécessité du transfert de ces données à caractère personnel, la Commission s'est conformée aux dispositions de l'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données¹³.
- L'article 8, point b), exige que la personne demandant l'accès fournisse une justification expresse et légitime ou des arguments convaincants afin de

⁸ Arrêt du 8 novembre 2007 dans l'affaire T-194/04, *Bavarian Lager/Commission*.

⁹ Points 68 et 69.

¹⁰ Point 59.

¹¹ Point 63.

¹² Ces dispositions seront discutées plus en avant aux chapitres III et IV.

¹³ Points 75 et 77.

démontrer la nécessité du transfert de ces données à caractère personnel. Comme Bavarian Lager n'avait pas fourni ces éléments, l'institution n'a pas pu mettre en balance les différents intérêts des parties en cause, ni vérifier s'il n'existait aucune raison de penser que ce transfert pourrait porter atteinte aux intérêts légitimes des personnes concernées¹⁴.

- En outre, la Cour a considéré que les dispositions du règlement relatif à l'accès du public aux documents n'avaient pas été violées, étant donné que l'accès à la version expurgée des documents avait été octroyé¹⁵.

II.3. Observations générales sur l'arrêt

L'arrêt précise la signification de l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement relatif à l'accès du public aux documents. Celui-ci doit être interprété comme un renvoi direct au règlement relatif à la protection des données, sans l'intervention d'un quelconque seuil. En outre, la Cour affirme clairement que les noms et les prénoms peuvent être considérés comme des «données à caractère personnel» et que la communication de telles données entre dans la définition du «traitement» au sens du règlement relatif à la protection des données.

En cas de demande d'accès du public à un document contenant des données à caractère personnel, comme dans l'affaire *Bavarian Lager*, les règles en matière de protection des données sont entièrement applicables, l'article 8, point b), ayant une importance cruciale à cet égard. Il découle de l'arrêt qu'aux termes de l'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données, la Commission aurait dû en principe mettre en balance les différents intérêts des parties en cause¹⁶. Toutefois, comme Bavarian Lager n'avait fourni aucune justification expresse et légitime, la Commission n'avait pu mettre en balance les intérêts en présence. La Cour n'était dès lors pas en mesure d'apprécier le résultat d'un tel critère de mise en balance. Par conséquent, l'arrêt ne fournit en soi aucune ligne directrice quant à la manière de réaliser un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu¹⁷.

La Cour a par ailleurs considéré que c'était à bon droit que la Commission avait vérifié si les personnes concernées *avaient* donné leur consentement à la divulgation de leurs données à caractère personnel et qu'en l'absence de consentement exprès, elle avait exigé que Bavarian Lager prouve la nécessité du transfert¹⁸. Le CEPD estime que, pour ce qui est de l'analyse effectuée dans le cadre de l'article 8, point b), ces considérations ne doivent pas être perçues comme une obligation faite aux institutions de demander le consentement des personnes concernées chaque fois que la divulgation de données à caractère personnel est demandée. Les règles en matière de protection des données prévoient que les intérêts légitimes de la personne concernée peuvent être suffisamment garantis si celle-ci a le droit de *s'opposer* à la divulgation comme le prévoit l'article 18 du règlement relatif à la protection des données. La différence entre le fait de demander le consentement et le fait d'octroyer aux

¹⁴ Point 78.

¹⁵ Point 76.

¹⁶ Point 78.

¹⁷ Des lignes directrices pertinentes peuvent être déduites d'une autre jurisprudence de la Cour de justice, voir notes de bas de page 19 et 20.

¹⁸ Voir points 75 et 77.

personnes concernées un droit d'opposition sera analysée de manière plus détaillée dans les deux chapitres suivants.

L'approche proactive sera examinée plus avant au chapitre suivant. La question de savoir comment les institutions doivent réagir aux demandes d'accès en l'absence d'une quelconque approche proactive (comme dans l'affaire *Bavarian Lager*) fera l'objet d'une analyse plus poussée au chapitre IV.

III. L'approche proactive

La transparence des activités de l'UE ne résulte pas du seul fait de répondre (positivement) à des demandes d'accès du public à des documents. Les institutions et les organes doivent également tendre le plus possible vers la transparence de leurs activités de leur propre initiative, c'est-à-dire en fournissant activement des informations et des documents au public, par exemple dans un registre, tel celui visé à l'article 12 du règlement relatif à l'accès du public aux documents. Cette exigence va au-delà de l'arrêt *Bavarian Lager*, dans le sens où l'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données ne s'applique pas aux situations dans lesquelles les documents sont fournis activement, qu'ils soient ou non téléchargés à partir d'un registre public.

Le CEPD estime qu'afin de réaliser un juste équilibre entre le droit à la protection des données et l'intérêt public de transparence, les institutions doivent adopter une approche proactive en la matière et éviter d'apprécier l'éventuelle nature publique des données à caractère personnel qu'elles collectent seulement au moment où elles sont saisies d'une demande d'accès du public à un document contenant des données à caractère personnel.

III.1. Mise en balance des différents intérêts en jeu

Les situations compliquées peuvent être évitées si une approche proactive est adoptée.

Le CEPD estime que les institutions doivent évaluer à l'avance la mesure dans laquelle le traitement comprend ou pourrait comprendre la divulgation des données. Si une telle divulgation est envisagée, elles doivent le faire savoir clairement aux personnes concernées avant la collecte des données ou à tout le moins au moment où celle-ci est effectuée.

L'approche proactive garantit qu'en cas de divulgation de données à caractère personnel par les institutions de l'UE, les personnes concernées sont bien informées et qu'elles ont la possibilité d'invoquer leurs droits en vertu du règlement relatif à la protection des données.

L'approche proactive implique de mettre en balance les intérêts publics qui soutiennent la transparence et les intérêts protégés par les règles en matière de protection des données avant la collecte des données ou à tout le moins au moment où celle-ci est effectuée, et donc avant qu'une demande d'accès soit formulée.

Il va de soi que, dans de nombreux cas, la mise en balance des différents intérêts en jeu favorise la non-divulgation des données à caractère personnel. Par exemple, il ne

fait aucun doute que les dossiers médicaux des fonctionnaires de l'UE ne doivent pas être publiés.

En revanche, il existe aussi certaines situations dans lesquelles cette mise en balance favorise la transparence.

De manière générale, il peut en être ainsi des données à caractère personnel contenues dans des documents se rapportant aux actes publics d'une personnalité publique ou se rapportant uniquement aux activités professionnelles de la personne concernée.

À ce propos, le CEPD souhaite évoquer la discussion de la réforme du règlement relatif à l'accès du public aux documents, qui a été proposée par la Commission en avril 2008¹⁹. Cette discussion porte notamment sur la manière de préciser le rapport entre le règlement relatif à l'accès du public aux documents et le règlement relatif à la protection des données. Le CEPD a publié un avis sur la proposition de la Commission en juin 2008 et souligné, en les expliquant de façon plus approfondie, les principaux points de cet avis dans ses observations de février 2009²⁰. Deux rapports ont été adoptés par le Parlement européen dans le cadre de cette procédure législative²¹. Aucun document public concernant la position du Conseil n'est disponible. En outre, le CEPD souhaite renvoyer à son analyse développée dans le document de référence de 2005²². Les lignes directrices qui y sont présentées sur la mise en balance des intérêts *après* qu'une demande d'accès a été formulée restent valables de la même manière que pour l'évaluation réalisée *avant* la collecte de données.

Le résultat de ce critère de mise en balance peut déjà être déterminé par le législateur dans certaines situations. Si le résultat favorise la transparence, la législation peut obliger les institutions à divulguer les informations personnelles. La base juridique permettant la divulgation des données à caractère personnel figure à l'article 5, point b), du règlement relatif à la protection des données, qui dispose que les données à caractère personnel peuvent être traitées si le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis. Le répertoire en ligne de la Commission, qui contient des informations professionnelles générales sur ses fonctionnaires, en est un bon exemple²³.

Cette législation doit bien sûr être compatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁴. Ainsi que la Cour de justice européenne l'a

¹⁹ Voir COM(2008)229 final du 30 avril 2008.

²⁰ Avis du 30 juin 2008, JO 2008, C 2/7. Les observations du 16 février 2009 se trouvent sur le site web du CEPD (<http://www.edps.europa.eu>, rubrique «consultations» >> «observations»).

²¹ Rapport P6_TA(2009)0114 du 11 mars 2009 (séance plénière) et, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, rapport PE 439.989v01-00 du 12 mai 2010 (commission LIBE).

²² Voir notamment les pages 36 à 40 du document de référence.

²³ Voir http://ec.europa.eu/staffdir/plsql/gsys_tel.display_search?pLang=FR.

²⁴ Voir l'arrêt du 20 mai 2003 dans les affaires jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Rundfunk*, et l'arrêt du 9 novembre 2010 dans les affaires jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke*.

affirmé dans l'arrêt *Schecke*, cela implique de vérifier que l'obligation est proportionnée au but légitime recherché²⁵.

En l'absence d'une obligation légale spécifique, les institutions doivent apprécier elles-mêmes l'équilibre entre les différents intérêts en jeu. Le CEPD est d'avis que les institutions doivent le faire à titre de bonne pratique avant la collecte des données ou à tout le moins au moment où celle-ci est effectuée.

D'un côté, cela découle des principes de transparence, de bonne administration et de bonne gouvernance consacrés dans les traités et dans la Charte de l'UE. L'article premier TUE dispose que les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture, tandis que l'article 15 TFUE oblige les institutions, organes et organismes de l'Union à œuvrer dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture. En outre, le public a droit à une bonne gouvernance, comme le prévoit l'article 15, paragraphe 1, TFUE, ainsi qu'à une bonne administration et à l'accès aux documents, conformément aux articles 41 et 42 de la Charte des droits fondamentaux, respectivement²⁶. D'un autre côté, cette obligation relève du traitement loyal des données garanti par le droit à la protection des données inscrit à l'article 16 TFUE et à l'article 8 de la Charte de l'UE.

Une telle divulgation trouverait sa base juridique dans l'article 5, point a), du règlement relatif à la protection des données, aux termes duquel des données à caractère personnel peuvent être divulguées si ce traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public ou dans l'exercice légitime de l'autorité publique dont est investi l'institution ou l'organe.

Des politiques internes pourraient être élaborées, qui créeraient une présomption de transparence pour certaines des données à caractère personnel évoquées ci-dessus, notamment celles ayant trait aux actes publics d'une personnalité publique ou ayant trait uniquement aux activités professionnelles de la personne concernée.

Il importe de souligner que ces politiques devraient également être conformes aux autres dispositions pertinentes du règlement relatif à la protection des données.

Ainsi, il convient de veiller à ce que des données à caractère personnel ne soient pas divulguées si, en raison de circonstances particulières, il y a une raison de penser que la divulgation pourrait nuire aux intérêts légitimes de la personne concernée²⁷. Les personnes concernées doivent dès lors être informées correctement de la divulgation envisagée et avoir le droit de s'y opposer. Cette question sera abordée de manière plus détaillée au chapitre III, point 2.

²⁵ Idem, point 72. On trouvera aux points 65 à 89 de l'arrêt une analyse minutieuse de la proportionnalité de l'obligation légale qui a été discutée dans l'affaire *Schecke*, à savoir celle de divulguer des données à caractère personnel concernant les bénéficiaires de fonds agricoles.

²⁶ À cet égard, voir le projet de recommandation du Médiateur européen du 29 avril 2010 concernant la plainte 2493/2008/(BB)TS, points 39 à 48 et 100.

²⁷ Voir également les pages 12 et 13 du rapport du PE du 11 mars 2009 et les pages 33 et 34 du rapport du PE du 12 mai 2010. Des lignes directrices applicables aux situations dans lesquelles une présomption de transparence ne se justifie pas peuvent être déduites de la jurisprudence de la Cour. Voir par exemple l'arrêt du 7 novembre 1985 dans l'affaire 145/83, *Adams/Commission*, l'arrêt du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-259/03, *Nikolaou/Commission*, et l'arrêt du 24 septembre 2008 dans l'affaire T-412/05, *M./Médiateur européen*.

En outre, le respect du règlement relatif à la protection des données implique que la divulgation doit soit être la finalité du traitement (ou en faire partie), soit ne pas être incompatible avec la finalité pour laquelle les données sont collectées (voir l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement relatif à la protection des données). Les données collectées doivent par ailleurs être nécessaires et proportionnées au but poursuivi. L'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement relatif à la protection des données dispose que le traitement doit être adéquat, pertinent et non excessif au regard des finalités pour lesquelles les données à caractère personnel sont traitées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement.

III.2. Informer les personnes concernées et garantir leur droit d'opposition

L'institution concernée a pour obligation, en tant que responsable du traitement, d'informer la personne concernée au moment de la collecte des données, notamment de la finalité du traitement auquel les données sont destinées et des destinataires ou catégories de destinataires des données (voir les articles 11 et 12 du règlement relatif à la protection des données). Cette obligation doit être interprétée comme relevant de la transparence du traitement des données, qui découle de l'obligation de traiter les données loyalement, ainsi que l'article 4, paragraphe 1, point a), du règlement relatif à la protection des données le prévoit.

Dans le contexte de l'approche proactive, lorsqu'elle informe la personne concernée de la finalité du traitement au moment de la collecte, l'institution doit lui fournir le plus d'informations possibles sur la question de savoir si la divulgation des données constitue la finalité de la collecte (ou fait partie de celle-ci), ou si elle sera considérée comme une forme de traitement des données n'étant pas incompatible avec la finalité de la collecte.

Il existe parfois des circonstances dans lesquelles la personne concernée peut raisonnablement s'attendre à la divulgation publique des données la concernant, mais cette dernière ne peut être présumée que dans des cas très clairs.

Dans les situations où la divulgation publique n'est pas annoncée sans condition au moment de la collecte des données, le CEPD considère qu'un traitement loyal (article 4, paragraphe 1, point a), du règlement relatif à la protection des données) suppose d'informer ultérieurement la personne concernée, avant que les données soient effectivement divulguées.

Le fait d'informer la personne concernée de la divulgation envisagée lui permet d'invoquer ses droits en vertu du règlement relatif à la protection des données, et notamment le droit de s'opposer au traitement de ses données (voir l'article 18 du règlement relatif à la protection des données). La personne concernée peut exercer ce droit «pour des raisons impérieuses et légitimes tenant à sa situation particulière». En cas d'objection justifiée, les données ne peuvent être divulguées.

Pour ce qui est du droit d'opposition, il y a une distinction importante à faire entre le traitement des données sur la base de l'article 5, point b) (obligation légale) et sur la base de l'article 5, point a) (mission effectuée dans l'intérêt public). Si les données sont traitées sur la base d'une obligation légale, ce traitement se trouve hors de portée

du droit prévu à l'article 18, point a), du règlement relatif à la protection des données, et la personne concernée n'a pas le droit de s'y opposer. Toutefois, si l'obligation légale n'est pas inconditionnelle et si elle prévoit, par exemple, l'exception mentionnée au paragraphe précédent, à savoir que les données ne seront pas divulguées s'il existe une raison de croire que la divulgation porterait atteinte aux intérêts légitimes de cette personne et si la personne concernée est informée correctement à l'avance, celle-ci aura l'occasion d'avancer des raisons pour lesquelles elle estime que cette exception s'applique à elle.

Bien que les données puissent également être divulguées avec le consentement de la personne concernée (voir l'article 5, point d), du règlement relatif à la protection des données), cette option n'est pas prioritaire²⁸ et elle est soumise à des conditions très strictes: tout consentement doit être manifesté par une volonté libre, spécifique et informée et être indubitable²⁹. Ces conditions vont manifestement au-delà d'une simple information de la personne concernée et nécessitent normalement sa participation active. D'un autre côté, le consentement n'est pas requis lorsque d'autres options disponibles fournissent un motif adéquat pour un traitement légitime. À l'exception d'obligations légales inconditionnelles, la participation de la personne concernée est garantie de la manière que l'on vient de décrire, lorsqu'elle est bien informée et mise en mesure d'invoquer son droit d'opposition ou d'avancer des arguments exposant les raisons pour lesquelles la nature conditionnelle de l'obligation légale s'applique à sa situation spécifique.

III.3. La voie à suivre

Ainsi qu'il a été relevé, la divulgation de données à caractère personnel peut être prévue dans une législation future, auquel cas la base d'un traitement loyal sera fournie par l'article 5, point b), du règlement relatif à la protection des données.

Toutefois, dans le cadre de la législation actuelle, la voie la plus pratique à suivre semble être que les institutions de l'UE élaborent des politiques déterminant l'approche proactive à adopter en la matière. Comme il a été exposé, la base juridique pour la divulgation des données pourrait alors résider dans l'article 5, point a), du règlement relatif à la protection des données.

Ces politiques devraient refléter le résultat d'un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu. Elles doivent être pleinement conformes aux dispositions pertinentes du règlement relatif à la protection des données, comme indiqué ci-dessus.

Le CEPD encourage les institutions, agences et organes de l'UE à entretenir une coopération constructive entre elles lorsqu'elles élaborent ces politiques et à apprendre les unes des autres en échangeant des exemples de bonnes pratiques.

Résumé de l'approche proactive

²⁸ L'article 5 ne mentionne le «consentement» qu'après a) «nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public», b) «nécessaire au respect d'une obligation légale» et c) «nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie».

²⁹ Voir l'article 2, point h), et l'article 5, point d).

- Les institutions doivent évaluer et communiquer ensuite clairement aux personnes concernées, avant la collecte des données ou à tout le moins au moment où celle-ci est effectuée, la mesure dans laquelle le traitement comprend ou pourrait comprendre la divulgation des données.
- Cela implique que la mise en balance des intérêts publics qui sous-tendent la transparence et des intérêts protégés par les règles en matière de protection des données doit être effectuée à l'avance, avant la collecte des données ou à tout le moins au moment où celle-ci est effectuée et donc avant qu'une demande d'accès soit formulée.
- L'approche proactive garantit qu'en cas de divulgation de données à caractère personnel par les institutions de l'UE, les personnes concernées sont bien informées et qu'elles ont la possibilité d'invoquer leurs droits en vertu du règlement relatif à la protection des données.
- Des politiques internes pourraient être élaborées, qui créeraient une présomption de transparence pour certaines données à caractère personnel, notamment celles ayant trait aux actes publics d'une personnalité publique ou ayant trait uniquement aux activités professionnelles de la personne concernée.
- Des données à caractère personnel ne doivent pas être divulguées si, en raison de circonstances particulières, il y a une raison de penser que la divulgation pourrait nuire aux intérêts légitimes d'une personne concernée déterminée.
- Ces politiques doivent être pleinement conformes aux règles en matière de protection des données. Les personnes concernées doivent par exemple être informées correctement de la divulgation des données collectées et être mises en mesure de s'opposer à la divulgation.

IV. Comment réagir aux demandes d'accès du public à des documents?

IV.1. L'accès en vertu de l'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données

L'approche proactive examinée au chapitre précédent peut entraîner la divulgation d'un document contenant des données à caractère personnel de la propre initiative d'une institution, par exemple à travers le registre public ou directement sur l'internet. Comme exposé précédemment, l'article 8, point b), ne s'applique pas lorsqu'un accès est obtenu à des données qui, au moment de la demande, sont déjà à la disposition du public d'une manière légitime.

À défaut d'une approche proactive, une divulgation à la suite d'une demande doit être traitée par l'institution concernée conformément à l'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données. C'est ce qui découle de l'arrêt rendu dans l'affaire *Bavarian Lager*.

L'article 8, point b), en plus des autres dispositions fondamentales du règlement relatif à la protection des données, fixe les conditions auxquelles un accès à des données à caractère personnel peut être accordé. Cela implique, comme il a déjà été indiqué, que 1) le destinataire doit prouver la nécessité du transfert des données et que 2) l'institution doit vérifier s'il n'existe aucune raison de penser que le transfert pourrait porter atteinte aux intérêts légitimes de la personne concernée. D'après la Cour, l'article 8, point b), implique que l'institution concernée doit mettre en balance les intérêts en jeu³⁰.

Le résultat de l'appréciation visée à l'article 8, point b), dépend naturellement des circonstances de l'espèce.

Ces deux conditions seront à présent abordées séparément. Il convient de garder à l'esprit qu'une divulgation effective n'est autorisée que si *les deux* conditions sont satisfaites. Ainsi, même si la nécessité du transfert est prouvée (premier membre), le second membre de l'article 8, point b), qui assure le respect des intérêts légitimes des personnes concernées, doit encore être examiné.

Le premier membre de l'article 8, point b)

Pour ce qui est du premier membre de l'article 8, point b), il ressort de l'arrêt rendu dans l'affaire *Bavarian Lager* qu'il ne suffit pas que le destinataire se borne à invoquer les intérêts généraux de transparence lorsqu'il demande l'accès à un document contenant des données à caractère personnel. C'est ce que *Bavarian Lager* avait fait, au moins implicitement, en fondant sa demande sur le règlement relatif à l'accès du public aux documents.

Dans la plupart des cas, le demandeur tente de démontrer la nécessité du transfert des données en excipant d'un intérêt individuel particulier (par exemple, pour servir de preuve dans un procès). Si la nécessité est prouvée et qu'il n'est pas porté atteinte aux intérêts légitimes de la personne concernée (deuxième membre de l'article 8, point b), voir ci-dessous), les institutions décident au cas par cas de fournir le document au demandeur. Ensuite, le destinataire est autorisé à utiliser les données pour la finalité spécifique pour laquelle elles ont été collectées et est tenu de respecter les règles nationales en matière de protection des données. Dans ces cas, la divulgation est basée sur le règlement relatif à la protection des données et non sur le règlement relatif à l'accès du public aux documents: on ne parle plus d'accès du public au sens où le document est accessible au grand public, mais d'un *accès individuel privilégié*³¹.

Il existe toutefois des situations dans lesquelles cette première condition visée à l'article 8, point b), peut être satisfaite pour des raisons générales de transparence, sans que le demandeur n'ait à fournir de justification expresse et légitime afin de démontrer la nécessité de la publication. Dans ces cas-là, une approche proactive a été adoptée; les données étaient, en principe, légitimement destinées à être publiées³², mais la divulgation n'a pas encore eu lieu ou la divulgation à la suite d'une demande

³⁰ Voir point 78 de l'arrêt.

³¹ Si les données demandées constituent des données à caractère personnel concernant le demandeur, la demande d'accès est traitée dans le cadre de l'article 13 du règlement relatif à la protection des données.

³² Voir l'analyse présentée au chapitre III.

ne serait pas conforme aux conditions d'accès du public telles qu'annoncées lors de la phase proactive.

Dans ce genre de cas, l'intérêt général que revêt la divulgation des données aux fins de la transparence peut être tenu pour manifeste en application de la première condition visée à l'article 8, point b).

On peut en outre concevoir qu'il existe des circonstances dans lesquelles le demandeur peut être en mesure de prouver la nécessité du transfert des données pour des raisons étroitement liées aux intérêts généraux de transparence. Cela peut notamment être le cas lorsqu'un journaliste demande d'accéder à certaines informations afin de lancer ou d'alimenter un débat d'intérêt public.

Le second membre de l'article 8, point b)

Comme il a été indiqué, la divulgation effective n'est possible que si le second membre de l'article 8, point b), est également examiné. La question qui se pose est la suivante: comment l'institution concernée doit-elle établir si le transfert des données est susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes de la personne concernée? D'après le libellé de l'article 8, point b), s'il n'existe aucune raison de penser que tel est le cas, le transfert peut avoir lieu pour autant que le destinataire ait prouvé la nécessité du transfert des données (première condition). Toutefois, en cas de doute, il semble raisonnable que la personne concernée soit invitée à présenter son point de vue sur le transfert éventuel. L'invitation à présenter son point de vue ne doit pas être considérée comme une demande de consentement au transfert. Une telle interprétation viderait de sa substance la mise en balance nécessaire des intérêts, que la Cour déduit de l'article 8, point b). Il convient plutôt de considérer que cette invitation permet à l'institution concernée de prendre une décision en connaissance de cause. La personne concernée doit de toute façon être informée du transfert envisagé, de manière à être en mesure d'invoquer son droit d'opposition, conformément à l'article 18 du règlement relatif à la protection des données.

IV.2. L'accès en vertu de l'article 9 du règlement relatif à la protection des données

Les explications ci-dessus soulèvent la question de ce qu'il y a lieu de faire lorsque la personne qui demande de consulter un document contenant des données à caractère personnel ne relève *pas* du champ d'application de la directive 95/46, c'est-à-dire lorsqu'elle est établie en dehors de l'UE. Un tel transfert n'est pas régi par l'article 8 du règlement relatif à la protection des données, mais est soumis à des conditions plus strictes, énoncées à l'article 9 du règlement relatif à la protection des données.

À cet égard, le CEPD souhaite souligner que, comme dans le cas de l'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données, l'article 9 dudit règlement ne fait pas obstacle à la divulgation active, par une institution, d'un document contenant des données à caractère personnel, par exemple sur l'internet³³.

L'article 9 entre en jeu si le document n'a pas encore été divulgué au public et si une demande spécifique d'accès est introduite. La règle générale contenue dans l'article 9,

³³ Voir l'arrêt du 6 novembre 2003 dans l'affaire C-101/01, *Lindqvist*, points 56 et suivants.

paragraphe 1, énonce que les données à caractère personnel ne peuvent être transférées que pour autant 1) qu'un niveau de protection adéquat soit assuré dans le pays du destinataire, et 2) que ce transfert vise exclusivement à permettre l'exécution des missions qui relèvent de la compétence du responsable du traitement.

Il découle de cette disposition qu'en principe, il ne sera pas possible d'autoriser une demande d'accès du public à un document contenant des données à caractère personnel. Le demandeur qui sollicite un accès sur la base du règlement relatif à l'accès du public aux documents ne satisfera pas facilement à la seconde condition. En outre, la présence d'un niveau de protection adéquat n'a été formellement établie que pour un nombre assez limité de pays³⁴.

Il existe toutefois des exceptions à la règle générale fixée par l'article 9, paragraphe 6, du règlement relatif à la protection des données. Ainsi, l'exception contenue à l'article 9, paragraphe 6, point f), est applicable dans le cas d'espèce. Aux termes de cette disposition, des données à caractère personnel peuvent être transférées si le transfert est effectué à partir d'un registre qui, conformément à la législation communautaire, est destiné à l'information du public et est ouvert à la consultation du public ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime.

Conformément à l'esprit de l'article 9, paragraphe 6, point f), le CEPD estime que la divulgation d'un document contenant des données à caractère personnel à une personne à laquelle la directive 95/46 ne s'applique pas est autorisée si la divulgation publique du document était déjà prévue au moment de la collecte de ces données.

L'article 9, paragraphe 6, point f), autorise également un transfert de données à caractère personnel si le demandeur justifie d'un intérêt légitime. Toutefois, la condition préalable est que le transfert soit effectué à partir d'un registre destiné à l'information du public.

Si le document ne peut pas être communiqué sur la base de l'article 9, paragraphe 6, point f), le transfert des données doit être conforme à la règle générale contenue à l'article 9, paragraphe 1, ou remplir les conditions de l'une des autres exceptions prévues à l'article 9, paragraphe 6. Cela ne donnera toutefois pas lieu à un accès du public au document.

Conséquence pratique de cela, en l'absence d'une approche proactive ou de l'applicabilité d'une éventuelle exception, les institutions doivent vérifier, en cas de demande de document contenant des données à caractère personnel, le lieu d'établissement du demandeur afin de déterminer lequel de l'article 8 ou de l'article 9 du règlement relatif à la protection des données est applicable.

En résumé

- L'article 8, point b), du règlement relatif à la protection des données ne s'applique pas lorsque l'accès est obtenu à des données qui, au moment de la

³⁴ Pour une vue d'ensemble, voir

http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/thridcountries/index_en.htm.

demande, sont déjà à la disposition du public d'une manière légitime.

- En vertu de l'article 8, point b), les démarches suivantes doivent être entreprises:
 - le destinataire doit prouver la nécessité du transfert des données, sauf si la raison pour laquelle les données sont divulguées est manifeste;
 - l'institution doit mettre en balance les différents intérêts en jeu;
 - l'institution doit examiner s'il existe une quelconque raison de croire que les intérêts légitimes de la personne concernée pourraient être lésés (le consentement de la personne concernée n'est pas exigé, la personne concernée peut être invitée à présenter son point de vue).
- L'analyse effectuée dans le cadre de l'article 8, point b), peut donner lieu à un accès individuel privilégié, à un accès du public ou à un refus d'octroyer l'accès.
- L'article 9 du règlement relatif à la protection des données s'applique aux demandes d'accès à des documents contenant des données à caractère personnel si le demandeur est établi en dehors de l'UE.

V. Conclusions

Le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit d'accès du public aux documents sont deux principes démocratiques fondamentaux qui, ensemble, renforcent la position de l'individu face à l'administration et qui, normalement, vont très bien de pair. Dans les cas où les intérêts qui sous-tendent ces principes sont en conflit, une évaluation raisonnable doit être effectuée compte tenu du fait que ces deux principes sont de même importance.

Dans l'affaire *Bavarian Lager*, la Cour a adopté sur cette question une approche différente de celle du CEPD, exposée dans le document de référence de 2005. Le présent document supplémentaire expose la position du CEPD sur la question à la suite de l'arrêt et fournit de nouvelles orientations quant à la manière de garantir le respect des règles en matière de protection des données tout en assurant l'ouverture et la transparence.

Le CEPD est persuadé que l'interprétation donnée par la Cour permettra aux institutions de réaliser un juste équilibre entre ces deux principes fondamentaux. Il souligne cependant qu'une solution effective impose de suivre une approche proactive. Comme il a été expliqué dans ce document supplémentaire, le CEPD pense que les institutions doivent adopter une approche proactive à titre de bonne pratique. Aussi appelle-t-il instamment les institutions à élaborer des politiques et à entretenir une coopération constructive en la matière.

À plus long terme, le CEPD maintient qu'il est nécessaire d'adopter un cadre juridique général qui donne des orientations législatives plus substantielles sur la manière de réaliser un juste équilibre entre les deux principes fondamentaux de la protection des données et de la transparence. Le CEPD presse dès lors le législateur

de l'UE de poursuivre la révision du règlement relatif à l'accès du public aux documents et à élaborer un cadre juridique qui permettra d'atteindre un accord commun³⁵.

Bruxelles, le 24 mars 2011

³⁵ Voir le communiqué de presse du 30 juin 2010, disponible sur le site web du CEPD (<http://www.edps.europa.eu>).