

N° 427401 – M. A...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 9 octobre 2020

Lecture du 4 novembre 2020

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

Comment concilier protection de la vie privée et transparence de la vie publique ? Cette question de société, très simple dans son exposé et très concrète dans ses implications, suppose, sur un plan strictement juridique, de concilier deux exigences constitutionnelles, l'une découlant de l'article 2 de la Déclaration de 1789, qui garantit le droit au respect de la vie privée, l'autre de son article 15, dont on sait depuis peu qu'il consacre le droit d'accès aux documents administratifs¹.

Pour ce qui concerne la **publication des documents administratifs**, le curseur est assez précisément réglé par les textes. En effet, sauf disposition législative contraire ou accord des personnes concernées, ces documents doivent être anonymisés préalablement à leur diffusion publique². Il n'existe en revanche aucune obligation générale d'occultation des données à caractère personnel préalablement à la **communication de documents administratifs sur demande**. Seul est confidentiel à l'égard des tiers un sous-ensemble de ces données, le cœur, en quelque sorte, constitué des mentions **dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée**, celles qui portent une **appréciation ou un jugement de valeur** sur la personne et celles qui révèlent le **comportement** d'une personne physique et dont la divulgation pourrait lui porter préjudice, en vertu de l'article L. 311-6 du CRPA, issu de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978³. Pour les autres données à caractère personnel, la

¹ Conseil constitutionnel, n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, cons. 8.

² V. le 2^{ème} alinéa de l'art. L. 312-1-2 du code des relations entre le public et l'administration). Il en va différemment des documents nécessaires à l'information du public qui relèvent des catégories mentionnées à l'article D. 312-1-3 du même code des relations entre le public et l'administration, par exemple les organigrammes administratifs, qui peuvent voire doivent être publiés intégralement, y compris en ce qu'ils comportent les données personnelles d'agents publics.

³ Sans préjudice, naturellement, des autres secrets protégés par la loi énumérés aux articles L. 311-5 et L. 311-6 du CRPA.

protection des personnes concernées est assurée par les règles de droit commun résultant de la loi du 6 janvier 1978 et du RGPD.

De fait, de nombreuses données à caractère personnel détenues par l'administration dans le cadre de ses missions de service public sont, de très longue date, regardées par la CADA et par vous-même comme communicables parce qu'elles ne présentent pas une sensibilité telle qu'elle justifierait de priver les citoyens du droit légitime de les connaître. Tel est le cas, par exemple, des dossiers de demande de permis de construire⁴, alors même qu'ils renseignent sur les intentions immobilières des pétitionnaires, de nombreuses autres autorisations délivrées par l'administration, dont il est légitime que les citoyens aient connaissance, ou d'informations concernant des avantages et subventions octroyés à des personnes physiques par les collectivités publiques, qui engagent les finances publiques.

La présente affaire pose la question de la communicabilité des données personnelles qui se rapportent aux **agents publics** et, plus précisément, à leur **temps de travail**.

S'estimant maltraité dans l'attribution des heures supplémentaires, M. A..., professeur agrégé enseignant dans un lycée, a engagé une action contentieuse pour obtenir réparation du préjudice correspondant. Il a souhaité étayer ce recours en produisant le nombre d'heures supplémentaires effectuées par cinq de ses collègues, telles qu'elles figurent sur leurs bulletins de paie. Le recteur de l'académie de Bordeaux lui a communiqué ces documents mais en a préalablement occulté la plupart des mentions qu'ils contiennent, pour ne laisser apparaître que le traitement brut, le grade, l'échelon et l'indice, ce qui ne lui évidemment pas donné satisfaction.

Vous devrez annuler le jugement qui rejette sa demande d'annulation de ce refus de communication car le dossier ne fait pas ressortir que l'unique mémoire en défense de l'administration aurait été communiqué au requérant⁵. Et vous ne pouvez neutraliser cet oubli en considérant qu'il n'a pu préjudicier aux parties, par application de votre jurisprudence *Communauté d'agglomération Val de Garonne* (7 juillet 2004, n° 256398, aux T.), dans la mesure où le cadre juridique qu'il rappelle et, surtout, les circonstances de fait qu'il comporte sont repris par le jugement.

Vous réglerez l'affaire au fond pour trancher l'importante question de fond que soulève ce litige.

⁴ V. rejetant la demande de communication de dossiers de permis de construire en raison seulement de l'ampleur de la demande : CE, 8 janvier 1992, C..., n° 113042.

⁵ L'instruction a pourtant été rouverte le lendemain de sa production.

Précisons à titre liminaire que, comme nous avons déjà eu l'occasion de vous le proposer, il y a lieu de vous placer à la date de votre décision pour apprécier la légalité du refus de communication opposé à M. A.... Votre Assemblée du contentieux l'a jugé pour la consultation des archives publiques dans sa décision *G...* du 12 juin 2020 (n° 422327, au Rec.). Or les raisons qui l'y ont conduites, explicitées par les conclusions d'Anne Iljic, sont parfaitement transposables aux refus d'accès aux documents administratifs. Du reste, tout document administratif étant une archive publique, quiconque peut se prévaloir du code du patrimoine pour en obtenir communication dans les mêmes conditions. Un dédoublement de l'office du juge serait incohérent. En l'occurrence, cette « appréciation dynamique » conduit notamment à tenir compte de l'entrée en application du RGPD, à supposer que ce texte vous paraisse pertinent pour résoudre ce litige – nous y reviendrons.

Les agents publics bénéficient assurément du droit à la protection de leur vie privée, au même titre que tout citoyen. L'étendue de ce droit est identique pour ce qui concerne leur **situation personnelle**, qu'il s'agisse de leur situation familiale, de l'adresse de leur domicile personnel⁶ ou de leur vie intime, par exemple.

Il en va différemment de leur **situation professionnelle**. Des informations qui sont confidentielles lorsqu'elles se rapportent aux salariés d'une entreprise⁷ sont susceptibles de « tomber dans le domaine public » lorsqu'elles concernent un agent public. Ce dernier doit, dans une certaine mesure, assumer la publicité qui s'attache aux fonctions qu'il a acceptées, avec les autres sujétions qui en découlent⁸, afin d'assurer une certaine transparence sur la conduite des affaires publiques⁹. Vous avez ainsi, de longue date, écarté le raisonnement

⁶ V. sur ce dernier point : Cass. 1^{ère} civ., 6 novembre 1990, n° 89-15246, Bull. civ. 1990, I, n° 238. Sur le visage d'un fonctionnaire procédant à un contrôle fiscal : Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2015, n° 13-25.634.

⁷ Il est certain en effet que des informations relatives à l'activité professionnelle d'une personne relèvent (aussi) de sa vie privée au sens de l'article L. 311-6 du CRPA (comme au regard de l'article 8 de la CESDH : CEDH, 16 février 2000, *Amann c/ Suisse* ; 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie* : « aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles (...) de la notion de vie « privée » »).

⁸ Comme les personnes qui, titulaires d'un mandat syndical dans la fonction publique, se sont portées volontaires pour assumer publiquement des responsabilités dans l'intérêt des organisations syndicales (CE, 14 novembre 2018, *Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche*, n° 409936, aux T., qui en déduit la communicabilité de la liste nominative des bénéficiaires décharges de service). V. aussi le point 119 du jugement du TPIUE du 15 juillet 2015, *Gert-Jan Dennekamp contre Parlement européen*, qui expose très clairement ce raisonnement s'agissant des membres du Parlement.

⁹ Afin, notamment, de « permettre la participation de la collectivité à la gouvernance publique », pour reprendre une formule de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottsag c/ Hongrie*, n° 18030/11, § 161). Cet arrêt écarte toute atteinte au droit au respect de la vie privée s'agissant de la divulgation de données relatives aux noms d'avocats commis d'office et du nombre de fois où ils l'ont été : « La demande de communication de ces noms, qui étaient certes des données à caractère personnel, se rapportait

consistant à regarder la qualité d'agent public et l'emploi exercé comme le fruit d'un choix de vie des agents qui devrait être maintenu dans leur sphère privée, en jugeant que ces données se rattachent à **l'organisation et au fonctionnement de l'administration** (CE, 28 décembre 1992, *Ministre délégué chargé du budget c/ Association « Maison de la défense »*, n° 107176, aux T.¹⁰ ; V. aussi : sur l'identification de l'**employeur** d'un agent public : CE, 10 avril 1991, *Commune de Louviers*, n° 112904, aux T.).

Vous avez transposé ce raisonnement aux bulletins de paie des agents publics¹¹, qui constituent des documents administratifs communicables sous les réserves prévues à l'article L. 311-6 du CRPA. A ce titre, vous avez précisé qu'il n'y a pas lieu d'occulter les **éléments de leur rémunération qui résultent de l'application des règles régissant l'emploi concerné** (CE, 24 avril 2013, *Syndicat CFDT Culture*, n° 343024, aux T. ; CE, 26 mai 2014, *Communauté d'agglomération de Bayonne-Anglet-Biarritz*, n° 342339, aux T.). A l'inverse, le montant des primes variables, qui dépend de la manière de servir de l'agent, n'est pas communicable, non pas parce que sa divulgation porterait atteinte à la protection de la vie privée, mais parce qu'elle traduit une appréciation d'ordre ou un jugement de valeur sur une personne physique (V. par analogie : CE, 10 mars 2010, *Commune de Sète*, n° 303814, au Rec.¹²).

Dans ses conclusions sur les affaires de 2013 et 2014, Edouard Crépey indiquait que le principe est celui de la communicabilité de la rémunération des agents publics, qui n'est pas par elle-même couverte par le secret de la vie privée. Ce secret s'oppose seulement à la

principalement à la conduite d'activités professionnelles dans le cadre de procédures publiques. En ce sens, les activités professionnelles des avocats commis d'office ne peuvent être considérées comme une question privée. De plus, les informations recherchées n'avaient pas trait aux actions ou aux décisions de ces avocats dans le cadre de l'accomplissement de leur tâche de conseil juridique ni à leurs consultations avec leurs clients. Le Gouvernement n'a pas démontré que la divulgation des informations que la requérante avait sollicitées précisément aux fins d'alimenter l'enquête eût pu porter atteinte à la jouissance par les avocats concernés de leur droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. (...) La Cour considère également que la divulgation du nom des avocats commis d'office et du nombre de fois où chacun d'eux avait été commis n'aurait pas constitué, les concernant, des révélations allant au-delà de ce à quoi ils pouvaient s'attendre en s'inscrivant comme avocats susceptibles d'être commis d'office. ».

¹⁰ A l'époque où la loi du 17 juillet 1978 réservait la communication des « documents nominatifs » aux intéressés.

¹¹ Si le droit à un bulletin de paie en cas de service fait a été récemment consacré par les textes (V. art. 1er du décret n° 2016-1073 du 3 août 2016 relatif à la mise à disposition et à la conservation sur support électronique des bulletins de paie et de solde des agents civils de l'Etat, des magistrats et des militaires), aucun texte n'en fixe le contenu.

¹² Décision qui transpose aux arrêtés municipaux, dont la communication est régie par l'article L. 2121-26 du code général des collectivités territoriales, l'exception figurant à l'article L. 311-6 du CRPA (anciennement article 6 de la loi du 17 juillet 1978), sans toutefois en faire une application directe. La décision repose sur l'objectif poursuivi par ce régime spécial, qui est d'informer le public sur la gestion municipale.

divulgarion des mentions relatives à des éléments particuliers de rémunération, comme un supplément familial de traitement ou des indemnités pour travaux supplémentaires, révélant respectivement la situation de famille et les « horaires de travail ».

Nous partageons la philosophie générale exprimée par notre collègue, mais il ne nous paraît pas possible de mettre sur le même plan les deux types d'informations qu'il cite en exemples. Le nombre d'enfants d'un agent public se rapporte à sa situation personnelle qui, comme on l'a dit, doit bénéficier de la même protection que celle des personnes n'ayant pas cette qualité. Son temps de travail, en revanche, se rapporte à l'exercice de ses fonctions publiques.

A cet égard, nous n'avons guère de doute que le **temps de travail réglementaire**, c'est-à-dire celui que l'agent doit théoriquement effectuer pour s'acquitter de ses obligations, constitue une information communicable. C'est le présupposé de vos décisions de 2013 et 2014 qui admettent la communicabilité du traitement brut. Ce traitement fait en effet l'objet d'une réfaction en fonction de la durée de travail réglementaire. Il en est ainsi, évidemment, du point de savoir si l'agent occupe un emploi à temps complet ou incomplet et la quotité correspondante, qui constituent des caractéristiques objectives du poste, sur lesquelles l'agent n'a aucune prise, mais aussi, à notre avis, la situation de temps partiel, alors même qu'elle procède d'un choix de sa part, plus ou moins contraint d'ailleurs. Ce choix ne révèle en lui-même aucune information mettant en cause la protection de la vie privée due à l'agent, tant ses raisons peuvent être diverses. Il en va tout différemment du motif invoqué par l'agent à l'appui de la demande de temps partiel, qui est assurément une information confidentielle.

On peut davantage hésiter s'agissant du **nombre d'heures réellement effectuées**.

Il semble se déduire de vos décisions de 2013 et 2014 que le public a, à tout le moins, le droit de savoir que le service a été intégralement fait, puisque, dans le cas contraire, une retenue sur traitement est pratiquée. Les raisons d'une telle retenue peuvent être très variées, de l'absence injustifiée à l'exercice du droit de grève¹³. L'absence de service fait peut procéder du simple constat que l'agent s'est abstenu d'effectuer des heures de services comme d'une appréciation sur l'exécution effective de ses obligations de service¹⁴.

¹³ En droit du travail, il est interdit de faire mention de l'exercice du droit de grève sur le bulletin de paie (art. R. 3243-4 du code du travail).

¹⁴ V. l'article 4 de la loi de finances rectificative du 29 juillet 1961. En l'absence de précision sur le bulletin de paie et, en particulier, d'indication du motif de la retenue celle-ci ne renseigne guère que sur l'ampleur du service fait, c'est-à-dire le temps de travail effectif de l'agent au profit de la collectivité qui l'emploie, qui se rattache davantage à la sphère publique qu'à la sphère privée de l'agent. A l'inverse, s'il est précisé que la retenue est pratiquée en raison, par exemple, du jour de carence, cette information n'est pas communicable puisqu'elle révèle que l'agent a été malade.

De la même façon, le **versement des indemnités horaires pour travaux supplémentaires** se rapporte à l'accomplissement de son service par l'agent. La réalisation d'heures supplémentaires à la demande du chef de service est d'ailleurs une obligation pour les agents, à la seule condition que cette exigence soit légale. Il ne révèle en soi aucun arbitrage entre vie professionnelle et vie privée, pas plus que le montant des indemnités, calculé en fonction du nombre d'heures effectuées, du traitement et de l'indemnité de résidence¹⁵, ne dépend de la situation personnelle de l'agent, ni ne fait intervenir d'appréciation sur sa manière de servir¹⁶. Et nous ne pensons pas qu'on puisse déduire une telle appréciation du seul volume horaire effectué. Les heures supplémentaires sont imposées en fonction des besoins du service, et même si le supérieur hiérarchique peut, dans certains cas, disposer d'un choix entre plusieurs agents disponibles et compétents pour s'acquitter des tâches correspondantes et privilégier le collaborateur qu'il estime être le plus compétent, le lien entre les heures demandées et les qualités des agents est trop distendu et équivoque pour qu'on puisse opposer l'article L. 311-6 du CRPA. Cette information est sans rapport avec le montant d'une prime de performance, par exemple, que vous jugez non communicable, à juste titre.

S'agissant des enseignants du second degré ici en cause, le III de l'article 4 du décret n° 2014-940 du 20 août 2014 prévoit qu'ils peuvent, dans l'intérêt du service, être tenus d'effectuer, « *sauf empêchement pour raison de santé* », une heure supplémentaire hebdomadaire en sus de leur maximum de service¹⁷ - c'est l'« heure supplémentaire année » - HSA, parfois appelée heure de « première chaire ».

Le seul fait que l'enseignant ne soit pas tenu d'effectuer une HSA pour raisons de santé ne suffit certainement pas à considérer que la mention ou l'absence de mention de cette heure supplémentaire sur le bulletin de paie serait une information couverte par le secret de la vie privée, voire le secret médical – ce que l'administration ne soutient d'ailleurs pas. Soit le bulletin de paie la mentionne, et on sait tout au plus que l'état de santé de l'agent n'a pas fait obstacle à la réalisation d'une HSA – comme on sait qu'un agent qui a reçu son traitement plein toute l'année n'était pas cloué au lit. Soit il ne la mentionne pas, et cela peut simplement résulter de ce que l'établissement n'a pas entendu l'imposer à l'enseignant car les nécessités du service ne le justifiaient pas ou parce qu'il a tenu compte d'autres considérations, comme c'est fréquemment le cas (enfants en bas âge, préparation d'un concours...).

¹⁵ Laquelle dépend de la communication d'affectation réelle, et non de l'adresse de l'agent.

¹⁶ On peut davantage hésiter pour l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires lorsque son montant est fixé en fonction notamment du « *supplément de travail fourni* » (V. l'article 3 du décret n° 2002-62 du 14 janvier 2002 pour les administrations centrales). Il peut y avoir place dans ce cas pour une appréciation sur le travail fourni.

¹⁷ Depuis un décret du 11 avril 2019, cette obligation a été portée à deux heures.

En sus de la HSA, les enseignants du second degré peuvent réaliser des heures supplémentaires dites « effectives » - HSE –, cette fois sur la base du volontariat, conformément au décret n° 50-1253 du 6 octobre 1950. Mais le souhait ou le consentement à effectuer des HSE peut répondre à de multiples considérations, de la passion pour son métier au besoin conjoncturel ou structurel d'argent en passant par le désœuvrement ou les nécessités bien comprises du service. Nous peinons à y déceler une information sur un choix de vie privée. Ces HSE donnent lieu au paiement d'une indemnité qui est fonction du traitement et des obligations hebdomadaires¹⁸ et qui ne révèle donc rien de la vie extra-professionnelle de l'agent. Et là encore, et en l'absence de texte prévoyant que les HSE sont allouées en fonction de la manière de servir, nous ne pensons pas que leur volume par agent puisse en soi révéler une appréciation ou un jugement de valeur sur celle-ci. Un tel raisonnement, poussé à l'extrême, conduirait à regarder comme confidentielles les décisions de nomination des agents publics au motif qu'elles traduisent une appréciation sur leurs vertus et leurs talents, conformément à l'article 6 de la Déclaration de 1789.

En définitive, l'hésitation vient seulement, dans notre esprit, de la crainte plus générale que **toute personne puisse connaître le temps de travail effectif de tout agent public** et des dérives qui pourraient en résulter.

Pour répondre à cette question, il nous semble qu'il est nécessaire de déterminer la portée exacte de la protection qu'offrent les règles protégeant les données à caractère personnel contenues dans des documents administratifs – ce que la jurisprudence n'a guère eu l'occasion d'éclairer à notre connaissance.

Il faut se souvenir que la conservation et la réutilisation, quel que soit le procédé utilisé, des données à caractère personnel dont il s'agit¹⁹ constituent un traitement de données à caractère personnel qui doit par ailleurs respecter la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, comme le rappelle

¹⁸ Sur le mode de calcul, voir l'article 2 de ce décret. La (1^{ère}) HSA donne lieu à une majoration de 20 %.

¹⁹ La Cour de justice a eu l'occasion de juger très clairement que la notion de données à caractère personnel ne se confond pas avec celle de données relatives à la vie privée. Ainsi, les opinions exprimées par des experts à titre professionnel, dans le cadre des travaux d'une agence de l'Union, ne relèvent pas de leur vie privée, mais n'en sont pas moins des données à caractère personnel (CJUE, 16 juillet 2015, *ClientEarth et PAN Europe c/ EFSA*, C-615/13, pts. 27-33). V. aussi le conseil de la CADA n° 20180650 du 13 septembre 2018 : « *La commission considère toutefois que certains documents administratifs comportent des données personnelles qui ne sont pas couvertes en tant que telles par le secret de la vie privée. Entrent dans cette catégorie résiduelle les données dont la commission estime que le public doit avoir connaissance, soit au titre de l'organisation du service public, soit afin de pouvoir exercer pleinement son droit de recours. Il en va ainsi par exemple d'un arrêté de nomination d'un agent communal, des mentions relatives au nom et à l'adresse du bénéficiaire d'une autorisation d'urbanisme ou encore des informations librement consignée* ».

l'article L. 322-2 du CRPA. Un tel traitement n'est autorisé que s'il poursuit une finalité légitime et que les données ne sont pas conservées pour une durée excessive. Ce traitement n'est licite que dans les cas prévus à l'article 6 du RGPD, repris à l'article 5 de la loi de 1978. Outre le cas dans lequel l'agent concerné donnerait son consentement, l'exploitation des données collectées à d'autres fins que la mission de service public pour laquelle elles ont été reçues ou produites ne sera en principe possible que si le responsable de traitement démontre que les intérêts légitimes qu'il poursuit l'emportent sur les droits fondamentaux de la ou des personnes concernées²⁰. Il n'est donc pas possible à un citoyen de constituer, pour le plaisir ou pour en faire commerce, et encore moins de publier, une base de données de tous les fonctionnaires de la République avec leurs heures de travail et leur rémunération mensuelle. Par ailleurs, en application de l'article 14 du RGPD, il appartient au détenteur des données, au plus tard un mois après les avoir obtenues, de fournir à la ou aux personnes concernées les informations énumérées au paragraphe 1 de cet article, afin que celle-ci puisse exercer ses droits, notamment d'opposition²¹. Il y a là un important garde-fou à un usage abusif de documents administratifs comportant de telles données.

Ce garde-fou se situe toutefois en **aval**, après que le destinataire des données en a pris connaissance. Mais vous pourriez envisager de loger un contrôle en amont, au stade de l'instruction de la demande de communication des documents administratifs par les administrations.

La communication, par l'administration, de documents administratifs comportant des données à caractère personnel constitue elle-même un traitement de telles données. L'article 86 du RGPD²², éclairé par son considérant 154²³, invite à cet égard les Etats membres à concilier le

²⁰ Les autres bases légales paraissent largement hors sujet, en pratique. Si le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public (5° de l'art. 5), la transmission s'inscrira le plus souvent dans le cadre du régime de transmission des documents administratifs entre autorités administratives prévu à l'article 1^{er} de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Les autres exceptions (nécessité (pré)contractuelle, respect d'une obligation légale, sauvegarde des intérêts vitaux) ne sont amenées à jouer que très marginalement.

²¹ On peut toutefois se demander si le détenteur des données ne pourrait invoquer la dispense du c) du paragraphe 5 de l'article 14, qui vise le cas où la communication des informations est expressément prévue par le droit de l'Etat membre auquel le responsable de traitement est soumis et qui prévoit des mesures appropriées visant à protéger les intérêts légitimes de la personne concernée.

²² « Les données à caractère personnel figurant dans des documents officiels détenus par une autorité publique ou par un organisme public ou un organisme privé pour l'exécution d'une mission d'intérêt public peuvent être communiquées par ladite autorité ou ledit organisme conformément au droit de l'Union ou au droit de l'Etat membre auquel est soumis l'autorité publique ou l'organisme public, afin de concilier le droit d'accès du public aux documents officiels et le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement ».

²³ « Le présent règlement permet de prendre en compte, dans son application, le principe de l'accès du public

droit d'accès du public aux documents officiels et le droit à la protection des données à caractère personnel et, le cas échéant, à prévoir des dispositions à cette fin²⁴. Il semble ainsi soustraire l'accès aux documents administratifs au champ du RGPD, et laisser aux Etats membres le soin de définir les règles permettant d'atteindre cet équilibre. Mais l'article 43 de la loi du 6 janvier 1978 soumet au RGPD, de manière générale, les traitements autres que de « souveraineté ». Si le premier alinéa de son article 7 précise que cette loi ne fait pas obstacle à l'application, au bénéfice de tiers, des dispositions relatives à l'accès aux documents administratifs²⁵, le second alinéa du même article en explicite la portée en posant en règle que le responsable de traitement ne peut refuser la communication de telles données figurant dans ces documents au motif que le demandeur ne figure pas parmi les personnes autorisées à accéder aux traitements. Pour le reste, les traitements qu'impliquent la communication de tels documents sont soumis, en vertu de la législation nationale, aux règles de droit commun. Nous notons d'ailleurs que le régime d'échange de documents administratifs entre autorités administratives, mis en place par l'article 1^{er} de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique et adossé au régime de droit commun de l'accès aux documents administratifs,

aux documents officiels. L'accès du public aux documents officiels peut être considéré comme étant dans l'intérêt public. Les données à caractère personnel figurant dans des documents détenus par une autorité publique ou un organisme public devraient pouvoir être rendues publiques par ladite autorité ou ledit organisme si cette communication est prévue par le droit de l'Union ou le droit de l'Etat membre dont relève l'autorité publique ou l'organisme public. Ces dispositions légales devraient concilier l'accès du public aux documents officiels et la réutilisation des informations du secteur public, d'une part, et le droit à la protection des données à caractère personnel, d'autre part, et peuvent dès lors prévoir la conciliation nécessaire avec le droit à la protection des données à caractère personnel en vertu du présent règlement. (...) ».

²⁴ Cette conciliation est aussi celle qui découle, en des termes plus généraux, des articles 8 et 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (V. l'arrêt Magyar précité). On notera que le projet de règlement adopté en première lecture par le Parlement européen (ex-article 80 bis) prévoyait que « les données à caractère personnel contenues dans des documents détenus par une autorité publique ou un organe public peuvent être divulguées par cette autorité ou cet organe conformément au droit de l'Union ou de l'Etat membre relatif à l'accès du public aux documents officiels qui concilie le droit à la protection des données à caractère personnel et le principe du droit d'accès du public aux documents officiels ». Il prévoyait plus clairement que le droit des Etats membres devait assurer cette conciliation. Tel nous semble toutefois être aussi le sens de la position du Conseil finalement retenue, dont l'exposé des motifs indique, au point 3.2 (p. 11), que « des dérogations, des exigences spécifiques et d'autres mesures sont également prévues pour situations particulières de traitement dans lesquelles les Etats membres concilient le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information, à l'accès du public aux documents publics (...) ».

²⁵ Il a été jugé à cet égard que la communication de documents administratifs contenant des données à caractère personnel était régie par la loi du 17 juillet 1978, et désormais par le CRPA, sauf si le traitement nécessaire pour anonymiser les documents, le cas échéant, excède l'occultation ou la disjonction des mentions non communicables, seules opérations envisagées par cette loi (CE, 30 décembre 2015, *Société Les Laboratoires Servier*, n° 372230, au Rec.). Dans le cas contraire, c'est la loi du 6 janvier 1978 qui s'applique. Avant l'introduction de ces dispositions d'articulation, la loi CNIL, dans son champ d'application, évinçait purement et simplement la loi CADA (CE, Ass., 19 mai 1983, *B...*, n° 40680, au Rec.).

rappelle expressément que cette transmission ne peut intervenir que dans le respect de la loi du 6 janvier 1978.

Dans ce cadre, si l'administration est dispensée de recueillir le consentement des personnes concernées pour transmettre les données dès lors que cette communication procède d'une obligation légale²⁶, elle n'est pas soustraite aux autres principes régissant leur traitement, notamment les principes de licéité et de loyauté des traitements, de légitimité des finalités et de minimisation des données, figurant à l'article 5 du RGPD, repris à l'article 4 de la loi de 1978. Pour cette raison, parce qu'il n'est pas souhaitable que l'administration place le destinataire de ces données en situation de méconnaître automatiquement le RGPD et parce que ce règlement prescrit, comme on l'a dit, d'opérer une balance entre le droit d'accès aux documents administratifs et la protection des données personnelles, l'administration devrait pouvoir s'opposer à la divulgation de telles données, quand bien mêmes ne porterait-elle pas atteinte par nature à la protection de la vie privée, en cas d'atteinte excessive aux intérêts légitimes des personnes concernées au regard de l'objectif poursuivi par le demandeur. C'est précisément ainsi qu'est construit le régime d'accès aux documents des institutions européennes²⁷.

²⁶ V. pour cette analyse le conseil de la CADA n° 20180650 du 13 septembre 2018.

²⁷ L'article 4, paragraphe 1, sous b) du règlement n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission prévoit une exception à l'accès à un document dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de la vie privée ou de l'intégrité de l'individu, notamment en conformité avec la législation de l'Union relative à la protection des données à caractère personnel. Une demande d'accès portant sur un document contenant des données à caractère personnel doit donc toujours être examinée et appréciée en conformité avec 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 (CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/ Bavarian Lager*, C-28/08, pts. 57 et 59-64). Ce dernier règlement a été remplacé depuis par le règlement (UE) 2018/1725, dont l'article 9, paragraphe 1, sous b), prescrit clairement une balance des intérêts, lorsque la nécessité de la communication est établie. La communication ne peut alors être refusée qu'en cas d'« atteinte concrète et effective » à l'intérêt protégé (CJUE, 16 juillet 2015, *ClientEarth et PAN Europe c/ EFSA*, C-615/13, pts. 69-70). En-dehors du champ du droit d'accès aux documents des institutions, la Cour de justice a jugé que la publication du nom de l'ensemble des bénéficiaires des aides de la PAC et du montant perçu constituait une ingérence excessive dans la vie privée, mais a admis une publication limitée en fonction de la durée, de la fréquence et de l'importance des aides perçues – par exemple, la divulgation de la liste des principaux bénéficiaires (CJCE, Grande chambre, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR*, C-92/09 et C-93/09, pts. 80-83). Ce test de proportionnalité a également été imposé à la juridiction de renvoi s'agissant d'une législation prévoyant la diffusion publique des revenus professionnels des personnes physiques employées par les organismes du secteur public, soumis au contrôle de la Cour des comptes autrichienne (CJUE, 20 mai 2003, *Rechnungshof c/ Österreichischer Rundfunk et autres*, C-465/00, C-138/01 et C-139/09 : « la question se pose de savoir s'il n'aurait pas été suffisant d'informer le grand public des seuls rémunérations et autres avantages pécuniaires auxquels les personnes occupées par les entités publiques concernées peuvent contractuellement ou statutairement prétendre, mais non des sommes que chaque personne a effectivement perçues, au cours de l'année considérée, et dont une fraction, variable, peut dépendre de leur situation familiale et personnelle »).

Sans doute les données en cause ne figurent-elles pas parmi les plus sensibles, puisque celles-ci sont par nature couvertes par le secret de la vie privée et ne sont donc pas communicables. Mais comme l'a rappelé le G29, « *le traitement à grande échelle de données apparemment anodines et leur combinaison avec d'autres données peuvent parfois permettre des inférences à propos de données plus sensibles* »²⁸.

Pour nous résumer, et en ayant conscience que ce verrou supplémentaire pourrait relever d'une autre formation de jugement dans la mesure où elle s'écarte²⁹, ou plutôt ajoute, à la logique objective du droit d'accès aux documents administratifs, en échappant à la logique binaire et un peu fruste « vie privée / hors vie privée », nous serions d'avis que, saisie d'une demande de communication de documents administratifs comportant des données à caractère personnel, l'administration :

- doit en refuser la communication dans les cas prévus à l'article L. 311-6 du CRPA, notamment si leur divulgation porterait atteinte, en raison de leur nature même, à la protection de la vie privée – par exemple, le nombre d'enfants d'un agent public et les informations permettant de le déduire ;
- et, dans la négative, qu'elle puisse néanmoins la refuser, sur le fondement combiné de la loi du 6 janvier 1978 et du CRPA, s'il existe des raisons sérieuses de penser que la divulgation de ces données à caractère personnel porterait une atteinte excessive aux intérêts légitimes des personnes concernées au regard de l'objectif poursuivi par le demandeur, pour s'inspirer de la logique et la formulation de la décision de Section H... du 2 décembre 2016 (n° 388979, au Rec.). Celle-ci juge que, s'il existe, au vu des éléments dont elle dispose et qu'elle peut se procurer auprès du demandeur, des raisons sérieuses de penser que l'usage des listes électorales risque de revêtir un caractère commercial, l'administration est en droit d'en refuser la communication. Ce standard, fondé sur une simple faculté pour l'administration³⁰ et l'exigence de

²⁸ Avis 06/2014 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, WP 217, 9 avril 2014, p. 44.

²⁹ Traditionnellement, le droit à communication relève avant tout d'une logique objective, c'est-à-dire indépendante des motivations du demandeur et, en particulier, de l'usage qu'il compte faire du document (CE, 21 juillet 1989, *Association SOS Défense et Bertin*, n° 34954, aux T.). Mais celle-ci n'a rien d'absolu, comme le montre par exemple la prise en compte de l'intérêt que présenterait pour le demandeur la communication d'un document caviardé pour apprécier l'obligation de l'administration de procéder à un fastidieux travail d'occultation (CE, 27 mars 2020, *ACENAS et D...*, n° 426623, aux T.). Il nous semble que l'impératif de protection des données à caractère personnel justifie d'introduire ce tempérament dans le régime de l'accès aux documents administratifs. Ce dernier pourrait du reste résulter de l'application de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

« raisons sérieuses de penser », permet de conjurer opportunément le risque que la responsabilité pleine et entière du destinataire des données au titre du RGPD ne soit subrepticement transférée à l'administration, alors qu'il appartient en toutes hypothèses au premier de veiller à leur respect.

Avant d'en revenir au cas d'espèce, nous croyons utile de souligner brièvement les conséquences juridiques qui s'attacheraient à une conception trop extensive du secret de la vie privée. Nous n'en prendrons que quelques exemples :

- d'une part, un document administratif couvert par ce secret ne devient communicable qu'à l'expiration d'un délai de cinquante ans à compter de sa date, en vertu du 2° du I de l'article L. 213-2 du code du patrimoine, ce qui nous apparaît disproportionné pour des données comme celles en litige ;
- d'autre part, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, l'échange de données entre autorités administratives n'est possible que dans le respect de l'article L. 311-6 du CRPA. Si vous jugez que le temps de travail des agents publics en relève, cette donnée ne pourra être échangée entre deux administrations, sauf disposition législative contraire ;
- enfin, pour les décisions de justice, la loi a prévu qu'elles devaient être pseudonymisées avant diffusion, ce qui consiste simplement à remplacer les noms par un X ou tout autre signe, mais qu'elles devaient, au-delà, être anonymisées en cas d'atteinte au respect de la vie privée³¹, ce qui implique d'occulter toutes les mentions qui permettraient de ré-identifier les personnes, le cas échéant par recoupement – exercice redoutable s'il en est³². Si vous jugez que la divulgation des heures supplémentaires des agents publics porte atteinte à la protection de la vie privée, et

³⁰ Dans la décision *H...*, le refus de communication de la liste électorale a été soumis à un contrôle normal, ce qui est logique dans la mesure où est ainsi refusé un droit ouvert par la loi. Il devrait en aller de même ici. On pourrait en revanche envisager, en s'inspirant de l'asymétrie du contrôle pratiqué en droit de l'urbanisme, que la décision de communiquer ne puisse être critiquée par un tiers (par exemple, un agent public dont les données ont été divulguées) sur ce point que dans le cadre d'un contrôle restreint, étant donné que ce tiers dispose des moyens légaux de faire respecter la protection de ses données par leur destinataire.

³¹ La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a prévu la mise à disposition « dans le respect de la vie privée », et après une analyse du « risque de ré-identification des personnes » (art. L. 10 du CJA). Ces dispositions ont été précisées par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, qui prévoient la pseudonymisation systématique, et l'anonymisation lorsque la divulgation de l'identité serait de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée des parties ou des tiers.

³² V. sur ce point, notamment : CADA et CNIL (en association avec Etalab), *Guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques*, octobre 2019, p. 16

sauf à imaginer une protection à géométrie variable « au sens de », vous devrez anonymiser les décisions qui en font mention, ce que ni vous, ni Légifrance n'avez jamais fait à notre connaissance, et qui est un exercice redoutable car l'impossibilité de ré-identifier de manière définitive les intéressés suppose de procéder à de nombreuses occultations, tant les possibilités de recoupement sont vastes.

Il est temps de clore le litige de M. A.... Comme nous vous l'avons dit, nous pensons que la divulgation des informations litigieuses ne porterait pas atteinte par nature à la protection de la vie privée des agents concernés, dès l'instant qu'elles se rapportent exclusivement à leur activité professionnelle et ne révèlent rien de leur vie personnelle ou familiale, ni d'une appréciation sur leur manière de servir. Et à supposer qu'on l'exerce, le contrôle complémentaire que nous suggérons, au titre de la protection des données à caractère personnel, ne peut pas justifier un refus d'accès en l'espèce. M. A... sollicite la communication des bulletins de paye de cinq enseignants pour certains mois des années 2007 à 2015, afin d'étayer un recours contentieux toujours pendant³³. Il cherche en effet à démontrer que ces agents ont pu accomplir un grand nombre d'heures supplémentaires qui lui ont été illégalement refusées. Eu égard au caractère circonscrit des données, à leur nature et à leur ancienneté à la date de votre décision à venir, nous pensons que la confrontation de la finalité légitime ainsi poursuivie avec l'atteinte très modeste portée aux intérêts des enseignants en cause ne peut justifier un refus de communication des heures supplémentaires effectuées³⁴.

PCMNC à l'annulation du jugement et de la décision de refus de communication litigieuse, à ce qu'il soit enjoint au recteur de procéder à la communication des bulletins demandés après occultation d'éventuelles mentions couvertes par l'article L. 311-6 du CRPA, au nombre desquelles ne figure pas ici le nombre d'heures supplémentaires effectuées, et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

³³ V. en dernier lieu CE, 27 mai 2019, *Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche et A...*, n° 402891-402954.

³⁴ S'agissant de la rémunération nette mensuelle, elle ne sera communicable que si aucun élément de rémunération et aucune déduction opérée ne révèle la situation personnelle des agents ni ne traduit une appréciation sur leur manière de servir, afin d'éviter une divulgation par déduction. C'est pour le moins douteux, dans la mesure où il est probable qu'y apparaisse à tout le moins, le supplément familial de traitement, qui renseigne sur le nombre d'enfants de l'agent. Mais on ne peut l'affirmer en l'absence de production des bulletins.

