

Commentaires

Arrêt « Nowak » : les copies d'examen, nouveau terrain de la protection des données personnelles

Mathias El Berhoumi^(*)

- Les réponses écrites fournies par un candidat lors d'un examen professionnel et les éventuelles annotations de l'examineur relatives à ces réponses constituent des données à caractère personnel
- Au contraire, les questions d'examen ne constituent pas de telles données

Introduction

Dans son arrêt *Nowak* du 20 décembre 2017⁽¹⁾, la Cour de justice de l'Union européenne, statuant sur renvoi préjudiciel, qualifie les réponses écrites à un examen professionnel et les éventuelles annotations de l'examineur de données à caractère personnel au sens de la directive 95/46/CE⁽²⁾. Il s'ensuit que le candidat à l'examen peut désormais invoquer les divers droits que cette dernière lui confère lors du traitement de données le concernant. Si cet arrêt s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence luxembourgeoise en la matière, il innove cependant s'agissant du domaine où elle est appliquée.

1 Un arrêt qui s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence...

Continuité d'abord, car cette décision confirme la tendance de la Cour à interpréter largement la notion de « données à caractère personnel ». D'une part, l'éventuelle anonymisation de la copie n'empêche pas le candidat d'être « identifié ou identifiable » par cette donnée, à partir du moment où d'autres personnes que l'examineur peuvent lier des réponses à un individu, ce qui est fatalement le cas lorsque des notes sont attribuées et qu'un jury se prononce. D'autre part, les réponses de l'impétrant constituent des informations liées à une personne déterminée en raison de leur contenu, de leur finalité et de leur effet, notamment en ce qu'elles reflètent « le niveau de connaissance et de compétence du candidat dans un domaine donné ainsi que, le cas échéant, ses processus de réflexion, son jugement et son esprit critique. En cas d'examen rédigé à la main, les réponses contiennent, en outre, des informations sur son écriture »⁽³⁾.

2 ...mais novateur en raison du domaine qu'il concerne

Là où l'arrêt se révèle davantage innovant, à tel point que ses implications pourraient être importantes, c'est que le raisonnement de la Cour se rapporte à une problématique jusque-là largement étrangère aux enjeux du traitement des données à caractère personnel. En effet, dans la matière de la formation professionnelle, mais aussi dans celle de l'enseignement tout autant concernée par cet arrêt, le droit à la consultation de copies d'examen là où il est reconnu repose sur d'autres fondements, singulièrement le droit d'accès aux documents administratifs. C'est le cas en Belgique⁽⁴⁾.

On peut se demander à cet égard, au-delà de leur qualification en tant que données à caractère personnel, si les copies d'examen entrent effectivement dans le champ d'application matériel de la directive. Celle-ci s'applique « au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »⁽⁵⁾. S'agissant de la première hypothèse, « il suffit qu'à un moment donné du processus du traitement, les données soient accessibles sur un support automatisé »⁽⁶⁾. Or, en l'occurrence, la copie est manuscrite, et l'arrêt n'évoque pas de processus d'encodage de réponses, pratique au demeurant assez peu courante en matière d'examens. Sur ce plan, les notes attribuées à un examen entrent plus clairement sous l'empire de la directive, surtout si elles sont disponibles via internet⁽⁷⁾. S'agissant de la seconde hypothèse, il n'est pas certain que l'on puisse considérer que les copies aient été reprises dans un fichier, défini par la directive comme « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères

(*) L'auteur est professeur à l'Université Saint-Louis - Bruxelles, Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif (CIRC) (Belgique). Il peut être contacté à l'adresse suivante : mathias.elberhoumi@usaintlouis.be. (1) C.J., 20 décembre 2017, *Nowak*, aff. C-434/16, EU:C:2017:994 (ci-après : arrêt *Nowak*). (2) La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (J.O., L 281, p. 31) sera remplacée, à partir du 25 mai 2018, par le règlement éponyme (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 (J.O., L 119, p. 1). Les leçons de l'arrêt commenté concernent tout autant le droit applicable sous ce règlement qui reprend de la directive la définition des « données à caractère personnel ». (3) Arrêt *Nowak*, point 37. (4) Ce qui n'a pas empêché l'arrêt commenté d'avoir un certain écho en Communauté française de Belgique. Voy. la question adressée au ministre de l'Enseignement supérieur lors de la réunion de la commission de l'Enseignement supérieur, de la recherche et des médias du 30 janvier 2018, CRIc, 2017-18, n° 53-Ens Sup8, pp. 14-16. De manière plus générale, sur l'articulation entre le régime de la transparence administrative et celui de la protection des données à caractère personnel, voy. C. de Terwangne, « Loi relative à la publicité de l'administration et loi relative à la protection des données personnelles : regards croisés sur deux voies d'accès à l'information », *Transparence et droit à l'information*, C.U.P., vol. 55, Liège, 2002, pp. 87-129. S'agissant de l'impact du format du support des informations sur l'application de l'un ou l'autre régime, comp. p. 93, d'une part, 96 et 97, d'autre part. (5) Article 3, § 1^{er}, de la directive 95/46/CE. (6) B. Docquir, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier-De Boeck, 2007, p. 157. (7) Selon la Cour de justice, « l'opération consistant à faire figurer, sur une page Internet, des données à caractère personnel est à considérer comme un [traitement visé à l'article 3, § 1] » (arrêt du 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, EU:C:2003:596, point 25).



déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique »^{8,9}. Pour l'avocate générale Kokott, on peut parler de fichier en présence d'« un ensemble physique de copies d'examen sur papier qui sont classées par ordre alphabétique ou selon d'autres critères »¹⁰. En tout cas, la question du champ d'application matériel de la directive méritait d'être également investiguée par la Cour, mais elle ne semble étonnamment pas avoir été soulevée lors de la procédure ayant mené aux questions préjudicielles.

Si le rattachement des copies d'examen au régime de la directive ne va pas de soi, c'est aussi en raison de la place accessoire qu'occupe l'enjeu du respect de la vie privée dans l'affaire. Le candidat malheureux à l'examen d'expert-comptable qui a porté le litige a probablement moins cherché à éviter que sa copie tombe entre les mains de tiers qu'à vérifier qu'il n'avait pas fait l'objet d'un traitement inéquitable lors de la correction d'un examen qu'il échouait pour la quatrième fois. D'un côté, il faut observer qu'en droit de l'Union, la protection des données personnelles s'est progressivement autonomisée par rapport au droit à la vie privée, ce dont témoigne la disposition distincte de celui-ci qui lui est consacrée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹. De l'autre, la Cour a déjà pu refuser d'étendre le droit d'accès à des informations, étant donné que cette extension « servirait, en réalité, non pas l'objectif de cette directive consistant à garantir la protection du droit à la vie privée de ce demandeur à l'égard du traitement des données le concernant, mais celui de lui assurer un droit d'accès aux documents administratifs, lequel n'est toutefois pas visé par la directive 95/46 »¹². Dans l'affaire *Nowak*, la Cour juge cependant cette jurisprudence inapplicable car, à ses yeux, l'accès aux copies d'examen sert l'objectif de garantir le droit à la vie privée, et ce, « indépendamment du point de savoir si ledit candidat dispose ou non d'un tel droit d'accès également en vertu de la réglementation nationale applicable à la procédure d'examen »¹³. La Cour n'étaye pas véritablement cette affirmation, au-delà d'un raisonnement circulaire : puisque les droits conférés par la directive s'appliquent, l'objectif est de protéger la vie privée.

Or, on peut à la fois soutenir une conception large de la notion de « données à caractère personnel » et estimer, à l'instar du Groupe de travail « article 29 »¹⁴, qu'« il n'est pas souhaitable que les règles de protection des données s'appliquent en définitive à des situations qui n'étaient pas destinées à être couvertes par ces règles et pour lesquelles le législateur ne les a pas conçues »¹⁵.

Au regard du cas qui nous intéresse, ce raisonnement prend tout son sens. En effet, sitôt la question de la qualification des copies d'examen est-elle réglée, la Cour doit appliquer le régime de protection des données à deux autres aspects pour lesquels le costume paraît mal taillé.

D'une part, une copie d'examen ne contient pas que des réponses, mais aussi des questions et des annotations du correcteur. Aux yeux de la Cour, les questions ne sont pas des données à caractère personnel¹⁶, ce qui suppose une dissociation très artificielle avec les réponses qui en sont. En revanche, les annotations constituent, elles, des informations concernant le candidat. Elles tombent donc sous l'appellation « données à caractère personnel »¹⁷, avec la particularité qu'elles contiennent aussi des informations concernant l'examineur. Dès lors, comme l'a bien relevé l'avocate générale Kokott, un conflit entre les droits du candidat et de l'examineur peut éclater. La Cour n'y fait référence qu'à demi-mot en évoquant au titre des limitations des droits du candidat la protection des droits et libertés d'autrui¹⁸ et ne donne au demeurant aucune indication sur la manière d'arbitrer ce conflit.

D'autre part, les droits dérivés de la qualification de données personnelles doivent être adaptés à la particularité des copies d'examens. Le candidat malheureux réclamait de faire usage d'un droit de rectification. La Cour reconnaît ce droit, mais dans la mesure, « à l'évidence »¹⁹, où il ne permet pas de rectifier de fausses réponses. Ce droit permet de corriger des erreurs liées à la perte d'une copie ou l'intervention de deux examens. La Cour précise aussi qu'il peut être exercé lorsque « les éventuelles annotations de l'examineur ne documentent pas correctement l'évaluation portée par celui-ci sur les réponses du candidat concerné »²⁰. Doit-on voir dans cette affirmation sibylline l'esquisse d'une obligation de motivation dans le chef de l'examineur ?

Conclusion

On le voit, en larguant les amarres avec son environnement le plus naturel, le régime de la protection des données personnelles conquiert de nouveaux continents en charriant avec lui nombre d'interrogations que d'autres décisions et que les législateurs des États membres devront prendre en charge.

(8) Article 2, c), de la directive 95/46/CE. (9) Voy. à ce propos, A. Bensoussan (dir.), *Règlement européen sur la protection des données*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 49-59. (10) Conclusions de l'avocat général Kokott, présentées le 20 juillet 2017, EU:C:2017:582, point 69. (11) R. Tinière, « Article 8 - Protection des données à caractère personnel », F. Picod, S. van Drooghenbroeck et C. Rizcallah (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 190. (12) Arrêt du 17 juillet 2014, Y.S., aff. C-141/12 et C-372/1, EU:C:2014:2081, point 46. Le parallèle entre l'arrêt commenté et cette affaire a été fait par l'avocat général Kokott à propos du droit d'accès aux annotations du correcteur. Celle-ci estime qu'« en l'espèce, il serait possible de considérer que l'accès aux informations relatives à l'évaluation d'une copie d'examen doit prioritairement être obtenu dans le cadre de la procédure d'examen ou d'une procédure spéciale d'opposition aux décisions relatives à l'examen et non au titre de la législation relative à la protection des données. Dans la mesure où la procédure d'examen n'est pas déterminée par le droit de l'Union, d'éventuels droits d'information dans ce cadre seraient alors exclusivement régis par le droit interne » (point 58 de ses conclusions, précitées). (13) Arrêt *Nowak*, point 56. (14) Il s'agit de l'appellation usuelle du groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, consultatif et indépendant, institué sur la base de l'article 29 de la directive et constitué notamment d'un représentant par État-membre des autorités nationales de protection des données. (15) Avis n° 4/2007 adopté le 20 juin 2007 (WP 136), p. 5. (16) Arrêt *Nowak*, point 58. (17) Dans cette perspective, il y a probablement lieu de considérer également que les annotations prises à l'occasion d'un examen oral relèvent de données à caractère personnel. (18) Arrêt *Nowak*, points 60 et 61. (19) Arrêt *Nowak*, point 52. (20) Arrêt *Nowak*, point 54.

