

# **BVGer A-4523/2023 vom 12. Februar 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-02-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4523\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4523_2023)

FR: TAF A-4523/2023 du 12 février 2024

IT: TAF A-4523/2023 del 12 febbraio 2024

## **Regeste**

Ecoles polytechniques fédérales (sans le personnel)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF, RS 173.32). Le Tribunal administratif fédéral examine d'office sa compétence (art. 7 PA) et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

#### **E. 1.1**

Conformément à l'art. 31 LTAF, le Tribunal connaît, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En l'occurrence, la décision de la CRIEPF satisfait aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA et n'entre pas dans le champ d'exclusion matériel de l'art. 32 LTAF. La Commission fédérale est une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. f LTAF (cf. arrêt du TAF A-430/2019 du 15 mai 2019 consid. 1.1 et la réf. cit.). La compétence du Tribunal pour connaître du présent litige est donc donnée.

#### **E. 1.2**

La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (cf. art. 48 al. 1 PA). Elle a donc qualité pour recourir.

#### **E. 1.3.1**

La décision de la CRIEPF, que cette dernière qualifie de décision incidente (« Zwischenentscheid »), admet le recours formé par l'intimée et renvoie l'affaire à la recourante pour qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens de ses considérants. Déterminer si l'autorité inférieure a rendu une décision incidente, comme elle le prétend, ou une décision finale, qui tranche de manière définitive un rapport de droit, peut demeurer indécis en l'espèce, dans la mesure où, comme on le verra ci-dessous (cf. consid. 1.3.5), les conditions de recevabilité d'un recours contre une décision incidente sont en l'occurrence réalisées. Le Tribunal partira donc du principe, dans les développements qui suivent, que la CRIEPF a bien rendu une décision incidente.

#### **E. 1.3.2**

Un recours contre une décision incidente est recevable devant le Tribunal aux conditions de l'art. 46 PA. La décision attaquée ne porte pas sur la compétence ou une demande de récusation (cf. art. 45 PA) ; elle ne peut ainsi faire l'objet d'un recours que si elle peut causer un préjudice irréparable (cf. art. 46 al. 1 let. a PA), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (cf. art. 46 al. 1 let. b PA). Il est patent que la seconde hypothèse - dont la recourante ne se prévaut au demeurant pas - n'entre pas en considération en l'espèce, de sorte qu'il convient uniquement d'examiner si le recours est recevable au titre de l'art. 46 al. 1 let. a PA.

### **E. 1.3.3**

L'art. 46 al. 1 let. a PA ne définit pas la notion de préjudice irréparable. La jurisprudence a néanmoins précisé qu'à la différence de ce qui prévaut pour l'art. 93 al. 1 let. a de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), qui suppose en principe un dommage juridique, l'art. 46 al. 1 let. a PA ne subordonne la voie de recours qu'à la survenance d'un préjudice de fait (cf. arrêts du TAF A-698/2018 du 6 décembre 2018 consid. 2.2 ; A-2582/2016 du 12 juillet 2016 consid. 1.3.2 ; Cléa Bouchat, L'effet suspensif en procédure administrative, Bâle, 2015, n° 545). Pour attaquer une décision incidente, il n'est dès lors pas nécessaire que le dommage soit de nature juridique, un simple dommage de fait, notamment économique, est suffisant (cf. ATF 130 II 149 consid. 1.1 ; 120 Ib 97 consid. 1c ; ATAF 2009/42 consid. 1.1 ; arrêt du TAF A-698/2018 précité consid. 2.2). La jurisprudence assouplit encore cette exigence, puisqu'elle rappelle que point n'est besoin que le dommage allégué soit à proprement parler « irréparable » ; il suffit qu'il soit d'un certain poids. En d'autres termes, il faut que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision incidente soit immédiatement annulée ou modifiée, sans attendre le recours ouvert contre la décision finale. Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir les raisons pour lesquelles la décision attaquée lui cause - ou menace de lui causer - un dommage au sens de ce qui précède, à moins que celui-ci ne fasse d'emblée aucun doute. Le préjudice doit avoir sa cause dans la décision incidente attaquée elle-même et son caractère irréparable tient généralement au désavantage que subirait le recourant s'il devait attendre la décision finale pour entreprendre la décision incidente (cf. arrêts du TAF A-698/2018 précité consid. 2.2 ; A-2582/2016 précité consid. 1.3.2 et réf. cit.). Enfin, selon la jurisprudence, la décision de renvoi qui oblige une administration à statuer dans un sens qui lui paraît contraire au droit ou d'exécuter une décision qu'elle considère comme fautive est de nature à lui causer un préjudice irréparable (cf. ATF 145 I 239 consid. 3.3 ; 145 V 266 consid. 1.3 ; cf. également Gregory Bovey, in : Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., 2022, n° 21 ad art. 93 et les réf. cit. ; Benoît Bovay, Procédure administrative, 2e éd., 2015, p. 362 et les réf. cit.).

### **E. 1.3.4**

En l'espèce, les parties s'opposent quant à la recevabilité du recours au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA. L'autorité inférieure soutient que sa décision, qu'elle qualifie de décision incidente et qui ne contient aucune voie de droit, ne peut pas faire l'objet d'un recours, car elle ne cause aucun préjudice irréparable à la recourante. De son point de vue, sa décision oblige certes la recourante à accorder à l'intimée un accès au moins partiel aux données, étant toutefois précisé qu'elle n'exclut pas qu'elle puisse accéder à l'ensemble des données, ce que la recourante devra examiner. En résumé, l'autorité inférieure est d'avis que la recourante

bénéficie toujours d'une marge d'appréciation, raison pour laquelle la décision attaquée ne lui cause aucun préjudice irréparable (décision de la CRIEPF, consid. 5.7). De son côté, la recourante souligne, à l'appui de sa réplique, que la jurisprudence a spécifiquement retenu l'existence d'un préjudice irréparable « lorsque la décision revêt pour l'autorité inférieure la qualité d'une décision de principe contraignante, et/ou lorsque la décision de renvoi force l'autorité inférieure à rendre une (nouvelle décision) qu'elle juge contraire au droit » (cf. réplique, p. 2, ch. 2 et les réf. cit.). Elle rappelle que l'ordonnance du 8 décembre 2022 du Conseil des EPF concernant la protection des données personnelles du personnel du domaine des EPF (OPD-EPF, RS 172.220.113.42) est entrée en vigueur le 1er septembre 2023. Elle se réfère à cet égard à l'art. 15 OPD-EPF, qui dispose que les documents réunis dans le cadre de la procédure de nomination et d'évaluation des membres du corps professoral, en particulier les évaluations par des pairs et les lettres de référence, sont confidentiels. Elle explique que cette disposition est la concrétisation dans la loi de « la pratique établie de longue date garantissant la confidentialité aux pairs participants à un processus de nomination » (cf. réplique, p. 2, ch. 4). Selon la recourante, cette disposition confirme que le principe de confidentialité constitue l'essence même du processus de nomination fondé sur le principe de peer review, ce dernier étant défini à l'art. 10 du Règlement du 4 mai 2004 de nomination de professeur associé à professeur ordinaire (LEX 4.2.2) et à l'art. 21 al. 2 ch. 4 de la Directive du 1er mai 2009 pour l'intégrité dans la recherche et pour une bonne pratique scientifique à l'EPFL (LEX 3.3.2). Elle relève d'autre part que la décision entreprise est contraignante, en ce sens qu'elle la force à donner l'accès à l'intimée aux pièces de son dossier de promotion. Elle ajoute que si les documents peuvent être anonymisés et/ou partiellement caviardés, il n'en demeure pas moins qu'une décision octroyant ne serait-ce que partiellement un droit d'accès à l'intimée violerait l'art. 15 OPD-EPF, ce dernier ne prévoyant pas d'exception à la stricte confidentialité des documents composant le dossier d'évaluation. Ainsi, la recourante estime qu'elle n'est pas en mesure de rendre une nouvelle décision « dans le sens des considérants », sans violer l'art. 15 OPD-EPF. Pour ces motifs, elle considère que la décision attaquée lui cause un préjudice irréparable et que celle-ci peut par conséquent faire l'objet d'un recours.

### **E. 1.3.5**

En l'occurrence, la position de l'autorité inférieure ne saurait être suivie. De l'avis du Tribunal, la décision attaquée cause à la recourante un préjudice irréparable, ce qui est confirmé par la jurisprudence citée plus haut (cf. consid. 1.3.3 supra). La recourante a en effet exposé à l'appui de sa réplique que la décision entreprise l'obligeait à statuer dans un sens qui lui paraît contraire au droit, ce qui était de nature à lui causer un préjudice irréparable. Certes, l'autorité inférieure indique laisser une marge de manoeuvre à la recourante. Il n'en demeure pas moins qu'aux termes de sa décision, l'autorité inférieure a enjoint à la recourante d'accorder à l'intimée un accès le plus large possible aux données du dossier de promotion, dans la mesure où une anonymisation est possible, voire inutile. Elle lui ordonne même d'examiner si l'intimée ne peut pas être autorisée à consulter l'intégralité des données (décision de la CRIEPF, consid. 5.7). Au vu de ce qui précède, la recourante considère à juste titre qu'elle subirait un préjudice irréparable en exécutant la décision entreprise. Elle dispose en outre d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit immédiatement annulée ou modifiée, sans attendre le recours ouvert contre la décision finale. Le recours est par conséquent recevable.

### **E. 1.4**

Les autres conditions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire sont au surplus réunies (cf. art. 50 et 52 PA), de sorte qu'il convient d'entrer en matière sur le recours.

## **E. 2**

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (cf. art. 49 PA).

### **E. 2.1**

Le Tribunal administratif fédéral fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen, lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; arrêt du TAF A-379/2016 du 8 septembre 2016 consid. 2.2). En matière de protection des données, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit d'examiner si, dans une situation concrète, il existe un intérêt public prépondérant (cf. ATF 125 II 225 consid. 4a ; arrêts du TAF B-3450/2018 du 24 août 2018 consid. 3.1 ; A-2318/2013 du 23 janvier 2015 consid. 8.2.3 ; Ralph Gramigna/Urs Maurer-Lambrou, in : Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (édit.), *Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz*, 3e éd., 2014, art. 9 LPD n° 24). Si les réflexions de l'autorité précédente apparaissent pertinentes, le Tribunal n'empiétera pas sur son pouvoir d'appréciation. En revanche, le Tribunal vérifiera librement si l'autorité inférieure a établi complètement et exactement les faits pertinents et, sur cette base, correctement appliqué la législation en matière de protection des données, sans se laisser guider par des motifs étrangers aux normes appliquées (cf. ATF 123 V 150 consid. 2 ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler/Martin Kayser, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3e éd., 2022, n° 2.154 ss).

### **E. 2.2**

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (cf. art. 12 PA). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA ; CLÉMENCE GRISEL, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, 2008, n° 142). La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit, dans ce cas, pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. En ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 ; A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

### **E. 2.3**

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler/Martin Kayser, *op. cit.*, n°

2.165). Il se limite, en principe, aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2.).

### **E. 3**

En l'espèce, par décision du 23 novembre 2022, la recourante avait décidé que les données du dossier d'évaluation relatives au contenu de l'évaluation et aux personnes qui y ont procédé ne pouvaient pas être communiquées à l'intimée, en se basant pour l'essentiel sur les art. 9 al. 1 let. b (intérêt prépondérant de tiers) et 9 al. 2 let. a (intérêt public prépondérant) de l'ancienne loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (aLPD, RO 1993 1945), en vigueur jusqu'au 31 août 2023. A la suite d'un recours formé par l'intimée contre la décision précitée, l'autorité inférieure a, par décision incidente du 15 juin 2023, admis le recours et renvoyé l'affaire à la recourante pour qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens de ses considérants. Elle a en substance retenu qu'en refusant globalement de transmettre les données demandées par l'intimée, sans examiner sérieusement la possibilité de les anonymiser, la recourante s'était rendue coupable d'un excès négatif de son pouvoir d'appréciation (« Ermessensunterschreitung ») et avait donc violé le droit (décision de la CRIEPF, consid. 5.5). Elle a ainsi enjoint à la recourante, dans tous les cas (« auf jeden Fall »), de garantir à l'intimée l'accès au dossier de promotion, dans la mesure où l'anonymisation est possible, voire inutile (décision de la CRIEPF consid. 5.6). Elle a en outre exigé de la recourante de tenir suffisamment compte des intérêts de l'intimée dans le cadre de la pesée des intérêts, en lui rappelant que le législateur a prévu le principe d'un droit d'accès à l'art. 8 aLPD, ce que la recourante semblait, toujours selon elle, avoir méconnu. Elle a enfin demandé à la recourante d'examiner si l'intimée ne pouvait pas être autorisée à consulter l'intégralité des données (décision de la CRIEPF, consid. 5.7). Le litige porte donc sur la décision précitée de l'autorité inférieure et les injonctions adressées à la recourante qu'elle contient. Après une présentation du cadre légal applicable au présent litige, ainsi que de la jurisprudence pertinente (cf. consid. 4 infra), le Tribunal examinera le bien-fondé de la décision attaquée, au regard des griefs invoqués par la recourante à l'appui de son recours (cf. consid. 5 infra).

#### **E. 4.1.1**

Il convient de préciser, au préalable, que la loi sur la protection des données a fait l'objet d'une révision totale qui est entrée en vigueur le 1er septembre 2023 (loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 [LPD, RS 235.1]). Dans la mesure où la nouvelle LPD prévoit, dans ses dispositions transitoires, qu'elle ne s'applique pas aux recours pendants contre les décisions de première instance rendues avant son entrée en vigueur (cf. art. 70 LPD), ce qui est le cas tant de la décision de la recourante que de celle de la CRIEPF, l'ancien droit, soit la LPD dans sa version au 1er mars 2019 (aLPD), demeure applicable. Par ailleurs, dans la mesure où la recourante s'en prévaut, il sied de relever que l'art. 15 OPD-EPF, qui prévoit que les documents réunis dans le cadre de la procédure de nomination et d'évaluation des membres du corps professoral, en particulier les évaluations par des pairs et les lettres de référence, sont confidentiels, n'est pas applicable au présent litige, pour les mêmes motifs que ceux qui ont été évoqués plus haut.

#### **E. 4.1.2**

En vertu de l'art. 8 aLPD, toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées (al. 1). Le maître du fichier doit lui communiquer (al. 2)

: toutes les données la concernant qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données (let. a) ; le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données (let. b). Ce droit de consultation existe indépendamment de tout intérêt ; ce n'est qu'en cas de refus de la part du maître du fichier, qu'une pesée d'intérêts doit avoir lieu. La prise en compte de l'intérêt du requérant joue également un rôle lorsque se pose la question d'un éventuel abus de droit (cf. ATF 141 III 119 consid. 7.1.1).

#### **E. 4.1.3**

Selon l'art. 9 aLPD, le maître du fichier peut refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi, dans la mesure où (al. 1) : une loi au sens formel le prévoit (let. a) ; les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent (let. b). Un organe fédéral peut en outre refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi, dans la mesure où (al. 2) : un intérêt public prépondérant, en particulier la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération, l'exige (let. a) ; la communication des renseignements risque de compromettre une instruction pénale ou une autre procédure d'instruction (let. b). Dès que le motif justifiant le refus, la restriction ou l'ajournement disparaît, l'organe fédéral est tenu de communiquer les renseignements demandés, pour autant que cela ne s'avère pas impossible ou ne nécessite pas un travail disproportionné (al. 3). Un maître de fichier privé peut en outre refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés ou en différer l'octroi, dans la mesure où ses intérêts prépondérants l'exigent et à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers (al. 4). Le maître du fichier doit indiquer le motif pour lequel il refuse de fournir, restreint ou ajourne les renseignements (al. 5).

#### **E. 4.2.1**

L'art. 3 al. 1 de l'ordonnance du 18 septembre 2003 du Conseil des EPF sur le corps professoral des écoles polytechniques fédérales (RS 172.220.113.40) précise que les deux EPF prennent les mesures nécessaires pour nommer au poste de professeur des scientifiques suisses ou étrangers qui travaillent au plus haut niveau de qualité mesuré aux normes internationalement reconnues dans leurs activités de formation, de recherche et de fourniture de services et qui assurent la continuité et l'excellence de l'enseignement et de la recherche.

#### **E. 4.2.2**

L'annexe au Règlement du 4 mai 2004 de nomination de professeure et professeur associé à professeure et professeur ordinaire de l'EPFL (LEX 4.2.2 ; ci-après : le Règlement de nomination) mentionne les éléments dont il est demandé de tenir compte dans l'établissement du dossier de promotion. Ce dernier doit contenir le dossier type de la candidate ou du candidat et le dossier type de la faculté. L'art. 1, deuxième phrase, du Règlement précité, précise que le dossier d'enseignement est un élément du dossier. Aux termes de l'art. 2 du Règlement de nomination, le Comité d'évaluation académique de la Faculté (ci-après : CEA de la Faculté) doit, notamment, établir une comparaison des performances au niveau international, y compris une bibliométrie, comparant les performances de la candidate ou du candidat avec celles d'autres professeures et professeurs travaillant dans le même secteur ou dans un secteur proche (ch. 2), faire appel à des lettres de références (de l'ordre de 6) auprès de personnes reconnues sur le plan international,

faisant preuve d'indépendance par rapport à la candidate ou au candidat (ch. 3), préparer pour le CEA de l'EPFL une liste de rapporteuses et rapporteurs complémentaires (de l'ordre de 6) de haut niveau et faisant preuve d'indépendance par rapport à la candidate ou au candidat (ch. 4), organiser un vote indicatif, à bulletin secret, des professeuses et professeurs ordinaires de la Faculté, de l'institut ou de la section principale de la candidate ou du candidat (ch. 6), et établir un dossier (à ce sujet, cf. l'annexe au Règlement de nomination) et formuler un préavis à l'attention de la Doyenne ou du Doyen (ch. 7). Toujours selon l'art. 2 du Règlement de nomination, la Doyenne ou le Doyen formule son propre préavis ; elle ou il transmet le préavis du CEA de la Faculté et son préavis au CEA de l'EPFL. Le rôle du CEA de l'EPFL est défini à l'art. 3 du Règlement de nomination. Il doit en particulier garantir le respect des standards d'excellence au niveau international et la cohérence au sein de l'EPFL, notamment en examinant la proposition de la Faculté et en formulant des recommandations à l'attention de la Vice-présidente ou du Vice-président académique. En vertu de l'art. 3bis du Règlement de nomination, la Vice-présidente ou le Vice-président académique examine le dossier transmis par le CEA de la Faculté et le transmet à la Présidente ou au Président de l'EPFL avec ses recommandations. C'est enfin la Présidente ou le Président de l'EPFL qui décide de faire ou non une proposition de promotion au Conseil des EPF (art. 4 du Règlement de nomination). Sous le titre « Protection des informations et accès au dossier d'évaluation », l'art. 10 du Règlement de nomination prévoit que le dossier d'évaluation de la candidate ou du candidat n'est accessible qu'aux personnes impliquées en qualité d'expert dans le processus d'évaluation, étant précisé que la candidate ou le candidat ou encore sa ou son mandataire n'ont pas accès au dossier d'évaluation (al. 1). Il dispose en outre que les documents contenant une évaluation ou des éléments d'appréciation concernant la candidate ou le candidat et ses prestations, ainsi que les avis émis oralement ont un caractère strictement confidentiel, étant ajouté que les personnes qui interviennent dans l'évaluation sont tenues à une stricte confidentialité (al. 2). Enfin, il précise que ces mesures ont pour objectif de protéger la candidate ou le candidat ainsi que la qualité et la véracité des avis émis par les experts et les personnes délivrant une évaluation au sujet de la candidate ou du candidat (al. 3).

#### **E. 4.2.3**

A titre indicatif, l'art. 13 al. 4 de la loi fédérale du 14 décembre 2012 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI, RS 420.1), qui ne s'applique pas au présent litige, prévoit, dans le cadre d'une procédure de recours, que les noms des rapporteurs et des experts scientifiques ne peuvent être communiqués au recourant qu'avec leur accord. Le message du Conseil fédéral du 18 novembre 1981 concernant l'ancienne loi du 7 octobre 1983 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (FF 1981 III 989 ; RO 1984 28) précise le but et le sens de cette disposition en ces termes (FF 1981 III 989, p. 1049) : « Une mise au point s'impose également en matière de consultation des pièces. Les propositions de recherche doivent être soumises à l'examen de spécialistes, dont le jugement sera d'autant plus indépendant et objectif que leur identité restera secrète. Dans le cas contraire, les experts ont tendance à rédiger leurs mémoires de manière à éviter tout conflit avec le requérant. Si leur identité risque d'être divulguée, les experts et rapporteurs qualifiés sont aussi plus difficiles à trouver ; or leur nombre est restreint et leurs relations mutuelles étroites. Afin d'obtenir des mémoires rédigés en toute indépendance et objectivité, l'anonymat des experts et rapporteurs devrait être sauvegardé aussi bien au stade du premier examen de la demande que dans la procédure de recours, à moins que ceux-ci acceptent expressément que leur nom soit communiqué au requérant ».

### **E. 4.3.1**

Dans un arrêt du 18 juin 2011 (arrêt du TAF A-3991/2010), le Tribunal de céans avait examiné la question de l'accès au dossier dans le cadre d'un recours interjeté par un professeur assistant « tenure track » de l'EPFL contre une décision de la CRIEPF, qui confirmait une décision de l'EPFL ne proposant pas sa promotion en tant que professeur associé. Dans un grief de nature formelle, le recourant invoquait la violation de son droit d'être entendu, au motif qu'il n'avait pas eu accès aux lettres de recommandation écrites en sa faveur, ni à un éventuel procès-verbal qui relaterait la façon dont s'était déroulé le vote du Comité de promotion de la Faculté Informatique et Communications de l'EPFL. Le Tribunal avait alors retenu que la pérennité d'un système académique, qui semble avoir fait ses preuves, doit être considérée comme relevant d'un intérêt public important au sens de l'art. 27 al. 1 PA. Il avait ainsi admis qu'il y avait « bel et bien un motif tendant à ce que les lettres de recommandation ne fussent pas communiquées au recourant » (arrêt du TAF A-3991/2010 précité consid. 5.2.2). D'autre part, en ce qui concerne la demande d'accès du recourant au procès-verbal du vote en question, le Tribunal avait souligné que la composition du Comité de promotion de la Faculté lui était connue, de même que le résultat de son vote. Selon lui, la seule question qui demeurait inconnue pour le recourant était celle de savoir « qui [avait] voté quoi ». Le Tribunal avait alors ajouté qu'aucune disposition légale n'imposait qu'une telle information soit consignée dans un procès-verbal, « ceci vraisemblablement dans le même souci de sérénité des débats qui [avait] conduit la direction de l'EPFL à prévoir que les lettres de recommandation soient gardées confidentielles » (arrêt du TAF A-3991/2010 précité consid. 5.3).

### **E. 4.3.2**

Dans une autre affaire, le Tribunal s'était penché sur une demande d'accès, au sens de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans, RS 152.3), adressée au FNS par une association (arrêt du TAF A-590/2014 du 16 décembre 2014). Ladite demande portait notamment sur les noms des experts ayant évalué des projets de recherche, ainsi que leurs avis. Dans ce cadre, le Tribunal avait rappelé que le secret ancré à l'art. 13 al. 4 LERI (à ce sujet, cf. consid. 4.2.3 supra) constitue une condition essentielle au bon fonctionnement de la procédure d'évaluation des requêtes de recherche (procédure dite de « peer review »), raison pour laquelle l'identité des experts ne doit pas être révélée à des tiers (arrêt du TAF A-590/2014 précité consid. 11.1). Il avait ajouté qu'il apparaît que la protection des noms ne vise pas seulement à garantir l'indépendance et l'objectivité d'un expert dans le cadre d'une requête ou d'une procédure de recours, mais aussi à rendre possible le système d'évaluation par les pairs dans son ensemble, sans quoi il ne serait guère possible de recruter des experts potentiels (arrêt du TAF A-590/2014 précité consid. 11.2.3). En résumé, le Tribunal était arrivé à la conclusion que l'art. 13 al. 4 LERI est une disposition spéciale de confidentialité au sens de l'art. 4 let. a LTrans, qui prime sur cette dernière loi. Ainsi, le nom des différents experts doit être tenu secret en permanence et en particulier en dehors de la procédure de subvention (arrêt du TAF A-590/2014 précité consid. 11.2.5).

## **E. 5**

Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une violation des art. 9 al. 1 let. b et 9 al. 2 let. a aLPD.

### **E. 5.1.1**

Sous l'angle de l'art. 9 al. 1 let. b aLPD (intérêts prépondérants d'un tiers), la recourante considère qu'autoriser l'intimée à accéder au dossier d'évaluation aurait pour effet de divulguer l'identité et l'opinion des personnes qui ont pris part à l'examen de sa candidature. Elle estime que même en caviardant les noms de ces tiers (c'est-à-dire les membres du CEA de la Faculté et les rapporteurs externes), comme l'intimée le propose, ils resteraient identifiables. S'agissant des rapporteurs externes, elle indique qu'ils donnent des informations sur leurs liens avec l'intimée et chacun d'entre eux a un style d'écriture distinct. En ce qui concerne le CEA de la Faculté, elle relève que sa composition est connue, de sorte que les opinions de ce Comité pourraient directement être reliées à des personnes déterminées. Ainsi, selon la recourante, l'intimée pourrait facilement les identifier et ils ne seraient pas anonymes. A cet égard, la recourante est d'avis que les intérêts des tiers l'emportent largement sur celui de l'intimée à accéder à son dossier d'évaluation. Elle considère d'autre part qu'il existe un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 9 al. 2 let. a aLPD à ce que les évaluations, basées sur le principe de peer review (examen par les pairs), soient maintenues confidentielles. A cet égard, ce processus requiert, selon elle, de ne divulguer ni l'identité des évaluateurs ni leurs avis ; à défaut, ils ne pourraient pas s'exprimer librement. Elle soutient par ailleurs que la divulgation de leurs évaluations mettrait en péril leur confiance dans la recourante, celle-ci ayant garanti la confidentialité du processus et ancré ce principe dans une disposition du Règlement de nomination. Ainsi, lever la confidentialité a posteriori irait à l'encontre des garanties données par la recourante, auxquelles les experts (internes et externes à l'EPFL) s'étaient fiés de bonne foi. Elle ajoute enfin que sans garantie réelle de confidentialité, les experts perdront confiance dans la recourante et n'oseront probablement plus s'exprimer librement à l'avenir.

### **E. 5.1.2**

De son côté, l'autorité inférieure conteste la position de la recourante selon laquelle une anonymisation est exclue, car les experts seraient toujours identifiables. Selon elle, un examen superficiel du dossier de promotion suffit à démontrer que cette affirmation ne correspond pas à la réalité. Elle estime que le document intitulé « Profil de A. \_\_\_\_\_ », contenant une grille avec des points qui lui ont été attribués dans différentes catégories, devrait être particulièrement intéressant pour l'intimée et peut facilement être anonymisé en masquant les noms des experts. Elle ajoute qu'il existe de nombreux autres documents qui peuvent être suffisamment anonymisés ou pour lesquels une anonymisation est même superflue (elle cite, comme exemple, des documents intitulés « Résultat du vote » et « ATTENDEES FEEDBACKS », ainsi que de nombreuses publications spécialisées de l'intimée). Elle retient en substance qu'en refusant globalement de transmettre les données demandées par l'intimée, sans examiner sérieusement la possibilité de les anonymiser, la recourante s'est rendue coupable d'un excès négatif de son pouvoir d'appréciation (« Ermessensunterschreitung ») et a donc violé le droit (décision de la CRIEPF, consid. 5.5). Elle enjoint ainsi à la recourante, dans tous les cas (« auf jeden Fall »), de garantir à l'intimée l'accès au dossier de promotion, dans la mesure où l'anonymisation est possible, voire inutile (décision de la CRIEPF consid. 5.6). Elle exige en outre de la recourante de tenir suffisamment compte des intérêts de l'intimée dans le cadre de la pesée des intérêts, en lui rappelant que le législateur a prévu le principe d'un droit d'accès à l'art. 8 aLPD, ce que la recourante semble, toujours selon l'autorité inférieure, avoir méconnu. Elle demande enfin à la recourante d'examiner si l'intimée ne pouvait pas être autorisée à consulter l'intégralité des données (décision de la CRIEPF, consid. 5.7).

### **E. 5.2.1**

En l'espèce, le Tribunal est d'avis que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte, dans sa décision, de l'intérêt public au maintien de la confidentialité dans le système de peer review (ce point sera abordé plus bas au consid. 5.2.2). Ainsi, l'injonction adressée par l'autorité inférieure à la recourante, à savoir notamment que le dossier de promotion doit être transmis à l'intimée dans son intégralité, sous réserve d'une anonymisation, ne tient pas compte de l'intérêt public précité. D'autre part, cette injonction adressée à la recourante apparaît comme étant beaucoup trop générale s'agissant d'un dossier contenant des informations de nature disparates. Comme on le verra plus bas, contrairement à la position de l'autorité inférieure, le Tribunal considère que certaines parties du dossier de promotion ne peuvent pas être transmises à l'intimée, alors que d'autres peuvent l'être, moyennant une anonymisation. Il y a donc lieu d'admettre le recours et de renvoyer l'affaire à la recourante pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Dans les considérants qui suivent, le Tribunal formulera à l'intention de la recourante des directives, qui tiendront compte de la spécificité des informations contenues dans le dossier de promotion. Pour distinguer les informations qu'il contient, le Tribunal se basera sur la page 1 du dossier de promotion sur laquelle figure une table des matières (« Sommaire dossier candidat »). Selon cette table des matières, le dossier est structuré en plusieurs parties. On peut distinguer, d'une manière générale, les documents émanant du CEA de l'EPFL, ceux provenant de la Faculté, le dossier de candidature transmis par l'intimée, ainsi que le dossier d'enseignement.

### **E. 5.2.2**

Comme indiqué plus haut, le Tribunal considère que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte, dans sa décision, de l'intérêt public au maintien de la confidentialité dans le système de peer review. En effet, les développements présentés plus haut mettent en évidence l'importance de garantir l'anonymat des experts et rapporteurs (cf. consid. 4.2 et 4.3 supra). En d'autres termes, là où l'autorité inférieure a considéré qu'il y avait lieu, en tous les cas, de donner la priorité à l'accès sur la base de la protection des données, le Tribunal considère que dans de telles constellations et par analogie avec les développements exposés plus haut, le paradigme doit être renversé, en ce sens que l'accès ne doit être donné que si l'intérêt public au bon fonctionnement du système de peer review n'est pas menacé. Il convient encore d'ajouter ce qui suit. La candidature de l'intimée doit être soumise à l'examen de spécialistes, dont les avis seront d'autant plus indépendants et objectifs que leur identité restera secrète. Comme on l'a vu, le Règlement de nomination exige expressément du CEA de la Faculté qu'il fasse appel à des lettres de références (de l'ordre de 6) auprès de personnes reconnues sur le plan international, faisant preuve d'indépendance par rapport à la candidate ou au candidat (cf. consid. 4.2.2 supra). Si l'identité des experts, y compris leur rapport, étaient systématiquement dévoilés, ceux-ci ne pourraient plus s'exprimer librement lors de l'examen d'un dossier de candidature. Ils risqueraient également de s'exprimer de manière à éviter tout conflit avec la personne candidate. Leur indépendance par rapport à la candidate ou au candidat risquerait alors d'être compromise. Ceci est d'autant plus vrai dans un domaine de spécialisation comme celui de l'intimée où le nombre d'experts est retreint et leurs relations mutuelles étroites. Enfin, si l'identité des experts était systématiquement divulguée, ceux-ci seraient également plus difficiles à trouver. En résumé, la protection des noms des experts rend possible le système d'évaluation par les pairs dans son ensemble, sans quoi il ne serait guère possible de recruter des experts potentiels faisant preuve d'indépendance par rapport à la candidate ou au candidat. Cette protection correspond de

toute évidence à un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 9 al. 2 let. a aLPD que l'autorité inférieure a omis de prendre en considération dans sa décision. Outre l'art. 10 du Règlement de nomination (cf. consid. 4.2.2 supra), il convient par ailleurs de rappeler que la recourante a expressément garanti aux experts externes qu'elle respectera la nature confidentielle des lettres de référence, qui ne seront consultées que par le personnel enseignant et administratif directement impliqué dans le processus de promotion. Pour ces motifs, le Tribunal considère que l'intimée ne doit pas être autorisée à consulter les rapports des experts externes à l'EPFL figurant dans le dossier de promotion. En ce qui concerne les documents émanant du CEA de l'EPFL, cela concerne la liste des rapporteurs, ainsi que leurs rapports. S'agissant des documents provenant de la Faculté, il s'agit de la liste des rapports avec motivations de sélection, des lettres envoyées aux rapporteurs et des rapports de ces derniers. On précisera que dans la mesure où les experts indiquent dans leurs rapports la nature de leurs relations professionnelles présentes ou passées avec l'intimée, ainsi que leur domaine de compétence, une anonymisation de leur nom ne permettrait en aucun cas de maintenir leur identité confidentielle. L'intérêt public au maintien du système d'évaluation par les pairs s'oppose ainsi à la transmission de ces documents à l'intimée. Le recours doit par conséquent être admis et l'affaire renvoyée à la recourante pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

### **E. 5.2.3**

Pour les mêmes motifs que ceux qui ont été présentés plus haut, une solution similaire doit s'imposer en ce qui concerne les avis des membres du CEA de l'EPFL et du CEA de la Faculté, ce qui inclut les lettres du président du CEA de l'EPFL et de la doyenne de la Faculté, les rapports, un extrait de procès-verbal, ainsi que les lettres du directeur de section et du directeur de l'école doctorale. Une transmission à l'intimée des documents précités ne permettrait plus aux experts internes de l'EPFL de s'exprimer librement sur la candidature de l'intimée. Dans cette hypothèse, leurs relations avec l'intimée (ou toute autre personne candidate) risqueraient également de se détériorer. Il faut en effet garder à l'esprit que les experts internes travaillent dans la même institution que l'intimée et sont donc amenés à avoir des contacts réguliers avec celle-ci. La confidentialité assure ainsi une certaine sérénité au sein de l'institution. On relèvera enfin que plusieurs des documents précités reprennent et discutent certains passages des rapports des experts externes. Ainsi, leur transmission à l'intimée ne permettrait plus de maintenir l'identité des experts en question confidentielle, ce qui compromettrait le système de peer review (à ce sujet, cf. consid. 5.2.2 supra). En résumé, contrairement à l'avis de l'autorité inférieure, il existe un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 9 al. 2 let. a aLPD, qui s'oppose à la transmission de l'intégralité des documents précités à l'intimée. Pour ce motif encore, le recours doit être admis et l'affaire renvoyée à la recourante pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

### **E. 5.2.4**

Une solution différente s'impose, en revanche, en ce qui concerne les documents du dossier de promotion faisant partie du chapitre CEA de l'EPFL, sous la rubrique « Bibliométrie ». Le Tribunal considère en effet que la recourante doit rendre accessibles ces documents à l'intimée. Il s'agit en l'occurrence d'un rapport qui compare le score bibliométrique de l'intimée (à ce sujet, cf. consid. 4.2.2 supra), à savoir le nombre total de ses publications et des citations de ses publications, avec celui de quelques scientifiques d'un niveau similaire. Il ressort de ces documents que les informations qui y figurent ont été obtenues en

consultant les deux bases de données suivantes : Web of Science (toutes les bases de données) et Google Scholar. Enfin, on précisera que ces documents ne contiennent aucune appréciation des experts concernant la qualité des publications de l'intimée. Il est évident qu'une communication de ces données à l'intimée ne compromettrait aucunement le système de peer review.

### **E. 5.2.5**

Le document intitulé « Profil de A. \_\_\_\_\_ », qui est brièvement évoqué par l'autorité inférieure dans sa décision (cf. décision de la CRIEPF, consid. 5.5), mérite d'être examiné séparément. Sur ce document figure un tableau à double entrée comprenant, d'un côté, différentes rubriques (recherche ; enseignement ; potentiel ; autres activités) et, de l'autre, une échelle avec des points (1 faible ; 2 moyen ; 3 bon ; 4 très bon ; 5 excellent). Ce tableau présente, de manière synthétique, les résultats de l'évaluation de la candidature de l'intimée par les membres du CEA de l'EPFL lors du vote du 19 février 2021. Sont indiqués en dessous du tableau précité, le nom des votants, un chiffre correspondant au nombre de voix, ainsi que deux autres chiffres concernant les votes en faveur et contre la promotion. De l'avis du Tribunal, le document précité doit être distingué des autres documents examinés plus haut (cf. consid. 5.2.2 et 5.2.3), dont une divulgation pourrait, comme on l'a vu, compromettre le système de peer review. Certes, le tableau donne un aperçu de l'évaluation de la candidature de l'intimée par les membres du CEA de l'EPFL. Il reste toutefois synthétique, puisqu'il ne contient que des évaluations chiffrées dans certains domaines. De plus, la consultation de ce document ne permettrait pas à l'intimée de déterminer quelle évaluation correspond à quel expert. Les membres du CEA de l'EPFL étant en effet relativement nombreux, il est impossible pour l'intimée, sur la base de ce seul document, d'en déduire qui a voté quoi. D'une manière générale, la consultation du site Internet de l'EPFL permet de constater que le CEA de l'EPFL compte actuellement 19 membres (disponible sur :

<https://www.epfl.ch/about/working/fr/ceae-comite-devaluation-academique-epfl-4/>), consulté le 25 janvier 2024), ce qui corrobore l'avis du Tribunal selon lequel une anonymisation des noms des experts sur la grille d'évaluation en question ne permettrait pas à une candidate ou à un candidat de savoir qui a voté quoi. D'autre part, il est vrai que l'intimée dispose d'un intérêt certain à pouvoir consulter le document en question. Celui-ci lui permettrait en particulier de constater quelles sont les forces et les faiblesses de son dossier de candidature, selon les votes exprimés par les membres du CEA de l'EPFL. Il lui permettrait également, dans l'éventualité du dépôt d'une nouvelle demande de promotion de sa part (à ce sujet, cf. art. 4 al. 2 du Règlement de nomination), d'améliorer son profil dans les domaines où elle a été moins bien notée par les experts. On relèvera également que l'art. 15 OPD-EPF n'est, en l'espèce, pas un obstacle à une transmission à l'intimée des données mentionnées ci-dessous. D'une part, comme on l'a vu plus haut, cette disposition, qui n'était pas encore entrée en vigueur lorsque l'EPFL ou la CRIEPF ont rendu leurs décisions, n'est en l'occurrence pas applicable au présent litige (cf. consid. 4.1.1 supra). D'autre part, quand bien même cette disposition serait applicable, ce qui n'est pas le cas, on peut douter qu'elle revêt la qualité d'une loi au sens formel, comme l'exige l'art. 9 al. 1 let. a aLPD. En définitive, après une pesée des intérêts en présence, le Tribunal estime que l'intimée doit pouvoir accéder aux données du document intitulé « Profil de A. \_\_\_\_\_ », moyennant une anonymisation des noms des experts qui y sont mentionnés ou toute autre mesure nécessaire à garantir l'intérêt public tel que défini ci-dessus (cf. consid. 5 ss). Pour ce motif encore, le recours doit être admis et l'affaire envoyée à la recourante pour nouvelle décision dans le

sens des considérants.

#### **E. 5.2.6**

Une troisième partie du dossier de promotion concerne le dossier de candidature de l'intimée. Un examen de la table des matières du dossier de promotion, ainsi que du contenu des documents, permet de constater que plusieurs d'entre eux ont été créés par l'intimée elle-même. Il s'agit, pour n'en citer que quelques-uns, de son curriculum vitae, de la liste de ses publications, des prix et honneurs académiques qui lui ont été décernés, de la liste des étudiants et doctorants qu'elle a suivis, ou encore du résumé de ses activités d'enseignement et de recherche. Il est évident que l'intimée doit pouvoir accéder aux données en question.

#### **E. 5.2.7**

Enfin, le dossier comprend encore une partie intitulée « Dossier d'enseignement complet ». Il s'agit en substance de documents dans lesquels on retrouve un compte-rendu des évaluations effectuées par les étudiants s'agissant des cours dispensés par l'intimée. Sous réserve d'une éventuelle anonymisation des données contenues dans ces documents, le Tribunal ne voit aucune raison qui empêcherait l'intimée d'y accéder, étant précisé qu'il s'agit probablement de documents qui lui sont déjà connus.

#### **E. 5.3**

En résumé, la recourante se plaint à juste titre d'une violation des art. 9 al. 1 let. b et 9 al. 2 let. a aLPD. Comme on l'a vu plus haut, l'autorité inférieure n'a pas tenu compte, dans sa décision, de l'intérêt public au maintien de la confidentialité dans le système de peer review, qui s'oppose à la transmission à l'intimée de certaines données contenues dans le dossier de promotion. Or, l'injonction adressée par l'autorité inférieure à la recourante, à savoir notamment que le dossier de promotion devait être transmis à l'intimée dans son intégralité, sous réserve d'une anonymisation, aurait précisément eu pour effet de compromettre le système en question. Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs invoqués par la recourante dans son recours. Le recours est par conséquent admis et la cause est renvoyée à la recourante pour qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens des considérants. Comme il n'appartient ni à l'autorité inférieure ni au Tribunal de céans de trier les documents du dossier de promotion et de procéder aux éventuelles anonymisations requises, il est justifié de renvoyer le dossier à la recourante, qui dispose en outre à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (cf. consid. 2.1 supra).

#### **E. 6**

Il découle de ce qui précède que le recours est admis et la cause est renvoyée à la recourante pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

#### **E. 7**

Demeure à trancher la question des frais et des dépens.

#### **E. 7.1**

Obtenant gain de cause, la recourante n'a pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA) et a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Au demeurant, aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (cf. art. 63 al. 1 PA). Aucun frais de procédure n'est par conséquent mis à la charge de

l'autorité inférieure.

### **E. 7.2**

En l'absence de note de frais, l'indemnité due est fixée sur la base du dossier (cf. art. 12 FITAF). Compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par les mandataires de la recourante, laquelle a produit plusieurs écritures durant la procédure de recours, le Tribunal estime, au regard des art. 8 ss FITAF, que l'allocation d'un montant global de 2'000 francs (y compris supplément TVA selon l'art. 9 al. 1 let. c FITAF) apparaît comme équitable en l'espèce. Dès lors que le recours est admis et la décision de l'autorité inférieure annulée, et que l'intimée succombe au moins en partie dans ses conclusions tendant à obtenir un accès intégral au dossier d'évaluation, il est justifié de répartir le montant total des dépens à verser à la recourante par moitié entre l'autorité inférieure et l'intimée. Partant, l'autorité inférieure et l'intimée verseront chacune à la recourante un montant de 1'000 francs, à titre de dépens. (le dispositif est porté en page suivante)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.