

EDOEB recommandation-du-13-février-2015-ofc-accès-aux-procès-verbaux-de-la-commission--2015-02-13 vom 13. Februar 2015

EDÖB, 2015-02-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_recommandation-du-13-février-2015-ofc-accès-aux-procès-verbaux-de-la-commission--2015-02-13

FR: EDOEB

recommandation-du-13-février-2015-ofc-accès-aux-procès-verbaux-de-la-commission--2015-02-13 du 13 février 2015

IT: EDOEB

recommandation-du-13-février-2015-ofc-accès-aux-procès-verbaux-de-la-commission--2015-02-13 del 13 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), le demandeur (personne privée) a déposé, par courrier non daté adressé à l'Office fédéral de la culture (OFC) qui l'a reçu le 1er novembre 2013, une demande d'accès concernant « [le procès-verbal] de la commission fiction de la séance du 13 octobre 2013 ». Le demandeur a précisé qu'il ne cherchait pas à avoir accès aux résultats des délibérations dans les détails projet par projet ou aux titres desdits projets mais, qu'il voudrait, afin de vérifier objet par objet si les règles de récusation ont été respectées, avoir accès au nom de la société mandante ainsi qu'aux experts ayant participé aux délibérations et ceux s'étant désistés objet par objet.

E. 2

Le 5 novembre 2013, le demandeur a réitéré une demande similaire par le biais d'un formulaire de contact disponible sur le site du Département fédéral de l'Intérieur (DFI) qui l'a ensuite transmis à l'autorité compétente pour traiter de la demande d'accès, c'est-à-dire, l'OFC. Cette demande d'accès était moins précise et visait l'accès au « nom des mandants et de tous les experts ayant délibéré et le nom de ceux qui se sont abstenus projet par projet, pour tous les projets ».

E. 3

Le 21 novembre 2013, l'OFC a pris position sur les deux demandes d'accès. En ce qui concerne la seconde demande, l'autorité a estimé que visant « tous les projets », elle n'était pas formulée de manière suffisamment précise au sens de l'art. 10 al. 3 LTrans. Par contre, concernant la demande initiale, l'autorité a fait part au demandeur qu'il n'y avait pas eu de séance de la commission fiction le 13 octobre 2013 mais les 2 et 4 octobre 2013. L'OFC a décidé de limiter l'accès du demandeur aux procès-verbaux demandés dans la mesure où les noms des demandeurs, les titres des productions ainsi que d'autres informations susceptibles de dévoiler l'identité des demandeurs doivent, conformément à leur opinion, être rendus anonymes. Selon l'autorité, l'art. 9 al. 1 LTrans stipule que les documents officiels contenant des données personnelles doivent être rendus si possible anonymes avant d'être consultés, les

noms des requérants constituant des données personnelles, il sied de les anonymiser. Ensuite, l'autorité a ajouté qu'en divulguant les procès-verbaux sans les anonymiser, il serait facile pour quiconque de déduire quelles demandes ont été refusées par la commission (car les subventions accordées sont publiées) et cette information serait susceptible de porter atteinte à la réputation professionnelle des requérants dont les demandes n'ont pas été retenues (art. 7 al. 2 LTrans). Enfin, l'autorité considère que le fait de donner accès aux procès-verbaux en question sans les anonymiser pourrait révéler des secrets professionnels ou d'affaires des demandeurs de subventions selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. En effet, selon l'autorité, il serait ainsi possible de savoir quel auteur travaille sur quel sujet, quel producteur est en train de développer un nouveau projet avec tel réalisateur ou quelle réalisatrice travaille sur plusieurs projets avec différentes maisons de production. L'autorité a ensuite avisé le demandeur de la possibilité de déposer une demande en médiation au sens de l'art. 13 LTrans auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) dans les 20 jours dès la réception de la prise de position et a joint à son courrier les procès-verbaux anonymisés et caviardés de la séance du 2 au 4 octobre 2014 de la commission fiction.

E. 4

Par courrier du 29 novembre 2013, parvenu au Préposé le 2 décembre 2013, le demandeur a déposé une demande en médiation concernant l'accès aux procès-verbaux de la séance de la commission fiction que l'OFC a caviardés. Le demandeur a notamment ajouté que sa démarche avait pour but unique de vérifier l'application par les experts de leur devoir de récusation. Selon lui, cette démarche est nécessaire car il a dû intervenir en août 2013 pour faire annuler une déclaration d'intention pour vice de forme précisément à ce sujet. Pour le demandeur, l'accès aux procès-verbaux sans occultation des noms des mandants et des experts siégeant est la seule manière de vérifier la présence de conflits d'intérêts. De plus, il ajoute que les montants à disposition du cinéma suisse via les subventions de la section cinéma sont très restreints et les requérants très nombreux ; les conflits d'intérêts y ont donc une incidence très importante.

E. 5

Par courrier du 3 décembre 2013, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et a informé par courrier électronique du même jour, l'OFC du dépôt de celle-ci. Après une prolongation du délai jusqu'au 20 décembre 2013, l'OFC a, par courrier du 19 décembre 2013 reçu le 23 décembre 2013, transmis au Préposé leur prise de position accompagnée d'une partie de la correspondance effectuée avec le demandeur d'accès ainsi que des documents requis par ce dernier.

E. 6

Pour justifier la limitation de l'accès aux documents, l'autorité apporte plusieurs arguments. Premièrement, l'OFC soutient que l'art. 9 al. 1 LTrans prévoit l'anonymisation des documents officiels contenant des données personnelles et qu'ainsi, les noms des requérants d'aides financières et des metteurs en scène doivent être anonymisés. L'autorité ajoute que même si l'art. 19 al. 2 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1) permet à l'administration de communiquer le nom d'une personne, cette disposition est assujettie à l'art. 9 al. 1 LTrans, à la pesée d'intérêt prévue à l'art. 19 al. 4 LPD ainsi qu'au contexte de la situation concrète. Selon l'OFC, l'analyse de ces éléments conduit à

l'obligation d'anonymiser les documents. Deuxièmement, l'OFC est d'avis que la divulgation des procès-verbaux non anonymisés et leur comparaison avec la liste publiée des projets effectivement subventionnés par l'OFC, permettrait de découvrir quelles demandes de subventionnement ont été refusées et, partant, cette situation porterait un préjudice à la sphère privée de ces personnes, plus précisément à leur réputation professionnelle. Troisièmement, l'OFC soulève que l'art. 23 al. 6 de l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur (DFI) sur l'encouragement du cinéma (OECin, RS 443.113) prévoyant que les membres des comités sont tenus à l'obligation de garder le secret sur le déroulement des

3/12

délibérations mis en lien avec l'art. 4 LTrans, impose à l'administration de traiter de manière confidentielle les informations communiquées par les requérants. Quatrièmement, selon l'OFC, le fait de donner accès aux procès-verbaux de manière non anonymisée pourrait révéler des secrets professionnels ou d'affaires des entreprises de production requérantes de subventions ou des metteurs en scène mentionnés au sens de l'art.

E. 7

Par entretien téléphonique du 20 octobre 2014, l'OFC a répondu à diverses questions posées par le Préposé. L'autorité a, en outre, affirmé qu'elle n'avait pas envoyé au Tribunal administratif fédéral les procès-verbaux de la séance 5/2013 de la commission fiction. Par courriel du 4 novembre 2014, le Préposé a demandé à l'OFC un complément des pièces du dossier. L'autorité les lui a fait parvenir en date du 10 novembre 2014.

E. 8

Les autres explications du demandeur et de l'OFC ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.

II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :

A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

E. 9

Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFC et a reçu une réponse en partie négative. Etant partie à la procédure de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 LTrans).

E. 10

La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités¹. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

¹ Message LTrans, FF 2003 1865.

4/12

B. Considérants matériels

E. 11

Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31) le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.ex. les modalités d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12 al. 2 OTrans) ou le cas échéant émettre une recommandation (art. 14 LTrans)².

E. 12

A titre préliminaire, il convient de préciser ce qui suit : Dans les procès-verbaux caviardés qui ont été remis au demandeur par l'OFC, il est notamment indiqué le nom des experts présents lors de la séance et les cas dans lesquels un de ceux-ci s'est récusé. Le résultat des votes, le montant de la subvention envisagée ainsi que la plupart des arguments « pour ou contre » y sont aussi visibles. Toutefois, les remarques générales sur le bon déroulement de la séance, les éléments descriptifs des projets concrets, le motif complet des cas de récusation ainsi que les noms des requérants de subvention (entreprises de production et metteurs en scène) ont été caviardés par l'OFC. Puisque la volonté du demandeur est ciblée sur l'accès aux noms des experts ayant votés, respectivement s'étant récusés et pour quel motif, projet par projet ainsi qu'aux noms des requérants de subventions projet par projet, le Préposé renonce à examiner les caviardages supplémentaires opérés par l'autorité, ces passages ne faisant pas l'objet de la demande en médiation. Il faut premièrement vérifier si la loi sur la transparence s'applique (art. 2, 3 et 4 LTrans), puis si une des exceptions au principe de la transparence (art. 7 et 8 LTrans) ou la protection des données personnelles (art. 9 LTrans) justifie le caviardage des documents concernés par la demande d'accès.

E. 13

Selon l'art. 2 LTrans, la loi sur la transparence s'applique à l'administration fédérale (let. a), aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 PA (let. b), et aux services du Parlement (let. c). Par administration fédérale, la loi sur la transparence entend la même notion que celle figurant à l'art. 178 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst, RS 101) et à l'art. 2 de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010)³. Selon l'art. 6 al. 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement (OLOGA, RS 172.010.1), l'administration fédérale comprend les unités administratives centrales et décentralisées. Son annexe 1 constitue la liste des unités administratives centralisées puis décentralisées et l'annexe 2 la liste des commissions extraparlimentaires et leur rattachement à un département (art. 8 OLOGA).

E. 14

La commission d'experts de l'encouragement du cinéma est une commission extraparlamentaire qui figure à l'annexe 2 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement (OLOGA, RS 172.010.1). Elle se subdivise en plusieurs comités : « fiction », « encouragement et diversité », « documentaire », « animation » et « commission technique ». Le comité fiction

2 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 13, N 8. 3 Message LTrans, FF 2003 1829.

5/12

fait partie de l'administration décentralisée et est soumis à la loi sur la transparence (art. 2 al. 1 let. a LTrans, art. 2 LOGA et art. 6 al. 1 OLOGA). L'OFC est chargé du secrétariat du comité conformément à l'art. 23 OECin. Ainsi, le PFPDT part de l'idée que l'OFC, dans son rôle de secrétariat du comité fiction, est compétent pour répondre à la demande d'accès et représenter le comité fiction dans la procédure de médiation. Enfin, il n'y a aucun raison de douter que les procès-verbaux requis par le demandeur ne constituent pas des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans.

E. 15

Pour justifier la limitation de l'accès du demandeur aux procès-verbaux de la séance 5/2013 datée du 2 au 4 octobre 2013, l'OFC invoque notamment que l'affaire en cause sortirait du champ d'application matériel de la loi sur la transparence au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans car un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le refus de subventionnement concernant un projet soumis indirectement par le demandeur est pendant. Selon l'autorité, les procès-verbaux concernés par la demande d'accès pourraient servir de moyen de preuve dans ladite procédure particulièrement concernant la question de la composition des comités et du respect des règles de récusation.

E. 16

L'art. 3 LTrans règle, à l'aide d'une liste négative, le champ d'application matériel de la loi sur la transparence. L'art. 3 al. 1 let. a exclut l'application de ladite loi pour un certain nombre de procédures pour lesquelles des dispositions spécifiques règlent les questions d'accès aux documents officiels. Les documents qui font partie d'une procédure pendante au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LTrans sortent du champ d'application matériel de la loi sur la transparence durant la totalité de la durée de cette procédure⁴. Après la clôture de celle-ci, une partie des documents officiels sont à nouveau soumis à la loi sur la transparence, c'est-à-dire ceux qui existaient déjà et qui n'ont pas été établis ou transmis à l'autorité explicitement pour la procédure. Inversement, les documents qui ont été établis ou transmis à l'autorité clairement dans le cadre de ladite procédure ne tombent pas sous le champ d'application de la loi sur la transparence⁵.

E. 17

Le chiffre 5 prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives. Par procédures juridictionnelles administratives, la disposition vise l'ensemble des procédures contentieuses, jusqu'à la dernière instance, dans lesquelles des décisions administratives de 1ère instance sont contestées⁶. Pour qu'un document officiel sorte du champ d'application de la loi sur la transparence en raison de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans, il faut que l'autorité de recours soit réellement en possession du document en question. Cela implique que le document doit

faire partie intégrante du dossier comme la décision attaquée ainsi que son dossier administratif (jusqu'à la fin de la clôture de la procédure de recours) ainsi que les actes de procédures (même après la clôture de la procédure de recours)⁷.

E. 18

Dans le cas d'espèce, il convient donc de déterminer si les procès-verbaux concernés par la demande d'accès du demandeur font partie intégrante du dossier effectivement en possession auprès du Tribunal administratif fédéral. Tel que mentionné dans l'état des faits (chiffre 7),

4 Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, ch. 2.2.3 ; contra: Message LTrans, FF 2003 1832. 5 Recommandation PFPDT du 10 novembre 2014 : BJ / Korrespondenz, ch. II.B.30 (disponible uniquement en allemand) ; Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, ch. 2.2.3 ; AMMANN/LANG, in : Passadelis, Rosenthal, Thür [Eds.]. Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle 2015, N 25.22. 6 Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (cité: BSK BGÖ), STAMM-PFISTER, art. 3, N 21, 3ème éd., Bâle 2014. 7 Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, ch. 2.2.3.

6/12

l'autorité a affirmé par entretien téléphonique au Préposé qu'elle n'avait pas fait parvenir lesdits procès-verbaux au Tribunal administratif fédéral et, partant, que celui-ci ne serait ainsi pas en possession de ces documents. Au vu de cette affirmation, il ressort des faits que le dossier concernant la procédure en cours en possession auprès du Tribunal administratif fédéral ne comprend pas les procès-verbaux de la séance 5/2013 de la commission fiction.

E. 19

Selon le Préposé, les procès-verbaux concernés par la demande ne font pas partie intégrante d'une procédure administrative contentieuse au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans et, de ce fait, la loi sur la transparence est applicable.

E. 20

L'OFC soutient ensuite que la loi sur la transparence ne devrait pas s'appliquer aux procès-verbaux concernés par la demande d'accès car une loi spéciale au sens de l'art. 4 LTrans assure la confidentialité des informations qui y sont contenues. L'autorité invoque l'art. 23 al. 6 OECin prévoyant que les membres des comités sont tenus à l'obligation de garder le secret sur le déroulement des délibérations.

E. 21

L'art. 4 LTrans réserve les dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations secrètes ou accessibles à des conditions dérogeant à la loi sur la transparence. La disposition est claire, pour qu'une disposition spéciale puisse déroger à l'application de la loi sur la transparence, il faut que cette norme figure dans une loi fédérale c'est-à-dire une loi au sens formel de l'art. 163 al. 1 Cst. Seule une disposition figurant dans

une ordonnance ne faisant que préciser les modalités prévues par une disposition spéciale d'une loi fédérale, peut entrer en ligne de compte dans l'application de l'art. 4 LTrans⁸. En l'espèce, la norme invoquée par l'autorité ne figure pas dans une loi au sens formel et ne précise pas les modalités prévues dans une telle loi. De plus, cette disposition vise uniquement le secret des délibérations du comité.

E. 22

Le Préposé est d'avis que l'autorité ne peut pas se baser sur l'art. 23 al. 6 OECin afin d'élucider l'application de la loi sur la transparence au cas d'espèce.

E. 23

La loi sur la transparence a pour but de garantir l'accès du public aux documents officiels et à promouvoir la transparence de l'administration. Plus largement, la loi vise à créer un climat de confiance entre les citoyens et leurs autorités et contribue à renforcer le caractère démocratique de l'administration en rendant le processus décisionnel plus transparent⁹. C'est pourquoi l'art. 6 al. 1 LTrans instaure la présomption que tout document officiel est accessible, sauf exception prévue par la loi (art. 7 ss. LTrans). Lorsque le document officiel renferme des données personnelles concernant des personnes physiques ou morales, il faut d'abord examiner, pour des raisons d'économie de procédure, si une des règles d'exception fixées aux art. 7 et 8 LTrans est applicable¹⁰. Si ce n'est pas le cas, il faut alors déterminer si les données personnelles contenues dans ledit document s'opposent à sa communication (art. 9 LTrans)¹¹.

E. 24

Les procès-verbaux de la séance 5/2013 de la commission fiction contiennent d'une part des projets qui ont reçu un avis positif pour l'obtention d'une subvention et d'autre part des projets qui ont reçu un avis négatif. Le Préposé va diviser son raisonnement entre ces deux catégories.

E. 25

Pour les projets qui ont reçus un avis positif, la réflexion est simple. En effet, l'OFC publie séance par séance les noms des projets ainsi que les noms des requérants qui ont reçu une telle déclaration d'intention¹². Selon l'art. 6 al. 3 LTrans, si les documents officiels ont déjà été

⁸ COTTIER, in : Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 4, N 7.
⁹ Message LTrans, FF 2003 1827. ¹⁰ FLÜCKIGER, in : Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 9, N 43. ¹¹ Recommandation PFPDT du 16 mai 2011 : OFEV / Rapports d'analyse des carburants, ch. II.B.2. ¹² <http://www.bak.admin.ch/film/03579/03580/03625/index.html?lang=fr> (consulté pour la dernière fois le 03.02.2014).

7/12

publiés par la Confédération sur papier ou sous forme électronique, les conditions pour l'accès sont considérées comme remplies. En l'espèce, les données personnelles concernant les requérants et les projets qui ont reçu une telle déclaration d'intention sont disponibles pour le public. De ce fait, ces informations étant d'ores et déjà disponibles à tout un chacun, il n'y a pas de raison de les caviarder.

E. 26

Au vu de ce qui précède, l'autorité ne peut pas caviarder le nom du projet ainsi que le(s) nom(s) du/des requérant(s) qui ont reçu un avis positif de la part de la commission fiction.

E. 27

Pour les projets qui ont reçus un avis négatif, il reste à déterminer si des exceptions au principe de la transparence (art. 7 ss. LTrans) permettent de restreindre l'accès aux informations requises par le demandeur.

E. 28

Le système de protection des intérêts au maintien du secret établi par l'art. 7 al. 1 LTrans repose exclusivement sur l'existence ou non d'un risque de préjudice. Deux conditions cumulatives doivent être remplies : premièrement, la communication des informations doit porter atteinte de manière notable à l'intérêt public (let. a à f) ou à l'intérêt privé (let. g à h) ; deuxièmement, il doit exister un risque sérieux que cette atteinte survienne¹³. Si l'atteinte n'est que du domaine du concevable, l'accès aux informations ne peut être refusé. Il faut donc qu'il y ait une haute probabilité, « selon le cours ordinaire des choses », que le préjudice survienne. Dans le doute, l'accès doit être accordé¹⁴. Il incombe à l'autorité de prouver que les conditions des exceptions prévues par la loi sont réunies¹⁵.

E. 29

Selon l'OFC, si l'accès aux procès-verbaux de la séance 5/2013 de la commission fiction de manière non anonymisée était accordé, des secrets professionnels ou d'affaires des entreprises de production requérantes de subventions ou des metteurs en scène mentionnés pourraient être dévoilés (art. 7 al. 1 let. g LTrans).

E. 30

Selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, « le droit d'accès est limité, différé ou refusé [...] lorsque l'accès à un document officiel peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication ». La notion de « secrets professionnels » vise les professions libérales telles que les architectes, les avocats, les conseillers en finances ou en impôts, les médecins, les pharmaciens, les psychologues, etc. dans lesquelles la confidentialité des informations est assurée aux clients ; ce qui va plus loin que les professions visées par l'art. 321 du code pénal suisse (CP, RS 311.0)¹⁶. Les différents métiers existants dans le domaine du cinéma ne font pas partie des activités professionnelles dans lesquelles il existe de tels secrets. Cette exception ne peut ainsi pas être soulevée par l'autorité.

E. 31

Quant aux termes « secret d'affaires » et « secret de fabrication », aucun n'est défini que ce soit dans la loi sur la transparence, ou dans son message. Ce dernier indique uniquement que l'octroi de l'accès à certaines informations ne doit entraîner aucune distorsion de la concurrence¹⁷. Dans le cadre de l'art. 162 CP et de l'art. 6 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241), le Tribunal fédéral définit le secret d'affaires comme « toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique ni facilement accessible et que son détenteur a un intérêt légitime à garder secrète. Par secrets commerciaux, on entend des informations qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial ; il peut s'agir notamment de connaissances relatives à l'organisation, la calculation des prix, la publicité et la

13 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 7, N 4. 14 Message LTrans, FF 2003 1848 ; Recommandation PFPDT du 29 août 2008 : EDA / Bericht zur schweizerischen Energieaussenpolitik, ch. II.B.4 (disponible uniquement en allemand) ; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, loc.cit. 15 Arrêt du TAF A-4942/2012 du 22 avril 2013 consid. 6.2 ; Arrêt du TAF A-3269/2010 du 18 octobre 2010 consid. 3.1. 16 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, art. 7, N 43. 17 Message LTrans, FF 2003 1853.

8/12

production [...] »18.

E. 32

Il y a secret d'affaires ou de fabrication uniquement si l'état de fait remplit les conditions cumulatives suivantes : premièrement, il doit exister un lien entre l'information et l'entreprise ; deuxièmement, le fait en question doit être relativement inconnu ; troisièmement, le détenteur du secret doit vouloir garder le secret (intérêt subjectif) ; et quatrièmement, il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif)¹⁹.

E. 33

En l'espèce, l'autorité estime que la connaissance de quel auteur travaille sur quel sujet, quel producteur développe un nouveau projet avec tel réalisateur ou que telle réalisatrice travaille sur plusieurs projets avec différentes maisons de production constituent des secrets d'affaires. Elle ajoute qu'il serait également possible de révéler de tels secrets si une personne tierce recoupait les données provenant des procès-verbaux caviardés qu'elle a livré au demandeur (avec les motivations) et les procès-verbaux non anonymisés requis par le demandeur (sans les motivations). Enfin, l'autorité soulève que l'art. 7 al. 1 let. g LTrans protège aussi indirectement l'intérêt de l'administration publique à recevoir des informations de première main et de bonne qualité de la part des personnes privées ; ce qui serait mis à mal si ces dernières n'avaient plus la certitude que les données qu'elles communiquent sont traitées confidentiellement.

E. 34

Dans ces explications, l'autorité reste très générale et ne développe pas ses arguments de manière concrète et étayée. Ainsi, le Préposé ne peut pas juger dans quelle mesure les conditions d'existence de secrets d'affaires, tels que mentionnées (cf. chiffre 32), sont réunies en l'espèce. De plus, le Préposé doute que l'information portant sur le fait de « qui travaille avec qui sur un projet » soit un fait relativement inconnu, au vu de la petite taille du monde du cinéma, de même que le fait que le demandeur de subventions veuille garder cette information secrète car, en demandant une subvention à la commission fiction, il sait que cette information sera connue de tous en cas d'avis positif²⁰. De plus, il est possible de partir de l'idée qu'à un moment ou à un autre, la quasi-totalité des noms des requérants de subventions figureront sur le site de l'OFC dans une des listes des séances de la commission car parfois un projet ne reçoit pas d'avis positif mais le suivant oui ou inversement. Dans le cas présent, il n'est pas question de donner accès au contenu des projets concrets mais uniquement aux noms des requérants de subvention, ce qui, aux yeux du Préposé ne constituent pas des secrets d'affaires. Aussi, si les requérants de subvention souhaitent obtenir de l'argent, ils ne vont pas fournir des informations de deuxième main tel que le craint l'autorité. Le fardeau de la preuve reposant sur l'autorité et celle-ci n'ayant pas

amené les éléments nécessaires, la présomption de transparence de l'art. 6 al. 1 LTrans doit s'imposer.

E. 35

Selon le Préposé, le motif d'exception fixé à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans ne peut pas être retenu, faute de preuve.

E. 36

La plupart des données caviardées par l'OFC sont des données personnelles au sens de l'art. 3 let. a de la loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) car elles se rapportent à une personne en particulier, en l'espèce à leur nom, prénom ou raison sociale. L'autorité estime qu'elle ne peut pas communiquer ces données personnelles car cela violerait les droits de la personnalité des individus concernés. Il reste donc à analyser cette question.

E. 37

Selon l'art. 7 al. 2 LTrans, le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à

18 ATF 109 Ib 47 consid.5 c). 19 Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, ch. 5.2.1. 20 Recommandation du 29 janvier 2014 : KTI / Innovationsförderung 2011, ch. II.B.26 (disponible uniquement en allemand).

9/12

la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant. Par conséquent, il faut appliquer la procédure fixée à l'art. 9 LTrans pour déterminer si l'accès à ces données peut être accordé. Cette disposition prévoit que les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant d'être consultés (art. 9 al. 1 LTrans). Si ce n'est pas possible, ce qui est le cas en l'espèce car la demande porte expressément sur l'identité des demandeurs de subventions²¹, la question de la communication des données est réglée par l'art. 19 LPD (art. 9 al. 2 LTrans).

E. 38

L'art. 19 al. 1 LPD règle dans quelles conditions les organes fédéraux sont en droit de communiquer des données personnelles. Aucun cas prévu dans cette disposition ne trouve application dans le cas d'espèce. Ensuite, selon l'art. 19 al. 1bis LPD, une autorité peut communiquer des données personnelles en vertu de la loi sur la transparence si ces données sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et que leur communication répond à un intérêt public prépondérant. L'art. 5 al. 1 let. c LTrans prévoit explicitement que, pour être en présence d'un document officiel, il faut que celui-ci concerne l'accomplissement d'une tâche publique. Les procès-verbaux de la commission fiction étant des documents officiels, la première condition est d'emblée remplie. Pour savoir si la communication répond à un intérêt public prépondérant, il faut effectuer une pesée des intérêts en présence, à savoir d'un côté l'intérêt privé des requérants de subventions à ce que leur nom ne soit pas communiqué (protection de la sphère privée) et, d'autre part, l'intérêt public à la communication de l'identité de ces personnes (intérêt à la transparence).

L'art. 6 al. 2 OTrans apporte différents exemples dans lesquels un intérêt public prépondérant existe. C'est le cas lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public suite notamment à des événements importants (let. a) et, lorsque la personne, dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel, est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants (let. c).

E. 39

L'autorité fait valoir que les personnes concernées ont un intérêt privé à la protection des droits de leur personnalité, notamment à la préservation de leur honneur et de leur réputation professionnelle. En effet, la divulgation des procès-verbaux et leur comparaison avec la liste publiée des projets subventionnés permettrait de déduire qui des requérants ont reçu un avis positif et qui ont en reçu un négatif. Cette affirmation doit cependant être relativisée car il est notablement connu que seul un nombre restreint d'argent est à disposition par rapport au nombre de demandes de subventions. Un refus ne signifie ainsi pas que le projet présenté à la commission est mauvais. L'atteinte à la personnalité des entreprises de production et des réalisateurs est donc moindre. Enfin, il convient de souligner que les données personnelles concernées n'ont pas de caractère sensible au sens de l'art. 3 let. c LPD et leur divulgation ne pourrait éventuellement causer qu'un préjudice restreint aux personnes concernées.

E. 40

Selon le Préposé, il y a un intérêt public à comprendre le système se pratiquant concernant l'octroi des subventions dans le domaine du cinéma dans sa généralité. Partant, lorsqu'il s'agit, en faisant preuve de transparence, d'éviter ou de dévoiler des abus ainsi que des entraves à l'égalité de traitement de la part de tiers, il faut faire attention à prendre en considération non seulement les avis positifs non justifiés mais aussi les avis négatifs qui s'avèreraient en réalité infondés²². L'art. 6 al. 2 let. c LTrans ne vise pas uniquement les rapports de droit entre Etat et personne privée mais aussi leurs rapports de fait ce qui est le cas dès le dépôt d'une demande de subvention. En effet, tous les projets dépendent de la procédure de décision qui aura lieu par la suite et certains auront la chance de recevoir une aide, tandis que d'autres non²³. En

21 Recommandation du 29 janvier 2014 : KTI / Innovationsförderung 2011, ch. II.B.28. 22

Recommandation du 29 janvier 2014 : KTI / Innovationsförderung 2011, ch. II.B.35. 23

Recommandation du 29 janvier 2014 : KTI / Innovationsförderung 2011, loc. cit. .

10/12

considérant le sens et le but de la loi sur la transparence, c'est-à-dire créer un climat de confiance entre les citoyens et leurs autorité mais également contribuer à renforcer le caractère démocratique de l'administration en permettant un contrôle direct sur celle-ci, il se justifie, dans le cas d'espèce, de rendre public également les informations concernant les requérants de subventions qui ont reçu un avis négatif. Ceci est d'autant plus justifié dans le cas d'espèce au regard du caractère contesté de certaines décisions de la commission fiction et de son organisation. En effet, le parlementaire Malama Peter avait déposé une interpellation le 18 juin 2010 sur la « Partialité inacceptable lors de l'évaluation des demandes de subventions » dans le cinéma (réf. 10.3579) à la suite d'un article publié dans la Jusletter du 31 mai 2010 intitulé « Befangenheit bei Überkreuz-Beurteilungen »²⁴ dénonçant l'impartialité qu'il y a eu lors des votes d'une séance de la commission fiction

pour un montant total de plus d'un million de francs²⁵. Dans le même ordre d'idée, la commission de la science, de l'éducation et de la culture-CN a déposé une motion le 9 septembre 2011 (réf. 11.3763) afin que le Conseil fédéral adapte l'art. 14 de la loi fédérale sur la culture et la production cinématographique (LCin ; RS 443.1) pour que les experts ne puissent pas demander des aides financières pour leurs propres projets aussi longtemps que leur mandat dure²⁶. Le « Groupe d'intérêts des producteurs indépendants de films suisses » a également publié une proposition concernant la réforme des régimes d'encouragement 2012-2015 qui critique le mode de fonctionnement de la commission, spécialement quant à la question des conflits d'intérêts²⁷. Ces différents éléments démontrent qu'il existe un besoin particulier d'information du public sur le bon fonctionnement du système d'attribution des subventions dans le domaine du cinéma au sens de l'art. 6 al. 2 let. a OTrans. Ainsi, la présence d'un intérêt public particulièrement important à ce que les citoyens puissent vérifier que la distribution de l'argent publique se décide de manière impartiale et raisonnable justifie de donner accès aux informations requises par le demandeur.

E. 41

Le Préposé est d'avis que l'intérêt public à la connaissance des informations requises par le demandeur est prépondérant à l'intérêt privé des personnes morales et physiques touchées par la divulgation de ces informations (art. 19 al. 1bis LPD et 6 al. 2 let. a et c OTrans).

E. 42

En conclusion, l'OFC doit accorder l'accès aux procès-verbaux de la séance 5/2013 de la commission fiction de manière à ce que les noms des requérants (entreprises de production et metteurs en scène) mais aussi les noms des experts ayant voté et de ceux s'étant récusés (avec leur motif complet) soient visibles (art. 9 al. 2 LTrans, 19 al. 1bis LPD et 6 al. 2 let. a et c OTrans).

E. 43

L'art. 11 LTrans, prévoit que lorsque le demande porte sur des documents officiels contenant des données personnelles de tiers, l'autorité devrait consulter la/les personne(s) concernée(s) si elle envisage de donner l'accès²⁸. Le devoir de consultation des tiers n'est pas absolu²⁹. Suivant les circonstances du cas d'espèce, il peut y être renoncé si la procédure se trouvait alourdie de manière disproportionnée ou si cela prolongeait démesurément la durée de celle-

24 DR. ANDREA TÖNDURY, Befangenheit bei Überkreuz-Beurteilungen, in: Jusletter du 31 mai 2010. 25

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103579 (consulté pour la dernière fois le 05.02.2015). 26

http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113763 (consulté pour la dernière fois le 05.02.2015). 27 http://www.independentproducers.ch/sites/default/files/le_cinema_suisse_de_demain_francaise.pdf (consulté pour la dernière fois le

05.02.2015). 28 Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, ch. 7.2.4. 29 Message LTrans, FF 2003 1863 ; FLÜCKIGER, in : Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 11, N 11.

ci30. Il ne faut pas qu'un intérêt privé prépondérant s'oppose à la divulgation des données personnelles concernées³¹. En l'espèce, le procès-verbal de la séance 5/2013 contient les données personnelles d'à peu près une centaine de personnes. Le devoir de consulter l'entier de ces personnes rallongerait de manière disproportionnée la procédure d'accès, notamment au regard de l'intérêt public prépondérant à la vérification de la bonne marche des votes de la commission fiction exposé plus haut (chiffre 40). D'ailleurs, comme cela a déjà été mentionné, les données personnelles concernées ne sont pas sensibles et leur divulgation ne pourrait éventuellement léser que légèrement la personnalité des tiers concernés (cf. chiffre 39). Selon l'avis du Préposé, l'OFC n'est ainsi pas tenu de procéder à la consultation des tiers concernés prévue à l'art. 11 LTrans. III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

E. 44

L'Office fédéral de la culture accorde l'accès aux procès-verbaux de la séance 5/2013 de la commission fiction de manière à ce que les noms des requérants (entreprises de production et metteurs en scène) mais aussi les noms des experts ayant votés et de ceux s'étant refusé (avec leur motif complet) soient visibles (art. 9 al. 2 LTrans, art. 19 al. 1bis LPD, art. 6 al. 2 let. a et c OTrans).

E. 45

L'Office fédéral de la culture rend une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (chiffre 44).

E. 46

Dans les 10 jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut exiger que l'Office fédéral de la culture rende une décision selon l'art. 5 PA s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).

E. 47

L'Office fédéral de la culture rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête en décision (art. 15 al. 3 LTrans).

E. 48

L'Office fédéral de la culture transmet au Préposé une copie de sa décision et des éventuelles décisions rendues par les autorités de recours (art. 13a OTrans).

E. 49

La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé.

30 FLÜCKIGER, *ibid.* avec renvoi à l'ATF 124 I 176, consid. 6 b) ; JAAC 1/2013 du 18 septembre 2013, *Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate; Gutachtensauftrag*, p. 13 ; PFPDT, *Recommandation du 7 août 2013 : BLW / Empfängerlisten Verkäsungs- und Siloverzichtsulage*, ch. II.B.53 et 54 (disponible uniquement en allemand). 31 JAAC 1/2013 du 18 septembre 2013, *Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate; Gutachtensauftrag*, p. 13.

12/12

E. 50

La recommandation est notifiée à : - X

- Office fédéral de la culture OFC Hallwylstrasse 15 3003 Berne

Jean-Philippe Walter

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