

GE_GERICHTE ATA/154/2016 vom 23. Februar 2016

GE Cour de justice, 2016-02-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_154_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/154/2016 du 23 février 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/154/2016 del 23 febbraio 2016

Regeste

Résumé: Admission du recours d'un administré s'étant vu refuser l'accès aux prix payés par un établissement de droit public cantonal pour l'abonnement à des revues scientifiques, publiées par trois maisons d'édition, en l'absence de secret d'affaires et d'intérêts privés prépondérants par rapport à l'intérêt du public à la transparence des institutions publiques du point de vue de leur gestion financière et à l'utilisation des ressources mises à leur disposition par le contribuable.

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 60 al. 1 LIPAD). 2) a. Aux termes de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, a qualité pour recourir toute personne touchée directement par une décision et qui a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 140 IV 74 consid. 1.3.1 ; 136 I 274 consid. 1.3 ; 121 II 39 consid. 2 c/aa ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_343/2014 du 21 juillet 2014 consid. 2.2 ; 1C_387/2007 du 25 mars 2008 consid. 3 ; 1A.47/2002 du 16 avril 2002 consid. 3 ; ATA/118/2015 du

E. 27

janvier 2015 ; ATA/686/2014 du 26 août 2014 ; ATA/307/2013 du 14 mai 2013 ; ATA/759/2012 du 6 novembre 2012).

- 10/18 - A/170/2015

Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 23 consid. 1.3 ; 135 I 79 consid. 1 ; 128 II 34 consid. 1b ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_892/2011 du 17 mars 2012 consid. 1.2 ; 1B_201/2010 du 1er juillet 2010 consid. 2). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1 ; 136 II 497 consid. 3.3).

b. En l'espèce, il ressort du dossier que le recourant a obtenu, de la part de différentes institutions membres du consortium, la liste des prix payés par celles-ci pour les abonnements aux revues publiées par B_____, C _____ et D _____. Rien n'indique toutefois que ces documents contiendraient les informations auxquelles le recourant demande l'accès dans le cadre de la présente cause. En effet, même si les contrats en question ont été négociés par le consortium et comportent les prix et les abonnements

souscrits par chacune des institutions partenaires, le recourant n'a eu connaissance que de ceux auprès desquelles il a présenté une requête, étant encore précisé que les abonnements souscrits sont différents pour chaque membre. Le recourant dispose dès lors d'un intérêt actuel pour agir, de sorte que le recours est recevable de ce point de vue également. 3) a. La LIPAD régit notamment l'information relative aux activités des institutions (art. 1 al. 1 LIPAD), en particulier les établissements et corporations de droit public cantonaux (art. 3 al. 1 let. c LIPAD), et permet l'accès aux documents, soit tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique, soit les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 1 et 2 LIPAD).

Les art. 28 et 30 LIPAD instituent une procédure spécifique pour permettre aux particuliers de solliciter des institutions concernées l'accès aux documents désirés. Une demande doit ainsi être formulée par l'intéressé à l'institution visée, laquelle doit consulter les institutions tierces dont les intérêts sont protégés par l'art. 26 LIPAD (art. 28 al. 1 et 4 LIPAD). L'acceptation, ou le refus, de la demande d'accès doit être signifié aux intéressés avec l'indication que le préposé cantonal peut être saisi d'une demande de médiation dans les dix jours suivants cette communication (art. 28 al. 6 et 30 al. 2 LIPAD). En cas d'échec de la médiation, le préposé cantonal émet une recommandation qu'il notifie aux parties. S'il considère que l'accès à la documentation doit être autorisé, l'institution dispose d'un délai de dix jours pour notifier sa décision (art. 30 al. 5 LIPAD), contre laquelle le recours auprès de la chambre administrative est ouvert (art. 60 LIPAD).

- 11/18 - A/170/2015

b. En l'espèce, le dossier produit par l'intimée, qui est un établissement de droit public (art. 1 al. 1 de la loi sur l'université du 13 juin 2008 - LU - C 1 30), est muni des pièces dont le recourant requiert l'accès, à savoir les contrats conclus par le consortium avec B_____, C _____ et D _____, pièces versées à la procédure en application de l'art. 63 LIPAD et soustraites à la consultation, qui comportent les prix payés par les différentes institutions partenaires du consortium pour bénéficier des abonnements aux revues publiées par ces maisons d'édition. L'ensemble de ces pièces constitue des documents au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD, ce que les parties ne contestent au demeurant pas, de sorte que cette loi est applicable.

Par ailleurs, il ressort du dossier que la demande d'accès auxdits documents a été faite conformément aux règles de procédure prévues par la LIPAD (forme de la requête, saisine du préposé cantonal, médiation, etc ; art. 28 à 30 LIPAD), ce qui n'est pas davantage litigieux. 4) a. La LIPAD a notamment pour but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD). La transparence y a été érigée au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration, valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (MGC 2000 45/VIII 7671 ss, 7675 s. ; ATA/341/2015 du 14 avril 2015 ; ATA/307/2008 du 10 juin 2008). L'adoption de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité.

La LIPAD n'est toutefois pas inconditionnelle et, dans la mesure où elle est applicable, ne confère pas un droit d'accès absolu. Elle contient ainsi des exceptions, aux fins notamment de garantir la sphère privée des administrés et de permettre le bon fonctionnement des

institutions (ATA/560/2015 du 2 juin 2015 ; ATA/341/2015 précité ; ATA/211/2009 du 28 avril 2009 ; ATA/307/2008 précité ; MGC 2000/VIII 7694).

b. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès comprend la consultation sur place des documents ou l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD). Par ailleurs, pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document, dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à communication (art. 27 al. 1 LIPAD), en application du principe de proportionnalité (MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7699 s.).

c. Sont soustraits au droit d'accès les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose (art. 26 al. 1 LIPAD). Tel est le cas lorsque l'une ou l'autre des hypothèses visées à l'art. 26 al. 2 LIPAD est

- 12/18 - A/170/2015 réalisée, notamment en cas d'atteinte à la sphère privée (let. g) ou de révélation d'informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (let. i).

L'art. 26 al. 2 let. g LIPAD n'exclut pas automatiquement l'accès à tout document dès qu'il concerne la sphère privée d'un tiers, mais requiert une pesée des intérêts en présence (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 ; ATA/341/2015 précité ; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014). Ainsi, par exemple, l'avocat mandaté par une institution doit s'attendre à ce que le montant des honoraires perçus du chef de ce mandat soit, le cas échéant, communiqué à des tiers, dès lors qu'il s'agit de l'utilisation des ressources d'institutions chargées de l'accomplissement de tâches de droit public, bien qu'une telle information concerne sa sphère privée économique (MGC 2000 45/VIII 7697).

L'énumération de différents secrets à l'art. 26 al. 2 let. i LIPAD constitue un cas particulier d'exceptions justifiées par la protection de la sphère privée. Les institutions jouant un rôle important dans l'économie locale, en particulier par les commandes qu'elles passent et les travaux qu'elles adjugent, les fournisseurs de prestations qui entrent en contact avec elles doivent d'emblée admettre agir dans la transparence. Il importe néanmoins que de telles relations ne les mettent pas dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents en communiquant à ces derniers des informations normalement confidentielles (MGC 2000 45/VIII 7697 s.). Par ailleurs, l'écoulement du temps peut modifier l'appréciation qu'il y a lieu de faire du caractère confidentiel ou non d'un document (MGC 2000 45/VIII 7700).

D'une manière générale, l'application des restrictions prévues à l'art. 26 LIPAD implique une pesée concrète des intérêts en présence (MGC 2000 45/VIII 7694 ss et 2001 49/X 9680). La chambre administrative a ainsi jugé que si l'existence d'une clause de confidentialité mettait certes en exergue une volonté des parties contractuelles de maintenir le contenu de leur accord dans leur sphère privée, cet élément pouvait être pris en considération à ce titre dans la pesée des intérêts commandée par l'art. 26 LIPAD, mais ne conduisait pas à exclure la mise en œuvre, sur le document concerné, des droits d'accès conférés par la loi (ATA/341/2015 précité). 5) a. La loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (LTrans - RS 152.3), qui vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration fédérale, en garantissant notamment l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans), et renverse ainsi le principe du secret des activités administratives au profit de

celui de la transparence (ATF 136 II 399 consid. 2.1 ; 133 II 209 consid. 2.3.1 ; FF 2003 1807, p. 1819), contient une disposition similaire à l'art. 26 LIPAD, en prévoyant que le droit d'accès est limité, différé ou refusé lorsque l'accès à un document officiel peut notamment révéler des secrets professionnels, d'affaires ou

- 13/18 - A/170/2015 de fabrication (art. 7 al. 1 let. g LTrans) ou porte atteinte à la sphère privée de tiers (art. 7 al. 2 LTrans). Par souci d'harmonisation verticale et dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD.

b. Pour que les clauses d'exclusion de l'art. 7 al. 1 LTrans trouvent application, l'éventuel préjudice consécutif à la divulgation de l'information doit atteindre une certaine intensité, une conséquence mineure ou simplement désagréable engendrée par l'accès ne pouvant constituer une atteinte. De plus, le risque de la survenance du préjudice doit être hautement probable, selon le cours ordinaire des choses, et ne peut pas ressortir qu'au domaine du concevable ou du possible (ATF 133 II 209 consid. 2.3.3 ; ATAF 2013/50 consid. 8.1 ; 2011/52 consid. 6 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3621/2014 du 2 septembre 2015 consid. 4.2.1 ; recommandation du préposé fédéral du 21 décembre 2015 consid. 25). Les clauses d'exclusion doivent en outre être interprétées restrictivement. Ainsi, dans les cas limite, par exemple lorsque la probabilité de la réalisation de la violation d'intérêts à protéger existe tout en étant faible ou lorsqu'il faut s'attendre à une conséquence négative mineure, l'accès doit être préféré (arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3621/2014 précité consid. 4.2.1 ; A-6054/2013 du 18 mai 2015 consid. 3.2). Pour être en droit de refuser l'accès, l'autorité doit prouver que l'une ou l'autre des exceptions mentionnées à l'art. 7 al. 1 est réalisée (recommandation du préposé fédéral du 21 décembre 2015 consid. 25 ; Urs MAURER-LAMBROU/Gabor P. BLECHTA [éd.], Datenschutzgesetz - Öffentlichkeitsgesetz, 3ème éd., 2014, n. 7 ad art. 7 LTrans, p. 764).

c. Le but de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans est d'empêcher que l'introduction du principe de la transparence entraîne la divulgation de secrets à des tiers extérieurs à l'administration (FF 2003 1807 p. 1853). Il ne concerne toutefois pas toutes les informations commerciales, mais seulement les données essentielles dont la divulgation provoquerait une distorsion de la concurrence (ATAF 2013/50 consid. 8.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.2 ; A-3621/2014 précité consid. 4.2.2 ; JAAC 1/2013 du 18 septembre 2013 p. 25), cette disposition ne pouvant s'appliquer qu'à une situation de concurrence, à l'exception du cas d'un monopole (recommandation du préposé fédéral du 20 octobre 2015 consid. 38).

Peut être qualifié de secret tout fait qui n'est ni notoire, ni généralement accessible au public et que le maître du secret, en raison d'un intérêt justifié, ne veut pas divulguer (Urs MAURER-LAMBROU/Gabor P. BLECHTA [éd.], op. cit., n. 33 ad art. 7 LTrans, p. 769 s ; une définition similaire prévaut en droit pénal, arrêt du Tribunal fédéral 6B_962/2013 du 1er mai 2014 consid. 3.2). Comme signe de cette volonté, les mesures techniques ou organisationnelles

- 14/18 - A/170/2015 mises en place dans l'entreprise pour assurer la confidentialité peuvent être prises en compte (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5489/2012 du 8 octobre 2013 consid. 6.3). Il est généralement admis qu'un secret d'affaires existe si quatre conditions sont cumulativement remplies, à savoir un lien entre l'information et

l'entreprise, un fait relativement inconnu, un intérêt subjectif au maintien du secret que son détenteur ne souhaite pas révéler et un intérêt objectivement fondé à ce qu'il soit gardé. Dans tous les cas de figure, une référence générale à des secrets d'affaires ne suffit pas, le maître du secret devant toujours indiquer concrètement et de manière détaillée pour quel motif une information est couverte par le secret (arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 précité consid. 8.2.2 ; A-3621/2014 précité consid. 4.2.2 ; A-6291/2013 du

E. 28

octobre 2014 consid. 7.4.3).

d. Dans le cadre de relations contractuelles entre une autorité et un acteur privé, il n'est pas dans le pouvoir de l'un ou de l'autre d'imposer sa seule vision et, par un accord mutuel, de restreindre l'accès au contrat conclu, sous peine de restreindre la champ d'application de la loi dans une mesure contraire à la volonté du législateur, les parties ne pouvant influencer sur le caractère public ou privé d'un document du simple fait qu'il contient une clause de confidentialité (recommandation du préposé fédéral du 27 février 2014 consid. 24).

Par ailleurs, les informations concernant la nature d'une prestation et le prix y relatif peuvent sans autre être rendues accessibles au public et permettent au citoyen de connaître le coût d'une prestation pour la collectivité (JAAC 1/2013 précitée p. 26). 6)

En l'espèce, l'intimée a refusé de donner au recourant les informations sur les prix payés pour les abonnements aux revues publiées par B_____, C _____ et D _____, documents tombant dans le champ d'application de la LIPAD comme précédemment mentionné et auxquels, en application du principe de la transparence, les administrés ont en principe accès sur la base de l'art. 24 LIPAD.

L'université se prévaut toutefois du secret d'affaires et de la sphère privée, dès lors que les contrats conclus par le consortium, en son nom, comportent une clause de confidentialité qui l'empêchent de divulguer les informations sollicitées, un intérêt privé, prépondérant, justifiant de garder confidentielles la teneur de ces documents.

Outre le fait que l'existence d'une situation de concurrence, au regard de la position de monopole détenue sur le marché des revues scientifiques par B_____, C _____ et D _____, n'est pas réalisée, comme l'a, à juste titre, retenu le préposé fédéral dans sa recommandation du 10 juillet 2015 concernant ces trois mêmes maisons d'édition, et que chacune des institutions partenaires est en mesure de connaître le prix payé par les autres en vertu du contrat global

- 15/18 - A/170/2015 conclu par le consortium pour leur compte, le maintien du secret dont se prévaut l'intimée n'apparaît pas objectivement fondé.

En effet, l'université ne saurait se prévaloir des clauses de confidentialité figurant dans ces contrats, dès lors qu'elles ne sont pas absolues et réservent dans deux cas l'application de la loi, soit de dispositions légales imposant la communication de leur contenu, comme en matière de législation sur la transparence. En tout état de cause, de telles clauses ne sauraient faire échec à ce principe, sous peine de le vider de sa substance et de permettre aux parties à un contrat de choisir les informations qu'elles souhaitent divulguer, alors même que la LIPAD a pour but de renverser le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la transparence ; un tel mode de faire constituerait une fraude à la loi (sur cette notion, cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_751/2014 du 23 février 2015 consid. 4.1, confirmant l'ATA/487/2014 du 24 juin 2014 consid. 3).

D'ailleurs, bien qu'elle allègue l'existence d'un préjudice, l'université n'en démontre pas la matérialité ni la possible réalisation en cas de divulgation des informations figurant dans les contrats, les courriers des maisons d'édition au consortium suite aux requêtes du recourant se limitant à rappeler leur volonté de maintenir secrètes les données figurant dans les contrats en cause, sans parler de mesures de rétorsion. Même après l'accès donné au recourant par l'USI aux prix payés par cette institution aux maisons d'édition ou de la communication d'informations similaires d'abord par les EPF et E_____ suite à la recommandation du préposé fédéral puis par décision du département de l'instruction publique du canton de Berne, B_____, C _____ et D _____ n'apparaissent pas avoir pris de mesures à l'encontre du consortium ou des institutions partenaires, comme l'allègue l'intimée en se prévalant d'un hypothétique risque de résiliation des abonnements en cours. Il s'agit bien davantage du consortium, dans un courriel adressé à ses membres, qui a tenu les propos les plus pessimistes, en leur enjoignant de respecter les termes des clauses de confidentialité, sous peine d'un possible éclatement du consortium. À cela s'ajoute que les maisons d'édition concernées se sont désintéressées de la présente procédure (cf. art. 24 al. 2 LPA), étant donné l'absence de réaction de B_____ et C _____ suite à leur appel en cause et la position à la limite du formalisme excessif de D _____ résultant de son courrier du 11 juin 2015.

Le risque de survenance d'un préjudice, pour le consortium ou les maisons d'édition, n'apparaît ainsi pas hautement vraisemblable ni même probable, ce d'autant que, en l'absence d'une situation de concurrence, comme précédemment relevé, les données auxquelles le recourant demande l'accès ne portent pas sur le modèle d'affaires pratiqué par B_____, C _____ et D _____, mais sur les prix auxquels les abonnements à leurs revues sont souscrits par l'intimée, soit une donnée devant être rendue accessible au public afin que le citoyen puisse avoir connaissance du coût d'une prestation pour la collectivité.

- 16/18 - A/170/2015

Dans ce cadre, l'intérêt du public à la transparence des institutions publiques du point de vue de leur gestion financière et à l'utilisation des ressources mises à leur disposition par le contribuable est particulièrement important et l'emporte sur celui, privé, de l'université et des maisons d'édition à ce que les informations en cause restent confidentielles. Le fait que la commission de recours de l'Université de Bâle ait rendu une décision allant dans un sens opposé ne saurait modifier cette appréciation, dès lors que la chambre de céans n'est pas liée par cette décision, qui reste isolée au regard des autres positions récemment adoptées.

L'université ne pouvait ainsi refuser la demande d'accès aux documents sollicités par le recourant, qu'il lui appartiendra de communiquer la concernant, au moyen de tout document utile à cette fin, étant donné la marge d'appréciation dont elle bénéficie aux termes de la requête à l'origine de la présente cause. 7)

Il s'ensuit que le recours sera admis. 8) a. La juridiction administrative qui rend la décision statue sur les frais de procédure et émoluments (art. 87 al. 1 LPA). Elle peut, sur requête, allouer à la partie ayant eu entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours, dans les limites établies par le règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du

E. 30

juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03 ; art. 87 al. 2 et 3 LPA) et conformément au principe de la proportionnalité (ATA/897/2015 du 1er septembre 2015 ; ATA/581/2009 du 10 novembre

2009).

L'art. 6 RFPA précise que la juridiction peut allouer à une partie, pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité comprise entre CHF 200.- et CHF 10'000.-.

La juridiction saisie dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant de la quotité de l'indemnité allouée qui ne constitue, de jurisprudence constante, qu'une participation aux honoraires d'avocat (ATA/897/2015 précité ; ATA/633/2015 du 16 juin 2015 ; ATA/413/2015 du 10 mars 2015 ; ATA/1019/2014 du 16 décembre 2014). Par ailleurs, la garantie de la propriété (art. 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) n'impose nullement une pleine compensation du coût de la défense de la partie victorieuse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_152/2010 du 24 août 2010).

Pour déterminer le montant de l'indemnité, il convient de prendre en compte les différents actes d'instruction, le nombre d'échange d'écritures et d'audiences. Le montant retenu doit également intégrer l'importance et la pertinence des écritures produites et, de manière générale, la complexité de l'affaire (ATA/897/2015 précité ; ATA/392/2014 du 27 mai 2014 ; ATA/544/2010 du 4 août 2010).

- 17/18 - A/170/2015

b. En l'espèce, il se justifie de fixer l'indemnité de procédure à CHF 1'500.-, qui, comme précédemment rappelé, ne constitue qu'une participation aux honoraires d'avocat, ce qui exclut une indemnisation pleine et entière. Ce montant est ainsi adéquat au regard de la complexité de la cause et des écritures produites, étant précisé que le recourant a présenté, avant la saisine de la chambre de céans, des demandes similaires dans d'autres cantons et que les écritures spontanées produites ne sauraient être prises en compte, dès lors que le droit de réplique, dont le recourant a pleinement bénéficié, ne permet pas de présenter à n'importe quel stade de l'instruction de la cause des déterminations sans y avoir été invité par le juge délégué, les art. 73 à 75 LPA restant applicables quand bien même ils doivent être interprétés et appliqués à la lumière du droit constitutionnel et conventionnel.

Il en résulte qu'une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant (art. 87 al. 2 LPA) à la charge de l'université, aucun émolument n'étant au surplus perçu au vu de l'issue du recours (art. 87 al. 1 LPA). * * * * *

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