



JAAC 1/2013 du 18 septembre 2013

2013.3 (p. 22–27)

Accès en vertu de la loi sur la transparence à des documents officiels concernant le controlling des achats de l'administration fédérale

Conseil fédéral

Extrait de la décision du 1^{er} mai 2013

Mots clés: marchés publics, clause de confidentialité, droit d'accès, secrets d'affaires, protection des données personnelles, protection du processus décisionnel, protection de l'exécution de mesures concrètes, controlling des achats, autorité compétente.

Stichwörter: öffentliches Beschaffungswesen, Vertraulichkeitsklausel, Zugangsrecht, Geschäftsgeheimnis, Schutz von Personendaten, Schutz des Entscheidverfahrens, Schutz der Umsetzung von Massnahmen, Beschaffungscontrolling, zuständige Behörde

Termini chiave: acquisti pubblici, clausola di riservatezza, diritto d'accesso, segreto d'affari, protezione dei dati personali, protezione della procedura decisionale, protezione dell'attuazione di misure, controlling degli acquisti, autorità competente.

Regeste:

1. Tout document officiel énumérant les entreprises créancières d'un organe fédéral en fonction de leurs chiffres d'affaires annuels et contenant des données personnelles permettant de les identifier devrait être anonymisé par l'autorité compétente, avant d'être consulté.
2. L'autorité compétente ne devrait autoriser l'accès aux résultats des évaluations des conseillers de gestion concernant les achats d'un organe fédéral qu'après la décision de l'organe fédéral de mettre en œuvre ou non les recommandations préconisées par les conseillers de gestion. Dans l'hypothèse où l'organe fédéral décide de mettre en œuvre ces mesures, l'autorité compétente devrait différer le droit d'accès pour la durée nécessaire à l'exécution de celles-ci.
3. Attribution de la compétence pour traiter une demande d'accès portant sur des documents concernant le controlling des achats de la Confédération.

Regeste:

1. Amtliche Dokumente, in denen die Kreditoren eines Bundesorgans gemäss ihrer Umsatzstärke aufgelistet sind, und die Personendaten enthalten, anhand welcher die betreffenden Unternehmen identifiziert werden können, sollten von der zuständigen Behörde anonymisiert werden, bevor sie eingesehen werden.

2. Die zuständige Behörde sollte den Zugang zu den Ergebnissen der Evaluationen der Beschaffungscontroller betreffend die Beschaffungen durch ein Bundesorgan erst gewähren, nachdem sich das Bundesorgan entschieden hat, ob es die Empfehlungen der Beschaffungscontroller umsetzen will oder nicht. Falls das Bundesorgan beschliesst, die Massnahmen umzusetzen, sollte die zuständige Behörde das Recht auf Zugang für die Zeit, die für deren Umsetzung erforderlich ist, aufschieben.
3. Gesuche um Zugang zu Dokumenten betreffend das Beschaffungscontrolling des Bundes: Zuständigkeit

Regesto:

1. Qualsiasi documento ufficiale che elenchi le imprese creditrici di un organo federale sulla base della cifra d'affari annuale riportando anche dati personali che permettano di identificarle dovrebbe essere anonimizzato dall'autorità competente prima di consentirne la consultazione.
 2. L'autorità competente dovrebbe autorizzare l'accesso alla valutazione dei responsabili del controllo gestionale in merito agli acquisti effettuati da un organo federale solo dopo la decisione di quest'ultimo di mettere o no in atto le raccomandazioni ricevute. Nell'ipotesi in cui l'organo federale decidesse di attuare le misure consigliate, l'autorità competente dovrebbe rinviare l'accesso fino alla loro completa attuazione.
 3. Attribuzione della competenza necessaria per trattare una domanda di accesso a documenti riguardanti il controlling degli acquisti della Confederazione.
-

Bases légales:

- Art. 4, let. a, art. 7, al. 1, let. a, b et g, et art. 9 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3)
- Art. 11 de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans; RS 152.31)
- Art. 19 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1)
- Art. 8, al. 1, let. d, de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1)

Rechtliche Grundlagen:

- Art. 4 lit. a, Art. 7 Abs. 1 lit. a, b und g, und Art. 9 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3)
- Art. 11 der Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.3)
- Art. 19 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1)
- Art. 8 Abs. 1 Bst. d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1)

Basi giuridiche:

- Art. 4 let. a, art 7 cpv. 1 let. a, b e g, e art. 9 della legge federale del 17 dicembre 2004 sul principio di trasparenza dell'amministrazione (Legge sulla trasparenza, LTras; SR 152.3)
- Art. 11 dell'ordinanza del 24 maggio 2006 sul principio di trasparenza dell'amministrazione (Ordinanza sulla trasparenza, OTras; RS 152.31)
- Art. 19 della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati (LPD; RS 235.1)
- Art. 8 cpv. 1 let. a della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1)
-

1 Décision du Conseil fédéral sur les modalités d'accès à des documents officiels concernant le controlling des achats de l'administration fédérale

Le 1^{er} mai 2013, le Conseil fédéral a rendu une décision sur les modalités d'accès à des documents officiels concernant le controlling des achats de l'administration fédérale, qui porte en particulier sur les points suivants:

- Tout document officiel énumérant les entreprises créancières d'un organe fédéral en fonction de leurs chiffres d'affaires annuels et contenant des données personnelles permettant de les identifier devrait être anonymisé par l'autorité compétente, avant d'être consulté.
- L'autorité compétente ne devrait autoriser l'accès aux résultats des évaluations des conseillers de gestion concernant les achats d'un organe fédéral qu'après la décision de l'organe fédéral de mettre en œuvre ou non les recommandations préconisées par les conseillers de gestion. Dans l'hypothèse où l'organe fédéral décide de mettre en œuvre ces mesures, l'autorité compétente devrait différer le droit d'accès pour la durée nécessaire à l'exécution de celles-ci.
- La compétence pour traiter une demande d'accès portant sur des documents concernant le controlling des achats de la Confédération est déterminée de la manière suivante:
 - Les demandes d'accès à des documents contenant des données qui ont été transmises pour traitement au DFF/OFCL dans le cadre du controlling des achats, relèvent de la compétence du département compétent ou de la ChF (ci-après autorité compétente) qui a établi ces données.
 - Les demandes d'accès à des documents relatifs à des données qui ont été traitées ultérieurement par le DFF/OFCL et qui contiennent des recommandations des conseillers de gestion, relèvent de la compétence de l'autorité compétente qui a établi les données d'origine.

Le Conseil fédéral a tenu compte notamment des considérants qui suivent.

2 Accès à des documents officiels concernant le controlling des achats de l'administration fédérale

2.1 Problématique

A la suite du projet Insieme, les demandes d'accès des médias concernant l'évaluation des achats de l'administration fédérale (statistique des paiements liés aux achats, listes des adjudications de gré à gré etc.) ont augmenté. En plus des données statistiques déjà existantes, les journalistes ont demandé de consulter certaines analyses concernant par exemple la classification des 40 entreprises réalisant le plus gros chiffre d'affaires annuel auprès de la Confédération (par exemple le document du 11 mai 2012 «Die 40 umsatzstärksten Kreditoren (Lieferfirmen) des EJPD, Auswertungsperiode 01.01.2011–31.12.2011») ou les résultats des évaluations de l'OFCL concernant les achats effectués par département (le document du 16 mai 2012 «Auffälligkeiten in den Auswertungen der Beschaffungszahlungen 2011 des EJPD»). A l'avenir, la mise en œuvre du nouveau système de controlling des achats aura pour conséquence que d'autres informations et analyses seront produites. Il faudra dès lors s'attendre à une nouvelle augmentation des demandes d'accès.

2.2 Situation légale

2.2.1 Application de la loi sur la transparence

La loi sur la transparence s'applique à l'ensemble de l'administration fédérale (art. 2 LTrans). Elle réserve toutefois les dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations secrètes (art. 4, let. a, LTrans).

La loi sur les marchés publics prévoit à l'art. 8, al. 1, let. d, une clause de confidentialité au sens de l'art. 4, let. a, LTrans. Cette clause ne s'applique toutefois qu'aux indications fournies par les soumissionnaires lors de la passation des marchés publics. Les différents termes employés d'une part

à la phrase introductive de l'al. 1 (lors de la passation des marchés publics, bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, nell'aggiudicazione di commesse pubbliche) et d'autre part à l'al. 1, let. d, seconde phrase (nach der Zuschlagserteilung, après l'adjudication, dopo l'aggiudicazione) montrent la portée limitée dans le temps de la clause de confidentialité. Par conséquent, ce n'est que dans la phase de la procédure d'adjudication que l'art. 8, al. 1, let. d, constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. a, LTrans.

2.2.2 Exceptions prévues par la loi sur la transparence

La loi sur la transparence n'a pas pour objectif d'instaurer une transparence absolue de l'administration fédérale. Elle ne vise pas non plus à empêcher les autorités fédérales d'accomplir leurs tâches légales ou à mettre en péril des intérêts publics ou privés prépondérants. Pour tenir compte de ces aspects, le législateur fédéral a opté, à l'instar de nombreux Etats connaissant le principe de transparence (par exemple la France, l'Allemagne) et de l'Union européenne, pour un champ d'application large de la loi sur la transparence assorti d'un système d'exceptions basé sur une pesée des intérêts en cause (art. 7 LTrans).

a) Protection du processus décisionnel d'une autorité

Dans un souhait de garantir un maximum l'efficacité de l'administration fédérale, le législateur a cumulé deux solutions pour protéger le processus décisionnel des autorités. Il a prévu d'une part une restriction du droit d'accès si l'accès au document est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a, LTrans). Il a prévu d'autre part que les documents ne peuvent être rendus accessibles qu'à partir du moment où la décision dont ils constituent la base a été prise (art. 8, al. 2, LTrans). Ces règles sont indispensables pour l'accomplissement des tâches légales des autorités, par exemple lorsqu'elles exercent des activités de contrôle. En effet, ces mesures protègent non seulement le processus décisionnel de l'autorité de surveillance mais aussi le déroulement de la procédure en évitant que le citoyen ait connaissance des constats de celle-ci avant que l'organe concerné n'ait pu prendre position à ce sujet. Ces restrictions sont toutefois limitées dans le temps. Une fois que le processus décisionnel de l'autorité est terminé, les documents officiels sont en principe accessibles, à moins que d'autres exceptions prévues par la loi sur la transparence s'appliquent au cas d'espèce.

b) Protection de l'exécution de mesures concrètes

En vertu de l'art. 7, al. 1, let. b, LTrans, une autorité saisie d'une demande d'accès doit refuser, limiter ou différer un droit d'accès lorsque l'accès à un document entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs. Cette exception vise à protéger des enquêtes, des inspections ou des mesures de surveillance. Elle peut être invoquée lorsque, avec une grande probabilité, une mesure n'atteindrait plus ou pas entièrement son but si certaines informations qui préparent cette mesure étaient rendues accessibles (FF 2003 1850 ch. 2.2.2.1.2).

c) Protection des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication

L'art. 7, al. 1, let. g, LTrans prescrit que 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 secret d'affaires ne vise pas l'ensemble des informations commerciales détenues par l'administration fédérale, mais uniquement les informations qui, si elles parvenaient à la connaissance de la concurrence, risqueraient de fausser le marché et de mettre en péril l'existence même de l'entreprise. Il peut s'agir d'informations:

- qui ont trait à la situation économique de l'entreprise, à sa santé financière, à l'état de son crédit, à son chiffre d'affaires, à sa comptabilité, à ses effectifs et à son organigramme; ou
- qui sont protégées par le secret des stratégies commerciales, à savoir les informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que la liste des fournisseurs de l'entreprise concernée et le montant des rabais consentis, ainsi que les informations concernant la stratégie technique et financière de l'entreprise, les investissements matériels et en personnel affectés, le plan de financement et l'actionnariat.

Dans l'hypothèse où la publication de certains documents devrait permettre de générer des informations qui porteraient atteinte aux secrets d'affaires d'une entreprise, une restriction du droit d'accès est également envisageable.

Cette solution résout les problèmes du droit de la concurrence que soulèverait la publication des noms des entreprises et de leurs chiffres d'affaires. En effet, sur la base de ces informations, il est possible de déduire quelles sont les entreprises qui participent régulièrement à des procédures de soumission de la Confédération. La publication de ces informations peut dès lors favoriser une collusion entre les autres entreprises et conduire à des soumissions sous forme de cartels.

Cette solution permet également de tenir compte de certains aspects économiques. La publication des noms des entreprises, de leurs chiffres d'affaires et des catégories des prestations permet de tirer certaines conclusions concernant leur structure et pourrait influencer le comportement des entreprises concurrentes en cas d'acquisition d'une entreprise.

2.2.3 Anonymisation des données personnelles

L'art. 9 LTrans prescrit que les documents officiels contenant des données personnelles doivent si possible être rendus anonymes. Si une anonymisation n'est pas possible par exemple parce qu'une telle mesure viderait le document de tout contenu informationnel ou parce que la demande d'accès porte sur une personne que le demandeur nomme dans sa requête, l'art. 19 de la loi sur la protection des données (LPD) s'applique et l'autorité doit, dans ce cas, procéder à une pesée des intérêts en cause afin de déterminer si l'intérêt du public à l'information l'emporte sur l'intérêt de la personne concernée à la protection de ses données personnelles. L'al. 1^{bis} prescrit que des données personnelles peuvent être communiquées en vertu de la loi sur la transparence pour autant que ces informations soient en rapport avec l'accomplissement d'une tâche légale et qu'elles répondent à un intérêt public prépondérant. De plus, en vertu de l'al. 2, le nom, l'adresse et la date de naissance d'une personne peuvent être communiqués même si les exigences de l'art. 19, al. 1, LPD ne sont pas remplies, notamment celle de la base légale. Toutefois, si la publication de données personnelles génère ou permet de générer des informations qui portent atteinte aux secrets d'affaires d'une entreprise, l'intérêt privé l'emporte sur l'intérêt public. Une restriction du droit d'accès est dès lors envisageable.

2.2.4 Cas particuliers

- a) Document du 11 mai 2012 «Die 40 umsatzstärksten Kreditoren (Lieferfirmen) des EJPD, Auswertungsperiode 01.01.2011–31.12.2011»

Le document du 11 mai 2012 présente une classification des 40 entreprises créancières du DFJP réalisant le plus gros chiffre d'affaires. Il contient en outre des données personnelles permettant d'identifier ces entreprises, la nature de la prestation fournie et le prix y relatif.

Une publication combinée des informations contenues dans le document du 11 mai 2012 (identification des entreprises, chiffre d'affaires, nature de la prestation et prix) serait susceptible de provoquer une distorsion de la concurrence et de mettre en péril l'existence des entreprises concernées. En effet, sur la base de ces informations, les entreprises concurrentes seraient en mesure de déduire d'autres informations concernant par exemple la politique de rabais des entreprises concernées. Or, comme on l'a vu sous chiffre 2.2.2 (let. c), ce type d'informations constitue un secret d'affaires protégé à l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans. Une restriction de l'accès au document du 11 mai 2012 serait donc justifiée. Conformément au principe de proportionnalité, la restriction la moins incisive possible devrait être appliquée. Au lieu de refuser tout accès au document du 11 mai 2012, il y aurait lieu d'anonymiser les données permettant d'identifier l'entreprise ayant conclu un marché public avec le DFJP (art. 9 LTrans). Seules les informations concernant la nature de la prestation et le prix y relatif seraient accessibles au public. Une telle mesure ne viderait pas le document du 11 mai 2012 de tout contenu informationnel. En effet, la nature de la prestation et le prix y relatif gardent toute leur pertinence puisqu'ils permettent aux citoyens de savoir combien une prestation a coûté à la collectivité.

- b) Document du 16 mai 2012 «Auffälligkeiten in den Auswertungen der Beschaffungszahlungen 2011 des EJPD»

Le document du 16 mai 2012 présente les résultats des évaluations de l'OFCL concernant les achats du DFJP en 2011. Une publication prématurée de ce document comporterait le risque d'une part que les citoyens aient connaissance des mesures préconisées par l'OFCL avant que le DFJP n'ait pu prendre position et d'autre part qu'elle entrave la mise en œuvre de ces mesures. Conformément à l'art. 8, al. 2, LTrans, l'accès au document du 16 mai 2012 ne devrait dès lors être autorisé qu'après la décision du DFJP de mettre en œuvre ou non les mesures préconisées par l'OFCL. En cas de décision de mise en œuvre de ces mesures, le droit d'accès devrait être différé pour la durée nécessaire à l'exécution de celles-ci en vertu de l'art. 7, al. 1, let. b, LTrans.

2.3 Autorité compétente pour traiter les demandes d'accès à des documents concernant le controlling des achats

L'art. 11 OTrans contient des règles pour déterminer l'autorité compétente pour traiter une demande d'accès lorsque celle-ci porte sur des documents concernant plusieurs autorités. L'al. 3 prescrit en effet que lorsque plusieurs autorités sont en charge d'une affaire, elles déterminent d'un commun accord l'autorité compétente pour prendre position.

Les demandes d'accès à des documents contenant des données qui ont été transmises pour traitement à l'OFCL dans le cadre du controlling des achats, relèvent de la compétence du département compétent ou de la Chancellerie fédérale qui a établi ces données. Quant aux demandes d'accès à des documents concernant des données qui ont été traitées ultérieurement par l'OFCL et contenant des recommandations, elles relèvent de la compétence de l'autorité compétente qui a établi les données d'origine.