



Berne, le 19.03.2015

Recommandation

émise au titre de l'art. 14 de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration concernant la procédure de médiation

Y

(demanderesse, tiers concerné au sens de l'art. 11 LTrans)

et

l'Office fédéral des migrations (ODM)¹

et

X (personne ayant déposé la demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans)

I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate :

1. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3), la demanderesse a été consultée le 4 mars 2014 par l'Office fédéral des migrations (ODM), en qualité de tiers concerné (art. 11 LTrans) ; dans le cadre du traitement d'une demande d'accès portant sur les contrats conclus entre la demanderesse et l'ODM pour des services de patrouilles auprès d'un centre d'enregistrement et de procédure de la Confédération (Rahmenvertrag, Objektvertrag). Cette demande d'accès a été déposée à la suite d'un communiqué publié par l'ODM le 10 octobre 2013.² A cette occasion, la demanderesse a été informée que l'autorité entendait accorder partiellement l'accès aux documents requis, exception faite de quelques passages noircis (à savoir les montants des tarifs horaires de rémunération).
2. Par courrier du 13 mars 2014, la demanderesse a informé l'autorité qu'elle s'opposait à la publication des documents requis.

¹ Secrétariat aux migrations (SEM) depuis le 1^{er} janvier 2015.

² [Adjudication des mandats concernant les prestations en matière d'encadrement et de sécurité dans les centres d'asile de la Confédération - SEM](#)



3. Par courrier électronique du 14 mars 2014, l'ODM a confirmé sa prise de position et a signalé à la demanderesse qu'elle avait la possibilité de déposer une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après Préposé). Les écritures ne laissent par contre apparaître aucune communication à ce sujet à l'attention de la personne ayant déposé la demande d'accès.

Par ailleurs, cette dernière n'a pas déposé de demande en médiation.

4. La demanderesse a déposé, en qualité de tiers concerné au sens de l'art. 11 LTrans, une demande en médiation parvenue au Préposé le 2 avril 2014.
5. Le 2 avril 2014, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation. Le même jour le Préposé a informé l'ODM par courrier électronique du dépôt de la demande en médiation et a imparté un délai de 10 jours à l'autorité pour lui transmettre une copie du dossier ainsi qu'une prise de position.
6. Par courrier du 14 avril 2014, parvenu le 17 avril 2014 au Préposé, l'ODM a transmis au Préposé une copie du dossier (notamment les documents intitulés Rahmenvertrag et Objektvertrag) ainsi que sa prise de position. L'autorité a indiqué être parvenue « à la conclusion que, conformément à l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans, seuls les tarifs horaires indiqués dans le contrat devaient être noircis. [...] Ces données [n'ayant] pas été publiées dans le cadre de la procédure d'appel d'offre » de sorte que selon l'ODM « les partenaires contractuels ont un intérêt justifié à ce qu'elles soient gardées secrètes ».
7. Le 15 janvier 2015, le Préposé a contacté la demanderesse et l'ODM dans le but de les amener à trouver un accord. Toutefois, aucune entente n'a pu être finalisée.
8. Par courrier du 22 janvier 2015 adressé au Préposé, la demanderesse a réitéré son opposition totale à la communication des documents requis. Elle a allégué que « les documents contractuels précisent des horaires, des effectifs, des secteurs géographiques ainsi que des protocoles qui sont des éléments de sécurité dans [la] profession et dont la divulgation peut être préjudiciable à l'intégrité de [son] personnel ainsi qu'à la bonne exécution de [son] mandat ».
9. Les allégations de la demanderesse et de l'ODM et, le cas échéant, les documents transmis sont appréciés 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

10. La demanderesse a été consultée selon l'art. 11 al. 1 LTrans. En qualité de tiers concerné, elle a pris part à la procédure préliminaire de demande d'accès et ainsi, est légitimée à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. c LTrans). 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 al. 2 LTrans).
11. 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 modalités³. 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.

B. Considérants matériels

12. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans ; 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).⁴
13. Après avoir analysé les documents requis (Rahmenvertrag et Objektvertrag), l'ODM est parvenu à la conclusion que seuls les tarifs horaires devaient être noircis, conformément à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.
14. La demanderesse a quant à elle allégué que « *les documents contractuels précisent des horaires, des effectifs, des secteurs géographique ainsi que des protocoles qui sont des éléments de sécurité dans [la] profession et dont la divulgation peut être préjudiciable à l'intégrité de [son] personnel ainsi qu'à la bonne exécution de [son] mandat* ». Cependant, elle n'a explicitement invoqué aucun motif d'exception au sens des art. 7 ss LTrans.

³ FF 2003 1865.

⁴ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008, n° 8 ad art. 13.



15. Conformément à l'art. 12 OTrans, le Préposé examine d'office la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité, en particulier l'existence de motifs d'exception au sens des art 7 ss LTrans. Le Préposé constate qu'en l'espèce il convient d'apprécier si les horaires, les effectifs, les secteurs géographiques ainsi que les protocoles qualifiés par la demanderesse d'éléments de sécurité constituent ou pas des exceptions au sens de l'art. 7 al. 1 let. c, g, h et dans quelle mesure l'art. 9 LTrans trouve application.

En 2014, le Préposé a été amené à rendre une recommandation⁵ dans le cadre d'une procédure de médiation relative à des documents analogues aux documents requis dans la présente affaire, à savoir le contrat cadre conclus en 2006 par l'ODM avec un tiers pour des services de sécurité dans les centres d'enregistrement et de procédure de la Confédération. Ainsi, le présent cas sera apprécié à la lumière de cette précédente recommandation.

Exceptions au principe de transparence au sens de l'art. 7 LTrans

16. La demanderesse a invoqué à l'appui de sa prise de position que les documents requis contenaient notamment des secteurs géographiques ainsi que des protocoles qu'elle a qualifiés d'éléments de sécurité. L'autorité n'a en l'espèce pas retenu l'exception prévue par l'art. 7 al. 1 let. c LTrans. Selon cette disposition, le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel risque de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse. « Cette exception vise essentiellement les activités policières, douanières, de renseignement et militaires. [...] Elle permet d'exclure le droit d'accès à toute information propre à mettre en danger la sécurité publique si elle était diffusée de manière incontrôlée ».⁶ Il est ainsi possible de maintenir secrètes les mesures destinées à préserver l'activité du gouvernement en cas de situation extraordinaire, [...] de celer les informations qui conduiraient à entraver la sécurité d'infrastructures importantes ou à mettre en danger les personnes si elles étaient accessibles.⁷
17. La demanderesse n'a pas rendu vraisemblable de quelle manière la divulgation des secteurs géographiques et des aspects qu'elle a décrits comme éléments de sécurité pourraient porter un préjudice effectif à son personnel ou à la bonne exécution de son mandat.
18. *Par conséquent, dans la mesure où l'argumentation de la demanderesse ne fait pas ressortir un risque effectif de préjudice, le Préposé constate que l'ODM n'a à juste titre pas retenu une exception au sens de l'art. 7 al. 1 let. c LTrans.*

⁵ [Recommandation du 19 mai 2014: BFM/Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte](#) (disponible uniquement en langue allemande)

⁶ FF 2003 1851.

⁷ Ibid.



19. 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* ». Le terme « *secret d'affaire* », n'est défini ni dans la loi sur la transparence, ni dans son message. Celui-ci indique cependant que l'octroi de l'accès à certaines informations ne doit pas entraîner de distorsions de la concurrence.⁸ Toutes les informations dont l'administration dispose ne constituent pas des secrets, mais uniquement les données essentielles, dont la divulgation aux entreprises concurrentes pourrait entraîner des distorsions du marché ou priver l'entreprise concernée d'un avantage concurrentiel.⁹ Un secret d'affaires existe 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 veut garder le secret (intérêt subjectif) ; et quatrièmement, il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif).¹⁰
20. Le Préposé s'est déjà prononcé sur la question de la protection de secrets d'affaire lors de la demande concernant l'accès à des contrats pour des services de sécurité dans les centres d'enregistrement et de procédure de la Confédération. En l'espèce, l'état de fait est analogue à celui sur lequel le Préposé a pris position dans sa recommandation du 19 mai 2014.¹¹
21. L'ODM considère que seul le montant des tarifs horaires constitue un secret d'affaire selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans (cf. ch. 6).
22. Par ailleurs, la demanderesse n'a pas indiqué quels aspects constitueraient des secrets d'affaire, ni rendu vraisemblable que ces éléments sont relativement inconnus et qu'elle a effectivement un intérêt objectif au maintien du secret.
23. *Le Préposé constate que l'appréciation de l'ODM en ce qui concerne l'existence de secrets d'affaires au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans est appropriée et conforme au droit.*
24. Selon le message, la doctrine et la pratique constante du Préposé, trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'il existe une exception au sens de l'art. 7 al. 1 let. h LTrans.¹² L'information doit d'une part provenir d'une personne privée et non d'une autorité. D'autre part, l'information doit être communiquée volontairement, c'est-à-dire en l'absence d'obligation légale ou contractuelle.¹³ Finalement, l'autorité concernée doit s'être engagée à garder ladite information secrète.
25. La première condition est en l'espèce remplie, puisque certaines informations ont été communiquées par une entreprise privée à l'ODM. En revanche, la communication est intervenue dans le cadre de la négociation de contrats faisant suite à une procédure d'appel d'offres. Ainsi, conformément à la pratique du Préposé,¹⁴ ces informations ne sauraient être considérées comme communiquées librement, puisque la demanderesse les a transmises à l'autorité dans le cadre d'un contrat.
26. De plus, la demanderesse n'a pas rendu vraisemblable que l'ODM lui aurait garanti la confidentialité.

⁸ FF 2003 1853.

⁹ Arrêt du TAF A-2434/2013 du 9 décembre 2013, consid. 8.2 avec renvois.

¹⁰ 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.

¹¹ [Recommandation du 19 mai 2014: BFM/Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte](#), ch. 59ss.

¹² [Recommandation du 19 mai 2014: BFM/Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte](#), ch. 53ss et références citées.

¹³ [Recommandation du 19 mai 2014: BFM/Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte](#), ch.54.

¹⁴ Ibid.



27. *Le Préposé constate que l'ODM n'a à juste titre pas retenu une exception au sens de l'art. 7 al. 1 let. h LTrans.*

Données personnelles au sens de l'art. 9 LTrans

28. Les contrats requis contiennent non seulement la raison sociale de la demanderesse, qui a été publiée par l'ODM dans un communiqué du 10 octobre 2013¹⁵, mais également le nom de son administrateur et président. Se pose dès lors la question de savoir dans quelle mesure la sphère personnelle de ce dernier doit être protégée selon l'art. 9 LTrans.

29. Selon la pratique du Préposé, la divulgation des données personnelles des collaborateurs d'entreprises privées, y compris la signature, doivent en principe être anonymisées (art. 9 al. 1 LTrans). Toutefois, il existe des exceptions au devoir d'anonymisation, notamment s'agissant des données publiées sur internet ou dans le registre du commerce, les inscriptions au registre principal étant publiques (art. 10 de l'Ordonnance sur le registre du commerce, ORC ; RS 221.411).

30. Le Préposé arrive à la conclusion que dans le cas présent l'ODM ne doit pas anonymiser le nom du président de la demanderesse, attendu que cette information figure au registre du commerce puisque la demanderesse est constituée sous forme d'une société anonyme.

Le Préposé constate que l'ODM n'a à juste titre pas anonymisé le nom du Président de la demanderesse.

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

31. L'Office fédéral des migrations (ODM) maintient son refus partiel d'accorder l'accès aux documents requis exprimé dans sa prise de position du 14 mars 2014 (cf. ch. 0).

32. La demanderesse et la personne ayant déposé la demande d'accès peuvent, dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, exiger que l'Office fédéral des migrations (ODM) rende une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; 172.021) si elles ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).

33. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans) par la demanderesse et la personne ayant déposé la demande d'accès.

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

35. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, les noms de la personne ayant déposé la demande d'accès et de la demanderesse sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).

¹⁵ [Adjudication des mandats concernant les prestations en matière d'encadrement et de sécurité dans les centres d'asile de la Confédération - SEM](#)



36. La recommandation est notifiée à :

- Y (demanderesse)
- Office fédéral des migrations (ODM)
Quellenweg 3
3003 Bern-Wabern
- X (personne ayant déposé la demande d'accès)

Jean-Philippe Walter