



Berne, le 17 décembre 2020

**Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre**

**X
(demanderesse)**

et

**Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle
IFFP**

- 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 (privée) a contacté les 9 et 17 septembre 2020 ainsi que le 1^{er} octobre 2020 l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (IFFP) afin d'obtenir le nom de la personne qui a procédé à l'analyse de la forme de l'examen et des procès-verbaux des procédures de qualification de l'Organisation du monde du travail de la médecine alternative suisse (OrTra MA).
 2. Entre le 10 septembre 2020 et le 7 octobre 2020, l'IFFP a, au moyen de trois courriels adressés à la demanderesse, motivé son refus d'accès. L'autorité a notamment indiqué qu'elle avait été mandatée par l'OrTra MA pour effectuer cette analyse et qu'elle ne pouvait de ce fait pas communiquer le nom de la personne sans l'accord du mandataire.
 3. Le 9 octobre 2020, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) a réceptionné la demande en médiation déposée par la demanderesse.
 4. Par courrier du 12 octobre 2020, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le lendemain, a informé l'IFFP du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai jusqu'au 27 octobre 2020 pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
 5. Le 21 octobre 2020, l'IFFP a demandé une prolongation de délai au Préposé jusqu'au 27 novembre 2020 car, en raison de la charge extraordinaire de travail du service juridique due, entre autres, aux mesures de sécurité prises en faveur de sa clientèle et de son personnel à cause de la Covid-19, il n'était pas en mesure de remettre les documents dans le délai imparti.
 6. Par courriel du 23 octobre 2020, le Préposé a rappelé à l'autorité qu'il disposait normalement d'un délai de 30 jours suivant la réception de la demande en médiation pour mener la procédure à son terme et que pour contribuer au principe de célérité, l'autorité était tenue de faire en sorte que le délai dans lequel la procédure devrait se dérouler soit respecté en application de l'art. 12b al. 2 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans;



RS 152.31). Le Préposé a cependant consenti à une prolongation de délai jusqu'au 2 novembre 2020.

7. En date du 30 octobre 2020, l'IFFP a transmis au Préposé sa correspondance avec la demanderesse ainsi qu'une prise de position. Il ressort en substance de la prise de position que l'IFFP peut fournir des prestations commerciales à des tiers hors de l'accomplissement de ses tâches publiques et qu'en l'occurrence les documents demandés concernent un mandat privé de l'IFFP et ne sont pas publics (art. 5 al. 1 let. c LTrans a contrario). L'autorité a aussi mentionné que même s'il s'agissait de l'accomplissement d'une tâche publique et non d'un mandat privé, elle serait obligée de protéger la vie privée des membres de son personnel en anonymisant le contrat et qu'elle n'a pas de base légale pour donner le nom demandé. L'autorité n'a pas remis au Préposé le ou les documents qu'elle avait identifié suite à la demande d'accès.
8. Le 5 novembre 2020, le Préposé a invité les parties à une séance de médiation prévue le 24 novembre 2020. Il a également rappelé à l'IFFP qu'il devait en vertu de l'art. 20 LTrans et de l'art. 12b al. 1 let. b OTrans encore lui remettre une copie de tous les documents en lien avec la demande d'accès et notamment une copie du rapport mentionné dans les échanges de mails entre la demanderesse et l'autorité.
9. Par courriel du 9 novembre 2020, l'IFFP a requis une nouvelle prolongation de délai jusqu'au 19 novembre 2020 au motif que les mesures de télétravail prises en raison de la Covid-19 ralentissaient "les chemins". L'IFFP a poursuivi en priant le Préposé de bien vouloir déplacer la séance de médiation car une des personnes devant représenter l'autorité avait déjà des séances prévues ce jour-là et qu'elle n'était par conséquent pas disponible.
10. Le 12 novembre 2020, l'IFFP a recontacté par e-mail le Préposé afin de l'informer que ses représentants seraient disponibles le 14 ou le 16 décembre 2020 avec une préférence pour le 16 et si possible en début de matinée.
11. En date du 13 novembre 2020, le Préposé a informé l'autorité que cette dernière n'ayant jusqu'à présent ni communiqué les documents requis, ni fait en sorte que le délai dans lequel devrait se dérouler la médiation soit respecté, ni collaborer à la recherche d'un accord, il ne pouvait que constater que l'IFFP n'avait pas prêté son concours nécessaire à l'aboutissement d'un accord et que par conséquent la médiation n'avait pas abouti. Le Préposé a ajouté qu'il allait directement établir une recommandation écrite à l'attention des participants de la procédure. Il a également rappelé que la procédure n'étant pas close, l'autorité était encore tenue de collaborer et a une nouvelle fois requis que les documents concernés lui soit transmis jusqu'au 16 novembre 2020 à midi au plus tard.
12. Suite à des contacts réguliers avec la demanderesse afin de la tenir au courant de l'évolution de la procédure de médiation, le Préposé a finalement informé cette dernière par e-mail du 13 novembre 2020 qu'en raison du manque de collaboration de l'IFFP une recommandation écrite serait directement rendue et que la séance de médiation 24 novembre 2020 était annulée.
13. Par e-mail du 16 novembre 2020, l'IFFP a adressé au Préposé une nouvelle prise de position dans laquelle il a relevé que les documents demandés sont de nature privée et qu'ils résultent d'une prestation commerciale fournie à une organisation du monde du travail. D'après l'autorité, ce mandat ne serait pas une tâche publique soumise à la loi sur la transparence. Elle a ajouté que dans ce marché, il y avait des concurrents non soumis à la loi sur la transparence et que cela serait un désavantage que de devoir révéler ces documents appartenant à leur cliente, à savoir l'OrTra MA.
14. Les allégations de la demanderesse et de l'IFFP 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

15. La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'IFFP et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a 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).
16. 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 modalités.¹ 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

17. Selon l'art. 12 al. 1 OTrans, le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité.²
18. L'IFFP a cherché à plusieurs reprises à prolonger les délais pour la remise des documents concernés et s'est finalement abstenu de les transmettre au Préposé malgré les nombreuses relances de ce dernier. En l'absence de documents, le Préposé est empêché par l'IFFP d'effectuer un examen complet d'un point de vue matériel de l'application de la loi sur la transparence (voir chiffre 17). Cependant, le Préposé peut constater les conséquences du défaut de collaboration et exposer des observations d'ordre général quant à l'existence d'un document officiel et à l'application de l'art. 9 LTrans en tenant compte des arguments de l'autorité.
19. Le législateur a accordé au Préposé, dans le cadre de son activité de médiation, le droit, en application de l'art. 20 al. 1 LTrans, d'obtenir des renseignements et de consulter les documents afin que ce dernier puisse obtenir une vision complète et se faire son idée des documents faisant l'objet de la procédure. Le Préposé a également accès aux documents secrets. Par ailleurs, le Préposé et son secrétariat sont soumis au secret de fonction dans la même mesure que les autorités dont ils consultent les documents (art. 20 al. 2 LTrans).
Même lorsque l'autorité conteste que les documents entrent dans le champ d'application de la loi sur la transparence, le Préposé doit pouvoir y avoir accès afin de se forger sa propre opinion et être en mesure d'examiner la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité.³ Le droit de l'art. 20 LTrans est concrétisé par l'art. 12b al.1 let. b OTrans qui impose à l'autorité de transmettre au Préposé les documents requis dans le délai imparti.⁴

¹ Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865.

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar BGÖ), n° 8 ad art. 13.

³ COSSALI SAUVAIN, Handkommentar BGÖ, Art. 20, ch. 9s; FF 2003 1872.

⁴ Modification de l'ordonnance sur la transparence – Commentaire des nouvelles dispositions, art. 12b, p. 2.



20. En plus de ne pas fournir les documents dans les délais impartis, l'IFFP a également cherché à reporter la séance de médiation et n'a pas tenté de collaborer à la recherche d'un accord. Comme mentionné dans le commentaire de l'ordonnance, il devrait aller de soi que les parties contribuent au respect du délai dans lequel doit se dérouler la médiation et collaborent à la recherche d'un accord. Le Tribunal administratif fédéral relève à ce propos que l'autorité compétente - bien qu'elle ait un rôle de partie dans la procédure de médiation - agit en tant qu'autorité publique liée par le principe de la bonne foi et est, de ce fait, responsable du bon déroulement de la procédure d'accès aux documents officiels.⁵ L'art. 12b al. 4 OTrans prévoit des sanctions afin de garantir l'efficacité des différentes obligations de collaborer. Si l'autorité refuse de prêter le concours nécessaire à l'aboutissement d'un accord ou lorsqu'elle retarde abusivement la médiation, ce qui est le cas en l'espèce, le Préposé a la possibilité de constater que la médiation n'a pas abouti et de rendre directement une recommandation écrite.⁶ Comme déjà développé ci-dessus (chiffre 7), le Préposé ne peut pas, dans le cadre de la recommandation, se prononcer définitivement concernant l'accès à ce ou ces documents puisque l'autorité ne les lui a pas fait parvenir. Il peut néanmoins constater que l'autorité, qui porte le fardeau de la preuve, n'a pas renversé la présomption de liberté d'accès aux documents officiels de l'art. 6 al.1 LTrans. En cas de doute, il convient de se décider en faveur de l'accès aux documents demandés.⁷
21. L'IFFP explique dans sa prise de position du 28 octobre 2020 qu'une organisation du monde du travail lui a confié un mandat privé et qu'il a fourni le service demandé. Il ne s'agit donc pas, selon l'institut, d'une tâche publique et de ce fait, les conseils pédagogiques relatifs aux examens dispensés par ce dernier sont secrets et appartiennent à leur cliente.
22. Conformément à l'art. 5 al. 1 LTrans, on entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). Les deux premiers critères sont manifestement remplis et ne sont pas contestés par l'autorité. Concernant les tâches publiques, cette condition implique que les informations qui ne sont pas en relation avec l'exercice d'une tâche publique, sont exclues de la notion de document officiel.
23. Comme le relève l'autorité dans sa prise de position complémentaire du 16 novembre 2020, "la Confédération a créé l'IFPP pour améliorer la qualité du soutien aux partenaires du monde du travail." L'institut est le centre de compétences de la Confédération pour l'enseignement et la recherche dans les domaines de la formation professionnelle, de la pédagogie professionnelle et du développement professionnel. Le personnel de l'institut ainsi que la direction sont soumis à la loi sur le personnel de la Confédération (art. 16 al. 1 de l'ordonnance sur l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle [ordonnance sur l'IFFP; RS 412.106.1]). Les bases légales régissant son organisation, son activité et ses tâches sont les art. 48 et 48a de la loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr; RS 412.10) ainsi que l'ordonnance sur l'IFFP. D'après l'art. 48a LFPr et 41 de la loi sur les finances de la Confédération (LFC; RS 611.0), l'institut est autorisé à fournir des prestations commerciales à des tiers. Ces prestations doivent être étroitement liées aux tâches principales de l'institut et ne pas entraver l'exécution de ses tâches principales. Ces prestations commerciales sont majoritairement destinées aux acteurs actifs dans la formation professionnelle, notamment les organisations du monde du travail et consistent principalement en des services de conseil, d'accompagnement, d'évaluations et de formation. Le centre pour le développement des métiers (CDM) de l'IFFP est chargé d'effectuer

⁵ TAF, arrêt A-3215/2020 du 7 décembre 2020, c.7.4.6.

⁶ Modification de l'ordonnance sur la transparence – Commentaire des nouvelles dispositions, art. 12b, p. 3.

⁷ TAF, arrêt A-1784/ 2014 du 30 avril 2015, c. 6.2.1; Cottier, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Abs. 1, ch. 4.



ces prestations et joue un rôle important dans le développement professionnel. Il soutient et accompagne les organisations du monde du travail dans la conception et le développement des formations professionnelles initiales, des filières de formation et des examens au niveau de la formation professionnelle supérieure.⁸

24. Selon l'avis du Préposé, l'IFFP n'a, pour l'instant, pas démontré de manière convaincante que les tâches effectuées par les collaborateurs du CDM (art. 16 al. 1 ordonnance IFFP), dans le cadre des analyses effectuées pour les organisations du monde du travail ne relevaient pas de l'exécution d'une tâche publique. Par conséquent, faute d'une argumentation suffisante, il ne peut pas être exclu que cette mission confiée par la Confédération à l'IFFP soit une tâche publique. De plus, le Préposé doute que l'information demandée par la demanderesse ne figure pas dans un autre document officiel (comme par exemple un échange de mail, un document répartissant les tâches, un contrat, etc.) remplissant clairement les conditions de l'art. 5 LTrans. Il aurait par ailleurs été souhaitable que l'IFFP, en application de l'art. 3 OTrans, prête assistance à la demanderesse afin de l'aider à identifier un document officiel pouvant contenir l'information demandée.
25. L'IFFP ajoute en outre que d'après l'art. 19 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1), "pour la communication de données personnelles à des tiers, les organes fédéraux ont besoin d'une base légale au sens de l'art. 17 ou d'un autre justificatif", ce dont elle ne dispose pas, et que l'art. 9 al. 1 LTrans demande que les documents contenant des données personnelles soient rendus anonymes.
26. Selon l'art. 7 al. 2 LTrans, le droit d'accès est 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 la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant. Une atteinte à la sphère privée peut résulter entre autres de la communication de données personnelles au sens de l'art. 3 let. a LPD. Afin de résoudre le conflit qui peut opposer l'intérêt à la protection de la sphère privée et l'intérêt à accéder aux documents officiels, la loi sur la transparence consacre à son article 9 des règles de coordination entre elle-même et la loi sur la protection des données.⁹ L'art. 9 LTrans 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 puisque la demande d'accès porte sur un nom, la question de la communication des données doit être réglée par l'art. 19 LPD (art. 9 al. 2 LTrans). Dans ces circonstances, l'accès peut être accordé s'il existe une base légale au sens de l'art. 19 al. 1 LPD, ce qui fait défaut dans le cas présent, ou si les conditions de l'art. 19 al. 1bis LPD sont remplies. Selon cette disposition, les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la loi sur la transparence si les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) et si la communication répond à un intérêt public prépondérant (let. b). Concernant la première condition, comme développé ci-dessus (voir chiffre 24), l'autorité n'étant, pour l'instant, pas parvenue à démontrer que le nom demandé ne figurait pas dans un document officiel, il convient d'admettre que cette condition est remplie. La deuxième condition implique pour l'autorité de procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt public à l'accès aux documents officiels et l'intérêt privé du tiers concerné à la protection de sa sphère privée.¹⁰

⁸ Rapport explicatif relatif à la procédure de consultation de la loi fédérale sur la Haute école fédérale en formation professionnelle, p. 3.

⁹ Recommandation du PFPDT du 23 décembre 2016 : DFAE/Rapport sur la Fondation des immeubles pour les organisations internationales, ch. 29.

¹⁰ TF, arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016, c. 3.4 ; TAF, arrêt A-8073/2015 du 13 juillet 2016, c. 6.1.3 ; Recommandation du PFPDT du 6 février 2017 : AFD/Formulaire d'annonce de tabacs manufacturés, ch. 20.



27. La pesée d'intérêts doit s'effectuer au cas par cas et tient notamment compte de l'intérêt public à l'accès aux documents officiels. D'après l'art. 1 LTrans, le but de la loi est la promotion de la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'Etat. La doctrine admet que ce but représente un intérêt public de premier plan qui revêt en lui-même de l'importance dans la pondération des intérêts.¹¹ Le Tribunal fédéral ajoute que le principe de transparence permet de «[...] susciter la confiance du citoyen en l'administration et en son fonctionnement, renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, tout en améliorant le contrôle des autorités étatiques».¹²
28. Dans le cadre de la pesée des intérêts, l'autorité doit tenir compte de l'intérêt des tiers à la protection de leur sphère privée. Il convient notamment d'observer la nature des données. Les données sensibles (art. 3 al.1 let. c LPD) et les données formant un profil de personnalité (art. 3 al.1 let. d LPD) requièrent une protection accrue et une divulgation n'est en règle générale pas envisageable. La fonction des personnes concernées doit aussi être prise en considération. Une distinction doit être faite entre les personnalités publiques ou les employés administratifs occupant des postes de direction supérieurs, les employés administratifs hiérarchiquement subordonnés et les tiers privés. Les employés de l'administration fédérale ne peuvent pas, au vu de leurs fonctions publiques, se prévaloir d'une protection de leurs sphères privées équivalente à celle d'un tiers.¹³ En outre, les employés administratifs occupant une position de subalterne doivent, en principe, s'attendre à ce que l'on dévoile l'auteur d'un document, le nom du responsable d'un dossier, la manière de le traiter ou l'opinion défendue dans l'exercice de ses fonctions. Dans ces cas, à l'issue de la pesée des intérêts, les données personnelles concernées ne devraient normalement pas être rendues anonymes.¹⁴
29. Il sied finalement de prendre en compte les conséquences que l'accès aux documents officiels peut avoir sur la personne concernée. Lorsque l'accès aux données requises ne causera vraisemblablement aucune atteinte à la sphère privée de la personne en cause ou que la divulgation n'aura qu'un simple effet désagréable ou moindre sur elle, son intérêt privé à la confidentialité apparaît particulièrement faible. Le droit d'accès doit aussi être accordé si l'atteinte à la sphère privée n'est qu'envisageable ou peu probable.¹⁵ Par conséquent, toute divulgation de données personnelles n'engendre pas forcément une atteinte à la sphère privée qui permettrait de justifier un refus systématique de l'accès au document demandé. En l'espèce, l'IFFP n'a, pour l'instant, pas su démontrer que son collaborateur, qui fait partie du personnel de l'administration fédérale avait un intérêt privé suffisant ou risquait une atteinte sérieuse. L'autorité qui porte le fardeau de la preuve n'a pas renversé la présomption de liberté d'accès aux documents officiels¹⁶ et doit, de ce fait, accorder l'accès au nom demandé après avoir consulté la personne concernée en application de 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 :

30. L'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle accorde l'accès au nom

¹¹ FLÜCKIGER/MINETTO, La communication des documents officiels contenant des données personnelles – La pesée des intérêts dans la pratique des autorités fédérales, Genève 2018, p. 18; ATF 142 II 340, c. 4.5; ATF 133 II 209, c. 2.3.1.

¹² ATF 142 II 340, c. 4.5; TAF, arrêt A-6/2015 du 26 juillet 2017, c. 4.1.

¹³ TAF, arrêt A-6054/2013 du 18 mai 2015, c. 4.2.2.

¹⁴ TAF, arrêt A-7405/2014 du 23 novembre 2015, c. 6.5.4; TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.1.3.1 et 5.2.3.2.

¹⁵ ATF 144 II 77 c. 3 et TF, arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016, c. 3.4.

¹⁶ FF 2003 1844.



demandé après consultation de la personne concernée.

31. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse et le tiers concerné peuvent requérir que l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
32. L'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
33. L'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
34. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).
35. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle
36. Une copie de cette recommandation est envoyée à :
 - Secrétariat d'Etat à la formation,
à la recherche et à l'innovation SEFRI

Reto Ammann