

**Préposée à la protection des données  
et à l'information**

Rue Saint-Martin 6  
Case postale 5485  
1002 Lausanne

Communication adressée aux parties

Exemplaire pour : **Recommandé**

Monsieur  
Christian Gutknecht  
Thunstrasse 34  
3150 Schwarzenburg

Réf.: 16\_154

## **DECISION DU 20 avril 2017**

**Recourant : M. Christian Gutknecht, à Schwarzenburg ;**

**Autorité intimée : Bibliothèque cantonale et universitaire (BCU) Lausanne, représentée par Mme Jeannette Frey, Directrice, Unithèque, à Lausanne-Dorigny.**

**Objet : Demande d'accès aux montants payés à divers éditeurs entre 2010 et 2016**

---

### **I. En faits :**

1. M. Christian Gutknecht s'est adressé par courriel du 1<sup>er</sup> mars 2016 à Mme Jeannette Frey, Directrice de la Bibliothèque cantonale et universitaire de Lausanne (ci-après BCU) afin de lui demander les montants payés par la BCU aux maisons d'éditions suivantes : Elsevier, Wiley, Springer, Taylors & Francis, Sage, Oxford University Press, Cambridge University Press, Nature Publishing Group, Royal Society of Chemistry et Institute of Physics entre 2010 et 2016.
2. Il mentionnait dans son courriel précité s'intéresser à la subdivision de ces montants en trois catégories, à savoir Revues (print et électroniques), E-books, et Banques de données. En cas de réponse négative, il souhaitait un document de refus écrit avec indication des possibilités de recours.
3. Sans réponse, M. Gutknecht a ensuite adressé à Mme Frey des courriels de rappel en date du 16 mars puis du 28 mars 2016.
4. Le 5 avril 2016, M. Gutknecht s'est adressé à la préposée cantonale à la protection des données et à l'information (ci-après la préposée) de l'époque, en invoquant l'art. 21 LInfo. Mettant également 2 personnes (dont Mme Frey) de la BCU en copie, il y faisait mention de plusieurs décisions au niveau fédéral (dans le domaine des EPF) et d'autres cantons, à savoir Genève, Berne et Zürich, et donnait aussi les coordonnées d'un site internet pour plus d'informations.

5. Par courriel du 10 avril 2016 adressé à M. Gutknecht avec copie à la préposée, Mme Frey invoquait des problèmes informatiques l'ayant empêché de prendre connaissance de son courriel, et proposait éventuellement de contacter l'ETHZ pour lui demander son accord (en tant que « tiers lésé »), auquel cas elle pourrait lui envoyer ces chiffres.

6. Par courriel du même jour adressé à la préposée, Mme Frey mentionnait que les licences achetées par le biais du Consortium national suisse des bibliothèques sont signées par l'ETHZ, raison pour laquelle décision avait été prise de répondre par la négative à la demande de M. Gutknecht puisque ces informations lésaient un tiers (l'ETHZ).

Evoquant que d'autres cantons auraient à sa connaissance donné des réponses négatives et ignorant comment d'autres ont répondu, elle évoquait alors les différences de législations cantonales et souhaitait donc son opinion plus avisée pour répondre.

*Elle mentionnait au surplus que « la réponse ne changera malheureusement rien aux tarifs appliqués par les éditeurs, car les tarifs appliqués ne dépendent pas de la transparence des coûts, mais du résultat négatif des négociations au vu de la situation de monopoliste des éditeurs (nous avons de nombreux échanges avec nos collègues européens à ce sujet, et sommes au courant des tarifs appliqués dans les pays voisins). Seule une moins grande dépendance du monde académique par rapport aux éditeurs de journaux "à fort impact" peut modifier la donne. »*

7. Au vu de la réponse de Mme Frey, M. Gutknecht, par courriel du 11 avril 2016 adressé à la préposée avec copie à la BCU, retirait (du moins provisoirement) son recours, et, s'adressant à Mme Frey, faisait savoir qu'il ne comprenait pas le besoin de l'accord de l'ETHZ mais que si ce détour était nécessaire pour recevoir les chiffres, il était d'accord.

8. Par courriel du 18 avril 2016 adressé tant à la préposée qu'à M. Gutknecht, Mme Frey a fait savoir que selon elle la LInfo vaudoise, art. 16, lui interdit de transmettre ces chiffres, car le transfert de cette information lèserait le secret commercial (art. 16 al 3c LInfo) ainsi que, dans le cas précis les relations avec d'autres entités publiques (art. 16 al 2d LInfo) au vu du fait que ces licences sont contresignées par l'ETHZ pour le Consortium – et non par la BCU Lausanne. Elle estimait dès lors que seule l'ETHZ pouvait lui donner ces chiffres, en tant que signataire du contrat ; mais la BCU ne pouvait pas les donner, car elle lèserait leurs intérêts.

Cela dit, invoquant les prix prohibitifs pratiqués par ces éditeurs, prix dus selon elle à leur situation de quasi-monopole, Mme Frey était d'avis que la seule mesure qui puisse porter était le démantèlement du monopole. Elle mentionnait que cela n'était toutefois pas possible pour la Suisse en raison du fait que les sièges de ces sociétés ne se trouvent pas sur notre territoire, et que dès lors le démantèlement du monopole viendrait de la formulation de directives claires au niveau national concernant l'Open Access. Mme Frey ajoutait avoir bon espoir d'arriver à bon port par ce biais, au vu du fait que deux questionnaires circulaient alors dans ce sens de la part de Swissuniversities (sur l'open access et sur les flux financiers).

9. Par courriel du lendemain 19 avril 2016, M. Gutknecht a fait recours contre ce refus, en rappelant les diverses décisions déjà existantes dans ce domaine (Domaine EPF, Genève, Berne, Zürich).

10. Par lettre du 29 avril 2016 adressée en copie à M. Gutknecht, la préposée informait la BCU, par Mme Frey, du dépôt de ce recours et proposait différentes dates en vue d'une séance de conciliation telle que prévue par l'art. 21 al 3 LInfo.

11. En date du 6 mai 2016, Mme Frey répondait en retenant comme personnellement possibles uniquement les deux dernières dates proposées et en mentionnant que, la BCUL en tant que telle n'ayant pas la personnalité juridique, elle se réservait de participer à cette séance accompagnée d'un représentant de l'Etat.

12. Pour sa part, M. Gutknecht a fait savoir par courriel du 12 mai 2016 que la date du 8 juillet lui convenait, puis par courriel du 25 mai 2016 qu'il y viendrait accompagné d'une citoyenne vaudoise curieuse de cette affaire.

13. Plusieurs échanges de courriels sont ensuite intervenus en vue de l'organisation et du contenu de cette séance de conciliation. Le 27 mai 2016, la préposée relançait Mme Frey s'agissant de la date et de l'identité d'un éventuel représentant qui l'accompagnerait.

14. Le 30 mai 2016, le Secrétaire général du Département de la formation, de la jeunesse et de la culture (DFJC) faisait savoir à la préposée que, « *dès lors que la BCU n'a effectivement pas la personnalité juridique propre, ce dossier relève également et plus largement du département auquel elle est rattachée (cf art. 29 al 4 de la loi sur le patrimoine mobilier et immatériel).* »

15. Interpellé le 10 juin 2016 par la préposée en vue de préciser sa demande, M. Gutknecht mentionnait souhaiter recevoir les informations dans une forme consolidée, mais que si cette préparation était trop compliquée, la consultation des factures ou des montants lui convenait aussi, ou alors les extraits de la comptabilité des débiteurs et des créanciers.

16. Finalement, après divers échanges de courriels, la séance de conciliation a pu être convoquée pour le 29 septembre 2016.

17. Par courriel du 26 septembre 2016, la nouvelle préposée soussignée interpellait le Secrétaire général du DFJC tant sur la question du statut de la BCU, respectivement si c'était plutôt le DFJC qui était concerné, que sur son opinion quant à une possibilité de transmission des documents demandés.

Le dit secrétaire général répondait le lendemain en mentionnant, s'agissant de l'implication du département, que Mme Frey serait accompagnée à la séance de conciliation par le juriste départemental du DFJC. Et il indiquait ne pas disposer d'autres informations spécifiques sur cette procédure.

18. La séance de conciliation a eu lieu le 29 septembre 2016.

M. Gutknecht a confirmé souhaiter obtenir les montants des prestations payées aux éditeurs mentionnés, sans requérir l'accès aux contrats passés avec eux. Il a cependant modifié sa demande initiale en réduisant sa demande aux années 2010 à 2015 (et non plus 2016).

De son côté, la BCU, soutenue par le DFJC, a confirmé son refus de transmettre ces chiffres, évoquant les clauses de confidentialité contenues dans plusieurs des contrats négociés par le Consortium des bibliothèques suisses et liant la BCU aux dites maisons d'édition, le risque que le rapport commercial pourrait être menacé et l'accès aux publications concernées être compromis.

M. Gutknecht a ensuite signalé que les bibliothèques universitaires du Tessin, de Berne, de Zürich, de Neuchâtel, de Fribourg, de Genève, des EPF et de certaines HES avaient d'ores et déjà fourni les chiffres souhaités.

Malgré cela, la BCU est restée opposée à la communication des informations demandées.

La conciliation a ainsi échoué.

Il a toutefois été convenu que la BCU prenne contact avec le Consortium et avec chaque maison d'édition afin de connaître leur position, ensuite de quoi elle ferait savoir si elle maintenait ou modifiait (totalement ou partiellement) sa décision de refus.

19. Par courriel du même 29 septembre 2016, Mme Frey a ensuite fait savoir qu'en réalité la demande portait sur 9 éditeurs et non sur 10, *Royal Society of Chemistry and Institute of Physics* n'en formant qu'un. Elle signalait au surplus que la BCU n'a plus de licence avec cet éditeur depuis le début des années 2002, l'enseignement de la chimie et de la physique ayant alors été transférés à l'EPFL.

20. Contacté par la BCU, le Consortium ne s'est pas prononcé pour lui-même, remettant la détermination sur cette question aux institutions membres. Parmi les éditeurs contactés, seul Taylor&Francis a donné son accord à la communication des chiffres. Sage et Wiley quant à eux ont évoqué les clauses de leur contrat. Quant aux autres éditeurs, ils n'ont pas daigné répondre.

21. Sur cette base, la BCU a, par courriels du 31 octobre 2016 et du 19 décembre 2016, déclaré être prête à transmettre au recourant les chiffres de Taylor&Francis, recontacter les éditeurs Sage, Nature et Oxford University Press, et maintenir sa décision de refus pour le surplus.

Aucun accord des 3 éditeurs recontactés par la BCU (ni d'aucun autre d'ailleurs) n'est par la suite parvenu à la préposée.

## II. En droit :

I. a) Selon l'art. 20 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 24 septembre 2002 sur l'information (LInfo; RSV 170.21), pour toute demande du public portant sur des renseignements, la consultation de dossier ou sur une activité des autorités énumérées à l'art. 2 LInfo, l'entité administrative compétente doit indiquer par écrit les motifs l'ayant conduit à ne pas donner son autorisation, à la donner partiellement ou à différer sa transmission. L'art. 21 LInfo instaure une voie de recours alternative à la préposée ou au Tribunal cantonal (al. 1<sup>er</sup>). Si elle est saisie, la préposée tente la conciliation afin d'amener les parties à un accord (al. 3). En cas d'échec de la conciliation, la préposée rend une décision qu'elle notifie à l'entité compétente et à l'intéressé.

b) En l'espèce, le demandeur a saisi la préposée suite au refus de transmission qui lui a été communiqué par un courriel de la Directrice de la BCU 18 avril 2016. La position ainsi communiquée ne respecte pas les conditions formelles d'une décision (art. 18 RLInfo, art. 27 al. 1<sup>er</sup> et art. 42 LPA-VD). La grande majorité des prescriptions formelles ne sont toutefois pas des conditions de validité des décisions, la nullité constituant l'exception et l'annulabilité la règle (Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne, 2000, p. 282 s.).

Le demandeur ayant saisi la préposée dans le délai prévu par la loi, on doit considérer, exceptionnellement et par économie de procédure, que la décision du 18 avril 2016 déploie ses effets et que la préposée a été valablement saisie. La BCU est toutefois priée à l'avenir de veiller à rendre des décisions en bonne et due forme, sous faute de s'y voir contrainte par l'autorité de céans ou de se voir reprocher un déni de justice.

II. Sont soumis à la LInfo notamment le Conseil d'Etat et son administration, à l'exclusion de ses fonctions juridictionnelles (art. 2 al 1<sup>er</sup> litt b LInfo), et les personnes physiques et morales auxquelles le canton ou une commune confie des tâches publiques (art. 2 al. 1<sup>er</sup> let. e LInfo).

Ainsi qu'il ressort de sa propre Charte, la BCU est une institution publique à vocation patrimoniale, culturelle et académique tout à la fois. Dépendant du Département de la formation, de la jeunesse et de la culture (DFJC), elle sert la communauté universitaire aussi bien que le grand public vaudois et poursuit également une mission de coordination au niveau des bibliothèques scolaires. Elle conserve la production documentaire locale. La BCU Lausanne est l'une des plus grandes bibliothèques publiques et universitaires de Suisse ; elle joue un rôle actif dans la coopération entre bibliothèques, aussi bien qu'entre réseaux de bibliothèques, aux niveaux régional, national et international. Elle fournit à ses usagers le plus large accès possible aux documents et aux informations pertinents, dans les meilleurs délais et au moindre coût. Elle contribue ainsi au rayonnement du canton de Vaud et de l'UNIL. Outre les prestations d'une bibliothèque traditionnelle, la BCU Lausanne offre au public une large palette de services spécialisés, adaptés à la demande, sous la responsabilité et avec l'appui de collaborateurs qualifiés. Le budget de la BCU Lausanne s'inscrit dans le plan financier de l'Etat de Vaud. Elle le gère avec rigueur et dans une perspective à long

terme. La BCU Lausanne s'applique à dégager les ressources nécessaires au développement de ses services et de ses collections.

C'est la BCU qui a les contacts directs et qui s'engage avec les éditeurs et avec le Consortium.

Au vu de ce qui précède, on doit considérer que la BCU est soumise à la LInfo, son rattachement au DFJC ne changeant rien à cela. Le secrétariat général du DFJC, interpellé à ce propos, a d'ailleurs lui-même déclaré *accompagner* la directrice de la BCU à la séance de conciliation, et non pas représenter dite institution.

III. a) La LInfo, qui a pour but de garantir la transparence des activités des autorités afin de favoriser la libre formation de l'opinion publique (art. 1<sup>er</sup> LInfo), distingue l'information transmise d'office par les autorités et l'information transmise sur demande. Selon l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> LInfo, les renseignements, informations et documents officiels détenus par les organismes soumis à la LInfo sont par principe accessibles au public.

La demande d'information n'est soumise à aucune exigence de forme et n'a pas à être motivée (art. 10 LInfo). Il est donc possible à une personne d'exercer son droit d'accès sans avoir à justifier d'un intérêt particulier. Les discussions à ce propos ne sont donc pas déterminantes en la présente cause.

La loi prévoit toutefois des exceptions à l'obligation de transmission des informations. Conformément à l'art. 16 al. 1<sup>er</sup> LInfo, les autorités peuvent à titre exceptionnel décider de ne pas publier ou transmettre des informations, de le faire partiellement ou de différer cette publication ou transmission si des intérêts publics ou privés prépondérants s'y opposent. Les dispositions d'autres lois qui restreignent ou excluent la transmission d'informations ou l'accès à des documents officiels sont réservées (art. 15 LInfo).

b) En l'espèce, la BCU considère que les renseignements demandés (ramenés, lors de la séance de conciliation, aux chiffres relatifs aux années 2010 à 2015) ne peuvent pas être communiqués dans la mesure où le transfert de cette information lèserait dans le cas précis les relations avec d'autres entités publiques (art. 16 al 2d LInfo) au vu du fait que ces licences sont contresignées par l'ETHZ pour le Consortium – et non par elle-même.

En l'occurrence, contacté par la BCU, le Consortium n'a aucunement fait valoir un tel argument, s'en remettant bien au contraire aux institutions membres. Et rien dans le dossier n'étaye l'éventuel dommage pour le Consortium allégué par la BCU.

c) La BCU considère au surplus et principalement que les renseignements demandés ne peuvent pas non plus être communiqués dans la mesure où le transfert de cette information lèserait, selon elle, le secret commercial (LInfo art. 16 al 3c), risquerait de menacer le rapport commercial et l'accès aux publications concernées pourrait être compromis.

L'exposé des motifs relatif à la LInfo (Bulletin du Grand Conseil, 3 septembre 2002, p. 2634ss, not p 2658) mentionne, à propos du secret commercial de l'art 16 al 3c, qu'il

*« doit être compris comme toute information qui peut avoir une incidence sur le résultat commercial, soit par exemple l'organisation, le calcul des prix, la publicité et la production selon un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 103 283c.2b). Cette disposition couvre également le secret de fabrication, par quoi il faut entendre le processus de fabrication, la recette, qui ne sont ni de notoriété publique, ni facilement accessibles, que le fabricant a un intérêt légitime à garder secret et qu'en fait il ne veut pas divulguer... ».*

Les modalités des accords contractuels, les paramètres du calcul, un éventuel volume garanti ou la marge bénéficiaire sont ainsi des éléments couverts par le secret commercial (Arrêt de la CDAP du 29.07.2011, GE.2011.0035, consid 3a et références citées).

La demande de M. Gutknecht ne porte cependant pas sur de tels éléments, puisque seuls les montants annuels payés, par catégories, sont demandés.

Si l'on se réfère à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Ltrans, RS 152.3) qui vise à promouvoir la transparence à propos de la mission, l'organisation et l'activité de l'administration fédérale en garantissant en particulier l'accès aux documents officiels, on constate que celle-ci renverse le principe du secret des activités administratives au profit de celui de la transparence (Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de Justice de Genève du 23 février 2016 ATA/154/2016 consid 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral du 2 décembre 2015 IC\_50/2015 consid 2 ; ATF 136 II 399 consid. 2.1 ; 133 II 209 consid. 2 et réf citées ; FF 2003 1807, p. 1819). Elle est le pendant fédéral de la LInfo et contient une disposition similaire à l'art. 16 LInfo, 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 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 contiennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut être transposée à la LInfo.

Similairement à l'art. 16 al. 3 lettre a LInfo qui évoque une atteinte *notable* à la sphère privée, pour que les clauses d'exclusion de l'art. 7 al. 1er LTrans trouvent application, l'éventuel préjudice consécutif à la divulgation d'une information doit atteindre une certaine intensité, une conséquence mineure ou simplement désagréable engendrée par l'accès à dite information ne pouvant constituer une atteinte. De plus, le risque de la survenance du préjudice évoqué doit être hautement probable, selon le cours ordinaire des choses, et ne peut pas ressortir qu'au seul 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 limites, 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. 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. 1er est réalisée (Arrêt de la Chambre administrative genevoise précité ATA/154/2016 consid

5b et réf citées ; Recommandation du préposé fédéral du 21 décembre 2015 consid. 25).

Ainsi que l'a rappelé la Chambre administrative genevoise dans son arrêt précité ATA/154/2016, le but de l'art. 7 alinéa 1 lettre 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 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.2 ; 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.], Datenschutzgesetz - Oeffentlichkeitsgesetz, 3<sup>e</sup> éd, 2014, n. 33 ad art. 7 LTrans, p. 769 s). 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 consid. 8.2.2 ; A-3621/2014 consid. 4.2.2 ; A-6291/2013 du 28 octobre 2014 consid. 7.4.3).

Dans le canton de Vaud, le Tribunal administratif, par arrêts du 14 septembre 2005 (GE.2005.0005 et GE.2005.0009), a ainsi considéré que des rapports établis dans le cadre de la surveillance d'EMS doivent être transmis, car répondant à un intérêt public légitime visant à l'information des personnes concernées sur la manière et les critères selon lesquels s'exerce cette surveillance.

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).

L'intérêt public à la transparence des institutions du point de vue de leur gestion financière et de l'utilisation des ressources mises à leur disposition par le contribuable est particulièrement important notamment aux fins de créer un climat de confiance entre les citoyens et les autorités s'agissant de l'utilisation des deniers publics. 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 (Recommandation du préposé fédéral du 10 juillet 2015 ; Arrêt de la Chambre administrative genevoise précité ATA/154/2016). L'intérêt public à la transparence des institutions l'emporte par conséquent sur celui, privé, de la BCU et des maisons d'édition à ce que les informations en cause restent confidentielles.



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. L'existence d'une situation de concurrence, au regard de la position de monopole détenue sur le marché des revues scientifiques par diverses maisons d'édition n'est pas réalisée, comme l'a retenu le préposé fédéral dans sa recommandation concernant trois des maisons d'édition. Par ailleurs, chacune des institutions partenaires est en mesure de connaître le prix payé par les autres en vertu du contrat global conclu par le consortium pour leur compte.

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 ou d'un renseignement. Ainsi qu'il ressort du dossier, ces mêmes renseignements ont au surplus dans l'intervalle été communiqués par la plupart des établissements requis dans les autres cantons, suite à des décisions en ce sens des diverses instances (cf. Recommandation du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 10 juillet 2015 ; Décision de la Direction de l'instruction publique du canton de Berne du 18 septembre 2015 ; Décision de la Bibliothekskommission der Zentralbibliothek Zürich du 18 janvier 2016 ; Arrêt de la Chambre administrative genevoise précité du 23 février 2016 ATA/154/2016 ; Prise de position sommaire du préposé de Jura et Neuchâtel à la protection des données et à la transparence, 2016.1375 ; Recommandation de l'autorité cantonale de la transparence et de la protection des données du canton de Fribourg du 28 avril 2016).

On ne voit dès lors pas en quoi ces mêmes informations seraient couvertes par le secret commercial dans le canton de Vaud. Le maintien du secret dont se prévaut la BCU n'apparaît pas objectivement fondé.

d) Quant à la question des clauses de confidentialité contenues dans divers contrats, et dont se prévaut la BCU pour refuser la communication des renseignements demandés, il y a lieu là également de se référer à la position du préposé fédéral (cf. Recommandation du 27 février 2014 consid. 24). Celui-ci, suivi en particulier par la Cour de justice genevoise (Arrêt précité du 23 février 2016 ATA/154/2016), a considéré que 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 le champ d'application de la loi dans une mesure contraire à la volonté du législateur. Les parties ne peuvent influencer sur le caractère public ou privé d'un document du simple fait qu'il contient une clause de confidentialité.

Ainsi, la BCU ne saurait se prévaloir des clauses de confidentialité figurant dans les contrats concernés. De telles clauses ne sauraient faire échec au principe de la transparence prévue par la LInfo, 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 LInfo a justement 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).

e) Enfin, bien qu'elle allègue l'existence d'un préjudice, la BCU n'en démontre pas la matérialité ni la possible réalisation en cas de divulgation des informations figurant dans les contrats, les courriers des éditeurs Sage et Wiley, seules maisons d'édition à avoir répondu au courriel de la BCU – excepté Taylor&Francis qui a donné son accord à la communication des chiffres – se limitant à rappeler les termes des contrats, sans aucunement faire mention de mesures de rétorsion. Même la communication des chiffres dans l'intervalle au recourant par les autres institutions requises ne semble pas avoir entraîné de la part des maisons d'édition de mesures à l'encontre du consortium ou des institutions partenaires. À cela s'ajoute que les maisons d'édition concernées se sont pour la plupart désintéressées de la présente procédure en ne répondant même pas au courriel de la BCU y relatif.

Le risque de survenance d'un préjudice, pour le consortium, pour les maisons d'édition ou pour la BCU, n'apparaît ainsi ni 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 les maisons d'édition concernées, mais uniquement sur les montants annuels payés par la BCU, soit une donnée devant être rendue accessible au public afin que le citoyen puisse avoir connaissance du coût d'une prestation pour la collectivité.

Le recours doit par conséquent être admis pour l'essentiel.

III. Vu ce qui précède, il est décidé ce qui suit :

- Le recours est recevable.
- Le recours est rejeté s'agissant de la demande portant sur les chiffres payés à Royal Society of Chemistry et Institute of Physics, celle-ci étant sans objet.
- La BCU doit communiquer au demandeur les montants payés aux maisons d'éditions Elsevier, Wiley, Springer, Taylors & Francis, Sage, Oxford University Press, Cambridge University Press, Nature Publishing Group, entre 2010 et 2015, en subdivisant ces montants en trois catégories, à savoir Revues (print et électroniques), E-books, et Banques de données.
- La présente décision est rendue sans frais.

Lausanne, le 20 avril 2017



Mireille Muller-Zahnd

Préposée à la protection des données  
et à l'information