



Berne, le 20 octobre 2015

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

**X  
représenté par l'étude d'avocats A  
(requérante d'accès)**

**et**

**Z  
(demanderesse)**

**et**

**Commission intercantonale des loteries et paris (Comlot)**

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

1. Le 16 mai 2014, la Commission intercantonale des loteries et des paris (Comlot) a reçu une demande d'accès basée sur la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), dans laquelle une requérante a entre autre demandé l'accès aux documents officiels suivants :
  - „Die in der Eingabe der Loterie Romande vom 17 Februar 2012 (eingegangen bei der Comlot am 20. Februar 2012) erwähnten drei Schreiben der Loterie Romande an die Comlot vom 21. Dezember 2010, vom 9. Mai 2011 und vom 4. Oktober 2011 sowie die entsprechenden (drei) Antwortschreiben der Comlot an die Loterie Romande“.
2. Puisque la Comlot a, du moins « provisoirement », en premier lieu refusé l'accès à ces documents en se référant à l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans (exclusion de l'application de la loi pour les documents officiels concernant les procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives) et à l'art. 3 al. 1 let. b LTrans (exclusion de l'application de la loi pour la consultation du dossier par une partie dans une procédure administrative de première instance), la requérante d'accès a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé). Dans cette procédure, le Préposé a rendu une recommandation en date du 9 septembre 2014 dans laquelle il soutient le refus provisoire émis par la Comlot à l'accès des documents.



3. Faisant suite à la demande de la requérante d'accès dans un courrier du 11 septembre 2014, la Comlot a rendu une décision le 30 septembre 2014 dans laquelle elle réitère son refus provisoire à l'accès des documents.
4. Le 7 octobre 2014, la requérante d'accès a interjeté un recours contre cette décision auprès de la Commission de recours de la Convention intercantonale sur les loteries et paris (Rekolot). Le 27 janvier 2015, cette dernière a rendu un jugement admettant partiellement le recours et renvoyant la cause à l'autorité inférieure (Comlot)<sup>1</sup>.
5. En conséquence, la Comlot a réalisé une nouvelle procédure d'accès. Par courrier du 5 mai 2015, elle a informé la demanderesse (tiers concerné) qu'elle envisageait de donner l'accès aux documents concernés et qu'elle lui donnait la possibilité, conformément à l'art. 11 LTrans, de se prononcer dans un délai de dix jours.
6. Par courrier du 18 mai 2015, la demanderesse a remis à la Comlot sa prise de position dans laquelle elle a en substance soulevé les points suivants :  
Elle a exposé que les documents concernés s'inscrivaient dans une « démarche de sauvegarde de ses intérêts économiques » qui a conduit à l'ouverture d'une procédure administrative et d'un procès civil, tous deux pendants. Il s'agit de documents sensibles pour lesquels un devoir de confidentialité sinon de discrétion s'impose.  
Selon la demanderesse, afin de pouvoir exercer pleinement son droit d'être entendu, il est indispensable qu'elle connaisse l'identité de la personne requérant l'accès ainsi que le contenu de sa demande d'accès. Selon elle, suivant l'identité de cette personne, les règles juridiques régissant un accès éventuel sont différentes. Cela est aussi nécessaire pour pouvoir mesurer les buts poursuivis par la demande d'accès, ses enjeux et l'importance de l'intérêt à garder le secret sur les données personnelles sensibles.  
Afin de pouvoir se déterminer de façon adéquate, la demanderesse a émis le souhait d'obtenir une copie de la décision du 30 septembre 2014 et du jugement de la Rekolot du 27 janvier 2015.  
La demanderesse s'est opposée à la divulgation des documents auxquels l'accès est demandé. Elle a ajouté qu'elle émettait une réserve quant à l'application de la loi sur la transparence à la Comlot qui est une autorité intercantonale créée par une convention intercantonale<sup>2</sup> visant à harmoniser l'exercice de tâches dévolues aux cantons.  
Enfin, la demanderesse a signifié à la Comlot que dans le cas où la divulgation de l'identité de la personne requérant l'accès ou si la communication des pièces sollicitées sont refusées ou limitées, elle lui demande de rendre une décision sujette à recours de différer le traitement de la demande d'accès jusqu'à droit jugé sur cette question préalable.
7. Par courrier du 8 juin 2015, la Comlot a fait parvenir à la demanderesse, conformément à la procédure de consultation de l'art. 11 al. 2 LTrans, sa prise de position finale concernant la demande d'accès. En cela, elle l'a informé qu'après avoir pris en considération les éléments soulevés par celle-ci, elle a décidé d'accorder l'accès aux documents. La Comlot a appuyé sommairement son argumentation sur les points suivants :
  - La question de savoir si les documents en cause font partie d'une procédure au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LTrans a d'ores et déjà été examinée dans le cadre de la requête d'accès et a amené à une réponse négative.
  - L'application de la loi sur la transparence découle de l'art. 11 de la Convention intercantonale du 7 janvier 2005 sur la surveillance, l'autorisation et la répartition du bénéfice de loteries et

<sup>1</sup> [Jugement de la Rekolot 12-14 du 27 janvier 2015.](#)

<sup>2</sup> Convention intercantonale du 7 janvier 2005 sur la surveillance, l'autorisation et la répartition du bénéfice de loteries et paris exploités sur le plan intercantonal ou sur l'ensemble de la Suisse (CILP).



paris exploités sur le plan intercantonal ou sur l'ensemble de la Suisse (CILP) et n'a jusqu'à présent pas fait l'objet de contestation.

- Elle ne peut pas communiquer l'identité de la personne requérante et, de toute manière, celle-ci n'est pas déterminante dans le cadre de la procédure d'accès.
  - Un droit d'accès au dossier n'existe pas dans le cadre d'une procédure d'accès basée sur la loi sur la transparence.
  - Il n'est légalement pas possible de rendre une décision à ce stade de la procédure. Une éventuelle décision est précédée d'une procédure de médiation auprès du Préposé qu'il est directement possible de requérir dans les 20 jours à compter de la date de réception de la prise de position.
8. Par la suite, la demanderesse a déposé le 29 juin 2015 une demande en médiation auprès du Préposé.
  9. Par courrier du 1<sup>er</sup> juillet 2015, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé la Comlot du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position détaillée.
  10. Le 3 juillet 2015, la Comlot a transmis au Préposé les documents concernés ainsi qu'une prise de position renvoyant à celle qu'elle avait adressée à la demanderesse le 8 juin 2015.
  11. Les allégations de la demanderesse et de la Comlot 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**

12. La demanderesse a été consultée conformément à l'art. 11 al. 1 LTrans. En qualité de tierce personne concernée, 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).
13. 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<sup>3</sup>. 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**

14. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 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

<sup>3</sup> 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.



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)<sup>4</sup>.

15. La Comlot souhaite accorder un accès complet aux documents concernés par la demande d'accès. Par contre, dans sa demande en médiation, la demanderesse conteste la prise de position de la Comlot et requiert de refuser l'accès auxdits documents. Dans les paragraphes suivants, le Préposé va analyser séparément les différentes allégations apportées par la demanderesse justifiant à son avis de refuser l'accès aux documents concernés.

#### Champ d'application personnel (art. 2 LTrans)

16. La demanderesse conteste que la Comlot tombe sous le champ d'application personnel de la loi sur la transparence. A l'appui de cet argument, elle invoque le caractère intercantonal de l'organe de la Comlot ; la compétence confiée par la Confédération aux cantons dans le domaine de la surveillance et de l'autorisation de loteries et paris [art. 15 de la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels du 8 juin 1923 (LLP, RS 935.51)], et l'existence d'une lacune improprement dite (silence qualifié) dans la CILP concernant le domaine de la transparence.

Dans sa prise de position, la Comlot fonde sa soumission au champ d'application de la loi sur la transparence sur la réserve figurant au chiffre 4 « Droit applicable » à l'art. 11 CILP sur l'application supplétive du droit fédéral : « Là où la présente convention ne contient aucune disposition et où ni les différents membres de la convention ni la commission des loteries et paris ne sont compétents en matière de réglementation, le droit fédéral s'applique par analogie ».

La question de la soumission de la Comlot au champ d'application de la transparence étant contestée par la demanderesse, il convient de l'analyser.

17. L'art. 2 LTrans dispose que la loi sur la transparence s'applique à l'administration fédérale (let. a), aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) (let. b), et aux services du Parlement (let. c). La Comlot est l'autorité intercantonale d'homologation de nouveaux jeux et de surveillance pour les loteries et paris qui a été instituée par la CILP.
18. Comme l'a avancé la demanderesse dans ses arguments, le message du Conseil fédéral concernant la loi sur la transparence expose que les cantons n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur la transparence, même lorsqu'une tâche de la Confédération leur a été confiée<sup>5</sup>. Toutefois, en l'espèce, la situation n'est pas comparable. En effet, la Comlot n'est pas une autorité de surveillance rattachée uniquement à un canton mais, au contraire, une

<sup>4</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar BGÖ), n° 8 ad art. 13.

<sup>5</sup> BB 2003 1829.



autorité à qui l'ensemble des cantons de la Confédération ont confié l'exécution de leurs tâches publiques concernant l'homologation et la surveillance des loteries et paris sur l'ensemble du territoire. Ainsi, elle exerce des compétences publiques impératives sur toute la Suisse. En cas de négation quant à l'application de la loi sur la transparence, il n'y aurait pas une loi cantonale sur la transparence qui trouverait application. D'ailleurs, il ressort de l'art. 11 CILP qu'en cas de lacune de la convention, ce n'est pas une législation cantonale que les différents cantons avaient la volonté d'appliquer, mais la législation fédérale, et par conséquent, dans le cas présent, la loi sur la transparence. C'est pour cette raison que la Comlot reconnaît elle-même sa soumission à la loi sur la transparence.

19. L'art. 13 CILP stipulant que, faute de précision contraire dans la convention, la procédure pour les arrêtés et autres décisions des organes de coordination doivent se fonder sur la PA. Cette disposition donne la capacité à la Comlot de rendre des décisions au sens de l'art. 5 PA. Par conséquent, même sans faire partie de l'administration fédérale au sens strict du terme, la Comlot est un organisme de droit public extérieur à l'administration fédérale qui peut rendre en première instance des décisions au sens de l'art. 5 PA est qui tombe sous le champ d'application de la loi sur la transparence au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. Les documents concernés par la demande d'accès ayant un rapport direct avec l'activité de surveillance de la Comlot et sa capacité à rendre des décisions dans ce domaine, ils sont soumis au champ d'application de la loi sur la transparence.
20. *Le Préposé arrive à la conclusion que la Comlot tombe sous le champ d'application personnel de la loi sur la transparence au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans.*

#### Champ d'application matériel (art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans, art. 3 al. 1 let. b LTrans)

21. La demanderesse argue ensuite que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux documents concernés, en particulier si la personne requérant l'accès est une « certaine société », car ils concernent à la fois des procédures civiles et administratives mais aussi la consultation du dossier par une partie dans une procédure administrative de première instance (art. 3 al. 1 let. a ch. 1 et 5 et art. 3 al. 1 let. b LTrans).
22. Il convient tout d'abord de rappeler que le principe de la transparence s'applique conformément à la teneur de l'art. 6 al. 1 LTrans à toute personne, qu'elle soit suisse ou étrangère, domiciliée en Suisse ou à l'étranger, physique ou morale. Ainsi, la loi garantit une information collective, c'est-à-dire que lorsque l'accès à un document officiel est accordé à une personne, il doit l'être à toutes (« access to one ; access to all »)<sup>6</sup>. Dans le cas d'espèce, il n'est pas pertinent de savoir qui a déposé une demande d'accès aux documents concernés, ces derniers seront soumis ou non à la loi sur la transparence et seront accessibles ou non conformément à ces dispositions sans égard à l'identité de la requérante d'accès. Cette information ne pourrait être relevante que si l'on arrive à la conclusion qu'une loi spéciale doit s'appliquer concernant l'accès aux documents demandés<sup>7</sup>.
23. L'art. 3 LTrans règle, à l'aide d'une liste négative, le champ d'application matériel de la loi sur la transparence. L'art. 3 al. 1 let. a est une disposition de coordination qui exclut l'application de ladite loi pour un certain nombre de procédures pour lesquelles des normes spéciales propres à chaque type de procédure règlent les questions d'accès aux documents qui en font partie. Les documents appartenant à une procédure pendante au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LTrans sortent

<sup>6</sup> FF 2003 1843.

<sup>7</sup> [Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées](#), ch. 7.3.2.



du champ d'application matériel de la loi sur la transparence pendant la totalité de la durée de cette procédure<sup>8</sup>. Ainsi, la loi sur la transparence n'offre pas une voie supplémentaire à l'accès au dossier d'une procédure pendante.

24. Premièrement, la demanderesse expose qu'en 2009, elle a ouvert une action civile contre la requérante d'accès qui est actuellement encore pendante. Selon elle, les documents demandés pourraient servir de moyen de preuve dans le cadre de cette procédure et ainsi, seraient exclus du champ d'application de la loi sur la transparence. Elle ajoute que dans cette constellation, l'accès doit être demandé sur la base du droit d'être entendu prévu par la procédure civile.
25. Il ressort clairement des allégations de la demanderesse que les documents concernés ne font pas partie intégrante du dossier auprès du Tribunal d'arrondissement chargé de l'affaire, à l'exception bien sûr de l'annexe à la lettre de la demanderesse du 4 octobre 2011 (procès-verbal d'audience). L'échange de correspondances n'est pour le moment pas une pièce du dossier mais il pourrait le devenir si l'accès est accordé. Bien sûr, le but primaire de la loi sur la transparence est de créer un climat de confiance entre les citoyens et leurs autorités et de renforcer le caractère démocratique de l'administration. Mais la loi ne comporte aucune interdiction concernant l'obtention de l'accès à des documents puis leur utilisation dans une procédure administrative ou judiciaire.
26. Deuxièmement, la demanderesse explique qu'elle a ouvert auprès de la Comlot une procédure administrative de première instance fondée sur la LLP toujours pendante contre la requérante d'accès. Elle expose que cette procédure est pour l'instant interrompue par le recours de la requérante d'accès auprès de la Rekolot puis du Tribunal fédéral concernant la question de la compétence de la Comlot. Ainsi, les documents requis concernant directement l'intervention de la Comlot, en particulier la question litigieuse de sa compétence, l'accès aux documents est, selon la demanderesse, exclu du champ d'application de la loi sur la transparence et l'accès doit être demandé sur la base du droit d'être entendu prévu par la procédure administrative.
27. En raison des documents en sa possession, le Préposé peut confirmer l'historique de la procédure décrite par la demanderesse. Toutefois, par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1086/2013 du 9 juillet 2015, la procédure administrative pendante sur la question de la compétence de la Comlot a été close<sup>9</sup>.
28. Bien que le Message concernant la loi sur la transparence précise que l'art. 3 al. 1 LTrans s'applique tant aux procédures en cours qu'à celles closes<sup>10</sup>. Le Préposé, en accord avec la doctrine<sup>11</sup>, est d'avis que cette position n'est objectivement pas fondée et recommande, dans sa pratique constante, d'appliquer la disposition d'exception de l'art. 3 al. 1 let. a LTrans uniquement aux documents concernant des procédures pendantes<sup>12</sup>. Après la clôture définitive de la procédure, une partie des documents officiels sont à nouveau soumis à la loi sur la transparence, c'est-à-dire ceux qui existaient déjà avant elle et qui n'ont pas été établis explicitement pour celle-ci. Inversement, les documents qui ont été établis clairement dans le cadre de ladite procédure ne tombent pas sous le champ d'application de la loi sur la transparence<sup>13</sup>. Ainsi, en l'espèce, même si les documents concernés par la demande d'accès

<sup>8</sup> Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées, ch. 2.2.3.

<sup>9</sup> [Arrêt du Tribunal fédéral 2C\\_1086/2013 du 9 juillet 2015](#).

<sup>10</sup> FF 2003 1832.

<sup>11</sup> SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, n°12 ad art. 3.

<sup>12</sup> [Recommandation du PFPDT du 6 février 2015 : BAZL / Dokumente eines Verwaltungsverfahrens](#), ch. 11 (disponible uniquement en allemand).

<sup>13</sup> [Recommandation du PFPDT du 10 novembre 2014 : BJ / Korrespondenz](#), ch. 30 (disponible uniquement en allemand) ; Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence : questions fréquemment



faisaient effectivement partie intégrante du dossier dans la procédure maintenant close devant le Tribunal fédéral (ce que la demanderesse n'a pas fait valoir devant le Préposé), selon la pratique du Préposé, la loi sur la transparence serait à partir de la clôture de ladite procédure à nouveau applicable aux documents qui existaient déjà avant son ouverture. Ainsi, l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans ne s'oppose pas à l'accès aux documents concernés.

29. En ce qui concerne la procédure administrative ouverte par devant la Comlot, qui avait été suspendue par le recours désormais clos sur la question de la compétence de cette dernière, l'art. 3 al. 1 let. b LTrans ne permet également pas de refuser l'accès aux documents concernés. A ce sujet, la Comlot a expliqué dans sa prise de position adressée à la demanderesse le 8 juin 2015 que les documents requis ne sont « en l'état pas des documents de procédure ». Le Préposé ne voit pas de raison de mettre en doute cette affirmation. En l'espèce, l'art. 3 al. 1 let. b LTrans ne fait pas obstacle à l'application de la loi sur la transparence.
30. *En résumé, le Préposé arrive à la conclusion que les documents concernés ne font pas partie intégrante d'une des procédures pendantes invoquées par la demanderesse (à l'exception de l'annexe à la lettre de la demanderesse du 4 octobre 2011). Ainsi, ils sont soumis à la loi sur la transparence conformément à l'art. 3 LTrans.*
31. La demanderesse fait ensuite valoir que la sauvegarde d'intérêts prépondérants s'oppose à l'accès aux documents demandés, notamment dans la mesure où ils contiennent des données confidentielles dont la divulgation peut porter atteinte à ses intérêts économiques. A l'appui de cette allégation, elle invoque différentes exceptions de l'art. 7 LTrans.

Accès à des documents entravant l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs (art. 7 al. 1 let. b LTrans)

32. Dans sa demande en médiation, la demanderesse émet l'avis que la divulgation des documents concernés pourrait entraver l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs. Elle ajoute, en citant le message de la loi sur la transparence<sup>14</sup>, que cette exception s'applique également à la « préparation » de mesures concrètes, notamment de « mesures de surveillance ». La demanderesse expose que les points de vue et positions qui ont été échangées dans les correspondances concernées pourraient être opposées à la Comlot d'une façon « préjudiciable à l'intérêt public qu'elle a pour mission de faire respecter et aux mesures concrètes qu'elle pourrait être appelée à prendre »
33. Le sens et le but de cette exception est d'éviter les situations dans lesquelles la divulgation de documents aurait pour conséquence qu'une mesure n'atteindrait plus ou pas entièrement son but<sup>15</sup>. Ainsi, le maintien du secret a pour but de protéger l'effectivité de l'activité de l'autorité afin que celle-ci puisse remplir correctement le mandat qui lui est confié par la loi.
34. Puisque la Comlot n'a elle-même pas estimé que la divulgation des documents officiels concernés entraverait l'exécution des mesures de surveillance concrètes qu'elle a adoptées ou adopteraient et donc qu'elle se trouverait dans la situation que cette exception tend à protéger, il n'y a pas besoin de discuter plus en profondeur sur cette exception. Le Préposé ne voit en l'espèce pas de raison de protéger un potentiel intérêt de la Comlot à garder le secret, si celle-ci n'en voit apparemment pas elle-même.

---

posées, ch. 2.2.3 ; AMMANN/LANG, in : Passadelis/Rosenthal/Thür (Eds.), Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle 2015, n°25.22.

<sup>14</sup> FF 2003 1850.

<sup>15</sup> *Ibid.*



35. *Le Préposé arrive à la conclusion que l'art. 7 al. 1 let. b LTrans ne trouve pas application dans le cas d'espèce.*

Secrets d'affaires ou de fabrication (art. 7 al. 1 let. g LTrans)

36. Ensuite, la demanderesse ajoute que les documents demandés contiennent des secrets d'affaires au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. Elle estime en effet que les informations partagées dans l'échange de correspondances avec la Comlot sont confidentielles et appartiennent à ses secrets d'affaires. En particulier, elle invoque sa position et ses stratégies dans le marché ainsi que les mesures qu'elle prend pour les défendre, notamment sur le plan juridique.
37. 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* ». Les termes « secret d'affaires » et « secret de fabrication » ne sont définis ni dans la loi sur la transparence, ni dans son message. Ce dernier indique uniquement que l'octroi de l'accès à certaines informations ne doit entraîner aucune distorsion de la concurrence<sup>16</sup>. Il faut relever cependant que la règle de la confidentialité se rapporte non pas à toutes les informations commerciales communiquées à l'administration, mais uniquement aux données essentielles, dont la divulgation aux entreprises concurrentes pourrait entraîner des distorsions du marché ou priver l'entreprise concernée d'un avantage concurrentiel<sup>17</sup>.
38. En l'espèce, il paraît douteux que la divulgation des documents demandés engendrerait une distorsion de la concurrence. En effet, la demanderesse occupe dans les faits sur le marché des loteries une place de monopole. Conformément à la législation sur les loteries (art. 1 et 5 LLP), seules les loteries visant un but d'utilité publique ou de bienfaisance peuvent être autorisées. Ainsi, la condition du but d'utilité publique et une concurrence classique entre les acteurs sur le marché apparaissent, du moins jusqu'à un certain point, en contradiction directe. En sachant que l'existence d'une situation de concurrence est une condition nécessaire à l'application de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, selon le Préposé celle-ci n'est en l'espèce pas remplie. De plus, même si une situation de concurrence existait, le Préposé ne voit pas en quoi les informations contenues dans les documents concernés seraient susceptibles d'entraîner concrètement un dommage pour la demanderesse.
39. *Le Préposé arrive à la conclusion qu'en l'espèce, la demanderesse ne peut pas invoquer l'art. 7 al. 1 let. g LTrans pour justifier de refuser l'accès aux documents demandés.*

Accès à des documents pouvant divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret (art. 7 al. 1 let. h LTrans)

40. La demanderesse argue également que l'examen des documents concernés fait apparaître qu'ils contiennent des informations à caractère confidentiel qu'elle a librement fournies à la Comlot en lien avec la défense de ses intérêts privés, qui coïncide ici avec la protection de l'intérêt public auquel la Comlot doit veiller dans le cadre de sa mission de surveillance. Selon elle, même si la confidentialité n'a ni été expressément demandée et accordée, elle ressort implicitement de l'attente légitime découlant de la nature et de la sensibilité des informations transmises. Elle ajoute avoir transmis à la Comlot dans ces documents des informations

<sup>16</sup> FF 2003 1853.

<sup>17</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2434/2013 du 9 décembre 2013, consid. 8.2 avec renvois ; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGO, n 41 ad art. 7.



objectivement confidentielles concernant sa position dans le marché, les risques économiques encourus et les mesures juridiques prises ou envisagées pour défendre sa position et ses intérêts.

41. Pour que la clause d'exception de l'art. 7, al. 1, let. h, LTrans permettant de garder des données confidentielles déploie ses effets, trois conditions doivent être réunies : l'information doit avoir été donnée à l'autorité par un particulier et non par une autre autorité ; elle doit avoir été fournie librement, et non sur la base d'une obligation légale ou contractuelle ; et l'administration doit s'être engagée à en préserver la confidentialité<sup>18</sup>. Un tel engagement ne doit être prononcé que dans des cas justifiés, même si l'administration doit de ce fait renoncer à obtenir certaines informations<sup>19</sup>. Selon le Tribunal administratif fédéral, la confidentialité doit être demandée et accordée expressément. Une demande ou un accord tacite de la confidentialité doivent être admis qu'avec une grande retenue<sup>20</sup>.
42. En l'espèce, la troisième condition fait défaut car la Comlot n'a pas expressément accordé de confidentialité à l'échange de correspondances effectué avec la demanderesse. De plus, eu égard au contenu des documents concernés et aux informations connues par le public concernant le litige entre les différentes parties de la présente procédure<sup>21</sup>, le Préposé ne considère pas qu'il soit possible d'estimer qu'un accord de la confidentialité ait été tacitement accordé.
43. *Le Préposé arrive à la conclusion qu'en l'espèce, la demanderesse ne peut pas invoquer l'art. 7 al. 1 let. h LTrans pour justifier de refuser l'accès aux documents demandés.*

#### Atteinte à la sphère privée de tiers (art. 7 al. 2 et art. 9 LTrans)

44. La demanderesse soulève encore que les documents concernés contiennent des données personnelles et qu'il n'existe aucun intérêt public prépondérant au sens de l'art. 19 al. 1<sup>bis</sup> de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1) justifiant d'accorder l'accès.
45. En principe, les documents contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes (art. 9 al. 1 LTrans). Puisqu'en l'espèce la requérante d'accès souhaite spécifiquement avoir accès à ces données, une anonymisation n'est pas possible et il faut analyser leur accès au regard de l'art. 19 LPD (art. 9 al. 2 LTrans)<sup>22</sup>.  
Pour ce qui a trait aux données personnelles des signataires de la demanderesse, celles-ci étant toutes connues du public<sup>23</sup>, il n'est pas nécessaire de les anonymiser (art. 19 al. 1 let. c LPD). Ensuite, conformément à la pratique du Préposé, les données personnelles des membres de l'autorité ne sont en principe pas anonymisées, sauf s'il existe un risque de leur faire subir des inconvénients concrets, ce qui n'est pas le cas en l'espèce<sup>24</sup>.
46. Selon l'art. 19 al. 1<sup>bis</sup> LPD, les organes fédéraux peuvent communiquer des données

<sup>18</sup> Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées, ch. 5.2.2 ; HÄNER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (cité : BAK BGÖ), 3ème éd., Bâle 2014, n°47 ad art. 7 LTrans

<sup>19</sup> HÄNER, BAK BGÖ, n°48 ad art. 7 LTrans.

<sup>20</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1135/2011 du 7 décembre 2011, consid. 6.3.3.

<sup>21</sup> [http://www.bger.ch/fr/press-news-2c\\_1086\\_2013-t.pdf](http://www.bger.ch/fr/press-news-2c_1086_2013-t.pdf) ;

<sup>22</sup> FF 2003 1858 ; FLÜCKIGER, Handkommentar BGÖ, n°22 ad art. 9.

<sup>23</sup> <https://www.loro.ch/fr/organisation> ; <http://www.comlot.ch/fr/la-comlot/organisation/commission>.

<sup>24</sup> Arrêt du tribunal administratif fédéral A-6738/2014 du 23 septembre 2015, consid. 5.1.3.1 ;

[Recommandation du PFPDT du 5 juin 2014 : EPA / Liste mit Nebenbeschäftigungen aller Bundesangestellten](#), ch. 30  
COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, n°80 ad art. 7 ; n°14 ad art. 9.



personnelles dans le cadre de la loi sur la transparence à condition que les données concernées soient en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) et, que la communication réponde à un intérêt public prépondérant (let. b). La première condition ressort explicitement de la définition de document officiel figurant à l'art. 5 al. 1 let. c LTrans. L'art. 6 OTrans donne des exemples dans lesquels un intérêt public prépondérant existe : lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public suite notamment à des événements importants (let. a) ; lorsque le droit d'accès sert à protéger des intérêts publics notamment l'ordre, la sécurité ou la santé publics (let. b) ; ou lorsque la personne dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants (let. c).

Au regard de la position de la demanderesse dans le marché strictement réglementé des loteries (monopole de fait), de sa relation de surveillance avec la Comlot, ainsi que du fait qu'à côté de son mandat d'autorisation des loteries, elle peut prendre des mesures de prévention contre l'addiction aux jeux (cf. art. 17 CILP), le Préposé est d'avis qu'en l'espèce il existe un intérêt public prépondérant à la divulgation des données personnelles de la demanderesse basé sur l'art. 6 al. 2 let. b et c OTrans. Aussi, pour le Préposé, il ne ressort pas de l'argumentation de la demanderesse l'existence d'un intérêt privé prépondérant méritant d'être protégé ayant suffisamment de poids pour prédominer l'intérêt public et justifier de refuser l'accès aux documents concernés. De plus, le Préposé n'est pas convaincu qu'une divulgation des données personnelles de la demanderesse serait susceptible d'engendrer un dommage à sa sphère privée.

47. *Le Préposé arrive à la conclusion qu'il existe clairement un intérêt public prépondérant à l'intérêt privé de la demanderesse justifiant l'accès aux documents requis (art. 19 al. 1<sup>bis</sup> LPD ; art. 6 al. 2 let. b et c OTrans).*
48. *En résumé, le Préposé arrive à la conclusion qu'à l'exception de l'annexe à la lettre de la demanderesse du 4 octobre 2011 (celle-ci n'étant pas soumise à la loi sur la transparence conformément à l'art. 3 al. 1 let. a ch. 1 LTrans), la Comlot doit accorder l'accès aux documents demandés sans restriction.*

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

49. La Commission intercantonale des loteries et paris accorde l'accès à l'échange de correspondances entre la Comlot et la demanderesse qui a été requis dans la demande d'accès, à l'exception de l'annexe de la lettre de la demanderesse du 4 octobre 2011, celle-ci ne tombant pas sous le champ d'application de la loi sur la transparence (art. 3 al. 1 let. a ch. 1 LTrans).
50. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse et la requérante d'accès peuvent requérir que la Commission intercantonale des loteries et paris rende une décision selon l'art. 5 PA si elles ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
51. La Commission intercantonale de loteries et paris rend une décision selon l'art. 5 PA si elle refuse d'octroyer l'accès conformément au chiffre 49 de la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
52. La Commission intercantonale des loteries et paris rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête en décision (art. 15 al. 3 LTrans).



53. La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse ainsi que de la requérante d'accès sont anonymisés.
54. La recommandation est notifiée à :
- **Recommandé (R) avec avis de réception**  
X  
[Requérante d'accès]
  
  - **Recommandé (R) avec avis de réception**  
Z  
[Demanderesse]
  
  - **Recommandé (R) avec avis de réception**  
Commission intercantonale des loteries et paris (Comlot)  
Schauplatzgasse 9  
CH-3011 Berne

Hanspeter Thür