



Berne, le 9 juillet 2015

**Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre
X
(demandeur)
et
Commission fédérale de la poste (PostCom)**

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), le demandeur (journaliste) a, par courrier électronique du 12 novembre 2014, posé diverses questions à la Commission fédérale de la poste (PostCom) concernant les restrictions de distribution de la Poste (tiers concerné) au sens de l'art. 31 de l'ordonnance sur la poste (OPO, RS 783.01). Il a également requis l'accès à la liste complète des adresses (y compris coordonnées géographiques si disponibles) où la distribution est actuellement restreinte ainsi qu'à la liste complète des adresses (y compris coordonnées géographiques si disponibles) où la distribution pourrait être restreinte selon l'ordonnance.
2. Le 17 novembre 2014, la PostCom a répondu aux diverses questions du demandeur. Concernant la demande d'accès aux différentes listes d'adresses, la PostCom a répondu qu'elle ne dispose pas de liste complète des adresses où la distribution est actuellement restreinte. De même pour les adresses où la distribution pourrait être restreinte. Elle a ajouté que ces listes sont certainement en possession de la Poste qui se doit de respecter les dispositions en matière de protection des données. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) n'a connaissance d'aucune procédure d'accès initiée par le demandeur auprès de la Poste.
3. Par courrier électronique du 17 novembre 2014, le demandeur a élargi sa demande d'accès à « tous les documents que la Poste a transmis à la PostCom pour l'année 2013 concernant les restrictions de distribution ».
4. Le 26 novembre 2014, la PostCom a répondu au demandeur qu'en tant qu'autorité de surveillance de la Poste, elle ne pouvait pas répondre favorablement à sa requête concernant la transmission d'un document rédigé par la Poste et qui contient aux yeux de cette dernière des secrets d'affaires. La PostCom a explicitement renvoyé à son devoir de respecter le secret professionnel et le secret d'affaires conformément à l'art. 27 de la loi sur la Poste (LPO ; RS 783.0).



5. Par courrier du 28 novembre 2014, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé.
6. Par courrier du 1^{er} décembre 2014, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé la PostCom du dépôt de celle-ci et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position détaillée.
7. Le 8 décembre 2014, la PostCom a transmis au Préposé un document ainsi qu'une prise de position. A l'exception de quelques remarques supplémentaires, la prise de position de l'autorité renvoie à celle qu'elle avait adressée au demandeur le 26 novembre 2014.
8. Par entretien téléphonique du 16 février 2015, la PostCom a confirmé au Préposé que le document envoyé le 8 décembre 2014 était le seul document concerné par la demande d'accès. Elle a également réitéré son opposition à l'accès audit document et a ajouté qu'avec la nouvelle loi sur la poste, cette dernière n'était plus uniquement le garant du service universel mais était désormais aussi en concurrence avec d'autres, d'où son inquiétude en cas d'accès au document.
9. Les allégations du demandeur et de la PostCom 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

10. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de la PostCom et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, il est légitimé 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).
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 modalités¹. 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, 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 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,

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.



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)².

13. Selon l'art. 2 LTrans, 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 PA (let. b), et aux services du Parlement (let. c). Par administration fédérale, la loi sur la transparence entend la même notion que celle figurant à l'art. 178 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst, RS 101) et à l'art. 2 de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010)³. Selon l'art. 6 al. 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement (OLOGA, RS 172.010.1), l'administration fédérale comprend les unités administratives centralisées et décentralisées. Son annexe 1 constitue la liste des unités administratives centralisées puis décentralisées et l'annexe 2 la liste des commissions extraparlamentaires et leur rattachement à un département (art. 8 OLOGA).
14. La PostCom est une commission extraparlamentaire qui figure à l'annexe 2 de l'OLOGA et qui est rattachée au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). C'est l'autorité de régulation indépendante du marché postal qui a été instituée par l'art. 22 de la nouvelle loi sur la poste le 1er octobre 2012.
15. *Conformément à la définition donnée sous le chiffre 13, la PostCom est soumise au champ d'application de la loi sur la transparence.*
16. Dans sa prise de position, la PostCom soulève qu'elle est tenue au secret professionnel et au secret d'affaires conformément à l'art. 27 LPO. Selon elle, en accordant l'accès au document, elle romprait le rapport de confiance avec le tiers concerné et violerait ouvertement cette disposition.
17. Il se pose ainsi la question de savoir si l'art. 27 LPO peut être considéré comme une disposition spéciale réservée au sens de l'art. 4 al. 1 let. a LTrans. Cette norme réserve les dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations secrètes. Elle concrétise le principe général « *lex specialis derogat lex generali* ». Ces dispositions spéciales sont souvent formulées de manière large. Pour déterminer quels documents sont protégés par le secret, il faut coordonner la disposition spéciale avec la loi sur la transparence et procéder à une interprétation³.
18. De l'avis du Préposé, l'art. 27 LPO ne constitue pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. a LTrans ; elle ne fait que répéter le principe du secret de fonction valant de manière générale dans l'administration selon l'art. 22 de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1). Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence, la portée de la notion de secret de fonction a changé avec l'adoption de la présomption de la transparence comme principe et du secret comme exception⁴. Seules les informations ne tombant pas dans le champ d'application de la loi, qui sont rendues secrètes par la législation spéciale ou qui tombent sous une des exceptions prévues dans la loi restent soumises au

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

³ COTTIER, Handkommentar zum BGÖ, n°10 ad art. 4 ; [Recommandation du PFPDT du 6 décembre 2012, EPA/ Zusammenstellung zu ausbezahlte Zulagen in die Bundesverwaltung](#), ch. 18 (disponible uniquement en allemand).

⁴ FF 2003 1833 ; COTTIER, Handkommentar zum BGÖ, n°12 ad art. 4.



secret de fonction⁵. De plus, les secrets professionnels, de fabrication et d'affaires sont expressément protégés par l'exception figurant à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.

19. La Poste a l'obligation de rédiger un rapport annuel sur le respect de l'obligation de fournir les services postaux relevant du service universel à l'attention de la PostCom (art. 60 OPO). Elle doit notamment y inclure le nombre de maisons visées à l'art. 31 al. 2 OPO pour lesquelles la Poste n'est pas tenue d'effectuer une distribution à domicile (let. d). Conformément à la définition du document officiel contenue à l'art. 5 LTrans, le rapport annuel de la Poste qui est remis à la PostCom en qualité de destinataire principal est un document officiel soumis à la loi sur la transparence auquel la présomption de transparence de l'art. 6 al. 1 LTrans s'applique.
20. Le changement de paradigme du principe du secret à celui de la transparence, qui a été introduit avec l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence, a apporté un renversement du fardeau de la preuve. Par conséquent, pour refuser l'accès, l'autorité est obligée de renverser la présomption du droit à la consultation des documents officiels. Si l'autorité ne parvient pas à apporter cette preuve, il convient dans tous les cas de recommander que l'accès soit accordé⁶. Le Tribunal administratif fédéral suit le même raisonnement et affirme que c'est à l'autorité de renverser la présomption de transparence et de prouver que les conditions des exceptions des art. 7 ss. LTrans sont réunies⁷.
21. Après avoir consulté le tiers concerné selon l'art. 11 LTrans, la PostCom a refusé de donner au demandeur l'accès au document souhaité au motif que celui-ci contiendrait des secrets d'affaires au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. Dans sa prise de position, l'autorité expose qu'un document classé confidentiel par le tiers concerné et qui comporte selon ce dernier divers secrets d'affaires ne peut pas être transmis par le biais de la PostCom.
22. 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 concurrence⁸. 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 concurrentiel⁹. 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.
23. La Poste est tenue de proposer toutes les prestations relevant du service universel, notamment le transport des lettres et des colis (jusqu'à 20kg), des journaux et périodiques (art. 13ss. LPO). Seule la Poste a le droit de transporter les lettres allant jusqu'à 50 grammes (art. 18 al. 1 LPO).

⁵ Office fédéral de la justice et 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. 1.1.2.

⁶ Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (cité: BSK-BGÖ), ASTRID SCHWEGLER, 3ème éd., Bâle 2014, n°30 ad art. 20 ; [Recommandation du PFPDT du 28 février 2014 : ENSI / Emissionsdaten Mühleberg und Leibstadt sowie ANPA-Betriebsreglement des ENSI](#), ch.34 (disponible uniquement en allemand).

⁷ Arrêt du TAF, A-3269/2010 du 18 octobre 2010, consid. 3.1 ; voir aussi : FF 2003 1844.

⁸ FF 2003 1853.

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

¹⁰ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, n°43 ad art. 7 ; BSK-BGÖ, HÄNER, n°36ss. ad art. 7 ; 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.



Pour le reste, elle peut être concurrencée par d'autres prestataires de services postaux. La distribution à domicile fait partie des prestations du service universel (art. 14 al. 3 LPO et art. 31 al. 1 OPO). Toutefois, cette obligation n'est pas absolue puisque l'art. 31 al. 2 OPO prévoit des exceptions notamment en cas de conditions de circulation mauvaises ou de mise en danger du personnel de distribution. Dans ces cas, la Poste doit proposer une solution de remplacement au destinataire consistant en la réduction de la fréquence de distribution ou la désignation d'un autre point de distribution (art. 31 al. 3 OPO).

24. En l'espèce, la problématique pour laquelle le demandeur requiert des documents, c'est-à-dire la distribution à domicile et en l'occurrence ses restrictions, fait partie du mandat général que la Confédération a confié à la Poste, autrement dit assurer un service universel en fournissant un certain nombre de services postaux. De plus, le monopole du transport des lettres allant jusqu'à 50 grammes que la Confédération a attribué à la Poste touche la plus grande partie du courrier que la population reçoit. Dans un domaine sans concurrence comme l'est celui du monopole de la Poste, il n'y a pas de secret d'affaires car il n'est pas possible de provoquer une distorsion du marché (cf. ch. 22).
25. De plus, l'autorité qui traite la demande d'accès doit vérifier si, dans le cas concret, certaines informations relatives au tiers concerné doivent être considérées comme des secrets d'affaires. Le simple fait que ce dernier estime que de tels secrets d'affaires figurent dans les documents ne suffit pas. Il est recommandé que l'autorité prenne contact avec lui afin que celui-ci explique quelles données sont des secrets d'affaires dans les documents demandés. L'autorité ne peut pas se contenter de reprendre l'avis émis par ce dernier. Bien plus, elle doit analyser et prendre position de manière indépendante sur l'existence d'un intérêt du tiers concerné justifiant le maintien du secret. Par analogie avec sa prise de position au sens de l'art. 11 al. 2 LTrans, elle doit exposer au tiers entendu sa propre estimation des secrets d'affaires ou de fabrication. Sa position peut différer de celle du tiers concerné. Il découle de ces lignes que, dans ses prises de position adressées au demandeur d'accès, au tiers concerné et au Préposé, l'autorité ne peut pas se contenter de renvoyer uniquement aux arguments présentés par le tiers¹¹.
26. En l'espèce, la PostCom s'est contentée de refuser l'accès en invoquant la présence, selon les dires du tiers concerné, de secrets d'affaires dans le document concerné par la demande d'accès, sans apporter d'arguments concrets permettant de prouver l'existence de ces derniers. Comme exposé plus haut (voir. ch. 25), ce n'est pas parce que le tiers concerné indique que le document contient des secrets d'affaires que l'autorité doit automatiquement refuser l'accès. Au contraire, cette dernière doit opérer un propre examen de la situation. De plus, pour refuser l'accès, l'autorité doit apporter des preuves concrètes que les conditions à l'existence d'un secret d'affaires sont réunies. Ce que la PostCom n'a pas fait en l'espèce.
27. Aussi, le Préposé est d'avis qu'un document qui contient, divisé en quatre régions, le nombre de maisons livrées de manière standard et le nombre de maisons livrées de manière restreinte ne contient pas de secret d'affaire au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.
28. *Au vu des considérants précédents, le Préposé est d'avis qu'en l'espèce, il n'y a pas de situation de concurrence et ainsi pas de potentielle distorsion du marché en cas d'accès aux documents requis. Même si une telle situation était avérée, le Préposé devrait recommander l'accès en l'absence de preuves suffisantes fournies par la PostCom quant à l'existence de secrets d'affaires au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans dans le document concerné.*

¹¹ 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.



29. *En résumé, le Préposé arrive à la conclusion que la PostCom doit donner accès à l'ensemble des passages du document que la Poste a transmis à la PostCom pour l'année 2013 concernant les restrictions de distribution conformément à la demande d'accès du demandeur.*

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

30. La Commission fédérale de la poste accorde l'accès au document que la Poste a transmis à la PostCom pour l'année 2013 concernant les restrictions de distribution.
31. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur et le tiers concerné peuvent requérir que la Commission fédérale de la poste 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. La Commission fédérale de la poste rend une décision selon l'art. 5 PA si elle refuse d'octroyer l'accès conformément au chiffre 30 de la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
33. La Commission fédérale de la poste 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).
34. Par analogie à l'art. 22a PA, les délais fixés en jours par la loi ou par l'autorité ne courent pas :
a. du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ; b. du 15 juillet au 15 août inclusivement ; c. du 18 décembre au 2 janvier inclusivement.
35. 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 du demandeur est anonymisé.
36. La recommandation est notifiée à :
- | | |
|---|---|
| - X | Recommandé (R) avec avis de réception |
| - Commission fédérale de la poste
Monbijoustrasse 51A
3003 Bern | Recommandé (R) avec avis de réception |
| - Poste CH SA
Wankdorfallee 4
3030 Berne | Recommandé (R) avec avis de réception

(remise d'une version dans laquelle les données personnelles du demandeur d'accès sont rendues anonymes) |

Jean-Philippe Walter